

# IUS PUBLICUM

---

Nº 21 / 2008



Escuela de Derecho  
Universidad Santo Tomás





# IUS PUBLICUM

---

Nº 21 / 2008

Escuela de Derecho  
Universidad Santo Tomás

© Universidad Santo Tomás, 1998  
ISSN 0717- 4063

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

IUS PUBLICUM

Publicación semestral de la Escuela de Derecho  
Universidad Santo Tomás

DIRECTOR:

Prof. Eduardo Soto Kloss

CONSEJO CIENTÍFICO:

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

CONSEJO DE REDACCIÓN:

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

SECRETARIOS DE REDACCIÓN:

Profesores Juan Jorge Lazo Rodríguez e  
Iván Aróstica Maldonado

REPRESENTANTE LEGAL:

Fernando de la Jara Goyeneche

Redacción y Administración de Ius Publicum  
Avenida Ejército 146 - 6° piso  
teléfonos 471 7663 - 362 4821 • 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. 11 N° 21

SEPTIEMBRE 2008

# ÍNDICE

## ESTUDIOS

|   |     |
|---|-----|
| JOSÉ FRANCISCO AGUIRRE OSSA: <i>Una aproximación al Derecho (y un poco a la ley) sobre la base de la doctrina de Santo Tomás</i> .....  | 13  |
| SERGIO RAÚL CASTAÑO: <i>La doctrina aristotélica de los principios de legitimidad política. Estudio de fuentes</i> .....  | 37  |
| MARIANA SÁNCHEZ CAPARRÓS: <i>Breve reflexión acerca de las “Retenciones”, el control judicial de constitucionalidad y la necesidad de derogar el Artículo 755 del Código Aduanero (Ley N° 22.415)</i> ..... | 69  |
| EDUARDO SOTO KLOSS: <i>La jerarquía. (Un principio básico de la organización administrativa del Estado)</i> .....   | 77  |
| EDUARDO MEINS OLIVARES: <i>Revisión de las sentencias firmes en el nuevo proceso penal</i> .....  | 95  |
| EUGENIO PÉREZ DE FRANCISCO: <i>La necesaria redacción de los Convenios III ½ y V de Ginebra o de la desaparición de determinadas conductas en caso de conflicto armado</i> .....                            | 117 |

## IN MEMORIAM

|   |     |
|---|-----|
| <i>Gerardo Rocha Vera</i> .....         | 139 |
| <i>Jaime Eyzaguirre Gutiérrez</i> ..... | 143 |

## CRÓNICA

|  |     |
|--|-----|
| MAX SILVA ABBOTT: <i>Población y valores</i> .....   | 147 |
| HERNÁN CORRAL TALCIANI: <i>Matrimonio religioso con efectos civiles</i> .....                        | 149 |
| GONZALO ROJAS SÁNCHEZ: <i>Reflexiones fuertes</i> .....  | 151 |
| HERMÓGENES PÉREZ DE ARCE: <i>Y ahora... el verdadero Allende</i> .....                               | 163 |
| BENJAMÍN CORREA PALACIOS: <i>Corrupción: ¿por qué se roba?</i> .....                                 | 166 |
| MARÍA DE LOS ÁNGELES FERNÁNDEZ EYZAGUIRRE: <i>¿Hacia un botiquín oficial para la juventud?</i> ..... | 167 |
| IVÁN ARÓSTICA MALDONADO: <i>Chile, always surprising: ¿Sanciones sobre la marcha?</i> .....          | 170 |

|  |     |
|--|-----|
| SERGIO RAÚL CASTAÑO: <i>Democracia y representación hoy. Dos palabras sobre la representación política en el Estado democrático-representativo</i> | 174 |
| MAX COLODRO: <i>El autodesalojo de la Concertación</i> .....   | 178 |

## DOCUMENTOS

|  |     |
|--|-----|
| SU SANTIDAD PABLO VI. <i>Humanae Vitae. Encíclica sobre la regulación de la natalidad (25.7.1968)</i>  | 183 |
| BENEDICTUS PP. XVI: <i>Discorso di Sua Santità Benedetto XVI ai Partecipanti al Congresso Internazionale Promosso Dalla Pontificia Università Lateranense, Nel 40° Anniversario Dell'Enciclica "Humanae Vitae". 10 maggio 2008</i> ..... | 190 |
| BENEDICTUS PP. XVI: <i>Discorso di Sua Santità Benedetto XVI ai Membri del Movimento per la Vita Italiano. 12 maggio 2008</i> .....  | 193 |
| S.S. BENEDICTO XVI. <i>Discurso del Papa Benedicto XVI a los participantes en un coloquio internacional sobre la identidad del individuo. 28 de enero de 2008</i> .....  | 196 |
| S.S. BENEDICTO XVI: <i>Mensaje de Su Santidad Benedicto XVI para la XLII Jornada Mundial de las Comunicaciones Sociales. 4 de mayo de 2008</i> .....   | 199 |
| S.S. BENEDICTO XVI: <i>Viaje apostólico a los Estados Unidos de América. Ceremonia de bienvenida. Discurso en la Casa Blanca, Washington D.C. 16 de abril de 2008</i> .....  | 202 |
| S.S. BENEDICTO XVI: <i>Encuentro con los miembros de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Nueva York. 18 de abril de 2008</i> .....   | 205 |
| BENEDICTUS PP. XVI: <i>Discorso di Sua Santità Benedetto XVI ai Partecipanti All'Assemblea Plenaria della Pontificia Accademia delle Scienze Sociali. Sala del Concistoro. 3 maggio 2008</i> .....                                       | 211 |
| JUAN DE DIOS VIAL CORREA: <i>El embrión, el aborto y la contracepción de emergencia</i> .....  | 214 |
| NOTICIAS GLOBALES: USA: <i>Defensa del embrión humano</i> .....  | 218 |
| AICA: <i>El aborto ya ha eliminado a una cuarta parte de la humanidad. Madrid (España), 7 de julio de 2008</i> .....   | 220 |
| TEMAS Y NOTICIAS: <i>Efectos del control de la natalidad</i> .....   | 221 |
| NOTICIAS GLOBALES: ONU: <i>el regreso de Malthus</i> .....   | 224 |
| AICA: <i>El episcopado brasileño denuncia a los promotores y financistas del aborto</i> .....  | 226 |
| GONZALO VIAL CORREA: <i>El "estilo Curepto"</i> .....  | 230 |
| GONZALO VIAL CORREA: <i>El gobierno, que gobierne</i> .....  | 234 |

|   |     |
|---|-----|
| CRISTIÁN WARNKEN: <i>¿Cuántas “Gabrielas”?</i> .....                    | 237 |
| RODRIGO BOSCH: <i>Calidad de la educación para todos</i> .....          | 239 |
| GONZALO ROJAS: <i>Una ola de malestar social</i> .....                  | 241 |
| BEATRIZ CORBO: <i>La intolerancia de los tolerantes</i> .....           | 243 |
| ACCIÓN FAMILIA: 2008: <i>¿Renace en Chile la lucha de clases?</i> ..... | 245 |

## JURISPRUDENCIA

|   |     |
|---|-----|
| Más allá de la píldora. Reflexiones en torno al fallo del Tribunal Constitucional Rol N° 740-07 (Patricio Muñoz Díaz) ..... | 251 |
|---|-----|

## RECENSIONES Y RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

### RECENSIONES

|  |     |
|--|-----|
| WOLFGANG WALDSTEIN: <i>Lecciones sobre derecho natural. En el pensamiento filosófico y en el desarrollo jurídico desde la Antigüedad hasta hoy</i> (Sergio Raúl Castaño) .....   | 259 |
| JOSÉ ANTONIO DÍEZ FERNÁNDEZ: <i>Los Comités Nacionales de Bioética. Legislación internacional y regulación en la nueva ley sobre investigación biomédica</i> (Guillermo Hierrezuelo Conde y Reyes Martín Sánchez)..... | 264 |
| PATRICIA ZAMBRANA MORAL: <i>Historia jurídica: valoraciones crítico-metodológicas, consideraciones doctrinales alternativas y espacio europeo</i> (Guillermo Hierrezuelo Conde) .....                                  | 269 |
| <i>Homenaje al profesor Jorge Iván Hübner Gallo (1923-2006)</i> (Marcelo Elissalde Martel).....  | 270 |
| RESEÑA DE LIBROS .....   | 271 |
| RESEÑA DE REVISTAS .....   | 279 |
| EDICIONES IUS PUBLICUM .....   | 287 |



ESTUDIOS



## UNA APROXIMACIÓN AL DERECHO (Y UN POCO A LA LEY) SOBRE LA BASE DE LA DOCTRINA DE SANTO TOMÁS

*José Francisco Aguirre Ossa\**

SUMARIO: Introducción. ¿Qué es el Derecho?: A) La noción de Derecho es análoga. B) El Derecho es un asunto exclusivamente humano. C) El Derecho es el objeto de la justicia. D) Ley y Derecho.

### INTRODUCCIÓN

Para aventurarse en algún tema, al menos a mí –*seguramente por un afán de explorador que tengo desde pequeño*– siempre me ha parecido que es conveniente ver en forma previa la ubicación del mismo dentro de la obra del autor, es decir, antes de *“cargar la mochila y echarse a andar”*, como lo hacía cuando salía de excursión, es bueno mirar en el mapa dónde queda el lugar al que quiero ir, ver qué caminos tiene, si hay ríos que lo atraviesen, si es escarpado o más bien llano, etc., es decir, saber realmente adónde vamos y cómo podemos llegar. Este es el mismo sistema que utilizo al comenzar a realizar una investigación, aunque sea, como esta, un *“paseo”* relativamente corto.

Así, comienzo por lo que yo llamo la revisión de la *“geografía”* básica del concepto, que es simplemente reconocer el *“continente”* donde se sitúa, ver los otros conceptos con los que mantiene *“límites”* o *“fronteras”*, y su tamaño o extensión comparada con aquellos conceptos que conforman ese *“territorio”*. Y tal vez, usando esta *“receta de boy scout”* mía, lo primero que llamaré la atención a quienquiera adentrarse en la doctrina jurídica de Santo Tomás, es que el derecho y la ley no son temas tratados conjuntamente por el Doctor Angélico; más aún, ni siquiera encontramos uno a continuación del otro, sino que se estudian y tratan sistemáticamente en partes diferentes y separadas de la Suma Teológica.

---

\*Doctor en Derecho, Universidad de Navarra. Profesor Titular de Filosofía del Derecho, Universidad Santo Tomás.

En efecto, la ley como tal es analizada en la Primera Sección de la Segunda parte de la Suma Teológica, es decir, en aquella que se denomina “*Primae Secundae*”; y lo hace en unión con la Gracia, en tanto que el derecho se ve extensamente en la Segunda Sección de la Segunda Parte de dicha obra, esto es, en la “*Secunda Secundae*”, al tratar la virtud de la justicia y a continuación de la prudencia, cuando estudian las virtudes cardinales y los vicios opuestos a ellas.

Pero, si este hecho puede haberle llamado la atención a nuestro ocasional e inquieto investigador, al comenzar a estudiar estos temas, y leer en la respuesta a la segunda objeción de la Cuestión LVII de la “*Secunda Secundae*”, textualmente que “*lex no est ipsum ius*”<sup>1</sup> es decir, al saber que para Santo Tomás la ley no es propiamente el derecho, con seguridad que quedará perplejo, y es posible que más de un novel y bienintencionado jurista, que se aprestaba a navegar por estos mares, deje de hacerlo y no quiera, después de saber esto, seguir adelante, llevado por el temor a estar entrando en aguas tan desconocidas y peligrosas como el mar de China para un navegante del siglo XVI.

Y tendrá esa sensación porque, para la gran mayoría de quienes practicamos este difícil arte, ley y derecho, nos suele parecer que son –*al fin de cuenta y dejándose de vanas tonterías*– una misma cosa.

Nos cuesta entender, y extraña por ello, que el Aquinatense al comenzar su Tratado sobre la ley no hable para nada del derecho –*del ius*<sup>2</sup>–, sino que explique que ahora verá las causas exteriores del obrar del hombre, de la conducta humana, diciendo: “*Consiguientemente hemos de considerar los principios extrínsecos de los actos humanos. El principio exterior que inclina al mal es el demonio, de cuya tentación hemos hablado (I. I., q. 91, a 2 y 3); y el principio exterior que mueve al bien es Dios, que nos instruye por la ley y nos ayuda por la gracia. Por lo tanto, examinaremos en primer lugar la ley y luego la gracia*”<sup>3</sup>.

Y el asombro todavía podrá ser mayor, al comprender que Santo Tomás utiliza la palabra “*consiguientemente*” –*como explica el padre Ismael Quiles s.j.*<sup>4</sup>– para denotar que estudia estos *principios extrínsecos del actuar del hombre*, después, o a continuación, de haber revisado los principios intrínsecos de los actos humanos, es decir, después de haber visto el Fin del Hombre, las Pasiones, las Virtudes –*en general, ya que sobre cada una de las virtudes, teologales y cardinales, volverá más adelante*– y el Pecado. “*He aquí* –*explica este comentarista*– *la razón de*

---

<sup>1</sup>Santo Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, Ed. Club de Lectores, Buenos Aires, Argentina 1948. II-II, q. 57, art. 1 ad2 (*En adelante sólo se citará el lugar de la Suma anotando la Parte de la misma, cuestión y artículo*).

<sup>2</sup>Ni siquiera en su acepción subjetiva, esto es como facultad o poder.

<sup>3</sup>Santo Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, I, II, Cit. q. 90.

<sup>4</sup>Quiles S.J., Ismael, Nota Premilitar en *Suma Teológica*, Tomo VII, I, II, Cuestión XC, Ed. Club de Lectores, Buenos Aires. Argentina. 1948.

ser de este Tomo VIII, su principio de unidad y coherencia y su posición dentro del pensamiento progresivo y perfectamente estructurado de la Suma”<sup>5</sup>. Conducta, Ley y Finalidad Humana, parecen tener, por tanto, alguna relación en el pensamiento del Santo; la sola ubicación de los conceptos nos está diciendo que nuestro actuar está de algún modo unido a la razón para la que fuimos creados... Desde luego que en nuestros días –cuando ya nadie habla del fin de hombre y menos de la conformidad de nuestras acciones a ese fin– constatar esta afirmación no puede dejar de llamarnos la atención.

Tal vez sea por esa unión entre *fin* y *conducta humana*, que dentro de la obra del autor que pretendemos abordar, la ley, es tratada en la “*Prima Secundae*” de la Suma Teológica, y no junto al derecho, que se encuentra en el Tratado más extenso de aquellos en los que Santo Tomás discurre sobre las Virtudes Cardinales en la “*Secunda Secundae*”: el Tratado de la Justicia y su esencia queda al descubierto precisamente al ver, en la cuestión LVII, en qué consiste la Justicia.

Fíjese el lector, que basándonos sólo en nuestro recién adquirido conocimiento “geográfico” de la Suma Teológica, hemos descubierto que entre la ley y el fin del hombre hay cierta vecindad o “cercanía física” que pareciera apuntar a la existencia de una relación. Asimismo, empleando este mismo criterio, vemos que Derecho y Justicia para el Doctor Angélico van indisolublemente unidos, y no derecho y ley, como actualmente suele asociarse, por parte, ya no sólo de los abogados, sino de cualquier persona que pretenda estar medianamente informada. Para Santo Tomás, en cambio, la ley no es el derecho, sino, como veremos, es tan sólo “*cierta razón del derecho*”<sup>6</sup> y este –*el derecho*– no es ni más ni menos que “*la misma cosa justa (ipsa res iusta)*”<sup>7</sup>.

Doy por descontado que muy probablemente a cualquiera de los nobles abogados y juristas formados en nuestro país, la segunda mitad del siglo XX o a quienes están siendo formados en estos primeros años del siglo XXI –*entre ellos mis alumnos*–, todo esto les resultará extraño y les costará algún trabajo llegar a entenderlo.

De hecho, una de las cosas que suelo preguntarles a mis alumnos de primer año y a los de quinto<sup>8</sup>, es precisamente esta –*que es la ley y que es el derecho*– y por regla general me encuentro con casi tantas respuestas como alumnos que se atreven a responderme. Pero, con todo, las más de las veces, los de primero me dan alguna descripción sociológica o periodística, que desde luego tiene muy poco que ver con el derecho y

---

<sup>5</sup>Quiles S.J., Ismael en Ob. y Loc. Cit.

<sup>6</sup>Santo Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, Cit., II-II q. 57, a. 1, ad 2.

<sup>7</sup>Santo Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, Loc. Cit.

<sup>8</sup>El autor de este artículo es profesor de Introducción al Derecho, que se dicta en primer año y de Filosofía del Derecho que se imparte en el último año de la carrera.

con la ley, que aparece, dicho sea de paso, como fruto de la voluntad –o del capricho– de quien tiene el poder de mandar; todos saben que es un mandato que han de obedecer y punto. Los de quinto, en cambio, después de cuatro años de estudio en una de nuestras facultades, definitivamente ya identifican ley y derecho, al punto que, en más de una oportunidad alguno con más desplante me ha repetido –*además sin darse cuenta de ello y con mínimas variaciones*– la definición de ley que se encuentra en nuestro Código Civil<sup>9</sup>, cuando lo que preguntaba era qué es el Derecho.

Y es que tanto a ellos, como a mí, nos han contado –y a veces *insistido majaderamente, a pesar de los dolorosos resultados que tal equívoco ha tenido en la historia reciente de Chile y del mundo*<sup>10</sup>–, a lo largo de demasiados años, que ley y derecho son, a la postre, simplemente distinta manera de nombrar o llamar a una misma realidad; y tal vez por eso, muchos –*con la mejor intención del mundo*–, creyendo estudiar el Derecho, sólo estudiaron –o estudian– leyes y se han perdido con ello, no sólo la mejor parte, quedándose nada más con la aridez de la norma, sino que, además, han “*renunciado*”, a veces voluntariamente, y otras, lo que resulta todavía más triste, en forma totalmente imperceptible, a la capacidad de ver la *belleza* de nuestro arte, que no consiste –*desde luego*– en memorizar o repetir ninguna ley o artículo de ellas, sino en descubrir lo justo, o sea, en “*decir el derecho*”.

Y digo todo esto, porque el tema de las palabras y de significado de las mismas no es algo que se deba pasar por alto; la identificación de ley con derecho no es un asunto banal, ella responde a una cosmovisión determinada, a una concepción filosófica particular, pues no debemos olvidar que “*toda obra filosófica es esencialmente lenguaje*<sup>11</sup>” y es que “*cada lenguaje realiza por sí mismo y de modo espontáneo una articulación del mundo en sus principales elementos, una estructuración del mundo*<sup>12</sup>”.

Pero, vamos por parte, y no nos adelantemos en la materia, ni tampoco en poner el grito en el cielo por el equívoco que creemos ver. Es cierto, los juristas actuales y sobre todo quienes pretendemos enseñar este arte, tenemos un inconveniente serio entre manos. Será necesario, ahora que hemos advertido el problema, tener un poco de paciencia –*virtud que junto con la prudencia y la justicia hacen un buen jurista*– para tratar de solucionarlo. La “*enfermedad*” aunque sea grave, tiene todavía remedio y

---

<sup>9</sup>Artículo 1º del Código Civil Chileno “La ley es una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite”.

<sup>10</sup>Por ejemplo, la muerte de niños inocentes no nacidos, a quienes no se les respeta su *derecho* a la vida por la promulgación de leyes que autorizan el aborto; o el sufrimiento experimentado por millones de personas por las leyes discriminatorias que estuvieron vigentes en los EE.UU., en Alemania o en Sudáfrica.

<sup>11</sup>Lledo, Emilio, *Filosofía y lenguaje*, Ed. ARIEL. Barcelona. 1970. 136.

<sup>12</sup>Villey, Michel, *Compendio de filosofía del derecho*, Tomo I. Eunsa. Pamplona. 1979. 72 y 73.

curación. Tal vez leyendo con cuidado y razonando, con la ayuda de Dios y la sabiduría de un Santo, podremos, al menos comenzar a “desfacer” hasta donde nos sea posible, tan magno error y ponernos en el camino o senda que nos puede llevar a descubrir la verdad, y de paso, como sólo se ama aquello que se conoce, tal vez aprendamos, en esta breve “terapia” a querer un poco más nuestra profesión y con seguridad, después de acometer esta empresa, nos sentiremos orgullosos –con aquel orgullo que es parte de la modestia– de que la Providencia nos trajera y llevara –muchas veces a regañadientes– por estos caminos.

Debo decir, finalizando esta breve introducción, que no pretendo ni con mucho, agotar el tema o mejor dicho, los temas que trataré, sino que voy a esbozarlos y me gustaría que este artículo pudiera servir de incentivo a muchos, en especial a los más jóvenes, a leer directamente a nuestro querido Santo Tomás de Aquino, porque, como señala el profesor Villey, lamentablemente hoy por hoy, es un “Autor bastante desprestigiado. Pese a que Roma recomienda su doctrina, no parece ser lectura favorita de los clérigos<sup>13</sup>. Para el gran público universitario Santo Tomás sería más bien el símbolo del “oscurantismo medieval”, del clericalismo y del dogmatismo, de un modo de pensar superado por la ciencia moderna”. “Bastaría leerlo – continúa diciendo el jurista y filósofo francés– para cambiar radicalmente de criterio; pero todos sabemos que nuestras actividades científicas no nos dejan tiempo libre para ello. Y termina apuntando que “Mucho ganarían los juristas si se librasen de este prejuicio”<sup>14</sup>.

Este modesto artículo quiere ser, precisamente, a pesar de sus muchas imperfecciones<sup>15</sup>, una invitación en tal sentido. El autor ha disfrutado enormemente reencontrándose con los textos citados. Ellos son como los viejos amigos, esos amigos de ayer, de hoy y de mañana. Los de siempre, esas queridas y entrañables personas que cuando volvemos a verlos, descubrimos en ellas algo que nuevamente nos sorprende agradablemente, una faceta que no conocíamos y nos afirma en la elección de esa amistad. Estos viejos amigos míos son los que a ustedes, amables lectores, les presento y que me gustaría mucho que llegaran a conocerlos y que pudieran también contarlos entre sus amigos. Es mi esperanza al sentarme a escribir.

---

<sup>13</sup>Y agregó yo, haciendo un “*mea culpa*” que tampoco de los católicos laicos, quienes cada vez somos más ignorantes de nuestra propia doctrina.

<sup>14</sup>Villey, Michel, *Compendio de filosofía del derecho*, Tomo I. Cit. 132.

<sup>15</sup>No puede ser de otro modo ya que el obrar sigue al ser y consecuentemente, el modo de obrar al modo de ser.

## ¿QUÉ ES EL DERECHO?

### A) LA NOCIÓN DE DERECHO ES ANÁLOGA

Ya habíamos indicado –aunque al pasar– que para Santo Tomás el *derecho (ius)* es *la misma cosa justa (ipsa res iusta)*, pero ahora, entrando ya en materia, es necesario también apuntar, como explica el Doctor Angélico, al abordar el tema, que “*Es frecuente que los nombres se desvíen de su primera acepción, para designar otras cosas, como el nombre de medicina se asignó, en un principio, para designar el remedio que se aplica al enfermo para curarlo. Luego pasó a significar el arte por el que se hacía esto. Así también sucede con el nombre de derecho, que se asignó primero para significar la misma cosa justa. Pero, después, derivó hacia el arte con el que se discierne qué es justo; y, ulteriormente, a designar el lugar en el que se otorga el derecho; así, por ejemplo, se dice que alguien comparece ante el derecho; finalmente, también se denomina derecho a la sentencia que es pronunciada por aquel a cuyo oficio pertenece hacer justicia, incluso a pesar de que lo que decida sea inicuo.*”

La palabra *derecho, ius*, como vemos, es un concepto que tiene varios significados que son diversos, pero con algo en común, es decir, se trata de un término con *significado análogo*. Pues bien, como dentro de la analogía se distinguen dos tipos, llamadas de *proporcionalidad* y de *atribución*, será necesario ver a cuál de ellas pertenece el concepto de *derecho*. Para descubrirlo veamos en qué consiste una y otra analogía, y tal vez (*digo tal vez porque ello no siempre ocurre*), desvelando en parte la verdad lógica podamos llegar a la verdad ontológica, o sea, a saber cuál es la esencia del *derecho*.

Hay analogía de *proporcionalidad* cuando existe una relación adecuada de dos términos; decimos que la *materia* es a la *forma* como la *potencia* es al *acto*, o que *uno* es a *dos* como *cuatro* es a *ocho*. Desde luego no es lo mismo *materia* que *potencia*, pero es cierto que ella, al igual que la *potencia*, son esencialmente determinables y que tanto la *forma* como el *acto* son o constituyen el principio *determinante*; asimismo, sabemos que *dos* no es *lo mismo* que *ocho*, ni *uno lo mismo* que *cuatro*, pero *dos* es el *doble* de *uno* y *ocho* es el *doble* de *cuatro*. En definitiva, cuando predicamos análogamente un concepto, respecto de otro –*con analogía de proporcionalidad*–, lo que estamos indicando es que estos poseen la misma *perfección* que queremos destacar, si bien la poseen no del mismo modo, pero sí de una manera semejante; hay entre ellos una cierta *igualdad*; una proporción. Este tipo de analogía proporcional se llama de *proporcionalidad propia*, para diferenciarla de la de *proporcionalidad impropia* o metáfora, donde esta igualdad no está en las cosas, sino en la mente del sujeto que las compara.

Si en la analogía de proporcionalidad comparamos dos proporciones, dejando fuera cualquier otra relación que exista entre los términos, en la

analogía de *atribución*, se avanza un paso más, pues se busca la *relación causal* que existe entre ellos; en esta especie de analogía, esa especie de *igualdad* de la que hablamos en la analogía de proporcionalidad ya no existe, sino que aquí el concepto que predicamos se da en uno de los sujetos, que es el “*analogado principal*”, de manera *perfecta o plena* y en los demás, de un modo *derivado o por participación* y se les denomina por eso mismo “*analogados secundarios*”. Existe entonces –según lo que ahora descubrimos– una verdadera jerarquía entre los analogados, que es producto de la misma causalidad en la que, en cierta manera, se basa este tipo de analogía. Por eso decimos que en esta analogía se va más allá que la de proporcionalidad.

“*Todos los nombres que se dan a muchos analógicamente –explica Santo Tomás– es necesario que todos sean dados por su referencia a uno (“per respectum ad unum”); y así, es necesario que tal uno entre en la definición de todos. Y porque el concepto expresado por el nombre es la definición, como se dice en IV Metaphys., es necesario que aquel nombre sea dado antes (“per prius”) a aquello que entra en la definición de lo otro, y después (“per posterius”) sea dado a los otros siguiendo el orden establecido por la relación más o menos estrecha que guarden con aquél. Ejemplo: Sano dado al animal, entra en la definición de sano dado a la medicina, que es llamada sana porque causa salud en el animal; también entra en la definición de sano dado a la orina, que es llamada sana porque es signo de la salud del animal*”<sup>16</sup>.

En este tipo de analogía, “*siempre hay un significado central y único que organiza los demás significados*”<sup>17</sup>. Esto es lo que Santo Tomás, según hemos visto, ha llamado (“*per respectum ad unum*”). Este significado se dice (“*per prius*”), es decir, *originariamente* del analogado principal y *derivadamente* (“*per posterius*”) de los otros sujetos analogados.

La analogía de atribución, puede, a su vez, ser de *atribución extrínseca o intrínseca*; es extrínseca cuando sólo el analogado principal posee formalmente la perfección predicada y de los otros sólo se predica de un modo impropio, pues formalmente no la poseen. Utilizando el mismo ejemplo que nos dio Santo Tomás, sobre la salud: Sólo un ser vivo puede tener salud, sólo él, es o está *sano*, al decir que una medicina es sana, o que el clima de la montaña es muy *sano*, o que comer por la noche una manzana es *sano*, le estamos *atribuyendo impropriamente* una cualidad que en sí mismo, ni el medicamento, el clima, o la fruta poseen, pero decimos que es *sano*, en la medida que ingerir esa medicina, respirar ese clima en particular, o comer esa fruta por la noche es *causa externa* de la salud. En el ejemplo que nos dio el Aquinatense, se menciona la orina. Es claro que la *salud* no está en la orina de una manera propia –*no hay orina*

---

<sup>16</sup>Santo Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, Cit, I. q. 13, a.6.

<sup>17</sup>Sanguineti, Juan José. *Logica*. Eunsa. Pamplona. 1982. 60.

*sana o insana*– sino que esta perfección es atribuida por quien hace un análisis de tal fluido corporal, en cuanto o en tanto, ella refleja, demuestra o comprueba (*es signo*) de la salud de quien dicho líquido procede. (*Hago notar aquí el realismo didáctico, que se observa en la exposición de su pensamiento por parte del Santo, que no se amilana en tomar ejemplos cotidianos de fácil comprensión para el lector*).

Cuando la analogía de atribución es *intrínseca*, en cambio, la perfección predicada es poseída efectivamente tanto por el analogado principal, como por los analogados secundarios, pero los secundarios la poseen precisamente *per causam*, esto es, a consecuencia de la acción del analogado principal. Por ejemplo: el Ser; sólo Dios es el que Es, su esencia se identifica con su existencia, las creaturas, en cambio, somos algo y lo somos por participación en el Ser, no somos el Ser, sino que participamos de Él, siendo lo que somos, simples criaturas llamadas hombres, y como tales causados por el Ser Incausado.

La analogía *atribución intrínseca* tiene su fundamento en la causalidad e implica una semejanza y una desemejanza diferente a la que observamos cuando vemos la analogía de atribución *extrínseca*; aquí la perfección que se predica de los sujetos o términos de la analogía de este tipo está efectivamente en ellos, esta analogía tiene fundamento “*in re*”; no sólo en la mente de quien realiza la analogía y atribuye, sino que está presente en la cosa, los términos de la analogía convienen en algo y difieren también en algo, se asemejan a la causa, porque tienen en su esencia algo de la perfección de esta, pero no son lo mismo que la causa, y por lo tanto tienen también una desemejanza respecto de ella.

## B) EL DERECHO ES UN ASUNTO EXCLUSIVAMENTE HUMANO

Armados con estas breves explicaciones volvamos a mirar el concepto de derecho. El derecho, según ya hemos visto, para Santo Tomás es *lo justo, lo suyo, lo que está atribuido a alguien*; en definitiva, *el derecho es la misma cosa debida*.

Cosas hay muchas y desde luego no todas son derecho. Lo que constituye en *derecho* a una cosa, esto es, lo que especifica a la cosa (“*res*”) convirtiéndola en derecho (“*res iusta*”) ha de ser por tanto, su carácter de *debida*.

Ahora bien, decir que algo se debe, implica siempre hacer referencia al menos a *dos sujetos* semejantes pero individualmente distintos, que son respectivamente uno *acreedor* y otro *deudor*, ya que nadie puede –*sin atentar contra el principio de no contradicción*– tener ambas calidades respecto de una misma cosa. Resulta evidente que nadie puede, al mismo tiempo deber y no deber una misma cosa, y del igual modo, no es posible ser *deudor* y *acreedor* a la vez, respecto de una misma deuda. La *alteridad* del derecho, esto es, la necesaria relación a otro, nace precisamente de este hecho, una cosa es derecho, no porque pertenezca o esté atribuida

a alguien, sino que es debida por otro. Sin este “otro” no hay derecho. Ya veremos que, además, es forzoso que los sujetos de los que hablamos, aquellos que son parte de la relación jurídica, deban ser *personas humanas*, pero además, también por esta misma alteridad, las cosas, para ser debidas en justicia, deben poseer una característica especial, que las haga aptas para ser objeto de intercambio.

Esta característica es su *dimensión externa*, es decir, la capacidad intrínseca de la cosa de poder existir con independencia de un sujeto. Es evidente que un sentimiento, en cuanto sentimiento, por sublime que sea, no existe fuera del sujeto que siente, no puede, por tanto, llegar a ser un derecho, ya que si la justicia consiste en dar, requiere que la cosa pueda ser “*traspasable*” de uno a otro y un sentimiento –repito–, como tal sentimiento, no lo es. Lo que yo sentí al oír esta tarde la Novena sinfonía nace y queda en mí. Puedo escribir al respecto, pero ya no es el sentimiento, sino algo distinto, puede ser, si se quiere, la crónica de mi sentimiento, y desde luego, dicho relato sí puede ser derecho. Las cosas para ser derechos han de ser “*res exteriores*”, lo que es distinto a ser meramente materiales como las “*res corporales*”, pues es claro que un cargo, por ejemplo (el de profesor titular de una cátedra), puede ser un derecho y como tal concederle a su titular, algunas –*muy pocas, por cierto en este caso*– prerrogativas especiales.

Dijimos que el derecho era una realidad que se daba entre personas humanas. Expliquemos esto un poco más, teniendo presente, como lo hace el Presidente de la Academia Pontificia Santo Tomás de Aquino, quien ha estudiado profunda y profusamente el tema, que “*El concepto de persona es el más complejo de cuantos nos ofrece el horizonte de la metafísica*”<sup>18</sup>.

Partamos diciendo que para Santo Tomás el ser humano es una persona, porque “*Omne subsistens in natura rationali vel intellectuale est persona*”<sup>19</sup>.

Para hablar del tema, Santo Tomás recurre a Boecio, quien señala en su inmortal definición, qué debe entenderse por persona, la “*substancia individual de naturaleza racional*”. El punto de partida del Doctor Angélico es esta definición y la reflexión que sobre ella hubo desde el siglo VI al siglo XIII, sin embargo, “*la novedad tomista consiste en el salto de una filosofía de la esencia a una comprensión del acto de ser. La persona es la maravilla del ser en su máxima perfección, cual se realiza en los sujetos singulares de naturaleza espiritual, desde el hombre hasta Dios*”<sup>20</sup>.

En la definición de Boecio de persona, “*rationalis naturae individua substantia*”, plenamente aplicable al ser humano, hay –según el Padre

---

<sup>18</sup>Lobato, Abelardo, O.P. *La persona en Santo Tomás de Aquino*, en IUS PBLICUM N° 6 (2001), Universidad Santo Tomás, Santiago de Chile. 22.

<sup>19</sup>Santo Tomás de Aquino. *De Potentia*, 7,2.

<sup>20</sup>Lobato, Abelardo, O.P., Ob. y Loc. Cit.

Lobato— tres notas o características constitutivas y cada una de ellas se despliega en un haz de componentes que nos hacen descubrir cómo el derecho es un asunto que sólo puede darse entre los hombres, que es un asunto propio de las personas humanas. La primera de estas notas es la *totalidad*, la segunda, la *subsistencia* y la tercera es la *espiritualidad*.

Veamos someramente cada una de ellas para esclarecer o desvelar las razones por la que el Aquinatense define al ser humano como persona y por qué sólo es a él a quien le compete el derecho.

Cuando el Padre Lobato habla de *Totalidad*, se está refiriendo al hecho que sólo puede ser llamada persona a quien constituye un *todo singular existente (ens completum)*. Sólo hay *persona* cuando tenemos un *todo singular existente*, completo, que, como tal, es autónomo e independiente<sup>21</sup>; si sólo hay partes o entidades abstractas no hay persona; la mano o el pie del hombre no son persona; “*la persona corresponde a una sustancia completa, y no sólo completa en la razón de sustancia, sino aún completa bajo la razón de especie*”<sup>22</sup>. Tampoco son *personas* los entes de razón, los meros conceptos que no tienen existencia extramental; cuando hablamos de persona “*se trata de una sustancia primera, es decir, no de un universal que expresa la esencia, sino de un singular concreto*”<sup>23</sup>.

La condición de totalidad o complitud (*ens completum*) existente es requerida porque para Santo Tomás “*La persona implica el acto de ser y el ser en acto*”<sup>24</sup>, y esto se logra en un sujeto existente, un singular real, único e irrepetible, un *individuo*<sup>25</sup>.

Por eso que para el Aquinatense el alma humana separada del cuerpo no es una persona —*a pesar que el alma humana mantenga sus potencias intelectual y volitiva y le sea posible, por tanto, conocer y querer*<sup>26</sup>— porque

---

<sup>21</sup>La independencia y autonomía a la que nos referimos no tiene que ver con la generación del ser; el ser humano es por participación en el Ser Eterno, de quien recibe el ser, de modo que estrictamente hablando no es autónomo ni independiente, sin embargo, el punto que queremos resaltar es el requisito de totalidad o complitud para ser considerado persona.

<sup>22</sup>Medina Estévez, Jorge *Anotaciones de Metafísica Siguiendo a Aristóteles y a Santo Tomás de Aquino*. Universidad Santo Tomás. Santiago de Chile. 178.

<sup>23</sup>Medina Estévez, Jorge, Ob. Cit. 178 y sig.

<sup>24</sup>Lobato, Abelardo, O.P., Ob. Cit. 24.

<sup>25</sup>Aunque individuo y persona no son lo mismo (*Suma Teológica. III q. 2 a.2. ad 3m*), usamos la palabra para denotar esta característica de complitud o totalidad.

<sup>26</sup>En el ser humano, la unión entre el *cuerpo* y el *alma*, la unión *hipostática*, es necesariamente una unión *sustancial* y no *accidental*, debido precisamente a que tanto uno como otro son en sí mismos considerados *substancias incompletas* y que cuando se encuentran intrínsecamente unidas, constituyen una *substancia completa*, que es sujeto de actividad vital: *el hombre; la persona humana*. Sin embargo, el alma humana puede ser, con independencia de la materia, porque opera sin ella, lo que es aparentemente contradictorio con lo anterior, ya que sólo puede subsistir aquello que es una sustancia completa, y por el principio de no contradicción sabemos que una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo o bajo el mismo respecto. El alma humana no puede ser y no ser sustancia completa. La escolástica soluciona esta aparente objeción distinguiendo entre la *substancia específicamente completa* (“*ratione*

el alma humana es forma sustancial del hombre, y por tanto, informa la materia corporal, de modo que en la muerte de un ser humano, su alma se encuentra en una situación que podríamos definir como un *estado de tensión* hacia su cuerpo (*por lo que la resurrección surge como una necesidad humana propiamente tal y no como un invento de diferentes religiones*). El alma separada del cuerpo sale del mundo material, y por ello carece de derechos, no hay cosas que le sean debidas.

La segunda característica es la *Subsistencia*. El *ser personal es subsistente*. Subsistente es aquello que *es y que permanece en el ser*; la *subsistencia* es propia de aquello que posee *ser en sí mismo y no en otro*, y por ello la subsistencia conviene ante todo a las sustancias completas; *“ens completum in se subsistens in suo esse”*; la subsistencia implica una primacía ontológica que *“por un lado excluye la dependencia en el ser, y rechaza cualquier reducción a alguno de los accidentes. No puede ser de otro, en otro para otro, a no ser de modo relativo. La persona reclama autonomía, independencia en el ser y por ello en el obrar. Desde la vertiente positiva implica un ser en sí y no en otro”*<sup>27</sup>. *“Según que existe por sí y no en otro –nos dice Santo Tomás– se llama subsistencia, ya que decimos subsistir a lo que existe en sí y no en otro”*<sup>28</sup>. La subsistencia es el fundamento del *ser singular*. *“Indica el modo de ser, la duración en el ser, la exigencia de independencia y autonomía”*<sup>29</sup>.

Subsistir es existir *en sí y por sí mismo*. *“De esta condición se sigue que el acto de ser le pertenece de modo inseparable”*<sup>30</sup> y en ella se apoya el principio de *alteridad*.

Cada sujeto personal es *él y sólo él, y no puede ser el otro*; dicho en términos positivos: todo ser es solamente dueño de sí mismo y otro ajeno y distinto para los demás; nadie más que él es su dueño y él no puede adueñarse de los demás seres iguales a él; está, por así decirlo, clausurado o cerrado en su propio ser, que en el caso del hombre le ha sido dado con esta especial característica, de donde se sigue que la persona en cuanto que es subsistente es *incomunicable*.

Esta *incomunicación ontológica* significa que *“la persona no puede considerarse como parte de un todo. No es común con otros seres, sino*

---

*speciei”*) y *sustancia completa únicamente en el sentido de la subsistencia (“ratione subsistentiae”)*. Don Antonio Millán Puelles señala que *“Esta fórmula no es una sutileza incomprensible. Por sustancia específicamente completa se entiende la que constituye la totalidad de la esencia de una cosa; en el caso del hombre, por consiguiente, ni la materia prima ni el alma espiritual, ya que ninguna de ellas es el hombre entero. Y por sustancia completa sólo en el sentido de la subsistencia, se entiende aquella que no siendo la esencia entera de algo, puede, no obstante, existir en sí misma: el alma espiritual, en tanto capaz de subsistir sin materia”* (Millán Puelles, Antonio, *Fundamento de Filosofía*, Tercera Edición, Ed. Rialp. Madrid. 1962, 403).

<sup>27</sup>Lobato, Abelardo, O.P. Ob. Cit. 25.

<sup>28</sup>Santo Tomás de Aquino, *Summa Theologiae*, I, q. 29, a 2.

<sup>29</sup>Lobato, Abelardo, O.P. Ob. y Loc. Cit.

<sup>30</sup>Lobato, Abelardo, O.P. Ob. y Loc. Cit.

enteramente otro<sup>31</sup>. Los restantes animales, a diferencia del ser humano, son parte de un sistema ecológico, su valor no es como individuos, sino simplemente como partes de ese sistema; ocupan un lugar en la cadena alimenticia; un lagarto, por ejemplo, es igual a otro lagarto. No se pertenece y por eso pueden pertenecer a otros. Sabemos que el obrar sigue al ser, por lo tanto, si al sujeto le pertenece su ser, es también dueño de sus propios actos; luego, en la *incomunicabilidad* del hombre se encuentra la causa próxima de la *libertad humana*. “El dominio sobre el propio ser –dice el profesor Javier Hervada– es la nota fundamental de la persona. Por eso ser persona denota dos cosas que son como las dos caras del dominio del propio ser. La persona es dueña de sus actos ontológicamente, esto es, por la razón es capaz de dominar el curso de sus actos. Pero a la vez es dueña de su propio ser, en el sentido de que se autopertenece a sí misma y es radicalmente incapaz de pertenecer a otro ser<sup>32</sup>.”

Si el derecho es la cosa justa debida, es decir, aquello que es *lo suyo, lo propio, lo que le pertenece*, y el ser humano, por el hecho de ser persona se pertenece a sí mismo, este dominio o señorío derivado de su subsistencia, por ser el primero de todos los dominios, constituye el fundamento del derecho.

*Dicho de otra manera*: porque el hombre es persona se domina, y porque se domina puede dominar su entorno; tiene cosas que le son propias y puede atribuirse cosas, por eso le son debidas, son sus derechos; luego, la capacidad jurídica –o lo que es lo mismo, el derecho a tener o a darse derechos, o sea el poder de atribuir cosas– radica en último término en el hecho que el hombre sea persona.

La tercera característica es sin duda la más decisiva por las implicancias que tiene. Ser persona, según explica el Padre Lobato, implica tener una *Naturaleza Espiritual*.

Por nuestra propia experiencia, sabemos que el ser humano, a pesar de ser un ente corpóreo, puede operar con independencia de la materia, puesto que mediante su inteligencia concibe ideas y estas no están afectas al tiempo ni al espacio, características propias de la materia; si puede obrar con independencia de la materia, puede ser con independencia de ella, pues sabemos que el obrar sigue al ser (“*al esse*”); luego, en el ser del hombre debe haber un principio *espiritual*.

El hombre, para el Aquinatense, es un “*compuesto de alma y cuerpo*”<sup>33</sup>, sin embargo, ninguno de los dos componentes son un ser completo<sup>34</sup>; alma

---

<sup>31</sup>Hernández Grömelle, Adriana, *Persona de la máscara a la subsistencia* en IUS PUBLICUM N° 11 (2003), Universidad Santo Tomás, Santiago de Chile. 18.

<sup>32</sup>Hervada, Javier. *Introducción crítica al derecho natural*, Eunsa, Pamplona, 1982. 116; El destacado es nuestro.

<sup>33</sup>Santo Tomás de Aquino, *Suma Teológica*. Cit. I, q. 75 a 4.

<sup>34</sup>Precisamente por eso que la doctrina de Santo Tomás sobre el hombre no puede ser considerada como una concepción dualista, sino como contrapuesta a ella. Según Descartes,

y cuerpo no son dos sustancias yuxtapuestas en una unión accidental, –como sostenía Platón<sup>35</sup>– sino que la unión que se produce entre ellas es sustancial, de tal modo que, precisamente en virtud de la unión, *el alma y el cuerpo forman una sola sustancia, una naturaleza, una persona. “Ex anima et corpore, constituitur in uno-quoque nostrum duplex unitas naturae et personae”*<sup>36</sup>.

La unión sustancial de alma y cuerpo es demostrada por Santo Tomás –una vez más– observando atentamente lo que ocurre en la realidad. En efecto, él nos dice, que en las operaciones humanas, *“Idem ipse homo est qui percipit se intelligere et sentire”*<sup>37</sup>. Es indudable que atribuimos a un mismo sujeto, que llamamos yo, la universalidad de nuestros actos. *“Soy yo –nos dice el Cardenal Mercier, comentado este texto– quien piensa, quien reflexiona, quien quiere, quien ama; soy yo también quien ve, quien entiende, quien toca; yo quien anda, yo quien vive y me alimento; yo, en fin, quien estoy aquí, en tal lugar del espacio. Ahora bien, si el alma inte-*

---

–a quien podemos considerar como el propulsor del dualismo– el alma y el cuerpo son sustancias completas: el alma, cuya esencia es el pensamiento (*res cogitans*) tiene subsistencia propia; la famosa y repetida frase *“pienso, luego soy,”* nos indica que la esencia total, esto es completa, del ser humano, es el pensar y por tanto para existir no requiere de ningún lugar, ni depende de ninguna cosa material, es esencialmente independiente; al igual que el cuerpo, cuya esencia es la extensión (*res extensa*); ambos sujetos subsisten separadamente sin ninguna suerte de interacción o comunidad de ser entre ellos. El problema es que (*como casi siempre ocurre*) esta teoría, a pesar de la brillantez de su autor, se encontró a la porfiada realidad; en los hechos vemos y constatamos que existen relaciones entre nuestro cuerpo y nuestro espíritu y por ello los seguidores de Descartes, buscaron soluciones para entender la unión o mejor dicho esta especie de *“comercio”* entre cuerpo y alma, entre la sustancia pensante y la extensa. Así Malebranche nos habla de las *“causas ocasionales”* (*que no explican este tráfico “ilícito”*), pero tal solución exige la intervención divina para cada uno de nuestros actos, ya que se recurre a Dios para explicar cada uno de nuestros actos, por pequeños que sean (*lo que además de engorroso, nos lleva al determinismo panteísta, dicho sea de paso*). Leibnitz, por su parte, va más allá, no puede admitir que Dios intervenga a cada instante para dirigir la marcha simultánea del alma y del cuerpo y nos habla en su Teodicea de una intervención divina inicial, la *“armonía preestablecida”*. Locke y sus discípulos comprenden que no puede ponerse en duda la evidente influencia del alma sobre el cuerpo y viceversa, y admiten que entre ellos hay una unión accidental, que nos recuerda a la teoría platónica. El dualismo, como vemos, ha tenido que ir poco a poco cediendo terreno y es que, en definitiva, todas estas doctrinas dualistas, tanto las extremas o aquellas más matizadas en sus formulaciones, se estrellan con los porfiados hechos; no tienen asidero en la realidad y por eso el dualismo cada día cuenta con menos adherentes entre los filósofos serios. La verdad –*que no es otra cosa que la adecuación de la inteligencia y de la cosa*– termina final y fatalmente imponiéndose; es la realidad la que manda, y por ello, la doctrina tradicional católica de la unión sustancial de alma y cuerpo –*que si se le quiere etiquetar podría ser llamada “Duo-monista” y con mayor exactitud, simplemente como hilemorfica*–, equidistante del dualismo y del monismo, ha perdurado y probablemente perdurará, por sobre otras elucubraciones pasajeras que, como un chispazo de luz, podrán encandilar, pero no alumbrar.

<sup>35</sup>Para Platón el cuerpo es la cárcel del alma, y que el alma ha de gobernar al cuerpo como el piloto a la nave.

<sup>36</sup>Santo Tomás de Aquino, *Suma Teológica* I. Loc. Cit.

<sup>37</sup>Santo Tomás de Aquino, *Suma Teológica*. Cit. I, q. 76 a 1.

*ligente fuese una sustancia distinta del sujeto corporal de las operaciones sensibles, las afirmaciones de la conciencia serían inexplicables*<sup>38</sup>.

Dicho de otra manera: El hombre que piensa y que siente sabe que es él (*y no otro*) quien piensa y siente; y puede pensarse a sí mismo, pensando y sintiendo. La sensación y el acto del entendimiento son actos *inmanentes*, que nacen y se terminan en el mismo sujeto que los realiza, y cada uno de nosotros percibimos como propios tanto nuestros pensamientos como nuestras sensaciones.

Si no existiera la unión *hipostática*, es decir, si el alma y el cuerpo estuvieran separadas o simplemente yuxtapuestas la una al otro, un mismo sujeto percibiría, *al mismo tiempo*, como propios y como ajenos alguna de estas dos clases de actos (*lo que atenta contra el principio de no contradicción*), pues quien siente es el cuerpo y quien piensa es el alma y siendo cada uno de ellos un sustancia separada ya que el cuerpo es por sí mismo subsistente y el alma por su parte también lo es, en cualquiera de los dos en que radiquemos al sujeto, le será imposible percibir como suyos actos, aquellos que pertenecieran al otro (*cuerpo o alma*), pues ese otro sería sustancialmente diferente del sujeto que percibe, aunque ambos puedan aproximarse más o menos entre sí y obrar tan íntimamente como se quiera, no por eso dejarán de ser dos seres diferentes, entre los cuales jamás se podrá formar una *unidad real*, pues para ello debieran fundirse en uno solo y dejar de ser, es decir, en definitiva, serían y no serían (*otra vez topamos con el principio de no contradicción*) y aunque así fuera, esa nueva unidad resultante sería un tercero respecto de los otros dos, que seguirían subsistiendo y por tanto tendríamos el mismo problema ya denunciado; luego, la unión de alma y cuerpo debe necesariamente ser una unión sustancial, una unión que radica en la naturaleza de ese ser, pues la naturaleza no es sino la misma *esencia* considerada como principio de operación, de manera que la naturaleza humana es espiritual.

Por eso Santo Tomás sintetiza su visión de la persona señalando que *“La persona designa una cierta naturaleza con un modo de existir. La naturaleza, que incluye la persona en su concepto, es la más digna de todas, es decir la naturaleza intelectual según su género. Análogamente, el modo de existir que incluye el concepto de persona es el más digno, es algo que existe por sí”*<sup>39</sup>.

Esta característica de *espiritualidad*, que se da en la esencia y existencia de la persona no debe, por tanto, ser entendida como mera diferencia específica, sino *“como un incremento en el ser que ya significa la subsistencia”*<sup>40</sup>.

---

<sup>38</sup>Mercier, Desiderio. *Tratado elemental de filosofía*. Barcelona. 1909, Tomo I. 378.

<sup>39</sup>Santo Tomás de Aquino. *De Potentia*, 7,2.

<sup>40</sup>Lobato, Abelardo, O.P. Ob. Cit. 26.

De esta característica, por lo mismo, deriva la especial *dignidad humana*, pues precisamente es en esto, en su espiritualidad, donde se realiza en plenitud que el hombre es a “imagen y semejanza de Dios”; “*la persona sólo existe en el horizonte del espíritu*”... “*es persona el hombre, lo es el ángel, lo es Dios. Pero no es persona ninguno de los vivientes, animales o plantas*”<sup>41</sup>. “*Ser persona implica una dignidad congénita, y una capacidad de dignidad que se puede conquistar en la medida en que el ser desarrolla toda la potencia que encierra su naturaleza espiritual*”<sup>42</sup>. Sólo quien es persona tiene derechos y va teniendo más derechos precisamente en la medida que va siendo más persona.

De este modo, la *dignidad especial del ser humano viene de su condición de persona*. “*La dignidad humana no es consecuencia de la desvinculación y la autonomía; es participación creada de Dios; dignidad ontológica que deriva de la eminencia del ser*”<sup>43</sup>. En definitiva, “*el tomismo otorga la primacía al ser como acto y a su participación en los entes. El ser humano es persona, pero ésta no anula la naturaleza humana en los individuos ni en los entes. El ser humano es persona*”<sup>44</sup> y esto, como apunta la profesora colombiana Ilva Myriam Hoyos, “*es gozar de un acto de ser más intenso*”<sup>45</sup>. Toda la grandeza de la humanidad se fundamenta en que el hecho que el *hombre es persona*, y ser persona significa, dentro de la concepción de Santo Tomás, ser y existir (*acto de ser y el ser en acto*) a imagen y semejanza de Dios.

### C) EL DERECHO ES EL OBJETO DE LA JUSTICIA

Sigamos razonando acerca del derecho. Hemos visto que la noción de Derecho se predica análogamente, y que el Derecho (*per prius*), o sea, originariamente considerado, es *la cosa justa debida*, y como tal es un asunto exclusivamente humano, pero no hemos entrado en el análisis de la esencia del derecho.

Ya habíamos adelantado, en todo caso al comenzar este artículo, que para Santo Tomás, el derecho es “*la misma cosa justa (ipsa res iusta)*”<sup>46</sup>. Ahora bien, si lo justo es igual a lo debido y lo que se debe es el derecho, decir derecho es igual que decir lo justo<sup>47</sup>, de donde se sigue, que sólo

---

<sup>41</sup>Lobato, Abelardo, O.P. Ob. y Loc. Cit.

<sup>42</sup>Lobato, Abelardo, O.P. Ob. Cit. 27.

<sup>43</sup>Hernández Grömelle, Adriana, Ob. Cit. 19.

<sup>44</sup>Lobato, Abelardo, O.P. *La Aportación de Karol Wojtyla a la filosofía de la persona*, en Revista BERIT INTERNACIONAL, Instituto de la Familia, Universidad Santo Tomás. Santiago de Chile, N° 5, diciembre de 2005. 23.

<sup>45</sup>Hoyos Castañeda, Ilva Myriam, *El concepto jurídico de persona*. Eunsa. Pamplona. 1989. 374.

<sup>46</sup>Santo Tomás de Aquino, *Suma Teológica*. Cit. II-II q. 57, art. 1, ad. 1.

<sup>47</sup>Santo Tomás de Aquino, *Suma Teológica*. Cit. II, II q. 57, art. 2º, en la segunda objeción planteada señala textualmente que “*lo justo es lo mismo que el derecho*”.

será considerado derecho –*propriadamente hablando, o en sentido primario*– aquello que pueda establecerse como el objeto de la justicia. “Y así –nos explica Santo Tomás– se dice (que) algo (es) justo, como teniendo la rectitud de la justicia, en la cual termina la acción de la justicia, aún sin atender cómo lo ejecuta el agente. Pero en las demás virtudes no se determina algo recto sino en cuanto que es hecho por el agente de tal manera. Y por esto especialmente a la justicia antes que a las demás virtudes se determina en sí mismo el objeto que se llama justo. Y esto ciertamente es el derecho”<sup>48</sup>.

Santo Tomás explica que la justicia difiere de las demás virtudes cardinales, la prudencia, la templanza, la fortaleza, en que en ella puede separarse lo recto de la obra de la rectitud del agente, es decir, en el acto de justicia –*dar a cada uno lo suyo*– la perfección de la obra no depende de la perfección de quien la realiza; la justicia, a diferencia de sus hermanas, puede producir actos justos independiente de la “*justicia del alma*”<sup>49</sup> de quien practicó ese acto, esto es, puede perfectamente ser hecho sin la “intención de ser justo”, pues lo que determina si un acto es justo o no, es el acto mismo, la obra, el resultado. El acto es justo cuando da lo debido, la comparación está entre esto, lo dado y lo debido y si lo debido, como ya hemos visto, es sinónimo de derecho, resulta evidente que “*el derecho es objeto de la justicia*”<sup>50</sup>.

Y esto sí que tiene importantes consecuencias. Por de pronto, una de ellas es que el derecho es un acto *primero* respecto de la justicia, que es acto *segundo* en relación al él, o lo que es lo mismo, el *derecho es anterior a la justicia*. No puede haber justicia si antes no hay una cosa que es atribuida a alguien y por ello se presenta esa misma cosa, en relación de los demás, o respecto de los otros, como debida; la deuda, es decir, el deber – *ya estamos hablando de justicia*– de los otros (*lo que los otros deben dar*), nace una vez que una cosa es atribuida a una persona, y será el respeto si la cosa está en poder de su dueño, la restitución si ha salido de su esfera de manera ilícita, el pago si salió en virtud de una compraventa celebrada por su dueño, etc.

---

<sup>48</sup>Santo Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, Cit. II, II q. 57, art. 1º.

<sup>49</sup>“*Virtus est quae bonum facit habentem el opus eius bonum reddit*” Santo Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, Cit. I, II q. 55, art. 3º. Es decir, toda virtud tiene dos perfecciones, perfecciona al hombre, lo hace virtuoso y perfecciona al acto virtuoso, por ello es posible tener cualquier virtud moral sin que se perfeccione el acto, o sea que quede sólo en la intención del alma, pero en el caso de la justicia además existe otra posibilidad que las demás virtudes no tienen, en ella se puede perfeccionar al acto sin producir simultáneamente la perfección del sujeto. Quien ejecuta un acto de templanza, por ejemplo, necesariamente se está templando, adquiere esa perfección, no puede alguien templarse de otra manera, pero quien paga el precio de un cosa, ciertamente que da al otro lo suyo, ejecuta un acto de justicia, pero puede hacerlo con la peor intención posible (*finis operatio*); ese acto es de justicia, pero el sujeto no se “hizo” justo, no se perfeccionó.

<sup>50</sup>Santo Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, Cit. II, II q. 57, art. 1º.

En efecto, si definimos a la justicia como lo hace Ulpiano<sup>51</sup> –y la mayoría de la doctrina posterior<sup>52</sup>, incluyendo a Santo Tomás<sup>53</sup>– diciendo que consiste en “la perpetua y constante voluntad de dar a cada uno su derecho”, es necesario que éste exista para que pueda darse aquella. Si no hay derecho, simplemente no puede haber justicia, pues no habrá nada que darle al otro. Es decir, para que exista justicia debe haber, en primer lugar, dos *personas* y en segundo, algo, una *cosa*, que pertenezca a una de esas personas; que sea suya y que crea un débito respecto de los demás, ya que, según hemos visto, las cosas han de ser “*debidas*” para ser derechos, y para ello es menester que esa cosa sea, por decirlo de algún modo, *propiedad atribuida* a ese alguien, que será quien detenta o es titular de ese derecho y que al mismo tiempo genere en los demás deberes como los que hemos visto.

Por eso Santo Tomás señala que “*Debe decirse que es propio de la justicia, entre las demás virtudes, el que ordene al hombre en sus relaciones con los demás. Pues implica cierta igualdad, como lo demuestra su mismo nombre, porque se dice vulgarmente que se ajustan las cosas que se igualan. Y la igualdad es con otro*”<sup>54</sup>. “*A la justicia pertenece dar a cada uno su derecho –explica más adelante el Aquinatense–, supuesta sin embargo la diversidad del uno al otro, pues si alguien se da a sí lo que se debe, esto no se llama propiamente justicia*”<sup>55</sup>.

Lo justo o el derecho es, entonces, lo que lo *propio de alguien desde la perspectiva de los otros* y respecto de lo cual los demás tienen un deber, que han de cumplir. Han de dárselo precisamente porque se lo deben y porque es debido es exigible. La justicia, que es dar a cada uno lo suyo, *suum cuique tribuere*, tiene entonces por objeto o fin al derecho, que con razón es llamado lo justo.

Ahora bien, Santo Tomás indica que *el derecho o lo justo* es alguna cosa adecuada a otro, esto es, que las cosas pertenecen a las personas “*según algún modo de igualdad. Y de dos modos puede ser algo adecuado a algún hombre. De un modo, por la naturaleza misma de la cosa, como cuando alguno da tanto para recibir otro tanto. Y esto se llama derecho natural. De otro modo, algo es adecuado o correspondiente a otro según una convención o asentimiento común, es decir, cuando alguno se considera satisfecho recibiendo tanto. Y esto puede tener lugar de dos maneras. De una, por algún pacto privado, como cuando se establece un contrato entre personas privadas. De otra, por convención pública, por ejemplo, cuando todo el pueblo consiente en que algo se tenga como adecuado y*

---

<sup>51</sup>Digesto, 1. I párrafo 10.

<sup>52</sup>San Agustín en De Civ. Dei, 1. 19 c.21 y San Ambrosio en De Officiis. 1, I, c.24, citados por Quiles S.J., Ismael en Ob. y Loc. Cit.

<sup>53</sup>Santo Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, Cit. II, II q. 58, art. 1º.

<sup>54</sup>Santo Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, Cit. II, II q. 57, art. 1º.

<sup>55</sup>Santo Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, Cit. II, II q. 57, art. 4º.

*correspondiente a otro; o cuando esto lo ordena el príncipe que tiene el cuidado del pueblo y que representa su persona. Y esto se dice derecho positivo*<sup>56</sup>.

Las cosas son *adecuadas a algún hombre* cuando son “suyas”, esto es, cuando le pertenecen, pues de algún modo las cosas se ordenan o adecuan a su dueño. Hay “cosas” que son del ser humano, como señala el Aquinatense, por “*convención o asentimiento común*”, esto es, porque así ha sido establecido por el hombre, ya sea en un contrato o bien en una ley; otras, en cambio, le pertenecen por la *misma naturaleza de las cosas* y no por institución del hombre. El ser humano –*por ruin que sea, como decía mi padre, enseñando a sus hijos a respetar a los demás*–, por el mero hecho de ser un hombre, es “*señor*” (y así nos exigía que tratáramos a todos los demás) o dueño, al menos de sí mismo, de su vida; tiene algo que es suyo; ningún otro hombre, puede (*nos decía él, que era médico*) apropiarse de esa vida, quitársela por la fuerza a su dueño, sin cometer una injusticia.

Pues bien, si el derecho, para Santo Tomás es “*ipsa res iusta*”<sup>57</sup>, es decir, la misma cosa justa, y el hombre tiene derechos en virtud de su propia y especial naturaleza; esas cosas son suyas y debidas a él, no por convención humana, sino por su calidad de persona. Y aquí está, como explica el profesor Javier Hervada, el “secreto” que permite entender la fórmula de la justicia, “*porque sin el derecho natural sólo quedan los derechos dados por las leyes dictadas por los hombres, entonces la justicia –consistiendo en dar a cada uno su derecho– se reduciría a darle a la persona humana estos derechos. Y por ahí nadie pasa*”<sup>58</sup>... “*hacer derivar todo derecho de la ley*”<sup>59</sup> – nos ha dicho antes el mismo profesor– *impide entender la justicia. Porque la justicia depende del derecho preexistente a la ley y al arte de la política, se puede introducir la justicia en la ley y en la política*”<sup>60</sup>.

En efecto, la ley positiva, entonces, para ser justa –*o lo que es lo mismo, acorde con la recta razón natural*– debe respetar lo suyo que tiene el ser humano, precisamente por ser humano: *el ius natural*, o lo que es lo mismo, lo justo natural, *el derecho natural*. Ahora bien, “*puesto que lo justo se divide en lo justo natural o derecho natural y lo justo positivo o derecho positivo, las reglas respectivas de derecho se dividen asimismo en naturales y positivas. Lo justo positivo procede de la voluntad humana, su regla tiene el mismo origen: la decisión humana. En cambio lo justo natural tiene por regla los enunciados de la razón natural: la norma jurídica*

---

<sup>56</sup>Santo Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, Cit. II, II q. 57, art. 2º.

<sup>57</sup>Santo Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, Cit. II, II q. 58, art. 1º.

<sup>58</sup>Hervada, Javier, *Derecho*, Guía de los estudios universitarios. Eunsa. Pamplona. 1984. 40.

<sup>59</sup>Se refiere a la ley positiva.

<sup>60</sup>Hervada, Javier, *Derecho*, Ob. Cit. 37.

*natural*<sup>61</sup>. De este modo la norma jurídica positiva “no puede abrogar los mandatos y prohibiciones naturales; es decir, no puede destruir la obligatoriedad de la norma jurídica natural que prescribe o prohíbe una conducta. Esta obligatoriedad se asienta en un deber de justicia fundado en la naturaleza humana”<sup>62</sup>. Si la ley positiva contraría la ley natural, rompe y daña lo justo natural, luego es injusta, y si es injusta, en concepto de Santo Tomás, no es verdadera ley.

Hago notar al paciente lector, que ha llegado en su lectura hasta este punto, que sin querer y casi imperceptiblemente, hemos pasado de hablar del derecho, a referirnos a la ley, pero, advierto también que a pesar de ello, aquí no hay confusión posible entre uno u otro. Que quede claro: una cosa es el derecho y otra cosa es la ley, pero resulta que la ley positiva, como acción libre del hombre que es, también queda sujeta al juicio propio de la justicia. Así como hay actos malos y actos buenos, hay leyes positivas injustas y otras justas, de modo que tanto no nos hemos desencaminado de nuestro sendero de ruta. Pero ya que estamos aquí, aprovechemos de dar un vistazo a este tema para terminar con este pequeño artículo.

#### D) LEY Y DERECHO

La ley positiva, la ley humana, puesta, instituida por el hombre (*eso significa positiva*) para ser considerada por Santo Tomás una verdadera ley, esto es, para que sea una “*cierta ordenación de la razón al bien común promulgada por quien tiene el cuidado de la comunidad*”<sup>63</sup>, debe ser ante todo *justa* o lo que es lo mismo, *conforme a los postulados de la recta razón natural*, pues la razón natural, rectamente ordenada, dicta lo que es justo e injusto.

La ley injusta, en la doctrina jurídica tomista, no es ley precisamente porque constituye una conducta contraria en el orden del obrar humano a la recta razón natural. Puede –*qué duda cabe en estos tiempos*– esa norma tener la apariencia de ley, posee “*los rasgos empíricos y fenoménicos de toda ley: aparece como un mandato del legislador, con todos los caracteres externos y formales de una ley. Pero esta ley carece de la esencia de la juridicidad: no engendra el deber de justicia y, por tanto, no engendra la vinculación según su condición de persona (no es ley en sentido sustancial); solamente se impone por la coacción que pueda acompañarla. Más que una ley es una apariencia de ley; tiene forma de ley, pero no sustancia de ley*”<sup>64</sup>.

Ahora bien, no hay duda que la ley positiva es causa y medida del derecho, es decir, mediante ella se crean derechos, esto es, se asignan cosas

---

<sup>61</sup>Hervada, Javier, *Introducción...* Ob. Cit. 137.

<sup>62</sup>Hervada, Javier, *Introducción...* Ob. Cit. 173.

<sup>63</sup>Santo Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, I-II, q. 90. Art. 4º.

<sup>64</sup>Hervada, Javier, *Introducción crítica al derecho natural*. Eunsa. Pamplona. 1982, 174.

a personas y, al mismo tiempo, le fija a dichos derechos una extensión, pero la materia sobre la cual el hombre puede legislar no es ilimitada.

Por eso, frente a la objeción planteada respecto a que *“Se da el nombre de ‘positivo (humano)’ a lo que procede de la voluntad del hombre; pero nada es justo por el simple hecho de proceder de la voluntad humana, de lo contrario, en la voluntad del hombre no podría darse la injusticia. Luego, dado que lo ‘justo’ (iustum) y el derecho (ius) se identifican, parece que no existe derecho positivo”*<sup>65</sup>, el Doctor Angélico responde citando a Aristóteles y diciendo que *“que la voluntad humana por convenio común puede hacer algo justo en las cosas que por sí no tienen repugnancia alguna a la justicia natural. Y en estas cosas tiene lugar el derecho positivo. Por lo cual el Filósofo dice (Etic. 1.5, c.7) que lo justo legal es lo que en principio no difiere de este o aquel modo, pero que deja de ser indiferente una vez establecido. Pero si algo repugna por sí mismo al derecho natural no puede hacerse justo por la voluntad humana; como si establece que sea lícito hurtar o cometer adulterio. Por lo cual dicese (Is. 10, 1): ¡Ay de los que establecen leyes injustas!”*<sup>66</sup>.

El hombre tiene la capacidad natural de crear derechos y regularlos en aquellos temas que son de suyo *indiferentes en lo que se refiere a la justicia*, pero que una vez que crea o establece estos derechos, dejan de ser *indiferentes* y han de ser respetados, pues pasan a ser *res iusta* y como tal *res debita*. ¿Qué quiere decir indiferente? Quiere decir que, por lo que a la justicia y a la moral se refiere, da lo mismo adoptar una solución que otra. Porque ninguna de las alternativas lesiona la justicia o la moralidad. Ejemplo de ello el tránsito de una calle. *¿De norte a sur o de sur a norte?* Da lo mismo. Ninguna de las opciones daña la justicia, pero una vez que el Municipio ha decidido una de ellas, cualquiera, comete una injusticia quien entra en contra del tránsito y si es sorprendido, cometiendo esa falta a la justicia, esto es, cometiendo un acto que ahora (una vez fijado el tránsito) es ilícito, será penado con una multa.

El ser humano, como destaca Santo Tomás, puede y debe darse normas de conducta; el tema de fondo (*y de perenne actualidad, podemos agregar*), es hasta dónde llega esta facultad del ser humano de crear derechos y a esto es a lo que se refiere en la segunda parte de la respuesta el Aquinatense, al decir que *“Pero si algo repugna por sí mismo al derecho natural no puede hacerse justo por la voluntad humana”*, o lo que es lo mismo: *el derecho positivo tiene como límite el derecho natural*, esto es, que el reparto segundo que hace el hombre de las cosas no puede desconocer el reparto primero hecho por el Creador, por eso, el conjunto de normas jurídicas creadas por el hombre, no puede ir en contra de aquellas pres-

---

<sup>65</sup>Santo Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, II-II. q. 57, art. 2, objeción N° 2.

<sup>66</sup>Santo Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, II-II. q. 58, art. 2, ad 2°.

cripciones de la razón natural que enuncian un deber de justicia, basado en un derecho natural objetivo que llamamos ley natural.

Veamos la razón de todo esto. En primer lugar hay que apuntar que *“la ley natural es la expresión de las exigencias de la naturaleza humana en orden a los fines del hombre. Pero la naturaleza humana no señala más que un orden fundamental, porque la tendencia a los fines del hombre está regida por el principio de libertad de los medios. La naturaleza marca el fin y con él la dirección fundamental de la conducta humana, su orden básico, sin sobrepasar esta medida”*<sup>67</sup>. La ley natural marca un orden fundamental básico –y como tal, un mínimo, pero nada más– que dice relación con la finalidad humana. Pero la vida en sociedad requiere de algo más que este orden fundamental, y más allá de ese mínimo, las normas de conducta o leyes que habrán de regir la sociedad –*como el hombre es un ser inteligente y libre*– deberán ser producto de la opción libre y de la inventiva propia de los seres humanos; estas leyes son las que llamamos leyes humanas o leyes positivas.

Ahora bien, dije antes que la sociedad requería de algo más que estas normas que marcan el orden fundamental, pero me apresuro a señalarle a mi querido lector, que esto no significa de ningún modo que ellas –*estas normas que marcan el orden fundamental del hombre para alcanzar sus fines*– puedan ser pasadas por alto, por el contrario, debemos tener claro que sin el respeto de este orden fundamental, la sociedad no puede cumplir su fin.

En efecto, la sociedad nace como consecuencia del hecho que el hombre tiene una naturaleza social, sus fines también tienen, por tanto, una dimensión social y por ello la vida social tiene como normativa básica propia e insoslayable a la ley natural, precisamente por ser esta la ley de la naturaleza del hombre y de sus fines; el orden fundamental de la sociedad humana está determinado por las exigencias de la persona humana.

La ley natural se refiere a los fines y a los medios necesarios, pero no a los medios contingentes<sup>68</sup>; el orden de los medios contingentes queda entregado al hombre, ellos no están completamente determinados por la ley natural. La ley positiva, entonces, aparece como una necesidad en el orden de los medios, para alcanzar los fines naturales del hombre, puestos de relieve por la ley natural. De este modo queda claro que las prescripciones de la ley positiva se originan a partir de las prescripciones de la

---

<sup>67</sup>Hervada, Javier, *Introducción...* Ob. Cit. 165.

<sup>68</sup>Como bien hace notar el profesor Ugarte, los preceptos secundarios de la ley natural *“tienen por objeto medios que son de necesidad natural para alcanzar los fines del hombre. Esto significa que tales medios no se requieren en virtud de las circunstancias contingentes, sino de la misma naturaleza humana”*. Ugarte G., José Joaquín, *La ley natural*, en Revista Chilena del Derecho, Vol. 6 año 1979. 478.

ley natural<sup>69</sup>. La ley natural, por ejemplo, establece que el ser humano debe trabajar, la ley positiva establecerá las regulaciones pertinentes a las relaciones laborales; la ley natural establece la prohibición de matar, porque todo ser humano tiene derecho natural a la vida, la ley positiva regulará cómo se protege ese derecho en el que está por nacer, el sistema de salud, etc.

El contenido de la ley positiva se deriva de los preceptos de ley natural mediante la *determinación* de las reglas sobre los medios para obtener los fines naturales. El rasgo propio de esta determinación es su carácter *no necesario*, es decir, opcional, contingente, no es ese medio elegido el único por el cual se puede lograr lícitamente ese fin (*de ahí su carácter de indiferente*), pero como todo acto libre del hombre, esta elección de medio queda sujeto a la moral y por tanto no podrá el gobernante elegir cualquier medio, sino uno que sea acorde con la justicia y la moral.

Ciertamente que en nuestro país podríamos acabar con la pobreza en una década, esterilizando *por ley* a quienes no puedan acreditar una renta superior al doble del salario mínimo, o dando muerte *legalmente* a los ancianos en todos los asilos, o fusilando a los menesterosos, a los débiles mentales, matando a los enfermos incurables, y en general, eliminando a todo aquel que sea improductivo en términos económicos<sup>70</sup>, es decir, con tan sólo dictar normas que establezcan la eugenesia, la eutanasia, el aborto y la esterilización masiva, o que consagren como delito el hecho de ser pobre, y cualquier otro que se nos ocurra, y penarlos con pena de muerte. Al cabo de 10 años, de esta "*sana política de Estado*", con toda seguridad, la renta *per cápita* sería seguramente el doble de la actual. Pero *¿es lícito esto? ¿Puede la ley humana establecer estas atrocidades?* Desde luego que no. El límite entonces es claro y a esto es lo que apunta Santo Tomás. Hay cosas que son de suyo justas o injustas, que no son indiferentes, en lo que respecta a la justicia: este es el ámbito propio del derecho natural, y consecuentemente, le está vedado al derecho positivo, al cual sólo le compete determinar lo que queda fuera de él.

Por ello, la relación entre las normas jurídicas naturales y las normas que pertenecen a la legislación positiva está regulada por tres principios básicos: 1º La norma jurídica positiva no puede abrogar nunca los *mandatos y prohibiciones* de la ley natural. Mediante la legislación positiva no se puede destruir la obligatoriedad de las normas jurídicas naturales, porque estas últimas constituyen en sí mismas un deber de justicia; 2º Las conductas o actuaciones *permitidas* por la ley natural, pueden ser objeto

---

<sup>69</sup>Desde luego el "*derecho a darse derechos*" es de derecho natural. Esto es lo que olvidan los positivistas y les resulta insalvable. No es la ley positiva la que le confiere al ser humano la capacidad para legislar, sino la ley natural.

<sup>70</sup>Físicamente, aunque no moralmente, todo esto es posible. (*En todo caso espero no haber dado alguna idea nueva a una persona mentalmente insana, que encuentre aquí la solución a los problemas sociales*).

de regulación por la ley positiva, delimitándolas y estableciendo requisitos; y 3º Las normas naturales *reguladoras de capacidades* pueden ser reguladas a su vez por normas positivas, pero sin convertir la capacidad que se pretende regular en *incapacidad absoluta*. A este respecto hay que tener presente que lo lícito por derecho natural puede ser ilícito por disposición positiva, pero no al contrario, es decir, *lo que es ilícito por ley natural no puede ser transformado en lícito por ley positiva*. Asimismo, un acto nulo por derecho natural no puede transformarse en válido por ley positiva, pero un acto válido por derecho natural podría llegar a ser inválido por derecho positivo, a través del incumplimiento de los requisitos de validez impuestos por este último. Por ejemplo: el derecho natural al libre desplazamiento. Para ejercerlo de un país a otro se requiere el pasaporte, visas y vacunas especiales en algunos casos.

Estimado –y sufrido– lector, ciertamente que me he dejado llevar por mi entusiasmo y he seguido escribiendo –*recorriendo el camino, para retomar al símil del principio*– mucho más allá de lo que había pensado cuando decidí escribir este modesto artículo, y a pesar de no estar en absoluto arrepentido de ello, pues creo que así (aunque no sea más que para contradecirme), por una parte, mis torpes palabras pueden motivar –*esa es mi esperanza*– a más de alguno a abrir la Suma Teológica y descubrir, entre tanto positivismo ajado y con olor a naftalina, la frescura y lozanía del pensamiento siempre actual de Santo Tomás de Aquino (*esto pretendía, como dije al comienzo, ser una invitación a ello, a incluir entre sus amigos al querido Tomás*), y por otra, que habiendo disfrutado enormemente este paseo, siempre es bueno refrescar algunos conceptos, pues como nos repetía *machaconamente* (*esta palabra es suya*) a sus alumnos nuestro profesor de lógica, metafísica y teodicea, el recordado Padre Osvaldo Lira Pérez ss.cc., “*lo que por sabido se calla, por callado se olvida*”, les pido, en cualquier caso –*un poco con la boca torcida*–, perdón por abusar de su paciencia, pero creo que en estos tiempos, en que “*la ciencia del derecho deambula en pos de una filosofía que la justifique y oriente*”<sup>71</sup> –como comienza su interesante libro el profesor Cristóbal Orrego–, nunca está de más hacer caso al consejo de un viejo y querido maestro, aunque no se tenga ni la calidad ni la brillantez que tienen sus muchos escritos y se abuse, con ello y por ello, de la paciencia de los pocos –*pero buenos*– lectores.

---

<sup>71</sup>Orrego Sánchez, Cristóbal. *Análítica del derecho justo*. Ed. Universidad Autónoma de México. México. 2005. 7.



# LA DOCTRINA ARISTOTÉLICA DE LOS PRINCIPIOS DE LEGITIMIDAD POLÍTICA. ESTUDIO DE FUENTES

*Sergio Raúl Castaño\**

SUMARIO: 1. Introducción de la doctrina por Aristóteles. 2. La recepción de la doctrina por la escolástica: A) Tomás de Aquino. B) Francisco Suárez. 3. Conclusión.

## 1. INTRODUCCIÓN DE LA DOCTRINA POR ARISTÓTELES

### I) *LOS PRINCIPIOS DE LEGITIMIDAD EN ARISTÓTELES. BREVE PRESENTACIÓN DEL TEMA*

#### 1) *El bien común como principio fundamental de legitimidad política*

El bien común en Aristóteles constituye un principio axial de la entera *práxis* humana. Así lo atestigua, entre muchos otros pasos, el lugar que ocupa la noción al comienzo mismo de la *Ética Nicomaquea*<sup>1</sup>. Este peraltado rango como fin del obrar consociado se traduce en el campo político en lo que sin anacronismo cabe llamar *principio primario de legitimidad política*. Dice el Estagirita: “Es evidente, pues, que aquellas constituciones (πολιτεῖαι) que buscan el bien común (το κοινὴν ὑφ’ ἑαυτῶν) son rectas según lo justo absoluto, mientras que aquellas que buscan sólo el interés de los gobernantes son todas defectuosas y desviaciones de las constituciones rectas, pues son despóticas; y la ciudad es una comunidad de hombres libres”<sup>2</sup>.

#### 2) *La politeía como principio secundario de legitimidad*

Como en el caso del bien común, excede nuestro propósito dar tratamiento aquí a la cuestión del valor de la ley y del orden constitucional en

---

\*CONICET.

<sup>1</sup>1094 a 19 y ss. (ed. Bywater, Oxford, 1992).

<sup>2</sup>*Política*, 1279 a 17-21 (ed. Ross, Oxford, 1992).

Aristóteles. Con todo, debe puntualizarse que el orden normativo constituye otro principio político clave para el Estagirita. Por ello no sorprende que Aristóteles enuncie la siguiente proposición: “[...] es evidente que es necesario que las leyes (νομοι) sean establecidas en concordancia con las constituciones. Pero ciertamente si así ocurre, es manifiesto que mientras las leyes acordes con constituciones rectas (ορθοσ πολιτειασ) son necesariamente justas (δικαιουσ), aquéllas acordes con desviaciones no son justas”<sup>3</sup>. Este es el principio al que, también sin temor a anacronismo, llamamos *principio secundario de legitimidad política (y jurídica)*. Se trata de un rasero de justicia política que mide tanto el ejercicio y la instauración del poder cuanto la validez de las normas<sup>4</sup>.

No queremos cerrar esta brevísima introducción sin hacer mención de un tema crucial para la recta comprensión de la realidad constitucional en Aristóteles. Nos referimos al papel axionormativo que juegan la costumbre y la tradición en la configuración del orden jurídico y político. Un indicio de ello nos lo ofrecen los argumentos que esgrime Aristóteles cuando, al discutir críticamente los inconvenientes de la clase de monarquía que podríamos llamar, desde la modernidad, absoluta<sup>5</sup>, previene contra el riesgo de que el poder desconozca la totalidad del orden social. La ausencia de toda ley, dice Aristóteles, implicaría un defecto a nivel jurídico-político. Ese defecto amenazaría incluso el funcionamiento orgánico de las otras esferas del orden social y viciaría de inestabilidad todos los marcos de la vida de los ciudadanos. Pero un problema todavía más delicado aparecería en el caso en que incluso las normas consuetudinarias estuvieran a merced del arbitrio del príncipe. Entonces no sólo la constitución –en el sentido de ordenamiento estrictamente jurídico– carecería de estructura, sino que también la idiosincrasia constitutiva de la sociedad estaría en peligro de ser desconocida, en detrimento de su carácter de materia próxima (οικειοσ υλη) del orden político. Dicho en términos de su metafísica, la última forma del orden social guarda proporción con la disposición del resto de las relaciones que se dan en la *pólis*, que hacen las veces de cuasi-materia. Luego, insiste Aristóteles, no debe haber divorcio entre la forma política (πολιτεια) y las cualidades y talante de un pueblo<sup>6</sup>.

---

<sup>3</sup>Política, 1282 b 10-13.

<sup>4</sup>En lo que sigue, al hablar de *legitimidad* nos referiremos a la cuestión de la *rectitud o justicia del poder político*, distinguiéndola del problema de la *justificación del Estado* y del de la *validez de las normas*, a los cuales, con todo, se encuentra intrínsecamente vinculada.

<sup>5</sup>Política, 1287 a 1 y ss. (esp. 1287 b 5-8). Se trata de la “monarquía total (πα βασιλεια)”, forma de constitución con un gobierno de tipo doméstico, en el que un hombre es señor de todo y se halla por encima de toda ley. Respecto de este tema cfr. nuestro “Brève analyse de l’empire de la loi chez Aristote”, en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 1997-4.

<sup>6</sup>Política, 1325 b 40 -1326 a 5; 1327 b 20 ss. Cfr. también 1288 b 21-27; 1296 b 9-12.

## 2. LA RECEPCIÓN DE LA DOCTRINA POR LA ESCOLÁSTICA

### A) TOMÁS DE AQUINO

#### I) *El tema en la obra del Aquinate: enraizamiento en los fundamentos y aparición a propósito de la tiranía*

Dado el alcance de la cuestión de la legitimidad respecto del ámbito de los principios del orden político, huelga aclarar que son numerosísimas las alusiones y el tratamiento por parte de Sto. Tomás de aspectos doctrinales que guardan relación, ya intrínseca, ya accidental, con dicha cuestión. En efecto –y por sólo poner un ejemplo–, por poco que se pare mientes en que el principio primario de legitimidad consiste en la ordenación al bien común se podrá calibrar la centralidad y la recurrencia con que las nociones implicadas en la legitimidad política se despliegan en la obra del Aquinate.

Con esa salvedad, precisemos entonces que en el presente trabajo nuestro interés se concentra en la referencia explícita a unos criterios, u orden de criterios, que califican o descalifican el ejercicio de la potestad pública y su radicación en tales o cuales personas. Por ello nos detendremos en especial en los lugares en que Sto. Tomás aduce expresamente esos criterios. Esta tarea permitirá constatar la mención por el Aquinate de los principios ya enunciados por Aristóteles en referencia a la justificación del poder político en general; aunque, en el caso de Sto. Tomás, los principios sean esgrimidos como fundamento objetivo de la obligación de obediencia al poder.

Es así como tales principios aparecerán en Sto. Tomás siendo portadores de un contenido doctrinal común en lo esencial con el que les otorgó el Estagirita. Sin embargo, la formulación y perspectiva de ambos autores no resulta idéntica (lo cual no debe sorprender, toda vez que Sto. Tomás menciona los principios de legitimidad a propósito del débito de obediencia en general y de la resistencia a la tiranía en particular). Por otra parte, en el plano terminológico se comprueba en el Aquinate el uso de parte del repertorio que adoptará la tradición posterior.

#### II) *La naturaleza de la autoridad social y política y los principios de legitimidad: el tema en las Sentencias*

##### 1) Naturaleza y valor de la autoridad

En el *Comentario a las Sentencias de Pedro Lombardo* Tomás de Aquino trata acerca de los principios de legitimidad de la autoridad en el contexto del estudio de la naturaleza del mando social y del correspondiente débito

de obediencia<sup>7</sup>. Y los aplica al análisis de la obligación de obediencia respecto de los regímenes injustos.

La autoridad (*praelatio*) viene de Dios y, por tanto, a Él (que es autor de todos los bienes) corresponde imputarle el bien que en la autoridad se halle. Por otra parte, se afirma en la misma línea –y esto constituye una tesis fundamental del aristotelismo tomista–, la autoridad es un *bonum in se*, y no un *bonum per accidens*, enderezado a la evitación o a la reparación de un mal, sea físico sea moral<sup>8</sup>. En ese sentido se formula la pregunta, que se reiterará con idéntica respuesta en *S. Th.* I<sup>a</sup>, 96, 4, de si habría habido mando (*dominium*) en estado de naturaleza íntegra. El Aquinate contesta que todo lo concerniente a la dignidad del hombre se habría dado más noblemente en estado de inocencia. Ahora bien, el mando pertenece al ámbito de la dignidad; luego, no sólo habría existido, sino que incluso habría ostentado mayor plenitud. Es entonces cuando el Aquinate distingue los diversos modos de la autoridad. Ésta se ejerce de un modo (*modus*) intrínsecamente desordenado cuando pone a los hombres al servicio del exclusivo fin de quien manda, toda vez que el hombre no se ordena a otro (al bien de otro) como a su fin. En tal caso, el hombre se transformaría en un esclavo, el cual, en tanto tal, no es sino un instrumento animado, al decir de Aristóteles. Se trata aquí del modo propio del dominio (*ad dominandum ordinatus*); el cual se identifica, en el plano político, con la tiranía, técnicamente entendida como la ordenación del mando a la propia utilidad (*utilitas*) de quien preside. Por el contrario, el fin específico de la autoridad es un bien participable por los súbditos y, en consecuencia, cabe afirmar que la autoridad se ejerce para el bien (*utilitas*) de los súbditos. En este segundo caso el mando se ejemplifica con la acción del rey, quien, en tanto *ad regimen ordinatus*, ordena su prelación al bien del pueblo (*ad bonum gentis cui praeest*)<sup>9</sup>. Con todo, el ejercicio (*usus*) de este segundo modo de la autoridad puede revestir dos maneras. En la primera la autoridad se aplica a suplir carencias y remediar defectos, y lo hace principalmente bajo la forma de la defensa frente a peligros y del castigo ordenado a la rectificación del obrar en línea con la virtud. Ahora bien, en estado de inocencia original ni había peligros para el hombre

---

<sup>7</sup>Cfr. *In II Sententiarum*, d. 44, c. 1 y 2. Se utiliza la ed. de Roberto Busa, *Thomae Aquinatis Opera Omnia*, Milán, 1980, t. I.

<sup>8</sup>La valiosidad intrínseca de la potestad se desprende necesariamente del sentido positivo que Aristóteles concede a la politicidad en tanto inclinación radicada en la esencia del hombre y ordenada a su perfección. Sobre este tema nos permitimos remitir a Sergio R. Castaño, “La politicidad natural como clave de interpretación de la filosofía política”, en Sergio R. Castaño-Eduardo Soto Kloss, *El derecho natural en la realidad social y jurídica*, Santiago de Chile, 2005, 277-307.

<sup>9</sup>Una lograda aplicación sistemática de esta tesis tomista sobre la función de la autoridad la brinda Eduardo Soto Kloss en “Poder y Derecho. De la idea ministerial del poder (gobernar es servir)”, en *Derecho Administrativo. Bases fundamentales*, Santiago de Chile, 1996, t. I., 83 y ss.

ni tampoco la voluntad de éste podía oponerse al bien. Luego no habría habido coacción en ese estadio. Mas en el estado de naturaleza íntegra sí se habría ejercido la autoridad social –y, a *fortiori*, política– para dirigir el obrar y la educación intelectual de los hombres hacia sus fines perfectivos. Y la libertad de tales hombres no habría sufrido menoscabo alguno; antes bien, se habría visto potenciada en la consecución de sus fines<sup>10</sup>.

