

IUS PUBLICUM

Nº 23 / 2009



Escuela de Derecho
Universidad Santo Tomás

IUS PUBLICUM

Nº 23 / 2009

Escuela de Derecho
Universidad Santo Tomás

© Universidad Santo Tomás, 1998
ISSN 0717- 4063

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

IUS PUBLICUM

Publicación semestral de la Escuela de Derecho
Universidad Santo Tomás

DIRECTOR:

Prof. Eduardo Soto Kloss

CONSEJO CIENTÍFICO:

Prof. Álvaro D'Ors (†) - Prof. Miguel S. Marienhoff (†) - Prof. Antonio Carlos Pereira Menaut (Universidad de Santiago de Compostela) - Prof. Miguel Ayuso Torres (Universidad de Comillas/España) - Prof. Mariano R. Brito (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 Vitoria / 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° 23

SEPTIEMBRE 2009

ÍNDICE

ESTUDIOS

MARÍA DE TODOS LOS SANTOS DE LEZICA: <i>La doctrina de la Geometría Legal en el pensamiento de Francesco Gentile</i>	11
SEBASTIÁN CONTRERAS AGUIRRE: <i>Sobre la naturaleza y la normatividad de la naturaleza. Aproximaciones al problema de la physis en el iusnaturalismo aristotélico-tomista</i>	27
MAX SILVA ABBOTT: <i>La Tavola rotonda sul positivismo giuridico</i>	45
GUSTAVO CUEVAS FARREN: <i>Análisis del artículo 8º de la Constitución Política sobre probidad, publicidad y transparencia</i>	61
IVÁN ARÓSTICA MALDONADO: <i>Terrorismo: un problema de inteligencia</i> ..	73
EDUARDO SOTO KLOSS: <i>Lo que dice la jurisprudencia de la Corte Suprema respecto de la nulidad de derecho público de los actos administrativos</i>	87
EUGENIO PÉREZ DE FRANCISCO: <i>Opereta jurisdiccional en el Índico</i>	107

CRÓNICA

JESÚS GINÉS ORTEGA: <i>Reflexiones éticas</i> – GONZALO ROJAS SÁNCHEZ: <i>Reflexiones fuertes</i> – MARÍA ESTHER GÓMEZ DE PEDRO: <i>Reflexiones tomistas</i> – GONZALO VIAL: <i>Crisis moral y política</i> – LUIS LARRAÍN: <i>Vivir del Estado</i> – MARCELO ELISSALDE MARTEL: <i>Ernesto Che Guevara: un mito</i> – LUIS LOSADA PESCADOR: <i>Honduras, un caso ejemplar de desinformación</i> – ACCIÓN FAMILIA: <i>Aborto, otra vez</i>	119-175
---	---------

DOCUMENTOS

SS. BENEDICTO XVI: <i>Discurso a los participantes en un congreso sobre el tema “Confianza en la razón” con motivo del X aniversario de la encíclica Fides et ratio</i> – <i>Discurso a los participantes en la asamblea ordinaria de la Academia Pontificia para la Vida</i> – <i>Discurso a los miembros de la Academia Pontificia de Ciencias Sociales</i> – <i>Discurso a los participantes en el primer Encuentro europeo de estudiantes universitarios</i> – <i>La caridad es la vía maestra de la Doctrina Social de la Iglesia</i> – G. M. VIAN: <i>La leyenda negra sobre Pío XII</i> – CRISTÓBAL ORREGO: <i>Pío XII, el defensor de los judíos</i>	179-201
--	---------

JURISPRUDENCIA

Contraloría General de la República – 16.6.2009. Dictamen N° 031356. Sobre prestaciones municipales de salud que se indican y sentencia del Excmo. Tribunal Constitucional.....	205
Corte Suprema – 16.4.2009. Cuasidelito de homicidio - Persona que está por nacer	213
Corte Suprema – 27.5.2009. Responsabilidad municipal. Falta de servicio (omisión de señalización)	237
Corte de Apelaciones de Santiago – 25.6.2009. Responsabilidad de Servicio de Salud (muerte por intoxicación alimentaria)	241