Un poco antes de los desarrollos citados, el Aquinate había distinguido los elementos constitutivos de la autoridad social, con el objeto de determinar su naturaleza, función y principios de rectitud. En la autoridad (*praelatio*) se distinguen el principio, el modo y el uso (*principium, modus, usus*). El término “*modo*” no se entiende aquí como pasible de asumir una manifestación desordenada –como en el caso ya citado del *dominio* tiránico en política–, sino que se refiere al constitutivo más formal de la autoridad, a saber, la ordenación del inferior al superior. Así entendido, en sí mismo considerado, el modo es recto –y viene de Dios, dice el teólogo–. Se trata de la forma de la relación de mando y obediencia, de la *ratio* misma del orden jerárquico, el cual, en tanto tal, se halla investido de valiosidad intrínseca.

Así pues, la autoridad es valiosa en sí misma. Mas puede tornarse desordenada, sea debido al principio, sea debido al uso. Adviene defecto en razón del *principio* cuando quien ejerce la autoridad no es digno de ella. Lo cual puede obedecer a incapacidad del gobernante o a la manera desordenada de acceder al poder (*potestatem usurpatam*). Adviene por último defecto en razón del *uso* cuando el ejercicio de la autoridad no sirve a los debidos fines. Se trata del abuso de autoridad por parte de quien la ejerce, abuso que puede justificar la destitución de la dignidad de la potestad (*propter abusum privat se beneficio accepto*)<sup>11</sup>.

## 2) Débito de obediencia y formas de ilegitimidad

### i) La obediencia y el fundamento de la autoridad

En las páginas siguientes el Aquinate delinea la axial y grave cuestión de la “obediencia debida (*debitum obedientiae*)”, al hilo de la explicación de la obediencia como virtud. Se trata de una virtud especial que es parte de la justicia y cuyo objeto específico consiste en reconocer el *suum* del superior. Debe recordarse que la justicia se define como “constante y perpetua voluntad de dar a cada uno lo suyo”, y que precisamente el objeto de la justicia consiste en la preservación, restitución o dación del *suum* del otro (i. e., del derecho del otro). En razón de todo ello, por el acto de obediencia el subordinado da al superior lo que es debido a éste, i. e., la

---

<sup>10</sup>Cfr. *In II Sententiarum*, d. 44, c. 1 a. 3 c. y ad. 1um.; c. 2 art. 2 ad 1um.

<sup>11</sup>Cfr. art. 1 (“*utrum omnis praelatio sit a Deo*”), c. y ad 2um., ad 3um. y ad 4um.

obediencia a su imperio, concretado en un precepto. Así pues, la obligación de obediencia radica en el consentimiento al precepto del superior, en tanto ese consentimiento inviste una razón de débito. Pero, por su parte, el débito es causado por la supraordenación del superior<sup>12</sup>.

Llegados a este punto, se plantea con acuidad cuál es el fundamento de la supraordenación de alguien con respecto a otros. Dicho de otro modo, en qué radica la necesidad por la cual un individuo, en el íntimo fuero de su conciencia, se encuentra moralmente ligado a conformar su conducta de acuerdo con el precepto imperado por un superior. La cuestión se dilucida con claridad meridiana en los artículos siguientes. En este lugar deseamos dejar brevemente sintetizada la justificación racional del mando y de la obediencia que allí se expone. Quien gobierne debe ser obedecido en todo lo que concierne al fin para cuya consecución se halla investido. Es decir, que el *título* del superior que funda el *débito* que *obliga* al subordinado a prestarle obediencia radica en la función de dirección para la que ha sido designado<sup>13</sup>. Luego, la obediencia constituye una obligación fundada en última instancia en la necesidad de consecución del fin social, fin que no se alcanzaría sin la función directiva del gobernante. El corolario que inmediatamente se desprende del planteo de Sto. Tomás consiste en afirmar la obligación de obediencia al superior sólo respecto de aquellos medios ordenables al fin específico encomendado a ese superior. De allí que la eminente superioridad del plano espiritual sobre el temporal (concretada en la mayor dignidad del Papa frente a los príncipes seculares) no funde un título que obligue a obediencia al cristiano respecto del Pontífice en materias puramente políticas. En ellas, en efecto, debe obedecerse al gobierno de la república y no al Papa –ni, *a fortiori*, a los prelados cuya autoridad deriva de la del Papa, como arzobispos y obispos–<sup>14</sup>.

## ii) Tiranía, obediencia y legitimidad

La cuestión referida al defecto o desorden objetivo en la titularidad o en el ejercicio de la autoridad la aborda el teólogo bajo la formalidad de si el cristiano se halla obligado a obedecer siempre al gobierno temporal, de acuerdo con lo establecido por S. Pablo en *Romanos*, 13 (“omnis potestas a Domino Deo est”). La respuesta, en su contenido material, compete plenamente al saber político. Cabe remarcar que en todo lo que sigue

---

<sup>12</sup>Cfr. c. 2 art. 1 c. y ad 5um.

<sup>13</sup>Caracterizamos al *título jurídico* como la razón de merecimiento por la cual algo es debido a alguien. El tema del título jurídico reviste una singular relevancia en el derecho y en la política, a pesar de lo cual su estudio principal-filosófico no ha sido todo lo asiduo que debiera. Sobre el punto remitimos a Héctor H. Hernández, *Derecho subjetivo. Derechos humanos*, Buenos Aires, 2000, 90 y ss.

<sup>14</sup>Cfr. c. 2 art. 2 c.; art. 3 c., ad 1um., ad 4um. y el “excurso” final del libro II.

aparecerá explícitamente el tema de la resistencia a la opresión en sus diversas especies; con todo, dicho tema sólo nos interesa en la medida en que nos introduzca en la perspectiva tomista sobre los principios de legitimidad.

La autoridad sufre menoscabo en su rectitud en cuanto a) al modo de adquisición (*modus acquirendi*) o b) a su uso (*usus*). A su vez, el primer defecto puede deberse a a.1.) la indignidad de la persona o a.2.) el modo mismo de acceso al poder –obtenido, por ejemplo, por violencia, corrupción u otra vía ilícita–. El ejercicio desordenado de la autoridad (*abusus*), por su parte, puede deberse a b.1.) que el mandato del superior conspire directamente contra el fin al que se ordena su potestad; o b.2.) que el mandato se extienda más allá de la función encomendada al superior. ¿Qué específicos deberes surgen para el súbdito en cada uno de esos casos?

En el primer caso, la indignidad para el cargo no es óbice respecto del deber de la obediencia. Tomás recuerda aquí su anterior afirmación sobre la forma o *ratio* de la autoridad, la cual forma comporta intrínsecamente el orden (para el fin) y en tanto tal es de suyo valiosa. Luego, sostiene, el carecer en alguna medida de la capacidad exigida para el mando no resuelve sin más la obligación de obediencia. Pero –y esto debe ser retenido– la carencia de las condiciones intelectuales y morales del titular de la autoridad no son indiferentes, sino disvaliosas, pues convierten a esa persona en alguien indigno del mando sobre hombres. En formalidad teológica, tal indignidad para el ejercicio del mando “no viene de Dios”.

En el segundo caso –que nos interesa en particular– el defecto impide el derecho a la autoridad (*impedit jus praelationis*). Quien obtiene el poder por la violencia no se convierte en verdadero gobernante o señor (*praelatus vel dominus*). Por ello el usurpador puede ser lícitamente rechazado por sus súbditos. El término “*repellere*”, máxime en el contexto en que se halla, significa sin duda no sólo no obedecer sino también rechazar por la fuerza. Se trata, entonces, de lo que hoy llamaríamos derecho de resistencia activa, bajo la forma extrema de la insurrección armada. Y más aún: el Aquinate dice que nadie está obligado a obedecer a quien podría matar con licitud e incluso mereciendo alabanza. A propósito de este caso cita a Cicerón, quien en *De Officiis* excusa a los matadores de Julio César, a pesar de haber sido sus parientes y amigos, por el hecho de que César había obrado como un tirano al usurpar el derecho al imperio. Para Sto. Tomás la posición de Cicerón es verdadera, y la aduce como argumento en favor de la suya propia. La usurpación del poder por medio de la violencia, sea en contra de la voluntad de los súbditos, sea con un consenso obtenido por el temor, torna lícito incluso la forma más extrema de la desobediencia: el tiranicidio. Malgrado la radical impugnación, este defecto en la autoridad, i. e. el típicamente representado por la usurpación, resulta saneable, afirma el Aquinate, sea por el reconocimiento de un

superior que avale la ilícita toma del poder, sea por el posterior consenso de los súbditos<sup>15</sup>.

En el tercer caso, aquél en que el ejercicio de la potestad contradice el fin para el cual ella ha sido instituida, el débito de obediencia desaparece y aparece el débito contrario, a saber el débito de desobediencia. Esta desobediencia obligatoria se afirma respecto de aquellas órdenes particulares que mandan acciones absolutamente prohibidas. El Aquinate aduce aquí el ejemplo de los mártires que prefirieron morir antes que renegar de la fe.

En el cuarto caso el ejercicio desordenado se da como extralimitación del superior a ámbitos y materias que no le competen, pues no se ordenan específicamente al fin común al que él dirige. Allí la desobediencia no es –de suyo– obligatoria, sino facultativa. Tomás ejemplifica este caso con la aplicación de un tributo indebido<sup>16</sup>.

Como observación final sobre los textos de las *Sentencias*, cabe señalar que la impugnación extrema de la usurpación como forma de tiranía pone de manifiesto la relevancia que el Aquinate confiere a la legitimidad de origen y a los títulos que justifican el acceso del gobernante a la función de mando.

## II) OBEDIENCIA Y DESOBEDIENCIA EN LA SUMA TEOLÓGICA

### 1) *La obligatoriedad de la obediencia*

En el denominado “tratado de la ley” de la I-IIae el teólogo Tomás de Aquino se plantea si la ley humana (i.e., positiva) impone al hombre necesidad en el propio fuero de su conciencia. Dicho en otros términos, si el mandato legal del poder político *obliga*<sup>17</sup> al hombre. La respuesta echa luz sobre

---

<sup>15</sup>Éste sería el caso del gobernante de la comunidad política *stricto sensu*, que no tiene superior en lo temporal.

<sup>16</sup>Para todo este punto cfr. c. 2, art. 2 c. y obj. 5 y ad 5um.

<sup>17</sup>No insistiremos en que la *obligación* se distingue formalmente de la *coacción*. La primera consiste en una necesidad que liga la conciencia del hombre independientemente de que se ejerza fuerza alguna exterior para inclinar su voluntad. Se trata de la necesidad *moral* o *de fin*: dado un fin propuesto, ciertos medios resultan necesarios (con necesidad de fin) para su consecución. En el caso que nos ocupa, dado el bien común político, su consecución no puede prescindir del acatamiento a la autoridad que a él dirige. La necesidad de obediencia que se da en el caso particular del orden político constituye una parte del principio general de necesidad de obediencia que sostiene el entero orden social, y al que se refiere el Aquinate en *S. Th. II-IIae.*, 104, 6 c: “[p]er fiden Christi non tollitur ordo iustitiae, sed magis firmatur. Ordo autem iustitiae requirit ut inferiores suis superioribus obediant: aliter enim non posset humanarum rerum status conservari” (se utiliza la “*editio altera romana*”, Roma, 1894). Sobre la obligatoriedad como forma de necesidad cfr. Guido Soaje Ramos, *La conducta jurídica debida*, parte “obligación”, Buenos Aires. 1977, mimeo.

el fundamento de la autoridad y sobre los principios en que ésta basa su pretensión de acatamiento por los ciudadanos.

Se distinguen diversos principios de validez de las normas, los cuales son asimismo principios o partes de los principios de legitimidad del poder. Aquí se echa de ver un ejemplo del postulado ético-metafísico *bonum ex integra causa, malum ex quocumque defectu*; se trata, por lo demás, de requerimientos de justicia general que se integran y resuelven en las exigencias propias del bien común. La ley justa, sostiene el Aquinate, lo es por su *fin*, en tanto necesariamente debe ordenarse al bien común; por su *autor*, en cuanto el mandato no excede la órbita de la potestad de quien la establece; y por su *forma*, en cuanto respeta la igualdad de proporción al imponer cargas para la utilidad común. A la inversa es injusta –respecto del bien humano– cuando lo mandado no se ordena al bien común; cuando el gobernante traspasa los límites de la potestad de que se halla investido; o cuando no respeta la igualdad al imponer cargas.

Si se observan los criterios que sostienen la argumentación del Aquinate, se repara en que el principio de legitimidad esgrimido como clave de la obediencia es, primariamente, el de ejercicio. Tanto al referirse al fin como al autor como a la forma, la resolución legitimante se opera directamente en el bien común. En cuanto a la fundamentación por el *autor* de la norma, ella responde no al modo de acceso del autor (gobernante) al poder, sino al modo en que el poder se ejerce en función de los fines asignados (la *jurisdictio*). Se halla con todo sí involucrado en este punto el tema del título, no en cuanto legitimado por una norma de la investidura, sino en cuanto concede legítima potestad para disponer sobre cierto ámbito de las conductas sociales<sup>18</sup>.

## 2) *Obediencia y justicia*

En la cuestión de la *S. Th.* relativa a la obediencia como virtud (II-IIae., 104) Sto. Tomás se cuestiona acerca de si los súbditos deben obedecer en todo a sus superiores. La respuesta, va de suyo a esta altura del análisis de la obra del autor, es negativa. Entre las consideraciones que se aducen para sostener la licitud o incluso la obligatoriedad de la desobediencia aparece el caso en que el superior manda algo respecto de lo cual el subordinado no le está sujeto. Pero, de todas maneras, existe una *ratio superioritatis* en mérito a la cual el subordinado debe obedecer al superior. Los ejemplos aducidos por el autor muestran que esa razón consiste en

---

<sup>18</sup>El título no se identifica con el principio secundario de legitimidad según Aristóteles, que lo es la constitución. Sin embargo, la constitución es principio inmediato de legitimidad del gobernante; éste, en efecto, posee *títulos* para mandar en tanto ha accedido al poder de acuerdo con aquella (que es la norma de la investidura). Por ello, como contracara, la tiranía por el título es la que se imputa al usurpador por no haber respetado el orden constitucional. Este tema del título del mando volverá a aparecer en la cuestión sobre la obediencia.

un cometido encomendado a la dirección del superior, cometido o fin que exige la subordinación al superior de los miembros del grupo: así el soldado tiene obligación de obedecer al general; el criado al dueño de casa y el hijo al padre<sup>19</sup>. Se trata de un débito de obediencia que recae sobre materias determinadas, afirma enseguida el Aquinate. Como se explicó a propósito del texto de las *Sentencias*, todos esos jefes ostentan un título para mandar. Este título es ya natural –como el del padre–, ya convencional –como el del general–. Cabría decir entonces que el orden o norma según el cual son investidos con un título es ya natural (el orden familiar), ya convencional (el orden jerárquico particular de ese ejército). Es el título, pues, el que en lo inmediato determinará qué materia se halla bajo el imperio de un superior.

En el final mismo de la cuestión se plantea la objeción del poder usurpado o injustamente ejercido. En la respuesta, a la hora de sintetizar con precisión cuándo el poder político debe ser obedecido, el Aquinate reafirma la pertenencia de la obediencia a la justicia, y a partir de allí concluye que hay débito de obediencia cuando el orden de la justicia así lo exige. Luego, ante un príncipe usurpador, o que mande lo injusto, cesa la obligación respectiva. En esta objeción y en la respuesta se encuentran y condensan los dos principios aristotélicos de legitimidad del poder<sup>20</sup>.

### 3) *La sedición y los bienes que conculca*

En la cuestión consagrada a la sedición (*De seditione*)<sup>21</sup> podemos registrar la presencia –material, o indirecta– de los principios de legitimidad política. La argumentación de Sto. Tomás establece que este vicio opuesto a la caridad atenta contra la unidad y la paz de la multitud ciudadana, políticamente agrupada. En ese bien al que niega reside la *ratio* específica que constituye a la sedición en un pecado especial (art. 1). El disvalor de la sedición, pues, consiste en atentar contra el mismo bien común político en su ápice y esencia. Y su gravedad es tanto mayor a la de la riña cuanto que vulnera un bien cualitativamente superior al bien particular.

Ahora bien, en el fin de la multitud (“pueblo, ciudad o reino”, dice Sto. Tomás) se distinguen a su vez dos valores especiales a los cuales se opone la sedición. El Aquinate los precisa con apoyo en S. Agustín (*De civ. Dei*). El *pueblo* –en sentido político– no es una agrupación cualquiera de hombres, sino una agrupación asociada en torno del consenso del derecho y de la utilidad común. Luego, la sedición se opone no sólo a la unidad participable del bien común, sino también a la unidad del derecho vigente y aceptado por la comunidad. En los términos de Sto. Tomás, la sedición

---

<sup>19</sup>Cfr. art. 5 c. y ad 2um.

<sup>20</sup>Cfr. art. 6 ad 3um.

<sup>21</sup>S. *Th.*, II-IIae. 42.

resulta contraria a la justicia y al bien común (art. 2, c.). Más adelante se plantea el problema de la resistencia contra la tiranía, que parecería ser una sedición justa (art. 2, obj. 3 y resp. ad 3um). La tiranía es aquí formalmente definida como la ordenación de la autoridad política a su bien propio, con detrimento del bien común de la multitud<sup>22</sup>. A partir de ese encuadramiento, el Aquinate niega que la perturbación de tal régimen constituya sedición; antes bien, el auténtico sedicioso es el tirano, que conspira contra el bien común.

Resulta pertinente destacar que en los bienes políticos comprometidos por la sedición se halla, junto al bien común, el orden jurídico. La referencia del Aquinate apunta sin duda a la constitución, en tanto un cierto orden aceptado de la convivencia. La constitución aparece como un bien vulnerado por quien atenta contra la comunidad política, aunque en este caso no se trate de un usurpador o agresor externo que la subvierte, suspende o deroga, sino de quien desde el interior de la república fomenta la discordia, enfrentando y dividiendo a la multitud.

### III) GOBIERNO TIRÁNICO Y GOBIERNO LEGÍTIMO EN DE REGNO

#### 1) *La tiranía de ejercicio*

El opúsculo *De regno*, o *De regimine principum*, compuesto hacia 1265/1266, es de autoría original del Aquinate hasta el cap. IV del libro II<sup>23</sup>. En esta obra, consagrada a los principios del buen gobierno real, se hallan numerosas menciones al tema de la tiranía. Tanto en ellas, vistas *a contrario*, como en los análisis de la naturaleza de la monarquía como régimen recto, aparecen no pocos elementos referidos a la cuestión que nos ocupa.

El sentido de “tiranía” que predomina en *De regno*, como se ha dicho *supra*, es el que corresponde al régimen de uno que busca el interés de quien manda, es decir, el sentido correspondiente a la corrupción de la monarquía. Así lo consigna ya Sto. Tomás en el comienzo del cap. II del libro I<sup>24</sup>. Lo contrario de la tiranía, así entendida, consistirá en el recto régimen del rey, que ordena su acción al bien común de la sociedad po-

---

<sup>22</sup>Hállanse en Tomás de Aquino dos sentidos del término “tiranía” referidos al ejercicio del poder. Uno corresponde a la corrupción del gobierno de uno, o monárquico, en la cual el tirano ordena su acción a su bien particular (*S. Th.*, I-IIae., 105, 1 ad 2um). Tal es el sentido que principalmente aparece en *De regno* (vide *infra*). Pero también se utiliza el término para significar, independientemente de la forma de gobierno, la violación del principio de legitimidad de ejercicio. Tal el sentido que parece en este paso. Sobre el tema cfr. Eustaquio Galán y Gutiérrez, *La filosofía política de Santo Tomás de Aquino*, Madrid, 1945, 194-198.

<sup>23</sup>Cfr. Victorino Rodríguez, *El régimen político de Sto. Tomás de Aquino*, Madrid, 1978, 8-9.

<sup>24</sup>*De regno*, ed. Marietti, Roma, 1954, N° 8 y 9.

lítica<sup>25</sup>. Precisamente en la ordenación de la tiranía al interés particular del gobernante radica la razón por la cual esta forma corrupta aparece sindicada como la peor de todas las desviaciones. En efecto, el interés de uno resulta estar más alejado del bien común que el interés de un grupo oligárquico o el de la mayoría popular<sup>26</sup>. Con todo, es más frecuente que se corrompa el régimen de muchos que el de uno; por ello, a pesar de constituir la tiranía el ápice de la injusticia política, Sto. Tomás recomienda el gobierno de uno, ya que éste degenera más difícilmente en su antípoda que el de muchos<sup>27</sup>.

A partir de la rápida revista que acaba de hacerse, se pone de manifiesto que en *De regno* el principio de legitimidad principalmente tenido en cuenta por el Aquinate es el que la tradición ha llamado “primario”, i.e., el consistente en la ordenación de la praxis gubernativa al bien común. Como en el caso de las obras anteriores, la consideración de los principios de legitimidad es, por así decir, material: en efecto, no se da una tematización explícita de los principios como tales, sino que ellos aparecen presupuestos en cuestiones que comprometen los principios del orden político, sea a la hora de la valoración de las formas de régimen, sea –más axialmente– a la hora de la especificación de la ley o de la justicia.

## 2) Pactum y *amistad social*

Sin perder de vista lo últimamente dicho (insistencia en el principio “primario” y consideración material) cabe sin embargo señalar que en *De regno* se hallan elementos doctrinales significativos en referencia a otras dimensiones de la legitimidad política. En primer lugar comparece la idea de que la constitución, en el sentido de forma del régimen –como principio diversificador de las comunidades políticas–, es una clase de *pacto*<sup>28</sup>. Este pacto, que el pueblo no está obligado a respetar si el tirano lo ha incumplido de modo ostensible y grave, versa sobre el ejercicio del mando según una determinada forma. Se trata de un pacto cuyo objeto estipula la forma de las relaciones de subordinación, a la vez que determina a los titulares de la potestad política. Este pacto, va de suyo, obliga a los dos polos de la relación de subordinación: de allí que pueda disolver el débito de obediencia y legitimar la destitución del tirano. Es importante notar que el Aquinate se refiere aquí al caso de un pueblo que no tiene superior y que, por esa razón, se halla investido del derecho a reconocer o –en una circunstancia extrema– deponer a su cabeza. Esto supone la

---

<sup>25</sup>*De regno*, N° 11.

<sup>26</sup>*De regno*, N° 18-19.

<sup>27</sup>*De regno*, N° 23-28. A pesar de ello, Tomás acota que cuando la república se degrada en democracia tampoco alcanza cotas tan altas de injusticia como las de la tiranía.

<sup>28</sup>*De regno*, N° 32. No es la única vez que Sto. Tomás llamará *pactum* a la ley y a la constitución; también lo hace en *Super ad Romanos*, 13, 1.

realidad de la comunidad políticamente autárquica, que posee el derecho –y la obligación– de darse un gobierno<sup>29</sup>. Pero también, a *fortiori*, significa que, ante una causal de gravísima infidelidad del príncipe respecto del fin que justifica su función de tal, la comunidad posee el derecho a desconocer a quien por dicha razón habría ya perdido sus títulos para el mando. El principio es genéricamente común a toda especie de autoridad: quien abusa de la potestad que se le ha encomendado merece que ésta le sea quitada<sup>30</sup>.

En relación con la cuestión que venimos de comentar encuéntrase la mención por el Aquinate de la necesidad de la amistad social para la estabilidad e incluso la supervivencia del gobierno. Esta idea se articula en varias proposiciones. El amor del pueblo es base segura que impide la perturbación del gobierno; por el contrario, lo que resulta odioso a la multitud no podrá mantener largo tiempo su vigencia. Como dirá más tarde respecto de la sedición, no hay razón de infidelidad en sacudirse el yugo del tirano. Éste, al no ser amado, busca infundir temor en los súbditos; pero el temor (*timor*) es “fundamento débil”, afirma el Aquinate. En síntesis, sin un mínimo consenso, y que no esté fundado puramente en la coacción<sup>31</sup>, cualquier gobierno está llamado a desaparecer<sup>32</sup>. Lo dicho no significa que el consenso sea único principio legitimante del poder político; sino que sin concordia no hay base para la existencia del poder. Con todo, queda abierta la cuestión a la que aludiremos *infra*, al referirnos a la relación entre consenso y legitimidad en Suárez.

Por último se halla en *De regno* un pasaje en que explícitamente se trae a colación el tema de lo históricamente dado como principio políticamente valioso que debe ser tenido en cuenta a la hora de instituir una república y gobernarla. En efecto, se afirma, el fundador de la ciudad no puede crear hombre y lugares, sino tomar lo que existe ya dado en la na-

---

<sup>29</sup>Peter Tischleder encuentra problemático (en relación con el conjunto de la doctrina política de Sto. Tomás y en particular con sus afirmaciones sobre la licitud de la deposición del tirano) que la justa resistencia aparezca limitada a los pueblos que tienen derecho a instituir a su rey (es decir, a elegirlo). De ser así, sostiene el académico alemán, determinaciones constitucionales positivas tendrían más peso que los principios del orden político –y que el propio bien común amenazado por el tirano– (cfr. *Ursprung und Träger der Staatsgewalt nach der Lehre des heiligen Thomas und seiner Schule*, Gladbach, 1923, 110-112). Por nuestra parte, creemos que la afirmación de Sto. Tomás (“si ad ius multitudinis alicuius pertineat sibi providere de rege, [...]”) se refiere no a una cuestión particular y positiva (la facultad de elección del monarca), sino a la naturaleza misma de la comunidad: tiene derecho a deponer por sí misma al tirano aquella comunidad que tiene derecho a darse un gobierno, es decir, la república, la cual, por ser *sibi sufficiens*, no tiene superior en lo temporal a quien deba recurrir.

<sup>30</sup>S. *Th.* II-IIae., 65, 3 ad 1 um.

<sup>31</sup>Recuérdese, a propósito de esto, el pasaje de *II Sentencias*, 44, 2, 2, que se refiere al consenso del usurpador arrancado por la coacción, consenso que no legitimaba su poder, por definición violento.

<sup>32</sup>*De regno*, N° 59-61.

turalidad, como el artesano toma los materiales provistos por su entorno<sup>33</sup>. Este principio aristotélico se vincula, como veremos más adelante, con los planteos y desarrollos de raigambre metafísica que el Aquinate trae en las cuestiones sobre la ley de la *Summa Theologiae*.

#### IV) LA LEGITIMIDAD POLÍTICA EN EL AQUINATE: A MANERA DE SÍNTESIS

##### 1) *El bien común como eje de la legitimidad*

Ya ha sido planteado, y no es necesario abundar en ello en este lugar, que Sto. Tomás acoge y adhiere sin ambages a la tesis aristotélica del bien común como principio de legitimidad, primario y principalísimo. Tanto en sede cósmica cuanto en sede política es un axioma para el Aquinate que “gobernar es conducir al fin debido aquello que se gobierna”<sup>34</sup>. En esa línea, como también se ha visto, los límites jurisdiccionales de la autoridad coinciden con los fines a los que a ella le toca conducir<sup>35</sup>. Por ello el príncipe establece leyes para los ciudadanos apuntando a la utilidad pública temporal<sup>36</sup>. La condición del príncipe como *custos iustitiae* lo faculta y lo obliga al uso de la fuerza en protección del bien común, sea *ad extra*, sea *ad intra*, y cualquier infracción del príncipe a sus deberes acarrea males tanto más graves cuanto que vulneran el mayor bien humano terrenal, cuyo cuidado le ha sido encomendado<sup>37</sup>.

##### 2) *La constitución como principio de orden y rectitud. Realismo de lo concreto y valor de la tradición*

Las consideraciones que aporta el “tratado de la ley” (*S. Th.*, I-IIae., cuestiones 90 y siguientes) acerca del valor de la costumbre en sede jurídica son demostrativas de la relevancia que Sto. Tomás asigna al orden inveterado de la convivencia como principio de rectitud social y política.

##### i) La mutabilidad de las normas

El tema de la cuestión 97 es, precisamente, el de la mutabilidad de las normas. Al contrario de la ley natural, cuyos preceptos son inmutables,

---

<sup>33</sup>*De regno*, N° 72.

<sup>34</sup>*De regno*, I, 15.

<sup>35</sup>*S. Th.*, I<sup>a</sup>, 103, 5 c.

<sup>36</sup>*S. Th.*, II-IIae., 147, 3; I-IIae., 90, 2 y 3.

<sup>37</sup>*S. Th.*, II-IIae. 66, 8 c y ad 3um. El *ius puniendi* tiene único como titular al ministro de la ley; sólo él puede lícitamente ejercer tal potestad (cfr. *S. Th.* I-IIae., 92, 2 ad 2um.).

la ley positiva puede cambiar. Y ello por una doble razón. Por un lado, la razón humana puede progresar en el conocimiento de las vías más adecuadas para la consecución del bien común y, en esa línea, excogitar mejores normas investidas de rectitud práctica respecto de la mayor parte de los casos<sup>38</sup>. Por otro lado, son los hombres sujetos al imperio de las normas los que pueden cambiar en su condición psicológica, moral, cultural, etc. y así necesitar una medida de su conducta que resulte más adecuada a su concreto estado<sup>39</sup>.

El principio que rige en ese segundo caso exuda un acendrado realismo práctico (y, *a fortiori*, político) y amerita aunque más no sea una breve consideración. La regla de la conducta debe estar conmensurada a lo regulado, es decir, a los hombres en su particular e intransferible situación étnica, cultural, geográfica e histórica. En efecto, Sto. Tomás ya había afirmado que la ley debe ser posible atendiendo a la naturaleza y a la costumbre del pueblo. De tal manera aplicaba un principio aristotélico de la *Metafísica*, según el cual toda medida debe ser homogénea con lo medido<sup>40</sup>. También en sede metafísica, el Aquinate había afirmado que va contra la *ratio* del gobierno el que se impida a los súbditos desplegar sus potencialidades, pues el fin de todo régimen es la perfección participable del conjunto, la cual no se lograría si se desatendiera el modo de ser propio de sus integrantes; y en ello consiste la justicia del gobierno<sup>41</sup>. En síntesis: el orden conveniente depende del fin a que están llamados los miembros de la comunidad; según sea ese fin, tal será el gobierno a él adecuado. Pero, asimismo, el buen gobierno depende decisivamente de la peculiar condición de los súbditos<sup>42</sup>. Si la perfección de los hombres reunidos en comunidad es una actualización de sus potencialidades, luego tal acto no podrá estar desvinculado de la particular e intransferible *dispositio materiae*.

## ii) Una ulterior puntualización metafísica

En este lugar resulta pertinente completar las anteriores consideraciones metafísicas con una digresión acerca de las relaciones entre materia y forma, teniendo en cuenta que también se encuentra esa estructura hylemórfica en la realidad social. Materia y forma son coprincipios del ente. Y cabe observar que la disposición última es, en la línea de la cau-

---

<sup>38</sup>Supuesto siempre que “rectitudo legis dicitur in ordine ad utilitatem communem” (S. Th. I-IIae. 97, 1 ad 3um).

<sup>39</sup>S. Th. I-IIae, 97, 1 c.

<sup>40</sup>Cfr. S. Th., I-IIae., 96, 2 c y ad 2um.

<sup>41</sup>*Suma Contra Gentiles*, III, 71 (se utiliza la ed. bilingüe de BAC, Madrid, 1971).

<sup>42</sup>*Suma Contra Gentiles*, III, 111.

salidad formal, un efecto, aunque, por otra parte, preceda a la forma en la línea de la causalidad material. Dicho de otro modo: la disposición es un camino conducente al advenimiento de la perfección (formal) y, a la vez, un efecto procedente de ella<sup>43</sup>. Lo cual, como ya se ha advertido, no debe entenderse sólo –ni principalmente– en sentido temporal, sino ontológico. Esto significa que hay mutua imbricación e influencia recíproca de un coprincipio sobre el otro. A nivel específicamente político, tal coaptación se traduce en un doble amoldamiento. Por un lado, la estructura político-jurídica, o sea la estructura del poder, tomará –y no deberá dejar de hacerlo– el contorno del complejo total de relaciones sobre el que se asienta. Por otro, el gobierno y el orden jurídico ejercerán una influencia decisiva que llegará, de modo casi inevitable, hasta los últimos entresijos de la vida privada<sup>44</sup>.

### iii) El rango axionormativo de la costumbre

Así pues, la permanencia rígida de las normas, asumida como un principio absoluto, constituye un error en materia jurídico-política precisamente por desconocer la naturaleza misma de la materia práctica. Ahora bien, no obstante la intrínseca mutabilidad del derecho positivo, el Aquinate sostiene que las variaciones del orden normativo, en sí mismas consideradas, infligen perjuicio al bien común (primer principio en materia práctica). El fundamento de la disvaliosidad que en sí misma encierra la mutación de la ley estriba en el debilitamiento ocasionado con ella a la obediencia<sup>45</sup>. En efecto, la costumbre constituye un apoyo decisivo a la observancia de las normas. Cuando muta la ley, deja de operarse ese influjo causal sobre las conductas de los hombres; dicho de otro modo, al desaparecer la constricción psicológica otorgada por el acatamiento inveterado disminuye la conciencia de la obligatoriedad del mandato. Y con ello se resiente la consistencia del orden de la comunidad. Por tal razón sólo es lícito mutar la ley cuando el detrimento inferido al bien común en tal sentido se compensa en forma manifiesta con alguna contribución sustantiva a la utilidad social, sea que se trate de una cuestión de grave necesidad, sea que en la costumbre se contuviese alguna manifiesta injusticia.

---

<sup>43</sup>Cfr. *In IV Sent.*, 17, 1, 5, 3 c.; *S. Th.*, IIIa., 9, 3, ad 2.

<sup>44</sup>Hemos tratado el valor sistemático de estos principios en *Orden político y globalización*, Buenos Aires, 2000, 156-159.

<sup>45</sup>Este argumento, central en el planteo del Aquinate, es de Aristóteles (cfr. *Política*, 1269 a 19-24). En el ad 1um del art. 2 de esta cuestión 97 Sto. Tomás citaba: “las leyes tienen su máxima fuerza por la costumbre, como dice Aristóteles en el libro II de la *Política*”.

La posición del Aquinate sobre el rango axiológico y normativo de la costumbre jurídica y política no ofrece dudas, y se sintetiza con la sentencia que aduce en el *sed contra*: es ridículo y abominable infringir las tradiciones que recibimos de nuestros padres<sup>46</sup>. La tradición patria, para el Aquinate, también constituye una condición de la existencia de la ley. En efecto, la ley puede tornarse “inútil”, es decir, inviable en lo que hace a la posibilidad de su vigencia, si contradice tradiciones arraigadas en una comunidad. En otros términos, una nueva causa formal extrínseca de la conducta que colisione con otra ya arraigada e inveterada puede no ejercer virtud causal alguna sobre la sociedad, malgrado el poder que la respalda<sup>47</sup>.

La costumbre (*consuetudo*), dirá enseguida Sto. Tomás, puede –de hecho y de derecho– derogar la ley, y constituye criterio para su interpretación. En realidad, la costumbre ya es ley –por lo menos incoactivamente–. En efecto, la ley positiva se origina en la voluntad del hombre regulada por la razón. Y así como la voluntad racionalmente dirigida se manifiesta por la palabra (como en la promulgación imperativa de la norma); de igual o superior manera se manifiesta en las conductas. Ahora bien, las conductas multiplicadas causan la costumbre; luego, ésta puede no sólo derogar una norma, sino adquirir fuerza de ley y así erigirse ella misma en norma jurídica. La costumbre, pues, resulta una “eficacísima” depositaria y transmisora de la intención de la voluntad y del juicio deliberado de la razón de la comunidad, traducida no en las palabras de la ley sino en actos colectivos concretos<sup>48</sup>. Por otra parte, la costumbre no adquiere rango normativo formal sólo en aquellos regímenes democráticos en que la multitud se halla investida de la facultad de sancionar leyes a través de sus órganos representativos, sino que también la mera tolerancia o aceptación del príncipe a los usos arraigados en la comunidad confiere a éstos naturaleza legal<sup>49</sup>. Esta doctrina será más tarde adoptada por Suárez, quien distinguió dos planos en la causa eficiente de la costumbre jurídica. La causa eficiente próxima lo es el *consensus populi*, mientras que la primaria y principal consiste en la aprobación del legislador, supuesta, con todo, la acción causal inmediata del consenso de la comunidad<sup>50</sup>.

---

<sup>46</sup>S. Th., I-IIae., 97, 2 c. y ad 2um.

<sup>47</sup>S. Th., I-IIae., 97, 3, ad 2um.

<sup>48</sup>S. Th., I-IIae., 97, 3 c.

<sup>49</sup>S. Th., I-IIae., 97, 3 ad 3um.

<sup>50</sup>Cfr. *De legibus*, VII, 9, 2; *Defensio fidei*, III, III, 4. Sobre el tema vide Juan Arias Gómez, *El consensus communitatis en la eficacia normativa de la costumbre*. Navarra. 1966, esp. 75 y ss.

## LA RECEPCIÓN DE LA DOCTRINA POR LA ESCOLÁSTICA

### B) FRANCISCO SUÁREZ

#### I) *El marco de los principios aristotélicos*

##### 1) Politicidad natural y “natural resultancia” de la potestad de jurisdicción

En la obra del Doctor Eximio, por un lado, la comunidad política es *natural* –en el sentido de dar satisfacción a todas las exigencias del hombre en el plano mundanal<sup>51</sup>–; por otro, no puede faltarle lo necesario para su existencia y conservación, como, ante todo, la potestad política<sup>52</sup>. Es lo que se expondrá sumariamente a continuación.

Suárez acude a Tomás de Aquino, quien en *De regimine principum* I, 1 había demostrado que todo cuerpo exige para su conservación la presencia de un principio que procure su bien común. Tal ocurre en los cuerpos orgánicos y en los cuerpos sociales, como consta por la experiencia. En efecto, los miembros singulares buscan sus fines particulares, a veces incluso contra el fin común. Además, muchas cosas que no incumben a los miembros particulares son, sin embargo, necesarias para el bien común. Por todo ello, debe existir en la comunidad perfecta una potestad pública a la que le compete como función propia y específica (*ex officio*) la dirección de las conductas al bien común<sup>53</sup>. En la misma línea de argumentación, Suárez, con cita atribuida a Aristóteles, afirma que quien concede la forma concede por ende todo lo anejo a ella. Entonces, si la naturaleza del hombre se inclina a la vida en sociedad política, y ésta no puede conservarse sin la potestad, luego la potestad será de derecho natural<sup>54</sup>.

Ahora bien, tal exigencia del derecho natural no constituye un postulado *a priori*, sino que se impone de modo inapelable en la realidad empírica. Suárez, con apoyo en Cayetano, Covarrubias, Vitoria y Soto, sostiene que si los hombres consienten en agruparse en comunidad política, no está en su mano, por el contrario, el rechazar el acatamiento a alguna forma de potestad de jurisdicción (política), dado que la causa eficiente propia y adecuada del poder político *en tanto tal* no reside en la voluntad del hombre sino en el orden natural de las inclinaciones –que tiene a Dios por autor–<sup>55</sup>. El hombre puede consentir –o no– en congregarse o en

<sup>51</sup>*De legibus*, III, I, 3 - se utiliza la edición de Luciano Pereña *et al.*, Madrid, 1975 y ss.

<sup>52</sup>*De legibus*, III, I, 12.

<sup>53</sup>*De legibus*, III, I, 5.

<sup>54</sup>*Defensio fidei*, III, I, 7. Los editores sindicaron a Tertuliano (*Ad Scapulam II*) como autor de la sentencia “*qui dat formam, dat ea quae consequuntur ad ipsam*” –se utiliza la ed. de ese libro III por Luciano Pereña y Eleuterio Elorduy con el título de *Principatus politicus*, Madrid, 1965.

<sup>55</sup>*De legibus*, III, III, 2.

permanecer en un cuerpo político determinado, cuerpo que cabe llamar “místico” (por contraposición a “físico”) y debe ser considerado como uno moralmente. Mas el hombre no puede, por el contrario, desconocer la necesidad de que tal cuerpo tenga una cabeza<sup>56</sup>. Esta cabeza, como denomina metafóricamente Suárez a la potestad política, pertenece a la comunidad autárquica *ex natura rei*, ya que no existiría tal comunidad sin gobierno político<sup>57</sup>. En efecto, la unidad misma de la comunidad en tanto ente (i.e., su unidad trascendental) depende en gran medida, apunta Suárez, de la función de ordenación solidaria de las conductas al bien común, que le confiere, precisamente, la potestad política. Por ello los hombres integrados políticamente “no podrían impedir” esa potestad<sup>58</sup>.

De acuerdo con todo lo expuesto, cabe afirmar que, en formalidad metafísica, la potestad constituye una propiedad de la comunidad política (como lo expresa el mismo Suárez<sup>59</sup>). La *natural resultancia* del poder se opera como consecuencia de la institución de la comunidad política<sup>60</sup>. De allí la necesaria conclusión referida a la genérica obligación de obediencia que le cabe a todo miembro de una comunidad política: la sujeción a la potestad pública es conforme con la razón natural y conveniente para la conservación de la naturaleza humana<sup>61</sup>.

## 2) El valor del poder político y su esencial legitimidad

A partir de tales premisas se siguen necesariamente las tesis de Suárez sobre la valiosidad de la potestad política: el poder temporal del magistrado civil es justo y condicente con la naturaleza humana<sup>62</sup>; el principado

---

<sup>56</sup>“*Indiget uno capite*”, aclara Suárez, no significa necesidad de la forma monárquica de gobierno, sino necesidad de una autoridad única, es decir, que constituya última instancia de apelación y decisión (*Defensio fidei*, III, I, 5).

<sup>57</sup>Cabe afirmar que la necesidad de la existencia de la potestad en la comunidad política no admite siquiera excepciones empíricas. Pues dada una comunidad política –que se conserve como la clase de ente que es– no podrá faltarle jamás el ejercicio de una potestad de régimen. Tal hipótesis, afirma Suárez en este paso, “repugna a la razón natural” (por resultar intrínsecamente contradictoria).

<sup>58</sup>*De legibus*, III, II, 4.

<sup>59</sup>*De legibus*, III, III, 7: “[...] haec potestas sit veluti proprietatis naturalis perfectae communitatis hominum, ut talis est”.

<sup>60</sup>*Defensio fidei*, III, II, 5. Va de suyo que la prelación ontológica de la sociedad se entiende no una antelación temporal que permitiera en todos los casos la existencia en acto de una sociedad política, a la que posteriormente le sobrevendría la institución del poder de régimen. Si bien no sería imposible la constitución de una comunidad que enseguida deliberase sobre cómo se conduciría a sí misma, con todo tal caso sería (o ha sido) excepcional. El poder se da junto con la sociedad, y su ejercicio contribuye causalmente a la existencia de ésta.

<sup>61</sup>*Defensio fidei*, III, I, 8.

<sup>62</sup>*De legibus*, III, I, 1.

político es justo y legítimo<sup>63</sup>; la potestad es algo en sí mismo bueno (*est simpliciter res bona*) y digno de gran estimación<sup>64</sup>.

Espiguemos entonces las principales indicaciones que provee la obra del Eximio acerca de los principios de legitimidad de la potestad política.

## II) *Las formas de tiranía como formas de ilegitimidad del poder*

Habiendo ya mencionado los fundamentos, papel y función de la *potestas jurisdictionis* podemos en este lugar abordar sin más trámite los lineamientos de la doctrina suarista sobre la tiranía, como medio para introducirnos, a *contrario*, en el tema que directamente nos compete.

### 1) La presencia del nombre “*legitimus*”

En Suárez ya encontramos, a la par de la vigencia de los principios fundamentales de Aristóteles y de Tomás de Aquino sobre la naturaleza y el sentido de la vida política, la terminología moderna en lo referente a las formas de tiranía –como formas de ilegitimidad– e, inclusive, hallamos el propio término “*legitimus*” (significando lo conteste con la ley natural) aplicado al poder político<sup>65</sup>. En efecto, el término “*legitimus*”, para referirse a la potestad recta, comparece ya en la obra del Eximio, y con cierta profusión, junto a términos como “*iustus*”. Pero también conviene señalar que no es Suárez el primero en utilizarlo. Antes bien, “*legitimus*” ya se había impuesto en el acervo doctrinal de la segunda escolástica. Ejemplo de ello lo proveen, entre otros, Francisco de Vitoria (1483-1546)<sup>66</sup> y el

---

<sup>63</sup>*Defensio fidei*, III, I, 1.

<sup>64</sup>*De legibus*, III, III, 4.

<sup>65</sup>Respecto de esta cuestión terminológica, repárese en que entre Sto. Tomás y Suárez los estudios políticos –tanto en sede teológica cuanto filosófica y jurídica– habían alcanzado proverbial desarrollo. Por tal razón no solamente se había cimentado un haz de diversas perspectivas sobre lo político, sino que asimismo las corrientes doctrinales se habían diversificado, y el repertorio terminológico ajustado y aguzado. Para una introducción en las doctrinas políticas tardomedievales cfr. Jürgen Miethke, *Las ideas políticas de la edad media*, trad. F. Bertelloni, Buenos Aires. 1993, 99 y ss.; Walter Ullmann, *Historia del pensamiento político en la edad media*, trad. R. Vilaró, Barcelona. 1983, 177 y ss. En cuanto a la cuestión de las denominaciones técnicas, debe señalarse que la gran figura en el tema que nos atañe es Bartolo de Sassoferrato (1313-1356), célebre canonista que dio carta de ciudadanía definitiva a las locuciones *tyrannus absque titulo* y *tyrannus de exercitio* en su tratado *Sobre la tiranía*. Sobre Bartolo cfr. John Neville Figgis, *El derecho divino de los reyes*, trad. C. O’Gorman, México. 1942, 259 y ss. y Mario d’Addio, *L’idea del contratto sociale dai sofisti alla riforma*, Milán. 1954, 329 y ss.

<sup>66</sup>“*Monarchiam, sive regiam potestatem non solum iustam esse, et legitimam [...] (De potestate civili, 8).*”

gran canonista y moralista Martín de Azpilcueta (1493-1586), el Doctor Navarro<sup>67</sup>.

## 2) Las formas de tiranía

Suárez se atiene a la doctrina tradicional y para su tiempo ya cuasicanónica: hay dos formas de tiranía, la de origen y la de ejercicio. En efecto, puede ocurrir de dos maneras que el príncipe sea tirano. Existe el tirano *quoad dominium et potestatem* y el tirano *quoad regimen*. Ante el primero, sostiene Suárez recurriendo al apoyo de Cayetano y Sto. Tomás, cualquier miembro de la comunidad posee el derecho de vengarse a sí mismo y a la república, toda vez que tal tirano resulta un injusto agresor de la comunidad en su conjunto y de cada uno de sus miembros. Luego, a todos les compete el derecho a la defensa contra el agresor. Respecto de la segunda clase de tiranía el Eximio rechaza la posición del heresiarca Juan Hus, quien afirmaba la licitud de la rebelión activa también frente a la tiranía de régimen. Por el contrario, dice Suárez, no es lícito a los miembros de la comunidad –en tanto personas privadas– iniciar la guerra (*movere bellum aggressivum*) contra el gobernante injusto, sino que sólo están facultados para defenderse de los atropellos de que pudieran ser víctimas. En caso contrario se incurriría en sedición, ya que si el príncipe comete actos inicuos, no deja por ello de ser verdadero príncipe<sup>68</sup>. Ahora bien, la república como un todo sí podría lícitamente rebelarse contra el tirano de régimen; la razón para Suárez estriba en que la comunidad política es superior a su gobernante y le concedió (*dederit*) la potestad para que la rigiera política y no tiránicamente<sup>69</sup>. Si hiciera esto último de modo ostensible podría ser depuesto de su función por la misma república. En los casos indicados, y bajo todos esos supuestos, no cabe suponer la existencia de sedición<sup>70</sup>.

Idéntica distinción entre ambos géneros de tiranía ofrece *Defensio fidei*. En uno de ellos el gobernante ocupa el poder por la fuerza, de modo injusto y sin poseer el título correspondiente. No se trata, pues, de un verdadero rey o señor, sino de quien ocupa su lugar y actúa como a

---

<sup>67</sup>“Deinde [potestas mere laica] per electionem divinam, vel humanam, sive successionem vel alios modos legitimos in Reges, Regulos, vel Respublicas, vel alios modos translata [...]” (*De iudiciis, Notabile tertium*, N° 41, en *Commentaria et tractatus*, t. II, Lyon, 1589; citado por L. Pereña, *Principatus politicus*, 24-25).

<sup>68</sup>La *seditio* había sido caracterizada al comienzo de *De bello* como la guerra entre la república y su príncipe (legítimo), o entre los ciudadanos y la república (cfr. *Praeludium*, ed. cit.p. 67, se utiliza la ed. de Luciano Pereña en *Teoría de la guerra en Francisco Suárez*, Madrid, 1954).

<sup>69</sup>En este punto aparece con nitidez la doctrina de la traslación del poder (cfr. infra). Pareja presentación del tema de la resistencia se encuentra en *Defensio fidei*, III, III, 3.

<sup>70</sup>Cfr. *De bello*, sectio octava: Utrum seditio sit intrinsece mala (*op. cit.*, 234-240).

su sombra. En el otro el príncipe es verdadero señor –pues posee justo título para el mando– pero gobierna con miras a su interés particular; o aflige a sus súbditos expoliándolos, asesinandolos y pervirtiéndolos; o ejerce cualquier otra acción, que pública y frecuentemente atente contra el bien común. Ejemplos de lo cual son Nerón y, entre los cristianos, los príncipes que inducen al pueblo a la apostasía o al cisma<sup>71</sup>. El Eximio también menciona un interesante caso de tiranía de ejercicio: aquél del gobernante que, avalado incluso por una justa causa, emprende una guerra exterior desastrosa para su propia patria<sup>72</sup>.

La discusión subsiguiente acerca de si a alguien en la comunidad, a quién y con qué títulos le compete el derecho de resistencia permite a Suárez mayores precisiones terminológicas y conceptuales sobre ambas formas de tiranía. Ante todo cabe resaltar que nuestro autor llama “tirano [en sentido] propiísimo (*propiissimum*)” no a quien vulnera el bien común traicionando su misión (*in regimine*), sino al usurpador (*in titulo et usurpatione*)<sup>73</sup>. La calificación no es doctrinalmente irrelevante. Como ya había dicho en *De bello*, el usurpador puede ser resistido –incluso hasta dándole muerte– por cualquier miembro de la comunidad, como *privata, et non publica persona*. Luego, al resistirlo –e incluso al matarlo– el ciudadano particular no está ejerciendo en sentido estricto una conducta vindicativa, pues la comunidad en su conjunto se halla en estado de guerra latente o actual contra quien la ha agredido. La acción no sería, entonces, de vindicta, sino defensiva<sup>74</sup>. Si el pueblo no puede recurrir a un superior, porque es la potestad de la república misma la que ha sido usurpada –y no un cargo o función subordinada a la *summa potestas*– entonces, dice también el Eximio con cita de Sto. Tomás, el tirano puede lícitamente ser eliminado por cualquier miembro de la comunidad a título de persona privada. Semejante extremo, ilícito en el caso de un verdadero príncipe que obra con injusticia, se funda en el hecho de que el *tyrannus quoad titulum* no es “rey o príncipe, sino enemigo de la república”. Contra ese tirano no se

---

<sup>71</sup>*Defensio fidei*, L. VI, cap. IV, N° 1 (*R. P. Francisci Suarez Opera Omnia* (ed. Vivès), París, 1859, t. XXIV, ed. a C. Berton, 675).

<sup>72</sup>*De bello*, sectio quarta, N° 8.

<sup>73</sup>*Defensio fidei*, L. VI, cap. IV, N° 3 (*Opera Omnia* –ed. Vivès–, t. XXIV, 675-676).

<sup>74</sup>*Defensio fidei*, L. VI, cap. IV, N° 13 (*Opera Omnia* –ed. Vivès–, t. XXIV, 679). La doctrina de *De bello* no ha cambiado, pero sí se han afinados (o explicitado mejor) los principios a partir de los cuales se arriba a la solución del problema. En *De bello* (obra de 1584) Suárez dice “quilibet potest se ac Rempubicam a tyrannide vindicare”. En *Defensio fidei* (de 1613) se explica que no hay tal vindicta, sino sólo defensa, ejercida inclusive por un particular que no obra facultado explícitamente por toda la comunidad (pues “*ipsa [respublica] semper gerit cum illo actuale seu virtuale bellum, non vindicativum, ut sic dicam, sed defensivum*”). Los subrayados son nuestros.

comete crimen de lesa majestad porque en él no reside ninguna verdadera majestad, concluye Suárez en forma conteste con la tradición<sup>75</sup>.

### III) *Los principios de legitimidad*

#### 1) La legitimidad *per se* de la potestad

Como ya se ha dicho, en Suárez comparece el término *legítima*, para referirse a la potestad de jurisdicción recta, o justa. Resulta por demás interesante constatar cómo el sentido de la legitimidad responde al origen del término con el que se la mienta –*rectius*: a la realidad integral en que se origina el nombre de esta particular forma de rectitud–. Nos explicamos. “Legitimidad” significa “conformidad con la ley”; ahora bien, si la ley positiva es ley, también lo es la ley natural, y en un sentido fundante y anterior al de la ley positiva. Suárez, inscripto en la gran tradición ius-naturalista platónico-aristotélica, se atiene fielmente a esta concepción. Por ello Suárez llama *justum legitimum* al objeto de la justicia general según Aristóteles, en tanto es conforme a la ley –a la ley positiva, pero objetivamente recta por apuntar al bien común–. Y *justum legitimum* (re-párese: no *justum legale*) es, asimismo, la expresión que usa Suárez para referirse a la ley positiva<sup>76</sup>. Pues si *legitimus* abarca en su significación lo legal positivo, también comprende lo legal natural.

De tal manera, la potestad política, en sí misma considerada, como propiedad que adviene a la república a partir de su naturaleza, es legítima precisamente por el hecho de que consuena con el derecho natural<sup>77</sup>. Tal la tesis de Suárez, avalada por el conocimiento inductivo que provee la experiencia histórica y por la convicción que confieren los argumentos de Aristóteles, Sto. Tomás y S. Juan Crisóstomo<sup>78</sup>. El fundamento natural sobre el que la potestad política asienta su necesidad y su valiosidad no se ve suprimido ni “superado” (para decirlo hegelianamente) por el superior plano de la gracia, agrega el teólogo. Por ello hay legítima autoridad del príncipe infiel sobre los súbditos cristianos; y la conversión de miembros del pueblo a la fe católica no los exime de la debida obediencia a la *jurisdictio* temporal de un gobierno no cristiano. Los titulares de éste poseen verdadero derecho al mando, fundado en la ley natural. En este

---

<sup>75</sup>*Defensio fidei*, L. VI, cap. IV, N° 7 (*Opera Omnia* –ed. Vivès–, t. XXIV, 677). En *De legibus*, III, X, N° 7, 8 y 9 Suárez hace una suerte de casuística del *debitum obedientiae* y de la licitud y de la obligación de desobediencia ante el tirano *in usurpatione*, el cual “carece de verdadera potestad” y por tanto “no es rey sino tirano”.

<sup>76</sup>*De legibus*, III, XII, 7 y 13.

<sup>77</sup>*Defensio fidei* III, I, 7: “cum hic principatus iustus et legitimus sit, non potest non esse consentaneus iuri naturali”.

<sup>78</sup>*De legibus*, III, I, 2 y 3.

caso el argumento de razón también lo provee Tomás de Aquino (*S. Th.*, II-IIae., 10, 10)<sup>79</sup>.

Es verdad que a menudo los Estados fueron fundados por medio de la fuerza y usurpados por la tiranía. Pero tales defectos, afirma Suárez, no deben ser imputados a la potestad en sí misma, pues son extraños a su naturaleza. Los tiranos o los que reinan cometiendo injusticia, aunque sean verdaderos reyes, así como los indignos e ineptos que ambicionan el poder político, todos ellos –*qua* gobernantes injustos– no gobiernan según Dios, avanza el teólogo; es decir, el defecto mismo no pertenece a la *ratio* de potestad política en tanto tal<sup>80</sup>. Por su parte, existe una relación intrínseca entre la facultad de establecer auténticas leyes y el imperio político. Éste, para no ser considerado tiránico, incluye necesariamente la *jurisdictio*. En otros términos, la fuerza coactiva de la potestad constituye un necesario respaldo a la vigencia de la ley; pero, asimismo, el imperio –entendido aquí como capacidad de imposición de la voluntad– es legítimo en la medida en que se rectifica a través del orden normativo (justo). Supuestas tales notas y condiciones, Suárez denomina “*legitimum imperium*” a la “*suprema potestas gubernandi rempublicam*”<sup>81</sup>.

Mas si la potestad política, en sí misma considerada, es de derecho natural, el título de quienes la ejerzan no lo es, como así tampoco es de derecho divino. Por el contrario, los títulos para el uso de la *potestas jurisdictionis* son de derecho positivo. En efecto, como ya se ha dicho, por “natural resultancia” el poder se halla en la comunidad una vez que ésta se ha constituido como tal. Pero como el derecho natural no señala al titular de la potestad, esa tarea será de resorte de la comunidad y de sus circunstancias, que determinarán la necesidad de la *potestas jurisdictionis* a una forma (constitucional) y a unos titulares concretos<sup>82</sup>.

## 2) La legitimidad de ejercicio

Vamos a concluir nuestra somera revista del tema de los principios de legitimidad en Suárez haciendo algún hincapié en la legitimidad de origen, para lo cual expondremos las grandes líneas de la concepción suarista sobre los títulos jurídicos que otorgan el derecho al mando político. En lo concerniente a la legitimidad de ejercicio, la exposición de las formas

---

<sup>79</sup>*Defensio fidei*, III, IV, 5; cfr. en el mismo sentido III, IV, 7, donde el título fundado en el derecho sucesorio se categoriza como “de iure gentium a naturale derivatum, quod fides non tollit”. También se ilustra el principio *gratia non tollit naturam* en III, IV, 19-21.

<sup>80</sup>*De legibus*, III, I, 11.

<sup>81</sup>*De legibus*, III, I, 10. De allí que sea el príncipe supremo, quien no tiene superior en lo temporal, o la república que no ha transferido su poder al monarca –en otros términos: la *potestas jurisdictionis* de la comunidad *sibi sufficiens*– los que tienen por derecho natural la legítima potestad para declarar la guerra (cfr. *De bello*, secciones prima et secunda).

<sup>82</sup>*Defensio fidei* III, VIII, 1.

de tiranía como formas de ilegitimidad nos ha mostrado a *contrario* cómo la posición del Eximio respecto de ella se encuadra dentro de la tradición del aristotelismo. En efecto, el fin del gobierno y de las leyes es el bien común político, tal como lo han afirmado Aristóteles y Sto. Tomás, sostiene Suárez<sup>83</sup>. Y la transgresión a ese principio, como hemos visto, constituye la ilegitimidad *quoad regimen*.

Pasemos ahora al tema de los títulos del poder político.

### 3) Los justos títulos del poder

Ya se ha dicho que el principado político es justo y legítimo. Ahora bien, lo es en tanto y en cuanto se haya constituido “del modo debido”, agrega Suárez. Y continúa: “digo ‘constituida del modo debido’ para excluir la potestad usurpada por la tiranía, porque de ella consta que es violencia inicua, no verdadera y justa potestad”<sup>84</sup>. Así pues, el tema del título y, como su consecuencia, el principio de legitimidad de origen adquieren en el Eximio una relevancia mayor.

Según la teoría de la traslación Suárez, a la que hemos aludido *supra*, la comunidad no sólo designa a quien ha de ejercer el gobierno sino que, asimismo, le traslada la potestad que en ella reside originalmente (*designatio* y *collatio*, actos distintos por los que la república instituye el imperio)<sup>85</sup>.

La institución de la potestad puede operarse por la vía del consenso (*consensus*) tácito e inveterado de una comunidad que acepta el régimen según una forma y unos titulares determinados (caso de la monarquía nacida paulatinamente desde el mando patriarcal)<sup>86</sup>. También la comunidad puede elegir al príncipe. Ésta es para Suárez, cabe resaltarlo, la manera más racional y conveniente de institución del principado, porque en ella,

---

<sup>83</sup>*De legibus*, III, XI, 7 y 8; *Defensio fidei* III, I, 5.

<sup>84</sup>*Defensio fidei* III, I, 3.

<sup>85</sup>A diferencia de la designación del Pontífice, “potestas autem civilis ex natura rei est in ipsa communitate et per illam in hunc vel illum principem translata est, voluntate ipsius communitatis, eam (ut sic dicam) tanquam rem suam alteri donantis”, sostiene el Eximio en *Defensio fidei* III, III, 13. En Suárez, como ya hemos mencionado, el principio de que toda forma de gobierno y de que el derecho de todo gobernante son de derecho positivo –común a toda la escuela aristotélica hasta nuestros días– se conjuga con la teoría de la traslación. En rigor de verdad –y en contra de la teoría traslacionista– debería decirse que la comunidad designa al gobernante temporal análogamente a como el sacro colegio designa al pontífice, con algunas diferencias fundamentales, entre ellas la de que en el cónclave no se delibera acerca de la forma constitucional (que no puede sino ser monárquica) sino acerca de quién será el titular de la potestad papal. Respecto de la inviabilidad objetiva de la atribución de la titularidad del poder político al pueblo nos permitimos remitir a Sergio R. Castaño, *Principios políticos para una teoría de la constitución*, Buenos Aires, 2006, cap. IV.

<sup>86</sup>Sobre esta forma de instauración del régimen cfr. Heinrich Rommen, *La teoría del Estado y de la comunidad internacional en Francisco Suárez*, trad. V. García Yebra, Buenos Aires-Madrid, 1951, 328 y ss.

dice, se cumple de modo perfecto la voluntariedad en la institución del gobierno por la república. Dentro de esta especie de títulos habría que incluir aquél fundado en la sucesión hereditaria, en el cual el fundador de la dinastía recibe el poder inmediatamente de la república, mientras que sus sucesores lo poseen mediata y como radicalmente a partir de esa primera institución<sup>87</sup>.

Sin embargo, puede ocurrir que una república caiga involuntariamente bajo la potestad de un príncipe que la sujeta como consecuencia de una guerra. A su vez, la guerra puede ser justa (una contienda sucesoria, p. ej.), o –el caso más frecuente según Suárez– injusta. En este último caso el gobernante no ha adquirido títulos para ejercer en justicia el mando; luego, no tiene verdadera potestad. Con todo, con el correr del tiempo el pueblo puede consentir en la obediencia, o los sucesores reinar de buena fe, y entonces el gobierno adquirir título legítimo. Cesa de ese modo la tiranía y comienza el verdadero poder político<sup>88</sup>. Así pues, los títulos originados en la guerra son justos por verdadero derecho de conquista o se hacen justos por el consenso de la república ocupada “a través de un legítimo (*legitimum*) tiempo”. Aparece con ello un título fundado en la prescripción<sup>89</sup>.

Repárese en que, sea como fuere, es siempre la voluntad humana la que confiere los títulos del mando político. En el caso de la sucesión hereditaria, el poder no fue sólo dado a la persona, sino a su descendencia; es decir que la translación del poder alcanza a la persona del titular actual y a todos aquellos futuros titulares que hayan de sucederlo según una determinada forma (constitucional): primogenitura absoluta, sucesión en cabeza de los varones (como en el caso de la Ley Sállica francesa), etc. En el caso de la guerra injusta o de la usurpación en general, la comunidad libremente puede consentir con el tiempo en el mando de los sucesores del usurpador. De tal suerte, el imperio de tales sucesores, con un título fundado en la prescripción, no se hallaría fuera del marco del principio suarista de la legitimación a través del consenso. El caso de la guerra justa ofrece alguna dificultad para su resolución en el (libre) consenso de la comunidad. En efecto, una república independiente puede caer bajo el imperio de un príncipe que emprende contra ella una guerra justa. Aquí el título lo confiere la justicia de la guerra, y la república vencida puede sufrir la anexión como pena de un delito. La culpa, pues, la hace pasible

---

<sup>87</sup>*Defensio fidei* III, II, 12-19; cfr. también III, IV, 15; *De legibus*, III, IV, 3.

<sup>88</sup>*Defensio fidei* III, II, 20. Tal es el ejemplo paradigmático que provee el Imperio Romano, “porque aunque haya comenzado en gran parte por la tiranía posteriormente sin embargo se consolidó por el consenso de los pueblos y por legítima sucesión o elección aceptada por los súbditos” (cfr. *De legibus*, III, VII, 6).

<sup>89</sup>*Defensio fidei*, III, V, 7 y 12.

del castigo de la pérdida de su libertad. Por tal razón el príncipe adquiere verdadero derecho y dominio sobre los vencidos, con un título transferido por una suerte de cuasicontrato, que es efecto del castigo. La justa pena impone a la comunidad vencida la obligación de la obediencia. Luego, el consenso no se hallará ausente de la legitimidad del título del príncipe, aunque no se tratará de un consenso espontáneo, sino debido, por parte de la comunidad<sup>90</sup>.

- 4) El consenso comunitario a la base de los títulos y de la legitimidad de origen. Síntesis

Como cierre de esta revista sinteticemos el anclaje de la legitimidad de origen en la doctrina del Eximio.

Sin un justo título nadie se halla facultado para gobernar (entendiendo la proposición en el sentido jurídico preciso de que nadie puede lícitamente a mandar a la comunidad sin una razón de merecimiento que funde su derecho y la correlativa obligación de obediencia de los súbditos). Por otra parte, los títulos o vienen de Dios –a través del derecho divino positivo o a través del derecho natural– o vienen de los hombres. Ahora bien, el título exigido para el imperio político de cada comunidad auto-suficiente particular no es objeto de una revelación divina; y tampoco lo indica el derecho natural, el cual sólo impera la reunión de los hombres en comunidades perfectas con facultad de regirse a sí mismas. Luego, los títulos de la potestad política se originarán en los acuerdos voluntarios de los hombres. Pues o derivan de elección, o de sucesión (del elegido en primer término), o de una justa guerra emprendida por quien ya gobierna con títulos legítimos y recibe debida obediencia de sus nuevos súbditos, o de un usurpador o sus sucesores, que ganan con el tiempo el consenso de la comunidad<sup>91</sup>.

No sin razón un gran filósofo e historiador del derecho como Luis Recaséns Siches ha sostenido que la potestad política, en Suárez, se funda en un “contrato de señorío”<sup>92</sup>; es decir que, sin desmedro de la necesidad natural del poder, los títulos de quienes ejercen la potestad se basan en una suerte de acuerdo o pacto entre el gobernante y los gobernados (la comunidad)<sup>93</sup>.

---

<sup>90</sup>*De legibus*, III, IV, 4 y *Defensio fidei* III, II, 20; sobre este punto cfr. Eustaquio Galán y Gutiérrez, *Ius Naturae*, Madrid, 1961, t. II, 485 y 492.

<sup>91</sup>*Defensio fidei*, III, V, 11 y 12; III, VIII, 1; *De legibus*, III, VII, 3.

<sup>92</sup>*La filosofía del Derecho de Francisco Suárez*, México, 1947, 180 y ss.

<sup>93</sup>*Defensio fidei*, III, II, 11.

#### IV) DISCUSIÓN CONCLUSIVA. TITULARIDAD COMUNITARIA DEL PODER Y LEGITIMIDAD DE ORIGEN EN SUÁREZ

##### 1) La cuestión suscitada por la radicación del poder en el pueblo

##### a) La teoría secundoescolástica de la traslación

Ya Cayetano, por nombrar a uno de los primeros grandes representantes de la segunda escolástica, había dado por válida la posibilidad de conceptualizar a la sociedad política con exclusión de la potestad de régimen. Tal sociedad política, completa en sí misma con prescindencia de toda estructura de mando “sobreañadido” (“*secluso omni superaddito dominio*”), aparece implícitamente dotada de la facultad de ejercer por sí y sobre sí el poder directivo<sup>94</sup>. Poco más tarde Roberto Bellarmino afirmarí­a que por ser el poder natural, y no corresponderle a nadie en especial, luego había sido atribuido por Dios a toda la comunidad<sup>95</sup>. De donde se sigue, avanza Suárez aceptando la argumentación, que la democracia es de derecho natural negativo o concedente, es decir, rige mientras los hombres no dispongan otra forma de gobierno. Y pone el ejemplo de la posesión común de los bienes, fruto de la donación divina, a partir de la cual, por derecho de gentes, los hombres introdujeron la propiedad privada<sup>96</sup>. Cabe interpretar que la categoría de la democracia de *derecho natural concedente* de Suárez consistirí­a en una suerte de modelo teórico para negar el derecho divino de los reyes y legitimar el poder político en su faz subjetiva, o de la titularidad, en contra de la pretensión de la soberanía de derecho divino propugnada por Jacobo I de Inglaterra<sup>97</sup>.

Por otra parte, para Suárez la tesis según la cual “por derecho natural el poder existe en el conjunto (*in collectione*)”<sup>98</sup> puede venir a significar que “los hombres individualmente (*singuli homines*) tienen de manera parcial la virtud de conformar o hacer efectiva esta potestad”<sup>99</sup>. El despunte esporádico de tales expresiones de sesgo individualista se vincula tal vez con la tesis –no compartida por Bellarmino– referida la posibilidad de que la

---

<sup>94</sup>*Apologia de auctoritate papae*, N° 450, ed. Pellet, Roma, 1936.

<sup>95</sup>[...] nam haec potestas est de jure divino. At jus divinum nulli homini particulari dedit hanc potestatem: ergo dedit multitudini.” (*De laicis, sive secularibus*, L. III, cap. VI –en *Opera Omnia*, París, 1870, t. III–).

<sup>96</sup>*Defensio fidei*, III, II, 14.

<sup>97</sup>Cfr. Sergio R. Castaño, “Notas sobre el sujeto del poder político”, en *Philosophica*, N° 18, Valparaíso, 1995.

<sup>98</sup>Cfr. asimismo *De legibus*, III, II, 3 y 4.

<sup>99</sup>*Disputatio VII de legibus*, edición de Luciano Pereña et al. como apéndice al t. V de su edición de *De legibus*, citado.

comunidad retuviera el poder sin transferirlo<sup>100</sup> Con todo, y dado que esta alternativa resultaría de hecho “dificilísima, porque habría infinita confusión y morosidad”<sup>101</sup>, la titularidad del poder se transferirá al gobernante a través de alguna forma de acuerdo voluntario. En cualquier caso, es un principio que el poder se transmite del pueblo al gobernante<sup>102</sup>.

Se plantea entonces la cuestión ¿hasta dónde influye la teoría de la traslación en la doctrina de Suárez sobre la legitimidad de origen y sobre la resolución de los títulos de mando en el consenso?

## b) Traslación y legitimidad

La teoría de la traslación aparece, de suyo, como objetable, y ha sido impugnada brillantemente, dentro del campo de la escolástica, primero por Theodor Meyer<sup>103</sup> y luego por Louis Billot<sup>104</sup>, cuyos argumentos fueron retomados, entre otros, por Julio Meinvielle<sup>105</sup> y Jean Dabin<sup>106</sup>. Ahora bien, ella no es esencial al principio de que las formas y los títulos dependen de circunstancias históricas y acuerdos consensuales, cualquiera sea el modo en que ellos se den. Es decir, el principio de que el concreto gobierno de cada comunidad se funda –en tanto tal concreto gobierno– en el derecho positivo (para decirlo en términos jurídicos) no es subsidiario de la teoría de la traslación, según la cual la *summa potestas* radica en el pueblo, hasta que éste la transfiera<sup>107</sup>. En la misma línea, y ya en referencia al derecho de resistencia, creemos que el núcleo de la fundamentación de la licitud de la rebelión y deposición del tirano tampoco es formalmente subsidiaria de la idea de que el poder tiene como primer titular al pueblo. Antes bien, la resistencia contra la opresión, en los términos en que la plantea el Eximio, puede ser sostenida con independencia de tal idea.

La razón para estampar esa afirmación reside en el fundamento objetivo que Suárez señala tanto a la traslación en sí misma cuanto a las modalidades en que ella se opere. En efecto, la potestad pontificia, conferida por derecho divino, no puede ser modificada por el consenso de la Iglesia ni por la voluntad del mismo Pontífice. Pero, por el contrario, la potestad

---

<sup>100</sup>*De legibus*, III, 4, 12; *Defensio fidei*, III, II, 9.

<sup>101</sup>*Disp. VII de legibus*, citada.

<sup>102</sup>*De legibus*, III, IV, 4.

<sup>103</sup>*Institutiones Iuris Naturalis, seu Philosophiae Moralis Universae secundum principia S. Thomae Aquinatis*, Friburgo de Brisgovia, 1900, t. II, 334

<sup>104</sup>*De Ecclesia Christi*, Roma, 1927.

<sup>105</sup>*Concepción católica de la política*, Buenos Aires, 1932, 72.

<sup>106</sup>*Doctrine générale de l'État*, París, 1939 (en la trad. cast. de Héctor González Uribe y Jesús Tobal Moreno: *Doctrina general del Estado. Elementos de Filosofía Política* (México, 1946), 178 y ss.

<sup>107</sup>Conteste con nuestra posición se halla el juicio de Meyer, *Institutiones Iuris Naturalis*, t. II, 378-9.

temporal puede instituirse con mayor o menor alcance, y ser limitada o mutar con el curso del tiempo en tanto todo ello resulte conducente al bien común<sup>108</sup>. Es decir, que el fin y la medida de la traslación de la potestad, así como el de las diversas concreciones constitucionales en que ella cristalice, están fundados en las necesidades objetivas del bien para cuya consecución se nuclea la comunidad política por derecho natural.

En la misma línea, si pasamos a considerar el caso de la tiranía, constatamos cómo el principio en que se resuelve la licitud de la rebelión de la comunidad no se funda no en el quebrantamiento de un acuerdo subjetivo entre partes que hubiesen acordado contractualmente una serie de recíprocas obligaciones. Por el contrario, la república –“superior al rey”, dice Suárez– transfirió a éste el poder para que gobernase “política, y no tiránicamente” (*ut politice et non tyrannice reget*), trecho interpretado sin infidelidad nocional por el traductor como “para que gobernase según las exigencias del bien común, no tiránicamente”<sup>109</sup>.

Por lo demás, es pertinente remarcar que la teoría de la traslación de Suárez tampoco implica la volatilidad en la posesión de los derechos de imperio por el gobernante. Una vez trasladada, y no mediando un caso craso de tiranía de ejercicio, la *collatio* es irrevocable y el príncipe no depende del pueblo en el (recto) ejercicio de su poder<sup>110</sup>. Por otra parte, es cierto que el gobernante ejerce la potestad política según el modo y las condiciones de la donación por la cual la comunidad se la ha trasladado<sup>111</sup>, de suerte que el pueblo puede retener parte de la potestad total<sup>112</sup>. No obstante, el Eximio se mostró renuente a utilizar la fórmula de potestad *in actu* (para el príncipe) e *in habitu* (para el pueblo), usual entre los escolásticos de su tiempo, toda vez que tal fórmula daba pábulo a la presunción de una donación ficticia del poder<sup>113</sup>.

---

<sup>108</sup>*Defensio fidei*, III, III, 13.

<sup>109</sup>*De bello*, sectio octava, N° 2 (239-241 de *Teoría de la guerra*, de Luciano Pereña, citado). Sobre el bien común como principio político en Suárez cfr. Heinrich Rommen, *La teoría del Estado ...*, cit., 381-384.

<sup>110</sup>*Defensio fidei*, III, III, 1 y 5. “Una vez hecha la donación no puede limitar de nuevo la potestad que ha puesto en manos del gobernante [...] ni puede tampoco el pueblo, basándose en su potestad, abrogar las leyes justas del gobernante”, explica Ignacio Gómez Robledo fundándose en *Defensio fidei* III, III, 4 (cfr. *El origen del poder político según Francisco Suárez*, México, 1948, 180-181).

<sup>111</sup>*Defensio fidei*, III, II, 18.

<sup>112</sup>[...] si populus transtulit potestatem in regem, reservando eam sibi pro aliquibus causis et negotiis, in eis licite poterit illa uti, et ius suum conservare” (*Defensio fidei*, III, III, 3).

<sup>113</sup>Gómez Robledo, *op. cit.*, 182-183.

## CONCLUSIÓN EN PERSPECTIVA SISTEMÁTICA CON REFERENCIA A LA LEGITIMIDAD DE ORIGEN

Puede decirse que la idea madre del principio de legitimidad de origen en el aristotelismo consiste en reconocer la fundamentación de los títulos del poder político en el plano histórico-existencial en el que transcurre la vida de los hombres concretos en su circunstancia peculiar e intransferible. Este principio, a su vez, es solidario con la tesis de que no existen formas jurídico-políticas que *a priori* y universalmente resulten legítimas con independencia de su ordenación al bien común y que, en tanto fuentes *a se* de legitimidad, pudieran justificar cualquier decisión política. Por su parte la constitución, en tanto peraltado principio de valiosidad y rectitud jurídica y política, supone la tradición comunitaria como causa formal extrínseca, el arbitrio de los hombres reunidos en comunidad –el inveterado, pero también el actual– como su causa eficiente próxima y el bien común político como su causa final. En Francisco Suárez, como se ha visto, aparece reafirmado el núcleo de los principios clásicos; mas –y esto debe ser resaltado– bajo una nítida impostación del papel causal del *consensus* voluntario. Este *pondus* suarista, si bien atenuado y enmarcado por el orden aristotélico, se vincula nocionalmente con posiciones dominantes en el mundo contemporáneo, que de alguna manera parecen exaltar el consenso como principio, fin y cifra de toda legitimidad. Sea como fuere, a la hora de elaborar una noción sistemática del principio de legitimidad de origen desde una perspectiva realista resultará imprescindible no soslayar el abordaje crítico del tema jurídico-político del consenso.



# BREVE REFLEXIÓN ACERCA DE LAS “RETENCIONES”, EL CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD Y LA NECESIDAD DE DEROGAR EL ARTÍCULO 755 DEL CÓDIGO ADUANERO (LEY N° 22.415)

*Mariana Sánchez Caparrós\**

SUMARIO: 1. Introducción. 2. ¿Qué son las “retenciones”? 3. Encuadre normativo. El principio de legalidad tributaria. 4. El control de constitucionalidad. Su eficacia. 5. Conclusión.

## 1. INTRODUCCIÓN

Lo acaecido en Argentina a partir del anuncio de nuevos aumentos en las mal llamadas pero bien conocidas “retenciones a las exportaciones”, efectuado por el ex Ministro de Economía, Martín Lousteau el día 11 de marzo<sup>1</sup>, motivó en mí la necesidad de efectuar una breve reflexión acerca de los derechos de exportación, el control de constitucionalidad y la necesidad de optar por una vía más efectiva y de mayor alcance –el tratamiento de la cuestión relativa al Artículo 755 del Código Aduanero en el Congreso de la Nación– para lograr una solución de fondo para esta cuestión tan debatida no sólo académicamente sino ya en nuestros tribunales.

## 2. ¿QUÉ SON LAS “RETENCIONES”?

Cuando hacemos referencia a los derechos de exportación –conocidos popularmente como retenciones–, estamos hablando sobre recursos tributarios o tributos.

---

\*Abogada (Universidad de Buenos Aires) y Ayudante de derecho administrativo, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires (Argentina).

<sup>1</sup>Diario *La Nación*, martes 11 de marzo de 2008, “Vuelven a aumentar las retenciones agropecuarias”.

Estos han sido definidos como “prestaciones que el Estado (Fisco) exige en ejercicio de su poder de imperio, en virtud de una ley y para cubrir los gastos que demanda el cumplimiento de sus fines”<sup>2</sup>.

El Modelo de Código Tributario para América Latina, en su Artículo 9º, define a los tributos como: “prestaciones en dinero que el Estado exige, en razón de una determinada manifestación de capacidad económica, mediante el ejercicio de su poder de imperio, con el objeto de obtener recursos para financiar el gasto público o para el cumplimiento de otros fines de interés general”<sup>3</sup>.

Dentro del género “recurso tributario” podemos, a su vez, distinguir tres especies:

- 1) Impuestos.
- 2) Tasas.
- 3) Contribuciones especiales.

El impuesto es la especie de tributo que capta la capacidad contributiva periódica, ya sea por lo que se tiene –capital o patrimonio–, por los beneficios obtenidos en un lapso de tiempo determinado –ganancias– o por el consumo, que revela indirectamente una determinada capacidad contributiva<sup>4</sup>.

El maestro Miguel Angel Ekmekdjian lo definió, con aquella claridad que lo caracterizaba, como: “El pago exigido al contribuyente que no tiene una contraprestación fiscal específica imputada a él”<sup>5</sup>.

Es importante destacar que tanto la definición de tributo adoptada por el Modelo de Código Tributario, como la clasificación en tres especies, encuadra con aquella que ha sido tradicionalmente tomada por la doctrina y por los diversos códigos tributarios; y que “explicita la finalidad de financiar el gasto público del Estado, como forma de poner de manifiesto la naturaleza eminentemente financiera del tributo, sin que con ello se desconozca la posibilidad de utilizar, aunque excepcionalmente, la tributación como medio para coadyuvar la concreción de objetivos extrafiscales”<sup>6</sup>.

Entonces, a partir de los conceptos anteriormente analizados podemos concluir, siguiendo la opinión de la doctrina mayoritaria, que los “Derechos de Exportación” pertenecen al género “recurso tributario” y, a su vez, podemos claramente afirmar que son una especie de “impuesto” (indirecto).

---

<sup>2</sup>Susana Beatriz Palacio, *Finanzas públicas y administración financiera*. Editorial Estudio. 1998.

<sup>3</sup>Modelo de Código Tributario para América Latina, Artículo 9º.

<sup>4</sup>Susana Beatriz Palacio, cit. 38.

<sup>5</sup>Miguel Angel Ekmekdjian, *Manual de la Constitución Argentina*, 4ª edición actualizada. Editorial Depalma, 380.

<sup>6</sup>Comentario al Artículo 9º del Modelo de Código Tributario para América Latina.

Es decir, son impuestos que gravan el paso de mercaderías y productos a través de las fronteras políticas del Estado<sup>7</sup>.

### 3. ENCUADRE NORMATIVO. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD TRIBUTARIA

Nuestra Constitución Nacional, en su Artículo 4º, expresa que: “*El Gobierno Federal provee a los gastos de la Nación con los fondos del Tesoro Nacional formado del producto de derechos de importación y exportación [...]*”.

Por su parte, el Artículo 17 de la Norma Suprema establece claramente que: “[...] *Sólo el Congreso impone las contribuciones que se expresan en el Artículo 4º [...]*”.

El Artículo 75 inc. 1º enumera, como atribución del Congreso de la Nación, la facultad de “*Legislar en materia aduanera. Establecer los derechos de importación y exportación [...]*”.

Y, finalmente, corresponde citar el Artículo 76 de la Carta Suprema que “[...] *prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca [...]*”.

Del juego de los artículos anteriormente citados, la doctrina y jurisprudencia derivan un principio tan antiguo como esencial que rige la materia que tratamos: el *Principio de Legalidad Tributaria*.

Este principio constituye una aplicación específica del otro –más genérico– de legalidad, consagrado en el Artículo 19 de nuestra Constitución Nacional<sup>8</sup>.

Nos enseña el Dr. Casás, que es en virtud de este principio que se requiere, para la sanción de las leyes tributarias, de la necesaria participación de los órganos depositarios de la voluntad popular, cualquiera sea su denominación y modo de funcionamiento, de acuerdo a la organización política adoptada<sup>9</sup>.

La efectiva vigencia del principio *nullum tributum sine lege* permite que aquellas cuestiones relativas a los ingresos y a los gastos del Estado sean analizadas, discutidas y decididas por el órgano más representativo de la voluntad del pueblo, el Parlamento. Y que, además, sean tratadas siguiendo el trámite parlamentario; trámite que se caracteriza por su publicidad, por permitir que las diferentes voces sean oídas, por el debate, la discusión y la participación de una diversa gama de pensamientos, ideologías y pos-

---

<sup>7</sup>Ekmekdjian, cit. 380.

<sup>8</sup>Ekmekdjian, cit. 381.

<sup>9</sup>García Belsunce, Horacio, *Tratado de Tributación*, Tomo I, Derecho Tributario. Astrea. 2003, 258.

turas políticas que conforman y representan la voluntad general en esta Institución tan importante para la democracia de cualquier Estado.

Esta directriz, a su vez, debe de ser observada tanto por el Poder Legislativo como por el Poder Administrador, en razón de que deviene de la Constitución Nacional y, consiguientemente, se torna obligatorio para los distintos componentes del gobierno<sup>10</sup>.

Es decir que, en virtud de lo anteriormente señalado, un impuesto *no* podría establecerse por medio de un Decreto del Poder Ejecutivo y menos aún por vía de una Resolución del Ministerio de Economía.

Aun el lector menos avezado habrá advertido que todo lo expresado puede resultar académicamente interesante, pero no se condice con la realidad transitada por nuestro país en los últimos años, donde los derechos de exportación han sido fijados y modificados por sucesivos actos del Poder Administrador.

Pero, es aquí donde aflora una cuestión interesante que se convierte en la piedra basal que ha permitido fundar las sucesivas decisiones, relativas a los derechos de exportación, adoptadas por nuestro Poder Ejecutivo Nacional.

Es aquí donde debo referirme al Código Aduanero –Ley N° 22.415–, más específicamente a su Artículo 755, ubicado en el Título I, de la sección IX.

No resulta un tema menor hacer referencia al contexto histórico que rodeó la sanción de nuestro Código Aduanero, ya que fue sancionado y promulgado en el mes de marzo del año 1981, “*en uso de las atribuciones conferidas por el Artículo 5° del Estatuto para el Proceso de Reorganización Nacional*”, por el Presidente de facto Rafael Videla<sup>11</sup>.

Tampoco nos resulta una cuestión novedosa la delegación de facultades por parte del Congreso en el Poder Ejecutivo. Una demostración de ello es el Artículo 755 del Código Aduanero, del cual no suele hacerse con la frecuencia con que se debería.

Esta norma determina expresamente que: “[...] *el Poder Ejecutivo podrá:*

- a) *gravar con derecho de exportación la exportación para consumo de mercadería que no estuviere gravada con este tributo;*
- b) *desgravar del derecho de exportación la exportación para consumo de mercadería gravada con este tributo; y*
- c) *Modificar el derecho de exportación establecido [...]”*<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup>García Belsunce, cit. 265.

<sup>11</sup>Artículo 5°: “*Las facultades legislativas que la Constitución Nacional otorga al Congreso, incluidas las que son privativas de cada una de las Cámaras, serán ejercidas por el Presidente de la Nación, con excepción de aquellas previstas en los Artículos 45, 51 y 52 y en los incisos 21, 22, 23, 24, 25 y 26 del Artículo 67 [...]”*.

<sup>12</sup>Artículo 755, Código Aduanero.

Es claro el Dr. Fernández Lallane cuando, en su “Código Aduanero Comentado”, expresa que el Código Aduanero –Ley N° 22.415– confiere en su articulado numerosas autorizaciones de distinto grado al Poder Administrador, entre las cuales tienen prelación, dada su entidad, las que otorgan lisa y llanamente la prerrogativa de hacer la ley, como son las de gravar, desgravar y modificar derechos de importación de exportación –Artículos 664 y 755– y conceder exenciones al pago de estos derechos, 667 y 757<sup>13</sup>.

En esta instancia, luego de analizar la normativa expuesta en párrafos anteriores, no puedo sino hacer mía la opinión vertida por la Dra. Heiland en los autos “Gallo Llorente, Santiago Emilio y otro c/ Min. de Economía-Resolución N° 125/2008 s/ amparo Ley N° 16.986”.

En la causa, de fecha 5 de junio de 2008, se debatió acerca de la constitucionalidad del Artículo 755, concordantes y complementarios de la Ley N° 22.415 (Código Aduanero), el Decreto N° 2.752 del 26-12-1991 y la Resolución N° 125/2008 del Ministerio de Economía y Producción.

En su fallo la Dra. Heiland expresó que “[...] *La necesidad de una pronta respuesta del Poder Judicial a través de esta sumarísima vía, dispara además, de cara a dos circunstancias decisivas: [...] Por el otro, la total ausencia del rol asignado al Poder Legislativo, justamente en materia tributaria. Esto es: la inexistencia, al menos, de una política legislativa clara en la materia; la inexistencia del ejercicio de competencias propias y exclusivas del Poder Legislativo, como cause institucional primario y natural para decidir sobre la imposición y/o modificación de tributos*”<sup>14</sup>.

También hizo expresa mención a la naturaleza jurídica de estos derechos, expresando que: “*los derechos de exportación y/o las llamadas “retenciones” quedan encorsetados en el género tributo*”<sup>15</sup>.

En relación al Principio de Legalidad Tributaria, refirió que: “La Constitución actual receptó expresamente tal principio. Tanto en su parte dogmática como en su parte estructural consagra enfáticamente el principio de legalidad en materia tributaria”<sup>16</sup>.

Finalmente, en su fallo concluye que: “*ni un decreto del PEN, ni menos aún una resolución del Ministerio de Economía y Producción pueden –sin sustento legal– crear ni modificar válidamente, los elementos esenciales de una carga tributaria. (cfr. Clara síntesis de la CSJ in re “Selcro” (Fallos: 326:4251 año 2003, ya citado).*” Y que “[...] *dada su naturaleza, las “retenciones” cuestionadas no resisten el análisis de constitucionalidad,*

---

<sup>13</sup>Código Aduanero. Comentado y anotado, Volumen I, Fernández Lallane. Depalma. 1997, 69.

<sup>14</sup>Gallo Llorente, Santiago Emilio y otro c/ Min. de Economía-Resolución N° 125/2008 s/ amparo Ley N° 16.986”, Considerando 2º, Punto III., p. 10.

<sup>15</sup>Gallo Llorente, Santiago Emilio y otro c/ Min. de Economía-Resolución cit. 14.

<sup>16</sup>Gallo Llorente, Santiago Emilio y otro c/ Min. de Economía-Resolución cit. Considerando 3º, 15.

de cara al principio de legalidad y/o reserva legal recién descrito. La delegación genérica prevista en el Artículo 755 del Código Aduanero y la subdelegación instrumentada por el Decreto N° 2.752/91 (Y demás normas ratificantes que el informe detalla) no cumplieron con las exigencias del Artículo 76 de la Constitución<sup>17</sup>.

#### 4. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD. SU EFICACIA

La Constitución Nacional es la norma fundamental, la piedra basal de nuestro sistema jurídico normativo. De ello se desprende que el resto de las normas –leyes, decretos, resoluciones, etcétera– deban estarse a ella. Es decir, que es la Constitución Nacional la que otorga validez a las restantes normas integrantes del sistema jurídico, en la medida en que las mismas se deriven válidamente de otra norma superior también válida, llegando así hasta la propia Constitución.

*Para que una norma sea considerada válida*, debe cumplimentar dos requisitos de validez: por un lado, que haya sido dictada por el órgano y conforme al procedimiento previsto en la Constitución o en la norma superior. Por otro, que su contenido no contradiga la letra de la Constitución o de la norma superior<sup>18</sup>.

El Artículo 31 de la Constitución Nacional establece el criterio de supremacía constitucional, colocando en la cúspide de la pirámide normativa a la Constitución Nacional, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con potencias extranjeras<sup>19</sup>.

El control de constitucionalidad de las normas es una de las herramientas más importantes que existen en el Estado Constitucional de Derecho y que está destinado a preservar la supremacía constitucional.

Podemos resumir el sistema de control de constitucionalidad vigente en nuestro país, señalando que es un control del tipo judicial –es el Poder Judicial quien tiene la autoridad de revisar la constitucionalidad de los actos de los demás Poderes del Estado–; difuso –a cargo de todos los jueces que integran el Poder Judicial– y, con relación a sus efectos, es *inter partes* –sólo vale para las partes en conflicto, sólo a ellas dejará de resultar aplicable la norma declarada inconstitucional–.

---

<sup>17</sup>Gallo Llorente, Santiago Emilio y otro c/ Min. de Economía-Resolución N° 125/2008 s/ amparo Ley N° 16.986”, Considerando 4º, p. 17.

<sup>18</sup>Ekmekdjian, cit. 41.

<sup>19</sup>Artículo 31 de la CN: “*Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto de 11 de noviembre de 1859*”.

Es esta última característica la que me interesa desarrollar un poco más, ya que el efecto *inter partes* de la declaración de inconstitucionalidad genera que muchas veces, frente a cuestiones que afectan un porcentaje numeroso de la población –como sucede con la cuestión relativa a las “retenciones”– y en las que una de las partes interesadas es el Estado, esta herramienta no resulte del todo eficaz, ya que sólo alcanzará y resguardará a quien detente los recursos necesarios para poder acceder a la justicia y para permitirse litigar durante el tiempo que demande –usualmente unos cuantos años– superar las distintas instancias judiciales, más aún teniendo en cuenta que el Estado Nacional sí posee esos recursos necesarios para poder apelar, casi de manera infinita, las resoluciones judiciales que le resulten desfavorables.

El diccionario de la Real Academia Española, define la *eficacia* como la: “*Capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera*”. Y tomando esta definición, me permito expresar que en estos casos, donde hay un gran número de personas que se ven afectadas por la aplicación de una norma claramente inconstitucional y donde la contraparte en el conflicto es el Estado –Nacional, Provincial o Municipal–, el efecto *inter partes* se convertirá, para muchos, en una valla infranqueable que impide una eficaz y adecuada tutela de sus derechos.

Ello porque, a pesar de la declaración de inconstitucionalidad, la norma sigue subsistiendo en el sistema jurídico y, por lo tanto, sigue siendo obligatoria para el resto de los casos a los que resulte aplicable<sup>20</sup>.

## 5. CONCLUSIÓN: ACERCA DEL PORQUÉ DE LA NECESIDAD DE DEROGAR EL ARTÍCULO 755 DEL CÓDIGO ADUANERO

Me gustaría, para comenzar esta última etapa de mi reflexión, citar unas palabras del Dr. Juan Vicente Sola: “*La Constitución es el intento de la sociedad de atar sus propias manos, de limitar su habilidad para ser víctima de la debilidad que pueden debilitar sus valores más deseados. La experiencia histórica señala que las pasiones de un momento pueden llevar al pueblo a sacrificar los principios más elementales de libertad y justicia. Las constituciones son un intento de la sociedad de protegerse a sí misma. Ella enumera los valores básicos, como son elecciones regulares, separación de poderes, derechos individuales, igualdad y hace que el cambio o la fractura de ellos sea muy difícil*”<sup>21</sup>.

Creo sinceramente que es tiempo de pensar acerca de la necesidad de que el Congreso Nacional, en uso de sus legítimas facultades, resuel-

---

<sup>20</sup>Juan Vicente Sola, *Control judicial de constitucionalidad*. Abeledo Perrot, 64.

<sup>21</sup>Juan Vicente Sola, cit. 70.

va definitivamente optar por la derogación del Artículo 755 del Código Aduanero.

Y estoy convencida de que la adopción de una medida de este tipo sería mucho más sensata que esperar a que el Poder Ejecutivo de turno envíe proyectos de ley al sólo efecto que nuestros Legisladores Nacionales ratifiquen decisiones que ya han sido tomadas.

Sobre todo, y esto es lo más paradójico, cuando estamos haciendo expresa referencia a decisiones –en la cuestión relativa a los derechos de exportación– cuya competencia corresponde al Congreso Nacional en virtud de lo establecido por nuestra Norma Madre en sus Artículos 4º, 17 y 75 Inc. 1º.

Una decisión de esta magnitud no sólo evitaría una posible avalancha de demandas judiciales de aquellos que tienen los recursos económicos para poder enfrentar al propio Estado Nacional en los Estrados, sino que, además, brindaría tutela efectiva a aquellos que no cuentan con esta posibilidad y que sólo pueden limitarse a adoptar el rol de simples espectadores de una disputa que afecta algunos de sus derechos más esenciales<sup>22</sup>.

Pero, sobre todo, una decisión de este tipo por parte del Congreso Nacional demostraría la madurez democrática y el compromiso con las instituciones que tanto reclamamos a nuestros representantes.

---

<sup>22</sup>“Derechos de exportación: ¿es posible una avalancha de juicios al estilo corralito?, Diario Infobae Profesional, viernes 30 de mayo de 2008.

(NR). Luego del histórico rechazo del Senado producido en la noche del 16 al 17 de julio al proyecto de ley enviado por el Ejecutivo (Presidenta Cristina Fernández de Kirchner), la Presidenta referida ha instruido al Ministro de Economía para que en virtud de facultades delegadas *limite*, por vía de resoluciones, *la vigencia* de las normas que instrumentaron las retenciones móviles, así como las que se destinaron a compensaciones, retrotrayéndose, así, la situación al 7.11.2007, fecha de las resoluciones que originaron el conflicto, lo que “curiosamente” significaría la continuidad de la vigencia de la resolución 125/2008, que tanta perturbación social provoca desde marzo pasado.

## LA JERARQUÍA (UN PRINCIPIO BÁSICO DE LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA DEL ESTADO)

*Eduardo Soto Kloss\**

SUMARIO: Introducción. 1. El término. 2. Noción. 3. Fuentes. 4. Componentes. 5. El poder jerárquico.

### INTRODUCCIÓN

Al analizar la división del trabajo que se asigna en una organización a los diversos componentes o miembros que la integran aparece una actividad que es la de “*dirección*”, es decir a alguno o a algunos se les atribuye la función de dirigir la organización. Aquí aparece la *jerarquía* como principio organizativo, y que es inherente a toda organización humana.

Si bien este principio puede configurarse de muchos modos hay ciertas organizaciones que son esencialmente jerárquicas y en donde éste resulta de una importancia fundamental; así, por ejemplo, las Fuerzas Armadas o la Universidad; también la organización administrativa del Estado, la cual está planteada en Chile precisamente bajo un régimen jerárquico<sup>1</sup>.

En efecto, en la Constitución, y ya desde los primeros tiempos de la República<sup>2</sup>, aparece el Presidente de la República como el supremo jerarca de la Administración y del cual dependen, o se relacionan, todos los agentes que colaboran con él en las tareas referidas; su art. 24 –cuyos

---

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

<sup>1</sup> Pudiera ser de interés recordar que esta visión jerárquica de la Administración es producto de la nueva visión que trajo el absolutismo ilustrado del Estado indiano; vid. al respecto los trabajos de B. Bravo Lira sobre el tema, en “Judicatura e institucionalidad en Chile 1776-1876: del absolutismo ilustrado al liberalismo parlamentario”, en Revista de Estudios Histórico-Jurídicos (Valparaíso) I (1976) 61-87, espec. 64-75; y “Oficio y oficina, dos etapas en la historia del Estado indiano”, en Revista Chilena de Historia del Derecho 8 (1981) 73-92, ahora en *Derecho común y derecho propio en el nuevo mundo*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1989, 219-244.

<sup>2</sup> Véanse v.gr. CP 1818 título IV capítulo 1 artículos 1, 5, 6, 10, 19, etc.; CP 1828 arts. 60, 83 N<sup>os</sup>. 5 y 6; CP 1833 arts. 59, 81 y 82 N<sup>os</sup>. 6, 9, etc.

orígenes se remontan a la Constitución de Cádiz de 1812 (art. 170)– establece que la Administración del Estado corresponde al Presidente de la República, y la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (18.575/86) –a la que remite el art. 38 inc. 1º CP para establecer su organización básica– dispone (en su art. 1º), en concordancia con aquel art. 24 aludido, que el Presidente de la República “ejerce la Administración del Estado con la colaboración de los órganos que establezcan la Constitución y las leyes”, organismos que estando configurados jerárquicamente ellos mismos internamente (v.gr. art. 24/Ley 18.575), se encuentran igualmente sujetos al poder jerárquico, sea pleno, sea muy atenuado (supervigilancia en la terminología legal, v.gr. arts. 25 y 26 Ley 18.575/86) del Presidente de la República<sup>3</sup>.

## 1. EL TÉRMINO

Si se revisa el origen del término, proveniente del griego (*hieros*: Dios, divinidad, lo sagrado, y *archein*: poder, gobierno, principado, autoridad, jefe), “jerarquía” refiere a gobierno o principado sagrado; así es como aparece, tal vez por vez primera, un desarrollo del tema ya en el primer tiempo del cristianismo, y respecto de los ángeles, con la obra del llamado el Pseudo Dionisio, Areopagita, acerca de la “jerarquía celeste”<sup>4</sup>. Santo

---

<sup>3</sup>Caso especial se da con las Municipalidades (Ley 18.695/88), organismos que siendo integrantes de la Administración del Estado, sin embargo, poseen una autonomía total, y el Presidente de la República carece de poder de supervigilancia a su respecto, según veremos más adelante.

<sup>4</sup>Llamado el pseudo Dionisio, cuyos libros sobre el tema parecen haber sido escritos hacia el siglo VI, después de Jesús, obviamente; sobre el punto vid. entre otros, para un vistazo muy general, T. Spidlik, en Gran Enciclopedia Rialp (Madrid-1979) tomo 7, 779-781, más ampliamente J. Hirschberger, *Historia de la Filosofía* (2 vols.) Herder. Barcelona. 1976, vol. 1, 322-326. Valga recordar que San Pablo en su *Carta a los romanos* (15.6) usa el término hierourgein, esto es, “administrar (*ourgein*) lo sagrado o lo divino (*hieros*)”, como sacerdote (es decir, sacer = que porta lo sagrado). Últimamente, SS. Benedicto XVI ha tratado brevemente su mensaje espiritual en su Audiencia General de los días miércoles el 14.5.2008. Al parecer, el término *jerarquía* (*ieros* = divino, sagrado, sacro y *archein* = poder, potestad, jefe, superior) habría aparecido por vez primera usado por el referido Dionisio. Jerarca viene a ser igual a jefe o a quien dirige lo sacro. El es autor de dos obras al respecto, a saber “Las jerarquías celestes” y “La jerarquía eclesiástica”. Jerarquía sería un orden sacro que se refiere a lo divino; una ordenación que dirige la inteligencia hacia un principio, que es Dios. Ella comprende la búsqueda de imitar el modelo divino e ir ascendiendo en esa imitación. La jerarquía vendría a ser la circulación de la vida divina a través de todos los bautizados, todos los que reciben los dones de Dios, todos colaborando a una mayor unión con El. Su máxima expresión se da en la Iglesia que Cristo fundara sobre la roca o fundamento de Pedro. Un estudio sobre el origen y evolución medieval en la reseña de F. J. de Mendoza hace a *Reductio ad unum*, de Elvio Ancona. Giapichelli. Torino. 2004, en Anales de la Fundación Francisco Elías de Tejada (Madrid) N° XI/2005, 195-204.

Tomás recoge a Dionisio y recuerda que éste habla de jerarquía como “orden, ciencia y acción” y, expresamente el Angélico tomando pie de Aristóteles habla de “jerarquía” diciendo que no es otra cosa que “*sacer principatus*”, es decir, gobierno sagrado, que Dios tiene sobre todas las criaturas racionales capaces de participar de las cosas sagradas, esto es referentes a Dios<sup>5</sup>. Pero así como hay una jerarquía angélica también hay una humana, ya que la idea ínsita en el término es la de una multitud ordenada bajo el gobierno de una autoridad. Y es aquí donde entra un segundo concepto en la idea de jerarquía, como es el de “orden”, pues no sería ordenada sino confusa esa multitud si no hubiese órdenes distintos y diversos. De allí que la jerarquía implica la noción de “orden”, en el cual hay grados, según prioridad/posteridad, preeminencia/subordinación, etc., y en donde los elementos se integran o colocan según cierta conveniencia, proporción y armonía, dada por el principio que lo vertebrata o estructura, guardando la debida o correcta relación<sup>6</sup>. Y así como hay un orden serial, causal o final, lo hay también *jerárquico*.

De gobierno divino, y ordenado, y en el que se distingue, por una parte, el que gobierna y por otra, la multitud gobernada, y que podría decirse constituye la jerarquía universal, o gobierno universal (que implica el orden universal u orden del universo creado), pasa el término a jerarquías particulares como la del mundo angélico, y la de los hombres, ya que de distinto modo y distinto orden cada uno es gobernado por Dios y participa en Su gobierno. Y del gobierno humano pasará de la ordenación eclesial a al régimen civil, en donde adquirirá carta de ciudadanía al organizarse el orden gubernativo (o administrativo) bajo el absolutismo ilustrado, con la configuración de las llamadas “oficinas”, en reemplazo de los tradicionales “oficios”. Estas Oficinas (hoy vulgarmente, servicios públicos) se estructurarán bajo un orden jerárquico, en cuya cabeza se coloca al Jefe, que tendrá a su cargo dirigir la Oficina y a los empleados que realizan el trabajo bajo sus órdenes. Jerarquía, superior jerárquico, subordinación jerárquica, son hoy todos términos de cotidiano uso y entrados al lenguaje ya común.

---

<sup>5</sup>*Suma Teológica*, 1-2. 108.1. Toda la cuestión 108 cit. (dividida en ocho artículos) trata de los ángeles y sus jerarquías y órdenes. También en la *Suma contra los gentiles*, Libro 3, cap. 80.

<sup>6</sup>*Suma* cit. 1. 116, 2. ad 3: “el orden no es sustancia sino relación”. Valga recordar que Santo Tomás definía el orden como “la recta disposición de las cosas a su fin” (*In II Phys. Lectio 13*), y en la *Suma Teológica* enseñaba que “la recta disposición de las partes se determina en orden al todo” y éste se determina en orden a su fin, o sea a su bien (2-2,97.10 ad 2).

## 2. NOCIÓN

Pero ¿qué es la jerarquía?

Podría decirse que es una relación que se da entre dos o más sujetos en cuya virtud uno o algunos están supraordenados respecto de otro u otros que le están subordinados; implica, pues, supraordenación por un lado y subordinación por el otro, “poder jerárquico” en unos, “deber de obediencia” en otros.

Traducido esto al plano de la Administración del Estado no significa sino que la ley ha constituido en la estructura organizativa de un ente o servicio administrativo a algunos órganos en jerarcas, estando el resto de los miembros de la organización subordinados a él; y en cuanto se refiere a los entes o servicios mismos, la Constitución o la ley ha constituido a algunos como “dependientes” del Presidente de la República y a otros bajo una relación de “supervigilancia” respecto de él.

Propiamente aparece que la *relación jerárquica* se da entre “órganos”, sea al interior de un mismo servicio, organismo o ente, sea dentro del conjunto de la estructura organizativa de la Administración del Estado, v.gr. entre el Presidente de la República y los Jefes de Servicios, pero no entre “organismos sujetos/entes o servicios”, ya que los poderes jerárquicos son atribuidos a “órganos”, no a los servicios u organismos (a quienes se atribuyen funciones o actividades, tareas u objetivos o fines), y se ejercen por éstos, es decir por los titulares de esos poderes jurídicos.

De allí que la *relación jerárquica* (sea plena, sea atenuada: supervigilancia en terminología contralora/legal) en la estructura de la Administración del Estado (como conjunto de entidades, organismos o servicios) *se da propiamente entre* el Presidente de la República y los Jefes de Servicios (centralizados o descentralizados, siguiendo la terminología de los arts. 25 y 26 Ley 18.575/86) y no entre v.gr. Ministerio y servicio dependiente, o entre Ministerio y empresa estatal o institución.

## 3. FUENTES

La fuente constitucional se encuentra en el artículo 24 ya referido en cuanto el dispone que

*“El gobierno y la administración del Estado corresponden al Presidente de la República, quien es el Jefe del Estado”* (inciso 1°).

*Su autoridad se extiende a todo cuanto tiene por objeto la conservación del orden público en el interior y la seguridad externa de la República, de acuerdo con la Constitución y las leyes”* (inciso 2°).

Entre las fuentes legales han de mencionarse la Ley 18.575 (5.12.1986)<sup>7</sup>, la Ley 19.175 (11.11.1992)<sup>8</sup> y la Ley 18.834 (23.9.1989)<sup>9</sup>, entre otras.

La Ley 18.575, en concordancia con el art. 24 de la Constitución, reitera que es el Presidente de la República quien “ejerce la administración del Estado con la colaboración de los órganos que establezcan la Constitución y las leyes” (art. 1º, inc. 1º) y señala en su inciso 2º quiénes componen esa “Administración del Estado”.

Su art. 7º establece expresamente que “Los funcionarios de la Administración del Estado estarán afectos a un régimen jerarquizado y disciplinado” (frase 1a.), debiendo “cumplir fiel y esmeradamente sus obligaciones para con el servicio, obedecer las órdenes que les imparta el superior jerárquico,...” (frase 2a.).

Su art. 10º/11 del texto refundido reitera la idea al prescribir que “Las autoridades y jefaturas, dentro del ámbito de su competencia y en los niveles que corresponda, ejercerán un control jerárquico permanente del funcionamiento de los organismos y de la actuación del personal de su dependencia” (inc.1º), control que “se extenderá tanto a la eficiencia y eficacia en el cumplimiento de los fines y objetivos establecidos, como a la legalidad y oportunidad de las actuaciones” (inc.2º).

De igual modo, a la jerarquía y al poder jerárquico se refieren sus artículos 14/17, 21/24, 24/27, 25/28, 26/29, 29/32, 33/36, 42/40 inc. 3º y 43/41, letra d)<sup>10</sup>.

Por su parte, la Ley 19.175, sobre gobierno y administración regional, prevé al órgano “Intendente” como el superior jerárquico del gobierno de la Región respectiva, en cuanto es “el representante natural e inmediato del Presidente de la República en el territorio de su jurisdicción” (art. 1º, inc. 1º); y entre las atribuciones que se le confieren se dispone que él ha de “ejercer la coordinación, fiscalización y supervigilancia de los servicios públicos creados por ley para el cumplimiento de la función administrativa, que operen en la región” (art. 2º letra j).

La Ley 18.834, sobre Estatuto Administrativo, ha dispuesto –ya desde antiguo– entre las obligaciones de los funcionarios (obligación básica y fundamental) la de “Obedecer las órdenes impartidas por el superior jerárquico” (art. 55, letra f), obligación que desarrolla en sus detalles su art. 56<sup>11</sup>.

---

<sup>7</sup>Texto refundido DFL/Segpres N° 1/19.653 (17.11.2001).

<sup>8</sup>Texto refundido DFL/Interior N° 291 (20.3.1993).

<sup>9</sup>Texto refundido DFL/Hacienda N° 29 (16.3.2005).

<sup>10</sup>El art. 30 contempla la *desconcentración*, mecanismo jurídico que implica la ruptura del vínculo jerárquico, en cuanto se refiere a las decisiones adoptadas en virtud de la(s) potestad(es) desconcentradas.

<sup>11</sup>Ello se verá en las explicaciones del “deber de obediencia”. Esta ley contiene diversas normas que concretan el carácter jerárquico de la Administración del Estado.

#### 4. COMPONENTES

Ello significa que la Constitución o la ley ha dotado, atribuido o conferido a ciertos órganos un poder jurídico “jerárquico”, y al resto que se encuentra subordinado el ordenamiento lo ha sujetado al llamado “deber de obediencia”. Y en ello radica el estudio de la jerarquía como principio organizativo de la Administración del Estado, a saber la supraordenación o poder jerárquico que el ordenamiento/ley atribuye a ciertos órganos y la subordinación o deber de obediencia que impone al resto de los miembros o componentes de la organización.

Veamos aquí sólo el primero.

#### 5. EL PODER JERÁRQUICO

El poder jerárquico es el conjunto de poderes jurídicos que la ley atribuye o confiere a determinado órgano de la AE con la finalidad de ejercer las funciones de dirección en un ente, organismo o servicio integrante de ella.

Decimos conjunto de poderes jurídicos por cuanto lo que se denomina “poder jerárquico” comprende diversos poderes destinados a desarrollar la función administrativa de dirección, a saber el poder de nominación (o nombramiento), el poder normativo, el poder de control y el poder disciplinario.

En este aspecto, es variada la terminología que suele utilizarse pero nos parece que con fines didácticos lo indicado da clara cuenta de la realidad chilena.

5.1. El “*poder de nominación*” se refiere a la potestad de nombrar que posee el Presidente de la República a las autoridades y funcionarios de la Administración central (o sea fiscal, porque al carecer sus organismos de personalidad jurídica, actúan bajo la del Fisco), como asimismo a los jefes de los servicios y organismos de la Administración descentralizada (por ejemplo, instituciones y empresas del Estado).

Como esto es más bien materia de la unidad función pública (provisión de cargos públicos), se verá en esa ocasión el tema, que tiene variadas circunstancias.

5.2. Decimos “*poder normativo*” para referirnos a aquel poder jurídico, inherente a todo jerarca, que consiste en “normar” la actividad de sus dependientes o subordinados, es decir, regular a través de actos administrativos (v. gr. decretos, resoluciones, directivas, circulares, instrucciones, órdenes, etc.) esa actividad, normación que podrá ser ya por vía general y

adoptará la forma de “reglamentos”<sup>12</sup>, “circulares” o “instrucciones”, o que podrá ser por vía singular o particular, por medio de “órdenes” concretas y específicas dirigidas no ya al conjunto de los agentes dependientes sino a uno determinado individualizadamente.

Tal vez por ser este poder el que primero aparece es que adquiere una regulación mayor e incluso resulta casi sinónimo de poder jerárquico a secas. Y puesto que implica “ordenar” (dictar órdenes) es que suele ser más conocido como “poder de mando” o “potestad de mando”, pero es evidente que más técnico es denominarlo como hacemos, “poder normativo”, pues incluye a ésta, que suele referirse más bien al poder normativo por vía particular o singular (órdenes)<sup>13</sup>.

Este poder normativo, por cierto, está sujeto a la Constitución y a las normas dictadas en su conformidad (art. 6º inc. 1º), y, para que sus actos sean válidos dentro de la organización en que se ejerce, ha de adecuarse al principio de juridicidad, ya que de lo contrario serán nulos (art. 7º CP); de igual modo ha de recordarse que para que sean válidos no han de vulnerarse los derechos de los subordinados o dependientes (art. 1º inc. 4º; frase final CP), quienes no por el hecho de serlo han quedado desprovistos de ellos, o han dejado de ser personas (art. 19 en sus diferentes números y art. 5º inc. 2º CP)<sup>14</sup>. Y obviamente, han de respetar los derechos de terceros, ajenos a la organización administrativa, que pudieran verse afectados por el ejercicio de su poder normativo interno<sup>15</sup>.

---

<sup>12</sup>La ley orgánica constitucional de Municipalidades 18.695/88 en su art. 12 reserva la denominación de “reglamentos” precisamente a los actos administrativos que dicta el alcalde y que regulan de manera general, obligatoria y permanente, “materias de orden interno” de ellas (art. 12 inc. 3º en concordancia con su art. 63 letra i).

<sup>13</sup>A propósito de mando, de potestad de mando, y poder jerárquico, valga señalar que la ley orgánica constitucional de las Fuerzas Armadas N° 18.948 (27.2.1990), define el mando como “la autoridad ejercida por el personal de las Fuerzas Armadas sobre sus subalternos y subordinados, en virtud del grado, antigüedad o puesto que desempeñe”.

<sup>14</sup>Me viene a la memoria aquello de “cuando hayas de mandar, no humilles; procede con delicadeza; respeta la inteligencia y la voluntad del que obedece”, que escribe Josemaría Escrivá en *Forja* (2a. ed.) Rialp. Madrid. 1987, N° 727, p. 262.

<sup>15</sup>Será, ciertamente, del poder normativo general (reglamentos, circulares e instrucciones generales), que pudiera afectarles; aunque pudiera ser poco frecuente, piénsese v.gr. en una reglamentación interna de un Servicio que reduzca al mínimo o simplemente no reglamente el horario de atención del servicio, y que haga difícil al público presentar sus peticiones o requerir las prestaciones a que el servicio está obligado por la ley; tal reglamentación infringiría la Constitución al ser un obstáculo en la consecución del Bien Común (art. 1º inc. 4º), pues se estaría atentando al derecho de petición (art. 19 N° 14) al hacerlo ilusorio, podría constituir una amenaza al derecho a la vida si se producen aglomeraciones que ponen en peligro la integridad física de los peticionarios o usuarios, etc. No es tan hipotético el ejemplo: piénsese en 1992/93 los casos de atención en los servicios de atención primaria de salud (policlínicos en poblaciones periféricas de Santiago), o la atención en la Dirección General del Servicio Nacional del Registro Civil e Identificación (Santiago). Otra situación en que suelen producirse atentados a los derechos de terceros es la decisión interna del jerarca, en ejercicio de este poder normativo general, de suspender la *recepción de solicitudes*, o la tramitación de

5.3. El “*poder de control*” es también inherente a quien está atribuido del poder jerárquico ya que quien dirige una organización, o una división o sección de ella ha de tener, también, la posibilidad de comprobar si las directivas u órdenes dadas se han ejecutado y cumplido, lo han sido tal cual han sido impartidas, y se han obtenido los resultados tenidos en vista al dictarlas.

Por otra parte, la propia Ley 18.575 ha establecido claramente este poder/deber jurídico de control al expresar en su art. 10 [11] que “las autoridades y jefaturas ...”, lo que específicamente se reitera para el mecanismo de delegación en su art. 43[41] inc. 1º letra d), que señala que “La responsabilidad por las decisiones administrativas que se adopten o por las actuaciones que se ejecuten recaerá en el delegado, sin perjuicio de la responsabilidad del delegante por negligencia en el cumplimiento de sus obligaciones de dirección o fiscalización, y...”.

Este control se extiende—como lo recuerda el art. 10 citado— tanto (a) al funcionamiento del organismo, ente o servicio, como (b) a la actuación del personal de su dependencia; es decir, se trata tanto de un control sobre el funcionamiento del organismo en el desarrollo de sus tareas o actividades y fines que debe alcanzar (satisfacción de las necesidades públicas concretas que la ley le ha encomendado en la promoción del bien común), como respecto de la actuación de los funcionarios que llevan a cabo esas tareas. En otros términos, un control objetivo sobre el ente en sus actividades concretas de bien común (para lo cual existe y ha sido dotado en sus órganos superiores de poderes jurídicos supraordenadores), y un control sobre las personas que concretamente realizan esas funciones.

Si se advierte, la Ley 18.575, en su art. 10 inc. 2º hace referencia a las materias sobre que recae ese control, que debe versar tanto sobre la eficiencia y la eficacia en el cumplimiento de fines y objetivos del servicio o entidad, como sobre la legalidad y la oportunidad de las actuaciones.

“Eficiencia”, esto es, la virtud o facultad para lograr los fines previstos, la actividad con que se logra el efecto previsto deseado, o también el satisfactorio rendimiento en la realización de la actividad. Y “eficacia”, a saber esa cualidad de lo que produce el efecto deseado o que se espera; es decir, la cualidad o idoneidad del *medio* empleado para alcanzar el fin previsto.

---

ellas, porque v.gr. se está estudiando una nueva regulación reglamentaria, fundamentación o motivo aducido que carece de toda base legal: ello es de una flagrante inconstitucionalidad porque implica una “omisión arbitraria” (recuérdese que la competencia es irrenunciable y constituye poder/deber) caso que la jurisprudencia ha decidido muy acertadamente en v.gr. *Publivia Limitada* (RD) t. 89, 2.5, pp. 312-321). Otro caso análogo en “*Duarte Sánchez*” (Corte de Apelaciones de Santiago 21.7.92, Corte Suprema 5.8.92, en FM 405, 499-502) decisión de Subsecretario de Telecomunicaciones de no tramitar solicitudes de concesiones de onda de radiodifusión sonora so pretexto de estar muy saturado el espectro radiofónico y mientras procedía a un estudio.

“Legalidad”, esto es, conformidad a Derecho de la actividad realizada. “Oportunidad”, o sea, actuación en el momento preciso en que es necesario obrar, para satisfacer la necesidad pública que se presenta, y que el organismo está legalmente obligado a satisfacer<sup>16</sup>. Este tipo de control puede hacerse, pues, de oficio tal como lo señala el art. 10 recién aludido, pero también puede producirse a petición de parte sobre la base del recurso jerárquico que prevé el art. 9º [10] de esta misma ley, y ciertamente en la medida que éste sea procedente<sup>17</sup>.

5.4. Emanación del poder jerárquico de control es el “*poder disciplinario*”, inherente a todo jerarca, que es el modo a través del cual éste disciplina el actuar de los dependientes o subordinados, en cuanto se refiere a las conductas de éstos en el cumplimiento de la función administrativa que desarrollan.

Disciplina no es, en este aspecto, sino el orden que debe imperar en la organización, en tanto significa el debido cumplimiento de los deberes que la ley ha impuesto a los funcionarios para asegurar la debida realización de la función de bien común.

El poder jerárquico disciplinario dice referencia, precisamente, al poder/deber (potestad) con que la ley atribuye al jerarca para regular esa disciplina funcionaria y pesquisar las contravenciones a dicha disciplina en que incurran los funcionarios dependientes/subordinados en el ejercicio de la función, y que la ley configura como “ilícitos disciplinarios”, sancionando a sus autores que hayan sido encontrados culpables, a través del correspondiente debido proceso disciplinario.

Valga señalar aquí<sup>18</sup> que este poder disciplinario, que es atribuido por la ley al jerarca, adopta en Chile una característica muy especial ya que se reduce a

- (1) ordenar la instrucción de un procedimiento disciplinario, esto es, se le confiere el poder jurídico de iniciativa para que se incoe este procedimiento;

---

<sup>16</sup>Debe advertirse que no son cosas distintas legalidad y oportunidad en cuanto algo pudiera ser legal e inoportuno, o ilegal y oportuno; de manera alguna: la oportunidad integra la legalidad o juridicidad o conformidad a Derecho de la actuación de la administración, ya que el actuar tardío o inoportuno es contrario a Derecho; para no repetir la fundamentación de cuanto decimos, véase nuestro *Derecho Administrativo*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1996, vol. II, pp. 55-63.

<sup>17</sup>Decimos “procedente” porque v.gr. en el caso de atribuciones desconcentradas no cabe tal recurso jerárquico, como tampoco en la delegación propiamente tal (véanse parágrafos pertinentes).

<sup>18</sup>Decimos aquí, ya que ello es materia de estudio de la “responsabilidad disciplinaria de los funcionarios públicos”, aspecto que es estudiado usualmente en Chile al tratarse del régimen jurídico laboral de ellos.

- (2) designar al funcionario (llamado “fiscal”) que lo ha de instruir, esto es, el poder jurídico de nominación o designación del instructor del procedimiento; y
- (3) decidir, a través de un acto terminal (decreto o resolución, según cuál sea el órgano decisor), sea la absolución o bien la sanción del o los inculpados, o el correspondiente sobreseimiento del procedimiento en el caso en que no aparezcan debidamente probados los hechos, o la participación de funcionarios en el pretendido ilícito pesquisado o la culpabilidad de éstos.

Debe también precisarse que tratándose de un procedimiento sancionador él está regido íntegramente –y no puede ser menos– por el principio del *debido procedimiento*, reconocido a toda persona, por lo tanto, también a los funcionarios públicos, en la propia Constitución como derecho fundamental (art. 19 N° 3 incisos 4° a 7°), lo que implica la publicidad, la contradictoriedad del procedimiento, la imparcialidad del órgano que lo instruye (el “fiscal”) y del que sanciona, la tipificación de las conductas que se establecen como ilícitas, y de las sanciones que se apliquen, la existencia de instancias efectivas e independientes e imparciales de reclamación, etc.

Si bien el “ejercicio” del poder jerárquico disciplinario es delegable, en cuanto la ley así lo disponga, veces hay en que el propio legislador lo prohíbe expresamente, como ocurre, por ejemplo, respecto de los alcaldes (art. 53 letra j, Ley 18.695)<sup>19</sup>, como también específicamente en el caso de la sanción de destitución (art. 119 del Estatuto Administrativo General, Ley 18.834/89) que sólo puede ser aplicada por el funcionario (o autoridad) que nombró a aquel que va a ser sancionado con dicha medida disciplinaria expulsiva.

Cuanto venimos diciendo es predicable de lo que podría denominarse “poder jerárquico pleno”, del que están atribuidos por la ley todos los órganos que están constituidos como jerarcas de los distintos organismos o entidades que conforman la Administración del Estado, sean centralizados o descentralizados, con el objeto de dirigir sus Servicios, disciplinar al interior de cada uno de ellos la actividad de los dependientes o subordinados y controlar el funcionamiento mismo de la entidad.

De este mismo poder está precisamente atribuido por la Constitución el Presidente de la República pero solamente respecto de la llamada Administración Centralizada (o fiscal), es decir, respecto de aquellos organismos que careciendo de personalidad jurídica propia actúan bajo

---

<sup>19</sup>Uso el texto original de la Ley 18.695, modificada por la Ley 19.130/92 y no el texto refundido presidencial (DS (interior) 622, de 27.8.92). Bajo el DFL N° 2/19.602, dicha norma se encuentra en el art. 63 letra j). (11.01.2000).

la personalidad del fisco, y dependen jerárquicamente de él, desde que carecen de autonomía.

5.5. El *poder de supervigilancia*. Pero al Presidente de la República también le ha sido atribuido por la ley un poder jerárquico muy atenuado, llamado "*supervigilancia*", que se ejerce respecto de todas aquellas entidades personificadas, distintas del fisco, que configuran la denominada "Administración descentralizada". Esta se compone, precisamente, de todas aquellas entidades que están dotadas de autonomía, al tener personalidad jurídica, y, por tanto, ser sujetos de derecho, personas jurídicas estatales administrativas. Ellas son parte, obviamente, de la Administración del Estado, pues desarrollan la función administrativa y están relacionadas en mayor o menor medida, según su naturaleza, funciones y fines, con el Presidente de la República, que es el supremo jerarca de la Administración y a quien la Constitución ha encargado la función de administrar el Estado, de acuerdo con ella y con las normas dictadas en su conformidad, con la colaboración de los Ministros y servicios y organismos que la Constitución y las leyes establecen (arts. 24, 35, 38 inc. 1º, etc. de la CP y art. 1º Ley 18.575).

Este poder jurídico de naturaleza organizativo es un poder jerárquico *atenuado*, y ello aparece como obvio, ya que se ejerce por el Presidente de la República no ante órganos de la misma persona jurídica fisco, sino frente a sujetos de derecho, esto es, personas jurídicas, que constituyen entes dotados de autonomía tanto en su existencia como en su actuación, y en su actuación o funcionamiento tanto normativa, como de gestión administrativa y financiera. De allí que el Presidente no tenga más que un poder jerárquico muy atenuado o reducido, pues si éste fuera pleno haría imposible esa autonomía, la que se persigue justamente al crear estos organismos o entes personificados, como una manera de "descentralizar" la Administración y agilizar la satisfacción de las necesidades públicas.

Ahora bien, ¿qué poderes comprende la supervigilancia presidencial? No lo dice ni la Constitución ni tampoco la Ley 18.575/86, que se refiere a ella pero sólo para expresar quién la ejerce, de qué tipo puede ser, sobre quién se ejerce y a través de quién se ejerce.

Ya hemos indicado que se ejerce por el Presidente de la República, según lo establece la Ley 18.575 (art. 26 inc. 2º); se ejerce, además, sobre los servicios descentralizados, esto es, personificados y a través del Ministerio respectivo, es decir, del que corresponde a la materia o sector del servicio personificado.

Pues bien, para saber concretamente qué poderes comprende la supervigilancia presidencial ha de señalarse que tal *poder de supervigilancia* existirá en la medida en que la ley lo establezca de modo expreso (art. 7º inc. 2º CP), esto es, confiera previa y expresamente la atribución específica para una determinada situación genérica.

Puede ser útil señalar qué poderes jerárquicos *no comprende* por ser incompatibles con la personificación del ente supervigilado. De inmediato aparece que carece el Presidente de la República del “*poder disciplinario*” sobre los funcionarios del ente personificado, ya que ese poder se encuentra radicado exclusivamente en el jerarca máximo de dicho ente/Jefe Superior del servicio personificado, descentralizado; y carece de él enteramente, sin excepción, siendo nula (art. 7° CP) toda actuación en cuya virtud pretendiera ejercerlo.

Carece también del “*poder normativo*” para regular tanto la actuación de los funcionarios del ente personificado supervigilado, v. gr. a través de reglamentos internos (sean organizativos o sean de funcionamiento), de circulares o instrucciones de servicios como para adoptar decisiones/actos administrativos, con efectos al exterior del ente/servicio/organismo descentralizado, v.gr. reglamentos, o actos administrativos de efectos particulares, todo lo cual es usualmente de la competencia exclusiva de su jerarca máximo, o jefe superior del servicio<sup>20</sup>.

Carece, asimismo, del “*poder de nominación*” para designar (nombrar o ascender) a los funcionarios del ente descentralizado supervigilado, poder jurídico radicado por la ley en el Jefe Superior del servicio respectivo. Sí posee, en cambio, el Presidente de la República, y en general, la atribución de nombrar y remover a este Jefe Superior, jerarca que viene a ser de su confianza exclusiva, conforme a lo que dispone la Ley 18.575 (art. 42/42); decimos, en general, porque él no posee esta atribución, por ejemplo, respecto de los Jefes Superiores de las Municipalidades, esto es, los Alcaldes, cuyo nombramiento ha sido dispuesto por la ley por el mecanismo de la elección, sea por votación popular “sufragio universal”, (art. 48 de la Ley 18.695, orgánica constitucional de Municipalidades) o por elección de los concejales municipales (art. 102 ley cit.), según sea el caso, y cuya remoción la regula la ley, con entera ajeneidad del Presidente (véase especialmente art. 51 de la Ley 18.695 cit.). Y aunque posee la atribución de nombrar a los Rectores de las Universidades estatales (“Instituciones de Educación Superior de carácter estatal” dice el art. 42 inc. 3° Ley 18.575 cit.)<sup>21</sup>, no poseen esos cargos el carácter de “exclusiva confianza”, por lo cual carece de la potestad de removerlos a su voluntad, existiendo al efecto un procedimiento especial para ello en los propios estatutos de las universidades estatales.

---

<sup>20</sup>Sin perjuicio del caso –normalmente excepcional– de la competencia *desconcentrada* que en materias específicas (y muy reducidas, aun, en nuestro derecho) puede la ley radicar en un órgano inferior dentro de la línea jerárquica del servicio o ente personificado (v. gr.: casos de Directores Regionales del S.I.L., o de los Directores de Obras de las municipalidades).

<sup>21</sup>Lo debe hacer designando al primero de la terna que le presenta el Consejo Universitario de la respectiva Universidad, formada con las tres primeras mayorías de una elección efectuada por el Claustro Universitario, integrado éste por los profesores de la Universidad.

Aun cuando nos parece que contraría la Constitución y la propia Ley 18.575 (art. 29, en texto refundido) y, por ende, estaría derogado, el DL 799/74, sobre uso de vehículos estatales, prevé la autorización presidencial (hoy delegada de firma) para usar vehículos estatales en días sábados y festivos incluso para vehículos que son propiedad de las *Universidades Estatales*, lo que de modo evidente contraría su autonomía patrimonial: un ejemplo, v. gr. en D. Oficial de 24.11.1993 (pp. 3-4), respecto de la Universidad de Antofagasta y en D. Oficial de 11.10.93 (p. 4) respecto de la Universidad de Talca. También se ejerce la misma atribución respecto de vehículos de las Instituciones, v. gr. Comisión Nacional de Investigaciones Científica y Tecnológica /Conicyt (vid. D. Oficial de 25.11.93, p. 7).

En cuanto al “*poder jerárquico de control*”, carece el Presidente de la República de él *tanto respecto* de las conductas de los funcionarios de los servicios descentralizados, ya que ello ha sido atribuido al Jefe Superior de ellos, *como de los actos* que emitan sus órganos, ya que ellos son precisamente el fruto de la autonomía normativa que la ley les ha concedido al personificarlos. A menos que la ley establezca expresamente un poder específico de control sobre esos actos, el Presidente de la República carece, pues, de él<sup>22</sup>.

En el caso de las “Empresas del Estado”, puede intervenir en algún caso el Presidente no sólo designando al Presidente del Directorio (v. gr. en Televisión Nacional de Chile) sino también designando a algunos miembros de su Directorio (que es el órgano de dirección de la entidad personificada), Directores que son “representantes” suyos y participan en la adopción de sus decisiones<sup>23</sup>; por esta vía hay también una especie de control/supervigilancia, si bien se ejerce por “representantes”, y no a través del Ministro respectivo, sin perjuicio de la intervención del Ministerio cuando fuere procedente<sup>24</sup>. Un ejemplo ilustrativo lo da, por ejemplo, la Ley 19.130 (16.7.1994) en cuya virtud, previa autorización del Ministerio de Salud, el Fondo Nacional de Salud/Fonasa podrá transferir a título gratuito a los Servicios de Salud (entes personificados) derechos de agua y toda clase de bienes ubicados dentro del territorio de su competencia y que éstos necesiten para el cumplimiento de sus funciones.

---

<sup>22</sup>La ley ha concedido excepcionalmente esta atribución al Presidente de la República respecto de ciertos actos de los Directores de los Servicios de Salud, entes personificados regionales (recuérdese que no hay un Servicio Nacional de Salud), creados por la gran reforma del sector salud llevada a cabo por el DL 2.763/76 (hoy DFL/Salud N° 1/2006, texto refundido de dicho DL y sus modificaciones).

<sup>23</sup>Puesto que intervienen en los Acuerdos que adopten los Directorios de dichas empresas del Estado, en donde ellos tienen voz y voto en cuanto miembros titulares que son.

<sup>24</sup>Ministro que puede ser el Presidente del Directorio, como ocurre v.gr. en ENAMI (Ley 153, de 1960, en que el Ministro de Minería ejerce tal presidencia), o bien, un Subsecretario como en el caso de FAMA (DL 551/74). Cada ley orgánica específica de las empresas del Estado contempla en su Directorio representantes del Presidente de la República, o sea, directores de su designación, como ya hemos señalado.

En el caso de las “Municipalidades” –dado su carácter organizativo mixto, atendida la función que desarrolla (art. 107/118 de la Constitución y arts. 1º y 2º Ley 18.695)– el Presidente de la República carece de todo poder de control, incluso respecto de sus actos<sup>25</sup>.

Cabe, finalmente señalar que anualmente, sea en las leyes de presupuesto del sector público, sea en las leyes complementarias a éstas que se dictan año a año, se establecen normas de supervigilancia/control que

---

<sup>25</sup>Actos que ni siquiera están sujetos a la fiscalización por medio de la toma de razón de la Contraloría General de la República/art. 54 Ley 18.695 (texto refundido del 2006), dado que el legislador ya desde antiguo ha imaginado primordialmente a su respecto un control de tipo jurisdiccional (llamado “reclamo de ilegalidad municipal” ante la Corte de Apelaciones respectiva), eliminando a su respecto en el procedimiento de elaboración de sus actos la etapa de control que la Contraloría ejerce a través de la referida toma de razón.

Con todo, algunas disposiciones legales han establecido cierta “supervigilancia” pero que ejercerían los Intendentes (y no el Presidente de la República) respecto de ciertos actos de la Municipalidad (alcalde), es cierto sí, que esas disposiciones son anteriores a la LOCM 18.695, y su vigencia podría haber cesado ya que aquellas son leyes comunes u ordinarias y habrían quedado derogadas –por incompatibles– una vez vigente esta Ley 18.695; tales serían, entre otras, v.gr.:

a) el art. 5º de la Ley 18.611/87 que establece la regionalización presupuestaria de los subsidios familiares/Ley 18.020: dispone que cada Municipalidad, separadamente o en conjunto con otras, podrá convenir previa licitación con Cajas de Compensación de Asignación Familiar, la ejecución de una o más de las funciones que le correspondan en relación con la administración del régimen de subsidio familiar, salvo la de dictar la resolución que concede el beneficio; pues bien, para la celebración de dichos convenios, las Municipalidades deben contar “con la previa autorización del Intendente que corresponda” (inc. 1º).

b) También el DL 1.056, de 1975 (art. 14) sobre enajenación de activos prescindibles de los servicios de la Administración, en cuya virtud el Presidente de la República a través del Ministerio de Hacienda, debe autorizar la enajenación en venta directa de bienes muebles de una Municipalidad (vid. v.gr. DS(H) 354, de 24.6.93/D.Oficial).

c) Asimismo, el art. 7º de la Ley 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, que otorga al Intendente la potestad de velar porque ellas actúen dentro del marco de los planes nacionales y regionales que regulen la respectiva autoridad.

d) El DL 799, de 1974 (modificado por el DFL 12-2345/79) sobre uso de vehículos estatales, arts. 1º y 3º, confería al Intendente de la Región respectiva la atribución de autorizar por resolución exenta (de la toma de razón) la circulación de vehículos municipales en días sábado, domingo y festivos, a fin de cumplir tareas específicas del municipio, si bien esto también aparece de competencia del Ministerio del Interior; pero ello fue modificado por la Ley 19.602 (25.3.1999) la cual muy sensatamente radicó esa potestad en el Alcalde (véase art. 63 letra ñ de la Ley 18.695, según texto refundido del 2006).

e) El art. 24 letra o) de la Ley 19.175, orgánica constitucional sobre gobierno y administración regional, confiere al Intendente la atribución de “promulgar los planes reguladores comunales e intercomunales”, “previo acuerdo del consejo regional”, quien ha sido habilitado para ello por el art. 36 de la letra c).

f) Por último, cabría agregar –dentro de esta excepcionalidad– la atribución que el art. 9º de la Ley 18.290, del Tránsito, otorga al Ministro de Transportes, para autorizar a las Municipalidades, que cuenten con Gabinete Técnico, para otorgar “licencias de conductor” (vid. un ejemplo en D.O. 12.11.93 p. 3 por la cual el Ministro de Transportes autoriza a la Municipalidad de Penco/8a. Región el otorgar dichas “licencias” luego de aprobar el Gabinete Técnico creado e instalado por esa Municipalidad por Resolución exenta 1477/12.11.93).

se concretan en actos administrativos de *aprobación* dictados sea por el Ministro de Hacienda, sea por su subsecretario, referido a ciertos actos que en esas disposiciones se prevén y dictados por organismos descentralizados y aún entre éstos las Municipalidades. Así, por ejemplo, si se toma en consideración la Ley de Presupuesto del sector público para 1993 (Ley 19.182/9.12.1992) se advertirá que respecto de la “identificación previa de los proyectos de inversión a que se refiere el art. 19 bis (agregado por la Ley 18.768 art. 68 letra c) de la ley de Administración Financiera del Estado (DL 1263/75)<sup>26</sup>, debe ser aprobada por decreto supremo del Ministerio de Hacienda, llevando además la firma del Ministro del ramo respectivo (art. 4º); aquellos proyectos de inversión correspondientes a los presupuestos del Fondo Nacional de Desarrollo Regional aprobados por la administración regional respectiva, se hará mediante resolución de la Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo del Ministerio del Interior, visada por la Dirección de Presupuestos, acto de ejecución inmediata y con toma de razón por la Contraloría General de la República (art. 4º). Por su parte, los proyectos de inversión con un costo total por proyecto inferior a cierta suma (v.gr. cinco millones de pesos) tendrán una autorización por medio de resolución del intendente respectivo (art. 4º). Del mismo modo, los organismos públicos (“instituciones” en este caso) incluidos en la Ley de Presupuesto requieren de autorización previa del Ministerio de Hacienda para la adquisición o arrendamiento de equipos de procesamiento de datos y sus elementos complementarios cuyo precio exceda de cantidades que determina ese Ministerio (art. 5º); de igual manera se requiere esa autorización previa para que los Jefes de Servicio puedan disponer la realización de trabajos extraordinarios pagados por un número de horas que exceda del consultado en el presupuesto respectivo (art. 6º); e igualmente para otra serie de actos (véase, v.gr. aumento de dotación de vehículos motorizados para servicios públicos (art. 8º), etc.).

Sí conserva el Presidente de la República lo que podría denominarse el poder de “*directiva general*”, pero no ciertamente como en el poder jerárquico pleno o propiamente tal, ya que ello sería inconciliable con la *autonomía* que la personificación implica y a que precisamente tiende la descentralización; de allí que este poder se encuentre matizado o temperado en mayor o menor medida respecto del ente descentralizado de que se trate, sea empresa del Estado, municipalidad o institución.

Este poder que denomino de “*directiva general*” se traduce en los planes y programas v.gr. ministeriales, en las políticas sectoriales, etc., que elaboradas por los Ministerios (art. 19/22 Ley 18.575) son aprobadas por el Presidente de la República, a fin de ser aplicadas y ejecutadas. Obviamente, han de ajustarse ellas a la Constitución y a las leyes, y a las

---

<sup>26</sup>Contratos de estudios y ejecución de obras para ser cumplidos o pagados en mayor tiempo que un año presupuestario; asimismo, adquisiciones de materiales y maquinarias.

normas dictadas en conformidad a aquélla (art. 6° de la Constitución), bajo la consecuencia o efecto de su nulidad/inexistencia si la contravienen (prevista en su art. 7°).

Pues bien, las autoridades y funcionarios para poder ejercer ese poder de directiva general han de estar ciertamente atribuidos jurídicamente por la ley para elaborar esos planes (principio de juridicidad/competencia: art. 7° incs. 1° y 2° de la Constitución), y la Ley 18.575 les atribuye también la potestad de “velar permanentemente por el cumplimiento de aquéllas y su aplicación” (art. 11/12).

En el caso de las *Municipalidades*, su ley orgánica constitucional (18.695, art.9°) dispone que ellas “deberán actuar, en todo caso, dentro del marco de los planes nacionales y regionales que regulen la respectiva actividad”, correspondiéndole al intendente respectivo “velar por el cumplimiento” de esa norma<sup>27</sup>.

En el caso de las funciones privativas de las Municipalidades respecto de construcción y urbanización (art. 3° letras b) y c) Ley 18.695), la ley general de Urbanismo y Construcciones (DFL/Minvu N° 458/1976) prevé una supervigilancia del Ministerio de Vivienda y Urbanismo (a través de sus Secretarías Regionales Ministeriales/Seremis) de la aplicación de la legislación y regulaciones técnicas en la materia (art. 4°); respecto de los planes reguladores comunales prevé la aprobación de ellos por resolución del Secretario Regional Ministerial de Vivienda y Urbanismo correspondiente (art. 43); en caso de planes intercomunales (arts. 36 y 37) la aprobación debe ser por decreto supremo presidencial (previo pronunciamiento del Intendente), ya que se trata de verdaderos reglamentos (art. 35 de la Constitución)<sup>28</sup>.

En fin, respecto de las atribuciones desconcentradas que la ley orgánica constitucional de Municipalidades (18.695) ha conferido al Director de

---

<sup>27</sup>El DL 575/74 (art. 31) otorgaba “al Supremo Gobierno, a través del Ministerio del Interior” facultades de supervigilancia sobre los Alcaldes “a fin de velar por el cumplimiento de las políticas y planes de desarrollo regionales en relación con los nacionales” (inc. 1°), pudiendo “revocarse o suspenderse esos planes, programas, proyectos o medidas específicas de carácter... ..comunal, cuando se contrapongan con las políticas, planes y programas nacionales” (inc. 2°), norma hoy que la Ley 18.695, sin duda, no podría admitir, dada la autonomía municipal que la propia Constitución de 1980 establece.

<sup>28</sup>Aunque el DFL 458/76 cit. dispone en ambos artículos (43 y 35-37) que estos DS serán dictados por “orden del Presidente de la República” (delegación de firma), véase sobre el punto la sentencia del Tribunal Constitucional de 25.1.1993 (rol 153), recaída en requerimiento de 35 diputados en contra del Decreto (Minvu) 66 (16.7.1992), que aprueba plan regulador intercomunal La Serena-Coquimbo (ordenanza de carácter reglamentario), y que es declarado *inconstitucional*. El DFL 458/76 cit. art. 37 dispone “por orden del Presidente”, lo que es contrario a la Constitución, ya que tratándose de verdaderos *actos reglamentarios* deben ser firmados por el Presidente de la República, siendo en tal caso improcedente la delegación de firma (art. 35 inc. 1° CP); vid. nuestro comentario a este fallo en Informe Constitucional N° 544/6.5.1993.

Obras Municipales en materia de aplicación del plan regulador comunal y ordenanzas correspondientes (art. 19), el DFL (Minvu) 458 ya referido ha previsto en su art. 12 un recurso administrativo en contra de ciertas resoluciones, para ser conocido por el Secretario Regional Ministerial de Vivienda y Urbanismo de la jurisdicción de esa Municipalidad. Habría aquí también ejercicio de poderes directivos y de control ejercidos en el plano de la referida supervigilancia técnica, si bien en rigor debe señalarse que la vigencia de dicha disposición (art. 12 cit.) –aunque siga aplicándose– jurídicamente ha de entenderse que ha desaparecido con la vigencia de la Ley 18.695/88, ya que la Constitución exige que las atribuciones de los órganos municipales sean establecidas y reguladas en su ejercicio por una ley orgánica constitucional, naturaleza que obviamente no posee el DFL 458/76, que es de rango meramente ordinario o común<sup>29</sup>.

Un caso que nos parece excede totalmente la Constitución presenta la Ley 19.280, cuyo art. 2º delega en el Presidente de la República la atribución legislativa para ordenar plantas y escalafones vigentes en las Municipalidades (que ya son más de 345) e incluso crear y suprimir cargos, y modificar grados, ya que si bien debe hacerlo a proposición de cada Alcalde con acuerdo del respectivo Concejo Comunal y oyendo a la Asociación de Funcionarios más representativa de cada municipio, ello vulnera la autonomía municipal que es de rango constitucional (caso muy diferente de las empresas del Estado o de las instituciones) autonomía dada además por el carácter participativo vecinal que tienen estos entes. También en el ámbito municipal se da este poder de directiva general del poder central en lo que respecta la educación asumida por los municipios, en que los liceos o colegios municipales están sujetos a la *supervigilancia técnica* del Ministerio de Educación (DFL 1–3063, de 1980).

Respecto de los *Servicios de Salud* (DL 2763, de 1979) esa supervigilancia en el campo del poder jurídico de directiva general se manifiesta por medio del Ministerio de Salud cuyos programas y planes que imparte han de ser aplicados por dichos Servicios, como asimismo por los demás organismos adscritos al Sistema Nacional de Servicios de Salud, ciertamente adecuándolos a la realidad regional, o local en su caso (nivel municipal)<sup>30</sup>.

---

<sup>29</sup>Véase en este punto nuestro comentario a *González Correa con Director de Obras Municipales de Los Andes* (C. Suprema 24.5.1990 –casación de forma y fondo en reclamo de ilegalidad municipal, RDJ t. 87(1990) 2.5, 61-68) en Informe Constitucional N° 36/15.3.1991.

<sup>30</sup>Véase el. DFL (I) 1-3063, de 1980, artículo 3º.



## REVISIÓN DE LAS SENTENCIAS FIRMES EN EL NUEVO PROCESO PENAL

*Eduardo Meins Olivares\**

SUMARIO: Generalidades. 1. Naturaleza jurídica. 2. Orígenes. 3. Unilateralidad o bilateralidad de la revisión de sentencias firmes. 4. Concepto. 5. Impugnabilidad objetiva. 6. Objeto. 7. Causales. 8. Plazo para su presentación. 9. Impugnabilidad subjetiva. 10. Tribunal competente. 11. Formalidades de la solicitud. 12. Estudio de admisibilidad. 13. Efectos de la presentación. 14. Tramitación. 15. Fallo de la revisión. 16. Efectos de la sentencia. 17. Actitud del Ministerio Público. 18. Recursos contra el fallo de la revisión.

Se encuentra regulada en el Libro IV, Título VIII, párrafo 3° del Código Procesal Penal, donde se trata de los procedimientos especiales y ejecución, entre sus artículos 473 a 480.

Su ubicación corresponde, precisamente, a un procedimiento especial, atendida la excepcionalidad que importa la revisión de una sentencia condenatoria firme, con su consecuente efecto de cosa juzgada.

### GENERALIDADES

Como ya lo sostuvimos, no constituye propiamente un recurso procesal, porque éstos son actos jurídicos procesales a través de los cuales las partes agraviadas con una resolución judicial persiguen su revocación, enmienda o invalidación, mientras ella se encuentra pendiente, esto es, cuando aún no ha adquirido el carácter de firme o ejecutoriada.

Y precisamente una resolución judicial, conforme lo establece el artículo 174 del Código de Procedimiento Civil, aplicable al proceso penal por remisión del artículo 52 del Código Procesal del Ramo, adquiere el carácter en referencia cuando, procediendo recursos en su contra, éstos

---

\*Profesor de Derecho Procesal y Director de la Escuela de Derecho de la Universidad Santo Tomás, de Talca. Ministro de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Talca.

Este artículo corresponde a parte del libro del autor sobre el nuevo proceso penal, en preparación.

no se han interpuesto dentro del término legal, o los deducidos ya han sido fallados.

Una vez firme o ejecutoriada una resolución judicial, se produce el efecto de cosa juzgada que, en su aspecto de excepción, importa que lo por ella decidido adquiere el carácter de inmutable e irrevocable, contribuyendo así a la certeza jurídica.

Tal concepción de la revisión explica su tratamiento en el Libro Cuarto del Código Procesal Penal, y no en el Libro III que regula sistemáticamente los recursos procesales, como ha quedado dicho. Ya el Código de Procedimiento Penal de 1906 no la denominó Recurso en el Título VII del su Libro III, denotando una mejor técnica legislativa que el Código de Procedimiento Civil, que en el Título XX de su Libro III reglamenta el recurso de revisión.

Así, en Irlanda, por ejemplo, no existe ningún procedimiento judicial que pueda reabrir una causa en la que recayó cosa juzgada, y cuando existan serias dudas respecto de la justicia de una condena, el Ejecutivo puede indultar o dejar al condenado en libertad (*Criminal Procedure Systems in The Eurpoean Comunity*, Butterworths, London, Brussels, Dublín, Edinburgh, 1993, 230).

Beling expresa que en un Estado de Derecho, que sostiene la seguridad jurídica, la tranquilidad y el respeto a los ciudadanos como principios básicos de la organización social, existe un momento en que necesariamente el proceso penal finaliza. La decisión que se ha tomado se convierte en una decisión final o firme. Esto significa, como ya lo hemos analizado, que el Estado no podrá ejercer nuevamente la coerción penal ni perseguir penalmente a las personas por ese hecho (*ne bis in idem*). El principio de la cosa juzgada protege a las personas de la incertidumbre y de la posibilidad de que el Estado decida utilizar el proceso penal como un instrumento de persecución política constante (...) (Alberto Binder, *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Ed. Ad Hoc. Buenos Aires. 2002, 303, citado por Guillermo Piedrabuena Richard, en Boletín del Ministerio Público, Fiscalía Nacional, N° 17, 2003).

Sin embargo, hay circunstancias excepcionales frente a las que cede la firmeza de las sentencias judiciales y su efecto de cosa juzgada, con sus características de inmutabilidad e irrevocabilidad de la decisión jurisdiccional. Una de estas circunstancias o situaciones excepcionales es la revisión de las sentencias firmes.

Para Beling la sentencia firme tiene un efecto preclusivo que excluye toda posible continuación del proceso sobre el mismo objeto procesal, aun en el caso de que la base fáctica de la sentencia aparezca como desacertada o sustentada en una infracción de la ley. Y como respecto a las sentencias sobre el fondo, a la firmeza se une el efecto de cosa juzgada, las sentencias firmes sobre el fondo no pueden atacarse tampoco

por un nuevo proceso. “El condenado injustamente queda condenado; el absuelto injustamente queda absuelto”. Sin embargo, cuando esta exclusión es escandalosa, excepcionalmente cabe sacrificar el principio de la firmeza reconociendo ciertas y determinadas razones para la reapertura del proceso que, de esta manera, puede ser revisado con la consecuencia de que se pone en peligro la sentencia firme y su efecto de cosa juzgada (Ernst Beling, *Derecho Procesal Penal* (traducción del original alemán de Miguel Fenech), Ed. Labor. Barcelona. 1943, 325).

Por su parte, para Maier, la función de reconstruir la seguridad jurídica –confirmación de valores ético-sociales y de la confianza en las normas– que cumple la decisión definitiva, en algunos casos debe ceder en aras de valores superiores; por ello se permite la revisión del procedimiento cerrado por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada mediante el recurso de revisión a favor del condenado, en supuestos excepcionales en los cuales, en verdad, el mantenimiento de la decisión no contribuiría a esos objetivos. La finalidad de este recurso es no someter a una persona inocente a una pena o medida de seguridad mayor a la que merece (Julio B. Maier, *Derecho Procesal Penal*. T. I, Fundamentos. Ed. Del Puerto. Buenos Aires, 1995, 92 y siguientes).

El procedimiento de revisión representa el caso más importante de quebrantamiento de la cosa juzgada en interés de una decisión materialmente correcta. Su idea rectora reside en la renuncia a la cosa juzgada, cuando hechos conocidos posteriormente muestren que la sentencia es manifiestamente incorrecta de manera insoportable para la idea de justicia (Claus Roxin, *Derecho Procesal Penal* (traducción de Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor). Editores del Puerto. Buenos Aires. 2000, 492).

## 1. NATURALEZA JURÍDICA

Hitters expresa que tal como lo puntualiza Fenech, tradicionalmente se ha caracterizado a la vía invalidatoria de la cosa juzgada como un recurso. Ahora bien, esta calificación no resiste a la crítica, puesto que muy pocas de las notas principales de los procedimientos recursivos se dan en la revisión, salvo la de llevar a cabo un examen de lo decidido por un tribunal. Y agrega como notas distintivas: 1. La revisión va contra decisiones firmes, los recursos obviamente no. 2. La eficacia de éstos depende de que la resolución adolezca de vicios en relación con una determinada situación necesariamente precedente a la misma, o con una norma jurídica de vigencia igualmente anterior a la propia decisión. En cambio, en la revisión, los defectos que pueden dar lugar a la retractación han de ponerse de relieve en consonancia con situaciones fácticas conocidas con posterioridad al fallo que se pretende invalidar; mientras

que jamás puede producirse por vicios de tipo jurídico (Juan C. Hitters, *Revisión de la cosa juzgada*. LEP. La Plata. 1977, 15 y siguientes).

Maier, en cambio, sostiene que constituye un recurso. En efecto, afirma: Nosotros pensamos que es un recurso sobre la base de creer que las notas más claras, sencillas y notorias de ese concepto son: a) el ataque a una decisión de un órgano jurisdiccional postulándola como injusta, y b) la manifestación de voluntad de uno de los intervinientes en el proceso que pretende separarla y reemplazarla por otra, total o parcialmente, porque la decisión le causa perjuicio a él mismo o a otra persona por la que está habilitado a recurrir (Julio B. Maier, *La Ordenanza Procesal Penal Alemana*, col. II, Ed. Depalma. Buenos Aires. 1982, 302).

A su turno, para D'Albora es una pretensión impugnativa autónoma (*Código Procesal Penal de la Nación*, Ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1996, 632), mientras que para Vach es un recurso original (Adolf Vach, *Conferencias sobre la Ordenanza Procesal Civil Alemana* (trad. de E. Krotoschin). Ed. Ejea. Buenos Aires. 1958, 309).

El profesor Pfeffer expresa que en el Senado se manifestó que dogmáticamente aún se discute la naturaleza de la revisión, si es una acción, una petición o un recurso; se señaló que el riesgo de incorporarla como recurso ordinario es que se abuse de él, considerando que la mayor parte de los recursos de revisión que se presentan carecen de fundamentos reales, haría conveniente revisar su admisibilidad. No obstante, debe tener cierta amplitud porque se trata de reparar eventuales errores judiciales que pueden producirse. Se acordó reemplazar la referencia al recurso por la solicitud de revisión. El Senado acordó que la solicitud que se hace a la Corte Suprema para que revea una sentencia firme condenatoria y la anule no es propiamente un recurso, entendiendo por tal la impugnación que se hace de alguna resolución judicial antes de que quede ejecutoriada. Es, con mayor propiedad, una acción que pretende enervar el cumplimiento de la sentencia y, en ese sentido, prefirió cambiar de ubicación las disposiciones que la regulan, trasladándolas al Título VIII del Libro IV, que trata precisamente sobre la ejecución de las sentencias firmes (Emilio Pfeffer Urquiaga, *Código Procesal Penal Anotado y Concordado*. Ed. Jurídica de Chile. 2001, 446-447).

Como lo enunciamos al comienzo del estudio de este medio de impugnación, sostenemos que no estamos frente a un recurso procesal, sino ante una acción impugnativa dirigida a invalidar una sentencia firme condenatoria por crimen o simple delito.

Y como no se trata de un recurso, estimamos que no le son aplicables las reglas propias de los recursos.

El profesor López sostiene que está regulada por las disposiciones contenidas en el párrafo 3° del Título VIII del Libro IV del Código Procesal Penal, aplicándosele también, supletoriamente, las reglas generales relativas a los recursos en materia penal, establecidas en el Título I del Libro

Tercero del Código Procesal Penal (Artículos 352 a 361) y supletoriamente a las anteriores, las reglas sobre el juicio oral comprendidas en el Título III del Libro Segundo del Código (Artículos 281 a 351) (Julián López Masle, *Derecho Procesal Penal Chileno*, Tomo II. Ed. Jurídica de Chile. 2004).

Discrepamos de la aplicación de las normas contenidas en los Libros Segundo y Tercero del Código Procesal Penal, en razón de haber concluido que no estamos en presencia de un recurso procesal, por las razones jurídicas que hemos dado, por la denominación precisa que le dio el legislador, por la ubicación que tiene en el Código, por la nomenclatura utilizada para referirse a ella. En efecto, en los artículos del cuerpo jurídico en referencia en que podía aludirse a la locución “recurso”, expresamente se utilizó la voz “solicitud”. Así ocurre en sus artículos 475, 477 y 478.

Ello se reafirma por lo expresado por el profesor Pfféfer en orden a que el Senado acordó modificar el título del artículo 474 del Código citado, reemplazando la referencia al recurso por la solicitud de revisión (Emilio Pfféfer, *ob. cit.*, 447).

A mayor abundamiento, contrastado el mencionado artículo 474, en lo relativo a quienes se hayan legitimados activamente para presentarla, con los titulares de los recursos a que se refiere el artículo 352 del citado Código, se advierte fácilmente, que unos y otros son diversos.

Asimismo, de aplicársele las reglas de los recursos contenidas en el Libro Tercero, Título I, entre ellas se encuentra la institución de abandono de los recursos, cuya aplicación no se correspondería con la ausencia de plazo que para la interposición de la revisión consultó el legislador, como consecuencia de haber optado por la prevalencia de la justicia de la decisión jurisdiccional frente a la inmutabilidad e irrevocabilidad de la cosa juzgada proveniente de su ejecutoriedad o firmeza.

Por último, el artículo 475 inciso final del Código de que se trata, a propósito de la tramitación de la revisión, señala que luego de conferirse traslado de la petición al fiscal, o al condenado, si el recurrente fuere el Ministerio Público, se mandará traer la causa en relación y, vista en la forma ordinaria, se fallará sin más trámite.

Al referirse el legislador a la “vista en la forma ordinaria”, somos de parecer que no lo está haciendo respecto de la vista de los recursos regulados en el Libro III, específicamente su artículo 358, porque cuando quiso hacerlo lo dijo expresamente, como ocurre con los recursos de apelación y nulidad previstos en contra de la sentencia que dicte el Ministro de la Corte Suprema, como tribunal de primera instancia, conociendo del procedimiento sobre extradición pasiva. En efecto, el inciso final del artículo 450 preceptúa que la Corte Suprema conocerá del recurso –debió decir de los recursos– en conformidad a las reglas generales previstas en este Código para la tramitación de los recursos.

Abona esta tesis la circunstancia que la norma en referencia contempla, expresamente, el trámite de la relación.

## 2. ORÍGENES

Goransky y Rusconi manifiestan que hoy parece claro que la irrevocabilidad de la cosa juzgada sólo era sostenible en el derecho romano en aquellos supuestos de decisión absolutoria pronunciada por los comicios y en las sentencias del jurado (Mirna D. Goransky y Maximiliano A. Rusconi, *El Recurso de Revisión en el derecho procesal penal*, en Los Recursos en el procedimiento penal. Ed. Del Puerto. Universidad de Buenos Aires. Fac. de Derecho. 2004, 337).

Según Florián, la cosa juzgada cedía si podía demostrarse que la sentencia había sido obtenida con prevaricato o tergiversatio, o ambos, o aun como consecuencia de calumnia, en cuyos casos había lugar a la rescisión de la sentencia y a la *restitutio in integrum* por ley especial (Eugenio Florián, cit. por Goransky y Rusconi, *ob. cit.*, 337).

De un modo u otro, parece que, tal cual hoy se la conoce, la revisión encuentra sus fuentes en la querrela *nullitatis insanabilis* vigente en el proceso germánico y en la misma *restitutio in integrum* recién mencionada y que luego constituyó fuente principal del sistema francés (Jorge A. Clariá Olmedo, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, t. V, La actividad procesal. Ed. Ediar. Buenos Aires. 1966, 553).

En las *Partidas* se permitió la revisión del fallo fundado en pruebas falsas. En la ordenanza criminal francesa de 1670 y en el derecho inquisitivo francés, de la idea política de que el poder residía en el monarca y, por ello, la jurisdicción era sólo delegada, surgían dos recursos: el poder de casación y la gracia del monarca (*lettres de grace*) que abarcaban una serie de favores otorgados por el rey que permitían clausurar la persecución, no ejecutar una condena o disminuir la pena impuesta. Entre ellas estaban las *lettres de révision* que ordenaban juzgar nuevamente un caso ya terminado, unas veces por haberse comprobado vicios formales, otras a causa de la injusticia material a que había arribado en forma evidente el primer procedimiento (Maier, *ob. cit.*, 321).

## 3. UNILATERALIDAD O BILATERALIDAD DE LA REVISIÓN DE SENTENCIAS FIRMES

La Ordenanza Procesal Penal Alemana consulta motivos de revisión, tanto a favor como en perjuicio del condenado; sólo a favor del condenado; y exclusivamente en perjuicio del condenado.

- Motivos de revisión establecidos, tanto a favor como en perjuicio del acusado.

Es la que se conoce como revisión *propter falsa*, configurada por hechos o pruebas falsas. Y son los siguientes:

La existencia de documentos falsos que han sido relevantes para la decisión.

Las declaraciones falsas de testigos o peritos.

La comisión de delitos judiciales (prevaricato o cohecho).

- Motivos de revisión contemplados sólo a favor del condenado.

La eliminación de una sentencia civil en la que se fundaba la sentencia penal.

La aportación de nuevos hechos o pruebas favorables al condenado.

Este es el caso conocido como *propter nova*.

La declaración de inconstitucionalidad de una norma en que se basó la sentencia.

- Motivo de revisión previsto en perjuicio del condenado.

Este consiste en la circunstancia de que el acusado absuelto produzca, judicialmente, o extrajudicialmente, una confesión creíble (Claus Roxin, *ob. cit.*, 493-494).

Para el ex Fiscal Judicial de la Corte Suprema y académico Enrique Paillás, la revisión surge como un impulso natural del hombre justo por alcanzar la verdad quebrantada por un fallo erróneo. Es la justicia que se divisa en lontananza, como algo frustrado, inalcanzable, pero que al fin llega, muchas veces tarde, cuando ya no es posible evitar los efectos perniciosos de la condena equivocada.

Agrega que el libro de los Proverbios recuerda estas palabras: Absolver al culpable y condenar al justo: de ambas cosas abomina Jahvé.

Prosigue el profesor Paillás sosteniendo que el objeto de la revisión es corregir la injusticia que se haya podido cometer al condenar a un inocente; y que no hay revisión posible respecto de las sentencias absolutorias, pues esto significaría hacer revivir procesos fenecidos. Así lo dicen en nuestro país los artículos 73 de la Constitución Política y 658 del Código de Procedimiento Penal (Enrique Paillás Peña, *La Revisión en materia penal*, 9).

Sin embargo, nos parece que con la finalidad de tratar de mantener un equilibrio de los intereses que se enfrentan al interior del proceso penal –la persecución penal y la defensa del imputado– y contribuir, así, a la igualdad de armas que debe informar el ejercicio de los derechos procesales, también debiera poder ser objeto de revisión una sentencia firme absolutoria, obtenida en virtud de documentos o testimonios declarados falsos por sentencia ejecutoriada, así como aquella que haya sido la consecuencia de prevaricación o cohecho del juez o jueces que la dictó o concurren a su pronunciamiento, respectivamente.

En cuanto al obstáculo que significa la prohibición de hacer revivir procesos fenecidos, ella sufre excepciones, por ejemplo, con ocasión de la promoción del artículo de nulidad procesal fundado en la falta de

emplazamiento del demandado, que puede impetrarse, incluso, cuando la resolución firme se encuentra en fase de cumplimiento o ejecución. Así se desprende de lo preceptuado en el inciso final del artículo 234 del Código de Procedimiento Civil, que luego de señalar las excepciones que pueden oponerse en el procedimiento de cumplimiento incidental de las sentencias, señala que lo dispuesto en dicho artículo es sin perjuicio de lo prevenido en el artículo 80. Otro tanto ocurre con el llamado recurso de aclaración, rectificación o enmienda, que puede presentarse en cualquier tiempo, pudiendo encontrarse ejecutoriada la sentencia respectiva (Artículo 182 Código de Procedimiento Civil).

#### 4. CONCEPTO

Intentando dar un concepto podemos decir que se trata de una acción de impugnación cuya finalidad es obtener de la Corte Suprema la invalidación de una sentencia condenatoria por crimen o simple delito que se halle firme, cualquiera sea el tribunal que la dictare, en virtud de alguna de las causales taxativamente establecidas en la ley.

#### 5. IMPUGNABILIDAD OBJETIVA (ARTÍCULO 473 CÓDIGO PROCESAL PENAL)

Sólo son susceptibles de revisión las sentencias condenatorias por crimen o simple delito que se hallen firmes, sin distinción del tribunal que las haya dictado.

Por lo tanto, no procede la revisión cuando se trata de condena por faltas, o de sentencias absolutorias. Así, al menos, ocurre en nuestro ordenamiento jurídico.

#### 6. OBJETO

El objeto de la revisión es invalidar las sentencias condenatorias por crimen o simple delito, de concurrir alguna de las causales que la ley contempla.

#### 7. CAUSALES

Las causales de revisión están taxativamente enumeradas por el legislador, y ello obedece a una manifestación más de su carácter excepcional o extraordinario.

El artículo 473 del Código Procesal Penal señala que la Corte Suprema podrá rever extraordinariamente las sentencias firmes en que se hubiere condenado a alguien por un crimen o simple delito, para anularlas, en los siguientes casos:

- a) Cuando, en virtud de sentencias contradictorias, estuvieren sufriendo condena dos o más personas por un mismo delito que no hubiere podido ser cometido más que por una sola.

Como puede apreciarse, la irracionalidad e injusticia de la hipótesis contemplada en esta causal no puede hacer más necesaria la procedencia de la acción de revisión, al haberse imputado participación en un delito a dos personas, en circunstancias que sólo podía ser atribuible a una sola.

Se trata de una causal similar a la contemplada en el numeral 1° del artículo 657 del Código de Procedimiento Penal, con una leve modificación de una forma verbal.

- b) Cuando alguno estuviere sufriendo condena como autor, cómplice o encubridor del homicidio de una persona cuya existencia se comprobare después de la condena.

Al igual que en el caso anterior, corresponde a la causal prevista en el numeral 2° del artículo 657 del Código de Procedimiento Penal, también con modificaciones gramaticales.

Se trata en ella de un caso en que, en verdad, no hubo hecho punible que sancionar; no se configuró el tipo penal de homicidio.

Se contempla, entonces, una hipótesis de revisión propter nova.

Se da cuando el supuesto muerto reaparece (Claus Roxin, *ob. cit.*, 494).

- c) Cuando alguno estuviere sufriendo condena en virtud de sentencia fundada en un documento o en el testimonio de una o más personas, siempre que dichos documento o testimonio hubieren sido declarados falsos por sentencia firme en causa criminal.

Esta causal corresponde a la señalada en el numeral 3° del indicado artículo del Código de Procedimiento Penal, también con modificaciones gramaticales.

Estamos en presencia de una causal de revisión propter falsa, pues se trata de una sentencia condenatoria que se funda, precisamente, en medios de prueba fraudulentos.

Para la concurrencia de esta causal se exige que la sentencia condenatoria se funde, necesariamente, en tales documentos o testimonios falsos, y que la falsedad haya sido declarada por sentencia judicial firme dictada en causa criminal.

El rigor de las exigencias en referencia encuentran su justificación en el carácter excepcional que reviste la acción de revisión en orden a alterar lo resuelto con efecto de cosa juzgada.

En el Derecho Alemán constituye motivo de revisión, tanto a favor como en perjuicio del condenado, la declaración falsa de testigos o peritos (Claus Roxin, *ob. cit.*, 493).

- d) Cuando, con posterioridad a la sentencia condenatoria, ocurriere o se descubriere algún hecho o apareciere algún documento desconocido durante el proceso, que fuere de tal naturaleza que bastare para establecer la inocencia del condenado.

Corresponde a la causal tratada en el numeral 4° de la tantas veces citada disposición del Código de Procedimiento Penal, con las consabidas modificaciones gramaticales.

También se trata de un motivo de revisión *propter nova*.

- e) Cuando la sentencia condenatoria hubiere sido pronunciada a consecuencia de prevaricación o cohecho del juez que la hubiere dictado o de uno o más de los jueces que hubieren concurrido a su dictación, cuya existencia hubiere sido declarada por sentencia judicial firme. Esta causal no se hallaba consagrada en el Código de Procedimiento Penal, y sí lo estaba y lo está en el Código de Procedimiento Civil, cuyo artículo 810 N° 3° permite invalidar una sentencia cuando se ha ganado injustamente en virtud de cohecho, violencia u otra maquinación fraudulenta, cuya existencia haya sido declarada por sentencia de término.

El Senado dejó constancia que entiende que, en el caso de la letra e), la sentencia debe ser consecuencia de la prevaricación o el cohecho, y que si alguna de éstas no mediare no habría condena (Emilio Pfefferer, *ob. cit.*, 447).

Por último, es del caso tener presente la norma contenida en el artículo 331 del Código Orgánico de Tribunales, que señala que ni en el caso de responsabilidad criminal ni en el caso de responsabilidad civil la sentencia dictada en el juicio de responsabilidad alterará la sentencia firme. En otras palabras, no obstante la sentencia dictada en contra de un juez en que se haga efectiva su responsabilidad ministerial en fase criminal o civil, no altera la sentencia firme en que cometió prevaricación; y la única forma de obtener tal modificación es a través de la acción de revisión en materia criminal o civil, según el caso.

## 8. PRESENTACIÓN. PLAZO PARA SU PRESENTACIÓN

El legislador señala que la revisión de la sentencia firme podrá ser pedida en cualquier tiempo (Artículo 474 Código Procesal Penal).

En consecuencia, no existe plazo para interponer la revisión.

La ausencia de plazo exigido para su interposición se corresponde con la finalidad que persigue esta acción impugnativa, esto es, como se

ha expresado, preferir la justicia de la decisión jurisdiccional a la certeza jurídica que deriva de ella cuando adquiere el carácter de firme, y su consiguiente cosa juzgada, la que en los casos de procedencia de esta acción no puede calificarse de cosa juzgada real o verdadera, sino aparente.

#### 9. IMPUGNABILIDAD SUBJETIVA (ARTÍCULO 474 CÓDIGO PROCESAL PENAL)

Se encuentran legitimados activamente para interponerla:

- a) El Ministerio Público.
- b) El condenado.
- c) El cónyuge sobreviviente del condenado.
- d) Los ascendientes, descendientes o hermanos del condenado.
- e) El condenado que haya cumplido la condena o sus herederos, cuando se trate de rehabilitar su memoria.

Con respecto a los legitimados activamente para accionar de revisión, se echa de menos la inclusión del defensor, quien nos parece que debió ser considerado, al tratarse de un interviniente con una privilegiada información para instar porque se revise la sentencia impuesta a su defendido.

En cuanto al condenado que haya cumplido la condena aplicada, y sus herederos, Binder refiere que ello reviste un motivo de fondo muy importante ya que toda condena siempre significa un estigma, más gravoso si se trata de un inocente injustamente condenado, por lo que se justifica la revisión de la sentencia condenatoria en cualquier momento, aun cuando haya dejado de producir efectos (Alberto Binder, 308).

El mismo autor sostiene que normalmente funciona a petición del interesado, pero nada obsta a que sea el tribunal de oficio quien desencadene la revisión. Insisto en que la posibilidad de condena a un inocente o la imposición de una pena injusta es algo tan irritante para el Estado de Derecho que no puede tener limitaciones en la instancia. Incluso cualquier persona podría realizar el planteo ante los tribunales ya que no sólo se halla en juego el interés del damnificado por el fallo injusto, sino la credibilidad de la administración de justicia como institución social (Alberto Binder, *ob. cit.*, 310).

Por cierto que tal posición entre nosotros resulta inadmisibles ante la taxatividad de los titulares de la acción de impugnación en estudio, además del carácter excepcional que tiene, que obliga a una interpretación restrictiva en cuanto a sus diversos aspectos.

El Senado decidió permitir que interpongan esta solicitud no sólo el Ministerio Público y el condenado, sino también los parientes de éste, como prevé el Código vigente, lo que permitiría hacerse cargo de la eventualidad

de que el imputado haya rehusado defenderse o, incluso, aceptado asumir responsabilidades ajenas (Emilio Pffefer Urquiaga, *ob. cit.*, 447).

La explicación y justificación para incorporar al Ministerio Público como sujeto activo de la revisión se encuentra, obviamente, en el principio de objetividad que ilustra su actividad de sujeto procesal en la persecución de hechos punibles y al sostener la acción penal por mandato constitucional y legal.

El Fiscal Nacional del Ministerio Público hace presente que tal principio es uno de los principales que regula la actividad del organismo persecutor. En tal sentido, no es de extrañar que el propio sujeto procesal que sostuvo una determinada posición jurídica y fáctica durante el curso del proceso, inste por la rescisión de la sentencia que es producto de ese proceso, si llega a estar en antecedentes de que dicha resolución judicial es irregular o injusta. La posibilidad de que la Fiscalía investigue hechos o circunstancias que puedan llegar a constituir alguna de las causales de revisión que, taxativamente prescribe el legislador procesal penal, resulta imposible desde todo punto de vista. Sin embargo, la situación de que el Ministerio Público tome conocimiento, a través de la actividad de terceros, o bien, por cualquier otra circunstancia ajena a una labor investigativa en este ámbito, de antecedentes que pudieren dar lugar a la procedencia de la revisión, constituye una situación que, estimamos, queda abarcada dentro del principio de objetividad del Ministerio Público que establecen los artículos 80 A de la Constitución Política de la República y 1° y 3° de la Ley N° 19.640, pese a no corresponder a un proceso de investigación. Ello desde que obedece a los mismos fundamentos que apoyan el principio de objetividad durante la investigación. En tal sentido, es posible afirmar que, si el principio de objetividad rige la etapa de investigación e implica que el organismo investigador no sólo deba preocuparse de aquellos hechos y circunstancias que puedan fundar o agravar la responsabilidad penal de una persona a quien se le imputa incipientemente la comisión de un delito, sino también de aquellos que la eximan de ella, la extingan o atenúen, con mayor razón este órgano del Estado no puede mantenerse indiferente ante material exculpatorio o atenuador de la responsabilidad penal una vez que ésta haya sido determinada en sede judicial, como consecuencia de su propia actividad, no obstante, insistimos, aun cuando parezca obvio, que el rol de esta institución en materia de revisión debe ser esencialmente pasivo (Guillermo Piedrabuena Richard, *ob. cit.*, 239-240).

## 10. TRIBUNAL COMPETENTE PARA CONOCER DE LA REVISIÓN

Lo es la Corte Suprema, la que conoce de ella en Sala, en virtud del ejercicio de las facultades jurisdiccionales de que está investida (Artículos 98 N° 5 del Código Orgánico de Tribunales y 473 del Código Procesal Penal).

## 11. FORMALIDADES QUE DEBE CUMPLIR LA SOLICITUD DE REVISIÓN (ARTÍCULO 475 CPP)

La acción de revisión se presenta directamente ante el tribunal que va a conocer de ella que, como sabemos, es la Corte Suprema, específicamente, en la Secretaría de ésta, como es lógico, por lo que debe darse cumplimiento a la exigencia sobre comparecencia ante el máximo tribunal de la República, esto es, debe hacerse a través de abogado habilitado para el ejercicio de la profesión o de procurador del número (Artículo 398 del Código Orgánico de Tribunales).

Los requisitos propios de la revisión exigidos por el legislador son los siguientes:

- a) Debe presentarse por escrito, pues si bien el Código no lo exige expresamente, del contexto de las disposiciones que regulan la revisión, aparece que la solicitud respectiva debe ser escrita.
- b) Debe indicarse con precisión el fundamento legal de la acción de que se trata, y acompañarse copia fiel de la sentencia cuya nulidad se solicita y los documentos que comprueban los hechos en que se sustenta la solicitud.
- c) Si la causal invocada es la contenida en la letra b) del artículo 473, deben indicarse los medios con los que se pretende probar que la víctima del supuesto homicidio hubiere vivido después de la fecha en que la sentencia la supone fallecida.
- d) Si la causal alegada fuere la de la letra d), debe indicarse el hecho o el documento desconocido durante el proceso, los medios de prueba con que se pretende acreditar el hecho, acompañándose, en su caso, el documento o, si no es posible, se expresará su naturaleza y el lugar y archivo en que se encuentra.

Puede comprenderse la petición de indemnización por error judicial al tenor de lo previsto en el artículo 19 N° 7, letra i) de la Constitución Política de la República, como se infiere de lo establecido en el inciso final del artículo 478 del Código Procesal Penal, que expresa que el fallo de la solicitud de revisión, cuando hubiere mérito para ello y así lo hubiere *recabado* quien hubiere solicitado la revisión, podrá pronunciarse de inmediato sobre la procedencia de la indemnización a que se refiere la norma constitucional en referencia.

## 12. ESTUDIO DE ADMISIBILIDAD (ARTÍCULO 475 INCISO TERCERO CÓDIGO PROCESAL PENAL)

La Corte Suprema rechazará de plano la solicitud de revisión si no cumple con las formalidades exigidas por la ley o si adolece de manifiesta falta

de fundamento, decisión para la cual se precisa de la unanimidad de los miembros de la Sala respectiva, conforme lo previene el inciso tercero del artículo 475 del Código Procesal Penal.

En conocimiento de que se presentan ante la Corte Suprema muchas de estas solicitudes sin real justificación, el Senado resolvió modificar tal inciso del mencionado artículo a fin de ampliar las facultades de la Corte para rechazarlas de plano, siempre que así lo acuerde por unanimidad, cuando adolezca de notoria falta de fundamento. Ello porque precisamente al no tener plazo para presentar la revisión, no hay premura que justifique una presentación incompleta, sin perjuicio de que al pronunciarse sobre la admisibilidad el tribunal pueda solicitar los antecedentes que estime pertinentes, lo que en ningún caso puede significar una nueva investigación. Acordó también efectuar los ajustes para suprimir la referencia al recurso y en su reemplazo aludir a la solicitud, atendida la naturaleza jurídica de este instituto (Emilio Pffefter Urquiaga, *ob. cit.*, 448-449).

No cabe duda que estas exigencias relativas a la admisibilidad de la revisión obedecen a su carácter excepcional y consecuencial regulación restrictiva a que hemos aludido más de una vez.

### 13. EFECTOS DE LA PRESENTACIÓN DE LA SOLICITUD DE REVISIÓN (ARTÍCULO 477 CÓDIGO PROCESAL PENAL)

La solicitud de revisión no suspende el cumplimiento de la sentencia que se pretende anular. Antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 19.806, adecuadora de la legislación de nuestro país a la reforma procesal penal, se contemplaba como excepción el caso en que la sentencia impugnada aplicare la pena de muerte.

Sin embargo, si la Corte Suprema lo estima conveniente, en cualquier momento de la tramitación, puede suspender dicho cumplimiento y aplicar, si corresponde, alguna de las medidas cautelares personales previstas en el artículo 155 del Código Procesal Penal.

El Código de Procedimiento Penal era más restrictivo en cuanto a la suspensión del cumplimiento de la sentencia impugnada de revisión. Sólo procedía la suspensión en el caso de que ella impusiera una pena irreparable, que no era otra que la de muerte (Artículo 661 del Código de Procedimiento Penal).

### 14. TRAMITACIÓN (ARTÍCULO 475 INCISO CUARTO CÓDIGO PROCESAL PENAL)

Si la Corte Suprema estima admisible la solicitud de revisión, se debe conferir traslado al Fiscal o al condenado, cuando el solicitante sea el Ministerio Público.

Luego, se ordena traer los autos en relación y se procede a su vista.

Surge la pregunta ¿Cuáles son las normas por la que va a regirse la vista de la revisión? ¿Serán las contenidas en el artículo 358 del Código Procesal Penal, ubicado entre las disposiciones generales de los recursos?

Nos parece, como lo anticipamos, que tales normas no pueden serle aplicables porque, según sostuvimos, la revisión no es realmente un recurso.

Corroboramos esta conclusión el hecho que el Código contempla en la vista de la revisión el trámite de la relación, como también lo expresamos, eliminado en los recursos procesales, precisamente por el citado artículo 358. En efecto, el artículo 475 en su inciso final señala que, de estimarse admisible la solicitud de revisión, y luego de conferir el traslado correspondiente, la Corte Suprema ordenará traer la causa en relación, y vista en la forma ordinaria, se fallará sin más trámite.

De estimarse aplicables las normas de los recursos, tendría que admitirse la declaración de abandono de la revisión, al tenor de lo preceptuado en el inciso segundo del citado artículo 358, lo que no se corresponde con el propósito del legislador consistente en el derecho a revisar una sentencia de la naturaleza de las indicadas, por las causales mencionadas, para cuyo ejercicio no exigió plazo alguno.

En definitiva, estimamos que por remisión del artículo 52 del Código Procesal Penal, reciben aplicación las normas pertinentes establecidas en el Código de Procedimiento Civil, y por tanto, la vista de la causa debe efectuarse conforme lo previene el artículo 223 del Código de Procedimiento Civil, con las adecuaciones propias del nuevo proceso penal, entre otras, que el Presidente de la Sala respectiva fije los tiempos que deben invertir los intervinientes en sus alegatos; no dejar minuta de éstos, atento el principio de oralidad que es transversal en el nuevo proceso penal.

Por último, cabe consignar que no se admite la prueba testimonial para acreditar los hechos fundantes de la revisión (Artículo 476 Código Procesal Penal).

En el Código de Procedimiento Penal se contemplaba en su artículo 660 la posibilidad de rendir prueba testimonial para acreditar los hechos que configuraban las causales establecidas en los numerales 2° y 4° de su artículo 657.

El texto propuesto por el Ejecutivo era el siguiente: “*Testigos*. En los casos en que procediere la prueba testimonial el tribunal la recibirá durante la vista, al término de la cual deberá fallar sin más trámite”.

La Cámara de Diputados aprobó el texto del Ejecutivo, con algunas adecuaciones formales. Además complementó su *título*: testigos en el recurso de revisión.

Atendido que el propósito que persigue la solicitud es anular una sentencia en etapa de cumplimiento, le preocupó al Senado que se pretenda acreditar alguno de los hechos en que se funde la petición mediante prueba

testimonial. Adicionalmente, tuvo en cuenta que las reglas vigentes permiten que se encomiende su recepción a uno de los miembros del tribunal, pero que en el texto de la Cámara de Diputados ella debe rendirse ante el tribunal en su conjunto.

Esta exigencia es perfectamente lógica en el contexto del nuevo Código, de velar por la intermediación del tribunal en pos de que se forme directamente su convicción sobre los hechos, pero causaría dificultades prácticas considerables en su funcionamiento, por el tiempo que debería destinarse a la evacuación de esta diligencia.

Se consideró también que son muy pocos los casos en que se deben probar hechos, las pruebas que se deben presentar deben ser concluyentes, y no simples sospechas, pues no se trata de un nuevo juicio. Es diferente la convicción a que debe llegar la Corte en este caso: para admitirlo a tramitación basta que tenga fundamentos, pero para acoger el recurso la convicción del tribunal debe ser completa.

En virtud de estas razones se optó por declarar improcedente la prueba testimonial para acreditar los hechos en que se funde la solicitud de revisión (Emilio Pffefer Urquiaga, *ob. cit.*, 448-449).

La decisión del Senado en este punto y la fundamentación que la apoya merece ser considerada una de las mayores renunciaciones que el legislador hizo de los principios fundamentales que inspiran el Código Procesal Penal. El artículo 476 no sólo terminó por sacrificar la intermediación y limitar el derecho a rendir prueba asumiendo que la exigencia de comprobantes escritos era más expedita y confiable que la prueba testimonial, sino que terminó por dar origen a una ley reguladora de la prueba, que limita la admisibilidad de la testimonial en forma absolutamente contradictoria con el sistema de libertad de prueba que el mismo Código consagra como una de sus características más relevantes (Julián López Masle, *ob. cit.*, 455).

No compartimos la posición del profesor López, pues la norma contenida en el artículo 295 del Código Procesal Penal, ubicado dentro del juicio oral, es aplicable a él y a otros procedimientos en que por remisión se aplican sus disposiciones, cuyo no es en el caso, en que la revisión no constituye un juicio. Y como ha quedado dicho, tampoco constituye un recurso procesal, en cuya sustanciación tampoco se admite prueba, salvo el caso excepcional del recurso de nulidad, pero sólo para los efectos de acreditar las circunstancias que constituyan la causal invocada.

## 15. FALLO DE LA REVISIÓN (ARTÍCULO 478 CÓDIGO PROCESAL PENAL)

Como no es un recurso, no pueden aplicársele las normas estudiadas para el fallo de ellos.

El inciso final del artículo 475 del Código Proceso Penal expresa, como anticipamos, que vista en la forma ordinaria, se fallará sin más trámite.

Recurriendo al Código Orgánico de Tribunales, creemos que debieran recibir aplicación las normas que él contempla respecto de los acuerdos, que se encuentran plenamente vigentes, pues no han sido objeto de ninguna clase de derogación.

Ahora bien, si la Corte Suprema acoge la revisión, va a declarar la nulidad de la sentencia. Así, el artículo 478 del Código Procesal Penal en su inciso primero preceptúa que la resolución de la Corte Suprema que acogiere la solicitud de revisión declarará la nulidad de la sentencia, mientras que su inciso segundo indica que si de los antecedentes resulta fehacientemente acreditada la inocencia del condenado, dictará, además, acto seguido y sin nueva vista, pero separadamente, la sentencia de reemplazo que corresponda. En consecuencia, la Corte Suprema, si dicta sentencia de reemplazo, ésta sólo puede ser absolutoria. En tal evento, entonces, la revisión no sólo tiene fines invalidatorios, sino también de enmienda.

El texto propuesto por el Ejecutivo era el siguiente: “*Decisión.* El tribunal, al pronunciarse sobre la revisión, rechazará o anulará la sentencia. Si anulare la sentencia, dispondrá la realización de un nuevo juicio cuando el caso lo requiere, o pronunciará directamente la sentencia definitiva”.

La Cámara de Diputados aprobó el texto del Ejecutivo con adecuaciones formales, entre ellas, la sustitución de la *frase rechazará o anulará la sentencia* contenida en el inciso 1° por la oración *lo rechazará o acogerá, anulando la sentencia*. Además, complementó su *título*: *decisión del tribunal en el recurso de revisión*.

El Senado estimó que la resolución sólo producirá efectos si la Corte anula el fallo, y en este evento solamente podría dictar sentencia de reemplazo para absolver al condenado pero no para condenar por otro delito; tampoco puede determinar por ese solo hecho la realización de un nuevo juicio, porque esa decisión la debe tomar el Ministerio Público, a quien le corresponde el ejercicio de la acción penal. El Ministerio Público podrá iniciar o no otra acción, según la prueba de que disponga, salvo por el delito específico por el que ha sido absuelto (Emilio Pffefer Urquiaga, *ob. cit.*, 450).

Se puede apreciar que sólo en el Senado se advirtió la incongruencia de que la resolución de la Suprema Corte que se pronuncia acerca de una acción de revisión, dispusiere la realización de un nuevo juicio, habiéndose anulado la resolución impugnada, dado que dicha decisión implicaría, en cierta forma, el ejercicio de la acción penal pública que corresponde al Ministerio Público. No se trata de la misma situación en que la Corte Suprema o alguna Corte de Apelaciones, en su caso, anulara una sentencia definitiva que ha sido recurrida de nulidad y, acto seguido,

dispusiera la realización de un nuevo juicio ya que en dicho evento nos encontramos ante el mismo caso, jurisdiccionalmente hablando. La revisión, en cambio, es una acción autónoma y, por lo tanto, para que pueda llevarse a cabo un nuevo juicio oral por un delito específico, luego de haberse declarado la nulidad del fallo impugnado, será necesario que el organismo acusador entable la acción correspondiente.

Aquí podemos visualizar que el hecho de determinar si la revisión es un recurso o una acción no es una cuestión puramente teórica sino que puede llegar a tener importancia práctica. En efecto, la decisión del legislador en orden a estimar que la revisión es una acción autónoma y no un recurso tiene importancia en lo relativo a los efectos de la resolución que la acoge y que se traducen en el hecho de que, si estimamos que se trata de un "recurso", el tribunal competente podrá, dentro de la esfera de sus atribuciones, ordenar la realización de un nuevo juicio. En cambio, si la estimamos como una acción, el órgano jurisdiccional en un sistema como el nuestro no puede ordenar que se lleve a efecto un nuevo juicio oral y deberá ser el Ministerio Público quien inste porque ello ocurra (Guillermo Piedrabuena Richard, *ob. cit.*, 248-249).

A su turno, el inciso tercero establece que si hay mérito y se hubiere solicitado en el escrito respectivo, la Corte Suprema puede pronunciarse de inmediato acerca de la procedencia de la indemnización por error judicial, a que se refiere el artículo 19 N° 7, letra i) de la Constitución Política de la República.

## 16. EFECTOS DE LA SENTENCIA (ARTÍCULO 479 CÓDIGO PROCESAL PENAL)

Si la sentencia de la Corte Suprema o, en caso que haya nuevo juicio, la que dicte el tribunal que conozca de él comprueba la completa inocencia del condenado por la sentencia anulada, el condenado puede exigir que la sentencia se publique, a costa del Fisco, en el Diario Oficial y que se devuelvan por quien las percibió las sumas pagadas por concepto de multas, costas e indemnización de perjuicios en cumplimiento de la sentencia anulada.

El cumplimiento del fallo respecto de las acciones civiles que emanen de él es de competencia del juez civil correspondiente, en procedimiento sumario.

Estos derechos también corresponden a los herederos del condenado fallecido.

También la sentencia ordenará, en su caso, la libertad del imputado y la cesación de la inhabilitación.

17. ACTITUD DEL MINISTERIO PÚBLICO SI FORMALIZA  
INVESTIGACIÓN POR LOS MISMOS HECHOS  
SOBRE LOS QUE RECAYÓ LA SENTENCIA ANULADA  
(ARTÍCULO 480 CÓDIGO PROCESAL PENAL)

De lo antes dicho, fácil es concluir que anulada la sentencia impugnada de nulidad, y no tratándose del caso en que la propia Corte Suprema dicta sentencia absolutoria por resultar de los antecedentes fehacientemente acreditada la inocencia del condenado, el Ministerio Público puede o no iniciar una nueva persecución penal. Si decide hacerlo, el artículo 480 del Código Procesal Penal señala que si resuelve formalizar investigación por los mismos hechos sobre los cuales recayó la sentencia anulada, el fiscal acompañará en la audiencia respectiva copia fiel del fallo que acogió la revisión solicitada.

El profesor Julián López sostiene que la norma indicada se aplica exclusivamente a los casos en que el Ministerio Público hubiere decidido iniciar investigación por los mismos hechos en contra de terceros, ya que una formalización por los mismos hechos en contra del condenado cuya sentencia condenatoria se declaró nula es imposible, porque infringiría el principio *non bis in idem*. Así, por lo demás, consta de la discusión legislativa del proyecto en cuanto al pronunciarse el Senado sobre las posibilidades de un nuevo juicio, se dejó constancia de que “El Ministerio Público podrá iniciar o no otra acción, según la prueba de que disponga, *salvo por el delito específico por el que ha sido absuelto*” (Julián López Masle, *ob. cit.*, 457).

Disentimos de la opinión del profesor López porque la hipótesis a que se refiere, citando lo dicho por el Senado, es diversa de la que se trata. En efecto, si estamos en presencia de una *absolución* decretada por la Corte Suprema en sentencia de reemplazo cuando, de los antecedentes resultare fehacientemente acreditada la inocencia del condenado, obviamente, no va a poder el Ministerio Público formalizar investigación en contra del imputado *absuelto*, cuyo no es el caso en comento, en que la Corte Suprema anula la sentencia impugnada de revisión, pero no dicta sentencia absolutoria de reemplazo, hipótesis en que no puede hablarse de aplicación del principio *ne bis in idem*, pues no estamos en presencia de sentencia absolutoria, al tenor de lo prevenido en el inciso final del artículo 1° del citado cuerpo jurídico.

Por lo demás, no se divisa la restricción en referencia. En efecto, el Senado, por razones de transparencia, reemplazó la norma propuesta por una disposición, como norma final, en cuya virtud, si con posterioridad al fallo de revisión el Ministerio Público formaliza investigación por los mismos hechos a los que se refiere la sentencia anulada por la revisión, deberá acompañar copia del fallo respectivo (Emilio Pffefer Urquiaga, *ob. cit.* 452).

Sobre el particular nos planteamos si en el juicio que se inicie a instancia del Ministerio Público, ¿puede dictarse sentencia condenatoria?, y de ser ello posible, ¿puede operar la institución de la *reformatio in peius*? O dicho de otra manera, ¿puede el imputado, en tal evento, ser condenado a una pena superior a la impuesta en la sentencia anulada en virtud de haberse acogido la solicitud de revisión?

En primer lugar, estimamos que puede dictarse sentencia condenatoria, pues si no hubiere tal posibilidad no tendría sentido la iniciación del nuevo juicio, en el que somos de parecer que podría recibir aplicación el principio de la *reformatio in peius*, esto es, aplicarse al condenado una pena mayor que la impuesta por el fallo anulado, porque la prohibición de este instituto se estableció para los recursos (Artículo 360 Código Procesal Penal), carácter que no tiene la revisión, según hemos dejado asentado.

Recordemos que en el Código de Procedimiento Penal, según dijimos, la *reformatio in peius* operaba con ocasión de la interposición de los recursos de apelación, casación en el fondo, en la revisión y en el trámite de la consulta

Sobre el particular, el Fiscal Nacional del Ministerio Público expresa: No obstante que la disposición contenida en el artículo 360 inciso final del código del ramo nos parece del todo conveniente y necesaria, nos encontramos con otro de los efectos prácticos del hecho de considerar la revisión como una acción; en tal sentido, la pregunta que surge es la siguiente: ¿Podemos aplicar a la acción de revisión la regla general contenida en la disposición legal citada? Sin lugar a dudas la respuesta es negativa. En efecto, la *reformatio in peius* es una institución contemplada como una de las excepciones a la competencia propia de un tribunal de alzada para conocer de un recurso, implicando que éste puede excederse de la misma. En general, se sostiene que los poderes del tribunal *ad quem* para pronunciarse vienen dados por el mismo recurso, lo que se suele graficar con la fórmula latina de "*Tantum devolutum quantum appellatum*", es decir, cuanto le hayamos devuelto al tribunal superior será cuanto éste pueda resolver. De lo anterior se puede colegir que, tanto la reforma en perjuicio como su prohibición son instituciones contempladas sólo a propósito de este ámbito (recursivo). A mayor abundamiento, sólo basta circunscribirnos a la ubicación de las instituciones en el Código: la norma precitada constituye una disposición general para las instituciones contempladas en el Libro III, vale decir, los recursos, pero no alcanza a ninguna de las incluidas en el Libro IV. En la práctica, el condenado por un crimen o simple delito que intente una acción de revisión en cuya virtud la sentencia condenatoria sea anulada por la Corte Suprema, podrá ser sometido a un nuevo proceso por los mismos hechos por los que fue condenado por la sentencia anulada, si existen antecedentes que justifiquen tal proceder.

Por lo demás, debemos advertir que estos casos serán minoritarios pues la posibilidad de que una sentencia sea revisada y, en definitiva, anulada por el máximo tribunal, en general, corresponderá a casos tan claros que impliquen la absolución del condenado o una clara atenuación de su responsabilidad penal. Resulta difícil concebir que todo este aparato se active con fundamentos tales para anular una sentencia pero existiendo aún pruebas respecto de la responsabilidad penal del actual condenado.

Por lo mismo, insistimos, la situación de una persona que sufría condena en virtud de una sentencia ejecutoriada que fue revisada y anulada por el tribunal competente para ello, que es sometida a un nuevo proceso, formalizada por los mismos hechos y llevada a un nuevo juicio oral o a uno alternativo de los que contempla el sistema, constituirá una situación excepcional que, incluso, no podremos enmarcar dentro de cualquiera de las hipótesis de anulación que establece el Código. Así, no será posible que tratándose de la letra d) del artículo 473 la persona favorecida con la anulación sea sometida a un nuevo procedimiento, dado a que el numeral específicamente alude a la inocencia del condenado. Sin embargo, respecto de la letra b), podemos afirmar que si la persona que se creía muerta aparece viva, ello importa inmediatamente la inexistencia de un delito de homicidio consumado pero no excluye completamente la hipótesis de homicidio frustrado, tentado, cuasidelito, alguna de las figuras de lesiones o incluso, pudiera tratarse de una sentencia condenatoria que sancionó por un delito complejo como el robo calificado con homicidio y, habiendo aparecido el supuesto occiso, el ilícito en cuestión se ha transformado sólo en una modalidad de robo. En la misma línea, tratándose de la causal contemplada en la letra a), lo más común es que la realización de un nuevo juicio se transforme en una necesidad de modo de poder establecer cuál de los condenados efectivamente cometió aquel ilícito que no pudo ser cometido por más de uno.

En el Derecho Alemán y siguiendo a Roxin la situación es que la revisión, como proceso, contempla tres etapas: el examen de admisibilidad, el examen de la fundamentación del recurso y la reiteración del juicio oral. Si el requerimiento de revisión ha sido declarado admisible, ello conduce, por regla general, a un nuevo juicio oral que es completamente independiente del primero. No hay una inversión de la carga probatoria sino que todo debe ser construido nuevamente. Este nuevo juicio oral puede terminar por sentencia condenatoria o absolutoria, sin embargo, la sentencia anterior no puede ser modificada, en la clase y extensión de la pena, en perjuicio del condenado cuando la revisión ha sido su iniciativa, dado que así lo establece la Ordenanza Procesal Penal Alemana en su párrafo 373, II. Es decir, la propia legislación establece la prohibición correspondiente.

Aceptando la posibilidad de una nueva condena, surge una interrogante muy importante relativa a qué ocurre con el lapso que el condenado estuvo

privado de libertad en virtud de la sentencia que fue anulada. Se trata de una pregunta que no tiene respuesta en la regulación de la acción de revisión, no obstante, estimamos que razones de justicia material obligan necesariamente a que ese tiempo deba ser abonado a la eventual condena ya que, aun cuando no se trate de un mismo procedimiento en términos técnicos, se trata de los mismos hechos (Guillermo Piedrabuena Richard, *ob. cit.*, 252-253).

En cuanto a la sentencia que se dicte en el nuevo juicio oral, estimamos que en su contra proceden los recursos que contempla el Código Procesal Penal, a partir del hecho admitido que estamos en presencia de un nuevo juicio, sin que sea del caso distinguir si ella es condenatoria o absolutoria, pues no se dictó como consecuencia de haberse acogido un *recurso* de nulidad regulado en el Libro III de dicho Código, sino que corresponde a un nuevo juicio derivado de la anulación de una sentencia condenatoria *firme* pronunciada al fallarse una *acción* impugnativa, tratada en el Libro IV del cuerpo jurídico en referencia.

Así se establece en el Derecho Alemán. Contra la sentencia, tanto si es condenatoria como si es absolutoria, son admisibles los recursos normales (Claus Roxin *ob. cit.*, 498).

## 18. RECURSOS CONTRA EL FALLO DE LA REVISIÓN

En contra de la sentencia que se pronuncie en el fallo de la acción de revisión sólo procede el llamado recurso de aclaración, rectificación o enmienda. En efecto, el artículo 97 del Código Orgánico de Tribunales en su inciso primero dispone que las sentencias que dicte la Corte Suprema al fallar los recursos de casación de fondo y forma, de nulidad en materia penal, de queja, de protección y de amparo, así como la revisión de sentencias firmes, no son susceptibles de recurso alguno, salvo el de aclaración, rectificación y enmienda que establece el artículo 182 del Código de Procedimiento Civil.

En cuanto al recurso de aclaración, rectificación o enmienda nos remitimos a lo ya dicho a su respecto, en especial a su falta de regulación en el Código Procesal Penal, y a la necesaria aplicación supletoria del contemplado en el Código de Procedimiento Civil, con la adecuación correspondiente al proceso penal, en virtud de la remisión del artículo 52 del Código Procesal Penal a la mencionada norma del de Enjuiciamiento Civil.

## LA NECESARIA REDACCIÓN DE LOS CONVENIOS III ½ Y V DE GINEBRA O DE LA DESAPARICIÓN DE DETERMINADAS CONDUCTAS EN CASO DE CONFLICTO ARMADO

*Eugenio Pérez de Francisco\**

SUMARIO: I. Introducción. II. La regulación de los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales. III. Nuevas situaciones escasas o nulumamente previstas en los Convenios o no respetadas en la práctica. 1. Una breve reflexión inicial. 2. Cara y cruz de los conflictos armados: regulares e irregulares. 3. La privatización de la violencia y la aparición de las agencias privadas de seguridad. 4. Los combatientes regulares y los no previstos "irregulares". 5. Personal civil. 6. El trato [in]debido a los prisioneros de guerra. 7. Armas nuevas y nuevas formas de conducir las hostilidades. IV. Conclusiones.

### I. INTRODUCCIÓN

Puede sorprender el enunciado de esta colaboración con *Ius Publicum*, pero parafraseo al primer Secretario General de las Naciones Unidas, Sr. Dag Hammarskjöld, quien fue el primero en usar el término "Capítulo VI ½" de la Carta de Naciones Unidas para justificar el concepto "mantenimiento de la paz", ya que, según el autor, el mismo se encuadraba entre las previsiones del Capítulo VI, es decir, de las acciones para la solución de controversias de forma pacífica y por los medios tradicionales reconocidos por el Derecho Internacional Público, del Capítulo VII, en las que se amparan las acciones para imponer la paz y a las que tantas veces, con distinta fortuna, ha acudido el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en reiteradas ocasiones.

Pues bien, me he permitido, siguiendo este planteamiento, sugerir que tal vez el Comité Internacional de la Cruz Roja, referencia de la codificación del Derecho Humanitario Bélico, tendría que hacer una reflexión sobre este particular y propiciar una conferencia internacional para regular las situaciones no contempladas por los Convenios de Ginebra y que de

---

\*El autor es Licenciado y Doctor en Derecho, Licenciado en Ciencias Políticas y Profesor de derecho internacional en la Facultad de Derecho de la Universidad Francisco de Vitoria (Madrid).

hecho se están produciendo (y cada vez de forma más virulenta) en los conflictos actuales, ya que la actitud de los que promueven los conflictos armados hoy (permítaseme esta ambigua terminología ya que no siempre son potencias sino grupos armados incontrolados)<sup>1</sup>, en cualquiera de sus formas, no parece que estén dispuestos a adecuar su conducta a las previsiones de los convenios existentes. Desde ahora proponemos que el título fuera el Convenio III ½ de Ginebra para cuestiones a caballo entre ambos convenios y un Convenio V de Ginebra para la regulación de nuevos problemas no resueltos y según las razones expuestas en el presente. Y de ahí que el Derecho Humanitario Bélico (DHB) debería regular esas nuevas situaciones, intentando ser motor para evitar o al menos atemperar diversas conductas que hoy obligan a hacer una interpretación *extra legem* del mismo.

## II. LA REGULACIÓN DE LOS CONVENIOS DE GINEBRA Y SUS PROTOCOLOS ADICIONALES

Es más que sabido que el Derecho de los conflictos armados hoy se sustenta fundamentalmente en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 (Convenio de Ginebra [I] para aliviar la suerte de los heridos y enfermos de las Fuerzas Armadas en campaña, Convenio de Ginebra [II] para aliviar la suerte de los heridos, enfermos y náufragos, Convenio de Ginebra [III], relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, Convenio de Ginebra [IV] relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra), el Protocolo I Adicional, relativo a las víctimas de los conflictos armados internacionales y, finalmente, el Protocolo II, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional)<sup>2</sup>, ambos de 1977 y sin perjuicio de otros convenios especiales de protección del que gozan y mejoran su suerte respecto del sistema general de protección de estos instrumentos como es el caso de las mujeres, niños, patrimonio cultural, medio ambiente o la limitación o prohibición de determinadas armas.

Es decir, el objeto fundamental del Derecho Humanitario Bélico es, entre otros aspectos, la regulación de la violencia entre Estados (y/o

---

<sup>1</sup>Piénsese a este respecto el daño que causan asesinos que, amparados falsamente en autodenominados movimientos de liberación nacional tipo ETA, donde sus miembros gustan de ser llamados “gudaris” (soldados vascos), apelan a la resolución 1514 (XV, de la Asamblea General), pero olvidando que la misma garantiza la unidad de los Estados y que está pensada sólo para evitar situaciones coloniales.

<sup>2</sup>En el año 2005 se ha firmado el Protocolo III relativo al signo distintivo, por el que se admite junto con la Cruz y Media Luna Roja, otro signo distintivo consistente en un rombo rojo. Dicho protocolo todavía no está en vigor.

grupos armados organizados) sin olvidar tampoco el velar por la protección de todos aquellos que no participan en un conflicto armado o bien que, habiendo participado, dejan de hacerlo por cualquier causa. Es, en definitiva, la protección de los derechos del hombre en caso de conflicto armado. Y presenta, desde la redacción de dichas normas, graves problemas conocidos por todos y en los que no me detendré por no ser el objeto principal de estas líneas.

Precisamente, por la antigüedad de los Convenios aludidos y por las características que están tomando los conflictos armados en la actualidad, aquéllos no contemplan muchas prácticas que se producen durante las hostilidades o con posterioridad a ellos.

### III. NUEVAS SITUACIONES ESCASAS O NULAMENTE PREVISTAS EN LOS CONVENIOS O NO RESPETADAS EN LA PRÁCTICA

#### 1. *UNA BREVE REFLEXIÓN INICIAL*

Si los Convenios de Ginebra son fruto de las experiencias adquiridas en la II Guerra Mundial, si bien se actualizaron con los Protocolos de 1977, los conflictos actualmente son bien distintos de aquélla. Hoy la violencia es territorialmente mucho más dispersa que entonces y la participación en las hostilidades es incluso remota gracias a los avances de la tecnología bélica, con la introducción del uso de satélites militares o de armas manejadas a distancia, que, en consecuencia, no se encuentra necesariamente en el teatro de operaciones. Por lo tanto, es más complicado determinar quién participa en las hostilidades y si le son aplicables a estas personas la calificación de combatiente legítimo o más genéricamente las normas del DHB o la jurisdicción aplicable en caso de la comisión de un ilícito. Pero no se agota aquí la problemática, como veremos en los siguientes epígrafes.

#### 2. *CARA Y CRUZ DE LOS CONFLICTOS ARMADOS: REGULARES E IRREGULARES*

Se dice con frecuencia que la Guerra de las Malvinas fue la última de las guerras clásicas, ya que si algo se puede comprobar es que la violencia hoy es territorialmente dispersa<sup>3</sup>, en consecuencia, al no existir un frente nítido en el que se desarrollen las hostilidades, los perjuicios a los que se somete

---

<sup>3</sup>Durante el conflicto de las Malvinas, fue la última vez que se determinó la zona en la que se desarrollarían las hostilidades o escenarios de la guerra. Ello no fue obstáculo para que un submarino británico torpedeara y hundiera, con toda su tripulación, el buque argentino *General Belgrano* que no se encontraba en dicha zona.

a las poblaciones civiles son infinitamente superiores. El término “daños colaterales” es desgraciadamente un término al que no es ajeno nadie.

Pero en puridad, la diferenciación entre regular o irregular es artificial. Los conflictos son o no son, es decir, o estamos en una situación de paz o estamos en una situación de conflicto. Habrá en las constituciones de los países más avanzados figuras con las que se pueda limitar temporalmente algunos derechos humanos enunciados en las mismas y, así, en el caso de España, estaremos en los estados de alarma, excepción y sitio, aunque el legislador, en la Constitución de 1978, bien se guardó de incluir un “estado de guerra”, porque para ello, nos recuerdan los constitucionalistas, ya estaban los Convenios de Ginebra; además, el término puede inducir a confusiones, según algunos de los padres de dicho documento y ya bastantes problemas hubo (y siguen habiendo) para su adopción. En definitiva, si hablan las armas, estaremos dentro de un conflicto armado (acudiendo a esta terminología tan políticamente correcta de no utilizar el término guerra), pero no es jurídicamente posible estar “un poquito en guerra” y mucho menos calificarlo de “irregular”. Será “Guerra contra el Terrorismo”, guerra a secas o como lo queramos denominar, pero guerra. Aceptaremos, no nos queda otra alternativa, el término, conflicto armado, siguiendo la terminología de la Carta de las Naciones Unidas. Pero no cabe, desde luego, la expresión de conflicto (guerra) irregular en el contexto de las Convenciones de Ginebra, con las consecuencias que de ello se derivan.

Y lo que resulta es que habiendo guerra, conflicto, hostilidades o lo que queramos, la aplicación de dichas Convenciones es automática y eso incluye lógicamente la entrada en funcionamiento del trato debido a los heridos, náufragos, prisioneros y poblaciones civiles y, aun cuando los políticos nacionales nos machaquen hasta la saciedad con afirmaciones como que las tropas desplazadas de nuestro territorio están en “misión de paz”; a todos los efectos nos encontraremos en una situación donde son aplicables las Convenciones de Ginebra, es decir, en guerra.

### 3. LA PRIVATIZACIÓN DE LA VIOLENCIA Y LA APARICIÓN DE LAS AGENCIAS PRIVADAS DE SEGURIDAD

La “privatización de la violencia” es un fenómeno que comenzó a utilizarse desde 1990 y en el que las potencias subcontratan en empresas privadas funciones que tradicionalmente estaban desempeñadas por los Ejércitos. Este tipo de empresas han proliferado hasta la saciedad en Estados Unidos<sup>4</sup>,

---

<sup>4</sup>La más conocida de todas ellas es *Blackwater*. Calificada por el periodismo de investigación como muy próxima al gobierno norteamericano, factura a éste 420 millones de dólares sólo por su actuación en Irak. Sobre esta empresa puede consultarse el libro de Jeremy Schahill, *El auge del ejército mercenario más poderoso del mundo* (Editorial Paidós. 2008).

Gran Bretaña y Sudáfrica (aunque no tienen problemas para abrir una delegación cerca de donde operan) y actúan bajo un mando responsable, jerarquía, disciplina cuasimilitar, adoptan uniformes e incluso proclaman el respeto a las leyes de la guerra en su actuación y su personal tiene una retribución astronómica. Pero, evidentemente, no pueden ser consideradas como un ejército en el sentido propio del término.

El fenómeno había surgido tímidamente con la aparición de las compañías de seguridad privada para custodia de edificios y propiedades particulares (hoy incluso en numerosos cuarteles, la guardia militar es apoyada por un sistema de seguridad privado), con lo que el Estado comenzó una privatización del monopolio de la violencia que hasta entonces venía ejerciendo<sup>5</sup>. Pero el salto cualitativo ha venido con la internacionalización de la subcontratación de la violencia en una zona de conflicto armado o bien en una zona de ocupación, lo que ha posibilitado que, en algún caso, los efectivos de un ejército a desplegar hayan sido cuantitativamente menores. Pensemos que según recientes datos aparecidos en la prensa española, en Irak actualmente están desplegados 180.000 (de los cuales, entre 40.000 y 70.000 son mercenarios) contratistas de distinto tipo frente a 150.000 soldados<sup>6</sup>.

Pero la cuestión presenta otros problemas. Pensemos en la facilidad con la que crímenes de Estado pueden cometerse a través de estas agencias o bien la falta de control parlamentario de sus actividades, lo que sería más complicado si se realiza por personal al servicio del Estado. Estamos ante una forma de mercenarios modernizada y más compleja que en su visión clásica.

O bien el tipo de contrato entre el Estado contratante (y beligerante) y la empresa. Se me presentan algunas dudas: ¿Qué tipo de contrato regirá las relaciones entre el Estado y la empresa? Lógicamente parece que debe estar regido por el Derecho Administrativo, pero ¿en adjudicación directa sin concurso público o en concurso restringido? Desde luego, al menos la Ley de Contratos del Sector Público<sup>7</sup>, puede chirriar con las adjudicaciones directas, aunque en los temas de suministro a las

---

<sup>5</sup>Piénsese que no ha dejado de ser problemático, a nivel doméstico de muchos Estados, la aprobación de leyes como la Ley de Seguridad Privada en España, que, con distintas redacciones, ha dado amparo legal al surgimiento de innumerables empresas privadas de seguridad, ante la imposibilidad de los cuerpos y fuerzas de seguridad de los Estados de garantizar la propiedad privada o la seguridad de las personas. A su personal, muchas veces se le critica su escasa formación y horarios interminables, a pesar de que realizan funciones muy próximas a las de las policías nacionales.

<sup>6</sup>Cfr. *El Mundo*, 6 de mayo de 2008. Edición Madrid, pág. 31.

<sup>7</sup>Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, publicada en el Boletín Oficial del Estado (BOE, en lo sucesivo), de 31 de octubre de 2007.

fuerzas desplegadas fuera de territorio nacional español, sea la regla<sup>8</sup>. Y en caso de que se produjera responsabilidad por daños causados a las personas o las cosas en el teatro de operaciones ¿sería el Estado español responsable civil subsidiario? Porque un seguro no podría contratarse con garantías de que asumiera la responsabilidad, en caso de siniestro, por ser causa ordinaria de exclusión de su cobertura la guerra y situaciones asimiladas.

Lo único seguro es que el personal de estas empresas, de acuerdo con el art. 3 común a los Convenios I, II y III, está dentro del *ius in bello* y, en consecuencia, al participar en las hostilidades (e independientemente de la razón por la que participan) queda protegido por las leyes de la guerra aunque técnicamente no pueda ser considerado como combatientes legítimos, salvo que sean considerados como mercenarios, lo cual es bastante realista. En este caso, la situación se tornaría más confusa ya que la comunidad internacional ha adoptado un convenio específicamente relativo a la materia denominado Convención internacional contra el reclutamiento, la utilización, la financiación y el entrenamiento de mercenarios, en cuyo preámbulo ya puede leerse que los mercenarios se utilizan para actividades que quebrantan principios de derecho internacional tales como los de la igualdad soberana, la independencia política, la integridad territorial de los Estados y la libre determinación de los pueblos; si bien es cierto que, al momento actual, este convenio no está en vigor, podremos darle cierto valor como norma consuetudinaria. En estos términos, deben ser considerados como combatientes ilegítimos.

Y como colofón de lo que antecede, estas empresas, con un nivel de facturación que en muchos casos puede ser superior al propio PIB del país en el que operan, pueden ser, ante el vacío de poder, quienes acaben controlando el país o parte de él. No me extenderé sobre el particular, pero basta repasar lo que estas empresas y sus agentes hicieron en la desaparecida Rodesia del Sur tras su independencia.

---

<sup>8</sup>Por las numerosísimas adjudicaciones para el apoyo a las tropas españolas en misiones de paz, tomaremos la Resolución del Órgano de Contratación de la Dirección General de Abastecimiento y Transporte de la Armada, publicada en el BOE N° 227, de 22 de septiembre de 2006, por el que se acuerda la adjudicación del expediente 1084/06, sobre servicios complementarios para el contingente de Infantería de Marina destacado en UNIFIL-Líbano. EL contrato fue concursado como negociado sin publicidad, el adjudicatario era una Unión Temporal de Empresas, UcalSA y Tenove, SL por un importe de 520.000€. En esta misma línea y dentro de España, las cosas siguen la misma tendencia. Según ha aparecido publicado en el BOE de 2 de abril, el Ministerio del Interior ha concedido a una empresa todos los servicios de traductores de la Policía Nacional y de la Guardia Civil.

#### 4. *LOS COMBATIENTES REGULARES Y LOS NO PREVISTOS "IRREGULARES"*

Para el DHB, combatientes legítimos son los que cumplen los requisitos individuales y colectivos que, cometiendo actos de guerra, están amparados por el DHB. Son de tres tipos:

- a) Regulares (Convenios I y II, art. 4 y Protocolo I, art. 43), es decir:
  - a. los combatientes adscritos a las Fuerzas Armadas de una potencia beligerante o a sus fuerzas asimiladas, teniendo esta consideración los miembros de las Fuerzas Armadas regulares, los voluntarios y las fuerzas paramilitares siempre que se haya notificado a la otra potencia beligerante, no teniendo en ningún caso tal consideración el personal religioso, sanitario y el de protección civil;
  - b. Los miembros de la resistencia organizada, siempre que tengan un responsable, muestren un signo distintivo, las armas a la vista y respeten los usos y las leyes de la guerra.
  - c. Los miembros de las Fuerzas Armadas bajo el mando de un gobierno no reconocido por la potencia bajo cuyo control se encuentren hechos prisioneros.
- b) Irregulares, que son los que no se distinguen de la población civil por no estar adscritos a las fuerzas de ninguna potencia. Si tradicionalmente estos combatientes eran considerados como ilegítimos, desde la entrada en vigor del Protocolo I (art. 44.3), hoy son considerados como legítimos, siempre que lleven las armas a la vista durante el combate y durante los despliegues previos al mismo y exista un mando responsable en los mismos términos que si se tratara de Fuerzas Armadas convencionales.
- c) Circunstanciales. Se trata de un supuesto histórico, reconocido ya por el art. 2 del Convenio II de La Haya de 1899 y hoy por el art. 50.1 del Protocolo I y únicamente se admite el caso del levantamiento en armas de toda una población o, dicho de otra forma, personas que viven en un territorio no ocupado por otra potencia y que al aproximarse el enemigo toman las armas de forma espontánea, sin tener tiempo de organizarse militarmente, a condición de que muestren las armas y respeten los usos y leyes de la guerra.

Expresado quién es combatiente legítimo y por tanto quién tiene la protección del DHB, la segunda afirmación a tener en cuenta es que ni en los Convenios de Ginebra ni en sus Protocolos Adicionales se regula el concepto de "combatiente ilegítimo", es decir, aquellos quienes participando en las hostilidades militares no cumplen alguno de los requisitos individua-

les o colectivos para ser considerados como tales, o, si se prefiere, no se pueden incluir en ninguno de los tres supuestos indicados anteriormente. Ejemplos clásicos de quienes son combatientes ilegítimos, serían:

- a) Los espías (quien obrando clandestinamente o con pretextos falsos, recoge o trata de recoger información en la zona de operaciones de un beligerante con la intención de comunicarla a la otra parte),
- b) Los mercenarios (personal reclutado por una potencia que no es de su nacionalidad, residente en ella o miembro de sus Fuerzas Armadas, para tomar parte en el conflicto y para obtener un provecho personal notoriamente superior al de los combatientes similares). ¿Qué se entiende por mercenario? El Protocolo I, en su art. 47.2 lo deja meridianamente claro, estableciendo que es toda persona:
  - a. Que haya sido especialmente reclutada, localmente o en el extranjero, a fin de combatir en un conflicto armado;
  - b. Que, de hecho, tome parte directa en las hostilidades;
  - c. Que tome parte en las hostilidades animada esencialmente por el deseo de obtener un provecho personal y a la que se haga efectivamente la promesa, por una Parte en conflicto o en nombre de ella, de una retribución material considerablemente superior a la prometida o abonada a los combatientes de grado y funciones similares a las Fuerzas Armadas de esa Parte;
  - d. Que no sea nacional de una Parte en conflicto ni residente en un territorio controlado por una Parte en conflicto;
  - e. Que no sea miembro de las Fuerzas Armadas de una Parte en conflicto; y
  - f. Que no haya sido enviada en misión oficial como miembro de sus Fuerzas Armadas por un Estado que no es Parte en conflicto.

Y las consecuencias que se establecen para todos aquellos es, de acuerdo con el art. 47.1 del Protocolo I, la negación del estatuto de combatiente y el de prisionero de guerra en caso de captura. Pero las cosas no fueron así siempre. Figuras como los Landsknechte alemanes, Reisläufer suizos o Condottieri italianos, nutrían los ejércitos europeos desde antiguo y los famosos “Tercios” orgullo del arma de infantería española, que se pasearon triunfales por Europa durante los siglos XVI y XVII, los mercenarios eran más comunes que los propios efectivos procedentes de los reinos españoles.

- c) Los francotiradores (que son aquellos que entran en la zona de hostilidades por su cuenta u hostigando al enemigo a título individual). Evidentemente, no se trata de los tiradores de élite cuya misión es

hacer blanco a largas distancias y no pueden ser considerados sino combatientes legítimos.

La consecuencia de ser considerado como combatiente ilegítimo le acarrea al así calificado que, en caso de caer prisionero, no gozará del estatuto de prisionero de guerra, reservado para los combatientes legítimos, sin perjuicio de que, en cualquier caso, le será oponible el estatuto de derechos mínimos garantizado por el art. 75 del Protocolo I<sup>9</sup> y, anteriormente

---

<sup>9</sup>Art. 75. Garantías fundamentales.

1. Cuando se encuentren en una de las situaciones a que hace referencia el artículo 1 del presente Protocolo, las personas que estén en poder de una Parte en conflicto y que no disfruten de un trato más favorable en virtud de los Convenios o del presente Protocolo serán tratadas en toda circunstancia con humanidad y se beneficiarán, como mínimo, de la protección prevista en el presente artículo, sin distinción alguna de carácter desfavorable basada en la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión o las creencias, las opiniones políticas o de otro género, el origen nacional o social, la fortuna, el nacimiento u otra condición o cualesquiera otros criterios análogos. Cada Parte respetará la persona, el honor, las convicciones y las prácticas religiosas de todas esas personas. 2. Están y quedarán prohibidos en todo tiempo y lugar los actos siguientes, ya sean realizados por agentes civiles o militares: a) los atentados contra la vida, la salud y la integridad física o mental de las personas, en particular: i) el homicidio; ii) la tortura de cualquier clase, tanto física como mental; iii) las penas corporales; y iv) las mutilaciones; b) los atentados contra la dignidad personal, en especial los tratos humillantes y degradantes, la prostitución forzada y cualquier forma de atentado al pudor; c) la toma de rehenes; d) las penas colectivas; y e) las amenazas de realizar los actos mencionados. 3. Toda persona detenida, presa o internada por actos relacionados con el conflicto armado será informada sin demora, en un idioma que comprenda, de las razones que han motivado esas medidas. Salvo en los casos de detención o prisión por una infracción penal, esa persona será liberada lo antes posible y en todo caso en cuanto desaparezcan las circunstancias que hayan justificado la detención, la prisión o el internamiento. 4. No se impondrá condena ni se ejecutará pena alguna respecto de una persona declarada culpable de una infracción penal relacionada con el conflicto armado, sino en virtud de sentencia de un tribunal imparcial, constituido con arreglo a la ley y que respete los principios generalmente reconocidos para el procedimiento judicial ordinario, y en particular los siguientes: a) El procedimiento dispondrá que el acusado sea informado sin demora de los detalles de la infracción que se le atribuya y garantizará al acusado, en las actuaciones que precedan al juicio y en el curso de éste, todos los derechos y medios de defensa necesarios; b) Nadie podrá ser condenado por una infracción si no es sobre la base de su responsabilidad penal individual; c) Nadie será acusado o condenado por actos u omisiones que no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional que le fuera aplicable en el momento de cometerse. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de cometerse la infracción. Si, con posterioridad a esa infracción y la ley dispusiera la aplicación de una pena más leve, el infractor se beneficiará de esa disposición; d) Toda persona acusada de una infracción se presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley; e) Toda persona acusada de una infracción tendrá derecho a hallarse presente al ser juzgada; f) Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable; g) Toda persona acusada de una infracción tendrá derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo, a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y a que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo; h) Nadie podrá ser juzgado ni condenado por la misma Parte, de conformidad con la misma legislación y con el mismo procedimiento judicial, por un delito respecto al cual se haya dictado ya una sentencia firme, condenatoria o absolutoria; i) Toda persona juzgada por una infracción tendrá derecho a que la sentencia sea pronunciada públicamente; y j) Toda persona condenada será informada, en el momento de su condena, de sus derechos a interponer recurso judicial y de todo tipo, así como de los plazos para ejercer esos derechos. 5. Las mujeres privadas de libertad por razones relacionadas con el conflicto

a la entrada en vigor del mismo, les era aplicable la Cláusula Martens o de mínima humanidad (trato humano y procedimiento legal).

Entonces, los combatientes, o son legítimos (regulares, irregulares o circunstanciales) y con derechos como prisioneros en caso de captura conforme al Convenio III, o bien son poblaciones civiles, amparadas por el Convenio IV, ya que el *ius in bello*, no contempla hoy la figura inventada por algunas potencias de los “combatientes ilegítimos”. Es cierto que la naturaleza de los conflictos armados hoy, con un uso difuso de la violencia, los convenios de Ginebra, cada vez se ajustan menos a aquéllos, pero no por ello no podemos hacer una interpretación *contra legem* de éstos. Y esa figura que nos muestran los medios de comunicación social, de alguien agapazado entre poblaciones civiles armado y disparando contra los enemigos desde una esquina, se le debe considerar como combatiente a todos los efectos, salvo que, apresado en un momento que no combate y ante la duda, deba ser considerado como población civil, pero insisto, sin perjuicio de las responsabilidades a las que tenga que enfrentarse por su actuación. Es la teoría conocida como “puerta giratoria” que facilita el paso de una a otra situación, sin que en ningún caso pueda estar en un “limbo jurídico” como el aplicado a prisioneros capturados en Afganistán y trasladados a Guantánamo por personal al servicio de los Estados Unidos, con la complicidad de la mayoría de los países europeos al facilitar su transporte por avión a través de su territorio y utilizando sus infraestructuras aéreas, con clara vulneración del modelo vigente internacional de transporte aéreo, aunque fuera realizado con aeronaves militares.

En rigor, a falta de una solución definitiva, si se le considera como combatiente legítimo, salvo que sea considerado como espía en el caso de los conflictos internacionales (y de mera detención en el caso de los no internacionales, conforme al Protocolo II), le será aplicable, de acuerdo con el art. 5 del Convenio IV, dicho Convenio, salvo decisión en contra de un tribunal competente sobre el estatuto aplicable. Y si es considerado como

---

armado serán custodiadas en locales separados de los ocupados por los hombres. Su vigilancia inmediata estará a cargo de mujeres. No obstante, las familias detenidas o internadas serán alojadas, siempre que sea posible, en un mismo lugar, como unidad familiar. 6. Las personas detenidas, presas o internadas por razones relacionadas con el conflicto armado disfrutarán de la protección otorgada por el presente artículo, incluso después de la terminación del conflicto armado, hasta el momento de su liberación definitiva, repatriación o reasentamiento. 7. A fin de evitar toda duda en cuanto al procesamiento y juicio de personas acusadas por crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad, se aplicarán los siguientes principios: las personas acusadas de tales crímenes deberán ser sometidas a procedimiento y juzgadas de conformidad con las normas aplicables del derecho internacional; y cualquiera de esas personas que no disfrute de un trato más favorable en virtud de los Convenios o del presente Protocolo, recibirá el trato previsto en el presente artículo, independientemente de que los crímenes de que se la acuse constituyan o no infracciones graves de los Convenios o del presente Protocolo. 8. Ninguna de las disposiciones del presente artículo podrá interpretarse de manera que pueda limitar o infringir cualquier otra disposición más favorable y que ofrezca a las personas comprendidas en el párrafo 1 una mayor protección en virtud de otras normas aplicables del derecho internacional.

población civil, habrá que tener muy presentes los arts. 61 y siguientes del Convenio IV, en los que se establece la organización judicial de los territorios ocupados, que se mantendrán lo relativo a la organización judicial de los tribunales, sus magistrados y funcionarios de la zona ocupada, su legislación penal, salvo en el caso que la misma sea contraria a los intereses de la potencia ocupante y con numerosas garantías en cuanto a los cambios (irretroactividad, publicación en lengua local, etc.). En caso de quebrantamiento por poblaciones civiles de las normas dictadas por la potencia captora, podrán ser sometidos a jurisdicción ordinaria de ésta, la cual actuará siempre conforme a los principios generales del derecho, la proporcionalidad entre el ilícito y la pena y en consideración a que el reo no es súbdito de la potencia ocupante, todo ello, según nos recuerda el art. 67 de Ginebra IV. Y nos dice algo más el artículo siguiente y es que si un civil cometiera una infracción que pudiera afectar a los intereses de la potencia ocupante, sin pérdida de vidas o que no hayan supuesto un peligro colectivo o graves daños a la potencia ocupante, será castigado exclusivamente con internamiento o encarcelamiento proporcional a los daños causados, prohibiéndose, en cualquier caso, cualquier otro tipo de pena accesoria.

Está claro que dichos prisioneros no podrán ser sometidos, se les califique como se les califique, a “interrogatorios duros”, léase tortura, según anunció el Presidente Bush, en una sorprendente interpretación que el Ministerio de Justicia ha hecho de los Convenios de Ginebra ante el Congreso<sup>10</sup>.

¿Dónde queda la responsabilidad internacional de las potencias ocupantes hoy de territorios extranjeros, a causa de un conflicto armado, con la clara vulneración de estos preceptos?

## 5. PERSONAL CIVIL

Es sabido que en los conflictos actuales hoy más del 90% de las víctimas son civiles, proporción que era inversa en las guerras habidas hasta la I Guerra Mundial. De ahí la necesidad de garantizar por las potencias beligerantes que las poblaciones civiles deben estar al *paño*, lo máximo posible, de los efectos de los conflictos armados. En atención a lo sostenido en el anterior epígrafe *in fine*, queda claro que las poblaciones civiles (incluyendo a aquellos que sólo combaten a tiempo parcial gracias a la teoría de la puerta giratoria, recobrando su inmunidad tan pronto como ellos dejan de participar en las hostilidades) tienen un sistema especial de protección garantizado por Ginebra IV<sup>11</sup>. Dicho modelo abarca cuestiones como (y

---

<sup>10</sup>Cfr. *El Mundo*, 28 de abril de 2008. Edición Madrid, pág. 32.

<sup>11</sup>Resolución 1738 (2006) del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, de 23 de diciembre de 2006. Su N° 4. Reafirma su condena a toda incitación a la violencia contra civiles

citamos epígrafes de dicha norma) la determinación de zonas libres de hostilidades, modelos de conducta preventivos para prevenir sufrimientos innecesarios, protección de personas civiles en territorio ocupado, su régimen de internamiento, protección de civiles heridos y enfermos, entre otros. E incluso, este sistema general no impide que algunos colectivos civiles tengan un sistema mejorado. A saber,

- a) Los corresponsales de guerra: El *Ius in bello* distingue entre el periodista en una zona de combate de los corresponsales de guerra acreditados ante una fuerza armada y los periodistas independientes. Pero a los efectos que nos interesa, deben ser considerados como población civil, manteniendo este sistema de protección especial, siempre que se abstengan de cualquier acto que pueda ser incompatible con dicho estatuto<sup>12</sup>.
- b) Los niños, que no podrán ser alistados si no alcanzan los quince años y en caso de caer prisioneros, deben ser internados hasta los 18 años en campos de prisioneros separados de los adultos, no pudiendo ser condenados a muerte por debajo de dicha edad<sup>13</sup>.
- c) Las mujeres, en cuyo caso se disponen normas especiales relativas a las mujeres internadas imputadas por un ilícito o las normas especiales relativas a las mujeres encintas y madres de niños de corta edad<sup>14</sup>.
- d) Los apátridas y refugiados<sup>15</sup>.
- e) Las familias dispersas<sup>16</sup>.

---

en situaciones de conflicto armado, reafirma también la necesidad de hacer comparecer ante la justicia, de conformidad con el derecho internacional aplicable, a quienes inciten a esa violencia, e indica que está dispuesta, al autorizar misiones, a considerar la posibilidad, cuando proceda, a adoptar medidas en respuesta a las transmisiones de los medios de comunicación que inciten a cometer actos de genocidio, crímenes de lesa humanidad y violaciones graves del derecho internacional humanitario... 9. Recuerda que los ataques dirigidos deliberadamente contra civiles y otras personas protegidas y la comisión de violaciones sistemáticas, flagrantes y generalizadas del derecho internacional humanitario y las normas de derechos humanos en situaciones de conflicto armado, pueden constituir una amenaza para la paz y la seguridad internacionales, y reafirma a este respecto que está dispuesto a examinar esas situaciones y, cuando sea necesario, adoptar las medidas oportunas.

<sup>12</sup>Cfr. en este sentido la Resolución 1738 (2006) del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, de 23 de diciembre de 2006, que nos recuerda en su punto 1 los ataques intencionados contra periodistas, profesionales de los medios de comunicación y su personal asociado, como tales, en caso de conflicto armado y exhorta a todas las partes a que pongan fin a esas prácticas.

<sup>13</sup>Se garantizan a los menores otros muchos derechos a lo largo del Ginebra IV, art. 4.3 c) o el art. 74 del Protocolo I, así como en la Convención sobre los Derechos del Niño, hecho en Nueva York el 25 de mayo de 2000 y su Protocolo facultativo. A propósito de la situación de los niños soldados actualmente, puede consultarse el reciente artículo "Los niños soldados", en *Política Exterior*, julio-agosto 2008, vol. XXII, Nº 124, págs. 187-198.

<sup>14</sup>Cfr. arts. 75.5 y 76.3 del Protocolo I, art. 5.2 del Protocolo II, o art. 91 de Ginebra IV.

<sup>15</sup>Cfr. Título I y II de Ginebra IV o los arts. 44, 45, 70 y 73 del Protocolo I.

<sup>16</sup>Cfr. art. 74 del Protocolo I.

Pero podemos ver en los conflictos actuales la participación de civiles colaborando con el esfuerzo bélico de una potencia. Y así, tendremos que analizar si pierden su estatuto propio para ser considerados combatientes, más allá de los que se acogen a la ya reiteradamente citada teoría de la “puerta giratoria”. Veamos algunos ejemplos:

- a) Los trabajadores civiles de las fábricas de armamento (sean éstas públicas o privadas) y los funcionarios civiles al servicio del Ministerio de Defensa o incluso adscritos a labores administrativas de un cuartel o regimiento, siempre deben ser considerados poblaciones civiles a todos los efectos, a pesar de contribuir con su trabajo, de forma directa, al esfuerzo bélico<sup>17</sup>.
- b) Cocineros, cantineros y personal para atender los alojamientos de la tropa. Traemos a colación esta figura porque en los ejércitos tradicionales, los cocineros y personal similar eran normalmente soldados de las propias unidades y, alguna vez, apoyados por cocineros civiles. Pero abandonado el concepto de ejércitos territoriales para pasar a los meramente operativos (entre otras razones por escasez de efectivos después de la desaparición del servicio militar obligatorio) y asumida la privatización de servicios ya aludida, los ejércitos en campaña han acudido a la subcontratación con empresas nacionales de ciertos servicios, los primeros de todos, el alojamiento y manutención. Parece, por analogía, que este personal tampoco pierde su condición de civiles. No está lejos de esta tendencia, que los servicios médicos, nunca considerados como combatientes, acaben también pronto en manos de compañías privadas<sup>18</sup>. Claro que de seguir así, la jurisdicción militar (al menos la sancionadora) acabará en los juzgados de instrucción (¡lo que les faltaba!), las bandas de música militar serán sustituidas por una subcontrata con un DJ y la asistencia del clero militar desaparecerá sin más ante la falta de efectivos y de demanda, espacio que acabarán copando “imanes” para atender no sé qué pluralidades.
- c) Tampoco perderá su condición de personal civil la figura del “imán” que arenga a sus feligreses en contra de una potencia ocupante, proclamando la *yijad*. Podrá ser detenido y sometido a los tribunales nacionales en el

---

<sup>17</sup>Evidentemente no es nueva esta figura. Por dar un ejemplo, durante la II Guerra Mundial, unos 100.000 españoles trabajaron en fábricas alemanas, los cuales fueron volviendo progresivamente a España, según avanzaba el conflicto.

<sup>18</sup>El cuerpo de sanidad militar de las Fuerzas Armadas españolas está en esta vía. En la oferta pública de empleo del 2008 no se ha convocado ninguna vacante y en el año 2007, a pesar de haberse convocado, no hubo candidatos. Ello es debido a la escasez de médicos en España y lo mal retribuidos que está este colectivo, prefiriendo los licenciados otras actividades profesionales. Recientemente se ha adoptado el Real Decreto 382/2008 de 10 de marzo, por el que se modifica el Reglamento General de ingreso y promoción en las Fuerzas Armadas, con el que se posibilitará que licenciados de países hispanoamericanos (como ya ocurre con los soldados profesionales) puedan acceder, como oficiales a estos empleos dentro de aquéllas.

caso de que sus actos fueran delictivos, pero no podría ser, por ejemplo, asesinado selectivamente. Claro que si el "imán" es, por ejemplo, el jefe de una organización terrorista, entonces pierde la inmunidad.

- d) El caso de los traductores al servicio de un ejército. Esta figura se nos presenta ahora contratando los ejércitos a paisanos que hablen la lengua de la potencia ocupante o bien mediante empresas que ofrecen los servicios de apoyo a ejércitos. En este último caso estaremos dentro de la problemática ya analizada, pero en el supuesto primero puede presentar tintes melodramáticos. Muchas veces se los viste con uniforme del ejército de la potencia ocupante (sin derecho a ello), para que no sean reconocidos por nadie y, lo que es peor, cuando dejan de prestar sus servicios, tienen que emigrar para evitar represalias de sus vecinos. Es decir, por la potencia ocupante se les da un estatuto asimilado a la de su tropa, pero por los ocupados son calificados cuando menos de espías. Con la retirada de las fuerzas, como ya la hizo, Dinamarca, tras su despliegue en Afganistán para evitar represalias a sus trabajadores locales les otorgó a todos los que lo desearon el estatuto de refugiados y a los que decidieron quedarse les entregaron 25.000 dólares. España, en las misiones de paz en las que participa suele buscar una empresa local de servicios para evitarse reclamaciones individuales del personal a su servicio.
- e) Existen otros combatientes remotos, es decir, todos los que apoyando las fuerzas combatientes se encuentran incluso a miles de kilómetros de donde se desarrollan las hostilidades (piénsese de todos aquellos que manipulan los satélites militares que pueden estar o no adscritos a un ejército). Parece claro que si este personal es militar, gozará del estatuto de combatiente legítimo, pero pueden presentarse más dudas respecto del personal civil contratado para desarrollar esa misma función.

## 6. EL TRATO [IN]DEBIDO A LOS PRISIONEROS DE GUERRA

El Convenio de Ginebra III, relativo a los prisioneros de guerra, es aplicable no solo a los miembros de las Fuerzas Armadas de un ejército sino también a otros colectivos<sup>19</sup>, desde el momento de la captura hasta su liberación. Todos los aspectos fundamentales de los prisioneros están regulados por dicha norma, determinando un sistema general de protección de los prisioneros de guerra, las normas relativas al cautiverio, tales

---

<sup>19</sup>Miembros de milicias y voluntarios bajo determinadas circunstancias, personal que siga a las Fuerzas Armadas a pesar de no ser parte de ellas, los miembros de las tripulaciones, las poblaciones de territorios no ocupados que toman las armas de forma espontánea, los que pertenezcan o hayan pertenecido a las Fuerzas Armadas de un país ocupado si la potencia ocupante considera necesario su internamiento y cualquiera de los colectivos enumerados que sean recibidos en territorio de una potencia neutral o no beligerante y que éstas tengan obligación de internar.

como alimentación, vestuario, trabajo, descanso, régimen disciplinario, ubicación de los campos, asistencia médica, relaciones con el exterior, entre otros muchos aspectos.

La historia reciente es rica en ejemplos en los que por no aceptar los convenios en el momento en vigor, relativos al trato debido a los prisioneros. Por todos ellos, pensemos en el trato de los combatientes apresados por la URSS durante la II Guerra Mundial donde los españoles, procedentes en su mayoría de la 250 División de la Wehrmacht, se llevaron un tratamiento tan cruel durante su internamiento en el gulag hasta 1954, que el testimonio dejado por los supervivientes es aterrador<sup>20</sup>.

Y claro, el tema de los cautivos de esta nueva “guerra contra el terrorismo” no podía ser sino vino nuevo en odres viejos. Estos supuestos terroristas, conocidos con el término de “combatiente ilegal”, terminología no contemplada en los Convenios de Ginebra y a los que las autoridades militares norteamericanas negaban el estatuto de combatiente (y en consecuencia de prisioneros de guerra), fueron embarcados con destino Guantánamo, a partir del año 2002, extremo del que fuimos ampliamente informados por los informativos de todo el mundo. La decisión del traslado hasta el Caribe se debió a que dichas autoridades consideraron que allí existía un “limbo jurídico” lo suficientemente consistente para que no se vieran ni en la obligación de aplicar a los prisioneros el estatuto de prisionero ni la ley norteamericana.

Esta calificación, conforme a lo dicho ahora, no se sostenía, ya que o bien eran combatientes<sup>21</sup> o bien civiles<sup>22</sup> y, en ambos casos, si se probaba su responsabilidad en conducir hostilidades lejos de las previsiones establecidas en las leyes y usos de la guerra<sup>23</sup>, deberían haber sido juzgados conforme a lo que todas estas establecen<sup>24</sup>. Y, lógicamente, cuando tuvieron la mínima posibilidad de acceso a la jurisdicción, el castillo de naipes montado se derrumbó<sup>25</sup>. El Tribunal Supremo norteamericano, en el asunto *Hamdan vs. Rumsfeld*<sup>26</sup> (primero de una serie de reveses judiciales para la Administración Bush) o, en España, la sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo Nº 829/2006, de 20 de julio de 2006, son paradigmáticos. En este segundo asunto se ventilaba un recurso por infracción de ley y quebrantamiento de forma presentado por la represen-

---

<sup>20</sup>Algunos de los libros más significativos al respecto son: Fernando Vadillo Ortiz: *Los Prisioneros*. Ediciones Barbarroja. Madrid. 1996 o bien del excautivo Gerardo Oroquieta: *De Leningrado a Odesa*. Editorial Marte. Madrid. 1973.

<sup>21</sup>Art. 45 del Protocolo I.

<sup>22</sup>*Ibidem*, art. 50.

<sup>23</sup>*Ibidem*, art. 35.

<sup>24</sup>*Ibidem*, art. 85.

<sup>25</sup>Este camino abierto por dicha sentencia, se ha visto incrementado por otras posteriores, como la también protagonizada por *Hadman*, de junio de 2008, por la que el Tribunal Supremo reconoció el derecho de los detenidos a recurrir de su detención.

<sup>26</sup>548 US 557 (2006).

tación procesal de Abderrahaman Ahmed, condenado por la Audiencia Nacional a un delito de integración en organización terrorista, a seis años de cárcel más las accesorias, en el que dicho súbdito español nacido en Ceuta, que a partir del año 2000 había visitado varias veces Afganistán y que, al parecer, había contactado con varias células de Al Qaeda en España. En septiembre de 2001 y ante la inminente intervención militar norteamericana huyó a Paquistán, siendo capturado allí en compañía de un grupo de talibanes y entregado a las fuerzas norteamericanas. Trasladado a Guantánamo, permaneció allí encerrado hasta febrero de 2004, siendo entonces entregado a las autoridades españolas. En el fundamento jurídico sexto de la sentencia, se puede leer:

“La detención de ciertas personas, entre ellas el recurrente, sin cargos, sin garantías y por tanto sin control y sin límites, en la base de Guantánamo... constituye una situación de imposible explicación y menos justificación desde la realidad jurídica y política en la que se encuentra enclavada. Bien pudiera decirse que Guantánamo es un verdadero “limbo” en la Comunidad jurídica que queda definido por una multitud de Tratados y Convenciones firmados por la Comunidad Internacional, constituyendo un acabado ejemplo de lo que alguna doctrina científica ha definido como “Derecho Penal del Enemigo”. Ese derecho penal del enemigo opuesto al derecho penal de los ciudadanos, quedaría reservado para aquéllos a los que se considerara responsables de atacar o poner en peligro las bases de la convivencia y el Estado de derecho... Se trata de una construcción jurídica que parte de una contradicción en sus argumentos que contamina hasta la propia denominación de la doctrina. No se pueden defender desde el Estado los valores de la libertad, convivencia, pluralidad y derecho humanos, con iniciativas caracterizadas por la vulneración de los valores que dicen defender... Toda diligencia o actuación practicada en ese escenario [Guantánamo], debe ser declarada totalmente nula y como tal inexistente”.

Y tendremos que insistir; si los capturados son acusados de delitos como el terrorismo, en el contexto de un conflicto armado y que vayan dirigidos contra civiles, como pueden ser, entre otras muchas acciones, los ataques indiscriminados contra las poblaciones, la toma de rehenes, etc., no parece que quepa la menor duda de que se trata de actos contrarios al DHB y que sus autores son “combatientes irregulares” que deberán ser juzgados conforme a aquel y no en Guantánamo, para no repetir lo que los propios Estados Unidos y Gran Bretaña hicieron en junio de 1945, cuando tras el fin de la II Guerra Mundial tenían 7.614.794 prisioneros de guerra y, se les limitó el estatuto de prisioneros de guerra, en mayor o menor grado, gracias a que el Estado Mayor Conjunto le denominó como “fuerzas enemigas desarmadas” a los que hasta entonces habían sido considerados como prisioneros de guerra. Y así nos recuerda Zumbro:<sup>27</sup>

---

<sup>27</sup>Zumbro, Derek S.: *La batalla del Ruhr. La derrota alemana en los frentes del Oeste*. Barcelona. 2007. Traducción de Santiago Jordán y Efrén del Valle, 551-552.

“...Eisenhower comenzó a calificar a los prisioneros de guerra como ‘fuerzas enemigas desarmadas’, lo que permitía a los aliados suministrar raciones menos cuantiosas a los prisioneros alemanes de lo que prescribía la Convención de Ginebra. Dado que el personal designado de esta manera no estaba regulado, este cambio de denominación significaba esencialmente que los prisioneros podían ser tratados de la forma que consideraran conveniente sus capturadores”.

No hay nada nuevo bajo el sol.

## 7. *ARMAS NUEVAS Y NUEVAS FORMAS DE CONDUCIR LAS HOSTILIDADES*

Existe una norma en el DHB, que antes del uso de un arma nueva debe comprobarse que la misma no es contraria a las previsiones del DHB aplicables. Y este modelo ha funcionado con algunas como las láser, donde hay un consenso de su perfidia y, de hecho, nunca se han llegado a utilizar. Hay otras, sin embargo, que su prohibición ha venido después de comprobar en algún conflicto sus efectos devastadores, como es el caso de las químicas, prohibidas por convenio o las prohibidas al amparo del art. 35 del Protocolo I o por dañar al medio ambiente, de acuerdo con el art. 36 del mismo cuerpo legal.

Evidentemente, en los conflictos más o menos retransmitidos en directo desde la primera Guerra del Golfo por la CNN, la superioridad de medios de combate de los países de la OTAN que han “impuesto la paz” por ejemplo en Serbia o de los Estados Unidos en Irak y Afganistán, no pueden ser objeto de reproche jurídico alguno, pero queda en penumbra la utilización de algún tipo de armamento, como la munición con uranio empobrecido que puede afectar a la salud de todos aquellos que tienen contacto con ella y, el impacto ambiental que producen también.

Declino, sin embargo, en ahondar en la cuestión porque si la Corte Internacional de Justicia, en su opinión consultiva de 8 de julio de 1996, no pudo pasar de afirmar que la amenaza o el empleo de las armas nucleares *sería generalmente contrario a las normas de derecho internacional de los conflictos armados, particularmente los principios y normas del derecho humanitario*<sup>28</sup> (las cursivas naturalmente son del autor), cualquier intento de avance en esta materia es mero papel mojado.

---

<sup>28</sup>El texto íntegro de la opinión consultiva en español puede verse en la resolución de la Asamblea General A/51/21B, de 19 de julio de 1996, en concreto, el párrafo citado se encuentra en la página 42 de la misma.

#### IV. CONCLUSIONES

1. Cuando se explica la asignatura de Derecho internacional público, uno de los epígrafes del curso es la relación entre normas consuetudinarias, su cristalización y el desarrollo progresivo del Derecho internacional y para ello se ponen multitud de ejemplos de cómo el Derecho del mar, el Derecho diplomático y consular o el Derecho de la guerra, son fruto de ese tipo de normas consuetudinarias que han sido cristalizadas en convenios (1958, 1961 ó 1949 respectivamente) y que los mismos han sido modificados posteriormente por otros posteriores, para cubrir las propias necesidades de los Estados, como así ocurrió, en el primero de los supuestos con la Convención de Montego Bay de 1982 (III Conferencia del Derecho del Mar) o, en el caso del Derecho de la Guerra con los Protocolos de 1977. Sin embargo, en la situación actual de los conflictos armados y los cambios que han tenido, hace imprescindible una profunda revisión de los mismos a fin de acomodarlo a la forma en la que hoy se conducen las hostilidades.
2. Y en este sentido, los conflictos actuales están dando grandes pruebas de la inadecuación de las conductas a los modelos de mínima humanidad que se deben mantener con el enemigo y sus territorios ocupados. Si la tarta empezó a partirse en el conflicto de Yugoslavia, los horrores han seguido en Irak, Afganistán o por toda África.
3. La cuestión, desde mi punto de vista, puede pasar por varias soluciones. Desde adaptar los convenios a las prácticas en combate que se siguen hoy y que en innumerables ocasiones, siendo claramente contrarias a éstos, privan a los autores de cualquier tipo de beneficio por ser considerados combatientes para ser calificados claramente como asesinos o terroristas, que es lo que en la realidad son muchas veces. Pero no acudamos a una calificación irreal de "ilegítimos" para acabar siendo peor que ellos. Afganistán nos lleva a Guantánamo y éste a la repulsa mundial. Comprendo, cómo no, la dificultad de la modificación de los Convenios de Ginebra y sus Protocolos, pero de seguir así, acabarán siendo inaplicables. Otra posibilidad es negar la mayor, es decir, que ante la posibilidad de que un grupo armado o una potencia, por sus tradiciones o simplemente por su civilización, no esté dispuesta al respeto del DHB, en los términos generalmente admitidos de los Convenios y sus Protocolos, por desconocerlo como tal (como ocurre en el caso de los países de religión musulmana, donde a pesar de haber sido ratificados por algunos países, la tradición de la *yihad* pesa tanto que no aceptarán el estándar mínimo internacional, entre otros muchos bienes jurídicos protegidos). Una posible solución es que el DHB, a pesar de su consideración de *ius cogens*, quedara

condicionado a la cláusula *si omnes*, limitando ese estándar mínimo, hasta el común denominador contra la otra parte. Esta solución, evidentemente, no es la más deseable porque, en definitiva, fue el modelo que se utilizó en el Frente Oriental y en el Pacífico durante la II Guerra Mundial y la crueldad del conflicto alcanzó cotas inimaginables. Pero, a corto plazo, va a ser la única solución posible cuando se enfrenten, independientemente de la razón o de la legitimidad de las hostilidades, potencias occidentales con comunidades musulmanas (estoy pensando en el conflicto de Oriente Medio).

Eso sí, dígase claramente: vamos a la guerra y no en misión de paz y vamos a respetar tantos derechos como los que nos respeten a nosotros, por muy políticamente incorrectas que parezcan estas afirmaciones.



IN MEMORIAM



## GERARDO ROCHA VERA 4.5.2008

### I.

Muy querido amigo Gerardo, muy querida familia Rocha, queridos amigos:

Siento mucho no poder estar físicamente con vosotros en esta despedida cristiana del “adiós” y “hasta luego” al amigo que nos precede en la vuelta a la casa del Padre. Los gozos compartidos son el doble, los dolores compartidos se reducen a la mitad. “Algo se muere en el alma, cuando un amigo se va...”. Al cabo de unos 70 días de dolorosa agonía, ha llegado la hora de la Ascensión al cielo y de Pentecostés que con viento fuerte y lenguas de fuego todo lo renueva. Permitidme unas breves palabras en esta circunstancia. Es la hora propicia para evocar orar, celebrar, honrar su memoria. Gerardo Rocha es memorable, digno de ser conocido y recordado. Como vosotros, cada uno a su modo, yo soy un amigo de Gerardo. Considero esta amistad como uno de los dones preciosos que me ha concedido el Señor: Hemos sintonizado en los proyectos, hemos viajado mucho juntos, nos hemos compenetrado y hemos llegado a ser amigos del alma. Me gustará dedicarle tiempo y espacio en mi agenda para escribir su biografía desde el perfil saliente de su personalidad creativa que ha sido genial. Gerardo ha sido un singular promotor de humanidad.

Cuenta San Agustín que la muerte de un amigo le dejó un impacto muy hondo y le llevó a interrogarse, “Dios mío, quién soy”. Es la muerte del otro, de un ser querido, la que nos interpela. La respuesta a ese gran interrogante no puede ser teórica, debe ser existencial. El ser humano es un misterio para sí mismo. No es un elemento del mundo, es un microcosmos, donde confluyen todas las dimensiones, de naturaleza y cultura, de tiempo y eternidad, de persona y comunidad. Tiene ser corporal como las piedras, vida como las plantas, sensibilidad como las bestias, inteligencia como los ángeles, es capaz del bien y del mal, del amor y del odio, es capaz de Dios. No es solitario sino solidario, familiar, ciudadano del mundo, es persona y por eso es único e irreplicable. Es imagen de Dios, llamado a ser cristiano por el agua y el espíritu. Es maravilla de ser.

San Pablo descubre otra dimensión del sujeto humano: el cual no solo está llamado a tener la gracia que da el ser nuevo en Cristo, sino que recibe carismas, que le llevan a servir a los demás. Los carismas son gracias de conocimiento, de profecía, de lenguas, de vida entregada al servicio de los demás. Creo que este perfil de promotor cultural con el carisma del servicio o diaconía es el de Gerardo: un carisma que se proyecta en tres etapas: inicia con la creación de centros culturales, logra dar el salto y funda la universidad en Santiago y culmina con una red mundial de universidades. En las tres etapas Santo Tomás de Aquino es el patrono.

Este itinerario lineal hacia delante y hacia arriba es ejemplar. Ya en la *primera etapa* Gerardo se olvida de sí mismo, no concluye sus estudios de medicina, crea la Agrupación Santo Tomás y escribe un libro cautivador: “*Todo está en ti*”. Yo he comenzado a conocer a Gerardo dando conferencias en estos centros,

peregrinando por todo Chile en bus, en automóvil, en la avioneta que pilotaba el joven Gerardo jr.

La *etapa de la universidad* ha requerido muchos esfuerzos hasta lograr el nivel actual de profesorado, de campus, de alumnado. Gerardo ha buscado la cualidad. Propone a los universitarios el modelo de los grandes en los diversos ámbitos de la cultura. Ha buscado y ha encontrado excelentes rectores y profesores. Es en esta etapa cuando entra Santo Tomás como el "*Doctor humanitatis*".

Desde hace unos diez años la Universidad irradia y se hace presente a nivel mundial bajo la sigla de ICUSTA, una admirable red mundial de universidades que llevan el nombre de Santo Tomás y tienen un ideario tomista en antropología, ética y religión. Se ha extendido primero por América, de Argentina a Canadá, luego en Europa, y en los últimos años por África y el inmenso mundo asiático. Ya pasan de 30 las universidades de ICUSTA: es muy consolador ver esta expansión paso a paso: tres nuevas en África, la de Filipinas, Corea, Taiwán, y se abren las puertas de China. En esta etapa encuentra la Sociedad tomista SITA y la prestigiosa Academia Pontificia de Santo Tomás en Roma, de las cuales yo era Presidente. Gerardo en esta etapa ha sido el gran promotor que la mitad del año se pasaba volando. Era como un satélite de comunicaciones. Tenía una constante "*actio in distans*". En los vuelos, en los hoteles lo podías ver con su pequeña grabadora, su teléfono para noticias, su estilo tan humano, sencillo y persuasivo, su intuición de las personas, porque vivía entregado a la promoción de las empresas e ideales. En este marco creciente hay que interpretar su vida y "*milagros*", en verdad una vida de servicios y sorpresas culturales.

Un hombre de tantas cualidades no tenía que morir. Es justo reconocer sus dotes y cultivar su memoria con la cooperación en las obras que ha dejado. Para mí era una fiesta el tiempo de nuestros encuentros: él iba a Roma, a Lugano, a Madrid, yo venía en mis meses de vacaciones. La última vez que estuvimos juntos fue en Madrid, en la semana dedicada a Santo Tomás sobre el tema de la belleza: él habló de la belleza musical y de sus creaciones en este campo. Decía que a veces de noche le venía la inspiración y se levantaba para tocarla y escribirla. Esta vez ha tenido el sueño más largo, del cual se ha despertado para recibir los sacramentos de la confesión, la santa unción y la sagrada comunión pero ya no ha podido escribir la melodía. Sin duda ha cantado el TE DEUM.

Así purificado vuelve, como el hijo pródigo, a los brazos del Padre que es amor y misericordia, mientras el coro de los ángeles canta y celebra su entrada en el cielo.

Granada, 8 de mayo de 2008.

FRAY ABELARDO LOBATO, OP

## II.

Queridos amigos:

La Universidad entendida como laboratorio en la búsqueda de la verdad sobre el hombre es el núcleo central de la sociedad. La Universidad en la que nos encontramos, cuyo ideario responde a los principios del humanismo cristiano, que eso es el tomismo, se ha convertido en un importante agente de evangelización

de la cultura y ha sido así porque en la mente de su fundador primaron siempre los valores que hacen al hombre más hombre: los valores de verdad, libertad, el no divorcio entre la fe y la razón, la preocupación por remediar la pobreza intelectual, origen de todas las demás pobreza.

La Iglesia en cuyo seno nació la universidad ha estado siempre atenta a promover la educación católica y ha prestado su aliento a todas las Instituciones que han sido alentadas por laicos comprometidos como es el caso de la Universidad Santo Tomás.

Recientemente el Papa Benedicto XVI en su discurso en la Universidad Católica de América ha dado orientaciones muy precisas para llevar a cabo esta tarea sin caer en el relativismo de las ideas y en el monopolio de los valores técnicos. Dice por ejemplo: “mientras hemos buscado diligentemente atraer la inteligencia de nuestros jóvenes, quizás hemos descuidado su voluntad, como consecuencia obramos preocupados que la noción de libertad se ha distorsionado. La libertad no es la facultad para *desentenderse de*; es la facultad de comprometerse con. Una participación en el ser mismo. Como resultado la libertad auténtica jamás puede ser alcanzada alejándose de Dios”.

Pues bien, para mantener vivo el legado fundacional que ha dejado el Fundador de esta Institución prestemos atención a las orientaciones de la Iglesia que siempre redundarán en el progreso y el bien del hombre mismo, de tantos jóvenes que gestan su provenir en las aulas de nuestras universidades.

Una condición esencial a la verdadera amistad es la lealtad. Para testimoniar mi lealtad a la amistad que me ha unido durante muchos años a Gerardo Rocha he querido estar aquí esta mañana entre ustedes, al lado de su familia. Amistad en la que Gerardo siempre fue generoso y leal.

LYDIA JIMÉNEZ

### III.

#### GERARDO ROCHA: UN TESTIMONIO PERSONAL

Decir algo sobre la persona de Gerardo Rocha, en las terribles e incomprensibles circunstancias en las que encontró la muerte, lo considero un deber de justicia. Lo conocía vagamente antes de aceptar ser Rector de la UST en abril del 2000; sí conocía algo su Universidad, especialmente porque en ella participaban muy reconocidas personalidades académicas. Previo a mi designación en dicho cargo debí naturalmente entrevistarme con él. En ese entonces era el Presidente y Fundador de Santo Tomás. Así, legítimamente, le gustaba que se le reconociera.

Antes de dicha entrevista, quise conocer el edificio donde funcionaba la Universidad en Santiago. Llamaron mi atención la limpieza general del inmueble, los sobrios colores de los muros, la austeridad de la decoración, la luminosa capilla con el Santísimo presente, entre otras cosas. Le referí estas primeras impresiones en nuestra entrevista: es parte esencial de nuestro proyecto educativo, me comentó escuetamente. Sus respuestas eran siempre escuetas, era hombre de pocas palabras, era más bien hombre de acción. Pregunté por qué en todas las oficinas hay un mapamundi. Me contestó ¿te gusta viajar? Me interesa que Santo Tomás esté en

todo el mundo, agregó. Y el mapamundi en cada oficina, lo supe después, es para que todos piensen con perspectiva global, y no sólo por razones de expansión geográfica, sino también al modo universal de Tomás de Aquino.

Nunca se atribuyó méritos propios en la obra que había fundado, siempre en sus palabras estaban presentes todos quienes le ayudaban y le habían ayudado, con gratitud, propia de un hombre bien nacido. Repetía casi a diario que Dios, misteriosamente, se había valido de él, pobre instrumento, para dar forma a esta gran obra educativa que se despliega hoy por todo Chile y en otras partes del mundo.

La obra por la que se jugó con profunda pasión, con afán perfeccionista y ordenador, habla por sí sola. Miles de alumnos, miles de profesores, miles de profesionales formados en sus aulas, la mayoría primera generación con educación superior. Que al enterarse de su muerte el Cardenal africano Alexander do Santos decidiera subirse a un avión y venir desde Mozambique a presidir la Misa fúnebre es una señal impresionante. Hay en dicha obra un espíritu patente, que dice más que mil palabras.

Decir que trabajar con Gerardo era fácil sería faltar a la verdad; no podía serlo, quería hacer muchas cosas a la vez, todo rápido, cambiaba abruptamente de tema, y sus temas abarcaban el mundo entero, disponía cosas a gran velocidad, a veces sin mayores contemplaciones. Pero, asimismo, era generoso y afectivo, llamaba días después para pedir perdón por alguna aspereza; era especialmente sensible al bien de los alumnos, quería que cada uno pudiera tener la misma suerte que él había tenido.

La parte material de su obra no lo distraía de su soñado objetivo educacional, expansionista e integrador. De hecho muchos edificios nuevos construidos en Chile recientemente ni los conocía. Cuando viajaba no se distraía un minuto a hacer turismo u otras actividades, todo giraba con precisión en orden a su objetivo concreto, y con perfecta puntualidad. Disfrutaba invitando a comer, pero no por la comida o la bebida, que siempre se encargaba él mismo de que fuera la mejor, aunque él no bebía y comía poco; pero se preocupaba de los comensales, y ya sentado en la mesa, se ocupaba de cada uno personalmente con delicadeza. Podía alojar con el mayor lujo oriental o en un monasterio abandonado expuesto al frío, su ánimo no variaba, incluso creo que disfrutaba más en la adversidad que en la comodidad. Le gustaba registrarlos todo con su cámara de fotos o con una pequeña grabadora, fuera una buena imagen o una buena idea.

Lo pasó muy mal con la muerte de su nieto mayor. Lo pasó mal también con el accidente en Barcelona. Su familia ha conocido el sufrimiento muy de cerca y es admirable en su fortaleza. Esto les ha ayudado a ponerse en el lugar de la familia Oliva que ha actuado también con nobleza, con la conciencia que este episodio oscuro ha sido muy triste para todos.

Santo Tomás, la gran obra que Gerardo Rocha fundó y presidió hasta hace poco deberá seguir creciendo, y de seguro ahora lo hará con mayor sentido luego de la dolorosa experiencia que ha vivido. Con sentido de bien común, de amor a Chile y a la Iglesia, con mirada acogedora y amplia. Con el espíritu del que Tomás de Aquino fuera maestro.

ANÍBAL VIAL ECHEVERRÍA  
Ex Rector, Universidad Santo Tomás

## JAIME EYZAGUIRRE GUTIÉRREZ

Para Fiestas Patrias del 2008 se cumplen, coincidentemente, el centenario del nacimiento y 40 años de la prematura partida del gran historiador y profesor Don Jaime Eyzaguirre Gutiérrez (1908-1968). Nació en Santiago y sus estudios secundarios los realizó en el Liceo Alemán (del cual después fue profesor) y los de Derecho en la Universidad Católica. Tempranamente se manifestó en él su interés por las letras, el derecho, la cultura y la historia. Destaca principalmente en esta última disciplina, en la que fue completamente innovador, el sentido de cambiar la visión y opinión del Conquistador, que venían expresando los historiadores chilenos y sudamericanos desde antigua data. En efecto, Eyzaguirre, hispanista y tradicionalista católico, nos vino a recordar que España trajo a América la fe y la cultura (llámese, idioma, derecho, sus instituciones, su organización, etc.). Algunos de sus textos son homenaje apasionado a la Madre Patria (*Hispanoamérica del Dolor*, por ejemplo). Fue entonces un revisionista que extirpó la leyenda negra que perseguía a España en Chile y América.

Su historiografía es prolífica y contundente. A veces se refiere a pasajes de la Historia (En *Viejas Imágenes*, por ejemplo). Otras veces, a próceres sudamericanos como *O'Higgins*, también refiérese a estudios de Derecho, que se han convertido en clásicos para estudiantes y abogados como: *Historia del Derecho*, *Fisonomía Histórica de Chile*, *Historia Constitucional de Chile*, *Ideario y Ruta de la Emancipación Chilena*, y el ya señalado *Hispanoamérica del Dolor*, pequeño y trascendental libro que le abrió las puertas en España, donde fue muchas veces a ilustrar y recordarles a los españoles lo que fue la gesta de la Conquista de América, desde un punto de vista positivo e hispanista. Su particular visión de la Historia fue duramente criticada por autores liberales y socialistas, los primeros seguidores de Barros Arana y Vicuña Mackenna y los segundos encabezados por Ramírez Necochea.

Su trabajo termina con su extraordinaria *Historia de Chile* de dos tomos, el primero de los cuales terminó y el segundo es póstumo, pues cuando en él trabajaba, lo sorprendió la muerte, en un trágico accidente de tránsito cuando contaba apenas 59 años.

También participó activamente, para difundir la cultura, la hispanidad, el tradicionalismo católico y la historia en Instituciones como: Liga Social, que difundía la Doctrina Social de la Iglesia, Revista "Estudios", difundía el pensamiento del Centro de Estudios Religiosos, Fundador del Departamento de Historia y Geografía de la Escuela de Pedagogía de la Universidad Católica ( hoy Instituto de Historia), miembro del Instituto de Cultura Hispánica, Profesor en las Universidades de Chile y Católica.

Puedo referir algunas anécdotas o hechos de mi experiencia como alumno que fui del maestro Eyzaguirre.

Es sabido por los abogados de antaño, que las clases más importantes, en que el Maestro se refería a próceres como *O'Higgins*, por ejemplo, se anunciaban con antelación, el día y la hora de ella, los alumnos de Derecho debían llegar más temprano de lo habitual para alcanzar asientos pues venían a escucharlo

estudiantes de otras Facultades como Historia, Filosofía, Pedagogía e incluso de Medicina como el Doctor Jorge Vargas Díaz, clases que terminaban con un aplauso cerrado de parte de los asistentes.

En el sitio del trágico accidente el 17 de septiembre de 1968, existe un monolito recordatorio que reza: "La ciudad de Linares, al Segundo Descubridor de Chile, Don Jaime Eyzaguirre".

A profesores españoles que nos han visitado les hemos obsequiado *Hispanoamérica del Dolor*, se han sorprendido y emocionado de cómo un chileno le habla de hispanismo a los españoles...

Indicamos sus principales obras:

*La vida de un funcionario de la administración colonial española. El maestre de campo don Domingo de Eyzaguirre* (1930); *Elementos de la ciencia económica* (1937); *Eyzaguirre: Generaciones y semblanzas* (1938); *León Bloy: el peregrino de lo absoluto* (1940); *Ventura de Pedro de Valdivia* (1942); *América Nuestra* (1944); *O'Higgins* (1946); *Viejas imágenes* (1947); *Fisonomía histórica de Chile* (1948); *El Conde de la Conquista* (1951); *Fuentes para la historia del derecho chileno* (1952); *Historia del derecho* (1955); *Historia constitucional de Chile* (1955); *Chile durante el gobierno de Errázuriz Echaurren, 1896-1901* (1957); *Ideario y ruta de la emancipación chilena* (1957); *La soberanía de Chile en las tierras australes* (1958); *Archivo epistolar de la familia Eyzaguirre 1747-1854* (1960); *Chile en el tiempo* (1961); *El alcalde del año diez* (1961); *La frontera histórica chileno-argentina* (1962); *Chile y Bolivia: esquema de un proceso diplomático* (1963); *La orden al mérito de Chile* (1964); *El intento de negociación chileno-boliviana de 1950 y su secuela* (1967); *Breve historia de las fronteras de Chile* (1968); *Hispanoamérica del Dolor* (1969); *La Logia Lautarina y otros estudios sobre la independencia* (1973); *Historia de Chile* (Tomo I, 1965; Tomo II y póstumo, 1974).

Hoy Jaime Eyzaguirre vive, pues está plenamente vigente en sus libros y discípulos que enseñan la historia desde la perspectiva tradicionalista católica e hispanista como el Maestro les enseñara, lo que se transmite de generación en generación.

MARCELO ELISSALDE MARTEL\*

---

\*Abogado y Profesor de Derecho Político de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás.

# CRÓNICA



## POBLACIÓN Y VALORES

En un diario capitalino se publicaba un pequeño artículo acerca de la disminución demográfica en la Comunidad Europea. Dos informes casi simultáneos, uno de la ONU y otro de la Oficina Estadística de la UE, daban cuenta de este problema. De hecho, aun cuando los nacimientos aún superan al número de defunciones, la distancia se acorta cada vez más, al punto que en el último año la tasa de crecimiento fue la más baja desde la Segunda Guerra Mundial.

En consecuencia, la población de la UE envejece rápidamente, al punto que llegará a ser (si ya no lo es) la de mayor edad promedio del planeta. Esto significa que cada día hay menos población joven activa, que debe mantener una cada vez mayor población senil, inactiva. A esto se agrega, por otro lado, que dados sus actuales niveles de vida, la carga para el llamado “Estado de bienestar” –y por tanto, para los que trabajan– es muy pesada. De ahí que los referidos informes señalen, además, que para mantener en el mediano plazo los actuales niveles de prestaciones sociales se requiere con urgencia de manos frescas de inmigrantes. Su importancia es tal, que incluso del total de los nacimientos del año pasado, un 70% viene de este sector. Sin embargo, aun cuando esta población viene a ser la “tabla de salvación” para seguir con el actual estándar de vida de una de las zonas más ricas del mundo, paradójicamente las políticas de inmigración se hacen en general cada vez más duras y restrictivas, lo cual se relaciona además con la creciente xenofobia y muestras de racismo detectadas en distintos países de la UE.

Si se analiza este fenómeno sólo desde el punto de vista económico, el horizonte es bastante desalentador. Así las cosas, en poco tiempo más (se habla incluso hasta de cinco años), el Estado de bienestar entrará en crisis. Según los informes, se requerirían, de aquí al 2025, unos 150 millones de inmigrantes para mantener la actual fuerza de trabajo, cifra enorme, si se toma en cuenta que la población actual de la UE no llega a los 400 millones.

Sin embargo, llama la atención que el problema se analiza prácticamente desde esta única perspectiva. Si bien es cierto que se tratan otros asuntos, como el de la integración de esta población nueva –que muchas veces forma verdaderos guetos–, o las consecuencias políticas que puede traer una igualación de derechos a su respecto, pareciera no querer verse la raíz de la cuestión.

En efecto, si se analiza con más detenimiento, esta situación de la población de Europa occidental se asemeja asombrosamente a la ocurrida entre los siglos IV y V d. C., durante la decadencia del Imperio Romano. Es conocido cómo a causa del gran poder y bienestar, los otrora sobrios romanos relajaron las costumbres –sobre todo en materia sexual– de manera excesiva, por decir lo menos.

Pero la decadencia moral iba más lejos. También, como es sabido, en su último período de existencia, el Imperio tuvo que soportar las invasiones de los llamados “pueblos bárbaros”, impulsados a su vez por los Hunos. Sin embargo, esta penetración (o mejor, migración) no sólo duró muchos años y tuvo variadas manifestaciones, sino que además, desde cierto punto de vista, obedeció también a una auténtica necesidad de la época. En efecto, tal vez donde se demostró más

cabalmente esta decadencia de una cultura que otrora había llegado a su cenit, fue en el hecho asombroso que se incorporara a estos “bárbaros” al ejército, a fin de proteger al Imperio precisamente de otros “bárbaros”.

Pero con esto se dio sólo el primer paso, porque posteriormente estos mismos pueblos servidores pasaron a ocupar territorios y considerarse, de hecho, independientes. No sólo eso: no faltaron las revueltas y el desafío frontal “y armado” a las cada vez más débiles autoridades. De ahí que para “legalizar” esta situación el Imperio procediera a dar a estos nuevos ocupantes la calidad de “federados” y “colonos” en sectores fronterizos, en un intento desesperado de asimilar este elemento extraño que se incrustaba como una cuña, ahora que no podía contenerse. Esta asimilación, obviamente, no se logró, lo que contribuyó, en gran medida, a la caída del Imperio.

Todo esto se parece inquietantemente al caso actual, en que una serie de funciones y actividades “manuales” –por llamarlas de alguna manera–, es decir, aquellas que en principio son menos sofisticadas o calificadas dentro de una sociedad (agricultores, temporeros, operadores de fábricas, etc.), son llevadas a cabo por estos extranjeros, y no por los propios europeos. Y al mismo tiempo, las cifras muestran una alta y a veces altísima cesantía, que podría perfectamente ser paliada en gran medida con esos trabajos. Pero tal como hace quince siglos, al parecer el ciudadano europeo sencillamente no quiere molestarse por este tipo de actividades y prefiere cobrar el seguro social. Por otro lado, también están los problemas de integración y los choques culturales, siendo Europa muchas veces incapaz de asimilar a estos recién llegados.

Las situaciones, por cierto, no son exactamente iguales, pero se asemejan. Y como entonces parece no verse –o no quererse ver– que a menos que cambien radicalmente los valores profesados y la actitud interior y sincera de cada uno (una apertura a la vida en vez de encerrarse cada cual en su propio yo), en resumen, un auténtico robustecimiento de la familia, se está marchando directamente a un precipicio. En efecto, ¿de qué sirve señalar que con la inmigración se solucionará el problema del mantenimiento del Estado de bienestar? A fin de cuentas, lo que importa, más que una generación, es una cultura en su conjunto y con su historia. Si, como ya se dice, estamos acudiendo al final de la Europa blanca, ¿quién heredará toda esa riqueza y cultura? ¿Para quién serán los frutos de la que antes fuera la cuna de la cultura occidental?

MAX SILVA ABBOTT\*

---

\*Doctor en Derecho/Universidad de Navarra. Profesor de filosofía del derecho de la Universidad Católica de la Santísima Concepción.

## MATRIMONIO RELIGIOSO CON EFECTOS CIVILES

Cumplidos tres años desde que entrara en vigor la Ley de Matrimonio Civil es posible apreciar algunas tendencias que revelan las estadísticas que ofrece el Registro Civil. Una de ellas no es sorprendente porque se hizo ver en el proceso de discusión de la ley, cual es que el divorcio no sería un mal menor frente a las nulidades fraudulentas y que las cifras de rupturas matrimoniales en vez de reducir aumentarían. Los números son expresivos: 1.188 divorcios se decretaron el 2005, 10.107 el 2006 y 15.609 el 2007. Debe recordarse que el número de nulidades matrimoniales no superaba los 7.000 casos. Es decir, no sólo en un año (2006-2007) los divorcios crecieron en un 54%, sino que la última cifra más que duplica las sentencias de nulidad anteriores a la ley. Chile ha entrado de lleno en la espiral del divorcio.

Pero hay otra cifra que conviene no descuidar y que permite avizorar un aspecto positivo de la nueva legislación. Se trata de la posibilidad que abrió la ley de que el matrimonio se celebre de acuerdo con las formas de la confesión religiosa a la que pertenecen los contrayentes, y sea luego ratificado e inscrito en el Registro Civil.

Esta posibilidad legal no ha tenido eco en los medios de comunicación ni tampoco suficiente comprensión por parte de los llamados a informar a la población y a aplicar la normativa. Muchos pensaron que se trataba sólo de una concesión simbólica hecha a la Iglesia Católica para hacerle más tolerable la consagración del divorcio, pero que no tendría efectos prácticos. Las mismas autoridades religiosas tampoco se convencieron mucho de que los ciudadanos podían querer ocupar esta fórmula. Pese a que la Conferencia Episcopal elaboró un documento donde se recomienda a los fieles católicos usar este derecho legal, pareciera que no siempre los párrocos, los catequistas y los funcionarios parroquiales han incentivado su ejercicio.

El Registro Civil no ha colaborado especialmente para que la normativa se aplique. El Servicio se niega a aceptar que el trámite se haga por apoderado, y exige a los cónyuges concurrir personalmente en el exiguo plazo de 8 días que fija la ley. Hemos sabido también que se resiste a inscribir como fecha del matrimonio la de la celebración religiosa, poniendo en cambio la del trámite posterior ante el Registro, lo que desconoce el sentido de la disposición legal.

Con todas estas dificultades es sorprendente que el número de matrimonios que se han contraído de acuerdo a esta opción legal sea bastante significativo y, lo que es aún más auspicioso, que va en aumento. El 2004, sólo 64 matrimonios se contrajeron religiosamente y luego fueron inscritos en el Registro Civil, pero en los años 2005 y 2007 la cifra se elevó a más de 1.000 (1.472 y 1.397); el 2007 el número volvió a subir a 1.523. Es notable que, con todas las restricciones mencionadas, esta forma matrimonial haya alcanzando este volumen. No queda más que reconocer que en esto la ley, lejos de contener una norma simbólica y sin relieve práctico, sintonizó con anhelos profundos de la población chilena.

Esta silenciosa manifestación popular debería hacer reflexionar tanto a las autoridades religiosas como a las civiles. Las confesiones religiosas deberían preocuparse para que sus fieles conozcan y puedan hacer valer este derecho que les otorga la ley. En la Iglesia Católica, los párrocos y los notarios o secretarías parroquiales deberían ofrecer también información sobre esta fórmula legal y no obstaculizar el deseo de los contrayentes que quieran hacer uso de ella. El Registro Civil debería, por su parte, revisar sus procedimientos y las interpretaciones para que los ciudadanos puedan libremente elegir la forma de matrimonio que más se adecua a sus convicciones.

Finalmente, los políticos y legisladores deberían tomar cuenta de este hecho para perfeccionar la normativa. Por ejemplo, debiera extenderse el plazo para la inscripción en el Registro Civil al menos a 30 días, permitir expresamente la inscripción por apoderado o incluso por requerimiento escrito del ministro de culto que ofició el matrimonio religioso, y posibilitar que la inscripción se practique cuando uno de los cónyuges haya fallecido o sufra un accidente que le impide manifestar su voluntad después de contraído el matrimonio ante su Iglesia.

HERNÁN CORRAL TALCIANI\*

---

\*Decano de la Facultad de Derecho y Profesor de derecho civil de la Universidad de los Andes.

## REFLEXIONES FUERTES

## I. 75 AÑOS DEL PARTIDO SOCIALISTA

Ya desde su fundación, en abril de 1933, el Partido Socialista había señalado su adhesión al marxismo, reconociendo a la lucha de clases como motor de la historia, así como la necesidad de una dictadura del proletariado. En el Congreso partidario de 1948 se había declarado marxista-leninista, lo que mereció su inhabilitación en la Internacional Socialista.

Podría argumentarse que tales definiciones no pasaban de ser teóricas, pero no era así. En el XXI Congreso General Ordinario de junio de 1965, realizado en Linares, Adonis Sepúlveda consiguió que se aprobara una tesis que incluía la “vía insurreccional”, cuando el proceso social alcanzara su “madurez”. Concretamente, se afirmaba que “nuestra estrategia descarta de hecho la vía electoral como método para alcanzar nuestro objetivo de la toma del poder; el partido tiene un objetivo y para alcanzarlo deberá usar los métodos y los medios que la lucha revolucionaria haga necesarios”.

Poco después, esa maduración parecía haberse dado, ya que en el XXII Congreso General Ordinario, realizado en Chillán en noviembre de 1967, un moderado, como el Secretario General Aniceto Rodríguez, planteaba la pronta “toma del poder” con la “violencia revolucionaria... inevitable y legítima”, en un proceso que “nos lleva a la lucha armada”. Entre otros aspectos, se aprobaron las tesis a) del Internacionalismo Proletario, que incluía la aceptación de la Organización Latinoamericana de Solidaridad (OLAS), con sede en La Habana, como Estado Mayor de la Revolución. Adicionalmente, se sostenía que la Revolución Socialista Mundial debía estar dirigida por un Comando Unificado; b) del Poder Popular, el que a partir de la “democratización radical del Estado” iniciaría la construcción del socialismo mediante un poder paralelo al establecido, a través de una Asamblea del Pueblo, y con una amplia área de propiedad social (APS); c) del cierre de la “época de las revoluciones a medias”, porque se estimaba que las revoluciones “pacíficas, democráticas, nacionales, o paternalistas, habían fracasado”. Cuba había demostrado “la viabilidad de la violencia revolucionaria”. Por eso se consideraba conveniente que las masas fuesen “conducidas por intelectuales revolucionarios bajo dirección marxista”, hasta que Chile se convirtiese en “parte de la revolución mundial”.

Se agregó que “la violencia revolucionaria es inevitable y legítima (y) constituye la única vía que conduce a la toma del poder político y económico y a su ulterior defensa y fortalecimiento;” en consecuencia, el Congreso afirmó que “las formas pacíficas o legales de lucha no conducen por sí mismas al poder; el PS las considera como instrumentos limitados de acción, incorporados al proceso político que nos lleva a la lucha armada”. En cuanto a los plazos, el Congreso fue enfático para aclarar que “el Partido Socialista, como organización marxista-leninista, plantea la toma del poder como objetivo estratégico a cumplir por esta generación”.

Sí, la generación de los hombres de Allende, la generación de los hombres de la subversión antipinochetista, la generación que aún pervive en los carcamales del PS.

Qué majadería tener que recordar estas cosas; qué anticuadas y olvidadas entre los cincuentones; y qué increíbles para los de menos edad.

Por eso, al leerlas ojalá nuestros jóvenes se pregunten: ¿y cuando los socialistas celebran como lo hicieron el sábado pasado, también incluyen esta etapa de su historia?

Obvio, y con mucho orgullo.

## II. SUBVENCIONES Y SUBVERSIONES

Los breves en que se encuentra la ministra Provoste –y sus insólitas argumentaciones raciales y sociales para sostener que se la persigue– deben considerarse a la luz de lo que el gobierno de Allende, el paralelo de la administración Bachelet, enfrentaba exactamente 35 años atrás, en marzo de 1973.

Fueron los días en que, por segunda vez, Educación remitió el Decreto de Democratización de la Enseñanza (la ENU, en sigla sencilla) a la Contraloría General de la República. Dos meses antes, el órgano contralor había devuelto el texto sin tramitar, afirmando que “la creación de Consejos y Comités de la naturaleza de los que se contemplan en el documento sólo podría establecerse mediante ley y, por el contrario, no podría hacerse por la vía de un decreto supremo, procedimiento que en último término vulnera la norma de competencia prevista en el art. 4º de la Constitución”.

Con su segundo envío, en marzo y mediante insistencia, Allende quería doblarle la mano a la Contraloría. Casi acorralado, el órgano en todo caso salvó su postura: “Los preceptos contenidos en el documento –afirmó Contraloría– no pueden afectar en forma alguna, la organización administrativa y la designación de los establecimientos privados de enseñanza, los que corresponde determinar a los particulares”.

Bien sabía el órgano contralor que semanas antes el Ministerio de Educación había declarado abiertamente que el proyecto de la ENU tenía por objeto “transformar a cada chileno en actor de su destino, elemento base de los cambios sociales que afiancen el sistema socialista de vida”.

Y a pesar de que el 12 de abril efectivamente se publicó en el Diario Oficial el Decreto sobre Democratización de la Enseñanza, el gobierno anunció al día siguiente su voluntad de suspenderlo, por la fuerte oposición de que había sido objeto.

Contraloría, con total profesionalismo, había frenado la más sutil y grave subversión planificada por la UP. Esa que el mismo Patricio Aylwin calificara como “instrumento del objetivo político partidista de concientizar a los niños y jóvenes chilenos dentro del ideario marxista leninista que inspira a los partidos gobernantes” (los mismos, eso sí, que serían socios de su gobierno menos de 20 años después).

Hoy, 35 años más tarde, la Contraloría, con total profesionalismo, se ha enfocado en las subvenciones. Una y otra vez, desde el órgano contralor, se han venido objetando los procedimientos de la ministra y de su equipo y, por cierto, la

oposición se apresta para hacer frente a la grave situación con el instrumento de la acusación constitucional. Bien, bien por la doble fiscalización de nuestras platas y de la probidad.

Pero queda aún algo oculto en el actual debate sobre las subvenciones, y se refiere justamente a los principios de libertad de enseñanza por los que tanto se luchó en 1973.

Esas garantías, magníficamente reforzadas por la legislación del Gobierno del Presidente Pinochet, están gravemente amenazadas por el acuerdo sobre el futuro de la educación alcanzado el año pasado, con las manos alzadas de la misma ministra Provoste. Ahí lo que hay es más Estado, más controles, más socialismo.

Mira si uno de los resultados colaterales de la acusación fuera la ruptura de ese mal acuerdo. Mira por dónde se podría poner en discusión de nuevo y mejor, qué garantías verdaderas queremos para la libertad de enseñanza y cómo no debemos aceptar nada del socialismo educativo que se nos quiere imponer como hace 35 años, pero esta vez con nuestros propios votos.

### III. LA PRESIDENTA, ¿EN QUÉ CHINA ATERRIZÓ?

Oriente, China, Tíbet, misterios. Mientras más se sabe sobre sus estadísticas, más se ignora sobre su auténtica realidad.

Detrás de los espectaculares números económicos, apenas logran asomarse otros, mucho menos alentadores: índices de contaminación, porcentajes de participación política, tamaño de la familia y de la vivienda, páginas prohibidas en la red, etc. Y, más en el fondo, las estadísticas sobre temas fundamentales para la dignidad humana simplemente desaparecen.

¿Qué se sabe con certeza numérica sobre el infanticidio de mujeres, sobre el trabajo esclavizado, sobre los creyentes encarcelados, sobre las minorías reprimidas, sobre la circulación impedida?

La nada y la cosa ninguna.

Superando esa carencia de datos, en algún país por ahí y de vez en cuando se asoma la denuncia, estalla el escándalo –con frecuencia farisaico–, se organizan marchas, se firman protestas. A pesar de esas reacciones, obviamente, el gigante misterioso sigue inmovible, despreciando los daños a su imagen que producen esas filtraciones sobre sus *enormes violaciones a la dignidad humana*.

El Gobierno de Chile, su servicio exterior, algo sabe, algo conoce, algo intuye sobre esas terribles realidades. ¿Cuánto? Quién sabe cuánto. Pero con total prescindencia de esas crueles verdades, la Presidenta emprende su viaje a China. Antes de partir, evita, omite, se calla.

Algunos dicen que en su pasiva actitud se manifiesta un doble estándar, que ella sólo critica las violaciones a la dignidad humana cuando le conviene. Y para fundamentar esa afirmación, recuerdan otros silencios, otras ambigüedades: Cuba, Chávez, las FARC... Pero esa etiqueta no es la correcta, esa explicación olvida el marco ideológico de la Presidenta, esa rabieta confunde el juego semántico del doble lenguaje que desarrolla el socialismo, con la unidad radical de los propósitos presidenciales. Confunde el doble estándar de los medios con la unidad de los fines.

Porque la Presidenta Bachelet, tremenda novedad, es una rama más (torcida y retorcida, como tantas otras) de esa parte de la humanidad que un día leyó con devoción en la obra de Lenin la sentencia fundamental: sólo es moral lo que contribuye al triunfo de la revolución. Fue en ese árbol frondoso que crecieron las ramas socialistas de los últimos cien años, ciertamente ayudadas por tantos compañeros de ruta que hicieron de tutor del tronco. Ha sido en esa piedra angular donde se han apoyado todos los propósitos de los más variados socialistas chilenos. Es a partir de esa premisa que se han construido todos los dobles lenguajes que muestran u ocultan alternativamente el único propósito, según lo indiquen las circunstancias.

Por eso mismo, la Presidenta Bachelet no tiene dos, simplemente tiene un solo estándar: el triunfo de la revolución en el mundo. Como la Guerra Fría se acabó hace rato, como los propios revolucionarios afirmaron que se habían terminado los socialismos reales, hoy a eso lo llaman liderazgo progresista o superación de las desigualdades, porque de la revolución, mejor ni hablar: podría recordar los crímenes de Stalin, o el genocidio camboyano o incluso... la criminal revolución cultural de Mao.

Semanas atrás causó furia que Carlos Larraín se refiriera a las influencias del pasado germano oriental en la Presidenta. Si le exigieron que pidiera perdón, fue justamente porque había dado en la clave: cuando se ha vivido apoyando a un Estado cuyo único propósito era la revolución, no cabe duda de que la propia existencia ha quedado marcada a fuego, indeleblemente, por esa convicción. Desde esa experiencia europea, ciertamente la doctora aprendió que la vida de los otros puede depender de ella. Por eso fue ministra, por eso es Presidenta; por eso mira con simpatía –silenciosa o elocuente, los lenguajes son sólo medios– la consolidación del socialismo en China, en Chile y en el mundo. Socialismos reales también.

Tiananmen, qué desmentido a esta tesis sería que la Presidenta recordara y reprochara Tiananmen. Porque así como en la conciencia del PRI mexicano aún resuenan los ecos de Tlatelolco, justamente en las vísperas de los Juegos Olímpicos del 68, es probable que en la voz interior de los jefes chinos Tiananmen esté en off.

Si es falso que el socialismo cauteriza la conciencia, Bachelet habrá tenido la oportunidad de demostrarlo. Si es cierto, habrá callado sobre Tiananmen y sobre tantas otras cosas, una vez más\*.

#### IV. EL CHE, SIMPLEMENTE UN CRIMINAL

Mientras el Metro de Santiago incluye en cada estación el afiche con la siempre odiosa cara del Che, aviso por el que se convoca a la conmemoración en el Estadio Nacional de los 40 años de su muerte, el porcentaje de aprobación a la Presidenta Bachelet baja al 35%. Y, nos explican, esa debacle se debe en gran parte a la violencia del 11 de septiembre pasado.

Obvio: Los que como Guevara han promovido esa criminal actitud siempre terminan con el verdadero pueblo en contra; y si la Presidenta ciertamente no

---

\*Publicado en *El Mercurio*, el 13.4.2008, D-12.

ha sido la promotora de la violencia, al menos ha sido bajo su mandato (¿mandato?) que Carabineros ha sido desautorizado (y sus miembros, asesinados o vejados) y el crimen político-social ha sido justificado bajo el rótulo del derecho a manifestarse.

Pero el Che sigue en las estaciones del Metro sin que la Presidenta exija su remoción de los paneles; y lo ensalzarán en el Nacional, sin que la Presidenta impida el acto. Obvio, es el Che, es la mítica figura de la liberación y del compromiso, es el intocable en la casta de los revolucionarios, es el pasado de la mandataria, hoy presente en románticos afiches publicitarios y en estridentes poleras.

Pero, ¿fue el Che de verdad el liberador comprometido? Ni de lejos. Alvaro Vargas Llosa lo fusiló de nuevo con diez tiros un par de años atrás, dejando en claro que Guevara era partidario del capitalismo de Estado, que maquinó la colonización de Cuba por parte de la URSS, que ayudó a arruinar la economía al distraer los recursos hacia industrias que terminaron en el fracaso y redujo a la mitad la cosecha de azúcar, que obedeció a Moscú hasta que Moscú decidió pedirle algo a cambio de masivas transferencias de dinero a La Habana, que murió precisamente debido a que no pudo “conectarse” con los campesinos, que todo su esfuerzo guerrillero fracasó penosamente, que tenía el hábito de apoderarse de la propiedad ajena, que ejecutó a muchas personas inocentes con su columna durante la última etapa de la lucha armada en Cuba, que su visión de América Latina era en realidad bastante borrosa, que predijo que Cuba superaría el PIB per cápita de los Estados Unidos para el año 1980...

Y también el 2005, Humberto Fontova en su chispeante libro *Fidel, el Tirano favorito de Hollywood* especificó que fueron entre 568 y 1.897 las personas cuyas ejecuciones comandó directamente el Che, sin que hubiera intento alguno de su parte por ocultarlo, ni antes ni después.

Ya anunciaba esa intención en sus “Diarios de Motocicleta”, al afirmar que “loco de furia, impregnaré mi rifle de rojo mientras destrozo a todo enemigo que caiga en mis manos; me expando al oler la pólvora y la sangre; con las muertes de mis enemigos me preparo para la lucha sagrada y me uno al proletariado triunfante con un grito bestial” (Ciertamente Redford dejó este pasaje fuera de la película).

Y ya en su madurez criminal, volverá a fundamentar sus intenciones, con sentido pedagógico: “El Odio implacable hacia el enemigo nos impele por encima y más allá de las naturales limitaciones del hombre y nos transforma en una efectiva, selecta y fría máquina de matar”. La perspectiva de esta docencia era continental: “Haremos en América, uno, diez, cien Vietnams”.

Chile recibió también altas dosis del odio que transmitía por sus correas de metal la máquina guevarista. Miristas, socialistas y comunistas, en ese orden, lo idolatrarón más o menos abiertamente y lo imitaron más o menos eficazmente. De esas criminales acciones da cuenta nuestro libro *La agresión del Oso, Intervención soviética y cubana en Chile\**. Y así hasta hoy, hasta las portadas de *Punto Final* y de *El Siglo*, hasta el acto del Nacional.

Sí, gracias a Chiledeportes y al Metro, miles de chilenos acudirán al Estadio Nacional a conmemorar la muerte de uno de los mayores criminales de la historia

---

\*(N.R.: Editorial El Roble. Santiago de Chile. 2003).

de América. Y a la salida ¿qué se puede esperar? No sabemos si volarán las piedras; sí, por cierto, se diluirán aún más las escasas adhesiones al Gobierno.

El Che volverá a ser el peor compañero de ruta posible.

## V. ¿CUÁL ALLENDE?

A cien años de su nacimiento, a casi 35 de su muerte, el Allende verdadero debe comparecer ante nuestra mirada. En él confluían una serie de características no siempre congruentes entre sí, que iban desde su situación personal a su ideología, sus relaciones con las fuerzas de izquierda y sus ambiciones políticas; ciertamente era un personaje complejo.

Médico, masón, de buena posición social, de gustos refinados, de trato agradable, veterano político profesional, orador florido con tendencias reiterativas, parecía más bien un dirigente tradicional del Partido Radical que un PS. Tres veces derrotado en sus intentos electorales con el FRAP, sus compañeros de partido no se mostraron demasiado entusiasmados con su cuarta postulación: en el Comité Central del PS obtuvo 12 votos contra 13 abstenciones.

Sin embargo, el PC lo designó como candidato alternativo a su propio abanderado, Pablo Neruda. Esta situación no se produjo por casualidad. Allende, en realidad, era un antiguo compañero de ruta del PC. El 15 de marzo de 1953, cuando se realizó en el Teatro Baquedano el homenaje al recién fallecido José Stalin, Allende había afirmado: “Stalin fue para el pueblo ruso, bandera de revolución, de ejecución creadora, de sentimiento humano agrandado por la paternidad; símbolo de paz edificante y de heroísmo sin límite, venerado por su pueblo; asombraba al mundo corrigiendo los propios errores, en un afán humano y digno de superarse; pero por sobre todos estos aspectos casi hieráticos de su personalidad, están su fe inmensa en la doctrina de Marx y Lenin, su irrevocable conducta marxista; todo lo hacía al servicio del pueblo, con la estampa de Lenin en los ojos y con el fuego del marxismo en el corazón; (...) Stalin ha muerto; hay muda protesta en las conciencias y congoja en las almas; hombres de la Unión Soviética, nosotros los socialistas compartimos vuestro luto que tiene conmoción universal; vuestro consuelo, el saber que hay hombres que no mueren; Stalin es uno de ellos”.

Después el futuro presidente se mantuvo completamente fiel al comunismo y a su sede rusa.

“El PC es el partido de la clase obrera; el PC es el partido de la Unión Soviética, el primer Estado socialista del mundo; y quien quiera formar un gobierno socialista sin los comunistas, no es un marxista; y yo soy marxista”, afirmaría con decisión.

Junto a su admiración por Moscú, Allende también se presentaba como un entusiasta de La Habana, donde concluyó compareciendo a la reunión fundacional de la Organización Latinoamericana de Solidaridad (OLAS), controlada por el Departamento América del gobierno cubano. Y en el famoso Congreso de Chillán de 1967, Allende sostuvo que “sin claudicaciones”, se requería de un partido “más duro y más fuerte, más dinámico en su acción, con conciencia revolucionaria y con capacidad política”, para afianzar la Unidad Popular y llegar a los debidos acuerdos con los comunistas. En este contexto, no extraña que Allende confiara en su habilidad para transar las diferencias tácticas, en especial con el MIR, respecto del cual llegó a afirmar: “Veamos si es posible llegar a acciones comunes;

y que el país sepa que tenemos tales puntos de contacto y podemos hacer tales acciones en común”.

Está claro: Allende por su trayectoria inicial en política se ubicaba al lado de las posiciones de aparente moderación propiciadas por el PC. Pero, por sus más recientes actuaciones, se presentaba como un seguidor, un tanto heterodoxo, del revolucionarismo castrista y de la toma violenta del poder. ¿Había un modo propiamente allendista, entonces, de articular las diversas influencias revolucionarias que había asimilado, con su propia personalidad más bien burguesa? Sí, lo había. Concretamente, la “vía chilena al socialismo”, con todas sus fatales consecuencias para el país.

Allende “reformista”, stalinista controlado por el PC; Allende castrista, empujado por las fuerzas izquierdistas “revolucionarias”; Allende, “reversionista”, con una “vía chilena” o “pacífica hacia el socialismo”. ¿Cuál era el verdadero? ¿Uno, los tres, o ninguno? Quizás ni él mismo lo habría podido establecer con precisión.

## VI. EDUCACIÓN PÚBLICA ¿O SOCIALISTA?

El Estado tiene que servirnos a todos. Pero como lo administran unos pocos y de una determinada tendencia –en eso consiste la democracia hecha Poder Ejecutivo–, la tentación de utilizarlo en beneficio propio es enorme. Más aún, si a la cabeza están los socialistas.

El socialismo se caracteriza por usar palabras bonitas para cosas feas y lograr que más de la mitad de los electores no se den cuenta del engaño. Por eso, cuando el Gobierno propone que el Estado se obligue a financiar un sistema de educación pública, pluralista y gratuita, sabe que muchos chilenos entenderán algo así como: por fin habrá buenos liceos para los pobres, sin adoctrinamiento y a cero costo para la familia. Engaño puro.

Los socialistas saben que las palabras superan a las realidades en los deseos de los que las oyen, sobre todo si se pronuncian desde el poder. Desfiguraron ya el concepto equidad, para que en las mentes de los chilenos sonara a “me darán todo lo que otros me han quitado”; destrozaron la noción de justicia, para que en la conciencia de tantos significara “los que ganaron el 73 la tienen que pagar”. Y ahora se proponen acabar con el recto sentido de lo público, lo pluralista y lo gratuito.

Lo público es de todos y no es sinónimo de lo estatal. A lo público concurren en mayor cantidad y calidad que el propio Estado, cada uno de los chilenos, los privados. Eso, los socialistas lo saben, les revienta y tratan por todos los medios de cambiarlo. El método es sencillo: insistir e insistir en que lo público es lo estatal, que lo estatal es lo público, que lo público es... Basta leer al rector de la Universidad de Chile para ver cuánto empeño se pone en esta tarea semántica. Así, financiar un sistema de educación pública, no cabe duda alguna, es simplemente proponer el financiamiento de una educación estatal. Fuera los privados del ámbito público, porque el espacio público es del Estado y, por lo tanto, fuera los privados del imprescindible y legítimo subsidio estatal.

Lo pluralista se define como la legítima concurrencia con proyectos propios al espacio público, dentro de los límites reconocidos, porque el sentido del límite es uno de los grandes resguardos de la democracia. Pero esto, a los socialistas, los

descoloca, porque bien conocen la calidad y el éxito de los proyectos educativos que desde muy variadas opciones –ciertamente legítimas y muy distintas de las suyas– se promueven en la sociedad chilena. Muy sencillo: se trata, entonces, de convertir el pluralismo en una exigencia para cada institución, obligándola así a renunciar a la integridad de su propio proyecto educativo. O en cada colegio, instituto y universidad se enseñan todas las visiones en un plano de equivalencia, o no habrá financiamiento estatal; si eres excluyente de alguna y partidario de otra, porque sabes distinguir entre la verdad y el error, excluido quedarás de los pesos del subsidio. Otro rector, aunque curiosamente lo es de una universidad no estatal, ha propuesto esta paradójica concepción del pluralismo, ya varias veces.

Y finalmente lo gratuito: ah, qué virtud tan adorable. Pero ese ídolo no existe, Todo cuesta, por todo se paga, siempre alguien lucre (o roba). En una sociedad libre, se les muestra a las personas, con la mayor claridad posible, los flujos de las platas, para que todos entendamos bien de dónde salen y a dónde llegan. En la propuesta gubernamental, el socialismo logra entregar al dios Estado la maravillosa capacidad de ocultar los orígenes y los destinos de los dineros en educación, porque una gran bondad redentora, lo gratuito, se impone sobre las matemáticas y los balances. No más necesidad de hacer conciliaciones, qué alivio ministerial. Y como obvia consecuencia, los privados forzados a cobrar cada día más caro.

Sebastián Piñera se ha propuesto enmendar la pésima proposición del socialismo gubernamental. Pero, cuidado: del texto que proponga –que despertó un sospechoso entusiasmo inicial en Montes, el gran socializante– dependerá en buena medida su prestigio como candidato por la libertad de enseñanza o por la enseñanza vigilada. Y en esta materia, ya no le quedan más oportunidades a la Alianza.

Meses atrás, sus dirigentes alzaron sus manos entrelazadas con las gubernamentales; lo hicieron con poca convicción, pero superando sus sospechas. Hoy, conscientes del comienzo del engaño, si vuelven a levantar las manos, será por un penoso gesto de rendición, será el manos arriba que los vencedores les imponen a sus prisioneros\*.

## VII. EL SECUESTRADOR SECUESTRADO

Ha terminado un capítulo especial del drama de los secuestros en Colombia. Pendientes están aún las soluciones para tantos otros casos, menos llamativos quizás, pero igualmente criminales.

Y pendientes están también las respuestas de fondo a las preguntas fundamentales.

La primera interrogante, la que interpela por igual a la conciencia y a la acción, es simplemente ésta: ¿cómo llega a corromperse un ser humano hasta el punto de tratar como mercancía a otro? Ciertamente no son los marxistas los llamados a ofrecer respuestas a partir de su teoría sobre la plusvalía. No lo son, porque justamente ha sido desde las tesis leninistas inspiradas en Marx que el secuestro devino en acto revolucionario. Fue con los decretos del Terror Rojo, de septiembre

---

\*Publicado en *El Mercurio*, el 13.4.2008, D-12.

de 1918 después del atentado contra Lenin, que se autorizó a la Cheka a tomar rehenes en previsión de posibles ataques contra otros líderes del partido.

Y Stalin, oh Stalin. Ese Stalin de quien Neruda diría que “el mundo y su patria no le dan reposo; otros héroes han dado a luz una patria, él además ayudó a concebir la suya; a edificarla; y defenderla; su inmensa patria es, pues, parte de él mismo; y no puede descansar porque ella no descansa”, ciertamente secuestró a esa patria casi completa: en total, pasaron unos 7 millones de personas por el Gulag entre 1934 y 1941, y a la muerte de “papito” Stalin quedaban unos 2.750.000 secuestrados en unas 500 colonias y campos. En paralelo, por esos días, ya operaban importantes movimientos de guerrilleros secuestradores en Iberoamérica.

Y más cerca aún, en agosto de 1978, Pol Pot anunció que en Camboya no existían cárceles y que incluso se había suprimido la palabra del léxico camboyano. Obvio: toda la población había sido tomada como rehén por el Khmer Rojo; un 26% de ella sería aniquilada en el terrible proceso de su secuestro. Por esos días, ya las FARC operaban con criminal eficacia en Colombia.

Está claro: sólo secuestra el que primero ha sido secuestrado por una ideología. Nadie lo expresó mejor que Jorge Millas, ese mismo año 78: “Elegida la revolución como fin, quien se decidió por ella cerró la puerta de su propia trampa; a partir de ese momento se halla secuestrado por el poder de una decisión que quizás –aunque éste no es siempre el caso– haya sido un acto libre en su origen, pero que, dado su carácter –hacer la revolución, sin más–, lo sujeta a su implacable automatismo; en vano podría invocar el secuestrado, o quien hiciera la apología de su misión violenta, su propósito de servir los intereses de la Humanidad”.

Capturado por su ideología, el secuestrador practica con sus rehenes un microproyecto perverso, el secuestro, en el que ensaya su macrodiseño: el Estado totalitario, el futuro secuestro de toda una sociedad.

Pero, segunda pregunta, ¿de nada de eso tendríamos que preocuparnos dentro de Chile, no?

En mayo pasado moría Marulanda. Oportunidad excelente para que el presidente del PC, Guillermo Teillier, aclarara el punto. Notables fueron sus palabras: el deceso de Tirofijo, aseguró, era una fuerte pérdida para el movimiento revolucionario latinoamericano, porque Marulanda había sido un dirigente que se había dedicado a luchar por lo que él creía justo.

Por esos días, en lógica coherencia, se informaba sobre dos jóvenes chilenos vinculados a las Juventudes Comunistas, quienes se encontraban haciendo una “pasantía” en secuestros junto a sus camaradas de las FARC. La revelación de su presencia en la selva, con trajecito verdeoliva y todo, no pasó de escandalillo, como si esa vinculación no fuera equivalente a la matrícula de un par de muchachos en cursos avanzados de pedofilia o violación, obviamente financiados por una beca de su organización en Chile. ¿Exageración? No. Ya Hernández Norambuena demostró en Brasil cuán avanzados son los conocimientos de los comunistas chilenos en la teoría y práctica del secuestro.

Entonces, ¿no hay nada de qué preocuparse en Chile? ¿Resulta lógico ofrecerles asientos negociados en el futuro Congreso a los que, invocando la exclusión, practican o defienden simultáneamente el secuestro?

Por cierto, el secuestro es hoy un tema jurídico clave en Chile. Mientras en Colombia se vive el drama del secuestro real, acá reina la ficción: nunca se logra probar que los desaparecidos continúen bajo control de sus supuestos captores

(que a su vez están detenidos o ya condenados), ni que ese delito sea aplicable a funcionarios públicos.

Reina la ficción. Lógico, sus promotores son los mismos que un día fueron secuestrados por la ideología\*.

#### VIII. ALEXANDR SOLZHENITSYN (1918-2008)

Ha muerto un coloso. Después de casi 90 años intensos y fecundos, Alexandr Solzhenitsyn ha sellado su vida de modo paradójal: le ha fallado el corazón a uno de los hombres de mayor fuerza cordial del siglo XX.

Un héroe, eso fue el ruso más importante de la centuria pasada. Ante todo –y lo dejaremos hablar a él en estas líneas– fue heroico en la crítica, porque después de lograr sobrevivir a 8 años de trabajos forzados dio a conocer al mundo el stalinismo, el sistema más opresivo y criminal que jamás se haya diseñado y practicado. Ese sistema por el que “Iván Denisovich había perdido la costumbre de pensar en lo que ocurría al día o al año siguiente, y de qué alimentaría a su familia; la dirección del campo lo pensaba todo por él”. Ese sistema en el que “el plato de sopa importa más que la vida que llevaron antes y la que todavía les queda”.

Es el Gulag, esa palabra ya indeleblemente asociada a Solzhenitsyn y que desde su valiente denuncia estremece a todos, menos a los pocos comunistas aún vigentes.

Además, el premio Nobel practicó más adelante el heroísmo para criticar, cuando ya había sido acusado de antisoviético y corría el riesgo de ser nuevamente encarcelado o proscrito.

¿Quién sino él podía decirle por escrito a los líderes soviéticos que “no abrigo muchas esperanzas de que ustedes se dignen examinar ideas que no me han sido formalmente solicitadas, aun cuando provienen de un compatriota de rara índole; uno que no está en una escala subordinado al mandato de ustedes, que no puede ser despedido de su puesto, ni degradado o promovido o recompensado por ustedes?” Sólo podía hablar así a esos burócratas del crimen un hombre heroico en el dominio y en el ejercicio de su libertad interior. Lo hacía porque tenía claro que “el marxismo siempre se ha opuesto a la libertad; el comunismo jamás ha ocultado el hecho de que rechaza todos los conceptos absolutos de moralidad; se mofa de toda estimación del ‘bien’ y del ‘mal’”.

Una vez expulsado de la URSS, Solzhenitsyn fue heroico para denunciar a Occidente y a sus mediocridades: “Soy crítico de un hecho que no podemos comprender: cómo se puede perder el vigor espiritual, la fuerza de la propia voluntad y, teniendo libertad, no apreciarla, no estar dispuesto a hacer sacrificios por ella”.

Vuelto a la Rusia postsoviética en 1995, no vaciló en criticar su estado lamentable.

“Rusia está pisoteada, hecha jirones; han saqueado a Rusia, la han vendido a precio vil, pero hay algo más aún terrible: ¿de dónde vino esta tribu, cruel, bestial, estos ladrones codiciosos que se apropiaron hasta del título de nuevos rusos, que engordaron con tanto placer y elegancia con la desgracia de nuestro pueblo? Más

---

\*Publicado en *El Mercurio*, el 6.7.2008, D-19.

funesta que nuestra miseria es esta deshonra ostensible, esta vulgaridad depravada y triunfal que se ha infiltrado en las capas superiores del Estado”.

Pero la suya no fue una voz siempre ácida, sino que también iluminó caminos futuros y propuso nobles desafíos.

A los soviéticos les dijo: “Desechen esta ideología llena de grietas; cédsela a los rivales de ustedes: dejen que se vaya donde quiera; déjela que siga de largo y se aleje de nuestro país como la nube de una tormenta, como una epidemia”.

Y a Occidente lo interpeló: “Si no aprendemos a limitar drásticamente nuestros deseos y demandas y subordinar nuestros intereses a criterios morales, nosotros, la humanidad, sencillamente nos desgarraremos, ya que los peores aspectos de la naturaleza humana sacarán a relucir sus colmillos; en las circunstancias cada vez más complejas de nuestra modernidad, el imponernos límites a nosotros mismos es la única senda que verdaderamente hará posible nuestra preservación; la felicidad no reinará en nuestro planeta, no nos será concedida con tanta facilidad”.

Pero sobre todo en su patria clamó: “El camino es largo, muy largo. Si bajamos por la pendiente durante casi un siglo, ¿cuánto tiempo nos llevará subirla? Años y años, sólo para tomar conciencia de todas las pérdidas, de todos los males. En la Rusia actual, pervertida, arruinada, desconcertada, aplastada, es evidente que sin el apoyo espiritual de la Iglesia Ortodoxa jamás nos levantaremos; si no somos una manada de seres irracionales, necesitamos un fundamento respetable para nuestra unidad”.

Se fue una presencia; quedó una voz rotunda, colosal.

## IX. LA CATEDRAL, TOMADA

La mayoría de los clérigos católicos cumple hoy admirablemente su tarea pastoral. La prueba más fehaciente es que de la actuación del 98,7% de los curas no se dice ni una palabra en los diarios ni en la TV; y del 1,3% que sí aparece, casi todos los que integran ese reducido porcentaje figuran comentando la palabra de Dios o se destacan en el legítimo ejercicio de tareas profesionales de bien común asociadas a su sacerdocio: bioética, literatura, historia del arte, antropología, etc.

Para encontrar hoy un cura metido en política, entregado en alma, corazón y vida a la sociología, totalmente psicologizado o lamentablemente desviado en sus tendencias personales, hay que buscarlo con lupa o rastrearlo en muy determinados y minoritarios ambientes y en extraños medios de comunicación.

Casi no nos damos cuenta, pero es una gran noticia. El clero católico de Chile –digan lo que digan sus enemigos secularizadores– está sano, activo y se entrega heroicamente, sin publicidad. Y ninguna campaña podrá mostrar más que un caso en mil que desvirtúe esa afirmación.

Sí, casi nos parece lo obvio. Pero si recordamos que justo hace 40 años, el 11 de agosto de 1968, nueve sacerdotes, tres religiosas y doscientos laicos se tomaron la catedral de Santiago, parece casi un milagro la actual fidelidad.

¿Motivos de la ocupación? Teresa Donoso Loero, en su imprescindible obra “Los cristianos por el socialismo en Chile”, los enumera con claridad: protestar por el viaje del papa Paulo VI al Congreso Eucarístico de Bogotá (obvio: la mayoría de los ocupantes no creía ya en la presencia real de Jesucristo en la Hostia santa); protestar por la prohibición vaticana de la píldora anticonceptiva (lógico: los ocu-

pantes habían desligado ya la sexualidad del amor); protestar por la construcción del templo votivo de Maipú (coherente: para ellos la Virgen no se había asociado suficientemente a las luchas revolucionarias).

Estuvieron todo un día dentro de la catedral, cantaron bajo la conducción de Angel e Isabel Parra el Oratorio para el Pueblo, mientras sobre el altar colgaban posters de sus santos –así los proclamaron–, el Che Guevara y Camilo Torres. Por fuera, la catedral aparecía coronada, de torre a torre, con un lienzo: “Por una Iglesia junto al pueblo y su lucha”.

El cardenal Silva Henríquez reaccionó con energía calificando la toma como “uno de los actos más tristes de la historia eclesiástica de Chile”, condenó los hechos y determinó que “los sacerdotes que han intervenido en ellos se han separado de la comunión con sus obispos”. Pero los curitas, ni lerdos ni tontos, sino astutamente marxistas, se apresuraron a pedir perdón: “Solicitamos poder continuar en el ejercicio de nuestro apostolado”. (Léase: pedimos que nos dejen seguir infiltrando la Iglesia a vista y paciencia de todo Chile).

Y el cardenal Silva dejó sin efecto la sanción. Fue una de las primeras victorias de Antonio Gramsci en la historia de Chile. Vendrían muchas más después.

GONZALO ROJAS SÁNCHEZ\*

---

\*Historiador. Profesor de Historia del Derecho, Facultad de Derecho, Universidad Católica de Chile.

## Y AHORA... EL VERDADERO ALLENDE

El centenario del nacimiento de Allende se ha prestado para una recononización de esas que acostumbra la izquierda y que la siempre medrosa derecha acata. Hemos leído apologías delirantes, cuyos autores abusan de la catalepsia irrecuperable de los chilenos.

En realidad, silenciar piadosamente la verdad sobre Allende podría justificarse en aras de la concordia, pero la izquierda no la quiere. “Ni perdón ni olvido”, dice. Hasta aplaudió el grosero salvazo sobre el féretro de quien reparó el daño inferido por aquél.

Así las cosas, los cultores del odio deben enfrentar la verdad, empezando por la de que Salvador Allende fue el peor Presidente de la historia de Chile. En lo material, legó una inflación de tres dígitos y una producción cayendo 13 meses consecutivos. Quedaba “harina para pocos días más”, según sus palabras. Aparte de menoscabar el bienestar material del pueblo, destrozó nuestro tejido social, al dividirnos fratricidamente, pues carecía del sentido de la unidad nacional y no vacilaba en advertir, amenazador: “Yo no soy Presidente de todos los chilenos”. Patrocinó grupos armados, para imponer su ideología matando a otros. Cohonestó el contrabando de armas, y cuando un avión cubano fue descubierto trayéndolas clandestinamente ordenó llevarlas a la mansión presidencial, mientras hacía escarnio de la opinión pública, declarando burlesca y sucesivamente que eran “obras de arte”, “artículos folclóricos” y “helados de mango”.

Ha sido el único jefe de Estado chileno, que se sepa, reclutado por una potencia externa, según consta de las revelaciones de Vassili Mitrokin, ex jefe del KGB, en su libro “The World Was Going Our Way” (Basic Books), reseñado en “FrontPageMagazine.com”, el 24.01.06. Su nombre en clave era “Líder”. Entregaba a los rusos información política sensible, a cambio de la cual recibió un subsidio directo de 50 mil dólares. Además el KGB pagó a otros aspirantes de izquierda, rivales de Allende, para que retiraran sus candidaturas.

Del otro lado, el ex embajador norteamericano Edward Korry, en *La Segunda* del 22.10.96, detalló los sobornos a Allende a cambio de indemnizar a mineras estatizadas.

También permitió el ingreso de tropas cubanas sin autorización del Senado, como lo exigía la Constitución. Ello consta de la confesión del general cubano Patricio De la Guardia, citada en la p. 291 del libro “Vindicación de Cuba 1989” (Editorial Política, La Habana). Los cubanos cambiaron esa página en ediciones posteriores a la de 1989.

Cuando era Presidente del Senado, Allende posaba como demócrata, mientras usaba su inmunidad para contrabandear armas cubanas a Bolivia, según reveló el guerrillero “Benigno” en sus “Memorias de un soldado cubano” (Tusquets, 1997, p. 202).

En cuanto gobernante, incluso toleró las torturas a opositores pacíficos, como lo denunciaron los diputados democráticos al convocar a las Fuerzas Armadas en 1973. Allende nada hizo ante los apremios denunciados por un político, publicados

en la primera página de este diario, en enero de 1972, culpando al subdirector (comunista) de Investigaciones.

Como un autorretrato suyo quedó su amenaza al dueño de *Clarín*, por no seguir sus dictados: “Te hago matar, culpo al imperialismo, te declaro héroe nacional, te rindo honores de general en el cementerio y hablo en tus funerales. Ya lo sabes”. Tras huir el amenazado, Allende adquirió el diario.

En estos días la TV estatal, culminando la insania nacional, se apresta a consagrarlo “Gran Chileno de Todos los Tiempos”. ¿Cómo quedamos los demás? Juzgue usted: España no nos deja entrar ni siquiera con los papeles en regla\*.

## UN SAMISZDAT DESDE EL GULAG

“Samiszdats”: diarios clandestinos que circulaban en la URSS bajo el comunismo, cuando no había prensa libre. “Gulags”: campos de concentración donde se enviaba a los disidentes políticos, como el escritor Alexander Solzhenitsyn, recientemente fallecido.

Por supuesto, sería exageración decir que esta columna es un “samiszdat” o que acá no hay libertad de prensa, cuando acabo de presentar un libro terrible contra la corriente dominante o, mejor dicho, contra casi todos (cerebros lavados).

Pero si me comparo con un autor oficialista, cuyo libro, igualmente político que el mío, se lanza en los mismos días, veo que el suyo es anunciado en primera plana y ampliamente comentado en páginas interiores, y el mío no. A su presentación concurren personalidades oficiales y los tres comandantes en jefe de las Fuerzas Armadas. Pero se justifica la importancia que se da al evento: constituye un impulso a la campaña presidencial de Ricardo Lagos.

Claro que si algún uniformado de las mismas ideas mías (¿quedará alguno?) las exteriorizara de esa manera, sería inmediatamente separado de las filas. Pues habría deliberado. Recordemos cuando el general Hargreaves dijo que el gobierno militar había sido positivo para el país y lo exoneraron. En cambio, el comandante en jefe de su arma puede concurrir a la presentación de un libro político, en un acto de promoción a una candidatura política, y todo ello sin haber deliberado.

Por supuesto, no por eso los excluidos de esas garantías estamos en un “gulag”. Menos yo mismo, que lo paso bien y hago y digo lo que se me ocurre. Sería un malagradecido si me considerara viviendo en un “gulag”. Pero no estoy en el mismo lugar ni tengo el mismo estatus que los de la corriente dominante. Y si yo fuera uniformado y dijera lo que pienso, me echarían de las filas. En cambio, si dijera lo contrario, que es lo que piensa la corriente dominante, no me echarían. O sea, discrepar del Gobierno es deliberar. Concordar con él no es deliberar. Entonces, fuera de este lugar, sea cual fuere su nombre, hay otro con más garantías.

Y la Jefa del Estado, en el entierro del fallecido Presidente de la Cámara, dijo que él había sido “decisivo para derribar el muro de la impunidad”. Es que en vida discurrió una fórmula para no aplicar las leyes extintivas de la responsabilidad de uniformados que cometieron delitos en la tarea antiterrorista. Hay centenares de ellos procesados o presos por eso. Entonces, la Presidenta celebra. Ella es contraria a esa impunidad. Pero sólo a ésa.

---

\*Publicado el 2.7.2008, A-3.

Pues en *La Nación* de 30 de septiembre de 2006, la Presidenta aparece departiendo con César Bunster, que encabezó el atentado contra la comitiva del Presidente Pinochet en 1986, a dos años de que se iniciara la transición a la plena democracia. El atentado casi parecía dirigido contra la transición. En él fueron asesinados cinco uniformados. Y su principal autor goza de impunidad total. Hasta ha publicado un libro sobre su "hazaña" y fue homenajeado en el Congreso. Ahora va de candidato en las próximas elecciones municipales. ¿Y la Presidenta dice que no hay impunidad? ¿Dónde? En un lugar, el "gulag" donde están los muertos-vivos, a quienes no se les aplican las leyes que los perdonan, sino sólo las que los condenan. A los residentes fuera del "gulag", en cambio, no se les aplican las leyes que los condenan, sino sólo las que los perdonan.

Pocos se dan cuenta. Sólo los que leen este "samiszdat".

"¿Crees en el samiszdat o en el gulag, Garay? No, pero de haberlos, los hay"\*.

HERMÓGENES PÉREZ DE ARCE\*\*

---

\*Publicado en *El Mercurio*, 13.8.2008, A-3.

\*\*Abogado. Ex Diputado. Autor de varios libros y columnista habitual desde hace años los días miércoles del diario *El Mercurio*/Santiago de Chile.

## CORRUPCIÓN: ¿POR QUÉ SE ROBA?

Rico. La palabra se refiere habitualmente al que tiene mucho dinero y, también, al placer que produce una determinada actividad.

Entre otras cosas placenteras, hay gente que considera que es rico ser rico. Pero los que alcanzan placer con sus riquezas legítimamente ganadas, saben de sobra que los gozos que produce el dinero son pasajeros; limitados y, con frecuencia, van acompañados de penas y desgracias. Los ricos de espíritu son habitualmente, en realidad, muy pobres en sus almas. Pero, al menos, muchos pueden afirmar que se han ganado esas platas con honradez y por medio de sus propias actividades. Y si, por lo tanto, aprenden a ordenar adecuadamente la relación entre dinero y espíritu, hasta puede resultar de verdad, rico... ser rico.

El problema es insoluble cuando se llega a ser rico por medio de las platas del Estado o de otros particulares a los cuales, por algún medio oculto, se explota en beneficio propio y en perjuicio del bien común. ¿Por qué se roba? ¿Por qué esa corrupción?

De nuevo, la razón primera es la misma: es rico ser rico, y eso lo sospecha hasta el más primitivo funcionario público o el más elemental particular que contrata con el Estado o uno de sus órganos, por descentralizados o locales que sean. No hace falta ser gran capitalista para gozar de la plata.

Ciertamente los riesgos son enormes, porque se vulnera la ley, se arriesga el propio trabajo, se pone el prestigio en estado precario, se dañan la propia voz, la propia mirada, la propia soltura en los actos diarios. Pero el que se corrompe supera todos esos temores, porque tiene otro mayor: Perder el poder, quedarse sin el apoyo económico que le da su actual trabajo. Quizás no sabe hacer otra cosa, y si cambia el gobierno (nacional o local) tal vez no tenga cómo alimentar a los suyos. Se corrompe, entonces, por supuestas razones de seguridad futura.

Sin duda una tercera razón avala el comportamiento del ladrón por corrupción. Las platas en las que se implica no son de nadie, piensa, ya que son de todos, cree, porque son del Estado, afirma. Y entonces, como no daña a nadie en concreto con sus recortes y maniobras, roba.

Una cuarta razón es que desde que se inició en las tareas públicas, el corrupto ha vivido en estado mental de sacrificio perpetuo. Esto de servir a los demás es carga tan pesada y tan poco reconocida, piensa. No estaría mal, por lo tanto, procurarse un sobresueldo, una gratificación complementaria, una compensación legítima por sus enormes esfuerzos. Y, además, esos ingresos extra, si se los administra con cuidado, pueden constituirse en la caja que permita asegurar –en el caso de los cargos electivos– la permanencia en la posición actual, lo que le permitirá... seguir robando.

Al fin de cuentas, se roba porque de dinero y de servicio, de personas y del Estado, de administración y de política, no se entiende nada.

BENJAMÍN CORREA PALACIOS\*

---

\*Abogado. Concejal de la Municipalidad de Maipú.

## ¿HACIA UN BOTIQUÍN OFICIAL PARA LA JUVENTUD?

Hablar de un “botiquín oficial” para la juventud podría parecer exagerado o francamente paranoico.

Sin embargo, al revisar las “Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad” impartidas por el Ministerio de Salud, especialmente su sección D, acápite 1.2 Uso de la anticoncepción en la adolescencia, se ve claramente cómo, a través de disposiciones aparentemente sanitarias, se pretende imponer una visión de la sexualidad humana como una actividad de riesgo y una visión antropológica digna de la Alemania nazi, que distingue entre personas de primera y segunda categoría (embarazos deseados vs. embarazos no deseados).

Establece el documento la “necesidad de informar a los y las adolescentes acerca del uso de anticoncepción si han decidido iniciar su vida sexual”, lo que se concretiza sólo en “información y entrega de condón masculino, píldoras combinadas de levonorgestrel y EE; inyección combinada mensual, anillos vaginales combinados y la anticoncepción de emergencia. También recomienda anticonceptivos hormonales de progestágeno en pastillas o implantes.

El mismo documento señala que los métodos “menos recomendables” son el condón femenino, el coito interrumpido, los espermicidas y la abstinencia periódica. Respecto de la abstinencia como método anticonceptivo, el documento hace todo un análisis acerca de la dificultad que presenta para el adolescente, ya que no conoce su ciclo menstrual (lo que se arreglaría con clases de educación sexual) y por ser “poco efectivo”. Lo de poco efectivo es una apreciación tendenciosa y no un dato clínico, lo que se demuestra al no advertir la poca efectividad del condón masculino como método de control de la fertilidad, según el índice de Pearl.

Además, señala como una desventaja de este método “que requiere del acuerdo y participación de la pareja masculina”. Esto debería ser considerado un “plus” si lo que se busca es la vivencia de una sexualidad más humana. Finalmente, se lo describe como un método que requiere de “evitar las relaciones sexuales vaginales durante los días fértiles”, lo que es inexacto y denota o un mínimo conocimiento del método o, lisa y llanamente, mala fe.

Son varias las reflexiones que pudiéramos hacer al respecto, pero quisiera detenerme especialmente en la introducción de la llamada “Anticoncepción de Emergencia” como método anticonceptivo en nuestro Sistema Público de Salud.

En primer lugar y aunque la llamada píldora del día después (PDD) no fuese abortiva, su introducción y recomendación ministerial como método de control de la natalidad conlleva otro problema igualmente grave, pero mucho más soterrado y oculto. Es la validación oficial de lo que podríamos llamar “la cultura del día después”.

Una cultura tan marcadamente subjetivista, que no le reconoce valor objetivo alguno a la realidad.

Una cultura tan individualista y hedonista que ya no se preocupa de educar a las personas para evitar aquello que nos hace mal o que daña a otros, sino que

nos manda a hacer todo lo que queramos y sólo nos enseña a evitar o evadir los efectos propios de nuestros actos.

Si no quiere sentir los desagradables síntomas de una borrachera, tome hasta matarse, pero tenga la precaución de tomarse una pastilla que los evite. (Ojo, no olvide que aunque se sienta bien, igual está bajo los efectos del alcohol).

Si quiere ser atractivo, con un cuerpo tonificado y atlético, no cuide su dieta, no haga ejercicio, no se esfuerce, cirugía express y... ¡¡llame ya!!

En materia de sexualidad el tema es exactamente igual.

Si no se quiere contagiar del VIH, no se moleste en tener una pareja estable y un compromiso de vida, use condón.

Si no quiere tener un hijo, la receta ya no es abstenerse en períodos fértiles o hacerse cargo del uso de un método anticonceptivo, sino el aborto.

En vez de educar para hacerse cargo de los actos y decisiones, esta cultura, graficada en este “botiquín oficial”, nos propone una especie de “bulimia sexual” en que podemos hacer cualquier cosa que tengamos ganas y luego “vomitar” lo que nos incomode.

Detrás de todo esto hay una idea equivocada de la libertad, que no reconoce su vínculo constitutivo con la verdad. Cuando la persona se cierra a la evidencia de una verdad objetiva y común, que es base de la convivencia social y fundamento del actuar personal, la persona se asume como único referente para tomar sus decisiones. Ya no se trata de la Verdad y del Bien, sino de mi opinión subjetiva y cambiante.

En segundo lugar, este “botiquín” refleja una terrible paradoja.

Aquel con que me uno de la manera más íntima y personal, aquel a quien recibo y me entrego, deja de ser un tesoro encontrado, un compañero de vida, y se transforma en una amenaza contra la cual me debo proteger. El otro me embaraza, el otro me infecta.

Y el momento de mayor entrega y gozo ya no es una expresión de amor y entrega personal, sino un momento temido, cuyas consecuencias debo evitar a cualquier costo.

El “Botiquín oficial” plasma una cultura que ya no ve en la sexualidad humana una fuente de amor y vida, ni un medio para plasmar de modo especialísimo la vocación de todas las personas al amor, sino sólo un fenómeno genital y biológico peligroso y despojado de toda trascendencia.

Finalmente, el milagro de la vida humana, frente al cual deberíamos siempre experimentar asombro, admiración y respeto, es mirado como un problema, una amenaza que hay que evitar a toda costa. El hijo es una carga y el embarazo el resultado de una desigualdad social y no de una conducta.

Parece que el Minsal todavía no hace el vínculo entre la actividad sexual y el embarazo, ya que los trata como dos hechos aparte, que no tienen ninguna relación causal, en concordancia con el “derecho a ejercer una sexualidad libre de la reproducción” que se consagra en el artículo 9 del proyecto de ley marco de los Derechos Sexuales y Reproductivos. Así, la vida que podría brotar del encuentro sexual se convierte en un enemigo y el aborto aparece como la única respuesta posible frente a una anticoncepción frustrada. Todo gira en torno a una sexualidad que se pretende sea vivida sin ningún vínculo con la procreación; se desvincula totalmente el acto sexual del amor, el compromiso, el proyecto de vida, etc... y se nos presenta un ser humano absolutamente unidimensional

y desintegrado que puede actuar sólo desde lo físico, sin tocar ni su alma, ni su intelecto, ni sus afectos.

Se presenta también una visión del embarazo no como el primer estadio de la vida sino como una situación de hecho que no genera ningún grado de reconocimiento o protección al ente estatal. Es curioso y aterrador cómo se desvincula el embarazo no deseado, fuente de enfermedad, maltrato, pobreza y expresión de desigualdad, del hijo ya nacido, sujeto de protección y derechos.

Si ejercer la sexualidad independiente de la procreación es un derecho, el embarazo no deseado es un atentado contra el ejercicio de ese derecho y se puede considerar al "producto" como un injusto agresor al que puedo, legítimamente y con ayuda del Estado, eliminar.

Contar con un producto químico, avalado por el Estado, que permita la posibilidad de que se eliminen vidas humanas (aquellas producto de un embarazo no deseado) es ir contra el principio fundamental de que los hombres somos todos esencialmente iguales.

Si se permite la eliminación de aquellos no deseados, ¿Qué vendrá después?

MARÍA DE LOS ÁNGELES FERNÁNDEZ EYZAGUIRRE\*

---

\*Directora Ejecutiva, Proyecto Ruta del Amor, [www.rutadelamor.cl](http://www.rutadelamor.cl)

## CHILE, ALWAYS SURPRISING\*: ¿SANCIONES SOBRE LA MARCHA?

La Superintendencia de Valores y Seguros ha vuelto a adquirir un protagonismo mayor en el escenario regulatorio chileno.

Las drásticas sanciones impuestas en julio de 2008 a ocho ejecutivos en el caso D&S-Falabella por uso y revelación de información privilegiada (que la ley del mercado de valores describe en términos sumamente elásticos<sup>1</sup>) cuando se negociaba la fusión de ambas empresas en mayo de 2007 estarían dando una potente *señal* al resto de los actores interesados. Estas multas administrativas marcarían un hito o *un antes y un después* –como se dice ahora– respecto al nuevo estándar inaugurado por la SVS para aplicar la ley en beneficio de la transparencia<sup>2</sup>.

Se habla de una sanción *inédita*, no porque antes se haya hecho la vista gorda ante situaciones parecidas, sino porque –en lo sucesivo– aquéllas pasan a quedar penadas de acuerdo al criterio recientemente estrenado. La sorpresa se extendió por el mercado y, a partir de este caso particular, los colegas analistas se han apresurado a inducir una nueva regla que imperaría a futuro en Chile.

1. Me pregunto si esta es la forma correcta de introducir un cambio regulatorio tan relevante. Al menos si se entiende por correcta aquella que ofrece garantías de certeza y de previsibilidad. Más cuando dicho punto de inflexión se hace consistir en los renovados énfasis y prioridades del actual señor superintendente<sup>3</sup>, que éste habría preferido comunicarnos en clave a través de un legajo con más de mil 680 fojas, donde se sustentan estas ejemplarizadoras sanciones a determinadas personas. Todo, para producir un efecto inhibitorio en la generalidad de los actores del mercado financiero<sup>4</sup>.

¿Estaban los sancionados en condiciones de prever que la conducta imputada era definitivamente irregular, o se enteraron de ello al momento de ser notificados? ¿Precedió a las multas alguna norma o interpretación general, difundida ampliamente, que precisara en qué circunstancias tomaría cuerpo una violación a la obligación de reserva?

1.1) Porque si los afectados no sabían exactamente a qué reglas debían atenerse y ajustar sus conductas, definidas con anterioridad, lo que hoy se celebra en suerte

---

\*“Chile All Ways Surprising” (2005) es el eslogan mal escrito que retrata nuestra imagen país en el extranjero, pero que últimamente parece estar despertando inseguridades en muchos inversionistas.

<sup>1</sup>Para las distintas formas, lícitas o ilícitas, que puede asumir la entrega de datos sensibles, José Manuel Ried Undurraga, *Deber de reserva ante la información privilegiada*, *El Mercurio* (Santiago) 22.7.2008, cuerpo A, pág. 2.

<sup>2</sup>Que, parcialmente, ya habría hecho su debut en la sanción impuesta en el caso Cueto-Piñera (enero 2007).

<sup>3</sup>Un resumen de esta percepción, en *La Tercera* de 20.7.2008 pág. 47, de 25.7.2008, pág. 8, y en su editorial de 26.7.2008, pág. 3.

<sup>4</sup>Editorial *Debate sobre información privilegiada*, *El Mercurio*, 25.7.2008, A 2.

como un acierto del controlador, mañana puede que se lamente cuando el mismo poder recaiga en una persona distinta, que arribe al cargo con otras sensibilidades. Tanto es de temer aquel funcionario que se abandona a la inactividad, amparado en la supuesta falta de leyes y en la insuficiencia de atribuciones, como aquel otro que se precipita a castigar sin existir antes un “tipo”: una infracción claramente descrita en precedentes textos jurídicos.

De manera que si la ley del mercado de valores no define en estricto detalle cuándo se configura una filtración punible de información confidencial, por lo menos en este caso la SVS tendría que ser capaz de exhibir un pronunciamiento suyo anterior, que precisara este aspecto esencial. En ejercicio de la atribución que el DL 3.538 de 1980 le concede para “interpretar” la normativa sectorial (artículo 4 letra a).

1.2) Vale decir: a las sanciones aplicadas debería anteceder, entonces, un “dictamen” aclaratorio de la autoridad, debidamente “publicado” en el *Diario Oficial*. Comoquiera que esta es la única forma válida en que la Administración puede expresar sus competencias para interpretar las leyes de un modo generalmente obligatorio, según la ley de procedimientos administrativos (artículo 3 inciso 8°) y el principio constitucional de transparencia y publicidad (artículo 8)<sup>5</sup>.

Acaso en la especie haya buenas razones para censurar a algunos por no mantener la boca cerrada; tal vez no, y la información ya era de dominio público a la época de la negociación. El punto es que para hacerlas acreedoras de sanciones por parte del Estado, el acto reprochado debe deducirse nítidamente de una norma preexistente vinculante y general, donde se separen las conductas lícitas de las ilícitas consumadas.

1.3) Si la ley se reduce a establecer un deber amplio de conducta, exigiendo a las personas que en razón de su cargo o actividad hayan accedido a información privilegiada de “guardar estricta reserva”, lo que puede abarcar desde hechos graves a otros bastante absurdos, es necesario contar con una norma general que venga a operacionalizar esos conceptos o verbos rectores. Metodológicamente hablando, es requisito especificar los parámetros que miden e identifican los hechos que la contravienen, de antemano a cualquier investigación o hipótesis particular.

No se puede, pues, para remecer el mundo de los negocios, empezar a crear esos criterios generales en el curso de una investigación en desarrollo a propósito de un caso particular, para terminar declarándolos recién en el acto de sanción, porque una sorpresa tal hiera la lógica y el derecho a defensa de los acusados. Y el DL 3.538, que le permite al Superintendente “Aplicar las sanciones que señala el presente decreto ley”, vale decir, solo “referir a un caso particular lo que se ha dicho en general”, según el Diccionario.

En suma, si en algún momento la SVS quiso darle “una puesta al día” a la ley, acorde con unas nuevas concepciones generales, debió avisarlo a los regulados a través de un dictamen interpretativo íntegramente publicado, a fin de que éstos pudieran impugnarlo o adaptarse a él. Y al no hacerlo así, entonces la SVS está pecando de lo mismo que le imputa ahora a los sancionados: en una asimetría de información que afecta la transparencia y el *fair play* en las relaciones del mercado con la autoridad.

---

<sup>5</sup>Así, en nuestro *De los dictámenes y la interpretación de la ley en sede administrativa*, en *Actualidad Jurídica* (Universidad del Desarrollo) 14 (2006) 149-160.

2. Casi nadie parece haber reparado en el hecho de que el uso de información privilegiada y la revelación de datos reservados son constitutivos de infracciones administrativas y de delitos penales, a la vez<sup>6</sup>. Que alguna relevancia tiene que la SVS, después de sancionar, haya remitido los antecedentes a la Fiscalía Centro Norte y que ésta haya declarado que, en verdad, venía investigando a las mismas personas involucradas, por iguales hechos, desde enero de 2008<sup>7</sup>.

¿Cabe que una misma conducta sea repelida con dos castigos simultáneos, uno administrativo y otro penal? ¿Pudo el Superintendente intervenir en un asunto que era de naturaleza judicial? El DL 3.538, al decir que las sanciones de la SVS son “sin perjuicio de las establecidas específicamente en otros cuerpos legales” (artículos 27-28), ¿permite tales duplicaciones?

2.1) La respuesta es no; en tanto y en cuanto queramos seguir diciendo que aquí imperan los principios de proporcionalidad y de coordinación entre los órganos del Estado. De manera que aquel “sin perjuicio de”, antes que invitar a violarlos o de consagrar una independencia de las responsabilidades, compele a efectuar un ejercicio de concordancia entre las sanciones administrativas y penales, donde sólo una puede prevalecer y recibir aplicación excluyente.

Esto: si agotada la investigación la SVS se percata que los hechos indagados son constitutivos de delito penal, en ese mismo momento debe abstenerse de sancionar y derivar los antecedentes a Justicia criminal, por tener ésta preferencia constitucional para juzgar el asunto.

2.2) De forma tal que si en definitiva los tribunales condenan a los acusados, porque los hechos son constitutivos de delitos, o bien los liberan de cargos, por no existir los hechos imputados o por no tener participación en ellos, en todos estos eventos la SVS no podría enseguida sancionarlos, sin lesionar la cosa juzgada. Sólo podría hacerlo cuando la Justicia declara que los hechos no configuran delitos penales, momento a partir del cual la SVS podría calificar que sí importan la comisión de faltas administrativas, y proceder a multarlos<sup>8</sup>.

Harto más razonable y congruente nos parece este sistema de sanciones alternativas, en vez de admitir la posibilidad de penas concurrentes, o de decisiones contradictorias. Mire si la SVS se anticipa a sancionar, ¿qué sorpresa podría llevarse si los tribunales absuelven posteriormente a los afectados! Y la escena podría tornarse todavía más caótica, si los sancionados deciden ahora recurrir contra la multa administrativa ante el juez de letras en lo civil correspondiente, como lo permite en teoría el citado DL 3.538 (artículo 30)<sup>9</sup>.

---

<sup>6</sup>Salvo Axel Buchheister, en su columna *Sanciones por uso de información privilegiada*, *La Tercera*, 26.7.2008, 52.

<sup>7</sup>*La Tercera*, 18.7.2008, 32.

<sup>8</sup>Según postulábamos en el comentario *Prescripción de las sanciones administrativas: un pronunciamiento relevante (a propósito del Dictamen 28.226 de 2007 de la Contraloría General de la República)*, en *Actualidad Jurídica* 17 (2008) 467-475.

<sup>9</sup>Yendo contra todos los obstáculos que les pone esta ley a los afectados (arts. 30-31), para desincentivar el reclamo judicial (por lo mismo, algunos ejecutivos multados ya han anunciado que desistirán de reclamar, tal como pasó en el caso Piñera Echenique). Para más detalles, v. *Los contenciosos administrativos especiales en la legislación chilena. Una visión crítica a la luz de la Constitución*, en *Ius Publicum* (Universidad Santo Tomás) 20 (2008) 85-103.

3. En fin, para concluir, creo que dos lecciones deja la intervención de la Superintendencia en el acontecido caso D&S-Falabella.

Una: rescatar la capacidad investigadora de la SVS, que le permite detectar a tiempo aquellas irregularidades (supuestamente) perpetradas, de manera más o menos sofisticada, contra las leyes puestas bajo su órbita fiscalizadora. Con personal escaso pero altamente preparado, que ha recibido un adiestramiento adecuado, incluso en la Securities and Exchange Commission de EE.UU., y que cuenta para ello con tecnología de punta y herramientas informáticas para la gestión del conocimiento. Donde no faltan los software para hacer cruces de información, evaluaciones estadísticas y minería de datos, orientada al descubrimiento de patrones ocultos en grandes volúmenes de datos.

Dos: rechazar, una vez más, esa anomalía institucional que mezcla las facultades para fiscalizar con las potestades para sancionar, concentrándolas en un mismo órgano de la Administración. Bien que la Superintendencia cumpla el rol de un fiscal instructor, que conduce y lleva adelante la investigación. Mal que siga adelante y pase ella misma a sancionar, sin tomar distancia de los hechos, comoquiera que esto pone en entredicho su independencia de juicio y vulnera automáticamente las garantías de un procedimiento justo y racional.

Separar las funciones de fiscalización (que corresponden a las investigaciones que deben conducir las superintendencias especializadas en cada área) de las funciones punitivas (que se traducen en la imposición de una sanción y que son de reserva exclusiva de los tribunales), constituye un imperativo impostergable, si en verdad queremos ofrecer un Estado de Derecho sin malos entendidos ni sorpresas de última hora.

IVÁN ARÓSTICA MALDONADO\*

---

\*Profesor de derecho administrativo, Facultad de Derecho, Universidad Santo Tomás.

## DEMOCRACIA Y REPRESENTACIÓN HOY

### Dos palabras sobre la representación política en el Estado democrático-representativo

- I. El mandato imperativo del elector respecto del representante se halla proscripto dentro del sistema vigente

En efecto, ya es canónica la distinción –propia del régimen parlamentario moderno, pero cristalizada en el período postrevolucionario– entre representación jurídico-privada (*Vertretung*, en alemán) y representación política (*Repräsentation*). En la primera el mandatario se halla ligado a la voluntad del representado (se trata de un verdadero *mandato*, que en sede política comportaría la presencia de comisarios y comitentes); pero no así en la segunda. En esta última la voluntad del representante permanece libre respecto de la de los representados. Sobre el tema es clásico el libro de Gerhard Leibholz, quien sostiene la legitimidad de la distinción, y se preocupa por la amenaza en que la “democracia de masas” (ver *infra*) pone a la representación política libre<sup>1</sup>.

- II. Sin embargo, ¿es ésta la única forma histórica en que se ha manifestado la representación política?

No. En el Medievo y en la modernidad, sobre todo hasta la Revolución Francesa, se dieron otras formas que, sin dejar de ser *políticas*, comportaban la vinculación de la acción del representante con instrucciones de los representados. Los *cahiers de doléances* de los procuradores franceses en los Estados Generales de 1789 constituyen un ejemplo de la pervivencia de tal instituto en el derecho constitucional europeo prerrevolucionario<sup>2</sup>.

- III. Por otra parte, ¿es acaso esta forma de representación (“libre”) la única legítima en política?

No podría asumirse con espíritu dogmático semejante toma de posición. Es cierto que Burke decía peraltadamente a sus votantes que él no haría siempre lo que ellos deseaban, porque –expresaba el gran parlamentario– él debía hacer lo que

---

<sup>1</sup>Cfr. *Das Wesen der Repräsentation unter besonderer Berücksichtigung des Repräsentativsystem*. Berlin y Leipzig. 1929.

<sup>2</sup>Para la historia de la cuestión cfr. René Fédou, *L'État au moyen âge*. Paris. 1971, cap. IX. Ilustrativa es la convocatoria a las Cortes de Segovia por Juan I en 1386: “Otrosy, vos sabedes en cómo quando vos enviamos nuestras cartas en que viniédeses a este ayuntamiento nuestro, vos enviamos a dezir en ellas que viniédeses apercebidos de las voluntades de aquellas ciudades e villas donde vosotros veníades por procuradores, de dos cosas ...” (Juan Beneyto Pérez, *Textos políticos españoles de la baja edad media*. Madrid. 1944, 337).

él sabía convenía a los auténticos y legítimos intereses de sus electores, tanto en su condición de habitantes de un distrito cuanto ante todo en su condición de ciudadanos británicos<sup>3</sup>. Es cierto, asimismo, que la democracia de consejos no resulta una forma viable de organización de la potestad política –en particular respecto de la *función de gobierno*–, y *por ende casi no ha tenido concreción en la praxis política histórica*<sup>4</sup>. Con todo, y si le asignamos algún valor a la posibilidad de representación de los intereses sociales frente a la facultad decisoria del Estado (es decir, a la representación de los cuerpos sociales “ante el poder” –que en el caso de la asunción de facultades colegisladoras por sus procuradores sería ya representación “en el poder”–)<sup>5</sup>, no deja de echarse de menos aquel recurso al que nos referimos, gracias al cual los representados pueden ejercer alguna forma de control real y efectivo sobre el representante; y en cuya ausencia la responsabilidad política del representante frente a quien lo ha elegido no pasa de ser una vana ilusión. A pesar de todo ello, el llamado sistema democrático-representativo vigente ha proscripto legalmente y anatematizado doctrinalmente el mandato imperativo. Ahora bien, sin duda es lícito establecer una vinculación causal entre tal proscripción y el hecho de que el sentido del lema “*no taxation without representation*” (de los legítimos intereses de quienes deben pagar los impuestos) parezca en estos tiempos una quimera<sup>6</sup>.

IV. Sea como fuere, entonces, hoy el elector del órgano legislativo no tiene en sus manos resortes de control de las decisiones del elegido

Y repárese en que el legislativo es el ámbito en que históricamente –y a buen seguro “por la naturaleza de la cosa” política– se ha manifestado (cuando se manifestó, y en la medida en que pudo hacerlo) la representación “ante” o “en” el poder. En cuanto a la impermeabilidad del sistema de mando, la situación que analizamos se consolida con la introducción de la categoría de la “Nación”, postulada por

---

<sup>3</sup>“Discurso a los electores de Bristol” (1774), citado por Hanna F. Pitkin, *El concepto de representación*, trad. R. Montoro, Madrid. 1985, cap. 8; y por Bruno Accarino, *Representación*, trad. H. Vezzetti, Buenos Aires. 2003. 65-66. Al referirse al sentido de la actividad parlamentaria según Burke concluye Hanna Pitkin: “[...] una deliberación racional revela el interés nacional. Burke piensa en esta deliberación como en algo que resulta del consenso y del acuerdo, y no de un voto dividido en donde la mayoría prevalece. El parlamento ha de deliberar hasta que halle la respuesta, y Burke supone que puede encontrarse una respuesta. Ésta es la razón de que no tenga importancia el número de representantes de algún lugar o interés particulares. Votar, el recuento de manos alzadas en el parlamento, no tiene importancia; lo que hace falta es que todos los hechos y los argumentos sean expuestos sabiamente y con exactitud” (*op. cit.*, 207-208).

<sup>4</sup>Para una crítica de la democracia de consejos como forma de la rousseauiana “democracia de identidad” cfr. Martin Kriele, *Einführung in die Staatslehre*. Hamburgo. 1975, 247 y ss.

<sup>5</sup>Debemos las categorías de representación “por”, “ante” y “en” el poder al teórico del Estado brasileño José Pedro Galvão de Souza (cfr. *Da representação política*. San Pablo. 1971).

<sup>6</sup>Sobre la aparición del mencionado derecho de los ciudadanos en la historia constitucional anglosajona cfr. F. W. Maitland, *The Constitutional History of England*, ed. por H. Fisher, Cambridge. 1955, especialmente 94-96.

el gran formulador del cañamazo del sistema liberal-constitucionalista, Siéyès<sup>7</sup>. Pues a partir de entonces los diputados ya no sólo serán libres frente a la voluntad y criterios de los electores, sino que además representarán a la *Nación* (*entidad abstracta, reducida a la sumatoria de los individuos*), y no a un distrito o región o grupo de personas concretas. Aquí la desconexión aparece en su grado más agudo. No sólo el pueblo no delibera ni gobierna sino a través de sus representantes (Siéyès *dixit*, y la Constitución argentina reitera)<sup>8</sup>, sino que además los electores no eligen sino en nombre de la *Nación*.

En síntesis: *de jure* no hay mandato imperativo de “abajo hacia arriba”.

- V. Pero al socaire de la modificación del sistema de elección y de la extensión del derecho al sufragio –que ha dado lugar a la llamada “democracia de masas”, aparecida a fines del s. XIX– son los partidos políticos los que han adquirido, *de facto* y *de jure* (y en el caso argentino, con fundamento en la Constitución misma)<sup>9</sup>, el monopolio de la representación

Este fenómeno, advertido por Leibholz y Schmitt<sup>10</sup> ya en la década del '20, no viene a significar que los partidos necesariamente detenten el monopolio de la real decisión política (última) –pues hoy, aun más que en esa época, rige la *estructura de poder* “prensa-partido-capital” (Schmitt)<sup>11</sup>–. Pero, con todo, y sea quien fuere quien decida, lo hará a través de la estructura de los partidos encaramada en la conducción del Estado. La llamada democracia contemporánea es *democracia de partidos*. De hecho, García-Pelayo, sin ningún ánimo crítico, clasifica a la democracia en tres subformas: directa, representativa y, actualmente, de partidos<sup>12</sup>.

---

<sup>7</sup>Cfr. *Qu'est-ce que le Tiers État?*, 159 y ss. de sus *Écrits Politiques*, edición de Roberto Zapperi. Bruselas. 1994.

<sup>8</sup>Cfr. *Dire sur la question du veto royal*, 238 de *Écrits Politiques*, citado; Const. nac., artículo 22.

<sup>9</sup> Constitución Nacional, artículo 38. Esta tendencia ya se había ido afirmando incontestablemente en el derecho público de la Argentina aun antes de su introducción en la Constitución formal. Al respecto vide, por ejemplo, los considerandos 12, 13 y 14 del fallo “Ríos” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (22/4/1987).

<sup>10</sup>Cfr. *Das Wesen der Repräsentation*, citado supra; y de Carl Schmitt, en especial, *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*. Munich-Leipzig. 1926; citaremos por la edición castellana presentada por Manuel Aragón: *La situación histórico-espiritual del parlamentarismo de hoy*, en *Sobre el parlamentarismo*, trad. T. Nelsson y R. Grueso. Madrid. 1996.

<sup>11</sup>*La situación histórico-espiritual...*, introducción, 26. Agrega también en esa obra Carl Schmitt: “La situación del parlamentarismo es hoy tan crítica porque la evolución de la moderna democracia de masas ha convertido la discusión pública que argumenta en una formalidad vacía. Algunas normas de derecho parlamentario actual, especialmente las relativas a la independencia de los diputados y de los debates, da, a consecuencia de ello, la impresión de ser un decorado superfluo, inútil e, incluso, vergonzoso, como si alguien hubiera pintado con llamas rojas los radiadores de una moderna calefacción central para evocar la ilusión de un vivo fuego” (prefacio, 9).

<sup>12</sup>Cfr. Manuel García-Pelayo, *El Estado de partidos*. Madrid. 1986, 80-84.

VI. Así las cosas, hoy la estructura del poder institucionalizado del Estado se identifica, por lo menos materialmente, con los cuadros de los partidos. De allí que actualmente se verifique *de facto* un mandato imperativo “de arriba hacia abajo”, esto es, desde la cúpula del partido hacia los diputados y senadores. Luego el parlamento no se compone en realidad (en el sistema bicameral del Estado federal) de una cámara de los estados miembros y una cámara de los representantes de la *Nación*, sino que es cámara de los partidos<sup>13</sup>.

El mandato es nominalmente (i. e., en la teoría liberal-constitucionalista) libre, pero efectivamente cautivo de la voluntad que expresa el partido. Quien ose desafiar esta máxima empírica pasará a la categoría de “muerto político”: ya no será incluido en la lista del partido en las próximas elecciones. Por lo demás, si bien se mira, son pocos los representantes que deban sus votos a su prestigio personal: en realidad se hallan en el poder del Estado por concesión y comisión del partido. Pues hoy, al contrario de lo que ocurría en la época de Burke o de Disraeli, ya no son necesarias grandes figuras en el parlamento; en efecto, no se espera que un parlamentario deba persuadir racionalmente a otros, sino que obedezca la disciplina de bloque a la hora de votar. No es de extrañar, así, que los legisladores se consagren al servicio del partido y sólo a él.

En esa línea, quien acate al partido seguirá formando parte de sus cuadros; sea cual fuere el descrédito que colectivamente haya caído sobre él al legislar, en las próximas elecciones podrá integrar el cuerpo de posibles alternativas que se ofrece a la ciudadanía. Y recuérdese siempre –en contra del absurdo de la “soberanía del pueblo”– que quien elige no gobierna: sólo opta entre las alternativas sobre las que se le pregunta<sup>14</sup>. Tal principio vale no sólo para el plebiscito y el referendium, sino principalmente para el método de designación de los gobernantes propio del régimen vigente. En este último caso se opta, entonces, entre alternativas, pero entre las alternativas ofrecidas “desde arriba” por el sistema *partitocrático* (versión contemporánea de la clásica forma llamada “*oligárquica*” desde Aristóteles).

VII. A partir de estas breves consideraciones, surge –entre otras muchas cosas– una razonable preocupación

En efecto, cabe preguntarse cuál pueda ser la conducta de las cámaras frente a proyectos presentados por un Ejecutivo cuyo partido controle a la mayoría de los parlamentarios. Preocupación que no viene motivada por la hipotética contingencia de tratarse de un gobierno con voluntad hegemónica y verticalista, sino que se sustenta en la peculiarísima estructura doctrinal y en la *praxis* concreta del *Estado democrático-representativo*.

SERGIO RAÚL CASTAÑO\*

---

<sup>13</sup>Esta expresión es de García-Pelayo (*op. cit.*, 95).

<sup>14</sup>Respecto de este tema nos permitimos remitir a Sergio R. Castaño, *Principios políticos para una teoría de la Constitución*. Buenos Aires. 2006, cap. IV: “¿Por qué Bidart Campos llamó “mito” a la soberanía del pueblo?”.

\*CONICET.

## EL AUTODESALOJO DE LA CONCERTACIÓN

La negociación de las listas de concejales de la Concertación ha dejado una compleja estela de tensiones al interior de la coalición gobernante. Cómo será la desafección en algunos sectores que el propio ex Presidente Aylwin, ícono de la moderación y del espíritu concertacionista, llegó a sostener que a estas alturas no era grave perder el poder. Y, en efecto, este episodio ha terminado siendo la evidencia concluyente de que Andrés Allamand se equivocó con su tesis del “desalojo”, ya que no habrá que esperar un eventual triunfo de la Alianza en las próximas elecciones para desalojar a la Concertación: ella ha empezado ya a ser “desalojada” por sí misma.

Para justificar la existencia de las dos listas se ha dicho que era necesario “abrir” nuevos espacios a la ciudadanía, “renovar elencos” a nivel local y municipal. En rigor, el imperativo de aumentar los cupos a concejales responde más bien a lo contrario: a la presión brutal de los operadores y de las clientelas políticas por expandir sus espacios en el aparato público y en el presupuesto del Estado. Han sido ellos y no los ciudadanos los que presionaron a las directivas hasta el punto de lograr imponer un enorme aumento en las posibilidades de acceder a los cargos municipales. Son las maquinarias internas de los partidos las que aspiran hoy día a controlar estos cargos estratégicamente relevantes desde el punto de vista territorial y donde un verdadero ejército de funcionarios buscará ahora ubicarse para hacer andar los engranajes electorales decisivos en las contiendas que se avecinan.

Luego de este largo e inédito tira y afloja, el “ethos” de la Concertación se encuentra ya definitivamente en un depósito de cadáveres. De ahora en adelante cada partido, cada grupo o subgrupo se rascarán con sus propias uñas, en una contienda sin cuartel, sin concesiones y sin “subsidios” de ninguna especie. El llamado a la cordura de los ex presidentes de la República y de la propia Mandataria cayeron al final en un terreno baldío, ya que las directivas del PPD y del PRSD no tuvieron más alternativa que la complicidad con sus apadrinados, con ese interminable mundillo de “asesores” con los que ya han llenado casi la totalidad del aparato del Estado, en un silencioso y gradual proceso de captura donde la posibilidad de control y de sanción por parte de la ciudadanía brilla por su ausencia.

En los hechos, si de algo ha servido todo este episodio fue para transparentar finalmente una enfermedad cada día más visible de nuestro sistema político: el secuestro por parte de los aparatos partidarios no sólo de los cargos públicos, que se reparten unos a otros a través de un verdadero sistema de tráfico de influencias, sino la “captura” aún más grave de la propia ciudadanía, que sólo es convocada a elecciones periódicas para ratificar lo que ya han decidido los partidos entre cuatro paredes. Es uno de los efectos perversos de nuestro sistema institucional, donde la gente termina siendo rehén de unos “señores feudales” que se reparten el botín con una enorme opacidad y en función exclusivamente de sus intereses y posiciones. Los ciudadanos son en realidad prisioneros de una camisa de fuerza donde sólo operan las lógicas de la ‘cosa nostra’, y donde las ideas, los proyectos o las visiones de país son sólo un crudo eufemismo.

Pero a medida que va consolidándose esta “lógica” no hay ni habrá ninguna alternativa que no sea el progresivo deterioro de la política y, sobre todo, de las instituciones cuya generación son los procesos eleccionarios. El Estado de “los mejores” será cada día más una coartada burda y el país deberá aceptar que los debates de fondo, los proyectos públicos estratégicos para el mejoramiento de nuestra competitividad, sean postergados en función de los intereses partidarios de corto plazo. Nada de lo que Chile requiere urgentemente discutir e implementar será posible mientras los caciques y sus operadores tengan a la ciudadanía ‘desalojada’, excluida y, más aún, indiferente de cualquier posibilidad de participar y de incidir en la construcción del futuro. La gente empieza a perder la paciencia y lamentablemente no se observa ninguna capacidad de autocrítica y de corrección por parte de los, hasta ahora felices, dueños del “negocio”\*.

MAX COLODRO

---

\*Publicado en *El Mercurio*, 15.6.2008, D-13.



# DOCUMENTOS



SU SANTIDAD PABLO VI  
*HUMANAE VITAE*  
Encíclica sobre la regulación de la natalidad\*  
(25.7.1968)

II. PRINCIPIOS DOCTRINALES

*UNA VISIÓN GLOBAL DEL HOMBRE*

7. El problema de la natalidad, como cualquier otro referente a la vida humana, hay que considerarlo, por encima de las perspectivas parciales de orden biológico o psicológico, demográfico o sociológico, a la luz de una visión integral del hombre y de su vocación, no sólo natural y terrena sino también sobrenatural y eterna. Y puesto que, en el tentativo de justificar los métodos artificiales del control de los nacimientos, muchos han apelado a las exigencias del amor conyugal y de una "paternidad responsable", conviene precisar bien el verdadero concepto de estas dos grandes realidades de la vida matrimonial, remitiéndonos sobre todo a cuanto ha declarado, a este respecto, en forma altamente autorizada, el Concilio Vaticano II en la Constitución pastoral *Gaudium et Spes*.

*EL AMOR CONYUGAL*

8. La verdadera naturaleza y nobleza del amor conyugal se revelan cuando éste es considerado en su fuente suprema, Dios, que es Amor<sup>6</sup>, "el Padre de quien procede toda paternidad en el cielo y en la tierra"<sup>7</sup>.

El matrimonio no es, por tanto, efecto de la casualidad o producto de la evolución de fuerzas naturales inconscientes; es una sabia institución del Creador para realizar en la humanidad su designio de amor. Los esposos, mediante su recíproca donación personal, propia y exclusiva de ellos, tienden a la comunión de sus seres en orden a un mutuo perfeccionamiento personal, para colaborar con Dios en la generación y en la educación de nuevas vidas.

En los bautizados el matrimonio reviste, además, la dignidad de signo sacramental de la gracia, en cuanto representa la unión de Cristo y de la Iglesia.

---

\*Conmemorando los 40 años de su emisión, *Ius Publicum* publica su capítulo II, que contiene la parte central del documento papal.

<sup>6</sup>Cfr. I Juan 4, 8.

<sup>7</sup>Efesios 3, 15.

## SUS CARACTERÍSTICAS

9. Bajo esta luz aparecen claramente las notas y las exigencias características del amor conyugal, siendo de suma importancia tener una idea exacta de ellas.

Es, ante todo, un amor plenamente *humano*, es decir, sensible y espiritual al mismo tiempo. No es por tanto una simple efusión del instinto y del sentimiento sino que es también y principalmente un acto de la voluntad libre, destinado a mantenerse y a crecer mediante las alegrías y los dolores de la vida cotidiana, de forma que los esposos se conviertan en un solo corazón y en una sola alma y juntos alcancen su perfección humana.

Es un amor *total*, esto es, una forma singular de amistad personal, con la cual los esposos comparten generosamente todo, sin reservas indebidas o cálculos egoístas. Quien ama de verdad a su propio consorte, no lo ama sólo por lo que de él recibe sino por sí mismo, gozoso de poderlo enriquecer con el don de sí.

Es un amor *fiel* y *exclusivo* hasta la muerte. Así lo conciben el esposo y la esposa el día en que asumen libremente y con plena conciencia el empeño del vínculo matrimonial. Fidelidad que a veces puede resultar difícil pero que siempre es posible, noble y meritoria; nadie puede negarlo. El ejemplo de numerosos esposos a través de los siglos demuestra que la fidelidad no sólo es connatural al matrimonio sino también manantial de felicidad profunda y duradera.

Es, por fin, un amor *fecundo*, que no se agota en la comunión entre los esposos sino que está destinado a prolongarse suscitando nuevas vidas. “El matrimonio y el amor conyugal están ordenados por su propia naturaleza a la procreación y educación de la prole. Los hijos son, sin duda, el don más excelente del matrimonio y contribuyen sobremanera al bien de los propios padres”<sup>8</sup>.

## LA PATERNIDAD RESPONSABLE

10. Por ello el amor conyugal exige a los esposos una conciencia de su misión de “paternidad responsable” sobre la que hoy tanto se insiste con razón y que hay que comprender exactamente. Hay que considerarla bajo diversos aspectos legítimos y relacionados entre sí.

En relación con los procesos biológicos, paternidad responsable significa conocimiento y respeto de sus funciones; la inteligencia descubre, en el poder de dar la vida, leyes biológicas que forman parte de la persona humana<sup>9</sup>.

En relación con las tendencias del instinto y de las pasiones, la paternidad responsable comporta el dominio necesario que sobre aquéllas han de ejercer la razón y la voluntad.

En relación con las condiciones físicas, económicas, psicológicas y sociales, la paternidad responsable se pone en práctica ya sea con la deliberación ponderada y generosa de tener una familia numerosa, ya sea con la decisión, tomada por graves motivos y en el respeto de la ley moral, de evitar un nuevo nacimiento durante algún tiempo o por tiempo indefinido.

---

<sup>8</sup>Conc. Vat. II, Const. Past. *Gaudium et Spes*, n. 50.

<sup>9</sup>Cfr. Santo Tomás, *Sum. Teol.*, I-II, q. 94, a. 2.

La paternidad responsable comporta sobre todo una vinculación más profunda con el orden moral objetivo, establecido por Dios, cuyo fiel intérprete es la recta conciencia. El ejercicio responsable de la paternidad exige, por tanto, que los cónyuges reconozcan plenamente sus propios deberes para con Dios, para consigo mismo, para con la familia y la sociedad, en una justa jerarquía de valores.

En la misión de transmitir la vida, los esposos no quedan, por tanto, libres para proceder arbitrariamente, como si ellos pudiesen determinar de manera completamente autónoma los caminos lícitos a seguir, sino que deben conformar su conducta a la intención creadora de Dios, manifestada en la misma naturaleza del matrimonio y de sus actos y constantemente enseñada por la Iglesia<sup>10</sup>.

#### *RESPETAR LA NATURALEZA Y LA FINALIDAD DEL ACTO MATRIMONIAL*

11. Estos actos, con los cuales los esposos se unen en casta intimidad, y a través de los cuales se transmite la vida humana, son, como ha recordado el Concilio, “honestos y dignos”<sup>11</sup>, y no cesan de ser legítimos si, por causas independientes de la voluntad de los cónyuges, se prevén infecundos, porque continúan ordenados a expresar y consolidar su unión. De hecho, como atestigua la experiencia, no se sigue una nueva vida de cada uno de los actos conyugales. Dios ha dispuesto con sabiduría leyes y ritmos naturales de fecundidad que por sí mismos distancian los nacimientos. La Iglesia, sin embargo, al exigir que los hombres observen las normas de la ley natural interpretada por su constante doctrina, enseña que cualquier acto matrimonial (*quilibet matrimonii usus*) debe quedar abierto a la transmisión de la vida<sup>12</sup>.

#### *INSEPARABLES LOS DOS ASPECTOS: UNIÓN Y PROCREACIÓN*

12. Esta doctrina, muchas veces expuesta por el Magisterio, está fundada sobre la inseparable conexión que Dios ha querido y que el hombre no puede romper por propia iniciativa, entre los dos significados del acto conyugal: el significado unitivo y el significado procreador. Efectivamente, el acto conyugal, por su íntima estructura, mientras une profundamente a los esposos, los hace aptos para la generación de nuevas vidas, según las leyes inscritas en el ser mismo del hombre y de la mujer. Salvaguardando ambos aspectos esenciales, unitivo y procreador, el acto conyugal conserva íntegro el sentido de amor mutuo y verdadero y su ordenación a la altísima vocación del hombre a la paternidad. Nos pensamos que los hombres, en particular los de nuestro tiempo, se encuentran en grado de comprender el carácter profundamente razonable y humano de este principio fundamental.

---

<sup>10</sup>Cfr. *Gaudium et Spes*, nn. 50 y 51.

<sup>11</sup>*Ibíd.*, n. 49, 2º.

<sup>12</sup>Cfr. Pío XI, Enc. *Casti Connubii*, AAS 22 (1930), p. 560; Pío XII, AAS 43 (1951), p. 843.

13. Justamente se hace notar que un acto conyugal impuesto al cónyuge sin considerar su condición actual y sus legítimos deseos, no es un verdadero acto de amor; y prescinde por tanto de una exigencia del recto orden moral en las relaciones entre los esposos. Así, quien reflexiona rectamente deberá también reconocer que un acto de amor recíproco, que prejuzgue la disponibilidad a transmitir la vida que Dios Creador, según particulares leyes, ha puesto en él, está en contradicción con el designio constitutivo del matrimonio y con la voluntad del Autor de la vida. Usar este don divino destruyendo su significado y su finalidad, aun sólo parcialmente, es contradecir la naturaleza del hombre y de la mujer y sus más íntimas relaciones, y por lo mismo es contradecir también el plan de Dios y su voluntad. Usufructuar, en cambio, el don del amor conyugal respetando las leyes del proceso generador significa reconocerse no árbitros de las fuentes de la vida humana, sino más bien administradores del plan establecido por el Creador. En efecto, al igual que el hombre no tiene un dominio ilimitado sobre su cuerpo en general, del mismo modo tampoco lo tiene, con más razón, sobre las facultades generadoras en cuanto tales, en virtud de su ordenación intrínseca a originar la vida, de la que Dios es principio. “La vida humana es sagrada –recordaba Juan XXIII–; desde su comienzo, compromete directamente la acción creadora de Dios”<sup>13</sup>.

#### VÍAS ILÍCITAS PARA LA REGULACIÓN DE LOS NACIMIENTOS

14. En conformidad con estos principios fundamentales de la visión humana y cristiana del matrimonio, debemos una vez más declarar que hay que excluir absolutamente, como vía lícita para la regulación de los nacimientos, la interrupción directa del proceso generador ya iniciado, y sobre todo el aborto directamente querido y procurado, aunque sea por razones terapéuticas<sup>14</sup>.

Hay que excluir igualmente, como el Magisterio de la Iglesia ha declarado muchas veces, la esterilización directa, perpetua o temporal, tanto del hombre como de la mujer<sup>15</sup>; queda además excluida toda acción que, o en previsión del acto conyugal, o en su realización, o en el desarrollo de sus consecuencias naturales, se proponga, como fin o como medio, hacer imposible la procreación<sup>16</sup>.

Tampoco se pueden invocar como razones válidas, para justificar los actos conyugales intencionalmente infecundos, el mal menor o el hecho de que tales

---

<sup>13</sup>Juan XXIII, Enc. *Mater et Magistra*, AAS 53 (1961), p. 447.

<sup>14</sup>Cfr. *Catechismus Romanus Concilii Tridentini*, pars. II, c. VIII; Pío XI, Enc. *Casti Connubii*, AAS 22 (1930), pp. 562-564; Pío XII, *Discorsi e Radiomessaggi*, VI, pp. 191-192, AAS 43 (1951), pp. 842-843, pp. 857-859; Juan XXIII, Enc. *Pacem in Terris*, 11 de abril de 1963, AAS 55 (1963), pp. 259-260; *Gaudium et Spes*, n. 51.

<sup>15</sup>Cfr. Pío XI, Enc. *Casti Connubii*, AAS 22 (1930), n. 565; Decreto del S. Oficio, 22 de febrero de 1940, AAS 32 (1940), p. 73; Pío XII, AAS 43 (1951), pp. 843-844; AAS 50 (1958), pp. 734-735.

<sup>16</sup>Cfr. *Catechismus Romanus Concilii Tridentini*, pars II, c. VIII; Pío XI, Enc. *Casti Connubii*, AAS 22 (1930), pp. 559-561; Pío XII, AAS 43 (1951), p. 843; AAS 50 (1958), pp. 734-735; Juan XXIII, Enc. *Mater et Magistra*, AAS 53 (1961), n. 447.

actos constituirían un todo con los actos fecundos anteriores o que seguirán después y que por tanto compartirían la única e idéntica bondad moral. En verdad, si es lícito alguna vez tolerar un mal moral menor a fin de evitar un mal mayor o de promover un bien más grande<sup>17</sup>, no es lícito, ni aun por razones gravísimas, hacer el mal para conseguir el bien<sup>18</sup>, es decir, hacer objeto de un acto positivo de voluntad lo que es intrínsecamente desordenado y por lo mismo indigno de la persona humana, aunque con ello se quisiese salvaguardar o promover el bien individual, familiar o social. Es por tanto un error pensar que un acto conyugal, hecho voluntariamente infecundo, y por esto intrínsecamente deshonesto, pueda ser coonestado por el conjunto de una vida conyugal fecunda.

### *LICITUD DE LOS MEDIOS TERAPÉUTICOS*

15. La Iglesia, en cambio, no retiene de ningún modo ilícito el uso de los medios terapéuticos verdaderamente necesarios para curar enfermedades del organismo, a pesar de que se siguiese un impedimento, aun previsto, para la procreación, con tal de que ese impedimento no sea, por cualquier motivo, directamente querido<sup>19</sup>.

### *LICITUD DEL RECURSO A LOS PERÍODOS INFECUNDOS*

16. A estas enseñanzas de la Iglesia sobre la moral conyugal se objeta hoy, como observábamos antes (n. 3), que es prerrogativa de la inteligencia humana dominar las energías de la naturaleza irracional y orientarlas hacia un fin en conformidad con el bien del hombre. Algunos se preguntan: actualmente, ¿no es quizás racional recurrir en muchas circunstancias al control artificial de los nacimientos, si con ello se obtienen la armonía y la tranquilidad de la familia y mejores condiciones para la educación de los hijos ya nacidos? A esta pregunta hay que responder con claridad: la Iglesia es la primera en elogiar y en recomendar la intervención de la inteligencia en una obra que tan de cerca asocia la creatura racional a su Creador, pero afirma que esto debe hacerse respetando el orden establecido por Dios.

Por consiguiente, si para espaciar los nacimientos existen serios motivos, derivados de las condiciones físicas o psicológicas de los cónyuges, o de circunstancias exteriores, la Iglesia enseña que entonces es lícito tener en cuenta los ritmos naturales inmanentes a las funciones generadoras para usar del matrimonio sólo en los períodos infecundos y así regular la natalidad sin ofender los principios morales que acabamos de recordar<sup>20</sup>.

La Iglesia es coherente consigo misma cuando juzga lícito el recurso a los períodos infecundos, mientras condena siempre como ilícito el uso de medios directamente contrarios a la fecundación, aunque se haga por razones aparentemente

---

<sup>17</sup>Cfr. Pío XII, Alloc. al Congreso Nacional de la Unión de Juristas Católicos Italianos, 6 diciembre 1953, AAS 45 (1953), pp. 798-799.

<sup>18</sup>Cfr. Rom., 3, 8.

<sup>19</sup>Cfr. Pío XII, Alloc. a los Participantes en el Congreso de la Asociación Italiana de Urología, 8 octubre 1953, AAS 45 (1953), pp. 674-675; AAS 50 (1958), pp. 734-735.

<sup>20</sup>Cfr. Pío XII, AAS 43 (1951), p. 846.

honestas y serias. En realidad, entre ambos casos existe una diferencia esencial: en el primero los cónyuges se sirven legítimamente de una disposición natural; en el segundo impiden el desarrollo de los procesos naturales. Es verdad que tanto en uno como en otro caso, los cónyuges están de acuerdo en la voluntad positiva de evitar la prole por razones plausibles, buscando la seguridad de que no se seguirá; pero es igualmente verdad que solamente en el primer caso renuncian conscientemente al uso del matrimonio en los períodos fecundos cuando por justos motivos la procreación no es deseable, y hacen uso después en los períodos agénicos para manifestarse el afecto y para salvaguardar la mutua fidelidad. Obrando así ellos dan prueba de amor verdadero e integralmente honesto.

### *GRAVES CONSECUENCIAS DE LOS MÉTODOS DE REGULACIÓN ARTIFICIAL DE LA NATALIDAD*

17. Los hombres rectos podrán convencerse todavía de la consistencia de la doctrina de la Iglesia en este campo si reflexionan sobre las consecuencias de los métodos de la regulación artificial de la natalidad. Consideren, antes que nada, el camino fácil y amplio que se abriría a la infidelidad conyugal y a la degradación general de la moralidad. No se necesita mucha experiencia para conocer la debilidad humana y para comprender que los hombres, especialmente los jóvenes, tan vulnerables en este punto, tienen necesidad de aliento para ser fieles a la ley moral y no se les debe ofrecer cualquier medio fácil para burlar su observancia. Podría también temerse que el hombre, habituándose al uso de las prácticas anticonceptivas, acabase por perder el respeto a la mujer y, sin preocuparse más de su equilibrio físico y psicológico, llegase a considerarla como simple instrumento de goce egoístico y no como a compañera, respetada y amada.

Reflexiónese también sobre el arma peligrosa que de este modo se llegaría a poner en las manos de autoridades públicas despreocupadas de las exigencias morales. ¿Quién podría reprochar a un gobierno el aplicar a la solución de los problemas de la colectividad lo que hubiera sido reconocido lícito a los cónyuges para la solución de un problema familiar? ¿Quién impediría a los gobernantes favorecer y hasta imponer a sus pueblos, si lo consideraran necesario, el método anticonceptivo que ellos juzgaren más eficaz? En tal modo los hombres, queriendo evitar las dificultades individuales, familiares o sociales que se encuentran en el cumplimiento de la ley divina, llegarían a dejar a merced de la intervención de las autoridades públicas el sector más personal y más reservado de la intimidad conyugal.

Por tanto, si no se quiere exponer al arbitrio de los hombres la misión de engendrar la vida, se deben reconocer necesariamente unos límites infranqueables a la posibilidad de dominio del hombre sobre su propio cuerpo y sus funciones; límites que a ningún hombre, privado o revestido de autoridad, es lícito quebrantar. Y tales límites no pueden ser determinados sino por el respeto debido a la integridad del organismo humano y de sus funciones, según los principios antes recordados y según la recta inteligencia del “principio de totalidad” ilustrado por nuestro predecesor Pío XII<sup>21</sup>.

---

<sup>21</sup>AAS 45 (1953), pp. 674-675; Alloc. a los Dirigentes y Socios de la Asociación Italiana de Donadores de Córnea, AAS 48 (1956), pp. 461-462.

## LA IGLESIA, GARANTÍA DE LOS AUTÉNTICOS VALORES HUMANOS

18. Se puede prever que estas enseñanzas no serán quizá fácilmente aceptadas por todos: son demasiadas las voces –ampliadas por los modernos medios de propaganda– que están en contraste con la Iglesia. A decir verdad, ésta no se maravilla de ser, a semejanza de su divino Fundador, “signo de contradicción”<sup>22</sup>, pero no deja por esto de proclamar con humilde firmeza toda la ley moral, natural y evangélica. La Iglesia no ha sido la autora de éstas, ni puede por tanto ser su árbitro, sino solamente su depositaria e intérprete, sin poder jamás declarar lícito lo que no lo es por su íntima e inmutable oposición al verdadero bien del hombre.

Al defender la moral conyugal en su integridad, la Iglesia sabe que contribuye a la instauración de una civilización verdaderamente humana; ella compromete al hombre a no abdicar la propia responsabilidad para someterse a los medios técnicos; defiende con esto mismo la dignidad de los cónyuges. Fiel a las enseñanzas y al ejemplo del Salvador, ella se demuestra amiga sincera y desinteresada de los hombres a quienes quiere ayudar, ya desde su camino terreno, “a participar como hijos a la vida del Dios vivo, Padre de todos los hombres”<sup>23</sup>.

S.S. PABLO VI

---

<sup>22</sup>Lucas, 2, 34.

<sup>23</sup>Pablo VI, Enc. *Populorum Progressio*, 26 de marzo de 1967, n. 21.

DISCORSO DI SUA SANTITÀ BENEDETTO XVI  
AI PARTECIPANTI AL CONGRESSO INTERNAZIONALE  
PROMOSSO DALLA PONTIFICIA UNIVERSITÀ  
LATERANENSE, NEL 40° ANNIVERSARIO  
DELL'ENCICLICA "HUMANAE VITAE"  
Sabato, 10 maggio 2008

Venerati Fratelli nell'Episcopato e nel Sacerdozio,  
cari fratelli e sorelle,

È con particolare piacere che vi accolgo al termine del lavoro, che vi ha impegnati a riflettere su un problema antico e sempre nuovo quale la responsabilità e il rispetto per il sorgere della vita umana. Saluto in modo particolare Mons. Rino Fisichella, Magnifico Rettore della Pontificia Università Lateranense, che ha promosso questo Congresso internazionale e lo ringrazio per le espressioni di saluto che ha voluto rivolgermi. Il mio saluto si estende poi agli illustri Relatori, Docenti e partecipanti tutti, che con il loro contributo hanno arricchito queste giornate di intenso lavoro. Il vostro contributo si inserisce efficacemente all'interno di quella più vasta produzione che, nel corso dei decenni, è venuta crescendo su questo tema così controverso e, tuttavia, così decisivo per il futuro dell'umanità.

Già il Concilio Vaticano II, nella Costituzione *Gaudium et spes*, si rivolgeva agli uomini di scienza sollecitandoli ad unire gli sforzi per raggiungere un'unità del sapere e una certezza consolidata circa le condizioni che possono favorire una "onesta regolazione della procreazione umana" (GS, 52). Il mio Predecessore di venerata memoria, il Servo di Dio Paolo VI, il 25 luglio del 1968, pubblicava la Lettera enciclica *Humanae vitae*. Quel documento divenne ben presto segno di contraddizione. Elaborato alla luce di una decisione sofferta, esso costituisce un significativo gesto di coraggio nel ribadire la continuità della dottrina e della tradizione della Chiesa. Quel testo, spesso frainteso ed equivocado, fece molto discutere anche perché si poneva agli albori di una profonda contestazione che segnò la vita di intere generazioni. A quarant'anni dalla sua pubblicazione quell'insegnamento non solo manifesta immutata la sua verità, ma rivela anche la lungimiranza con la quale il problema venne affrontato. Di fatto, l'amore coniugale viene descritto all'interno di un processo globale che non si arresta alla divisione tra anima e corpo né soggiace al solo sentimento, spesso fugace e precario, ma si fa carico dell'unità della persona e della totale condivisione degli sposi che nell'accoglienza reciproca offrono se stessi in una promessa di amore fedele ed esclusivo che scaturisce da una genuina scelta di libertà. Come potrebbe un simile amore rimanere chiuso al dono della vita? La vita è sempre un dono inestimabile; ogni volta che si assiste al suo sorgere percepiamo la potenza dell'azione creatrice di Dio che si fida dell'uomo e in questo modo lo chiama a costruire il futuro con la forza della speranza.

Il Magistero della Chiesa non può esonerarsi dal riflettere in maniera sempre nuova e approfondita sui principi fondamentali che riguardano il matrimonio e la procreazione. Quanto era vero ieri, rimane vero anche oggi. La verità espressa nell'*Humanae vitae* non muta; anzi, proprio alla luce delle nuove scoperte scientifiche, il suo insegnamento si fa più attuale e provoca a riflettere sul valore intrinseco che possiede. La parola chiave per entrare con coerenza nei suoi contenuti rimane quella dell'amore. Come ho scritto nella mia prima Enciclica *Deus caritas est*: "L'uomo diventa realmente se stesso quando corpo e anima si ritrovano in intima unità... Non sono né lo spirito né il corpo da soli ad amare: è l'uomo, la persona, che ama come creatura unitaria, di cui fanno parte corpo e anima" (n. 5). Tolta questa unità si perde il valore della persona e si cade nel grave pericolo di considerare il corpo come un oggetto che si può comperare o vendere (cfr *ibid.*). In una cultura sottoposta alla prevalenza dell'averè sull'essere, la vita umana rischia di perdere il suo valore. Se l'esercizio della sessualità si trasforma in una droga che vuole assoggettare il partner ai propri desideri e interessi, senza rispettare i tempi della persona amata, allora ciò che si deve difendere non è più solo il vero concetto dell'amore, ma in primo luogo la dignità della persona stessa. Come credenti non potremmo mai permettere che il dominio della tecnica abbia ad inficiare la qualità dell'amore e la sacralità della vita.

Non a caso Gesù, parlando dell'amore umano, si richiama a quanto operato da Dio all'inizio della creazione (cfr *Mt* 19,4-6). Il suo insegnamento rimanda a un atto gratuito con il quale il Creatore ha inteso non solo esprimere la ricchezza del suo amore, che si apre donandosi a tutti, ma ha voluto anche imprimere un paradigma sul quale l'agire dell'umanità deve declinarsi. Nella fecondità dell'amore coniugale l'uomo e la donna partecipano all'atto creativo del Padre e rendono evidente che all'origine della loro vita sponsale vi è un "sì" genuino che viene pronunciato e realmente vissuto nella reciprocità, rimanendo sempre aperto alla vita. Questa parola del Signore permane immutata con la sua profonda verità e non può essere cancellata dalle diverse teorie che nel corso degli anni si sono succedute e a volte perfino contraddette tra loro. La legge naturale, che è alla base del riconoscimento della vera uguaglianza tra le persone e i popoli, merita di essere riconosciuta come la fonte a cui ispirare anche il rapporto tra gli sposi nella loro responsabilità nel generare nuovi figli. La trasmissione della vita è iscritta nella natura e le sue leggi permangono come norma non scritta a cui tutti devono richiamarsi. Ogni tentativo di distogliere lo sguardo da questo principio rimane esso stesso sterile e non produce futuro.

È urgente che riscopriamo di nuovo un'alleanza che è sempre stata feconda, quando è stata rispettata; essa vede in primo piano la ragione e l'amore. Un acuto maestro come Guglielmo di Saint Thierry poteva scrivere parole che sentiamo profondamente valide anche per il nostro tempo: "Se la ragione istruisce l'amore e l'amore illumina la ragione, se la ragione si converte in amore e l'amore acconsente a lasciarsi trattenere entro i confini della ragione, allora essi possono fare qualcosa di grande" (*Natura e grandezza dell'amore*, 21,8). Cos'è questo "qualcosa di grande" a cui possiamo assistere? È il sorgere della responsabilità per la vita, che rende fecondo il dono che ognuno fa di sé all'altro. È frutto di un amore che sa pensare e scegliere in piena libertà, senza lasciarsi condizionare oltre misura dall'eventuale sacrificio richiesto. Da qui scaturisce il miracolo della vita che i genitori sperimentano in se stessi, verificando come qualcosa di straordinario

quanto si compie in loro e tramite loro. Nessuna tecnica meccanica può sostituire l'atto d'amore che due sposi si scambiano come segno di un mistero più grande che li vede protagonisti e compartecipi della creazione.

Si assiste sempre più spesso, purtroppo, a vicende tristi che coinvolgono gli adolescenti, le cui reazioni manifestano una non corretta conoscenza del mistero della vita e delle rischiose implicanze dei loro gesti. L'urgenza formativa, a cui spesso faccio riferimento, vede nel tema della vita un suo contenuto privilegiato. Auspico veramente che soprattutto ai giovani sia riservata un'attenzione del tutto peculiare, perché possano apprendere il vero senso dell'amore e si preparino per questo con un'adeguata educazione alla sessualità, senza lasciarsi distogliere da messaggi effimeri che impediscono di raggiungere l'essenza della verità in gioco. Fornire false illusioni nell'ambito dell'amore o ingannare sulle genuine responsabilità che si è chiamati ad assumere con l'esercizio della propria sessualità non fa onore a una società che si richiama ai principi di libertà e di democrazia. La libertà deve coniugarsi con la verità e la responsabilità con la forza della dedizione all'altro anche con il sacrificio; senza queste componenti non cresce la comunità degli uomini e il rischio di rinchiudersi in un cerchio di egoismo asfissiante rimane sempre in agguato.

L'insegnamento espresso dall'Enciclica *Humanae vitae* non è facile. Esso, tuttavia, è conforme alla struttura fondamentale mediante la quale la vita è sempre stata trasmessa fin dalla creazione del mondo, nel rispetto della natura e in conformità con le sue esigenze. Il riguardo per la vita umana e la salvaguardia della dignità della persona ci impongono di non lasciare nulla di intentato perché a tutti possa essere partecipata la genuina verità dell'amore coniugale responsabile nella piena adesione alla legge inscritta nel cuore di ogni persona. Con questi sentimenti imparto a tutti voi l'Apostolica Benedizione.

BENEDICTUS PP. XVI

DISCORSO DI SUA SANTITÀ BENEDETTO XVI  
AI MEMBRI DEL MOVIMENTO PER LA VITA ITALIANO  
Lunedì, 12 maggio 2008

Cari fratelli e sorelle,

con vivo piacere vi accolgo quest'oggi, e a ciascuno di voi rivolgo il mio cordiale saluto. In primo luogo, saluto Mons. Michele Pennisi, Vescovo di Piazza Armerina, e i sacerdoti presenti. Un saluto speciale indirizzo all'Onorevole Carlo Casini, Presidente del Movimento per la Vita, e sentitamente lo ringrazio per le gentili parole che mi ha indirizzato a nome vostro. Saluto i membri del Direttivo nazionale e della Giunta esecutiva del Movimento per la vita, i Presidenti dei Centri di aiuto alla vita e i responsabili dei vari servizi, del Progetto Gemma, di Telefono verde, SOS Vita e Telefono rosso. Saluto, inoltre, i rappresentanti dell'Associazione Papa Giovanni XXIII e di alcuni Movimenti per la vita europei. Attraverso di voi, qui presenti, il mio pensiero affettuoso si estende a coloro che, pur non potendo intervenire di persona, sono spiritualmente a noi uniti. Penso specialmente ai tanti volontari che, con abnegazione e generosità, condividono con voi il nobile ideale della promozione e della difesa della vita umana fin dal suo concepimento.

La vostra visita cade a trent'anni da quando in Italia venne legalizzato l'aborto ed è vostra intenzione suggerire una riflessione approfondita sugli effetti umani e sociali che la legge ha prodotto nella comunità civile e cristiana durante questo periodo. Guardando ai passati tre decenni e considerando l'attuale situazione, non si può non riconoscere che difendere la vita umana è diventato oggi praticamente più difficile, perché si è creata una mentalità di progressivo svilimento del suo valore, affidato al giudizio del singolo. Come conseguenza ne è derivato un minor rispetto per la stessa persona umana, valore questo che sta alla base di ogni civile convivenza, al di là della fede che si professa.

Certamente molte e complesse sono le cause che conducono a decisioni dolorose come l'aborto. Se da una parte la Chiesa, fedele al comando del suo Signore, non si stanca di ribadire che il valore sacro dell'esistenza di ogni uomo affonda le sue radici nel disegno del Creatore, dall'altra stimola a promuovere ogni iniziativa a sostegno delle donne e delle famiglie per creare condizioni favorevoli all'accoglienza della vita, e alla tutela dell'istituto della famiglia fondato sul matrimonio tra un uomo e una donna. L'aver permesso di ricorrere all'interruzione della gravidanza, non solo non ha risolto i problemi che affliggono molte donne e non pochi nuclei familiari, ma ha aperto una ulteriore ferita nelle nostre società, già purtroppo gravate da profonde sofferenze.

Tanto impegno, in verità, in questi anni è stato profuso, e da parte non solo della Chiesa, per venire incontro ai bisogni e alle difficoltà delle famiglie. Non possiamo però nasconderci che diversi problemi continuano ad attanagliare la società odierna, impedendo di dare spazio al desiderio di tanti giovani di sposarsi e formare una famiglia per le condizioni sfavorevoli in cui vivono. La mancanza di lavoro sicuro, legislazioni spesso carenti in materia di tutela della maternità,

l'impossibilità di assicurare un sostentamento adeguato ai figli, sono alcuni degli impedimenti che sembrano soffocare l'esigenza dell'amore fecondo, mentre aprono le porte a un crescente senso di sfiducia nel futuro. E' necessario per questo unire gli sforzi perché le diverse Istituzioni pongano di nuovo al centro della loro azione la difesa della vita umana e l'attenzione prioritaria alla famiglia, nel cui alveo la vita nasce e si sviluppa. Occorre aiutare con ogni strumento legislativo la famiglia per facilitare la sua formazione e la sua opera educativa, nel non facile contesto sociale odierno.

Per i cristiani resta sempre aperto, in questo ambito fondamentale della società, un urgente e indispensabile campo di apostolato e di testimonianza evangelica: proteggere la vita con coraggio e amore in tutte le sue fasi. Per questo, cari fratelli e sorelle, domando al Signore di benedire l'azione che, come *Centro di Aiuto alla Vita* e come *Movimento per la Vita*, voi svolgete per evitare l'aborto anche in caso di gravidanze difficili, operando nel contempo sul piano dell'educazione, della cultura e del dibattito politico. E' necessario testimoniare in maniera concreta che il rispetto della vita è la prima giustizia da applicare. Per chi ha il dono della fede questo diventa un imperativo inderogabile, perché il seguace di Cristo è chiamato ad essere sempre più "profeta" di una verità che mai potrà essere eliminata: Dio solo è Signore della vita. Ogni uomo è da Lui conosciuto e amato, voluto e guidato. Qui soltanto sta l'unità più profonda e grande dell'umanità, nel fatto che ogni essere umano realizza l'unico progetto di Dio, ognuno ha origine dalla medesima idea creatrice di Dio. Si comprende pertanto perché la Bibbia afferma: chi profana l'uomo, profana la proprietà di Dio (cfr *Gn 9,5*).

Quest'anno ricorre il 60° anniversario della Dichiarazione dei Diritti dell'uomo il cui merito è stato quello di aver permesso a differenti culture, espressioni giuridiche e modelli istituzionali, di convergere attorno ad un nucleo fondamentale di valori e, quindi, di diritti. *Come ho recentemente ricordato, nella mia visita all'ONU, ai membri delle Nazioni Unite, "i diritti umani debbono essere rispettati quali espressione di giustizia e non semplicemente perché possono essere fatti rispettare mediante la volontà dei legislatori. La promozione dei diritti umani rimane quindi la strategia più efficace per eliminare le disuguaglianze fra Paesi e gruppi sociali, come pure per un aumento della sicurezza".* Per questo è oltremodo lodevole anche il vostro impegno nell'ambito politico come aiuto e stimolo alle Istituzioni, perché venga dato il giusto riconoscimento alla parola "dignità umana". La vostra iniziativa presso la Commissione per le Petizioni del Parlamento Europeo, nella quale affermate i valori fondamentali del diritto alla vita fin dal concepimento, della famiglia fondata sul matrimonio di un uomo e una donna, del diritto di ogni essere umano concepito a nascere e ad essere educato in una famiglia di genitori, conferma ulteriormente la solidità del vostro impegno e la piena comunione con il Magistero della Chiesa, che da sempre proclama e difende tali valori come "non negoziabili".

Cari fratelli e sorelle, incontrandovi il 22 maggio del 1998, Giovanni Paolo II vi esortava a perseverare nel vostro impegno di amore e difesa della vita umana, e ricordava che, grazie a voi, tanti bambini potevano sperimentare la gioia del dono inestimabile della vita. Dieci anni dopo, sono io a ringraziarvi per il servizio che avete reso alla Chiesa e alla società. Quante vite umane avete salvato dalla morte! Proseguite su questo cammino e non abbiate paura, perché il sorriso della vita trionfi sulle labbra di tutti i bambini e delle loro mamme. Affido ognuno di

voi, e le tante persone che incontrate nei Centri di aiuto alla vita, alla materna protezione della Vergine Maria, Regina della Famiglia, e mentre vi assicuro il mio ricordo nella preghiera, di cuore benedico voi e quanti fanno parte dei Movimenti per la Vita in Italia, in Europa e nel mondo.

BENEDICTUS PP. XVI

DISCURSO DEL PAPA BENEDICTO XVI  
A LOS PARTICIPANTES EN UN COLOQUIO  
INTERNACIONAL SOBRE LA IDENTIDAD  
DEL INDIVIDUO

Lunes 28 de enero de 2008

Señores cancilleres;  
excelencias;  
queridos amigos académicos;  
señoras y señores:

Me alegra acogeros al final de vuestro coloquio, que se concluye aquí, en Roma, tras haberse desarrollado en el Instituto de Francia, en París, y que estuvo dedicado al tema: "La identidad cambiante del individuo". Ante todo, agradezco al príncipe Gabriel de Broglie las palabras con las que ha introducido este encuentro. Saludo, asimismo, a los miembros de todas las instituciones que han organizado este coloquio: la Academia pontificia de ciencias y la Academia pontificia de ciencias sociales, la Academia de ciencias morales y políticas, la Academia de ciencias y el Instituto católico de París. Me alegro de que, por primera vez, se haya podido instaurar una colaboración inter-académica de esta naturaleza, abriendo el camino a amplias investigaciones interdisciplinarias cada vez más fecundas.

Ahora que las ciencias exactas, naturales y humanas han logrado avances prodigiosos en el conocimiento del hombre y de su universo, es grande la tentación de querer circunscribir totalmente la identidad del ser humano y encerrarlo en el conocimiento que se puede tener de él. Para evitar este peligro, es preciso dejar espacio a la investigación antropológica, filosófica y teológica, que permite mostrar y mantener el misterio propio del hombre, puesto que ninguna ciencia puede decir quién es el hombre, de dónde viene y adónde va. Por tanto, la ciencia del hombre se convierte en la más necesaria de todas las ciencias.

Es lo que dijo Juan Pablo II en la encíclica *Fides et ratio*: "Un gran reto que tenemos (...) es el de saber realizar el paso, tan necesario como urgente, del fenómeno al fundamento. No es posible detenerse en la sola experiencia; incluso cuando esta expresa y pone de manifiesto la interioridad del hombre y su espiritualidad, es necesario que la reflexión especulativa llegue hasta su naturaleza espiritual y el fundamento en que se apoya" (n. 83).

El hombre está siempre más allá de lo que se ve o de lo que se percibe mediante la experiencia. Descuidar la cuestión sobre el ser del hombre lleva inevitablemente a dejar de buscar la verdad objetiva sobre el ser en su integridad y, de este modo, a la incapacidad para reconocer el fundamento sobre el que se apoya la dignidad del hombre, de todo hombre, desde su fase embrionaria hasta su muerte natural.

Durante vuestro coloquio habéis experimentado que las ciencias, la filosofía y la teología pueden ayudarse para percibir la identidad del hombre, que está en

constante devenir. A partir de la cuestión sobre el nuevo ser surgido de la fusión celular, que es portador de un patrimonio genético nuevo y específico, habéis mostrado elementos esenciales del misterio del hombre, caracterizado por la alteridad: un ser creado por Dios, un ser a imagen de Dios, un ser amado hecho para amar. En cuanto ser humano, jamás está encerrado en sí mismo; siempre conlleva una alteridad y, desde su origen, se encuentra en interacción con otros seres humanos, como nos lo revelan cada vez más las ciencias humanas.

¿Cómo no evocar aquí la maravillosa meditación del salmista sobre el ser humano, formado en lo secreto del vientre de su madre y al mismo tiempo conocido en su identidad y en su misterio únicamente por Dios, que lo ama y lo protege? (cf. *Sal* 139, 1-16).

El hombre no es fruto del azar, ni de una serie de circunstancias, ni de determinismos, ni de interacciones físico-químicas; es un ser que goza de una libertad que, teniendo en cuenta su naturaleza, la trasciende y es el signo del misterio de alteridad que lo caracteriza. Desde esta perspectiva, el gran pensador Pascal decía que “el hombre supera infinitamente al hombre”.

Esta libertad, propia del ser humano, hace que pueda orientar su vida hacia un fin; hace que, con los actos que realiza, pueda dirigirse hacia la felicidad a la que está llamado para la eternidad. Esta libertad muestra que la existencia del hombre tiene un sentido. En el ejercicio de su libertad auténtica, la persona cumple su vocación, se realiza y da forma a su identidad profunda. En el ejercicio de su libertad también ejerce su responsabilidad sobre sus actos. En este sentido, la dignidad particular del ser humano es a la vez un don de Dios y la promesa de un futuro.

El hombre tiene la capacidad específica de discernir lo bueno y el bien. La *sindéresis*, puesta en él por el Creador como un sello, lo impulsa a hacer el bien. Movido por ella, el hombre está llamado a desarrollar su conciencia mediante la formación y el ejercicio, para orientarse libremente en su existencia, fundándose en las leyes esenciales, que son la ley natural y la ley moral. En nuestra época, en la que el desarrollo de las ciencias atrae y seduce por las posibilidades que ofrece, es más importante que nunca educar las conciencias de nuestros contemporáneos para que la ciencia no se convierta en criterio del bien y para que se respete al hombre como centro de la creación y no se lo transforme en objeto de manipulaciones ideológicas, ni de decisiones arbitrarias, ni tampoco de abusos de los más fuertes sobre los más débiles. Se trata de peligros cuyas manifestaciones hemos podido conocer a lo largo de la historia humana, y en particular durante el siglo XX.

Toda práctica científica debe ser también una práctica de amor, debe estar al servicio del hombre y de la humanidad, contribuyendo a la construcción de la identidad de las personas. En efecto, como señalé en la encíclica *Deus caritas est*, “el amor engloba la existencia entera y en todas sus dimensiones, incluido también el tiempo. (...) El amor es ‘éxtasis’”, es decir, “como camino, como un permanente salir del yo cerrado en sí mismo hacia su liberación en la entrega de sí y, precisamente de este modo, hacia el reencuentro consigo mismo” (n. 6).

El amor hace salir de sí para descubrir y reconocer al otro; al abrirse a la alteridad, confirma también la identidad del sujeto, ya que el otro me revela a mí mismo. Esta es la experiencia que, como muestra la Biblia, han hecho numerosos creyentes, a partir de Abraham. El modelo del amor, por excelencia, es Cristo. En el

acto de entregar su vida por sus hermanos, de entregarse totalmente, se manifiesta su identidad profunda, y ahí tenemos la clave de lectura del misterio insondable de su ser y de su misión.

Encomendando vuestras investigaciones a la intercesión de Santo Tomás de Aquino, a quien la Iglesia honra en este día y que sigue siendo un “auténtico modelo para cuantos buscan la verdad” (*Fides et ratio*, 78), os aseguro mi oración por vosotros, por vuestras familias y por vuestros colaboradores, e imparto con afecto a todos la bendición apostólica.

S.S. BENEDICTO XVI

MENSAJE DE SU SANTIDAD BENEDICTO XVI  
PARA LA XLII JORNADA MUNDIAL  
DE LAS COMUNICACIONES SOCIALES  
4 de mayo de 2008

“Los medios: en la encrucijada entre protagonismo y servicio.  
Buscar la Verdad para compartirla”

Queridos hermanos y hermanas:

1. El tema de la próxima Jornada mundial de las comunicaciones sociales, «Los medios de comunicación social: en la encrucijada entre protagonismo y servicio. Buscar la verdad para compartirla», pone de relieve la importancia del papel que estos instrumentos desempeñan en la vida de las personas y de la sociedad. En efecto, no existe ámbito de la experiencia humana –más aún si consideramos el amplio fenómeno de la globalización– en el que los medios de comunicación social no se hayan convertido en parte constitutiva de las relaciones interpersonales y de los procesos sociales, económicos, políticos y religiosos. A este respecto, escribí en el Mensaje para la Jornada mundial de la paz del pasado 1 de enero: “Los medios de comunicación social, por las potencialidades educativas de que disponen, tienen una responsabilidad especial en la promoción del respeto por la familia, en ilustrar sus esperanzas y derechos, en resaltar su belleza” (n. 5: *L'Osservatore Romano*, edición en lengua española, 14 de diciembre de 2007, p. 5).

2. Gracias a una vertiginosa evolución tecnológica, estos medios han logrado potencialidades extraordinarias, lo cual plantea al mismo tiempo nuevos e inéditos interrogantes y problemas. Es innegable la aportación que pueden dar al flujo de noticias, al conocimiento de los hechos y a la difusión del saber. Por ejemplo, han contribuido de manera decisiva a la alfabetización y a la socialización, así como al desarrollo de la democracia y al diálogo entre los pueblos. Sin su aportación sería realmente difícil favorecer y mejorar la comprensión entre las naciones, dar alcance universal a los diálogos de paz, garantizar al hombre el bien primario de la información, asegurando a la vez la libre circulación del pensamiento, sobre todo en orden a los ideales de solidaridad y justicia social.

Ciertamente, los medios de comunicación social en su conjunto no solamente son medios para la difusión de las ideas, sino que también pueden y deben ser instrumentos al servicio de un mundo más justo y solidario. Lamentablemente, existe el peligro de que se transformen en sistemas dedicados a someter al hombre a lógicas dictadas por los intereses dominantes del momento. Es el caso de una comunicación usada para fines ideológicos o para la venta de productos de consumo mediante una publicidad obsesiva.

Con el pretexto de representar la realidad, se tiende de hecho a legitimar e imponer modelos distorsionados de vida personal, familiar o social. Además, para ampliar la audiencia, la llamada *audience*, a veces no se duda en recurrir a la transgresión, a la vulgaridad y a la violencia. Y, por último, puede suceder también que a través de los medios de comunicación social se propongan y apoyen modelos de desarrollo que, en vez de disminuir el abismo tecnológico entre los países pobres y los ricos, lo aumentan.

3. La humanidad se encuentra hoy ante una encrucijada. También a los medios de comunicación social se puede aplicar lo que escribí en la encíclica *Spe salvi* sobre la ambigüedad del progreso, que ofrece posibilidades inéditas para el bien, pero al mismo tiempo abre enormes posibilidades de mal que antes no existían (cf. n. 22). Por tanto, es necesario preguntarse si es sensato dejar que los medios de comunicación social se subordinen a un protagonismo indiscriminado o que acaben en manos de quien se vale de ellos para manipular las conciencias. ¿No se debería, más bien, hacer todo lo posible para que permanezcan al servicio de la persona y del bien común, y favorezcan “la formación ética del hombre, el crecimiento del hombre interior”? (cf. *ib.*).

Su extraordinaria influencia en la vida de las personas y de la sociedad es un dato ampliamente reconocido, pero hay que tomar conciencia del viraje, diría incluso del cambio de función que los medios están afrontando. Hoy, de manera cada vez más marcada, en ocasiones la comunicación parece tener la pretensión no sólo de representar la realidad, sino también de determinarla gracias al poder y a la fuerza de sugestión que posee.

Se constata, por ejemplo, que con respecto a algunos acontecimientos los medios no se utilizan para una adecuada función de información, sino para “crear” los acontecimientos mismos. Muchos pastores ven con preocupación este peligroso cambio en su función. Precisamente porque se trata de realidades que influyen profundamente en todas las dimensiones de la vida humana (moral, intelectual, religiosa, relacional, afectiva, cultural), poniendo en juego el bien de la persona, es necesario reafirmar que no todo lo que es técnicamente posible es también éticamente realizable. El impacto de los medios de comunicación social en la vida del hombre contemporáneo plantea, por tanto, interrogantes ineludibles, que esperan decisiones y respuestas inaplazables.

4. El papel que los medios de comunicación han adquirido en la sociedad debe considerarse como parte integrante de la cuestión antropológica, que se plantea como un desafío crucial del tercer milenio. De manera similar a lo que sucede en el campo de la vida humana, del matrimonio y de la familia, y en el ámbito de las grandes cuestiones contemporáneas relativas a la paz, la justicia y la conservación de la creación, también en el sector de las comunicaciones sociales están en juego dimensiones constitutivas del ser humano y de su verdad.

Cuando la comunicación pierde las raíces éticas y elude el control social, termina por olvidar la centralidad y la dignidad inviolable del ser humano, y corre el riesgo de influir negativamente sobre su conciencia y sus opciones, condicionando así, en definitiva, la libertad y la vida misma de las personas. Precisamente por eso es indispensable que los medios de comunicación social defiendan celosamente a la persona y respeten plenamente su dignidad. Son muchos los que piensan que

en este ámbito es necesaria una “info-ética”, así como existe la bio-ética en el campo de la medicina y de la investigación científica vinculada a la vida.

5. Hay que evitar que los medios de comunicación social se conviertan en megáfono del materialismo económico y del relativismo ético, verdaderas plagas de nuestro tiempo. Por el contrario, pueden y deben contribuir a dar a conocer la verdad sobre el hombre, defendiéndola ante los que tienden a negarla o destruirla. Se puede decir, incluso, que la búsqueda y la presentación de la verdad sobre el hombre son la vocación más alta de la comunicación social. Utilizar para este fin todos los lenguajes, cada vez más bellos y refinados, de los que disponen los medios de comunicación social, es una tarea entusiasmante confiada, en primer lugar, a los responsables y operadores del sector. Es una tarea que, sin embargo, nos corresponde en cierto modo a todos, porque en esta época de globalización todos somos usuarios y a la vez operadores de comunicaciones sociales. Los nuevos medios de comunicación, en particular la telefonía e internet, están modificando el rostro mismo de la comunicación y, tal vez, esta es una magnífica ocasión para volver a diseñarlo, para hacer más visibles, como dijo mi venerado predecesor Juan Pablo II, las líneas esenciales e irrenunciables de la verdad sobre la persona humana (cf. carta apostólica *El rápido desarrollo*, 10).

6. El hombre tiene sed de verdad, busca la verdad; así lo demuestran también la atención y el éxito que tienen tantos productos editoriales y programas de ficción de calidad en los que se reconocen y son adecuadamente representadas la verdad, la belleza y la grandeza de la persona, incluyendo su dimensión religiosa. Jesús dijo: “Conoceréis la verdad y la verdad os hará libres» (Jn 8, 32). La verdad que nos hace libres es Cristo, porque sólo él puede responder plenamente a la sed de vida y de amor que existe en el corazón humano. Quien lo ha encontrado y se apasiona por su mensaje, experimenta el deseo incontenible de compartir y comunicar esta verdad: «Lo que existía desde el principio, lo que hemos oído, lo que hemos visto con nuestros propios ojos –escribe San Juan–, lo que contemplamos y palparon nuestras manos: la Palabra de vida (...), os lo anunciamos para que también vosotros estéis en comunión con nosotros. Y nosotros estamos en comunión con el Padre y con su Hijo Jesucristo. Os escribimos esto para que nuestro gozo sea completo” (1 Jn 1, 1-3).

Invoquemos al Espíritu Santo para que no falten comunicadores valientes y testigos auténticos de la verdad que, fieles al mandato de Cristo y apasionados por el mensaje de la fe, “se hagan intérpretes de las actuales exigencias culturales, comprometiéndose a vivir esta época de la comunicación no como tiempo de alienación y extravío, sino como tiempo oportuno para la búsqueda de la verdad y el desarrollo de la comunión entre las personas y los pueblos” (Juan Pablo II, Discurso al congreso *Parábolas mediáticas*, 9 noviembre 2002, 2: *L’Osservatore Romano*, edición en lengua española, 15 de noviembre de 2002, p. 3).

Con este deseo os imparto a todos con afecto mi bendición.

S.S. BENEDICTO XVI

Vaticano, 24 de enero de 2008, fiesta de San Francisco de Sales.

VIAJE APOSTÓLICO  
A LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA.  
Ceremonia de bienvenida.  
Discurso de Su Santidad Benedicto XVI.  
South Lawn de la Casa Blanca, Washington D.C.  
Miércoles 16 de abril de 2008

Señor Presidente:

Gracias por las amables palabras de bienvenida en nombre del pueblo de los Estados Unidos de América. Aprecio profundamente su invitación a visitar este gran país. Mi llegada coincide con un momento importante de la vida de la comunidad católica en América, como es la celebración del segundo centenario de la elevación de la primera diócesis del país, Baltimore, a Archidiócesis metropolitana, y la fundación de las sedes de Nueva York, Boston, Filadelfia y Louisville. También me siento dichoso de ser huésped de todos los americanos. Vengo como amigo y anunciador del Evangelio, como uno que tiene gran respeto por esta vasta sociedad pluralista. Los católicos americanos han ofrecido y siguen ofreciendo una excelente contribución a la vida de su país. Al comenzar mi visita, confío en que mi presencia pueda ser fuente de renovación y esperanza para la Iglesia en los Estados Unidos y refuerce la voluntad de los católicos de contribuir más responsablemente aún a la vida de la Nación, de la que están orgullosos de ser ciudadanos.

Ya desde los albores de la República, la búsqueda de libertad de América ha sido guiada por la convicción de que los principios que gobiernan la vida política y social están íntimamente relacionados con un orden moral, basado en el señorío de Dios Creador. Los redactores de los documentos constitutivos de esta Nación se basaron en esta convicción al proclamar la “verdad evidente por sí misma” de que todos los hombres han sido creados iguales y dotados de derechos inalienables, fundados en la ley natural y en el Dios de esta naturaleza. El curso de la historia americana demuestra las dificultades, las luchas y la gran determinación intelectual y moral que han sido necesarias para formar una sociedad que incorporara fielmente estos nobles principios. A lo largo de ese proceso, que ha plasmado el alma de la Nación, las creencias religiosas fueron una constante inspiración y una fuerza orientadora, como, por ejemplo, en la lucha contra la esclavitud y en el movimiento en favor de los derechos civiles. También en nuestro tiempo, especialmente en los momentos de crisis, los americanos siguen encontrando energía en sí mismos adhiriéndose a este patrimonio de ideales y aspiraciones compartidos.

En los próximos días, espero encontrarme no solamente con la comunidad católica de América, sino también con otras comunidades cristianas y representaciones de las numerosas tradiciones religiosas presentes en este país. Históricamente,

no sólo los católicos, sino todos los creyentes han encontrado aquí la libertad de adorar a Dios según los dictámenes de su conciencia, siendo aceptados al mismo tiempo como parte de una confederación en la que cada individuo y cada grupo puede hacer oír su propia voz. Ahora que la Nación tiene que afrontar cuestiones políticas y éticas cada vez más complejas, confío que los americanos encuentren en sus creencias religiosas una fuente preciosa de discernimiento y una inspiración para buscar un diálogo razonable, responsable y respetuoso en el esfuerzo de edificar una sociedad más humana y más libre.

La libertad no es sólo un don, sino también una llamada a la responsabilidad personal. Los americanos lo saben por experiencia: casi todas las ciudades de este país tienen monumentos en honor a cuantos han sacrificado su vida en defensa de la libertad, tanto en su propia tierra como en otros lugares. La defensa de la libertad es una llamada a cultivar la virtud, la autodisciplina, el sacrificio por el bien común y un sentido de responsabilidad ante los menos afortunados. Además, exige el valor de empeñarse en la vida civil, llevando las propias creencias religiosas y los valores más profundos a un debate público razonable. En una palabra, la libertad es siempre nueva. Se trata de un desafío que se plantea a cada generación, y ha de ser ganado constantemente en favor de la causa del bien (cf. *Spe salvi*, 24). Pocos han entendido esto tan claramente como el Papa Juan Pablo II, de venerada memoria. Al reflexionar sobre la victoria espiritual de la libertad sobre el totalitarismo en su Polonia nativa y en Europa oriental, nos recordó que la historia demuestra en muchas ocasiones que “en un mundo sin verdad la libertad pierde su fundamento”, y que una democracia sin valores puede perder su propia alma (cf. *Centesimus annus*, 46). En estas palabras proféticas resuena de algún modo la convicción del Presidente Washington, expresada en su discurso de despedida, de que la religión y la moralidad son “soportes indispensables” para la prosperidad política.

Por su parte, la Iglesia desea contribuir a la construcción de un mundo cada vez más digno de la persona humana, creada a imagen y semejanza de Dios (cf. *Gn 1*, 26-27). Está convencida de que la fe proyecta una luz nueva sobre todas las cosas, y que el Evangelio revela la noble vocación y el destino sublime de todo hombre y mujer (cf. *Gaudium et spes*, 10). La fe, además, nos ofrece la fuerza para responder a nuestra alta vocación y la esperanza que nos lleva a trabajar por una sociedad cada vez más justa y fraterna. Como vuestros Padres fundadores bien sabían, la democracia sólo puede florecer cuando los líderes políticos, y los que ellos representan, son guiados por la verdad y aplican la sabiduría, que nace de firmes principios morales, a las decisiones que conciernen la vida y el futuro de la Nación.

Los Estados Unidos América han desempeñado desde hace más de un siglo un papel importante en la comunidad internacional. El viernes próximo, si Dios quiere, tendré el honor de dirigir la palabra a la Organización de las Naciones Unidas, donde espero alentar los esfuerzos que se están haciendo para dar a esa institución una voz todavía más eficaz en favor de las expectativas legítimas de todos los pueblos del mundo. A este respecto, en el 60º aniversario de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, la exigencia de una solidaridad global es más urgente que nunca, si se quiere que todos puedan vivir de acuerdo con su dignidad, como hermanos y hermanas que habitan en una misma casa, alrededor de la mesa que la bondad de Dios ha preparado para todos sus hijos. América se

ha mostrado siempre generosa en salir al encuentro de las necesidades humanas inmediatas, promoviendo el desarrollo y ofreciendo alivio a las víctimas de las catástrofes naturales. Tengo la confianza de que esta preocupación por la gran familia humana seguirá manifestándose con el apoyo a los esfuerzos pacientes de la diplomacia internacional orientados a solucionar los conflictos y a promover el progreso. Así, las generaciones futuras podrán vivir en un mundo en el que florezca la verdad, la libertad y la justicia, un mundo donde la dignidad y los derechos dados por Dios a cada hombre, mujer y niño, sean tenidos en consideración, protegidos y promovidos eficazmente.

Señor Presidente, queridos amigos: al comenzar mi visita en los Estados Unidos, deseo expresar una vez más mi gratitud por su invitación, mi alegría por encontrarme entre vosotros y mi oración ferviente para que Dios Omnipotente fortalezca a esta Nación y a su pueblo en el camino de la justicia, la prosperidad y la paz. ¡Que Dios bendiga a América!

S.S. BENEDICTO XVI

## ENCUENTRO CON LOS MIEMBROS DE LA ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS.

Discurso de Su Santidad Benedicto XVI.

Nueva York.

Viernes 18 de abril de 2008

Señor Presidente  
Señoras y Señores

Al comenzar mi intervención en esta Asamblea, deseo ante todo expresarle a usted, Señor Presidente, mi sincera gratitud por sus amables palabras. Quiero agradecer también al Secretario General, el Señor Ban Ki-moon, por su invitación a visitar la Sede central de la Organización y por su cordial bienvenida. Saludo a los Embajadores y a los Diplomáticos de los Estados Miembros, así como a todos los presentes: a través de ustedes, saludo a los pueblos que representan aquí. Ellos esperan de esta Institución que lleve adelante la inspiración que condujo a su fundación, la de ser un “centro que armonice los esfuerzos de las Naciones por alcanzar los fines comunes”, de la paz y el desarrollo (cf. *Carta de las Naciones Unidas*, art. 1.2-1.4). Como dijo el Papa Juan Pablo II en 1995, la Organización debería ser “centro moral, en el que todas las naciones del mundo se sientan como en su casa, desarrollando la conciencia común de ser, por así decir, una ‘familia de naciones’” (*Discurso ante la Asamblea General de las Naciones Unidas*, Nueva York, 5 de octubre de 1995, 14).

A través de las Naciones Unidas, los Estados han establecido objetivos universales que, aunque no coincidan con el bien común total de la familia humana, representan sin duda una parte fundamental de este mismo bien. Los principios fundacionales de la Organización –el deseo de la paz, la búsqueda de la justicia, el respeto de la dignidad de la persona, la cooperación y la asistencia humanitaria– expresan las justas aspiraciones del espíritu humano y constituyen los ideales que deberían estar subyacentes en las relaciones internacionales. Como mis predecesores Pablo VI y Juan Pablo II han hecho notar desde esta misma tribuna, se trata de cuestiones que la Iglesia Católica y la Santa Sede siguen con atención e interés, pues ven en vuestra actividad un ejemplo de cómo los problemas y conflictos relativos a la comunidad mundial pueden estar sujetos a una reglamentación común. Las Naciones Unidas encarnan la aspiración a “un grado superior de ordenamiento internacional” (Juan Pablo II, *Sollicitudo rei socialis*, 43), inspirado y gobernado por el principio de subsidiaridad y, por tanto, capaz de responder a las demandas de la familia humana mediante reglas internacionales vinculantes y estructuras capaces de armonizar el desarrollo cotidiano de la vida de los pueblos. Esto es más necesario aún en un tiempo en el que experimentamos la manifiesta paradoja de un consenso multilateral que sigue padeciendo una crisis a causa de su subordinación a las decisiones de unos pocos, mientras que los problemas del mundo exigen intervenciones conjuntas por parte de la comunidad internacional.

Ciertamente, cuestiones de seguridad, los objetivos del desarrollo, la reducción de las desigualdades locales y globales, la protección del entorno, de los recursos y del clima, requieren que todos los responsables internacionales actúen conjuntamente y demuestren una disponibilidad para actuar de buena fe, respetando la ley y promoviendo la solidaridad con las regiones más débiles del planeta. Pienso particularmente en aquellos países de África y de otras partes del mundo que permanecen al margen de un auténtico desarrollo integral, y corren por tanto el riesgo de experimentar sólo los efectos negativos de la globalización. En el contexto de las relaciones internacionales, es necesario reconocer el papel superior que desempeñan las reglas y las estructuras intrínsecamente ordenadas a promover el bien común y, por tanto, a defender la libertad humana. Dichas reglas no limitan la libertad. Por el contrario, la promueven cuando prohíben comportamientos y actos que van contra el bien común, obstaculizan su realización efectiva y, por tanto, comprometen la dignidad de toda persona humana. En nombre de la libertad debe haber una correlación entre derechos y deberes, por la cual cada persona está llamada a asumir la responsabilidad de sus opciones, tomadas al entrar en relación con los otros. Aquí, nuestro pensamiento se dirige al modo en que a veces se han aplicado los resultados de los descubrimientos de la investigación científica y tecnológica. No obstante los enormes beneficios que la humanidad puede recabar de ellos, algunos aspectos de dicha aplicación representan una clara violación del orden de la creación, hasta el punto en que no solamente se contradice el carácter sagrado de la vida, sino que la persona humana misma y la familia se ven despojadas de su identidad natural. Del mismo modo, la acción internacional dirigida a preservar el entorno y a proteger las diversas formas de vida sobre la Tierra no ha de garantizar solamente un empleo racional de la tecnología y de la ciencia, sino que debe redescubrir también la auténtica imagen de la creación. Esto nunca requiere optar entre ciencia y ética: se trata más bien de adoptar un método científico que respete realmente los imperativos éticos.

El reconocimiento de la unidad de la familia humana y la atención a la dignidad innata de cada hombre y mujer adquiere hoy un nuevo énfasis con el principio de la responsabilidad de proteger. Este principio ha sido definido sólo recientemente, pero ya estaba implícitamente presente en los orígenes de las Naciones Unidas y ahora se ha convertido cada vez más en una característica de la actividad de la Organización. Todo Estado tiene el deber primario de proteger a la propia población de violaciones graves y continuas de los derechos humanos, como también de las consecuencias de las crisis humanitarias, ya sean provocadas por la naturaleza o por el hombre. Si los Estados no son capaces de garantizar esta protección, la comunidad internacional ha de intervenir con los medios jurídicos previstos por la Carta de las Naciones Unidas y por otros instrumentos internacionales. La acción de la comunidad internacional y de sus instituciones, dando por sentado el respeto de los principios que están a la base del orden internacional, no tiene por qué ser interpretada nunca como una imposición injustificada y una limitación de soberanía. Al contrario, es la indiferencia o la falta de intervención lo que causa un daño real. Lo que se necesita es una búsqueda más profunda de los medios para prevenir y controlar los conflictos, explorando cualquier vía diplomática posible y prestando atención y estímulo también a las más tenues señales de diálogo o deseo de reconciliación.

El principio de la “responsabilidad de proteger” fue considerado por el antiguo *ius gentium* como el fundamento de toda actuación de los gobernadores hacia los gobernados: en tiempos en que se estaba desarrollando el concepto de Estados nacionales soberanos, el fraile dominico Francisco de Vitoria, calificado con razón como precursor de la idea de las Naciones Unidas, describió dicha responsabilidad como un aspecto de la razón natural compartida por todas las naciones, y como el resultado de un orden internacional cuya tarea era regular las relaciones entre los pueblos. Hoy como entonces, este principio ha de hacer referencia a la idea de la persona como imagen del Creador, al deseo de una absoluta y esencial libertad. Como sabemos, la fundación de las Naciones Unidas coincidió con la profunda conmoción experimentada por la humanidad cuando se abandonó la referencia al sentido de la trascendencia y de la razón natural y, en consecuencia, se violaron gravemente la libertad y la dignidad del hombre. Cuando eso ocurre, los fundamentos objetivos de los valores que inspiran y gobiernan el orden internacional se ven amenazados, y minados en su base los principios inderogables e inviolables formulados y consolidados por las Naciones Unidas. Cuando se está ante nuevos e insistentes desafíos, es un error retroceder hacia un planteamiento pragmático, limitado a determinar “un terreno común”, minimalista en los contenidos y débil en su efectividad.

La referencia a la dignidad humana, que es el fundamento y el objetivo de la responsabilidad de proteger, nos lleva al tema sobre el cual hemos sido invitados a centrarnos este año, en el que se cumple el 60° aniversario de la *Declaración Universal de los Derechos del Hombre*. El documento fue el resultado de una convergencia de tradiciones religiosas y culturales, todas ellas motivadas por el deseo común de poner a la persona humana en el corazón de las instituciones, leyes y actuaciones de la sociedad, y de considerar a la persona humana esencial para el mundo de la cultura, de la religión y de la ciencia. Los derechos humanos son presentados cada vez más como el lenguaje común y el sustrato ético de las relaciones internacionales. Al mismo tiempo, la universalidad, la indivisibilidad y la interdependencia de los derechos humanos sirven como garantía para la salvaguardia de la dignidad humana. Sin embargo, es evidente que los derechos reconocidos y enunciados en la *Declaración* se aplican a cada uno en virtud del origen común de la persona, la cual sigue siendo el punto más alto del designio creador de Dios para el mundo y la historia. Estos derechos se basan en la ley natural inscrita en el corazón del hombre y presente en las diferentes culturas y civilizaciones. Arrancar los derechos humanos de este contexto significaría restringir su ámbito y ceder a una concepción relativista, según la cual el sentido y la interpretación de los derechos podrían variar, negando su universalidad en nombre de los diferentes contextos culturales, políticos, sociales e incluso religiosos. Así pues, no se debe permitir que esta vasta variedad de puntos de vista oscurezca no sólo el hecho de que los derechos son universales, sino que también lo es la persona humana, sujeto de estos derechos.

La vida de la comunidad, tanto en el ámbito interior como en el internacional, muestra claramente cómo el respeto de los derechos y las garantías que se derivan de ellos son las medidas del bien común que sirven para valorar la relación entre justicia e injusticia, desarrollo y pobreza, seguridad y conflicto. La promoción de los derechos humanos sigue siendo la estrategia más eficaz para extirpar las desigualdades entre países y grupos sociales, así como para aumentar la seguridad. Es cierto que las víctimas de la opresión y la desesperación, cuya dignidad

humana se ve impunemente violada, pueden ceder fácilmente al impulso de la violencia y convertirse ellas mismas en transgresoras de la paz. Sin embargo, el bien común que los derechos humanos permiten conseguir no puede lograrse simplemente con la aplicación de procedimientos correctos ni tampoco a través de un simple equilibrio entre derechos contrapuestos. La *Declaración Universal* tiene el mérito de haber permitido confluir en un núcleo fundamental de valores y, por lo tanto, de derechos, a diferentes culturas, expresiones jurídicas y modelos institucionales. No obstante, hoy es preciso redoblar los esfuerzos ante las presiones para reinterpretar los fundamentos de la Declaración y comprometer con ello su íntima unidad, facilitando así su alejamiento de la protección de la dignidad humana para satisfacer meros intereses, con frecuencia particulares. La *Declaración* fue adoptada como un “ideal común” (*preámbulo*) y no puede ser aplicada por partes separadas, según tendencias u opciones selectivas que corren simplemente el riesgo de contradecir la unidad de la persona humana y por tanto la indivisibilidad de los derechos humanos.

La experiencia nos enseña que a menudo la legalidad prevalece sobre la justicia cuando la insistencia sobre los derechos humanos los hace aparecer como resultado exclusivo de medidas legislativas o decisiones normativas tomadas por las diversas agencias de los que están en el poder. Cuando se presentan simplemente en términos de legalidad, los derechos corren el riesgo de convertirse en proposiciones frágiles, separadas de la dimensión ética y racional, que es su fundamento y su fin. Por el contrario, la *Declaración Universal* ha reforzado la convicción de que el respeto de los derechos humanos está enraizado principalmente en la justicia que no cambia, sobre la cual se basa también la fuerza vinculante de las proclamaciones internacionales. Este aspecto se ve frecuentemente desatendido cuando se intenta privar a los derechos de su verdadera función en nombre de una mísera perspectiva utilitarista. Puesto que los derechos y los consiguientes deberes provienen naturalmente de la interacción humana, es fácil olvidar que son el fruto de un sentido común de la justicia, basado principalmente sobre la solidaridad entre los miembros de la sociedad y, por tanto, válidos para todos los tiempos y todos los pueblos. Esta intuición fue expresada ya muy pronto, en el siglo V, por Agustín de Hipona, uno de los maestros de nuestra herencia intelectual. Decía que la máxima *no hagas a otros lo que no quieres que te hagan a ti* “en modo alguno puede variar, por mucha que sea la diversidad de las naciones” (*De doctrina christiana*, III, 14). Por tanto, los derechos humanos han de ser respetados como expresión de justicia, y no simplemente porque pueden hacerse respetar mediante la voluntad de los legisladores.

Señoras y Señores, con el transcurrir de la historia surgen situaciones nuevas y se intenta conectarlas a nuevos derechos. El discernimiento, es decir, la capacidad de distinguir el bien del mal, se hace más esencial en el contexto de exigencias que conciernen a la vida misma y al comportamiento de las personas, de las comunidades y de los pueblos. Al afrontar el tema de los derechos, puesto que en él están implicadas situaciones importantes y realidades profundas, el discernimiento es al mismo tiempo una virtud indispensable y fructuosa.

Así, el discernimiento muestra cómo el confiar de manera exclusiva a cada Estado, con sus leyes e instituciones, la responsabilidad última de conjugar las aspiraciones de personas, comunidades y pueblos enteros puede tener a veces consecuencias que excluyen la posibilidad de un orden social respetuoso de la dignidad y los derechos de la persona. Por otra parte, una visión de la vida en-

raizada firmemente en la dimensión religiosa puede ayudar a conseguir dichos fines, puesto que el reconocimiento del valor trascendente de todo hombre y toda mujer favorece la conversión del corazón, que lleva al compromiso de resistir a la violencia, al terrorismo y a la guerra, y de promover la justicia y la paz. Además, esto proporciona el contexto apropiado para ese diálogo interreligioso que las Naciones Unidas están llamadas a apoyar, del mismo modo que apoyan el diálogo en otros campos de la actividad humana. El diálogo debería ser reconocido como el medio a través del cual los diversos sectores de la sociedad pueden articular su propio punto de vista y construir el consenso sobre la verdad en relación a los valores u objetivos particulares. Pertenece a la naturaleza de las religiones, libremente practicadas, el que puedan entablar autónomamente un diálogo de pensamiento y de vida. Si también a este nivel la esfera religiosa se mantiene separada de la acción política, se producirán grandes beneficios para las personas y las comunidades. Por otra parte, las Naciones Unidas pueden contar con los resultados del diálogo entre las religiones y beneficiarse de la disponibilidad de los creyentes para poner sus propias experiencias al servicio del bien común. Su cometido es proponer una visión de la fe, no en términos de intolerancia, discriminación y conflicto, sino de total respeto de la verdad, la coexistencia, los derechos y la reconciliación.

Obviamente, los derechos humanos deben incluir el derecho a la libertad religiosa, entendido como expresión de una dimensión que es al mismo tiempo individual y comunitaria, una visión que manifiesta la unidad de la persona, aun distinguiendo claramente entre la dimensión de ciudadano y la de creyente. La actividad de las Naciones Unidas en los años recientes ha asegurado que el debate público ofrezca espacio a puntos de vista inspirados en una visión religiosa en todas sus dimensiones, incluyendo la de rito, culto, educación, difusión de informaciones, así como la libertad de profesar o elegir una religión. Es inconcebible, por tanto, que los creyentes tengan que suprimir una parte de sí mismos –su fe– para ser ciudadanos activos. Nunca debería ser necesario renegar de Dios para poder gozar de los propios derechos. Los derechos asociados con la religión necesitan protección sobre todo si se los considera en conflicto con la ideología secular predominante o con posiciones de una mayoría religiosa de naturaleza exclusiva. No se puede limitar la plena garantía de la libertad religiosa al libre ejercicio del culto, sino que se ha de tener en la debida consideración la dimensión pública de la religión y, por tanto, la posibilidad de que los creyentes contribuyan a la construcción del orden social. A decir verdad, ya lo están haciendo, por ejemplo, a través de su implicación influyente y generosa en una amplia red de iniciativas, que van desde las universidades a las instituciones científicas, escuelas, centros de atención médica y a organizaciones caritativas al servicio de los más pobres y marginados. El rechazo a reconocer la contribución a la sociedad que está enraizada en la dimensión religiosa y en la búsqueda del Absoluto –expresión por su propia naturaleza de la comunión entre personas– privilegiaría efectivamente un planteamiento individualista y fragmentaría la unidad de la persona.

Mi presencia en esta Asamblea es una muestra de estima por las Naciones Unidas y es considerada como expresión de la esperanza en que la Organización sirva cada vez más como signo de unidad entre los Estados y como instrumento al servicio de toda la familia humana. Manifiesta también la voluntad de la Iglesia Católica de ofrecer su propia aportación a la construcción de relaciones internacionales en un modo en que se permita a cada persona y a cada pueblo

percibir que son un elemento capaz de marcar la diferencia. Además, la Iglesia trabaja para obtener dichos objetivos a través de la actividad internacional de la Santa Sede, de manera coherente con la propia contribución en la esfera ética y moral y con la libre actividad de los propios fieles. Ciertamente, la Santa Sede ha tenido siempre un puesto en las asambleas de las Naciones, manifestando así el propio carácter específico en cuanto sujeto en el ámbito internacional. Como han confirmado recientemente las Naciones Unidas, la Santa Sede ofrece así su propia contribución según las disposiciones de la ley internacional, ayuda a definirla y a ella se remite.

Las Naciones Unidas siguen siendo un lugar privilegiado en el que la Iglesia está comprometida a llevar su propia experiencia “en humanidad”, desarrollada a lo largo de los siglos entre pueblos de toda raza y cultura, y a ponerla a disposición de todos los miembros de la comunidad internacional. Esta experiencia y actividad, orientadas a obtener la libertad para todo creyente, intentan aumentar también la protección que se ofrece a los derechos de la persona. Dichos derechos están basados y plasmados en la naturaleza trascendente de la persona, que permite a hombres y mujeres recorrer su camino de fe y su búsqueda de Dios en este mundo. El reconocimiento de esta dimensión debe ser reforzado si queremos fomentar la esperanza de la humanidad en un mundo mejor, y crear condiciones propicias para la paz, el desarrollo, la cooperación y la garantía de los derechos de las generaciones futuras.

En mi reciente Encíclica *Spe salvi*, he subrayado “que la búsqueda, siempre nueva y fatigosa, de rectos ordenamientos para las realidades humanas es una tarea de cada generación” (n. 25). Para los cristianos, esta tarea está motivada por la esperanza que proviene de la obra salvadora de Jesucristo. Precisamente por eso la Iglesia se alegra de estar asociada con la actividad de esta ilustre Organización, a la cual está confiada la responsabilidad de promover la paz y la buena voluntad en todo el mundo. Queridos amigos, os doy las gracias por la oportunidad de dirigirme hoy a vosotros y prometo la ayuda de mis oraciones para el desarrollo de vuestra noble tarea.

Antes de despedirme de esta ilustre Asamblea, quisiera expresar mis mejores deseos, en las lenguas oficiales, a todas las Naciones representadas en ella:

*Peace and Prosperity with God's help!*  
*Paix et prospérité, avec l'aide de Dieu!*  
*¡Paz y prosperidad con la ayuda de Dios!*

! سلامٌ وإزدهارٌ بعونِ الله

**因著天主的幫助願大家 得享平安和繁榮！**

Мира и благоденствия с помощью Божией!

Muchas gracias.

S.S. BENEDICTO XVI

DISCORSO DI SUA SANTITÀ BENEDETTO XVI  
AI PARTECIPANTI ALL'ASSEMBLEA PLENARIA  
DELLA PONTIFICIA ACCADEMIA DELLE  
SCIENZE SOCIALI  
Sala del Concistoro  
Sabato, 3 maggio 2008

Cari Fratelli nell'Episcopato e nel sacerdozio,  
Signore e Signori,

Sono lieto di avere l'occasione di incontrarvi mentre vi riunite nella quattordicesima sessione plenaria della Pontificia Accademia delle Scienze Sociali. Negli ultimi venti anni, l'Accademia ha offerto un contributo prezioso all'approfondimento e allo sviluppo della dottrina sociale della Chiesa e alla sua applicazione nelle aree del diritto, dell'economia, della politica e di varie altre scienze sociali. Ringrazio la professoressa Margaret Archer per le cortesi parole di saluto che mi ha rivolto ed esprimo sincero apprezzamento a tutti voi per l'impegno profuso nella ricerca, nel dialogo e nell'insegnamento affinché il Vangelo di Gesù Cristo possa continuare a fare luce sulle situazioni complesse di questo mondo in rapido mutamento.

Nella scelta del tema "Perseguire il bene comune: come solidarietà e sussidiarietà possono operare insieme" avete deciso di esaminare l'interrelazione fra quattro principi fondamentali della dottrina sociale cattolica: la dignità della persona umana, il bene comune, la sussidiarietà e la solidarietà (*Compendio della Dottrina Sociale della Chiesa*, 160-163). Queste realtà chiave, che emergono dal contatto diretto fra il Vangelo e le concrete circostanze sociali, costituiscono una base per individuare e affrontare gli imperativi dell'umanità all'alba del XXI secolo, come la riduzione delle ineguaglianze nella distribuzione dei beni, l'estensione delle opportunità di educazione, la promozione di una crescita e di uno sviluppo sostenibili e la tutela dell'ambiente.

In che modo la solidarietà e la sussidiarietà possono operare insieme nella ricerca del bene comune in un modo che non solo rispetti la dignità umana, ma le permetta anche di prosperare? Questo è il fulcro del problema che vi interessa. Come hanno già dimostrato i vostri dibattiti preliminari, una risposta soddisfacente potrà emergere solo dopo un attento esame del significato dei termini (cfr *Compendio della Dottrina Sociale della Chiesa*, capitolo 4). La *dignità umana* è un valore intrinseco della persona creata a immagine e somiglianza di Dio e redenta in Cristo. L'insieme delle condizioni sociali che permettono alle persone di realizzarsi collettivamente e individualmente, è il *bene comune*. La *solidarietà* è la virtù che permette alla famiglia umana di condividere in pienezza il tesoro dei beni materiali e spirituali e la *sussidiarietà* è il coordinamento delle attività della società a sostegno della vita interna delle comunità locali.

Tuttavia, queste definizioni non sono che l'inizio e possono essere comprese adeguatamente solo se vengono collegate organicamente le une alle altre e

considerate di sostegno reciproco. All'inizio possiamo tratteggiare le interconnessioni fra questi quattro principi ponendo la dignità della persona nel punto di intersezione di due assi, uno orizzontale, che rappresenta la "solidarietà" e la "sussidiarietà", e uno verticale, che rappresenta il "bene comune". Ciò crea un campo su cui possiamo tracciare i vari punti della dottrina sociale cattolica che formano il bene comune.

Sebbene questa analogia grafica ci offra un'immagine approssimativa di come questi principi siano imprescindibili gli uni dagli altri e necessariamente interconnessi, sappiamo che la realtà è più complessa. Infatti, le profondità insondabili della persona umana e la meravigliosa capacità dell'umanità di comunione spirituale, realtà queste pienamente dischiuse solo attraverso la rivelazione divina, superano di molto la possibilità di rappresentazione schematica. In ogni caso, la solidarietà che unisce la famiglia umana e i livelli di sussidiarietà che la rafforzano dal di dentro devono essere posti sempre entro l'orizzonte della vita misteriosa del Dio Uno e Trino (cfr Gv 5, 26; 6, 57), in cui percepiamo un amore ineffabile condiviso da persone uguali, sebbene distinte (cfr *Summa Theologiae*, I, q. 42).

Amici, vi invito a permettere a questa verità fondamentale di permeare le vostre riflessioni: non solo nel senso che i principi di solidarietà e di sussidiarietà sono indubbiamente arricchiti dal nostro credere nella Trinità, ma in particolare nel senso che tali principi hanno la potenzialità di porre uomini e donne lungo il cammino che conduce alla scoperta del loro destino ultimo e soprannaturale. La naturale inclinazione umana a vivere in comunità è confermata e trasformata dalla "unità dello Spirito" che Dio ha conferito alle sue figlie e ai suoi figli adottivi (cfr Ef 4, 3; 1 Pt 3, 8). Di conseguenza, la responsabilità dei cristiani di operare per la pace e per la giustizia e il loro impegno irrevocabile per il bene comune sono inseparabili dalla loro missione di proclamare il dono della vita eterna, alla quale Dio ha chiamato ogni uomo e ogni donna. A questo proposito, la *tranquillitas ordinis* di cui parla sant'Agostino si riferisce a "tutte le cose", sia alla "pace civile", che è "concordia fra i cittadini", sia alla "pace della città celeste" che è "godimento armonioso e ordinato di Dio, e reciproco in Dio" (*De Civitate Dei*, XIX, 13).

Gli occhi della fede ci permettono di vedere che le città terrena e celeste si compenetrano e sono intrinsecamente ordinate l'una all'altra in quanto appartengono entrambe a Dio, il Padre, che è "al di sopra di tutti, agisce per mezzo di tutti ed è presente in tutti" (Ef 4, 6). Al contempo, la fede evidenzia maggiormente la legittima autonomia delle realtà terrene che hanno ricevuto "la propria stabilità, verità, bontà, le loro leggi proprie e il loro ordine" (*Caudium et spes*, n. 36). Quindi, siate certi che i vostri dibattiti saranno al servizio di tutte le persone di buona volontà e contemporaneamente ispireranno i cristiani a compiere con maggiore prontezza il loro dovere di migliorare la solidarietà con i propri concittadini e fra di loro e ad agire basandosi sul principio di solidarietà, promuovendo la vita familiare, le associazioni di volontariato, l'iniziativa privata e l'ordine pubblico che facilita il corretto funzionamento delle comunità basilari della società (cfr *Compendio della dottrina sociale della Chiesa*, n. 187).

Quando esaminiamo i principi di solidarietà e di sussidiarietà alla luce del Vangelo, comprendiamo che non sono semplicemente "orizzontali": entrambi possiedono un'essenziale dimensione verticale. Gesù ci esorta a fare agli altri ciò che vorremmo fosse fatto a noi (cfr Lc 6, 31), ad amare il nostro prossimo come noi stessi (cfr Mt 22, 35). Questi comandamenti sono iscritti dal Creatore nella

natura stessa umana (cfr *Deus caritas est*, n. 31). Gesù insegna che questo amore ci esorta a dedicare la nostra vita al bene degli altri (cfr *Gv* 15, 12-13). In questo senso la solidarietà autentica, sebbene cominci con il riconoscimento del *pari* valore dell'altro, si compie solo quando metto volontariamente la mia vita al servizio dell'altro (cfr *Ef* 6, 21). Questa è la dimensione "verticale" della solidarietà: sono spinto a farmi *meno* dell'altro per soddisfare le sue necessità (cfr *Gv* 13, 14-15), proprio come Gesù "si è umiliato" per permettere agli uomini e alle donne di partecipare alla sua vita divina con il Padre e lo Spirito (cfr *Fil* 2, 8; *Mt* 23, 12).

Parimenti, la sussidiarietà, che incoraggia uomini e donne a instaurare liberamente rapporti donatori di vita con quanti sono loro più vicini e dai quali sono più direttamente dipendenti, e che esige dalle più alte autorità il rispetto di tali rapporti, manifesta una dimensione "verticale" rivolta al Creatore dell'ordine sociale (cfr *Rm* 12, 16, 18). Una società che onora il principio di sussidiarietà libera le persone dal senso di sconforto e di disperazione, garantendo loro la libertà di impegnarsi reciprocamente nelle sfere del commercio, della politica e della cultura (cfr *Quadragesimo anno*, n. 80). Quando i responsabili del bene comune rispettano il naturale desiderio umano di autogoverno basato sulla sussidiarietà lasciano spazio alla responsabilità e all'iniziativa individuali, ma, soprattutto, lasciano spazio all'*amore* (cfr *Rm* 13, 8; *Deus caritas est*, n. 28), che resta sempre la "via migliore di tutte" (*1Cor* 12, 31).

Nel rivelare l'amore del Padre, Gesù ci ha insegnato non solo come vivere da fratelli e sorelle qui, sulla terra, ma anche che egli stesso è la via verso la comunione perfetta fra noi e con Dio nel mondo che verrà, poiché è per mezzo di Lui che "possiamo presentarci al Padre in un solo Spirito" (cfr *Ef* 2, 18). Mentre vi adoperate per elaborare modi in cui uomini e donne possano promuovere al meglio il bene comune, vi incoraggio a sondare le dimensioni "verticale" e "orizzontale" della solidarietà e della sussidiarietà. In tal modo, potrete proporre modalità più efficaci per risolvere i molteplici problemi che affliggono l'umanità alla soglia del terzo millennio, testimoniando anche il primato dell'amore, che trascende e realizza la giustizia in quanto orienta l'umanità verso la vita autentica di Dio (cfr *Messaggio in occasione della Giornata Mondiale della Pace 2004*).

Con questi sentimenti, vi assicuro delle mie preghiere e estendo di cuore la mia Benedizione Apostolica a voi e ai vostri cari quale pegno di pace e di gioia nel Signore Risorto.

BENEDICTUS PP. XVI

## EL EMBRIÓN, EL ABORTO Y LA CONTRACEPCIÓN DE EMERGENCIA

Es curioso que la polémica que se ha levantado a propósito de la llamada “contracepción de emergencia” haya terminado centrándose sobre el “status” del embrión humano. Ha quedado una vez más de manifiesto el vínculo profundo que liga a la contracepción con el aborto. La promoción de un sistema muy eficaz para prevenir el embarazo induce primero a negar que él interfiera con la vida del embrión y luego a reiterar que esta vida no merece ningún respeto real.

Es sintomático que se use el artificio verbal de decir que no se puede inducir un aborto donde no hay embarazo, y que el embarazo sólo se da a partir de la anidación del huevo en la mucosa uterina. De esta manera se deja desprotegido al embrión durante los primeros días de su vida y se evita la acusación de que se está cometiendo un aborto, ya que esta palabra resulta malsonante.

En el fondo, se está intentando proceder como si el nombre, la denominación, fuera lo que hace la cosa. En vez de darle relieve a la naturaleza misma de los hechos, tal como ellos se presentan a la inteligencia y a los sentidos, se recurre a denominaciones arbitrarias que pueden ser defendidas retóricamente, pero que no reflejan otra cosa que la voluntad de quien las inventa.

Todo el mundo ha entendido siempre por “embarazo” el período de tiempo en el cual el fruto de la concepción vive en el interior del cuerpo de la madre. ¿Qué sentido tiene decir que el embarazo empieza sólo con la anidación del embrión?

Cada uno de los seres humanos que hoy día viven, incluidos por supuesto los autores de estas redefiniciones, pasaron individualmente un período decisivo de sus propias vidas desarrollándose y emigrando desde el pabellón de la trompa hasta el útero. Ese lapso es tan parte de cada vida individual como cualquier otro de la historia personal que se quiera escoger. Y por eso, en buen sentido, él es parte del embarazo, y nadie tenía por qué haberlo dudado. Da la impresión de que lo que en verdad ocurre es que *se quiere definir el embarazo desde el punto de vista del aborto*. Habría embarazo en el lapso en que no se puede destruir el embrión sin actuar dañando, aunque sea en mínima medida, el cuerpo de la madre. Es la definición más negativa que se puede discurrir. Pero además de negativa ella es engañosa, porque atiende sólo a la madre: ignora o desvaloriza hasta el extremo al fruto de la concepción. Sin embargo, todos sabemos que lo que ocurre luego de la fecundación es que *hay un ser humano en desarrollo*. Y decir un ser humano es decir alguien que necesita respeto y protección. Debería ser esta afirmación la que gobernara las decisiones en toda esta cuestión.

Es aleccionador que la querrela por la anticoncepción desemboque en una querrela por el embrión humano. Y esta no es cuestión de consensos ni de disquisiciones legales. Me parece que si no se clarifica esta cuestión de *la naturaleza del embrión humano*, lo que estará mañana en peligro son los mismos derechos del hombre bajo el doble aspecto de cuáles sean ellos y de quiénes serán sus titulares.

Son muy pocas las personas que han visto un embrión humano precoz, y seguramente no son muchas las que han visto un embrión de cualquier mamífero, por más que ahora se los suele encontrar fotografiados en los medios de comunicación. Por lo mismo, la caracterización o definición de un embrión humano precoz adolece a menudo de vaguedad, y se formula, no sobre la base de experiencia, sino que en un contexto filosófico determinado, que no es siempre explícito y que deja lugar a malentendidos.

Así, por ejemplo, se encuentra uno a menudo que se habla de un “ser”, una “vida”, un “individuo”, incluso una “persona”. Pero para que nos pudiéramos todos entender, tendría que quedar claro cuál es el contexto en que se emplean estos términos. “Persona”, “individuo”, “ser”, “vida”, no significan lo mismo para todos, y tienen resonancias muy variadas según el contexto en el que se los emplee.

Yo prefiero usar un *contexto científico*. Creo que es el más fácil de entender para la gente de nuestro tiempo, que se presta a pocas ambigüedades, y que permite avanzar bastante en la cuestión. Aun cuando uno llega al punto en que la ciencia natural lo abandona, la imagen científico-natural bien depurada me parece la más correcta aproximación al núcleo del problema.

Lo que quiero proponer parece bastante obvio, pero es una afirmación preñada de consecuencias. El embrión humano es un organismo perteneciente a la especie humana. He expuesto esta idea con algún detalle en otro sitio, por lo que me contento aquí con esbozarla.

Un organismo es desde luego un reactor bioquímico que intercambia con el medio materia y energía. Es propio de un organismo tener un límite, borde o frontera que lo separa de su medio y lo relaciona con él. En un individuo adulto, ese borde lo forman la piel y las mucosas. En un embrión, la membrana celular y la zona pelúcida.

A continuación, es un hecho conocido que cada organismo sigue una trayectoria de desarrollo que es propia de la especie a la que pertenece, en tal forma que para cada momento del tiempo se puede predecir cuál va a ser el estado en el que se va a encontrar, salvo por supuesto que ocurran accidentes que terminen con su vida. La trayectoria de desarrollo es: a) robusta, o sea, tiende a mantenerse a pesar de las perturbaciones del ambiente, y b) es predecible, o sea, en cada momento de la vida se puede anticipar cuál será el estado del organismo en un tiempo más, y se puede también determinar bien exactamente en qué estado o punto de desarrollo se hallaba el organismo en las fechas pasadas que se quieran escoger.

La trayectoria de desarrollo dentro de una unidad espacial discreta o limitada es una característica central de un organismo que dura hasta su muerte y que se inicia en la fecundación.

*Un embrión* muy precoz, incluso unicelular, es básicamente distinto de una célula cualquiera, precisamente porque él es *un punto en una trayectoria de desarrollo*. A no ser que muera o que se interfiera con él, si se lo mantiene en el medio que le es adecuado, él va a desarrollarse hasta formar un individuo adulto en una secuencia de estados perfectamente definida. No hay por supuesto ninguna otra célula que sea capaz de esto, y, por lo mismo, la afirmación que se escucha por ahí de que el embrión “no es más que una célula” revela una notable superficialidad.

La trayectoria empieza cuando se fusionan las membranas del óvulo y del espermatozoide y nos encontramos con un espacio bien delimitado en cuyo in-

terior interactúan en una sola trayectoria los componentes bioquímicos de ambas células.

Podemos tomar dos ejemplos, que son la formación del llamado pronúcleo masculino, y la primera división celular del embrión.

Recién entrado el espermatozoide, su envoltura nuclear se disuelve casi por completo, y el aspecto compacto de su cromatina se va perdiendo en el proceso que se llama la descondensación. Este corresponde al hecho de que las protaminas, proteínas propias del espermio, son reemplazadas por histonas, otras proteínas proporcionadas por el huevo. Posteriormente la cromatina vuelve a condensarse, se forma una nueva membrana nuclear, y se produce la síntesis de ADN espermático, gracias a la presencia dentro del pronúcleo de enzimas proporcionadas por el óvulo. Este pronúcleo "masculino" es, pues, el resultado de una acción coordinada de elementos provenientes del óvulo y de otros provenientes del espermio. Su constitución es parte de una trayectoria de desarrollo del nuevo organismo que se produjo en la fecundación y no tiene lugar sin ésta.

En cuanto a la primera división celular, en ella toman parte por supuesto los cromosomas paternos y maternos. No hay que olvidar, sin embargo, que la mitad del ADN "paterno" se ha sintetizado después de la fecundación, y que en este proceso han intervenido enzimas esenciales que son proporcionadas por el óvulo. Pero hay más y probablemente más importante. La primera división no se podría realizar sin un órgano celular, llamado centriolo, que sirve para organizar las "fibras" del huso mitótico. Este centriolo proviene del espermatozoide, por cuanto el óvulo carece de él. Así pues, la primera división celular es una parte muy complicada de una trayectoria de desarrollo en la que se entrelazan productos y procesos de las dos células que se fusionaron en la fecundación.

Desde su primer momento, el organismo muestra una trayectoria de desarrollo. Se suele hacer caudal del momento en el que los genomas correspondientes empezarían a expresarse. Lo único que puede decirse es que en el primer momento de la trayectoria de desarrollo los genomas están silenciosos. Lo que hay en el interior del cigoto es la mezcla de ambos "proteomas", los conjuntos de proteínas del óvulo y del espermatozoide que son suficientes para desarrollar un segmento fundamental de la trayectoria, sin necesidad (o casi) de intervención del genoma. La unidad en la que se coordinan los proteomas es una trayectoria única de desarrollo que lleva sin interrupciones ni discontinuidades al momento en el que empezarán a expresarse los genes, pero no por supuesto cualquier conjunto de genes, sino precisamente aquellos que forman la dotación única de ese organismo.

Parece entonces claro que, siendo yo un organismo de la especie humana, mi desarrollo individual (y el del lector) se inició en el momento de la fecundación, en forma de una trayectoria continua. Si eso es así, yo empecé entonces a ser un organismo, y no podría haber pertenecido a otra especie que a la especie humana. Eso es otra manera de decir que un embrión tiene vida humana, y que es una parte mínima, pero real, de la humanidad. Eso es lo que lo hace acreedor a una actitud especial que se merece el ser humano, que es el respeto, y por cierto que el mínimo respeto es la obligación de todos de no atentar contra su vida, ni siquiera poniéndola en riesgo con una especie de tiro a la bandada.

Si no se acepta este criterio propuesto, hay que buscar otros, que son puramente descriptivos, y que fijan puntos en la evolución del embrión en su conjunto o de algunos de sus órganos, especialmente el sistema nervioso. Cualquiera de

ellos es adaptable a la necesidad práctica que se tenga de disponer del embrión. Pero es además necesariamente incompleto. Así, el desarrollo inicial del sistema nervioso humano sólo tiene mayor significación que el de un chimpancé porque ese pequeño órgano embrionario está inscrito en la trayectoria de desarrollo del cerebro humano y su valoración, como signo de respetabilidad claramente prospectiva, se hace en función de lo que va a ser, no de lo que es, o más bien se hace en función de la trayectoria de desarrollo en la que está inscrito. Nadie ha podido proponer un criterio objetivo para fijar el momento en que un embrión, feto o recién nacido empezaron a ser “seres humanos”, y dejaron de ser algún ente biológico indefinido. En cambio, es claro que segundos antes de la fecundación no existía el organismo, y que un momento después de ella ya se encuentra funcionando en su trayectoria de desarrollo.

Pensamos que el organismo de la especie humana existe desde el momento de la fecundación, y pensamos además que él es digno de respeto desde su constitución. En esta última afirmación nos encontramos con las enseñanzas católicas sobre la vida humana. Nosotros no creemos que tengamos una “vida animal” y que a ella se le sobreponga un “alma humana”. Creemos que el “alma” es la vida del hombre, del organismo humano, y que esa vida es inmortal, así como ese organismo está destinado a la resurrección. El respeto instintivo que protege al hombre es el oscuro reconocimiento de esa realidad.

Desde el punto de vista conceptual, la discusión sobre anticoncepción parece claramente distinta de la discusión sobre aborto y destrucción del embrión. Desde el punto de vista social la cosa es distinta, y allí donde se ha difundido el rechazo a la aceptación de nueva vida, se está cayendo en forma inatajable en la supresión de vidas humanas ya existentes. La contracepción no ha resultado ser una enemiga o un antídoto del aborto.

JUAN DE DIOS VIAL CORREA\*

---

\*Publicado en *Humanitas* (Santiago de Chile) N° 23/2001, 393-398.

## USA: DEFENSA DEL EMBRIÓN HUMANO

La Conferencia Episcopal norteamericana aprobó por unanimidad, el 13 de junio, en la asamblea plenaria que reunió a 192 obispos en Orlando, Florida, una declaración que condena la investigación con células madre embrionarias. La declaración, que tiene como fuentes dos intervenciones de Benedicto XVI y a la encíclica *Evangelium vitae*, se refiere a ese tipo de investigación llamándola asesinato, y condena los argumentos que pretenden justificarla.

Los obispos prometieron otro documento sobre la llamada “fertilización in vitro”, raíz de los actuales abusos y aberraciones contra los embriones humanos.

La obtención de células madre embrionarias –dice el documento– “implica el asesinato deliberado de seres humanos inocentes, un acto gravemente inmoral (...) El verdadero servicio a la humanidad comienza con el respeto a todas y a cada vida humana”.

“Algunos investigadores, eticistas y políticos afirman que es posible matar directamente embriones de seres humanos como si fueran meros objetos de investigación”, y hacen a los contribuyentes cómplices de esos asesinatos a través del uso de fondos públicos aplicados a esas investigaciones.

Como ocurrió con el aborto, los obispos se dirigen a los católicos y a los no católicos por igual, declarando inmoral la investigación con células madre embrionarias porque viola la ley natural válida para todos cualquiera sea su religión. Fundamentalmente el documento sale al paso de los argumentos usados para justificar esas investigaciones.

### EL FIN NO JUSTIFICA LOS MEDIOS

*“El falso supuesto de que un fin bueno puede justificar el asesinato directo ha sido origen de muchos males en nuestro mundo. Esta ética utilitarista llevó a consecuencias desastrosas, sobre todo cuando se utilizó para justificar experimentos letales con seres humanos en nombre del progreso” (...)* “La misma ética que justifica la supresión de algunas vidas para ayudar a los pacientes con Parkinson o Alzheimer, puede utilizarse para sacrificar a estos pacientes el día de mañana”, si llegaran a ser considerados como una desventaja para otros considerados de mayor utilidad o más productivos.

### EL EMBRIÓN ES UN SER HUMANO

*“Desde la concepción en adelante, un embrión es tan miembro de la especie humana como cualquiera de nosotros” (...)* “Desde el punto de vista biológico este nuevo organismo vivo tiene la dotación completa de genes humanos (...) y se desarrolla en una forma que es exclusiva de los seres humanos” (...) “Cada uno de nosotros alguna vez fue un adolescente, un niño, un recién nacido, un niño no-

nacido en el útero materno, cada uno de nosotros fue una vez un embrión". (...) "Cada ser humano tiene una dignidad inherente por el hecho de ser miembro de la especie humana" (...), "si los derechos fundamentales como el derecho a la vida se asentaran en las habilidades o cualidades que pueden aparecer o desaparecer, crecer o disminuir, manifestarse en menor o mayor grado, no existirían derechos humanos inherentes, no habría verdadera igualdad entre los seres humanos, sólo existirían los privilegios de los más fuertes". Recuerdan también los obispos que la Declaración de Independencia de los Estados Unidos se basó en que todos los seres humanos han sido creados iguales por Dios, aunque incluso algunos de sus firmantes no obraran con esta convicción.

En el mismo sentido, el documento rechaza el argumento de que es lícito usar para investigación embriones "no deseados", "sobrantes" de las técnicas de fecundación artificial (fecundación asistida, fecundación in vitro) con la excusa que de todos modos van a morir. "La validez de este argumento es sencillamente nula. *En última instancia cada uno de nosotros va a morir, pero nadie tiene derecho a matarnos*".

La declaración defiende la necesidad de mantenerse firmes contra la investigación con células madre embrionarias también con el fin de evitar prácticas como la clonación, la clonación terapéutica, los intentos de crear híbridos combinando material genético de seres humanos y de animales.

"Por consiguiente, instamos a todos los católicos y personas de buena voluntad a unirse a nosotros para reafirmar, en este contexto de la investigación con células madre embrionarias, que *"la matanza de criaturas humanas inocentes, incluso si se lleva a cabo para ayudar a los demás, constituye un acto absolutamente inaceptable"* (Juan Pablo II, Encíclica *Evangelium vitae*, N° 63)".

Los obispos terminan haciendo un llamado a fundar una sociedad realmente humana, en la que la investigación científica respete las normas de la moral natural honrando la dignidad de cada ser humano. A la vez que alientan a continuar la investigación con células madre adultas: *"La naturaleza nos da amplios recursos para conseguir progresar en los tratamientos médicos sin violar gravemente las normas morales. Por ejemplo, las células madre de tejidos adultos y la sangre del cordón umbilical ahora se sabe que son mucho más versátiles de lo que alguna vez se pensó"*.

Al presentar el documento, el arzobispo de Kansas, Mons. Joseph Naumann prometió otra declaración para dentro de poco tiempo "dirigida especialmente a los católicos y las parejas casadas, incluidas las que luchan con la infertilidad, para explicar la doctrina de la Iglesia sobre las tecnologías reproductivas como fertilización 'in vitro' (fecundación artificial, fecundación asistida)". No podemos olvidar que en el origen de las aberraciones antinaturales de la experimentación con embriones humanos está la llamada fecundación o fertilización "in vitro".

NOTICIAS GLOBALES\*

---

\*Publicado en *Noticias Globales* / Buenos Aires, N° 777 / 16.6.2008.

## EL ABORTO YA HA ELIMINADO A UNA CUARTA PARTE DE LA HUMANIDAD

Madrid (España), 7 de julio de 2008

El director de la *Fundación Vida*, Manuel Cruz, pidió la intervención de las autoridades internacionales para detener “el mayor genocidio que ha sufrido la raza humana en toda su historia”, que es el aborto.

“Desde su legalización, este exterminio indiscriminado ha dejado al conjunto del Holocausto nazi, las purgas de Stalin y Mao en mera anécdota, puesto que ya ha sido asesinada al menos una cuarta parte de la población mundial actual”, advirtió.

La organización española denunció que “desde la legalización del aborto, en los 70, se producen entre 35 y 60 millones de intervenciones al año, lo que deja un macabro balance de más de 1.500 millones de seres humanos eliminados antes de nacer. Es decir, que si el mundo tiene ahora 6.700 millones de habitantes, se ha asesinado a una cuarta parte de las personas en menos de 40 años”.

La Fundación reclamó, además, “el fin de la hipocresía de los gobiernos, que se rasgan las vestiduras por los crímenes de la Alemania nacionalsocialista o las purgas de Stalin y Mao y permiten que bajo su tutela se asesine a 45 millones de seres indefensos por año, a lo que habría que sumar el alto número de suicidios que se producen entre las madres que optaron por interrumpir el embarazo”.

Manuel Cruz lamentó que el negocio que hay detrás del aborto “esté cegando a las autoridades”, y consideró que “si los Gobiernos quieren realmente mejorar la economía mundial, sobre todo en esta crisis, deberían seguir los consejos de los economistas, en línea con Lawrence Roberge, que denuncian los efectos perversos del aborto en la economía, y que se constatan con la actual coyuntura. Así, dependemos de la mano de obra inmigrante para asegurar las pensiones y existe una contracción de la demanda de bienes y servicios, que sería menor de no haberse eliminado a esos 1.500 millones de potenciales consumidores”.

Ante estas cifras, la *Fundación Vida* estimó que debería realizarse una cumbre internacional en la que se debata con seriedad y rigor una moratoria sobre el aborto por todos los males que realiza a la sociedad, y reiteró su propuesta de crear un “museo del aborto, que muestre la realidad de lo que está ocurriendo y sus consecuencias, y sirva de recordatorio para las generaciones venideras”.

AICA\*

---

\*Publicado en *Aica* / Buenos Aires, 7.7.2008.

## EFFECTOS DEL CONTROL DE LA NATALIDAD

“Civilizaciones que se extinguieron. La extinción ha respetado siempre un esquema: disminución de la natalidad, envejecimiento, declinación y, en fin, decadencia”. Son palabras de François Dumont, docente en la Sorbona, para referirse al “invierno demográfico” de Europa.

En la Unión Europea de los Veintisiete (UE-27) nacen cada vez menos niños. Según un informe elaborado por la agencia FIDES, en 2005 nacieron 1,38 hijos por mujer, pero el llamado reemplazo generacional exige un mínimo de 2,1 hijos.

El estudio “La crisis de la familia en Europa” analiza diversos factores que inciden en esa crisis de la institución familiar, entre ellos el de la natalidad. Al igual que ocurre con las rupturas matrimoniales, los datos que muestra España no son precisamente alentadores.

Tras Grecia, con 1,28 hijos por mujer, que lidera el ranking de baja natalidad, y con la misma tasa que Italia, España tiene un índice de natalidad de 1,34 hijos por mujer, de los definidos como “críticos”.

La causa principal de la caída demográfica de estos y otros países europeos “es la profunda transformación que ha sufrido la familia a partir de los años setenta [...] Familias mucho más frágiles e inestables, incapaces de permanecer sin especiales políticas de apoyo”, afirma Dumont.

Reproducimos a continuación el texto íntegro que el informe de FIDES dedica a la natalidad.

### LA NATALIDAD

En Europa nacen siempre menos niños: en 2006, se han registrado apenas 5,1 millones de nacimientos. La situación es estacionaria desde 1995 hasta el 2006, con un incremento entre el 2005 y el 2006 sólo del 1,1%.

El así llamado nivel de reemplazo generacional, fijado a un porcentaje de 2,1 hijas mujeres, está muy lejano: en 2005 ha sido de 1,38 hijos por mujer en la UE-27. Francia (1,94) e Irlanda (1,88) son dos países con el mayor índice de natalidad. Grecia (con el 1,28); España (1,34), Italia (1,34) son países con índices de natalidad definidos críticos.

Durante la audiencia con los participantes del Congreso promovido por la Comisión de los Episcopados de la Comunidad Europea (Comece) sobre los valores y las perspectivas de Europa, el 24 de marzo de 2007, Benedicto XVI afirmaba: “Desde el punto de vista demográfico, se debe constatar que Europa parece haber emprendido un camino que podría llevarla a despedirse de la historia. Eso, además de poner en peligro el crecimiento económico, también puede causar enormes dificultades a la cohesión social y, sobre todo, favorecer un peligroso individualismo, desatento de las consecuencias para el futuro. Casi se podría pensar que el continente europeo está perdiendo la confianza en su propio porvenir”.

François Dumont, docente en la Sorbona, ha hablado de “invierno demográfico” respecto a Europa, refiriéndose a aquella situación que no permite la sustitución de las generaciones.

En los países mayormente en riesgo, Italia y España, 100 mujeres de hoy serán sustituidas mañana sólo por 70 mujeres, con una disminución de la natalidad del 30%.

Disminución demográfica y envejecimiento de la población tienen también consecuencias de carácter económico, porque la riqueza de un país depende de su número de habitantes. Bélgica, por ejemplo, que presenta una fuerte disminución de la población activa, es un país que crea seis veces menos riqueza que Italia, porque tiene seis veces menos población.

A las consecuencias de carácter económico, se agregan aquellas de carácter social, entre los jóvenes y la población de edad superior a los 65 años, que será siempre más numerosa y determinará las políticas sociales.

En Europa se tiende a enfrentar el problema del envejecimiento de la población dejando de lado el factor cultural, que constituye el corazón del problema, que alimenta el miedo de engendrar y el desamor por la familia.

Siempre según Dumont, la causa primaria de la declinación demográfica es la profunda transformación que ha sufrido la familia a partir de los años setenta: “una transformación –afirma– que ha tocado la mujer y la duración de la unión, la dimensión y la composición de los núcleos, el rol de los padres y la relación entre las generaciones. La tradicional estructura compuesta por un padre que trabaja y provee a las necesidades económicas, una madre educadora y una prole numerosa, prácticamente ha desaparecido en Europa, para dar lugar a formas llamadas modernas, que surgen en Europa del Norte, basadas sobre el ‘respeto’ por las elecciones individuales del otro, sobre la igualdad de los roles entre hombre y mujer, sobre el sentimiento como base de la formación de las parejas y de la relación entre padres e hijos; es una transformación apoyada y acompañada por la revolución feminista. El resultado ha sido tener familias quizás más ‘vivaces’, pero mucho más frágiles e inestables, incapaces de permanecer sin especiales políticas de apoyo; [...] cuando este apoyo resulta insuficiente, la natalidad disminuye posteriormente [...] Hoy tenemos una situación en la cual los matrimonios disminuyen y al mismo tiempo son más frágiles, las uniones de hecho aumentan, pero son aún menos estables, y la decisión de tener hijos se retrasa hasta los 30 años. Ciertamente, todo esto no favorece los nacimientos”.

Según la opinión del historiador francés, lo que sucede en Europa hoy no es distinto de lo ya acaecido en otras épocas históricas respecto a otras civilizaciones que se extinguieron.

La extinción ha respetado siempre un esquema: disminución de la natalidad, envejecimiento, declinación y, en fin, decadencia. La novedad de lo que sucede es la intensidad y la duración del fenómeno de la caída de la fertilidad, que en un primer momento ha tocado Europa del Norte y sucesivamente se ha extendido hasta el Mediterráneo, cambiando toda la estructura del consumo, teniendo repercusiones sobre el sistema económico, no promoviendo la investigación y las inversiones en nuevos productos.

Por estos motivos, es necesario encontrar un dinamismo demográfico capaz de reducir la edad media de la población. Y en esta perspectiva se necesitan medidas que ayuden a las familias y a los jóvenes.

Muchos países europeos, siempre según el historiador francés, tienden a confundir política social y política familiar. La primera es una política de solidaridad momentánea para ayudar a un sujeto a satisfacer sus necesidades.

La política familiar, en cambio, es una política de solidaridad entre las generaciones, una afirmación de duración en una sociedad dominada por el consumo inmediato.

“Considerar la familia un simple objeto de una política social –sostiene Dumont– significa hacer de la familia un objeto de piedad y transmitir una imagen muy triste. La política familiar, en cambio, tiene que permitir a la familia asumir libremente sus propias responsabilidades. Y cada poder político público que influya en la vida de las familias tiene que orientarse en esta dirección, desde la publicidad hasta el mundo del trabajo”.

TEMAS Y NOTICIAS\*

---

\*Publicado en *Temas y Noticias* / Santiago de Chile, 5.5.2008.

## ONU: EL REGRESO DE MALTHUS

### MALTHUS VUELVE A ESTAR DE MODA

El diario *The Washington Post* publicó el pasado 3 de julio una declaración del Secretario General de la ONU, Ban Ki-moon, preparatoria de la Cumbre del Grupo de los Ocho (G-8), que se desarrollará en Tokio del 7 al 9 de julio.

“El cambio climático –dice Ki-moon– y la degradación del medioambiente amenazan el futuro de nuestro planeta. El crecimiento de la población y el aumento del bienestar producen una tensión sin precedentes sobre los recursos de la Tierra. *Malthus vuelve a estar de moda*. Todo parece repentinamente achicarse, la energía, el aire limpio y el agua fresca, todo esto que nos alimenta y sostiene nuestra moderna forma de vida”.

El tema central de la Cumbre será “una acción global para salvar el crecimiento global”, se entiende, según lo dicho por el Secretario General, que preocupan el desarrollo y el crecimiento de los ricos y que la ONU y los países centrales seguirán castrando a los pobres.

### REUNIÓN DE PARLAMENTARIOS

Como prólogo de la Cumbre se reunió la Conferencia Internacional de Parlamentarios del G8 sobre Población y Desarrollo (Tokio, del 2 al 3 de julio). Participaron el Fondo para la Población de la ONU (UNFPA), el Banco Mundial y los grupos parlamentarios de Población y Desarrollo de los cinco continentes. Estos grupos dependen de la IPPF, la multinacional del aborto y la perversión de menores, que tuvo también sus representantes en la reunión.

Como no cabía de esperar otra cosa en la conferencia se decidió enfocar bajo el prisma de la salud reproductiva (eufemismo de aborto químico y quirúrgico) las Metas u Objetivos del Milenio para el Desarrollo, el Cambio Climático, los problemas de población y la Seguridad Alimentaria Mundial (vid. NG 722, 836, 846, 854).

### LA DECLARACIÓN DEL FONDO PARA LA POBLACIÓN

En su declaración el Fondo para la Población de la ONU dice: “El Grupo de los Ocho (G-8) deberá considerar seriamente los problemas de población, cuando delibere sobre la seguridad alimentaria, el cambio climático y las muertes maternas”. (...)

“Reduciendo los embarazos no deseados (eufemismo de aborto), expandiendo el acceso a la salud reproductiva (aborto encubierto), incluyendo la planificación

familiar (otro eufemismo de aborto), ayudaremos a los países a lograr la 5ª Meta del Milenio para el Desarrollo sobre salud materna" (...).

El G-8 lo componen Alemania, Canadá, Estados Unidos, Francia, Italia, Japón, Reino Unido y Rusia.

NOTICIAS GLOBALES\*

---

\* Publicado en *Noticias Globales* / Buenos Aires, N° 781, 7.7.2008.

## EL EPISCOPADO BRASILEÑO DENUNCIA A LOS PROMOTORES Y FINANCIEROS DEL ABORTO

La Conferencia Episcopal Brasileña (CNBB) divulgó un importante documento que podrá, en un futuro próximo, convertirse en una referencia fundamental para la defensa de la vida en América Latina. La particularidad de dicho documento es la denuncia clara y explícita de las organizaciones que promueven y financian la legalización del aborto y la cultura de muerte en América Latina.

Haciendo un recuento histórico de la imposición del control de la natalidad y el aborto en América Latina, se describe a Population Council, a las fundaciones Rockefeller, Ford y Bill Gates y al Fondo Monetario Internacional, Banco Mundial, Banco Interamericano de Desarrollo, entre otros organismos internacionales de crédito, como las grandes fuentes financieras e ideológicas del aborto y el control natal internacional. Se menciona también a diversos órganos y agencias de las Naciones Unidas (Fondo de Naciones Unidas para Actividades en Población (UNFPA), UNICEF, Organización Mundial de la Salud (OMS), entre las principales) como promotores de la legalización del aborto en varios países de América Latina.

En la lista no podía faltar IPPF (Federación Internacional de Paternidad Planificada) beneficiario económico directo de una pretendida legalización del aborto. También denunciaron a sus filiales locales, y sus organismos satélites, como el Grupo Parlamentario Interamericano de Población y Desarrollo (GPI). Mención aparte mereció IPAS, principal proveedor de máquinas de succión para abortos precoces que actualmente ofrece cursos de capacitación en prácticas de abortos para médicos con excusas como la del “aborto terapéutico” o el “aborto incompleto”.

Todo este conglomerado constituye una “red internacional” que reclutó a diversas organizaciones no gubernamentales (ONGs) locales que también promueven el feminismo, la educación sexual liberal y el homosexualismo.

### EL EPISCOPADO BRASILEÑO EN CAMPAÑA POR LA DEFENSA DE LA VIDA

En este año el gobierno de Luiz Inácio Lula da Silva se comprometió a despenalizar completamente el aborto en el Brasil. Ante esa amenaza, la CNBB decidió dedicar el tema de la Campaña de la Fraternalidad a la Defensa de la Vida y al aborto.

Asimismo, en febrero pasado se realizó en la basílica de Nuestra Señora Aparecida, el I Congreso Internacional de Defensa de la Vida, donde se reunieron obispos, sacerdotes, referentes de diversas entidades internacionales y numerosos expertos en bioética y líderes pro vida del Brasil y de varios países del mundo. El congreso fue coordinado por la diócesis de Taubate con el apoyo del Consejo Episcopal Latinoamericano (CELAM).

En el mensaje de apertura el obispo de Taubate y presidente de la Comisión Diocesana de Defensa de la Vida, monseñor Carmo João Rhoden SCJ, señaló: “Estamos aquí para defender la vida humana, amenazada en el mundo de hoy como jamás se vio en toda la historia de la humanidad. Actualmente hay países en los que el aborto está legalizado durante los nueve meses de gestación y otros que se preparan para despenalizarlo totalmente, lo que equivaldría a lo mismo. La Organización de las Naciones Unidas (ONU), observando que ya está suficientemente enraizada la cultura del aborto, pretende reconocerlo no como un mal menor a ser tolerado, sino como un derecho humano fundamental”.

Citando a Juan XXIII advirtió sobre el peligro de la introducción de la Cultura de Muerte: “una cultura intencional y planificadamente construida para destruir la misma idea de Dios. Esta cultura no solo se contenta en luchar desde fuera contra la Iglesia, sino que invade sus posiciones-clave, *penetra hasta en el mismo espíritu de sus miembros, como religiosos y sacerdotes, y los contamina silenciosamente con su veneno.*

“Mediante sus miembros más conscientes, esta nueva sociedad trabaja de manera muy eficaz: utiliza los medios de la ciencia y de la técnica, las posibilidades sociales y económicas; prosigue imperturbable en la ejecución de una estrategia cuidadosamente elaborada; ejerce un dominio casi absoluto de las organizaciones internacionales, las sociedades financieras, los medios de comunicación social”.

## DENUNCIAR A LOS LOBOS QUE VIENEN ATACANDO EL REBAÑO

En la misa de clausura del Congreso, monseñor Dimas Lara Barbosa, secretario general de la CNBB, leyó la “Declaración de Aparecida en defensa de la Vida” ante unos 40.000 participantes. A continuación reproducimos parte de esta histórica declaración:

“Después de haber estudiado y reflexionado sobre tales principios, sobre sus consecuencias y sobre hechos hartamente documentados de la historia reciente, destacamos que:

## EL ABORTO, PRINCIPAL HERRAMIENTA DEL CONTROL POBLACIONAL

El aborto, químico o quirúrgico, fue utilizado por los países desarrollados como la principal herramienta para sostener una política global de control poblacional. Desde 1952, con la aparición del Consejo Poblacional, al que se sumaron, más tarde, las Fundaciones Rockefeller, Ford, Bill Gates y otras, está siendo implantado internacionalmente un programa poblacional destinado al control demográfico del planeta. El proyecto incluye la instauración de una mentalidad antinatalista, y comprende la distribución de anticonceptivos, el aborto legal y otros ataques contra la vida, en una perspectiva geopolítica y eugenésica que decidió combatir la pobreza impidiendo a los pobres tener descendencia en vez de invertir en el desarrollo económico. En esta perspectiva, la anticoncepción, el aborto y la eutanasia se volvieron parte de una política demográfica, integrada a una política más amplia de globalización, que busca la implantación del monopolio económico.

## FEMINISMO Y HOMOSEXUALISMO

Desde los años 80, por consenso estratégico elaborado por las grandes Fundaciones que promueven el aborto, las políticas de control poblacional son presentadas camufladas bajo la apariencia de una falsa emancipación de la mujer y de la defensa de pretendidos derechos sexuales y reproductivos, difundidos a través de la creación y del financiamiento de una red internacional de organizaciones no gubernamentales (ONGs) que promueven el feminismo, la educación sexual liberal y el homosexualismo.

### LA ONU PRETENDE RECONOCER EL ABORTO COMO UN DERECHO HUMANO

La Organización de Naciones Unidas (ONU), desde la década de 1980, está comprometida con las políticas de control poblacional, que constituyen actualmente uno de los grandes polos de sus acciones. A través de sus comités de monitoreo, la ONU tiene el propósito de desarrollar una jurisprudencia en el campo del derecho internacional por la cual se pretende preparar el reconocimiento del aborto como un derecho humano. A través de varios de sus órganos y de sus agencias, la ONU es uno de los principales organismos internacionales promotores de la legalización del aborto en los países de América Latina.

### CRÉDITOS INTERNACIONALES CONDICIONADOS Y OTROS ANTIVIDA

Los organismos internacionales de crédito, como el Fondo Monetario Internacional (FMI), el Banco Mundial (BM), el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), entre otros, otorgan créditos para el desarrollo de nuestras naciones condicionados a las metas políticas de control poblacional.

Varios países de la Unión Europea están implicados en la difusión internacional del aborto y del control poblacional, destinando para eso importantes sumas de dinero y usando su influencia política.

La Federación Internacional de Paternidad Planificada (IPPF), que constituye la segunda ONG más poderosa del mundo, después de la Cruz Roja Internacional, con sus filiales locales y sus organismos satélites, como el Grupo Parlamentario Interamericano de Población y Desarrollo (GPI) y el IPAS, principal proveedor de máquinas de succión para abortos precoces y de cursos de capacitación en prácticas abortivas para médicos, tiene como objetivo la implantación en los países en desarrollo, de la anticoncepción, la esterilización y el aborto, y el entrenamiento de profesionales del área de la Salud para la incorporación de esas prácticas.

Parlamentarios, profesionales de la Salud, universitarios, medios de comunicación social, jueces, han sido presionados e influenciados por los promovedores de la cultura de la muerte.

Los gobiernos, sea por omisión o por complicidad, en su mayor parte bajo las descriptas presiones, decidieron implantar programas o políticas poblacionales, o como en el caso del Brasil, proponer la total y completa despenalización del aborto, con lo que la práctica se volvería legal durante los nueve meses de gestación.

## LLAMADO A CREAR UNA CULTURA DE VIDA

El Episcopado Brasileño y todos los adherentes a la Declaración hicieron un llamado a “exigir el cumplimiento de una acción efectiva en defensa de la vida, por parte de todas las instituciones, organismos y niveles de poder relacionados, el respeto integral a la vida y a la dignidad humana, señalando en primer lugar el requerimiento a la Organización de las Naciones Unidas para que se decrete la moratoria sobre la pena de muerte en el mundo, especialmente de los no nacidos, de los ancianos y de los minusválidos”.

Finalmente manifestaron que “esta declaración es un solemne compromiso con la cultura de la vida, para que todos tengan vida y la tengan en abundancia”\*.

AICA

---

\*Aparecida/Brasil, 11.8.2008. Publicado en *Aica*/Buenos Aires. 11.8.2008.

## EL “ESTILO CUREPTO”

Los hechos son conocidos, pero conviene recordarlos brevemente. El 29 de febrero, la Presidenta inauguró el nuevo flamante Hospital de Curepto. Fue un show, montaje o tongo, pues el local no estaba en condiciones de hospitalizar ni de intervenir a nadie –¡ni siquiera tenía permiso sanitario..., aún no lo tiene!–, y por lo mismo no lo ocupaba ningún paciente. Las autoridades trajeron camas prestadas de Rancagua, e inventaron dos hospitalizados. Uno, funcionario del mismo establecimiento, se curaba en casa una infección de una pierna. Recibió la orden perentoria de internarse. La prensa lo inmortalizó con una foto: la Mandataria y él –muy arropado en su “lecho de enfermo”– sonreían al saludarse. La otra hospitalizada era una futura mamá.

Al día siguiente, se desarmó el show: la embarazada, a la maternidad del Hospital de Talca; el funcionario “enfermo”, a su casa; se devolvieron las camas...

Una denuncia destapó la olla. El intendente y el director de salud regionales han sido destituidos. No está claro quiénes más conocían la bochornosa verdad (aparte de los funcionarios del establecimiento). ¿La directora de programación de La Moneda? ¿La “avanzada presidencial” que visitó Curepto antes de la gira? ¿El subsecretario de redes de salud? ¡Qué importa! Es obvio que la Presidenta lo ignoraba, fue engañada por un hospital completo y la administración local. Habría podido pasarle a cualquiera.

Pero la pregunta clave es otra. ¿Cuál fue el motivo de esta charada? ¿Por qué sus propios colaboradores expusieron a la Mandataria a la posibilidad, en definitiva materializada, de este traspie? ¿Qué perseguían con ello? ¿Qué importancia tenía que un hospital mediano, para 10.000 habitantes, se inaugurara precisamente el 29 de febrero y precisamente por la Jefa del Estado, y no lo hiciera ella –o la ministra, si ella no pudiese– unas semanas después, cuando verdaderamente estuviera listo?

El hecho ha merecido muchos comentarios. Se lo ha comparado con las aldeas bellas pero falsas –simples pinturas de fachadas de casas, sobre bastimentos de madera– que Potemkin erigía al paso de su emperatriz, Catalina de todas las Rusias. El fundador de Chile Primero ha hablado del “estilo chanta” del episodio, estilo consistente –según él– en que nadie de categoría responde por lo sucedido (*El Mercurio*, 20 de abril).

Cabe que hayan existido en el show de Curepto elementos de adulo y engaño tipo Potemkin, y también, desde luego, de mucha irresponsabilidad. Pero no resuelven el misterio: ¿por qué, para qué se hizo?

Me parece que obedeció a una nueva forma de hacer política, que practican así el gobierno de turno como los partidos, todos los partidos, aunque, claro está, el primero dispone de más elementos para utilizarla. No es muy antigua, y la ha desatado la importancia del factor mediático, y especialmente de la TV, para influir en el público... y, por tanto, en los posibles votantes.

Es el verdadero “estilo Curepto”, y su base es construir, empleando mil pequeños hechos “fabricados” por la propaganda (especialmente, insisto, la televisiva), una imagen positiva del político al cual se promueve.

Hay un desenfadado marqueteo de esa imagen, con acciones deliberadas, que se han discutido y resuelto de manera previa por expertos “asesores”, los cuales las han elaborado según las necesidades y propósitos del cliente: deben destacar las características suyas que se suponen positivas –ganadoras de votos–, y ocultar otras, presuntamente negativas. En países más sofisticados, se llega por semejante camino a que la “imagen” del político no coincida casi nada con su realidad. Ejemplo clásico, el de John Kennedy.

Es una construcción paciente, constante, detallada... e inescrupulosa por completo.

Algunos elementos muy importantes en la formación mediática y marquetera de la “imagen”, el “estilo Curepto”:

- A) Las encuestas. El cliente debe ajustar su conducta política a las aprobaciones y a los rechazos del público que aquéllas marquen, no a lo que él opine respecto de las materias encuestadas. Si las encuestas son favorables al divorcio, por ejemplo, y el político (gobernante o no) le es contrario, no lo dirá, o lo dirá oscuramente o en tono menor, que casi no se escuche.
- B) La “cuña”. Es la pregunta de falsa espontaneidad que el periodista contactado por los asesores de imagen hará al político o gobernante cliente, sobre una materia de actualidad, para dar pie a difundirse su respuesta.
- C) La respuesta a la “cuña”. El político la ha recibido de los asesores, y memorizado. Debe ser breve e inspectante, lo cual –por supuesto– casi siempre excluye que esa respuesta tenga real seriedad e importancia.
- D) La solución instantánea. Planteado un problema público que haya surgido las últimas horas, aunque sea muy grave y complejo, los asesores deben proporcionar de inmediato al político-cliente una solución cualquiera, no importa si superficial o precipitada, para responder las interrogaciones periodísticas del caso. Esto hace, en el instante mismo, un impacto de ejecutividad y conocimientos, aunque después nada de lo anunciado se lleve a efecto, o se aplique por el mismo personaje una política distinta. Nadie, piensan los asesores, se acordará de lo dicho al comienzo.

Recuerdo, por ejemplo, que el año 2004 hubo una seguidilla de hechos de violencia al interior de escuelas, con uso de cuchillos y armas de fuego, y resultado de muertos y heridos. En horas, una municipalidad de gran población anunció que aplicaría un “plan norteamericano” de convivencia estudiantil. El ministro del ramo –adversario político del alcalde– le pisó los talones para declarar que el “plan norteamericano” era pura “pirotecnia”, pero que él también tenía uno, de la UNESCO, utilizado en Brasil y Argentina, y lo traería “lo más rápido posible”.

¿Se aplicaría cualquiera de tantos planes, en la realidad escolar, alguna vez? Probablemente no, pero sí se dio la “imagen” perseguida.

De la manera explicada, los gobernantes y políticos trabajan –y crean al efecto vastas máquinas publicitarias, que dirigen aquellos asesores– no para realizar

ideales ni planes de gobierno, sino para crearse “imagen”, que les proporcione votos, que les entregue el poder...

¡Tantos gobernantes latinoamericanos que accedieron a éste desplegando una “imagen” totalmente incompatible con la que se desprendería de sus hechos, una vez que hubiesen ganado el mando! ¡Quién se acuerda del enérgico rechazo al “modelo neoliberal” que presidió las campañas de los candidatos presidenciales Menem, Fujimori, Lula, y otros?

Es el “estilo Curepto”. Una máquina a la cual no le importa nada el pueblo, ni su hospital, ni que éste se halle listo o no. Lo que importa es inaugurarlos como un elemento más –ni siquiera de mucha trascendencia– para armar y sostener la “imagen” de la Presidenta Bachelet que los asesores han predeterminado. ¿Faltan camas, enfermos, parturientas? Pues se traen de otra parte y –terminado el acto de propaganda– se devuelven...

La gira a Curepto, para los “asesores”, carece de objetivos reales. Es un acto mediático, de propaganda, de “imagen” que –en el planeamiento de ésta– EXIGE inaugurar un hospital... aunque NO EXISTA. ¡Les daría igual que Curepto mismo no existiese!

Y lo curioso –e indicativo del maligno contagio del “estilo Curepto”– es que allí había decenas de personas que, sin participar del fraude, sabían que se estaba cometiendo, y engañando e insultando a la Presidenta. ¡Pero ninguna habló!

Igual sucede con los demás políticos, de gobierno u opositores, salvo excepciones no muy numerosas. Cada partido, sus parlamentarios, sus jefes, trabajan atentos a la encuesta, a la entrevista, a la “cuña” de TV solicitada humildemente a un periodista para dar una respuesta que haga noticia... trabajan para la “imagen”.

Por eso cuesta distinguir las colectividades gobiernistas de las opositoras, y un político de otro. Por eso la opinión pública no califica a los gobernantes según sus ideas y realizaciones, sino según factores de “imagen”. ¿Es... “sencillo”... “cercano”... “creíble”... “paternal” (o “maternal”)? Estas cualidades hacen perdonar (parece) los peores desaciertos. Por eso tantos jóvenes se desprecupan de la política, no se inscriben, no votan, suscitando un clima de desprecio nihilista, similar al de los años 50 del siglo pasado.

El “estilo Curepto” puede ser inmejorable para ganar una elección y el poder. Pero es mortífero para la teoría y la práctica de la verdadera política.

¿QUÉ LES DIJE? Les dije que “a la pandilla (de la salud) no le importa nada”. No le importa el 2008 el fallo del Tribunal Constitucional sobre la píldora del día después, como no le importó el 2001 la sentencia de la Corte Suprema en el mismo tema.

La resolución de ahora dice que el Estado no puede repartir la píldora de marras, porque no está claro que sus efectos no sean abortivos, existiendo antecedentes y opiniones igualmente fuertes tanto en ese sentido como en el opuesto.

La pandilla y sus voceros de gobierno, en vez de acatar el fallo –y esperar se clarifique definitivamente el problema científico–, están promoviendo que continúe el reparto prohibido, ahora a través de las municipalidades. Como si con ello el posible efecto abortivo, ilegal e inconstitucional, desapareciera o disminuyera, y como si las municipalidades no fuesen parte del Estado, igual que el Ministerio de Salud. Un “resquicio” imposible más débil, una hoja de parra transparente.

Pero ¿qué le da eso a la pandilla? Nada, nuevamente. Su esencia ideológica y totalitaria es hacer lo que quiere, sentándose en los tribunales. Nos esperan infinitos nuevos episodios de idéntico cinismo y desparpajo.

GONZALO VIAL CORREA\*

---

\*Publicado en *La Segunda* / Santiago de Chile, 22.4.2008.

## EL GOBIERNO, QUE GOBIERNE

El gobierno, que gobierne.

Parece obvio, ¿verdad? Pero:

1. Aparece en pantalla, el 25 de abril, por varios canales, el ministro Secretario General de Gobierno, y dice:

“Todos los chilenos tenemos que cuidar a CODELCO”.

¿Por qué sería así? ¿Cómo podría yo cuidar a CODELCO? CODELCO es una empresa 100% del Estado de Chile, cuyo gobierno la maneja sin interferencia de nadie, designando y removiendo a su arbitrio quiénes la manejan. Exclusivamente suya es la responsabilidad de “cuidarla”... que no nos la endose a nosotros.

2. El ministro del Interior, el vocero oficial del Gobierno y la autoridad máxima de CODELCO señalan enfáticamente que la cuprera estatal no debe sentarse a la mesa de negociaciones con sus empresas subcontratistas y los trabajadores de éstas.

El ministro del Trabajo afirma, con igual energía, que CODELCO debe sentarse a dicha mesa (*El Mercurio*, 28 de abril).

Es algo inédito. Jamás lo había visto en mi larga vida. Recordaba, sí, ministros que diferían de criterio en el seno del gabinete, mas “para callado”. Nunca, como en este caso, pública y reiteradamente. Y una vez que la diferencia llegaba a ser de conocimiento general, el Presidente resolvía la discrepancia y uno de los contendores se iba. Ahora, no es necesario; el ministerio, la superior dirección del país, se ha convertido en club de debates o academia. Cada uno opina y mantiene lo que le parece y contradice a los demás, y todos felices. Por este camino, el Gobierno, nuevamente, no gobierna.

3. El ministro de Hacienda escribe: “Sugiero el siguiente principio de responsabilidad compartida: por cada medida que un gremio le pida al Gobierno, que ese mismo gremio anuncie una iniciativa propia para que las empresas del sector se vuelvan más competitivas. Así todos hacemos nuestro aporte” (*El Mercurio*, 27 de abril).

¿Qué cosa más rara! ¿Por qué los gremios van a “compartir responsabilidades” con un gobierno que no les cede (como no puede cederles) sus facultades de tal? El Gobierno... ¿se obliga a aceptar lo que le pida un gremio, si éste lo acompaña con una “iniciativa propia” para que sus asociadas “se vuelvan más competitivas”? ¿Se obliga también a acoger la “iniciativa propia”? ¿Y no es hacer respetar y fomentar la competencia, atribución y obligación del Gobierno? Los gremios, lo que tienen que hacer, es aplicar las reglas legales sobre competencia. El Gobierno, imponer su cumplimiento y modificarlas o complementarlas si es necesario. Lo demás es sólo oír opiniones. No hay campo para que gobernados y gobernantes “compartan” la responsabilidad de gobernar. Sólo estos últimos la tienen.

4. Queman, por octava vez, un camión forestal en Araucanía. La Intendente de la IX Región dice tratarse de hechos aislados. ¿Qué número de camiones será necesario que ardan, para que ya no se trate de “hechos aislados”?

Más sorprendente, aún, lo que sobre el mismo asunto declara el ministro del Interior. Fue “una irresponsabilidad de parte de la empresa –señala– retirar material al interior de una comunidad mapuche sin protección policial. Debieron haber avisado. Hay que ser bastante más prudente en este tipo de cosas” (*El Mercurio*, 28 de abril). Traducción: en las comunidades mapuches, ni personas ni vehículos pueden circular ni trabajar lícita y pacíficamente, libres de atentados incendiarios o personales, sin protección de la policía. Si no la piden, las víctimas pecan de “irresponsabilidad”.

Lo dicho: que el Gobierno gobierne, en vez de esperar que sus gobernados lo hagan por él.

## LAS INSACIABLES MUNICIPALIDADES

Todavía les duele a los contribuyentes, en especial de bienes raíces, la gran alza de impuestos para financiar los municipios, decretada hace muy poco tiempo.

Y el año pasado, a fin de compensar los déficits de la educación municipal, se dio a las comunas un salvavidas de cien millones de dólares, destinados a “proyectos” del rubro (¿cómo se cubre un déficit con un “proyecto”? Misterio). Ya están repartidos esos millones, y gastados. Naturalmente, las otras escuelas gratuitas, que atienden casi el mismo número de alumnos que las municipales –y logran mejores resultados–, no tuvieron derecho a ningún “proyecto” ni centavo de dólar.

Y ahora se habla de nuevas “modernizaciones” de los municipios, para dotarlos de personal de nivel superior y otros progresos, etc., etc. Más gastos, ¿más impuestos? Todo al tonel sin fondos de los municipios. Se quiere que sean realidad –que se pueda echar mano a esos dineros frescos– antes de la próxima elección de dichos organismos...

Los cuales, mientras tanto, exhiben un desorden, un despilfarro, un cortejo de escándalos y abusos grandes y pequeños que producen vértigo. El pasado domingo, *El Mercurio* nos habla de una alcaldesa “vitalicia” del Gran Santiago que presenta en el Día del Padre del municipio a la Licenciada Tetarelli (!), con desnudo completo; que tolera que una empresa internacional de aseo convide a Europa, todos los gastos pagados, a tres dirigentes comunales, y encima la alcaldesa les da viáticos indebidos, cuya devolución exige la Contraloría... la misma empresa, por supuesto, que se adjudicará luego la extracción de basura de la municipalidad. Y éste es sólo un ejemplo entre muchos.

Ahora bien, los nuevos recursos que se anuncian para el tonel sin fondo de las municipalidades, estoy seguro, avanzarán aceleradamente y se harán realidad a corto plazo. Voy a explicar por qué.

Numerosos municipios se han convertido en agencias electorales de los respectivos alcaldes, y de los partidos correspondientes. La agencia o máquina así armada reelige al alcalde una y otra vez. El alcalde, por su parte, es la herramienta ideal para que el diputado o senador de su partido en el mismo territorio se perpetúe también en el cargo. Los “operadores” de ambos –alcalde y parlamentario– son funcionarios del municipio, que no hacen nada sino activismo

político y electoral... y cobrar sus sueldos. Los demás gastos de las campañas son provistos también por las comunas, mediante contratos fuleros con parientes, amigos o palos blancos, y “programas” municipales –v.gr., deportivos– de alto costo y vaga, neblinosa inversión.

De este modo, se organizan y perpetúan “dinastías” alcaldicias y parlamentarias, cuyo núcleo es la corrupción de los municipios.

Es la alianza alcaldes/congresistas la que ha permitido que las municipalidades reciban y desembolsen más y más dinero sin justificación previa ni cuenta posterior que demuestren, primero, la utilidad del gasto y, segundo, que se ha hecho correctamente. Municipios y ONG son las venas abiertas por las cuales fluyen y se malbaratan recursos que otras, verdaderas, necesidades reclaman con desesperada urgencia. Pero, ¿quién se atreverá, alguna vez, a ponerles el cascabel a estos gatos?

#### AYUDAMEMORIA

Tenemos nueva ministra de Educación, de distinguido currículum, y con ella –leo en *La Segunda* de ayer– un “panel de superexpertos”, asimismo de gran prestigio, para definir las prioridades de la cartera. Tenemos también los acuerdos Gobierno/Oposición sobre iguales temas. Cabe la esperanza –lo último que muere, dicen– de que avancen la enseñanza básica y media, después de treinta y cinco años (diecisiete militares y dieciocho concertacionistas) de retraso y ruina.

Ojalá entre las “prioridades” figuren, en lo posible como “superprioridades”, aquellas sin resolver las cuales TODA OTRA INICIATIVA ES ABSOLUTAMENTE INÚTIL. A saber:

1. Que la subvención mensual por niño de enseñanza básica y media educado gratuitamente sea la mínima indispensable para lograr un éxito también mínimo. Y no, como hoy, similar si no inferior al subsidio mensual que recibe del Estado un agricultor francés por tener una vaca, y entre cuatro y veinticuatro veces menor que la mensualidad de un colegio pagado (cuadro de *El Mercurio*, 22 de marzo).
2. Que se reforme el Estatuto Docente, de modo que los directores de establecimientos municipales tengan la libertad indispensable, si se les ha de pedir aquel éxito mínimo, para conformar y modificar su equipo docente.
3. Que se revisen los currículos de estos niveles de enseñanza, de modo que sus Contenidos Mínimos Obligatorios (CMO) puedan enseñarse adecuadamente en las horas de clase totales, eliminando al efecto las materias prescindibles, superfluas y aun insensatas que los inflan y deforman.

GONZALO VIAL CORREA\*

---

\*Publicado en *La Segunda* / Santiago de Chile, 29.4.2008.

## ¿CUÁNTAS “GABRIELAS”?

¿Qué habría ocurrido si, en vez de copiar modelos teóricos de moda, los expertos se hubiesen empapado de la abrasadora pasión pedagógica de la maestra de Elqui?

—¿Cuántas Gabrielas como éstas se necesitan para mejorar la educación chilena, jefe? —me pregunta a boca de jarro un taxista amigo, mientras recibe un billete de cinco mil pesos que le paso para pagar la carrera. Sabe de mi pasión por el tema.

De pronto, cierro los ojos y veo a millones de “Gabrielas” (billetes rojos de cinco mil pesos) cayendo desde un inmenso bolsillo roto sobre el laberinto de los pasillos y oficinas de un ministerio gris, casi gótico. Como en un cortometraje en blanco y negro, muy kafkiano, veo a un niño “pingüino” correr detrás de ese remolino de billetes, llevados por una corriente furiosa a un centro lejano y devorador. Ese “pingüino” es nuestro frágil Teseo y, a veces, logra agarrar algo que vuelve a írsele de las manos, y entonces reinicia su carrera absurda y loca. En los pasillos, unas funcionarias muy hastiadas lo observan indiferentes, mientras bostezan, se pintan las uñas o resuelven interminables puzzles. Hay altoparlantes en los muros que repiten: “Cuadruplicadnos el presupuesto y cambiaremos la educación”.

¿Qué Minotauro espera al final de esta carrera al pálido y cansado pingüino? Por primera vez, después de años de ceguera, lo veo: monstruo de mil caras, hidra retórica y culposa, ineficiente y desprolijo, el Minotauro del laberinto de la educación es el centralista Estado chileno.

Miro a mi amigo taxista y le respondo: —Bastaría con una Gabriela para mejorar la educación chilena.

—¿Sólo con un billete de éstos? —y me lo muestra.

Pero ya no estoy pensando en el billete de cinco mil pesos. Estoy pensando en Gabriela Mistral. En lo que habría ocurrido si, en vez de copiar modelos teóricos de moda y fundamentalismos metodológicos, para aplicarlos mecánicamente, los asesores y expertos se hubiesen empapado de la abrasadora pasión pedagógica de la maestra de Elqui.

¡Cómo la hemos “ninguneado”, convirtiéndola en estatua, en insípida canción de cuna, en rostro de un billete rojo!

Vuelvo a mirar a mi amigo taxista. Pienso que él también fue un pingüino perdido en el laberinto de la inequidad y que —como tantos— fue derrotado por el Minotauro.

¿Qué pasaría si todos los profesores de Chile llevasen escrito en la sangre “El decálogo de la maestra”, de Gabriela Mistral: “Cuando yo he hecho una clase hermosa, me quedo más feliz que Miguel Ángel después del Moisés”.

¿Y si los teóricos de la educación, en lugar de aferrarse ciegamente a su seudociencia, estudiaran a fondo las lúcidas reflexiones de Gabriela Mistral sobre la lectura, a la hora de formular los programas de “Lenguaje y comunicación”? Se ve que no entendieron cuando dijo: “La juventud, esa agua viva, no puede amar al que tiene, sobre la lengua viva, la palabra muerta”.

¡Cómo se habría indignado la maestra al oír en estos días a quienes proponen fortalecer al Minotauro para salir del laberinto! Ella fue clara: “Me parece a mí una calamidad el Estado docente, especie de ‘trust’ para la manufactura unánime de las conciencias”.

Gabriela Mistral, Ariadna de este laberinto, ven a salvarnos de los expertos y técnicos por los que siempre sentiste rechazo. ¡Cuántas Gabrielas como tú faltan para derrotar al Minotauro!

Mientras, un “pingüino” de un liceo pobre, Papelucho extenuado de tanto gritar, retira la última pancarta de la revuelta y siente cómo, a través del vidrio roto de la sala, se cuela el frío punzante de los primeros días del invierno.

CRISTIÁN WARNKEN\*

---

\*Publicado en *El Mercurio*, jueves 15 de junio de 2008.

## CALIDAD DE LA EDUCACIÓN PARA TODOS

Cada año, al conocer los resultados Simce, el país completo comenta, diagnostica y expresa sus opiniones sobre el tema educacional. Esto resulta tremendamente positivo porque demuestra que la educación es una prioridad para el país.

En la actualidad, la educación “pública” muestra los resultados más pobres en materia educacional, en perfecta correlación con el hecho de que a mayores carencias sociales de los escolares, peores son los resultados de aprendizajes. Esto no está ajeno al sector particular subvencionado, que también muestra resultados bajos en sectores más vulnerables. En este caso, las diferencias también se explican por el hecho de que estos alumnos reciben menos financiamiento para educación que los escolares con mayores posibilidades económicas de sus familias.

Estos argumentos son planteados por algunos sectores como razones fundamentales para que el Estado tenga un trato “preferente” hacia los colegios públicos. La pregunta que surge inmediatamente es qué ocurre con aquellos alumnos que si bien son vulnerables, optaron libremente por una alternativa distinta como la educación particular, también gratuita (el 40% de los colegios particulares subvencionados no cobran financiamiento compartido), es laica, amplia y entrega el currículo nacional. Este tipo de enseñanza ya obtiene menos recursos estatales para financiarse. ¿Es posible que el Estado plantee dos tipos de ciudadanos que, siendo igual de vulnerables, vecinos en muchos casos, obtengan financiamiento distinto? Es decir, ¿mayores para la educación municipal que para la particular subvencionada, pese a que educan a alumnos con características similares?

Revisemos los hechos: los colegios municipales reciben la misma subvención escolar por alumno que los particulares. Ahora, con la subvención preferencial (de reciente aplicación), públicos y privados recibirán otro aporte, más uno adicional por concentración de alumnos vulnerables, en su mayoría pertenecientes a colegios municipales, pero no todos.

Sin embargo, los establecimientos de dependencia municipal no deben financiar su infraestructura –ya que ésta proviene de otras arcas fiscales–, obtienen financiamiento público extra de los FNDR y FIE, y adicionalmente reciben fondos de los municipios según dispongan el alcalde y sus presupuestos comunales. A ello hay que añadir los 100 millones de dólares que recibieron los municipios el año pasado para educación.

En el caso de los particulares subvencionados, se menciona que cobran financiamiento compartido, pero la sorpresa es que éste no existe en las escuelas que atienden a los estudiantes más vulnerables (30% de la matrícula vulnerable está en establecimientos particulares) y no disponen de ninguna fuente alternativa de financiamiento extra de la subvención escolar. Con exclusivamente la subvención escolar deben financiar todos sus costos y competir contra todo el aparato estatal.

Además, con estos fondos únicos deben financiar la infraestructura necesaria para obtener reconocimiento oficial. Un colegio de escala adecuada (1.000 alumnos) y con los estándares actuales en la actualidad no baja de los 2,6 millones de dólares.

En resumen, los análisis muestran que considerando todas estas situaciones, los alumnos más pobres de la educación particular subvencionada se educan con menos recursos en total; es decir, el Estado discrimina a este tipo de alumnos por el colegio que asiste. Todo esto sin establecer previamente en la ley, como piden algunos parlamentarios, un trato preferente para la educación “pública”. Esta posibilidad, que claramente aumentará la brecha financiera, generará segregación por dependencia, imposibilidad de cerrar las brechas educacionales en algunos sectores, y todo esto sin debatir previamente sobre el buen uso de los fondos; esto es, la real efectividad de los ítems a financiar, como el caso del Estatuto Docente. Esto generará un impacto negativo en la calidad de la educación de los alumnos vulnerables que estudian en colegios particulares subvencionados. ¿El Estado los olvidará?

Por otra parte, la selección por méritos favorecería a los colegios que la realizan en sus resultados Simce. La educación pública se plantea como una educación amplia, pero ¿cómo se compatibiliza eso con el hecho de que los colegios públicos emblemáticos son los más selectivos por méritos en Chile y además recibirían un trato preferente de parte del Estado? Nada de eso se plantea en las demandas de los alumnos secundarios en pro de la educación pública y menos en relación con los alumnos vulnerables de los particulares subvencionados, sus compañeros.

¿Calidad para todos o discusión ideológica?

RODRIGO BOSCH\*

---

\*Publicado en *El Mercurio* el 6.6.2008, A-2.

## UNA OLA DE MALESTAR SOCIAL

Esos 10 mil sujetos que se manifiestan contra los proyectos de ley de educación y los cientos que apedrean todo lo que encuentran; esos miles que pararon los camiones del país; esos cientos de miles que con cara arrugada refunfunan, mientras se trasladan con incomodidad dentro de las grandes ciudades; esos incontables pacientes y sus familiares que protestan en vano, esperando recibir una atención sanitaria mínima. Y los que ya se manifestarán, por anda tú a saber qué motivos; por tantas otras razones aún latentes. Esos, todos, expresan ya una ola de malestar social que inunda ambientes y corroe proyectos.

Esta no es la muy mayoritaria rebelión contra Allende; ésta no es la coordinada protesta contra Pinochet. Esta es la inarticulada erupción de muchos malestares diversos y a veces contradictorios, con los que apenas se logra convivir. Un país que casi no se entiende, que difícilmente controla sus emociones, que muchas veces no sabe ni contra quién en realidad debe enojarse, como un adolescente encerrado en su pieza, medio furibundo, medio amargado.

Es curioso, porque todo esto sucede en el Chile de las notables expectativas de vida, de los significativos avances en la lucha contra la mortalidad infantil, de la mayor sensibilidad por el medio ambiente, de los edificios gigantescos, las autopistas concesionadas y las tecnologías comunicacionales de punta.

Sí, pero es también el país del endeudamiento generalizado, de la religión del consumo, de los placeres reivindicados y ejercidos públicamente, del egoísmo interpersonal matutino, vespertino y nocturno, de la intoxicación televisiva. ¿Y alguien puede negar que estas tendencias no le están pasando la cuenta a la mente y al corazón del empleado de 38, de la profesional de 46, del estudiante de 21, de la jubilada de 72, del empresario de 61, del cabro chico de 11? Obvio. Esa gente, o sea todos nosotros, vivimos entre la espada que cada uno ha aceptado ponerse en su contra y la pared de su propia existencia. Es la espada de las deudas por pagar, de los placeres insatisfechos, de las rupturas familiares, de la anulación neuronal (la tele, la tele); y la pared de una cabeza y de un corazón humanos que se resisten a ser tratados como pura materia. Al material humano no le gusta ser tratado como puro material humano, escribió Milosz hace años.

A nadie puede extrañarle, entonces, que mientras no se opte por reconocer la gravedad de la espada que amenaza a los chilenos de carne y hueso, y mientras se siga olvidando que hay una pared que no se puede derribar (el modo en que estamos hechos: punto), se seguirá buscando a los culpables fuera de uno mismo: en el Gobierno, en los empresarios, en los sostenedores, en los curas, en las transnacionales, en carabineros, en los parlamentarios y, por cierto, en el árbitro o en el lamentable estado de la cancha...

Y si echarles la culpa a las estructuras ha sido una tendencia atávica en Chile, ahora parece haberse consolidado como uno de los rasgos más evidentes de nuestra enferma personalidad (por cierto que los ingenieros sociales de las izquierdas están felices: así justifican medidas y más medidas, cuáles más torpes; leyes y más leyes, casi todas, puro formalismo controlista; y millones y más millones gastados, cuáles peor utilizados).

¿Habrá alguien que retome las únicas armas conceptuales que nos pueden sacar de la trayectoria de esta marejada que pronto será maremoto? ¿Existirá algún candidato presidencial que proponga ahorro, trabajo, fidelidad y sacrificio, como los pilares de las políticas concretas que irían a impulsarse bajo su mandato? ¿Se atreverán Alvear, Lagos, Longueira, Navarro, Piñera y Zaldívar, a decirnos a los chilenos que estamos tonteando al borde del precipicio, que nos ha dado por coquetear con la catástrofe, y que hay que ponerse a reformar nuestra vida desde dentro? ¿O seguiremos oyendo complacientes ofertas de más y más soluciones para problemas que no son el problema?

Porque Chile está enfermo bien de adentro. Le entró la jodiendita, diría el huaso.

Vienen elecciones, hay esperanzas. Qué buenos tiempos aquellos en que los candidatos presentaban programas presidenciales fundados en concepciones de la vida; y adentro había ideas concretas por áreas de actividad; y mucha gente los leía; y cientos de miles votaban sabiendo que el próximo gobierno proponía distintos tipos de alianzas con ciudadanos responsables y no una gerencia general.

Claro, eso era cuando los políticos encuestaban primero su conciencia.

GONZALO ROJAS\*

---

\*Publicado en *El Mercurio* el 22.6.2008, D-19.

## LA INTOLERANCIA DE LOS TOLERANTES

Hoy es el fallo de “la píldora del día después”, ayer fue la acusación constitucional en contra de la ministra Provoste, antes habían sido las discrepancias entre miembros de la coalición gobernante.

Todos aquellos que se identifican con el mundo progresista y suelen definirse como personas, ante todo, tolerantes, han tenido reacciones que no pueden dejarnos indiferentes precisamente por la intolerancia que revelan frente a la conducta o creencias de los que no piensan como ellos.

En efecto, cada vez que los supuestos custodios de la tolerancia reciben una opinión contraria a la que defienden o conocen de una decisión pública que supone un golpe a su agenda, utilizan una estrategia similar para desacreditar a sus autores.

En primer lugar, se encargan de crear una sensación de alarma pública, tal como sucedió cuando el senador Zaldívar votó en contra del aumento de platas para el Transantiago. En aquella oportunidad, los que provienen del mundo progresista –como les gusta ser denominados– reaccionaron indignados y señalaron que él tendría que dar explicaciones por “negarse a mejorar” el transporte público, ya que la continuidad de su funcionamiento estaba en peligro.

Asimismo, cuando hace algunos días se presentó una acusación constitucional en contra de la ministra de Educación, respecto de cuya admisibilidad debía pronunciarse la Cámara de Diputados, se señaló que de persistir en su idea los acusadores “ponían en peligro la estabilidad institucional”.

Días después, cuando se filtró parte del fallo del Tribunal Constitucional sobre la polémica “píldora del día después”, dijeron que aquella sentencia “ponía en peligro la salubridad pública”, lo que terminó con, al menos, una veintena de mujeres detenidas y con una reunión de emergencia por parte de los miembros del Tribunal, quienes se vieron forzados a emitir una declaración pública aclarando los acuerdos alcanzados.

Terminada con éxito la etapa de sembrar alarma pública, los paladines de la tolerancia pasan a una segunda fase, donde el trabajo se divide en dos frentes. Un grupo asume la responsabilidad de elaborar estrategias jurídicas para seguir adelante con su agenda, las cuales van desde recurrir a tribunales internacionales hasta presentar proyectos para reformar la Constitución, pasando, evidentemente, por la reforma de las instituciones que se han atrevido a desafiar las “certezas” que ellos preconizan y defienden. Sólo esta semana han ingresado tres proyectos de ley relacionados con el Tribunal Constitucional.

El segundo grupo, en cambio, asume una responsabilidad distinta, no por eso menos importante. Son los encargados de cuestionar a los integrantes de las distintas instituciones, ya sea denostando su integridad, como ha sido el caso de los miembros del Tribunal Constitucional o, incluso, llegando a sugerir su expulsión, como lo hicieron con el senador Zaldívar de la Democracia Cristiana y más recientemente con Mario Fernández.

Los episodios que se han sucedido este último tiempo nos dan luces sobre el alcance que la palabra “tolerancia” tiene para los que bien podríamos denominar “tolerantes intolerantes”. En definitiva, en *sus reacciones se evidencia* que, más allá de sus declaraciones, *poca confianza les tienen al diálogo democrático y al Estado de Derecho*.

Finalmente, estos tolerantes personajes se han quitado la máscara, mostrando lo que son: unos intolerantes seguros de poseer la verdad, dispuestos a imponer su visión de la sociedad a cualquier costo, incluso utilizando métodos, al menos, democráticamente cuestionables, desconociendo que en sociedades de esta naturaleza algunas veces se pierde y otras se gana.

Así las cosas, si en verdad se pretende avanzar en el bienestar nacional sería recomendable que estos “tolerantes intolerantes” aprendan a respetar las reglas de la democracia en la que afirman creer y que dicen defender.

BEATRIZ CORBO\*

---

\*Publicado en *El Mercurio* el 13.4.2008, D-12.

## 2008: ¿RENACE EN CHILE LA LUCHA DE CLASES?

Probablemente, usted se habrá preocupado de dejar su casa bien cerrada, antes de salir de vacaciones con su familia; quizás haya comprado una alarma especial para ella; e incluso es posible que se haya inscrito en el programa “verano seguro” de su municipalidad.

Estas formas de protección deben de haber contribuido para que usted tuviera un descanso más tranquilo, pues considera justamente que su casa, los valores que guarda, el auto que dejó en el garaje, en una palabra, sus propiedades, le pertenecen legítimamente, pues son frutos de su trabajo.

Pero, ¿qué diría usted si viese que quienes dirigen el país abren las puertas a los demolidores de la propiedad privada, afirmando que ella no es sino el fruto del egoísmo de los que tienen sobre los que no tienen?

Sí. Como veremos, mientras unos, como usted, cierran sus casas con cuidado, otros están intentando “romper los cercos legales” que protegen el derecho de propiedad de todos los chilenos. Y el día en que esos “cercos legales” estén totalmente rotos, una nueva gran crisis nacional habrá estallado.

### 1. LA AGITACIÓN SINDICAL

Para la izquierda, el orden jurídico vigente, principalmente en lo relacionado con los derechos del trabajador, está viciado por un principio injusto, que concede todas las ventajas a los patrones y las niega a los trabajadores.

Tal situación, según la lógica marxista, es una pesada herencia del gobierno militar, porque éste, después de las “conquistas sociales” de la UP, las anuló el 11 de septiembre de 1973. En aquella supuesta época “áurea” de las “conquistas sociales”, bastaba que se decretase un paro para que el Gobierno interviniese la empresa y la “nacionalizase”, de modo que ésta pasaba al control del sindicato que había organizado el conflicto.

Los traumas y la miseria que tal situación produjo en la economía y la consecuente catástrofe nacional causaron un vuelco en la situación de Chile, por efecto del cual las leyes volvieron a proteger al propietario y así incontables trabajadores tuvieron acceso a la propiedad, significando todo esto una notable recuperación del país.

¿Una recuperación definitiva?

Pasados ya casi cuatro gobiernos de la Concertación, en cerca de 20 años, afirman los agitadores, tal situación no se revirtió en lo sustancial.

En realidad, los sucesivos gobiernos de la Concertación se dedicaron principalmente a promover un “cambio cultural” que afectó a las bases morales del país, en especial a la familia, a través de la introducción del divorcio y de los llamados derechos sexuales y reproductivos, sin pretender modificar de inmediato las relaciones laborales. (cf. “La Revolución cultural: un smog que envenena la familia chilena”, *Acción Familia*, 2001).

Sin embargo, ahora, una vez que la opinión pública parece suficientemente “madura” (entiéndase no reactiva), tanto las autoridades gubernamentales cuanto los líderes sindicales socialistas consideran que estaríamos en condiciones de comenzar los cambios en el “Estado de Derecho”.

Y para ello nada más fácil que reeditar el sistema clásico de “concientización, agitación y movilización”, todo rumbo a una nueva “revolución”.

## 2. LAS MOVILIZACIONES...

“Codelco, Aguas Claras, Pacific Nut, Agrosuper, Max Agro... suma y sigue... El mundo empresarial denuncia en forma reiterada las motivaciones políticas detrás de muchas de estas movilizaciones” (cf. *El Mercurio*, 25 de enero de 2008), o sea, la demoledora escalada socialista rumbo al estallido revolucionario.

Tales sospechas son justificadas, una vez que la misma mano del Partido Comunista aparece en casi todas ellas.

En efecto, desde la producción minera de Codelco –afectada seriamente por los paros de más de un mes, a mediados del año pasado– pasando por el paro de 3.000 trabajadores agrícolas en Copiapó, exactamente en el período de la cosecha, contando en este caso con la participación de la religiosa italiana Madre Donato Cairo, detenida por agitación callejera; llegando hasta las salmoneras del Sur, donde se produjo la toma violenta de la planta de Aguas Claras, en Calbuco, en todos esos casos se encuentra la mano del PC.

Por otra parte, en una verdadera orquestación antipropietario, se dan las persecuciones de la Dirección del Trabajo a la empresa Pacific Nut, por no haber transformado en estables a los trabajadores temporeros sindicalizados. Si se acepta esta exigencia, se produciría –según el presidente de la SNA– el fin de la producción agrícola nacional, pues “el agro trabaja con 700 mil trabajadores de planta y cerca de 500 mil temporeros” y “si a través de un resquicio legal los transformaban en permanentes, se acaba el sector” (cf. *El Mercurio*, 31 de enero de 2008).

Pero los neoagitadores del PC no se quedan sólo en estas acciones. No tienen inconveniente en declarar que la lucha no hace sino comenzar. El presidente de la Confederación de Trabajadores del Cobre, CTC, y miembro del PC, Cristián Cuevas declaró después de su “victoria” contra Codelco: “Se abre una posibilidad infinita (sic) para dar una nueva lucha (...) si no es en el marco legal vamos a romper los candados de la institucionalidad heredada de la dictadura y que estos gobiernos (de la Concertación) profundizaron...” (cf. *El Siglo*, 15 de junio de 2007).

“Romper los candados” no es una expresión cualquiera. Según el presidente del PC, Teillier, ella era la consigna de Volodia Teitelboim: “‘A romper los candados’ fue la consigna que acuñó, convencido de que la institucionalidad vigente (...), son las trabas que impiden la democratización, dificultan la participación del pueblo, su organización y son la clave para mantener un sistema económico injusto”. (Trecho de discurso de Guillermo Teillier, presidente del PC, en homenaje a Volodia Teitelboim en su funeral, 2 de febrero de 2008, [http://www.pcchile.cl//index.php?option=com\\_content&task=view&id=1074&Itemid=2](http://www.pcchile.cl//index.php?option=com_content&task=view&id=1074&Itemid=2)).

La primera “víctima” de estas amenazas ha sido la mayor salmonera de Chile y tercera a nivel mundial, AquaChile. “Luego de no llegar a acuerdo por mejoras salariales con la empresa, los trabajadores iniciaron ayer una huelga (...) otros

grupos se tomaron cuatro centros de cultivo en la X Región y el acceso a las oficinas y a una planta de AquaChile en Puerto Montt. Hay más de 40 detenidos. (...) El gerente general (...) dijo que 'si es necesario cerrar la planta (de Calbuco) de manera definitiva, lo haremos' (cf. *El Mercurio*, 12 de febrero de 2008).

Es decir, la táctica de convencer a los empleados de que deben "despertar" de su actual "sometimiento" y "romper los candados de la institucionalidad heredada de la dictadura", les está dando resultado. "Los hermanos (...) Teneb, presidente y secretario ejecutivo del Sindicato Aguas Claras S.A. (...) se habrían reunido con el presidente del PC, Guillermo Teillier, a principios de enero, y en dos ocasiones recibieron a Cristián Cuevas. (cf. *El Mercurio*, 14 de febrero de 2008).

Por su parte, Teillier y la directiva del PC fueron convocados a comienzos de febrero pasado por el Gobierno de Cuba (¿a informar, a recibir instrucciones?). (cf. [http://www.pcchile.cl//index.php?option=com\\_content&task=view&id=1073&Itemid=2](http://www.pcchile.cl//index.php?option=com_content&task=view&id=1073&Itemid=2)). Es decir, el círculo vicioso de la agitación sindical, el PC y Cuba, por lo visto ya se está reconstituyendo y de modo acelerado.

### 3. EL SOCIALISMO CUENTA CON LOS RESPALDOS NECESARIOS

Las acciones de "concientización-movilización" todavía están en su fase inicial y para que ellas alcancen un resultado realmente duradero necesitan de respaldo moral. Como veremos, este respaldo no les ha faltado ni de parte de las autoridades gubernamentales ni, lamentablemente, tampoco de las religiosas.

Del apoyo gubernamental se encargó el Ministro del Trabajo, Osvaldo Andrade, quien no duda en abrazar al líder sindical del PC, declarando que "se lo intenta satanizar, sin evidencia" (cf. *El Mercurio*, 25 de enero de 2008).

Por su parte la Conferencia Episcopal hizo una declaración en la que se afirma que "la violencia es el síntoma de una situación de inequidad evidente, que no ha sido resuelta por nuestra sociedad. Los trabajadores tienen el legítimo derecho de movilizarse a través de sus organizaciones representativas para reclamar lo que la ley les confiere y en justicia les pertenece" (cf. Conferencia Episcopal Chilena, "Desafíos de fondo en los recientes conflictos laborales", 18 de julio de 2007).

El documento de la Conferencia Episcopal no hace restricción alguna a tales movilizaciones, salvo cuando caen en la violencia; y como se supone que ésta es fruto de la "inequidad", es atribuida a "la actual legislación que favorece a los empresarios".

Este modo de ver las cosas es sumamente peligroso, pues, con tal criterio, en cualquier conflicto laboral futuro, *a priori* los "buenos" serán los obreros y los "malos" serán los empresarios. Tal visión servirá de aparente justificación para el trabajo de "concientización" que está promoviendo el PC.

Consultado el líder sindical de Codelco sobre este apoyo, declaró que sin él, "no hubiésemos podido alcanzar este acuerdo. La Iglesia se puso al lado de los trabajadores" (cf. *La Segunda*, 31 de julio de 2007).

Respaldo con tales apoyos, el agitador del PC ya declaró que el próximo paso será enfrentar a la empresa privada: "Esta lucha no ha terminado (...) Ahora viene una fase principal, que tiene que ver con los otros sectores productivos y de servicios de nuestro país. Ahora nosotros vamos tras la empresa privada" (*La Cuarta*, 1° de agosto de 2007).

Dos meses después de estas amenazas, el 14 de octubre, el líder del PC fue la estrella en la conmemoración de los 40 años de la muerte de otro comunista, Ernesto "che" Guevara, realizada en la Plaza Brasil de Santiago y donde se trató el tema "Sindicalismo actual y las condiciones de la unidad de los trabajadores". La actividad contó con la participación de "uno de los sobrevivientes de la guerrilla del Che en Bolivia, Harry Villegas, "Pombo", actual General de Brigada (r) y diputado cubano". (cf. [http:// boards 5.melodysoft.com/app?ID=ACTIVIDAD-Solidaridad&msg=2407&DOC=121](http://boards.5.melodysoft.com/app?ID=ACTIVIDAD-Solidaridad&msg=2407&DOC=121)).

Como se ve, la orquestación sindical, PC de Chile y Cuba, viene de tiempo, pretende ir creciendo y, en la medida que cuente con los apoyos necesarios, podrá ser exitosa.

\*\*\*

Así, mientras usted intentó proteger su casa durante el verano, otros están intentando derrumbar los "marcos legales" para subvertir al país.

Dejamos para un próximo artículo la transposición de la lucha de clases para la lucha de "razas", la cual, con una estrategia muy similar, constituye otro brazo de este mismo plan.

ACCIÓN FAMILIA\*

---

\*Informativo N° 35, marzo 2008.

# JURISPRUDENCIA



## MÁS ALLÁ DE LA PÍLDORA Reflexiones en torno al fallo del Tribunal Constitucional Rol N° 740-07<sup>1</sup>

La sentencia del Tribunal Constitucional Chileno (en adelante TC) respecto de la inconstitucionalidad del D.S. Reglamentario N° 48 del Ministerio de Salud, que aprueba las “Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad”, más comúnmente conocida como sentencia sobre la “Píldora del Día Después”, ha desatado una gran polémica que involucra elementos jurídicos, morales, religiosos, políticos e incluso pasionales, de considerable entidad e intensidad.

En nuestra opinión, toda esta “batahola” ha dificultado el análisis desapasionado de ciertos aspectos jurídicos del fallo, que van más allá de la discusión acerca de la inconstitucionalidad de la Anticoncepción de Emergencia (en adelante AE) y cuyo alcance no resulta menor, por su carácter general.

En consecuencia, no pretendemos en este comentario realizar una descripción y análisis pormenorizado del fallo en cuestión y sus disidencias, ni enfrascarnos en el debate sobre el alcance del derecho a la vida, sino simplemente referirnos a tres aspectos que en la sentencia aparecen íntimamente entrelazados: I) el problema de las cuestiones de hecho en el marco del control de constitucionalidad abstracto; II) la aplicación del principio *favor libertatis* a la solución de la controversia suscitada en el caso en comento; y III) la congruencia (falta de) del razonamiento del Tribunal Constitucional con su doctrina precedente acerca de la pretendida presunción de constitucionalidad de los actos legislativos y administrativos.

### I. ACERCA DE LAS CUESTIONES DE HECHO

En esta sentencia, el eje de la discusión giró en torno a dos cuestiones de diversa naturaleza: 1) acerca de si el *nasciturus*, luego de la concepción y antes de la implantación, es o no titular de derechos constitucionales y por cierto del derecho a la vida; y 2) acerca de si la AE, además de sus indiscutidos efectos anovulatorios y anticonceptivos (que impiden la fecundación), tiene o no efectos adversos a la implantación del huevo fecundado o es capaz de matar de algún modo al embrión antes o después de la implantación.

Como puede apreciarse, la primera cuestión discutida es claramente un asunto de derecho. El Tribunal (su mayoría) estimó, a nuestro juicio acertadamente, que el huevo fecundado, incluso antes de su implantación, es titular de derechos fundamentales y tiene derecho a que su vida no sea interrumpida voluntariamente. Concordamos, sin embargo, con Patricio Zapata, en cuanto a que el Tribunal pudo

---

<sup>1</sup>Dada la extensión del fallo (277 pp.) y que se comentan sólo los considerandos 66 y 67, se omiten sus textos, que se incluyen en el cuerpo del comentario.

fundar más detalladamente su razonamiento sobre este punto, haciéndose cargo de los argumentos de sentido contrario<sup>2</sup>.

En todo caso, no es la cuestión anterior el centro de nuestro interés en el marco de este comentario, sino el segundo problema asumido por el Tribunal, esto es, el de los efectos de la AE sobre el huevo aún no implantado. Como puede fácilmente apreciarse, se trata de una cuestión de hecho.

Tan claro es lo anterior, que incluso el Ejecutivo planteó una excepción de previo y especial pronunciamiento, sustentada en que a su juicio el TC no tendría competencia para entrar a analizar cuestiones de hecho en el marco del control abstracto de constitucionalidad, atendida la inexistencia legal de un procedimiento idóneo que le permita recibir y valorar adecuadamente las pruebas necesarias para establecer los hechos, dado que su Ley Orgánica Constitucional no contempla un término probatorio ni normas precisas sobre la prueba.

El TC, acertadamente, desestimó semejante pretensión del Ejecutivo<sup>3</sup>, argumentando sobre la base del carácter amplio de sus atribuciones para pronunciarse sobre la constitucionalidad de un Decreto Supremo, sea de alcance general o particular y cualquiera que sea el vicio invocado, por lo que no puede entenderse que en el marco de dicho análisis le esté vedado considerar los efectos que una ley o un decreto puede tener sobre los derechos fundamentales que el Estado está obligado a promover y respetar. Procede, acto seguido, a citar una serie de casos en que ha entrado a ponderar cuestiones de hecho que le han servido de base a sus pronunciamientos<sup>4</sup>.

Los disidentes Correa Sutil y Fernández Fredes reafirmaron este punto, invocando el principio de inexcusabilidad, que obliga al Tribunal a pronunciarse, señalando además que la interpretación del Ejecutivo tornaría prácticamente ineficaz el control de constitucionalidad de los decretos supremos, bastando incluir en ellos un hecho relevante que deba servir de base al juicio acerca de su constitucionalidad, para impedirle al TC ejercer sus atribuciones, conclusión que evidentemente no puede aceptarse<sup>5</sup>.

Agregan los mencionados disidentes que, sin embargo, el TC no está llamado a dar por probados o establecidos hechos a la manera de los tribunales del fondo, de una manera vinculante para otras etapas procesales u otros juicios, no pudiendo entrar a zanjar, con alcances generales, el problema de los efectos de la AE en el embrión aún no implantado, lo que no obsta a que se pueda formar convicción acerca de tales hechos como presupuesto necesario del juicio de constitucionalidad del Decreto Supremo impugnado<sup>6</sup>.

No podemos sino concordar con lo señalado por los sentenciadores de mayoría y, especialmente, con los disidentes citados. Nos parece además de la mayor

---

<sup>2</sup>Zapata Larraín, Patricio, *El fallo "Píldora del Día Después". Comentario Sobre la Sentencia del Tribunal Constitucional Chileno*, MICROJURIS, cita MJD276.

<sup>3</sup>Considerando Noveno del fallo.

<sup>4</sup>Sentencias de 13 de agosto de 1995, Rol N° 220, requerimiento interpuesto contra el proyecto de ley sobre trasplantes de órganos; de 26 de junio de 2001, Rol N° 325, requerimiento en que se impugnaba el Decreto Supremo N° 20, de 2001, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que introdujo la restricción de circulación a los vehículos catalíticos, y de 26 de abril de 2007, Rol N° 577, requerimiento deducido contra el Decreto Supremo N° 80, de 2006, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que establecía la norma de emisión para molibdenos y sulfatos descargados desde tranques de relaves al estero Carén.

<sup>5</sup>N° 20 del voto disidente de los ministros Correa Sutil y Fernández Fredes.

<sup>6</sup>N° 21 del mismo voto disidente.

importancia la clarificación de este punto, atendida la relevancia que tiene en el marco del ejercicio de las atribuciones del TC.

Solamente nos resta agregar, a mayor abundamiento y a título analógico, que para el ejercicio de sus atribuciones de inaplicabilidad el TC tampoco cuenta con normas que establezcan un término o estándares probatorios, nada de lo cual le impide formarse convicción acerca de los hechos necesarios para poder establecer que un precepto legal puede aplicarse a un caso y que la aplicación de dicho precepto a ese caso en particular resulta contraria a la Constitución. El indiscutido carácter “subjetivo” del control de inaplicabilidad, que va mucho más allá de la confrontación objetiva entre precepto legal y norma constitucional, supone necesariamente la consideración de los hechos de la gestión por parte del juez constitucional y la formación de una convicción a su respecto, pues de otro modo no es posible establecer que la aplicación del precepto impugnado a ese caso, produce un resultado contrario a la Constitución. Obviamente tal convicción, en relación con los hechos, no vincula al juez ordinario.

Si la falta de normas acerca de la prueba de hechos no emepece la formación de una convicción a su respecto, en sede de inaplicabilidad, no se entiende por qué la misma ausencia debería tener otros efectos en materia de control abstracto de normas.

## II. LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO *FAVOR LIBERTATIS* A LA SOLUCIÓN DE LA CONTROVERSIA

Volviendo al análisis del razonamiento del TC, resta señalar que, una vez desvirtuada la objeción de previo y especial pronunciamiento antedicha (y las demás promovidas por el Ejecutivo), los sentenciadores entraron al análisis de los informes acompañados al proceso en relación con los efectos de la AE respecto del embrión aún no implantado, constatando la existencia de un debate científico en que los especialistas manifiestan puntos de vista contradictorios, dado que unos dicen que la AE puede impedir la implantación del embrión y otros sostienen su inocuidad una vez producida la concepción. Concluyen que el mérito de los argumentos dados en uno y otro sentido es equivalente y, por lo tanto, plantean la existencia de una situación de duda en relación con la cuestión<sup>7</sup>.

Hasta este punto de la argumentación, a nuestro juicio, el fallo no plantea mayores problemas. Los cuestionamientos aparecen, para nosotros, en el considerando 66, que transcribimos a continuación:

*“Que, para dilucidar el conflicto constitucional planteado y ante la evidencia de estar estos jueces frente a una duda razonable, ha de acudir a aquellos criterios hermenéuticos desarrollados por la teoría de los derechos fundamentales, por ser ésa la materia comprometida en el presente requerimiento.*

---

<sup>7</sup>Coincidimos también con Patricio Zapata en cuanto a que el análisis de la evidencia por parte de los sentenciadores de mayoría resulta insuficiente, máxime si se le compara con el acucioso análisis realizado por los disidentes Correa Sutil y Fernández Fredes, que resulta ejemplar. A pesar de ello, concordamos con la conclusión de la mayoría, acerca de la duda razonable planteada por la evidencia y discrepamos de la conclusión de los disidentes, que sostienen la convicción de que la AE no afecta al embrión aún no implantado.

Véase Zapata Larraín, Patricio, *op. cit.*

*En tal sentido, parece ineludible tener presente el principio “pro homine” o “favor libertatis” definido en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de la siguiente forma: “Entre diversas opciones se ha de escoger la que restringe en menor escala el derecho protegido (...) debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana” (Opinión Consultiva 5, 1985);”*

En el considerando siguiente agrega:

*“Que, en esta perspectiva, la duda razonable suscitada en estos sentenciados acerca de si la distribución obligatoria de la “píldora del día después” en los establecimientos que integran la Red Asistencial del Sistema Nacional de Servicios de Salud puede ocasionar la interrupción de la vida del embrión, al impedirle implantarse en el endometrio femenino, genera, a su vez, una incertidumbre acerca de una posible afectación del derecho a la vida de quien ya es persona desde su concepción en los términos asegurados por el artículo 19 N° 1 de la Constitución. La referida duda debe llevar, de acuerdo a lo que se ha razonado, a privilegiar aquella interpretación que favorezca el derecho de “la persona” a la vida frente a cualquiera otra interpretación que suponga anular ese derecho;”*

En otras palabras, el TC tiene por establecida la afectación del derecho a la vida del *nasciturus*, por las normas reglamentarias impugnadas, sobre la base de la aplicación de los principios *pro homine* y *favor libertatis*.

No podemos concordar con semejante razonamiento, pues estimamos que los mentados principios sólo resultan aplicables a la interpretación de normas o principios, mas no al establecimiento de hechos o la formación de una convicción a su respecto.

En efecto, el principio *pro homine*, al que preferimos denominar “Primacía de la Persona Humana”, no resulta apto para formar convicción acerca de hechos, sino para optar entre dos interpretaciones posibles de una norma o principio, cuando una de esas interpretaciones está centrada en la persona y la otra no. En este caso en concreto, no es posible dar por establecida la afectación del derecho a la vida del *nasciturus*, que se encuentra en duda (cuestión de hecho), en razón de la primacía de la persona (cuestión de derecho), que obviamente sólo se verá involucrada si efectivamente se ha afectado la vida. Como puede apreciarse, este razonamiento se acerca peligrosamente a la petición de principio o la tautología, pues pretende tener por establecida la afectación del derecho a la vida del embrión mediante un razonamiento que supone el previo establecimiento de dicha afectación, que por cierto no consta, desde que se reconoce la existencia de duda.

Algo similar sucede con el principio *favor libertatis*, conforme al cual debe optarse por la interpretación que restringe menos el derecho protegido. Antes de aplicarlo hay que establecer si efectivamente, en los hechos, se afecta o restringe o no el derecho<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup>Adicionalmente, resulta necesario plantear nuestras dudas acerca de la efectividad de los citados principios, por su excesiva generalidad, para resolver casos difíciles, sobre todo cuando se plantea una colisión de derechos (o de intereses), pues no permiten determinar cuál interpretación es la constitucionalmente correcta, dado que no permiten determinar cuál

Estas objeciones que hemos expuesto no son óbice a la declaración de inconstitucionalidad del D.S. impugnado, pues consideramos que bien se podía llegar a idéntica conclusión prescindiendo de los mentados principios interpretativos, planteando correctamente el problema del estándar de convicción exigible para declarar inconstitucional una norma que permita la circulación de alimentos o la administración de medicamentos que puedan resultar mortales o gravemente nocivos el que, sin lugar a dudas, se satisface con la duda razonable acerca de la su nocividad, dado que no resulta moralmente admisible exigir la previa producción del resultado mortal, a efectos de realizar una prueba empírica de la peligrosidad de tales sustancias<sup>9</sup>.

### III. LA FALTA DE CONGRUENCIA DEL RAZONAMIENTO DEL TC CON SU DOCTRINA PRECEDENTE ACERCA DE LA PRESUNCIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD DE LOS ACTOS LEGISLATIVOS Y ADMINISTRATIVOS

Por último, y en otro orden de ideas, no puede dejar de advertirse que el razonamiento del TC en la sentencia comentada no se condice con su jurisprudencia previa acerca de la presunción de constitucionalidad de los actos que examina.

Este último principio, fundado según quienes lo afirman, en la consideración de que el Legislador también es intérprete de la Constitución, mereciendo respeto en el ejercicio de dicha labor pero sin que ello vincule al Tribunal Constitucional, en tanto interprete supremo de la Carta, determinaría la necesidad de abstenerse de anular las disposiciones de constitucionalidad simplemente sospechosas. En caso de duda, señalan, debe presumirse la constitucionalidad o, en otras palabras, el juez constitucional debe preferir su propia interpretación de la norma en examen, si con ella salva su constitucionalidad, por sobre las interpretaciones realizadas por otros órganos<sup>10</sup>.

En efecto, no se entiende cómo, si las leyes y decretos supremos son presumidos constitucionales por el TC, debiendo acreditarse fehacientemente su disconformidad con la Carta Fundamental por quien los impugna, en este caso el Tribunal presume exactamente lo contrario<sup>11</sup>.

La verdad es que, a nuestro juicio, esta contradicción pone en evidencia la insuficiencia de la tesis de la “presunción de constitucionalidad”, tanto para las leyes como para los decretos.

En primer lugar, se trata de una presunción que no obedece a la estructura clásica de las presunciones (un hecho conocido o indicio del cual se extrae un hecho desconocido o presumido), dado que no hay ningún hecho conocido del

---

de los dos o más derechos involucrados es el que debe restringirse menos (cuando la mayor extensión de uno de ellos conlleva la restricción de otros).

<sup>9</sup>A nuestro juicio los ministros Correa Sutil y Fernández Fredes tratan correctamente el punto en su voto disidente (Nº 41).

<sup>10</sup>Zapata Larraín, Patricio, *La jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Santiago, Corporación Tiempo 2000, 1994, 6 y ss.

<sup>11</sup>En nuestro trabajo “La Constitución y la Interpretación de la Ley”, aún inédito pero pronto a publicarse, nos referimos críticamente a este principio, así como al de la “interpretación conforme a la Constitución”.

cual se extraiga, por un proceso de inferencia lógica o mandato de la Constitución o las leyes, la conclusión de conformidad con la Ley Fundamental.

En segundo término, resulta claro en cuanto al principio de “presunción de constitucionalidad”, que si el Constituyente lo hubiera seguido de modo coherente, no habría contemplado mecanismos de control de constitucionalidad, como de hecho lo hizo.

Por último, en el presente fallo aparece la ineptitud de esta “presunción”, quizá demasiado simplista, para dar razón de situaciones complejas, como las que plantea la duda razonable acerca de la nocividad de normas relativas al derecho a la vida.

Todo indica que resulta mucho más congruente y preciso referirse, por una parte, a la carga de allegar al proceso los elementos que le permitan al TC formarse convicción acerca de los hechos que sirven de base a un requerimiento de inconstitucionalidad y, por otra, como una cosa diferente, al estándar probatorio exigible para formar convicción (certeza, duda razonable acerca del hecho, etc...).

Analizada la cuestión planteada desde el punto de vista indicado, desaparecen las dificultades y contradicciones que plantea la “presunción de constitucionalidad” en este caso.

En el tantas veces citado voto disidente de Correa y Fernández Fredes, se sigue precisamente el derrotero a que nos hemos referido (aunque no se plantea la crítica a la “presunción de constitucionalidad”), sosteniendo que la carga de acreditar los hechos correspondía a los requirentes y que el estándar probatorio exigible era el de la duda razonable acerca del carácter nocivo de la AE<sup>12</sup>.

En consecuencia, consideramos que cuando un concepto o principio es susceptible de reemplazo por otros más correctos y precisos, no cabe sino abandonarlo.

## CONCLUSIÓN

En definitiva y atendidas las reflexiones antedichas, debemos concluir que, si bien concordamos con el decisorio del fallo en comento, por estimar que existe una duda razonable respecto de efectos nocivos de la AE para la vida del *nasciturus*, que en nuestro concepto, sin lugar a dudas, es titular del derecho a la vida, no podemos dejar de observar que la fundamentación del fallo, a pesar de la seriedad de las reflexiones jurídicas que representa, incurre en ciertas impropiedades e inconsistencias que hemos pretendido poner en evidencia en este comentario, con el propósito de que sean corregidas por una jurisprudencia posterior.

PATRICIO MUÑOZ DÍAZ\*

---

<sup>12</sup>Nº 37 a 41 del voto disidente respectivo.

\*Abogado. D.E.A. por la Universidad Paul Cezanne (Aix-Marseille III), Francia. Profesor de derecho constitucional, Universidad Autónoma de Chile, Talca.

RECENSIONES  
Y  
RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS



Wolfgang Waldstein, *Lecciones sobre derecho natural. En el pensamiento filosófico y en el desarrollo jurídico desde la Antigüedad hasta hoy* (traducción de Patricio-Ignacio Carvajal). Academia de Derecho de la Universidad Santo Tomás. Santiago de Chile. 2007 (pp. 181).

Con la publicación de este volumen, recientemente aparecido, la Academia de Derecho de la Universidad Santo Tomás hace una substantiva contribución en el ámbito hispánico a la teología moral, la filosofía práctica y la ciencia jurídica (y también, materialmente por lo menos, a la ciencia política). Su autor es el ilustre profesor Wolfgang Waldstein, uno de los más relevantes cultores del iusnaturalismo clásico del mundo de hoy y autor de numerosos e internacionalmente reconocidos libros sobre derecho romano y filosofía del derecho. Profesor de Derecho Romano en Innsbruck en 1964 y catedrático de la misma asignatura en Salzburg desde 1965 hasta su emeritud en 1992; desde 1996 catedrático en la Pontificia Universidad Lateranense. Es también Miembro de la Pontificia Academia para la Vida.

El texto de la obra corresponde a las lecciones que el maestro austríaco impartió en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile los días 5, 6 y 7 de abril de 2006. Unos meses antes el profesor Waldstein había participado en las Primeras Jornadas Internacionales de Derecho Natural, celebradas justamente en la misma Universidad, con una conferencia sobre el tema “The capacity of the human mind to know natural law”. En estas *Lecciones ...* Waldstein pone su enjundia de historiador y filósofo del derecho y de romanista al servicio de la mostración y de la defensa de la validez de los principios ético-jurídicos universales denominados “derecho natural” por la tradición clásica. La obra se compone de nueve partes o capítulos, precedidos por una nota del traductor.

En la “Introducción” se afirma el claro reconocimiento del derecho natural que tuvo lugar en la antigüedad grecorromana, reconocimiento el cual abarca asimismo al derecho romano, “un derecho natural expuesto en sus consecuencias”, al decir de Zacarías (ver también p. 116). Este fenómeno cultural se extiende hasta las codificaciones decimonónicas, pero entra en crisis a partir de la entronización de la mentalidad positivista; ésta comporta, en la expresión de Voegelin, un retroceso intelectual del cual sólo se saldrá con la recuperación del saber “a través de la ontología” (*Nueva ciencia de la política*). Así, Waldstein descubre dos grandes piedras de toque doctrinales, cuyo análisis servirá decisivamente para echar luz sobre el eje de la cuestión planteada, a la vez que permitirá arribar a una respuesta teoréticamente satisfactoria respecto de la pretensión de verdad de ambas posiciones. Una de esas piedras de toque es el derecho romano, estudiado en sus fundamentos iusnaturalistas, tales como fueron elaborados por la gran tradición filosófica que va de Platón al estoicismo –principalmente Cicerón– pasando por el decisivo jalón del Estagirita. La otra está constituida por las diversas posiciones positivistas, que fundan la ruptura entre el ser y el deber en la (desde Moore) llamada “falacia naturalista”. Ahora bien, tal ruptura en el quicio mismo del orden práctico no afecta sólo al derecho, sino hasta la propia teología moral, cuyas teorías hoy “prevalentemente dominantes” postulan la autonomía relativista del

sujeto. Por lo dicho, el programa del libro de Waldstein se estructurará al hilo de la presentación y discusión de ambas corrientes doctrinales.

En la parte o capítulo II el autor estudia qué es la “falacia naturalista”. El planteo mismo, originado en Hume, dice que desde una premisa referida al ser no se podría deducir una conclusión referida al deber (i. e., de un “*is*” no se concluye un “*ought*”). Ahora bien, sostiene Waldstein, “lo que tal doctrina no ha demostrado, ni está en posición de demostrar, es el presupuesto, que ésta admite siempre tácita o también expresamente, según el cual no podría existir algún ser que esté dotado de valor normativo” (p. 15). Waldstein aduce en tal sentido la afirmación del propio Kelsen, para quien la existencia ideal es una propiedad de las normas (*Recht und Logik*); luego, existe un ser ideal dotado de valor normativo. Por otra parte, para el mismo Kelsen la existencia de un derecho natural podría ser admitida, mas a condición de que antes se admitiese el presupuesto de la existencia de una divinidad justa (*Die Grundlage der Naturrechtslehre*). Con lo cual el prejuicio antimetafísico aparece como la premisa de la negación del derecho natural (p. 16). Ahora bien, observa Waldstein, resulta inaceptable pretender decidir la existencia de un dato de la realidad a partir de la cuestión referida al presupuesto lógico para la existencia de esa realidad (p. 17). Por lo demás, agrega Waldstein, Kelsen comete otra suerte de falacia naturalista, cual es la de deducir la imposibilidad de la existencia de realidades ideales y espirituales a partir del exiguo concepto positivista de realidad. En definitiva se trata de un círculo, en el que el concepto empirista de naturaleza declara la inexistencia de Dios, y luego la inexistencia de Dios viene a probar la inexistencia del derecho natural. En los términos de Voegelin, que Waldstein cita, se trata de una palmaria manifestación de la caída de la ciencia occidental en un grado más “bajo de racionalidad” que aquel que había conocido con Aristóteles, Cicerón y el derecho romano (p. 21).

En el capítulo III, que lleva por título “Ser y deber ser como problema teórico del derecho (Kelsen)” Waldstein cita a Karl Larenz, quien afirmó que el punto de partida desde el que toma valor general la metodología kelseniana estriba en la diferenciación entre juicio de ser y juicios de deber ser (*Methodenlehre*). Y desde la naturaleza entendida como algo que es –agrega Ulrich Klug (“*Die Reine Rechtslehre von Hans Kelsen*”) en su intento de profundizar la empresa de Kelsen– no es posible la deducción de normas válidas para la praxis (pp. 23-25). Ahora bien, objeta nuestro autor, si los principios de Kelsen y Klug fueran verdaderos, entonces la entera jurisprudencia romana habría constituido un gigantesco y perdurable engaño. Por ello enseguida, y en continuidad con la faena crítica del capítulo anterior, Waldstein se aplica a mostrar los errores de fondo del positivismo jurídico.

Para Kelsen, la afirmación de que “tal cosa es” resulte fundamentalmente diferente de la afirmación “tal cosa debe ser” “no puede explicarse ulteriormente: es dada inmediatamente a nuestra conciencia” (*Reine Rechtslehre*). Si la certeza de tal proposición es evidente, comenta Waldstein, es que ella es alcanzada a través de la intuición, y no de una deducción. Ahora bien, que toda deducción parte de principios no derivados de otros constituye por parte de Kelsen un reconocimiento del *νοσ* aristotélico, esto es, del anclaje de los procesos racional-deductivos en la aprehensión inmediata de ciertas verdades primeras. El propio Kelsen lo había dicho ya en otra obra, perteneciente a los comienzos de su carrera científica: “el análisis del deber ser del derecho no puede ser probado de forma lógica. Debe ser concedido sin más que la raíz más profunda de esta concepción, aquí como

siempre, se basa sobre la visión intuitiva" (*Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissenschaft*). Tal posición contradice la doctrina de Klug, para quien la única forma racional de fundamentación es la deducción lógica, por lo que, decía también Klug, la intuición constituiría una analogía lírica con la noción teológica de revelación (pp. 26 y 36).

A partir del destacable posicionamiento de Kelsen sobre la aprehensión inmediata de ciertos principios, Waldstein señala algunos corolarios significativos, que comprometen seriamente tanto a la "Gran División" (como la llamó Gaetano Carcaterra) cuanto en general a los fundamentos ontognoseológicos que el positivismo tiene por incuestionables. En primer lugar, la descripción de una norma presupone la existencia y la validez de esa norma. Sólo de una norma válida se puede afirmar que ella establece un deber ser y, asimismo, sólo de una norma efectivamente vigente (y no perteneciente al pasado histórico) se puede afirmar que ella establece un deber ser. Ahora bien, la pregunta de si una norma existe—en el sentido de si está o no en vigencia—no es una pregunta del deber ser, sino que es una pregunta del ser: no se pregunta si una norma "debe estar" en vigor, sino si "está" en vigor. Si se rechaza tal consecuencia, prosigue Waldstein, entonces debería concluirse que las normas no tienen existencia alguna, y que, por lo tanto, la ciencia jurídica no posee objeto alguno. Pero, por el contrario, ya se ha visto (en el cap. II) que para Kelsen las normas existen. Luego, si existe un ser que es *normativo*, entonces el *deber ser* se sigue del *ser* (pp. 27-29).

Por su parte Klug, sostiene Waldstein, ha elevado "la lógica a medida de la realidad cognoscible" al afirmar que el único modo científico de conocimiento y fundamentación es la deducción lógica (extremando con ello el *pondus* racionalista del positivismo). Pero con la pretendida invalidez lógica de derivar un deber ser del ser no se prueba que no exista un ser dotado de normatividad. La existencia o inexistencia de ese ser sólo se confuta o confirma con un acto de conocimiento de la realidad del ser, y no con una afirmación de invalidez lógica. El punto de partida de Klug, sostiene así Waldstein, i. e., el de la inexistencia de un ser normativo, no es un conocimiento que pueda ser alcanzado a partir de la derivación deductiva de normas; tal punto de partida no ha sido, pues, probado—y es falso—(pp. 30-31 y 35). Klug apoya en parte su pretensión de presuponer la inexistencia de un ser intrínsecamente normativo en el argumento siguiente: se habla del ser del deber ser de una manera puramente metalingüística. Esto es, se hace uso de un lenguaje mediante el cual se mienta otro lenguaje: por ello parece hablarse del deber ser como si realmente existiera. Ahora bien, responde Waldstein, de allí se seguiría que no sólo las normas, sino asimismo los derechos, por ser "*res incorporales*", no existirían, ni derecho alguno habría jamás existido; con lo cual se recae en el error ya señalado por Aristóteles, i. e., el de reducir el ser a lo meramente sensible (*Met.*, 1009 b) p. (pp. 32-33). Se trata del "concepto de realidad demasiado limitado del positivismo", al decir de Karl Larenz (p. 106). He allí lo que Waldstein llama la "idea psicológica" de Klug, que nosotros entenderíamos como el estadio final del racionalismo, en tanto entraña la actualización de su núcleo más íntimo: el enclaustramiento de la conciencia en las propias representaciones conceptuales y lingüísticas. En cualquier caso, Waldstein retoma su primera objeción—aquella referida a la existencia de las normas—. Para Klug la separación entre ser y deber ser no es distinta a la que se da entre triángulos y cuadriláteros. A lo que Waldstein

replica que sería como afirmar que desde (la esencia de) los triángulos se pueden deducir propiedades de los triángulos; *pero que, asimismo, desde la esencia de los triángulos se podría concluir la inexistencia de los cuadriláteros* (p. 35).

En la última parte del capítulo el autor se consagra de probar en qué medida el derecho romano no ignoró la condición del nonato como ser independiente de la madre y sujeto de derechos (pp. 44-53).

En el capítulo IV el autor se ocupa de las “Premisas teóricas del conocimiento en la Antigüedad”. Se trata de un texto remarcable, por el vigor y la lucidez con que se reivindican los principios de Aristóteles como base esencial del realismo gnoseológico y axiológico que estructura la tradición greco-romano-católica del derecho natural. Señalamos, en particular: la racionalidad objetiva del orden práctico (con la consiguiente aceptación de una verdad práctica) (p. 58); la aprehensión cognoscitiva inmediata como principio y término del discurso y la demostración (pp. 58 y 62-63) y la *frónesis* como hábito moral y racional ordenado a la verdad del obrar (p. 59). Enseguida se revisa la doctrina intelectualista, objetivista y teísta del gran Cicerón (pp. 63-70); y la de los juristas romanos, cuyos escritos prueban empíricamente las afirmaciones filosóficas de Aristóteles (pp. 70-77). En el capítulo V, que se intitula “El Derecho Natural en Aristóteles, Cicerón y en Derecho Romano”, el profesor Waldstein continúa mostrando el papel axial de la doctrina de Aristóteles, así como su continuidad en la cultura filosófica y jurídica romana (ver el juicio de pp. 95-96); pero ahora nuestro autor centra su atención en el específico campo del derecho natural. En lo concerniente al Estagirita se puntualizan algunas de sus tesis fundamentales: la realidad del derecho como un todo, compuesto por una parte natural y otra positiva (pp. 79-81); la mutabilidad del derecho natural explicable a partir de la existencia de preceptos primarios y secundarios (pp. 81-82). Finalmente se pone de relieve el reconocimiento por el Estagirita del *per se malum* (pp. 82-83), el cual es hoy rechazado por conspicuos teólogos católicos como Josef Fuchs (no “un ateo declarado como Hans Kelsen, estampa nuestro maestro austríaco, sino un profesor que ha enseñado por muchos años en la Pontificia Universidad Gregoriana en Roma, con la ‘*missio canonica*’ de la Iglesia”), con cuya doctrina moral se justifica el aborto, entre otros gravísimos desórdenes objetivos (pp. 83-86).

Por mor de brevedad, y malgrado su rico contenido, haremos una rápida reseña de los restantes capítulos. En el capítulo VI, “La importancia del Derecho Romano para el conocimiento del Derecho Natural”, el profesor Waldstein pone su ingente sabiduría de romanista al servicio de la mostración de la realidad del derecho romano como derecho natural concretado en praxis (pp. 105, 106, 109, 110, 112-116). En el capítulo VII, “El Derecho Natural en el desarrollo del derecho moderno”, se repasan los principales jalones en que se verifica la influencia de la doctrina del derecho natural sobre la configuración del derecho moderno. Merece destacarse el juicio del autor sobre la *forma mentis* de la modernidad racionalista: “la razón autónoma que, partiendo desde las nociones clásicas e inicialmente viendo de forma muy clara el valor del derecho natural, trágicamente termina, sobre todo a través del influjo de la ‘Reforma’ protestante, por negar del todo la capacidad humana de conocer, y por eso lleva al absolutismo del legislador positivista” (pp. 125-126); el reporte crítico de la curiosa defensa de la politicidad por Thomasius (i. e., la necesidad de dirección que tiene la mayoría tonta) (pp. 127-128); la hipertrofia del derecho natural en Wolff, por la cual derecho natural y derecho

positivo terminan prácticamente identificando sus prescripciones (p. 129) y, por último, el mérito notable del Código Civil austríaco (ABGB), en razón de su espíritu realista (su “carácter incompleto”, al decir de Wieacker) frente al racionalismo dominante (pp. 133-134; cabe mencionar que Waldstein ha publicado recientemente un trabajo sobre esta temática específica: “*Naturrechtliche Grundlagen des österreichischen ABGB von 1811*”, aparecido en *L’Europa e la codificazione*, ed. por D. Castellano, Nápoles, 2005). El capítulo VIII (“El alejamiento del positivismo en la filosofía del derecho”) estudia aspectos fundamentales de la obra de algunos de los autores que en los ss. XIX y XX se han opuesto al positivismo: Rosmini, Reinach, G. Husserl, von Hildebrand, Messner, D’Agostino y Voegelin; así como destaca el valor que debe serle reconocido al espíritu del *ius commune* en la jurisdicción europea actual. Y con consideraciones en ésta última línea cierra el autor su capítulo IX, “Recapitulación y conclusiones”.

A propósito de los capítulos II y III, dedicados a temas de tan grande relevancia teórica para la entera filosofía práctica (ético-jurídico-económico-política), nos atrevemos a hacer dos comentarios. El maestro austríaco emprende el interesantísimo (y menos transitado) camino de refutar la “Gran División” a partir de los presupuestos y afirmaciones de sus propios sostenedores. Si se intentara plantear una respuesta a la cuestión desde el realismo aristotélico y tomista, cabría seguramente hacer dos niveles de consideraciones. En el plano de la demostración “*quia*” (correspondiente a los principios de la ley natural) debería decirse que el *deber ser* se deriva no del ser, sino de preceptos inmediatamente aprehendidos e *intrínsecamente normativos* (i. e., aquéllos de la ley natural). En el plano de la demostración “*propter quid*” (correspondiente al fin del hombre y a la subalternación de la ética a la antropología) debería afirmarse que la persona, en tanto ente compuesto, posee una estructura acto-potencial que se ordena a una finalidad intrínseca, en la que estriba su bien y su perfección. Ocurre que en la metafísica de raigambre nominalista en que abrevan Hume y sus epígonos el ser se reduce a la nuda efectividad de los “hechos” sensibles, los cuales, de suyo, son extraños al ámbito de los “valores”. La clave de la cuestión de fondo se halla en la ontología, según reitera el profesor Waldstein con Voegelin.

En segundo lugar, creemos que la cuestión de la existencia de la norma, en sede iusnaturalista clásica, amerita tal vez una escueta mención de la respectiva doctrina de Sto. Tomás. Para el Aquinate la norma, en tanto es una *proposición* normativa emanada de la razón práctica, existe como un *opus rationis*. En sí misma considerada, la norma, como contenido preceptivo del acto de imperio, no es una substancia o un accidente reales sino un ente de razón, una verdad práctico-normativa que se participa como precepto obligatorio en el espíritu de sus destinatarios. Ahora bien, si esencialmente la norma se halla sólo en la razón de quien gobierna, por una suerte de participación (racional) ella también existe en todos los que regulan su obrar de acuerdo con la causación de esa norma (S. Th., I- IIae. 90, 1 ad 1um. y ad 2um.). A partir de allí se verifica una relación (categorial) que es en parte de razón y en parte real. Es de razón mirada desde la norma, ya que ésta no se constituye ni modifica ni denomina como tal norma por el hecho de informar una conducta. Pero la relación es real si se la considera desde la conducta normada, ya que ésta sí se constituye, modifica y denomina a partir de su adecuación al modelo o ejemplar que la regula. La relación de mando y obediencia es una especie del género de las relaciones mixtas (“*non ex*

*aequo*”), en las cuales la relación entre sujeto y término es real sólo en uno de los sentidos, pero de razón en el otro. Tal es el caso de la relación entre el objeto y la sensación, o entre la realidad objetiva y la proposición que expresa un juicio veritativo (*De Potentia*, 7, 10, *sed contra* 2; y 7, 11, c.). La verdad del juicio depende de su adecuación a la realidad, y no a la inversa. De idéntica manera, la rectitud (el carácter de normado) del acto se dice en relación a la norma; ésta constituye (determina), modifica y denomina al acto como tal especie de acto. Pero no se verifica la relación contraria: la norma, considerada en sí misma, no se constituye porque un acto se conmensure a ella. Se trata de una subespecie de las relaciones llamadas por el Aquinate “*secundum mensurationem esse et veritatis*” (*In Metaphysicorum*, V, 17, nº 3).

La obra que tenemos el agrado de recensionar aquí cumple con dos condiciones teoréticas que la hacen significativamente valiosa; por un lado, se ocupa de cuestiones de máxima relevancia; por otro, lo hace con erudición, rigor y lucidez. Es de esperar, pues, que estas *Lecciones* ... gocen de la difusión académica que merecen, tanto entre los especialistas cuanto entre quienes se inician en la vida científica.

SERGIO RAÚL CASTAÑO

José Antonio Díez Fernández, *Los Comités Nacionales de Bioética. Legislación internacional y regulación en la nueva ley sobre investigación biomédica*. Editorial Comares. Granada. 2007 (376 pp.)

El libro realiza un análisis descriptivo y de derecho comparado de los Comités o Comisiones Nacionales de Bioética, organismos consultivos de reflexión y debate, de composición interdisciplinar, que asesoran a gobiernos y Parlamentos en cuestiones bioéticas. Toma como referencia aquellos que constituyen un referente para los que se han ido constituyendo en muchos países y en el seno de organizaciones internacionales. Los Comités Nacionales son un fenómeno reciente: los primeros se crean en la primera mitad de la década de los 80, para dar una respuesta ética y jurídica a los desafíos que suscitaron los nuevos avances en el campo de la biomedicina y para los que no existía una respuesta en la legislación. Actualmente están implantados en la mayoría de los países occidentales, y han realizado una aportación –en algunos casos, decisiva– al alumbramiento de las nuevas leyes sobre biomedicina.

En el origen de estas instituciones se entrecruzan factores tanto de índole histórico, como de orden político: de un lado, la inquietud que despertó en la sociedad el conocimiento de los abusos que se venían cometiendo en la experimentación con seres humanos a partir de la II Guerra Mundial; de otro, la insuficiencia de las respuestas políticas ante cuestiones en que confluye la complejidad científica, con la repercusión que los nuevos descubrimientos tienen en la vida de tantos ciudadanos corrientes: problemas complejos pero con un hondo calado moral pues afectan, en definitiva, a lo más profundo del ser humano, al proporcionar respuestas –más o menos compartidas– sobre la vida, la enfermedad, la muerte.

A lo largo de este estudio, se pasa revista a sus rasgos jurídicos fundamentales, sus funciones, las cuestiones sobre las que se han definido con más frecuencia, actividades, etc., con especial incidencia en la influencia que han ejercido en la legislación occidental, relativa a la investigación y práctica biomédica. Uno de los rasgos más singulares de estas instituciones es su indefinición jurídica: sujetos con una personalidad jurídica ambigua o carentes, sin más, de esa personalidad (dependientes de la autoridad tutelar), rasgo común, por otro lado, de los organismos de carácter consultivo. Aunque se trata de una amalgama de instituciones de compleja sistematización; se pueden agrupar conforme a algunos criterios: a) Perfil ético-jurídico: los que tienen vocación de aconsejar al legislador en la elaboración de textos legales. b) Ético-deontológico: cuando su actividad primordial es la de dictar pautas jurídicas y éticas de la experimentación con seres humanos o fármacos de uso humano. c) Organismos integrados en el seno de la Administración Pública y dependientes orgánica y funcionalmente de la misma. d) Criterios de temporalidad: permanentes o establecidos para asesorar sobre una materia determinada y por un plazo definido: Comités "ad hoc". e) Por criterios sociológicos y políticos: decorativos (solución estética ante las críticas de inacción), "kamikazes" (se inmolan para salvar propuestas arriesgadas de sus creadores), plataforma (reivindicativos), comités-comités.

Las funciones que les atribuyen sus estatutos son muy variadas, pero hay algunas que desempeñan siempre: consultiva, ejercida mediante la emisión de informes y recomendaciones sobre cuestiones que abordan por propia iniciativa o a instancias de terceros. Reflexión y mediación: debate plural e interdisciplinar y emisión de juicios éticos sobre situaciones particulares, prácticas biomédicas, problemas sociosanitarios. Formativa e informativa: del organismo tutelar, del gobierno o parlamento, de las instancias afectadas, del público en general. Hay otra función que es una consecuencia de las anteriores, aunque no aparezca sino raras veces en su estatuto, cual es la de Armonizadora de las leyes relativas a la biomedicina, asumida fundamentalmente por los comités dependientes de organismos europeos o de la ONU.

El estudio llega a algunas conclusiones sobre el carácter, la eficacia y la influencia que han tenido en las políticas sobre temas biomédicos: a) Su existencia pone de manifiesto la actualidad y carácter social de la ética (aplicada a la biomedicina), que deja de ser un hecho meramente privado, recluso en los círculos profesionales y especializados, para adquirir relevancia pública. b) En pocos casos (entre ellos, el del Comité de Bioética español) han sido constituidos al amparo de una ley; la mayoría se han erigido por normas de rango inferior (decretos presidenciales, órdenes, disposiciones reglamentarias). En unos pocos casos, se trata de Instituciones de carácter no público (Colegios profesionales). c) Sobre su dependencia o independencia del poder político, se podrían apuntar algunos criterios orientadores: sistema de elección de los miembros; si se pronuncian por propia iniciativa o a instancia de la autoridad tutelar; la experiencia y competencia profesional de sus miembros; dependencia o independencia presupuestaria y logística; duración de los mandatos, sistema de renovación de cargos, etc.

No obstante, el dato más clarificador lo proporciona la atención a su trayectoria: un juicio de valor sobre ese punto sólo podría hacerse "a posteriori", a tenor de la naturaleza y la solidez de sus informes y recomendaciones, de su talante

para afrontar con independencia de criterio las tareas que emprenda, del prestigio o la autoridad pública de sus trabajos, al margen de la ideología del gobierno en cuestión, del clima ético del país, etc.” Alerta también este trabajo sobre la presencia, a veces monopolizadora, de “expertos” en las comisiones de ética. La profesión de “experto en ética” tiene únicamente carta de naturaleza en la bioética anglosajona. Entre el resto de la doctrina, hay serias reservas a reconocer como profesión la de “experto” en materias como la ética. En este sentido, el autor se alinea con posturas críticas como la del sociólogo alemán H. M. Enzensberger, quien además de rechazar la consideración del término “experto” como sinónimo de neutralidad e independencia, defiende claramente que las decisiones en el ámbito de la bioética, en tanto que decisiones políticas que afectan a todos los ciudadanos, deben dejarse en manos de los Parlamentos.

Respecto a la influencia en las leyes nacionales sobre cuestiones de biomedicina, se subraya que sólo en pocos casos, el carácter de instancia prelegislativa atribuido a muchos de los CN, lo determina la ley creadora o el propio estatuto por el que se rige el Comité; en la mayoría de los países, se trata de una nota que se manifiesta a posteriori, al comprobar el impacto que las opiniones del CN han tenido en el debate público, en las discusiones parlamentarias, etc., previas a la promulgación de las leyes; lógicamente, resulta mucho más difícil precisar cuál sea el influjo real que un Comité ha ejercido en este segundo supuesto que en el primero. En cualquier caso, en el momento actual, en que ya cuentan con leyes sobre biomedicina la mayoría de los países occidentales se puede afirmar que hay una serie de estados (se trata más detenidamente los casos de Francia, Gran Bretaña, EE.UU., Italia y Alemania) donde la aportación de los Comités ha sido decisiva: estos casos son los que trata con más detenimiento el libro, hasta el punto de entresacar las similitudes y diferencias que hay entre las propuestas de los Comités y lo que, finalmente, han regulado las leyes nacionales.

Un tratamiento particular merecen los Comités internacionales establecidos en el seno de organismos internacionales: el Consejo de Europa, la Unión Europea, la UNESCO, la Asociación Médica Mundial y la CIOMS. Entre ellos, merecen una mención especial los Comités de Ética creados por el Consejo de Europa y el Comité Internacional de Bioética de la UNESCO: ambos organismos han impulsado durante más de 20 años la elaboración y firma de Convenios que ofrecieran a la comunidad internacional un pequeño pero valioso conjunto de principios que pudieran inspirar las legislaciones internas. Aunque en el contexto de la UE se está aún lejos de alcanzar leyes unitarias, queda como testigo de ese esfuerzo el Convenio Europeo sobre Derechos Humanos y Biomedicina suscrito a fecha de hoy por 34 países y ratificado por 24.

Analiza José A. Díez igualmente, aunque de forma sucinta, los distintos modelos éticos de que se nutren (utilitarismo, ética procedimental, ética de principios, ética civil, etc.), y concluye con una apuesta decidida por una ética de corte personalista, por entender que es la respuesta más acorde con los imperativos de la dignidad humana y con la responsabilidad que, en estas materias, debemos a las generaciones venideras.

Este estudio cobra un mayor interés desde la promulgación de la ley española sobre biomedicina. En las últimas páginas se analizan los rasgos y funciones que la nueva ley asigna al recién creado Comité de Bioética de España y se sugieren

algunas propuestas para incorporar a los sucesivos desarrollos reglamentarios. Los principios inspiradores recogidos en la Exposición de Motivos son similares a los previstos en otras leyes nacionales y en Convenios y Declaraciones internacionales sobre biomedicina. Sin embargo, se echa de menos una alusión a otros derechos constitucionales vinculados a las materias reguladas, y que pueden tener importancia a la hora de la interpretación que hagan los Tribunales; así se omiten, entre otros, el de libertad de investigación científica; el derecho a la vida, el de libertad de conciencia y libertad religiosa, el de objeción de conciencia, y el del deber de los poderes públicos de velar por el medio ambiente y el mejoramiento de la calidad de vida, y el derecho a la protección de la salud. La ley le asigna un mandato bastante genérico, pero referido específicamente a las implicaciones éticas y sociales de la Medicina y de las Ciencias de la Salud, aunque probablemente nada impediría que el Gobierno le consultara sobre futuras iniciativas legislativas. Atención particular merece la competencia que atribuye al Comité Nacional para establecer “principios generales para la elaboración de códigos de buenas prácticas de investigación científica, que desarrollarán los Comités éticos de investigación”. No es inusual que esta función la desempeñe un Comité, aunque resulta sintomático que aquellos Comités Nacionales de fuerte perfil ético no intervengan en la elaboración de Códigos de buena práctica. El Comité español es un órgano de indudable carácter consultivo: así lo muestra a las claras el elenco de funciones que le asigna la ley. En consecuencia, el prestigio, la autoridad moral y su propia subsistencia, deberán ser atribuibles, exclusivamente, a la calidad y rigor de su quehacer. En este sentido, el autor se inclina por que en su funcionamiento se asemeje a los denominados Comités *proclamateurs*: con capacidad de emitir informes y recomendaciones por propia iniciativa; sesiones abiertas, aunque sin cerrarse a la posibilidad de celebrar –si el tema lo requiere y por decisión mayoritaria– deliberaciones a puerta cerrada. Quedaría adscrito al Ministerio de Sanidad, dependencia bastante común en estos organismos, aunque la experiencia y trayectoria de los Comités con más raigambre hubiera hecho aconsejable que dependiera directamente del Presidente del Gobierno, de modo que estuviera mejor garantizada su estabilidad e independencia.

Por otro lado, se percibe una escasa atención a la multidisciplinariedad y al pluralismo de sensibilidades, que podría corregirse con una mayor representación social: si ha de ser un foro de debate entre el mundo científico y la sociedad, convendría que estuvieran representadas profesiones ajenas al mundo científico, como asociaciones de consumidores, periodistas, etc. No hay representación de instancias profesionales, de las distintas sensibilidades éticas o religiosas. En coherencia con esta propuesta, se sugiere revisar al alza el número de miembros del Comité (doce en la actualidad), con el fin de que fuera más representativo. Merece una valoración positiva que se opte por que sean los miembros del Comité quienes elijan al Presidente. En este punto se sigue el criterio del Comisión de Ética alemana (NER), pues en Francia, Italia y EE.UU. lo designa el Jefe del Ejecutivo.

Se echa de menos en el texto la previsión de algún mecanismo para evitar los conflictos de intereses y garantizar la independencia de criterio de los miembros, similar, por ejemplo, al previsto por el apartado 7 del artículo 20 de la ley 16/2006 sobre reproducción asistida, respecto a la Comisión Nacional de Re-

producción Humana Asistida, al indicar que “los miembros (...) deberán efectuar una declaración de actividades e intereses y se abstendrán de tomar parte en las deliberaciones, por ejemplo, y en las votaciones en que tengan un interés directo o indirecto en el asunto examinado”.

El sistema de deliberación se desarrollará reglamentariamente: en este punto se considera muy pertinente la previsión de que las decisiones se tomen por consenso, no por mayoría y siempre publicando los votos discrepantes.

Es muy limitado el elenco de instancias que parece que estarían legitimadas para consultar al CNBE: “poderes públicos de ámbito estatal y autonómico” y, cabe suponer, los Comités éticos de investigación. Reforzaría el carácter de organismo mediador entre los científicos y colectivos profesionales y el público en general que pudieran consultarle tanto el Gobierno, como el Parlamento, el Consejo General del Poder Judicial, las sociedades científicas, Colegios profesionales y cualquier institución pública o privada con un interés reconocido en las repercusiones éticas de las ciencias de la vida. Conviene advertir, además, del riesgo de colisión y solapamiento entre los diversos Comités asesores con capacidad para emitir informes y recomendaciones sobre aspectos éticos de la biomedicina. Aunque teóricamente unos Comités tengan competencia en el ámbito de las técnicas de reproducción asistida y otros en el de la investigación y experimentación con células embrionarias y similares, es difícil sustraerse a la evidencia de que la investigación en este campo está íntimamente relacionada y se ha desarrollado de la mano de las técnicas de reproducción humana asistida.

De cualquier forma –y esta valoración sirve para todos los Comités Nacionales– el bagaje que presentan estas instituciones en sus más de 20 años es bastante desigual: unos han tenido una existencia efímera; otros languidecen después de una primera época en que realizaron una labor de entidad; otros, han visto reducido su margen de actividad a las estrechas pautas que les marca la autoridad política de que dependen; otros, en fin, se han consolidado como foros respetables y solventes, y son autoridad de referencia para los sectores de la sociedad interesados en el ámbito de la bioética. No se puede olvidar, con todo, que los CN no son organismos de laboratorio, integrados por personas que viven en una especie de burbuja: los temas en que vuelcan su interés no son, en modo alguno, neutros, asépticos, sino cargados de emotividad, proclives al debate apasionado, condicionado por tensiones e intereses. En suma, no son ni más ni menos, que problemas éticos, es decir, estrechamente vinculados al ser y al obrar humano y que plantean inexorablemente la pregunta sobre lo que es bueno y lo que es malo.

GUILLERMO HIERREZUELO CONDE\*  
REYES MARTÍN SÁNCHEZ\*\*

---

\* Doctor en Derecho por la Universidad de Málaga.

\*\*Ha sido profesora de Derecho Civil y de Historia del Derecho de las Universidades de Málaga y Cádiz.

Patricia Zambrana Moral, *Historia jurídica: valoraciones crítico-metodológicas, consideraciones doctrinales alternativas y espacio europeo*. (Cátedra de Historia del Derecho y de las Instituciones de la Universidad de Málaga). Zaragoza-Barcelona. 2006 (284 pp.).

Patricia Zambrana es profesora titular de Historia del Derecho y de las Instituciones de la Universidad de Málaga. Nos presenta, en esta ocasión, un novedoso trabajo que, ante todo, se encuentra de actualidad, por cuanto incide en el proceso de convergencia europea en el que se encuentra inmerso nuestro sistema universitario. El libro se divide en cuatro capítulos. Los dos primeros son clásicos en investigaciones de este tipo, centrándose el primero en la metodología investigadora en la Historia del Derecho incidiendo en el método histórico-crítico. El segundo se ocupa de los perfiles doctrinales en torno a la naturaleza y del concepto de la Historia del Derecho y plantea una nueva dimensión "cuatrifronte" de la disciplina como ciencia jurídica, histórica, social y política, reflexionando sobre los principales elementos que configurarían un concepto de la Historia del Derecho. Es de agradecer la capacidad de síntesis de la autora a la hora de resumir las principales posiciones doctrinales, así como el sondeo que efectúa de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y Constitucional para demostrar cómo nuestros Tribunales recurren al derecho histórico para apoyar sus argumentaciones.

En el tercer capítulo la autora entra de lleno en la situación de la Historia del Derecho y de las Instituciones en las actuales licenciaturas jurídicas y en sus perspectivas ante el Espacio Europeo de Educación Superior, sin obviar en ningún momento el punto de vista histórico, tanto de la gestación del Espacio Europeo como de la legislación universitaria española. P. Zambrana aprovecha su experiencia docente para dibujar el perfil del alumno de su asignatura, presentando las técnicas docentes y de evaluación que considera compatibles tanto con la particular naturaleza de la Historia del Derecho como con las directrices emanadas del Espacio Europeo. Propone una planificación de la enseñanza desde un enfoque pedagógico-constructivista, basándose en lo que considera sus tres pilares: la teoría genético-cognitiva de Jean William Fritz Piaget, la teoría del aprendizaje social de Lev Semionovich Vygotsky, y, fundamentalmente, la teoría del aprendizaje significativo de David Paul Ausubel.

Completa la autora su trabajo con un cuarto y último capítulo donde ofrece una visión de las enseñanzas histórico-jurídicas en otros sistemas universitarios distintos al nuestro: en las principales Facultades de Derecho de los Estados Unidos de América (curso 2005-2006), en las más importantes universidades brasileñas en el año 2006 y, de nuevo en Europa examina los Decretos italianos de 4 de agosto de 2000, de 28 de noviembre de 2000 y de 22 de octubre de 2004, relacionados con las titulaciones universitarias.

GUILLERMO HIERREZUELO CONDE

*Homenaje al profesor Jorge Iván Hübner Gallo (1923-2006)*. Universidad del Desarrollo. Santiago de Chile. 2007 (315 pp.)

La redacción agradece al profesor Jaime Williams Benavente el envío a *Ius Publicum* del libro de homenaje al egregio catedrático Jorge Iván Hübner, elaborado y publicado por la Universidad del Desarrollo a iniciativa del Decano de la Facultad de Derecho, profesor Pablo Rodríguez Grez. En esta obra, sus ex alumnos, discípulos y amigos escriben artículos inéditos de gran interés y profundidad, alusivos a las enseñanzas recibidas del Maestro. Algunos profesores y estrechos colaboradores de don Jorge Iván le piden en forma póstuma y por adelantado disculpas por no pensar igual a él y no compartir algunos aspectos de su pensamiento, tan tradicionalista, conservador y con esa fe tan profunda que tenía y que inundó su obra como existencia. Se desprende de los artículos que el homenajeado los hubiera dispensado, porque en su alma noble no cabía el sectarismo, la incompreensión y el rencor; por el contrario, practicaba la tolerancia, que es la esencia de la Universidad, pero al mismo tiempo defendía con mucha pasión y argumentos los principios en los que creía. De ello dan cuenta los columnistas.

Los profesores partícipes de este sentido recuerdo son: Jaime Williams B. "Biografía de la familia Hübner Gallo"; Joaquín García Huidobro C. "Ecos de Antígona en el siglo XX: J. Patocka"; Fernando Quintana B. "Alteridad y reciprocidad en el diálogo Critón de Platón"; José Joaquín Ugarte "La ley. Glosas en la definición de Santo Tomás"; Hernán Corral T. "Tomás Moro, un abogado para todas las horas"; Pablo Rodríguez Grez "Un poco más allá de Kelsen"; Agustín Squella N. "Podemos decir algo acerca de la Justicia"; Antonio Dougnac R. "La Filantropía en el Derecho Penal Hispano-Indiano"; Gonzalo Ibáñez S. "Matrimonio, familia y natalidad en Chile"; Fernando Moreno "Cristianismo y Política"; Máximo Pacheco G. "La Corte Interamericana en Derechos Humanos"; Antonio Bascuñán V. "Sobre la formación del abogado en Chile en el siglo XXI"; Vivian Bullemore y J. Mackinnon "La extradición y el principio de especialidad", y Patricio Figueroa V. "La seguridad jurídica y los planes reguladores".

Destacamos una frase jurídica del homenajeado recordada en esta oportunidad por el profesor Hernán Corral Talciani: "No existe, tal vez, fuera del sacerdocio, apostolado más noble que el del hombre de Derecho. Su misión fundamental es la de contribuir denodadamente, en todos los campos de su actividad, al imperio de la Justicia y el Bien".

Creemos que el objetivo se logró plenamente por parte de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo, publicando un muy digno homenaje a tan egregio maestro.

MARCELO ELISSALDE MARTEL

C.E. Delpiazzo (coordinador), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Mariano R. Brito*. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo. 2008 (1181 pp.).

Un voluminoso homenaje al maestro uruguayo luego de 40 años de ejercicio docente en la cátedra de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, de Montevideo<sup>1</sup>.

Conocí personalmente al profesor Brito en Bogotá, en 1980, con ocasión de un Congreso Internacional de la disciplina, organizado por la Universidad del Rosario de esa capital, una de las más antiguas ya en el virreinato de Nueva Granada, en la época indiana. De inmediato trabajamos una amistad que aún perdura, dada la visión común del Derecho que compartimos, basado en la primacía de la persona humana, que es el principio, fundamento y fin de toda sociedad, de todo Estado y de todo Derecho que se precie de tal, esto es fundado en lo justo, lo debido a otro, la misma cosa justa (*ipsa res iusta*).

Actual Rector de la Universidad de Montevideo (institución privada), en su larga actividad académica ha formado a numerosos discípulos que dan testimonio de su valía como jurista, como docente y como hombre de bien, “hombre justo”, al modo bíblico, en donde quiera ha actuado, ya que también ha debido asumir cargos gubernativos en la república hermana.

La obra –monumental en su extensión– está dividida en 5 partes siguiendo en buena medida los distintos campos sobre los cuales ha recaído la actividad del homenajeado, a saber *Persona humana y familia*, destacamos entre otras, las colaboraciones de R. Barra (La “banalidad” del aborto, crítica a un fallo de la Corte Suprema norteamericana), de S.R. Castaño (La politicidad natural como principio del orden internacional en los fundadores del derecho internacional público. Suárez y la segunda escolástica española), de L. Parejo (El derecho fundamental a la intimidad y sus restricciones en la Constitución española) y de F. Rotondo (Derechos fundamentales, derecho privado y Estado). Luego, *Estado y sociedad*, con trabajos de J.A. Cagnoni (La igualdad y su alcance desde la Constitución/uruguaya), de E. Silva Cimma (una visión de la Administración Pública del siglo XX y los principios orientadores del Estado para el siglo XXI) y de E. Soto Kloss (La servicialidad del Estado). En *Fundamentos del derecho administrativo*, de interés nos parecen P.J. Coviello (El principio de razonabilidad en el derecho público argentino), C.E. Guariglia (Razonabilidad y legitimidad en el derecho administrativo), D.H. Martins (Fundamentos del derecho administrativo), Libardo Rodríguez (La justificación de las jurisdicciones administrativas especializadas) y J. Vidal Perdomo (El régimen jurídico de la Administración Pública colombiana). En *Actividad administrativa* destacamos de J.C. Cassagne (El régimen sancionatorio en la actividad financiera), A. Durán Martínez (La Administración ante el reglamento ilegal), J.L. Meilán Gil (El poder normativo: a propósito de ley y reglamento en el

---

<sup>1</sup>Valga señalar que él es Profesor Extraordinario de la Universidad Santo Tomás y miembro del Consejo Científico de *Ius Publicum* desde su volumen 1/1998.

derecho español), A.A. Gordillo (El tiempo en la decisión jurídica). Por último, en *Razonabilidad y control*, de A. Abreu Dallari (Control de la desviación de poder), J.J. Altamira Gigena (Control de la Administración Pública y responsabilidad), P. Caiella (La responsabilidad del concesionario de servicio público privatizado), J.P. Cajarville (Incumplimiento de sentencias y responsabilidad estatal), C.E. Delpiazzo (Responsabilidad del Estado y tutela jurisdiccional efectiva), G. Ruoco (Responsabilidad del Estado por acto legislativo lícito) y L. Valle Figueiredo (El debido proceso legal y la responsabilidad del Estado por daño derivado de la planificación).

Un verdadero "tratado" multifacético que reúne trabajos de cultores ya afa-  
mados en la disciplina en Iberoamérica, junto a autores jóvenes que serán los  
maestros posteriores, reunidos todos por el afecto personal y la estima intelectual  
al profesor don Mariano R. Brito, hombre de Derecho y hombre de Dios.

---

Francisco Elías de Tejada, *Derecho político*. Marcial Pons. Madrid. 2008  
(143 pp.).

De este célebre maestro español, catedrático de derecho natural y filosofía del  
derecho, en Salamanca, Sevilla y Complutense de Madrid, fallecido hace 30  
años, publica la Colección Prudentia Iuris<sup>2</sup>, este opúsculo que no es sino la voz  
respectiva que en 1950 publicara la Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, hoy difícil  
de encontrar por haber quedado descontinuada.

El saber polifacético de este maestro, que comprendía no sólo la especialidad  
de su cátedra sino la historia, la filosofía política, media docena de idiomas, el  
pensamiento político, la historia del derecho, etc., aquí en esta voz de enciclo-  
pédia jurídica aborda con singular pericia el concepto de derecho político, sus  
elementos (lo jurídico, lo político y las formas políticas), la formación histórica  
de esta rama como disciplina aparte, en el mundo oriental (apéndice de la religión),  
en el mundo grecorromano (de la "tecné" al "ius publicum"), su independización  
en occidente (desde la escolástica al iusnaturalismo protestante), una disciplina  
autónoma (desde Klüber a Jellinek y los anglosajones); luego analiza el autor la  
crisis del derecho político positivista, y formula orientaciones para superarla, para,  
finalmente, mostrar el derecho político en España en un recuento histórico, desde  
Martínez Marina, la creación de una cátedra en 1814, las lecciones de Ramón  
Salas, Alcalá Galiano, Francisco Pacheco y el famoso Donoso Cortés, siguiendo con  
Colmeiro, Santamaría de Pareda, Gil y Robles, Gines de los Ríos, y adentrándose  
en pleno siglo XX, en el cual también nuestro autor terció con su *Introducción  
al estudio de la ontología jurídica* (Suárez. Madrid. 1942) tratando de engarzar  
la disciplina en los clásicos españoles y en una perspectiva humanista católica,  
tratando de superar así la impronta protestante secularizadora.

---

<sup>2</sup>Aquí tuvimos la oportunidad de conocerlo y escucharlo a raíz de su venida a Chile  
con ocasión de unas Jornadas de Derecho Natural, organizadas por la Pontificia Universidad  
Católica hacia 1974/1975.

Nos parece que esta “voz” arroja una luz esclarecedora sobre la disciplina y da una visión histórica-filosófica de gran utilidad para los alumnos que se introducen en la materia, enfocándola en una perspectiva que supera esos enfoques positivistas muy frecuentes en nuestro ambientes universitarios, sustrayendo la materia de la politicidad natural del ser humano y de su necesario entronque con la moral, desde que el ser humano intrínsecamente se mueve siempre en el campo de lo moral, entre el bien y el mal, y la política suele ser, por desgracia, utilizada no para el bien común, sino para apoderarse del poder estatal y de sus finanzas (que son el fruto de la sangre y el sudor de los ciudadanos).

---

Jorge Van de Wyngard, *La jurisdicción militar y el derecho constitucional a un debido proceso*. Universidad Bernardo O’Higgins-Orplás. Santiago de Chile. 2008 (84 pp.).

Referido a un tema que no suele ser muy publicitado aunque presenta un interés jurídico relevante, el autor –profesor de derecho constitucional de la Universidad Santo Tomás como de la universidad editora– aborda este derecho fundamental como es el debido proceso en su aplicación en el proceso militar, que incide en lo singular de la actividad castrense y del servicio de las armas que prestan los uniformados, un régimen que se caracteriza por lo jerárquico, disciplinado y en general no reclamable.

Se centra el autor en el debate producido un par de años atrás sobre la conveniencia de introducir reformas a esta jurisdicción especial, de tan antiquísima tradición, para hacerla más coherente con los derechos fundamentales que la Constitución reconoce, asegura y ampara, tanto más que ya ha habido pronunciamientos de “inaplicabilidad” ante el Tribunal Constitucional (si bien rechazado, como en el bullado caso “Antuco”).

Luego de una explicación general sobre el proceso justo o derecho al debido proceso en el régimen jurídico chileno, integrado también por las Convenciones Internacionales, Van de Wyngard entra al estudio del proceso penal militar en tiempo de paz, a la luz de normas de la Constitución incluidas las de su reforma del 2005, dedicando siete parágrafos al análisis del llamado período del “sumario”, a la “inexistencia de querellante particular”, al “derecho a la defensa”, “medidas privativas de libertad” (detención y prisión preventiva) y la presunción de inocencia, lo reducido de las “resoluciones apelables”, el sistema de “notificaciones” y, por último, el tema de la “prueba”, fundamental en todo proceso que se quiera justo.

Unas conclusiones cierran la obra, en las que es posible advertir la necesidad de ir a una reforma pero que no caiga en los errores y fallas del proceso penal, fruto de unas modificaciones que todavía presentan notorias fallas que requieren ser corregidas.

Un interesante trabajo cuya lectura recomendamos.

Eduardo Mertehikian, *Estudios de derecho administrativo*. Ediciones RAP S.A. Buenos Aires. 2007 (311 pp.).

Al modo de estudios reunidos, esta obra del profesor de la Universidad Católica Argentina y director de la conocida Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública (Buenos Aires), contiene 19 trabajos escritos a través de la última década, compendiando una amplia temática, que va desde la organización administrativa hasta la responsabilidad del Estado, pasando por los servicios públicos, los contratos administrativos y el derecho procesal administrativo. Sobre la primera nos parecen de interés sus trabajos sobre la figura del Jefe de Gabinete (introducida a raíz de la reforma constitucional de 1994), su jerarquía y los efectos dentro de la organización de la Administración del Estado, y su trabajo/comentario sobre el famoso caso “Ángel Estrada” (2005) referente a daños con ocasión de una interrupción del servicio eléctrico.

En cuanto a los contratos administrativos, destaca su trabajo sobre su perfeccionamiento, comentando el caso “El rincón de los artistas” (2003), como también sobre el tema de la revocación por oportunidad y el resarcimiento del lucro cesante. En lo referente a lo procesal administrativo nos parece de interés “La prueba en el proceso administrativo a la luz de la garantía constitucional a la tutela judicial efectiva y el principio de legalidad”. Por último, respecto de la responsabilidad del Estado<sup>3</sup>, presentan interés *La responsabilidad del Estado-Administración en el derecho argentino actual*, como también esta responsabilidad *por la ejecución de una obra pública en el marco de una concesión otorgada a un particular*, aquella que surge de la adecuada aplicación de la doctrina de los actos propios, o por la irregular actuación del síndico en el concurso.

Una obra que merece ser conocida por quienes se dedican a esta disciplina puesto que trata de temas de candente actualidad.

---

Fundación Jaime Guzmán y otros, *Manual de gasto electoral municipal*. Quebecor S.A. Santiago de Chile. 2008 (103 pp.).

De notoria actualidad este *Manual* viene a llenar un vacío que se presenta en esta materia, la cual presentó casos de notorias irregularidades, que llegaron incluso a los tribunales de justicia, irregularidades que tal vez, sin que significaran corrupción propiamente tal, podrían haberse evitado si se hubiera tenido un mejor conocimiento de la manera de manejar y comprobar, usar y acreditar, los fondos públicos otorgados a los candidatos a cargos de elección popular.

Referido a lo electoral municipal solamente, este *Manual*, de muy cuidada edición, analiza en una primera parte los antecedentes de la legislación chilena

---

<sup>3</sup>Tema en que el profesor Mertehikian se ha destacado ya con su *La responsabilidad pública*. Abaco/Rodolfo Desalma. Buenos Aires. 2001 (hay segunda edición 2007), obra reseñada en *Ius Publicum* 12/2004, 287.

en la materia (Leyes 18.603, 19.884 y 19.885) ya aplicada en las elecciones municipales del 2004 y en las parlamentarias y presidenciales del 2005, el financiamiento electoral, los límites al gasto en este rubro, las donaciones, el aporte público y la rendición de cuentas.

Una segunda parte se centra en el análisis de la ley de gasto electoral (19.884/19.885), como definiciones de gasto y de campaña electoral; límites al gasto; financiamiento de las campañas (privado y público), y respecto de este último, a partidos políticos y a candidatos; prohibiciones; los administradores electorales y, finalmente, presentación y control de las “cuentas electorales”. Como *Manual* que es, y destinado al mejor entendimiento de la materia, está construido este análisis de la ley sobre la base de preguntas y respuestas<sup>4</sup>, método el cual lo hace comprensible a todo aquel que tenga que aplicar esta legislación, y evitar así los problemas que se susciten al momento de rendir cuentas de los dineros recibidos por los partidos y candidatos.

Una contribución muy útil y con una diamagración ágil e incluso elegante<sup>5</sup>.

---

Camilo J. Cobo de la Maza, *Interioridad Rapa Nui*. Universidad de Las Américas. Santiago de Chile. 2008 (247 pp.).

Dedicado a la antropología cultural, el profesor Cobo de la Maza publica ahora esta obra que reúne estudios que ha venido haciendo desde hace años sobre el tema, y que algunos han sido publicados en revistas<sup>6</sup>.

Como dice el autor en su Prólogo es una mirada abierta al alma de esta etnia tan singular de la patria chilena, de orígenes aún discutidos, y que por un azar venturoso es parte integrante de Chile, si bien ha habido una notoria despreocupación por su integración, que no puede justificarse por la lejanía de sus costas.

Cobo de la Maza, que adhiere a la tesis de Heyerdahl en cuanto a que los pascuenses habrían emigrado desde América, centra su estudio sobre el alma interior del pueblo rapanui, analizando las motivaciones místicas de sus migraciones (paganismo/ensoñación), sus tatuajes (orígenes, propósitos, lo que ocultan), el misterio de su escritura (el rongorongo), los moais (su expresión religiosa), canibalismo y sacrificios humanos, el poder mental en rapanui, sus espíritus, la conversión al cristianismo (una rápida transferencia) y la completa originalidad

---

<sup>4</sup>¿Cómo no recordar ese sistema tan pedagógico en que generaciones aprendieron –incluido el autor de estas reseñas– el Catecismo (de la Iglesia Católica) o sea las verdades fundamentales de la religión católica? Juan Pablo II, pedagogo de excepción, luego de la publicación en 1992 del *Catecismo de la Iglesia Católica*, vio la necesidad de hacer un *Compendio* de él, que publicado en 2005, está elaborado precisamente sobre la base de preguntas y respuestas, así como era el de San Pío X, promulgado un siglo antes (1905).

<sup>5</sup>La elaboración de este Manual se debe a Josefina Soto Larreátegui, directora del área municipal de dicha Fundación y colaboradores.

<sup>6</sup>Incluso en *Ius Publicum*, N<sup>os</sup>. 16/2006, 59-68 y 18/2007, 125-138.

de la cultura rapanui. Una abundante bibliografía (más de 180 títulos) avala la seriedad del estudio.

Una excelente obra que en profundidad y de modo ameno introduce a la cultura rapanui, la que merece ser más conocida y apreciada.

---

Claudia Caputi, *Responsabilidad del Estado. Sistematización y síntesis jurisprudencial*. Ediciones RAP. Buenos Aires. 2007 (1119 pp.).

Este voluminoso texto reúne las principales sentencias que han marcado las líneas jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina en materia de responsabilidad del Estado.

Con una sistematización muy adecuada, el tema se trata en 6 apartados, tales como “presupuestos” de la responsabilidad (daño, relación causal, imputabilidad), “daños por ejercicio irregular de funciones estatales” (con una variada gama de rubros, v.gr., homicidios, lesiones, desapariciones, daños en prisiones o en dependencias policiales, imprudencias en general, omisiones, errores registrales, demoras en trámites o procedimientos, etc.), “daños por actividad lícita” (que en dicho país son admitidos, v.gr. en materia económica, urbanística, inundaciones, etc.), “daños con intervención de cosas o actividades riesgosas” (como fuerzas de seguridad, contagios de enfermedades), “daños por la actividad judicial” (como originados por medidas cautelares, prisiones preventivas, prolongación no razonable de detenciones, negligencias o irregularidades procesales) y, por último, “ejercicio de la acción” (coexistencia y/o dependencia de acciones resarcitorias, prescripción y jurisdicción interviniente).

Como es posible advertir, esta verdadera “enciclopedia” o “repertorio” jurisprudencial recoge el derecho pretoriano de la materia, lo que resulta utilísimo para abogados y estudiantes, e incluso para quienes en el extranjero –caso nuestro– desean conocer el tema en el derecho argentino. Una muy buena disposición gráfica, además, ayuda en este conocimiento, ya que cada sentencia contiene individualización de las partes, tribunal (quiénes concurren al fallo), fecha, publicación, voces, y normas invocadas, a lo que sigue una síntesis de hechos y decisión (con disidencias, si es el caso), y la sentencia misma, indicándose si fue acogida o rechazada la pretensión deducida.

Excelentes índices (de casos incluidos en cada una de las seis secciones, por parte actora, por parte demandada, por años/desde 1933 con el famoso caso *Tomás Devoto* hasta 2006, con el bullado caso *Ferreira*) y una tabla de voces completan esta utilísima obra, cuya autora, secretaria letrada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y profesora de derecho administrativo, merece felicitarse por el servicio que ha prestado a la comunidad jurídica.

Sergio R. Castaño, *Los principios políticos de Santo Tomás en entredicho. Una confrontación con "Aquinas"; de John Finnis*. Instituto de Filosofía del Derecho, Universidad Fasta e Instituto de Filosofía del Derecho, Facultad de Derecho, Universidad Católica de Cuyo/San Luis. Impresores Club Diseño. Bariloche. 2008 (105 pp.).

Precedida de un estudio preliminar de Camilo Tale, profesor de la Universidad Nacional de Córdoba y Director del Instituto de Filosofía del Derecho y Ciencias Afines, de la Universidad Católica de Cuyo, sede San Luis/Argentina, el profesor Castaño, prestigioso colaborador de *Ius Publicum*, aborda un tema que tiene larga historia de controversias y que ahora origina otra, cual es la filosofía política del Doctor Angélico, la cual ha sido tratada por Finnis en su obra *Aquinas. Moral, Political, and Legal Theory* (Oxford University Press. 1998), con una interpretación que hace que Castaño, reconocido estudioso de Santo Tomás, no puede menos que preguntarse si el planteamiento de Finnis ¿es acaso la filosofía política del Doctor Humanitatis? Finnis aparece sosteniendo la idea de un Tomás como antecedente del liberalismo político, lo que el autor precisamente discute y controvierte. Así, aborda el tema discutiendo las proposiciones del autor australiano y profesor oxoniense, como (1) aquella que la ley humana no tiene como propósito la educación del ciudadano en las virtudes, ni se propone todo el bien humano natural; (2) que lo específicamente político es sólo la justicia y la paz; (3) la suposición de una "comunidad política" que no es política; (4) una idea de "bien común" que es ajena a Santo Tomás; etc.

En cada aspecto el autor va comparando los textos tomistas en su integridad y lo que Finnis concluye de ellos, haciendo ver que a veces se silencian u omiten textos, otras se usan textos que Tomás ha rectificado o más bien completado años después o, simplemente, aun en otros se concluyen soluciones que están reñidas con las posiciones sustentadas por el Aquinate.

Un trabajo que hacer recordar la controversia de Maritain con De Köninck, y también con el Padre Meinvielle, a mediados de la centuria pasada, en la cual filósofos tomistas rebatieron con ardor y rigurosidad metafísica los planteamientos maritainianos, los cuales, en el fondo, carecían de una fundamentación coherente con el pensamiento original y tergiversaban, en último término, al Santo de Aquino.

Particularmente interesante nos parecen las refutaciones de Castaño a Finnis en lo que respecta a la finalidad de la ley<sup>7</sup>, a la politicidad natural de la persona humana y a la noción de bien común<sup>8</sup>, temas que son siempre de actualidad por cuanto ellos están en el corazón de la política, actividad tan vilipendiada, por la corrupción de ella que han hecho quienes se dedican a esas tareas, y que, sin embargo, no sólo es indispensable para toda comunidad de personas (pues sin gobierno o autoridad política es imposible constituirla) sino que emana de la propia

---

<sup>7</sup>Recuérdese su *La racionalidad de la ley* (Abaco. Buenos Aires. 1995).

<sup>8</sup>Vid. sus *El Estado como realidad permanente* (La Ley. Buenos Aires. 2003 y 2005) y *Defensa de la política* (Abaco. Buenos Aires. 2003).

naturaleza humana, en cuanto a que ésta es naturalmente sociable y política (que vive en una polis/ciudad), en razón de su propia configuración entitativa.

Una obra digna de ser leída y necesaria para advertir las desviaciones de Finnis del pensamiento de Santo Tomás<sup>9</sup>, pensamiento ciclópeo que a siete siglos y medio aún posee, como todo clásico, una actualidad y fuerza intelectual notable\*.

---

<sup>9</sup>También las ha detectado en cuanto a la fundamentación de la ley natural, J.J. Ugarte Godoy, *La ley natural*, en Castaño-Soto Kloss (editores), "El derecho natural en la realidad social y jurídica". Universidad Santo Tomás. Santiago de Chile. 2005, 117-167, vid. 160-161, y su extensa nota 70.

\*Esta sección está a cargo del profesor E. Soto Kloss.

I. CHILE

*Actualidad Jurídica* – Facultad de Derecho/Universidad del Desarrollo, N° 18/2008.

El “tema central” está dedicado al fallo del Tribunal Constitucional sobre la llamada “píldora del día después”, con artículos de P. Rodríguez, J. Alvear–V. Cisterna, R. Delaveau y J.M. Díaz de Valdés. En sección “Ensayos y Estudios”, de interés, La declaración de inconstitucionalidad de las leyes como control represivo abstracto: una especie de nulidad de derecho público atenuada en sus efectos (S. Verdugo R.); Introducción a la economía política constitucional (E. Silva M.); Responsabilidad penal de los órganos directivos de la empresa (J. P. Novoa Z.); El nuevo recurso de unificación de jurisprudencia en la reforma al proceso laboral (un extraño recurso de nulidad con nombre de fantasía) (F. Román D.). En “Análisis jurisprudencial”, Los seis fallos de mayo, ¿un antes y un después? A propósito de la subcontratación en Codelco (C. Halpern M.) y Derecho a litigar, hostigamiento judicial y competencia desleal: el caso Sal Lobos (M.F. Juppert E.).

---

*Ars Boni et Aequi* – Universidad Bernardo O’Higgins, N° 3/2007.

De interés, Las reformas del nuevo Tribunal Constitucional chileno (C. Davis); Nemo tenetur se ipsum. El derecho a guardar silencio (C. Ramírez); Prohibición de censura previa; reflexiones en torno a la Declaración de principios sobre libertad de expresión de la Comisión Interamericana de derechos humanos (M. González), y La identidad del matrimonio en el derecho de familia contemporánea: una mirada a la luz de la Exhortación Apostólica “Familiaris Consortio”, a 26 años de su promulgación (H. Corral).

---

*Derecho Mayor* – Facultad de Derecho/Universidad Mayor, N° 7/2008.

De interés, Otro tratado inadmisibles para Chile, la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (M. Arnello R.); Una Constitución coja (B. Bravo Lira); Organización de la Magistratura y Gobierno Judicial (G. Cuevas F.); Saneamiento de la pequeña propiedad (DL N°2.695) ¿inconstitucional? (O. Herrera V.); Tratamiento de datos personales por los organismos de la Administración del Estado (M. Morales A.); Reflexiones sobre

---

\*La sección de Reseñas de Revistas está a cargo del profesor E. Soto Kloss.

la potestad fiscalizadora y sancionadora del regulador: limitaciones a la libertad individual en el mercado de capitales chileno (G. Novoa M. y J.L. Lara A.); Reforma constitucional a la educación (J. Van de Wyngard), y Principios, derechos y garantías en la Constitución de 1980 (J. Williams B.).

---

*Derecho Público Contemporáneo* – Agrupación Nacional de Abogados/ Contraloría General de la República, N° 12/2007.

Destacamos, Estudio preliminar sobre los procedimientos administrativos y la transformación de la gestión pública (R. Herrera B.); La Contraloría General de la República y la toma de razón: fundamento de cuatro falacias (L. Cordero V.); Falta de motivación en los informes de los órganos del Estado con competencia ambiental (C.E. González C.), y Control jurídico al amparo del principio de probidad y su alcance respecto del mérito o conveniencia (O. Rudloff P.).

---

*Entheos* – Escuela de Derecho, Universidad de Las Américas N° 6/2007.

Destacamos, Dos comentarios al Proyecto de ley sobre acciones protectoras de derechos fundamentales (J.I. Núñez L. y H. Tórtora A.). Se publican además 15 artículos presentados al Primer Encuentro regional de derecho público de esta Universidad/Viña, agosto 2007.

---

*Ius et Praxis* – Universidad de Talca, N° 2/2007.

Destacamos, El derecho a la propia imagen como derecho fundamental implícito: fundamentación y caracterización (H. Nogueira), y La verdad en el filo de la navaja, nuevas tendencias en materia de prueba ilícita (T. Armenta).

---

*Revista Berit Internacional* – Instituto de la Familia, Universidad Santo Tomás N° 8/2007.

Destacamos, El aborto, una ley inicua (Cardenal J. Medina E.); Política y moral (F. Moreno V.); El matrimonio nahua-mexica. Análisis del rol femenino (A. Palacios); Carta del Papa a la Iglesia Católica en la República Popular China, Carta del Episcopado de Guatemala sobre la vida humana y su carácter sagrado.

*Revista Chilena de Derecho* – Universidad Católica de Chile, Vol. 35/Nº 1, 2008.

De interés, ¿Capturados por nuestra suspicacia? Algunas aproximaciones acerca del origen, desarrollo y extinción de las regulaciones (J.J. Romero); Del daño moral al daño extramatrimonial. La superación del *pretium doloris* (M. Barrientos Z.); Modelos de regulación del lobby en el derecho comparado (J.F. García G.), y El artículo 42 de la Ley de Concesiones: justicia y proporcionalidad de la sanción (E. Carrasco Q.).

---

*Revista de Derecho* – Universidad Católica de la Santísima Concepción, Nº 16/2007.

De interés, El Tribunal Constitucional, los derechos humanos y la discapacidad (M. Peña T.); El derecho a la protección de la vida privada y de la honra en el ordenamiento jurídico chileno (H. Nogueira A.); Reforma constitucional sobre tratados internacionales (H. Varela V.-A. Enríquez Y.), y Concepción 1970-1973: una mirada a través de las elecciones durante los años de la Unidad Popular (D.G. Monsálvez A.). Se incluye Índice de N<sup>os</sup>. 1 a 15.

---

*Revista de Derecho* – Universidad Austral de Chile, Vol. XX Nº 2/Diciembre 2007.

De interés, El fracaso de un sistema. Análisis empírico y dogmático de cláusulas abusivas en contratos de adhesión (C. Pizarro); La tutela de los derechos fundamentales y el derecho del trabajo: de erizo a zorro (J.L. Ugarte); Las potestades y privilegios de la Administración Pública en el régimen administrativo chileno (J.C. Ferrada), y Notas sobre la jurisdicción ética de los colegios profesionales (P. Fuenzalida).

---

*Revista de Derecho* – Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales/Universidad de Concepción - Chile, Nº 219-220/2006.

De interés, La inexcusabilidad de la ignorancia de la ley: un principio, una presunción o una ficción (P. Hidalgo S.).

*Revista de Derecho* – Universidad Católica de Valparaíso, Vol. XXIX/2007.

De interés, Conciliación de trabajo y vida familiar en la legislación laboral chilena (E. Caamaño R.); El patrimonio del Estado como objeto de protección penal (Laura Mayer L.); El derecho urbanístico, los instrumentos de planificación y el régimen jurídico de los bienes públicos (E. Cordero Q.).

---

*Revista de Derecho* – Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales/Universidad Central, N° 1/2007 (3ª época).

Destacamos, La responsabilidad extracontractual del Estado-Municipalidad por falta de servicio y la indemnización por daño moral. Una mirada a la jurisprudencia/2000-2005 (E. González C.); Naturaleza jurídica de los bonos de descontaminación (M. Sanhueza – F. Juppert), y A la búsqueda de un modelo europeo de justicia constitucional (T. Groppi).

---

*Revista de Derecho* – Universidad Católica del Norte, N° 1/2007.

De interés, La protección del patrimonio público a través de instrumentos administrativos (J. Bermúdez), y Responsabilidad objetiva en el ordenamiento jurídico chileno (R. Díaz Tolosa).

---

*Revista de Derecho y Ciencias Penales* – Universidad San Sebastián/Concepción – Chile, N° 9/2007.

Destacamos, Algunas consideraciones sobre la eutanasia (L. Ortiz Q.); Una nueva institucionalidad ambiental para Chile (A. Carter M.); Identidad sexual y transexualismo, desafíos para el derecho de la persona y de la familia (H. Corral T.).

---

*Revista de Derecho de la Empresa* – Facultad de Derecho/Universidad Adolfo Ibáñez, N° 12/2007.

De interés, La doctrina de los actos propios en el derecho tributario chileno (R. Martínez), e Información y publicidad (A. Krausz).

*Revista de Estudios Criminológicos y Penitenciarios* – Gendarmería de Chile, N° 10/2007.

Dedicada a la delincuencia juvenil y al estudio de la Ley N° 20.084, sobre responsabilidad penal para adolescentes, de interés, Deserción escolar y actividad delictiva, acercamiento a la realidad chilena.

## II. EXTRANJERO

*Anales* – Facultad de Derecho – Universidad de La Laguna/España, N° 24/2007.

Destacamos, Los derechos sociales y laborales en los nuevos estatutos de autonomía ¿Una nueva lectura de la Constitución española? (E. Rojo); *Ius commune* y la evolución del derecho de familia en Suramérica (M.J. Cobo); Jóvenes, seguridad ciudadana y movimiento vecinal (M. Marrero); La expansión de la violencia armada en la guerra fría (C. Garay y L. Pérez), y El tesoro en la jurisprudencia española (B. Rodríguez).

---

*Anales* – Fundación Francisco Elías de Tejada/Madrid, N° XIII/2007.

Destacamos, Los católicos y la República (E. Vegas L.); *Summorum Pontificum* (Mons. I. Barreiro C.); Construcción y desconstrucción, el sino del racionalismo moderno de la Ilustración a la postmodernidad (B. Bravo Lira); Neoconstitucionalismo: derecho natural de la postmodernidad (R. Dip); Cronología analítica motivacional del proceso independentista en Hispanoamérica (L. Corsi O.), y Aproximación al pensamiento jurídico y político de Arturo Enrique Sampay (J.F. Segovia).

---

*Anuario* – Facultad de Derecho – Universidad de la Coruña, N° 11/2007.

Destacamos, La internacionalización de los derechos fundamentales en la Constitución española (L. Castillo Córdova); Las nuevas telecomunicaciones y el tránsito de la administración prestacional a la administración electrónica (C. Delpiazzo); El fundamento último de la protección del menor consumidor (M.T. Duplá-D. Bardají); *Deferre ad Senatam* (J. García Camiñas); Carl Schmitt y la ciencia del derecho romano, un cantor de la ciencia jurídica europea (L. Garofalo); El reconocimiento y la tutela de los derechos económicos, sociales y culturales frente a las omisiones estatales (M. Ivanega – P. Gutiérrez); Libertad de expresión y partidos políticos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de derechos humanos (A. Magdalena Alegría); Administración Pública para la democracia (J.L. Meillán Gil); Neoconsti-

tucionalismo y democracia (G. Messina); El consentimiento en la experimentación con seres humanos. El caso de los ensayos clínicos (A. González Torres); Origen y significado del principio *conceptus pro iam nato habetur* en derecho romano y su recepción en el derecho histórico español y en el vigente Código Civil (E. M. Polo Arévalo); La reforma del Estado de Bienestar (J. Rodríguez Arana); Aproximación al régimen jurídico sobre los parques eólicos marinos: una asignatura pendiente (F.J. Sanz Larruga), y La responsabilidad civil de los abogados en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (L.F. Reglero Campos).

---

*Cuadernos de Medicina Forense* – Corte Suprema de Justicia de la Nación/Argentina (Buenos Aires) N° 1/2007.

De interés, La relación de causalidad en la atribución de responsabilidad médica (D.J. Pantin); Consideraciones médico-legales de la Resolución 989/2005, del Ministerio de Salud y Ambiente de la Nación, desde la perspectiva de la bioética personalista ontológicamente fundada (E. Canonaco).

---

*Icade* – Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Comerciales/Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, N° 74/2008.

De interés, El terrorismo o el cuento de nunca acabar (F. Bueno); La interpretación de la ley penal como actividad dogmática (J. Gómez); Acción, norma, injusto y delito imprudente (A. Gil), Error de tipo derivado de anomalías o alteraciones síquicas: un difícil desafío para la teoría del delito (F. Molina); La corrupción en las transacciones económicas internacionales (J. Díaz-Maroto); El injusto en los delitos de organización: peligro y significado (M. Caucio).

---

*Internacional Law* – Revista colombiana de derecho internacional/Pontificia Universidad Javeriana – Bogotá/Colombia, N° 10/2007.

De interés, La responsabilidad internacional del Estado: el caso de las plantas de celulosa y los bloqueos en el río Uruguay (J. Rodríguez); Degradación ambiental y abusos de los derechos humanos: ¿Confiere la Convención de Refugiados protección a los refugiados ambientales? (R. Salcedo); Efecto reflejo: la práctica judicial en relación con la verdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (A.F. Amaya), y La problemática actual de los paraísos fiscales (J. Schomberger-J.D. López).

*Investigaciones* – Corte Suprema de Justicia de la Nación/Argentina, N° 1-2/2007.

Elaborada por la Secretaría de Investigación de Derecho Comparado, esta publicación, ahora anual, en su sección Doctrina contiene un interesante trabajo sobre Mercados virtuales y comercio en red (Teresa Rodríguez de las Heras Ballell). La sección Jurisprudencia aborda en más de 130 páginas sentencias sobre derechos fundamentales de tribunales superiores especialmente de Iberoamérica y Europa, y algunas de países del sudeste asiático. En Textos escogidos se incluyen extractos de artículos de revistas jurídicas (v.gr. sobre potestad sancionadora de la Administración/Perú; comercio internacional de armas/Francia; corrupción/Alemania; Genocidio/EE.UU.; daño existencial/Italia; derecho a la tierra indígena/Canadá; problemática mapuche/Chile; sectas/Francia; vida privada en cárceles/EE.UU.). Una nutrida sección bibliográfica, de novedades en libros, y especialmente fichaje de revistas (72 pp.), incluidas algunas chilenas como nuestra *Ius Publicum*, cierran la publicación.

---

*Ius Canonicum* –Facultad de Derecho Canónico/Universidad de Navarra, N° 95/2008.

De interés, El derecho constitucional y la estructura de la Iglesia (E. Molano); Iglesia Católica y ley española de protección de datos, falsos conflictos (J. Otaduy), y La defensa y promoción de la libertad religiosa por la Administración norteamericana/2000-2007 (J.I. Rubio).

---

*Iusta* – Facultad de Derecho/Universidad Santo Tomás, Bogotá/Colombia, N° 25/2006.

De interés, Filosofía y teoría del derecho: Tomás de Aquino en diálogo con Kelsen, Hart, Dworkin y Kaufmann (C.A. Cárdenas – E.A. Guarín); El derecho laboral y sus relaciones con el derecho de familia (L.A. Serrano Q.); Impugnación de la paternidad y seguridad jurídica (P. Martínez), y La libertad contractual (L.A. Rojas R.).

---

*Prudentia Iuris* – Universidad Católica Argentina, N° 61/2006 y 62/63/2007.

Del N° 61, de interés, El derecho natural en las sentencias del magistrado cristiano/Tomás Casares (E. Abásolo); El legislador divino de Las Leyes/Platón (J.H. Barbieri); El método tópico aristotélico, un método válido (U. Basset); Derecho natural y certeza del silogismo jurídico (S. Brandi); El orden natural y la ley natural: su conocimiento y reconocimiento (D. Herrera); La autorización judicial para inte-

rrumpir un embarazo: ¿solución justa? (M.J. Montesano); La protección jurídica del secreto religioso del ministro de culto católico (M.B. Nieto), y Lo suyo del otro en el matrimonio (A. Ortelli). Del N° 62/63, destacamos Iusnaturalismo vs. iuspositivismo (R. L. Vigo); Derecho natural y ciencia jurídica (C.J. Massini); Ley natural y pluralismo cultural (F.A. Lauras); La laicidad del derecho y la encíclica “Deus caritas est” (C.R. Sanz); Ley natural y multiculturalismo: verdad y diálogo (D.A. Herrera); La falacia del particularismo: sobre las condiciones de posibilidad de una ética global (R. Madrid); El concepto jurídico de familia. Matrimonio y familia (E. Arias de R.); El consentimiento matrimonial: sobre la necesidad de que sea prestado por un hombre y una mujer (E. Sambrizzi), y La familia: cordón umbilical de la humanidad (C.E. Arias de R.).

---

*Revista de Derecho Político* – N°s. 68, 69 y 70/2007.

Del N° 68, Sobre el estado de sitio, su régimen jurídico y el control jurisdiccional de su declaración (C. Garrido López); Amparo judicial: presente y futuro (M. Carrasco), La protección de las minorías religiosas en el derecho norteamericano (S. Cañamares); Las Comisiones de garantías de la videovigilancia (A. de la Iglesia), y Matrimonio y familia en el ordenamiento jurídico europeo (J. Geerlings).

Del N° 69, El control de las omisiones del poder público en materia de derechos fundamentales (J.C. Gavara de Cara) y Libertad de expresión, terrorismo y límites de los derechos fundamentales (A. Magdalena Alegría).

Del N° 70, de interés, La Unión Europea, en el camino hacia una comunidad de derecho constitucional (K. Stern); La base jurídico-constitucional de la protección de los derechos de los consumidores en la Unión Europea (L. Escajedo), y La transmisión de información desde el Poder Judicial, los gabinetes de comunicación (J.C. Orenes R.).

---

*Revista de la Facultad de Derecho* – Universidad de la República/Uruguay, N° 24/2005.

Destacamos, La audiencia pública en el procedimiento administrativo (C. Labaure), y Protección de los consumidores en el comercio electrónico europeo y español (A. Sotillo).

---

*Universitas* – Facultad de Ciencias Jurídicas/Pontificia Universidad Javeriana – Bogotá/Colombia, N° 113/2007.

Destacamos, Derecho, política y cristiano (C. Novoa, S.J.); Hacia una reflexión ética del conflicto colombiano: buscando la verdad (J. González J.); La constitucionalización del derecho comercial (J.J. Calderón V.); La responsabilidad civil extracontractual en la gestión de residuos peligrosos (E. Castro-L.G. Aguilar).

## 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 (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 (146 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 (171 pp.) | Gómez de Pedro, Soto Kloss, Alcalde, Aróstica, Aguerrea y Arancibia     | \$ 17.500 |
| La responsabilidad del Estado-Administración     | 2006 (156 pp.) | Soto Kloss, Arancibia, Martínez Estay, Mertehikian, Valdivia y Aguerrea | \$ 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 (1.011 pp.) | Autores varios (S. Castaño - E. Soto Kloss editores): Soaje, Madrid, García-Huidobro, Ayuso, Casaubon, Ugarte Godoy, Massini, Widow, Tale, Lamas, Silva Abbott, Medrano, Hernández, entre otros. | \$ 26.000 |
| Lecciones de derecho natural en sus antecedentes históricos                                   | Santiago de Chile. 2007 (181 pp.)   | Wolfgang Waldstein   | \$ 17.500 |