RECENSIONES Y RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

RECENSIONES

WIESLAW SKRZYDLO, SABINA GRABOWSKA, RADOSLAW GRABOWSKI (coord.): <i>Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz encyklopedyczny</i> (Prof. Dr. Hab. Krystian Complak).....	249
J. DABIN: <i>El derecho subjetivo</i> . Traducción de Francisco Javier Osset. Edición al cuidado de José Luis Monereo Pérez (Guillermo Hierrezuelo Conde).....	252
RUBÉN CARNERERO CASTILLA: <i>La inmunidad de jurisdicción penal de los jefes de Estado extranjeros</i> (José Antonio Tomás Ortiz de la Torre) ..	255
NENA OSSA: <i>Allende, thank you!</i> (Hermógenes Pérez de Arce)	257
AUTORES VARIOS, <i>La Primacía de la Persona. Estudios en homenaje al profesor Eduardo Soto Kloss</i> (J. Arancibia Mattar, José Ignacio Martínez Estay, editores)	258
EDUARDO SOTO KLOSS, <i>Derecho Administrativo. Temas fundamentales</i> . Legal Publishing (Iván Aróstica Maldonado).....	260
JOAQUÍN GARCÍA-HUIDOBRO, <i>Simpatía por la política</i> . Centro de Estudios Bicentenario (Ricardo Crespo)	261
RESEÑA DE LIBROS	263
RESEÑA DE REVISTAS	270
EDICIONES IUS PUBLICUM	277

ESTUDIOS

LA DOCTRINA DE LA *GEOMETRÍA LEGAL* EN EL PENSAMIENTO DE FRANCESCO GENTILE

*María de Todos los Santos de Lezica**

SUMARIO: I. Introducción. II. Nacimiento de la *Geometría Legal*. III. La trascendencia de la *Geometría Legal* en el ámbito de las Ciencias Prácticas. IV. La *Geometría Legal* como técnica. V. Conclusiones en torno a la *Geometría Legal* como forma de saber.

I. INTRODUCCIÓN

EL NOMBRE

Geometría Legal es el nombre que asigna un contemporáneo iusfilósofo italiano, Francesco Gentile, para aludir al pensamiento jurídico-político moderno. El nombre permite englobar toda una serie de pensadores cuyas doctrinas tienen características comunes, pero cuyos pensamientos poseen algún matiz dado por la época histórica o por las distintas corrientes predominantes dentro del mismo pensamiento moderno. Se caracteriza por ser esencialmente positivista, pero, además, nominalista, individualista, voluntarista y empirista, entre otros aspectos.

DEFINICIÓN

Se trata de una forma de saber¹ caracterizada por la función operativa y por la estructura hipotético-deductiva según modelos geométricos, es decir, matemáticos. Este sistema constituye la forma metodológica adecuada del positivismo jurídico, que presupone como esquema hipotético deductivo al Derecho como ingeniería social, como método de organización del poder o conjunto de medios técnicos adecuados de control social para alcanzar, en la sociedad civil, la finalidad operativa de la “garantía indivi-

*Doctora en Derecho por la Universidad Católica Argentina/Buenos Aires, y por la Universidad de Padua/Italia. Profesora de la Universidad Católica Argentina.

¹Francesco Gentile no especifica a qué se refiere cuando habla de “saber”. Parece claro que no se trata del *saber* en el sentido aristotélico como el *estar instalado firmemente en la verdad*, dado que afirma el carácter no real o *virtual* de este pensamiento.

dual". Por ello su valor supremo es la "seguridad física" –del que manda, primero; excepcionalmente, y recién en un segundo momento, del que obedece–, tarea que debe garantizar el Estado, reduciendo la inseguridad en las relaciones individuales². Al estructurarse de modo convencional, parte de un protocolo que asume como principio que no problematiza y al que arriba no como el resultado de una reflexión, sino de modo hipotético y sin demostración. El objetivo del saber es simplemente realizar una operación y cuando con un protocolo dado alcanza a dominar una parte de la experiencia, ese protocolo se vuelve saber auténtico, saber para dominar.

Más bien es un saber hacer, una técnica, porque se caracteriza por la función operativa, por el "hacer" que la condiciona. Es un saber convencional en tanto organización de datos convencionalmente asumidos como protocolos. La finalidad operativa viene a oscurecer la atención de todo lo que no sea funcional a ella. Por eso el punto de partida de este saber son los *phantasmata sensus et imaginationis*, noción que usara Hobbes para aludir al hipotético estado de naturaleza. Al constituirse y proceder de modo hipotético-deductivo, el conocimiento queda reducido a lo que se estructura en función operativa. De este modo, el Derecho, identificado con el ordenamiento jurídico, es un instrumento de control social –personificado por el Estado–, una técnica social para obtener la conducta deseada de los hombres mediante la amenaza de una medida de coerción, una ingeniería social.

II. NACIMIENTO DE LA GEOMETRÍA LEGAL

ORIGEN E HISTORIA

Se puede decir que se trata de un movimiento surgido con distintos y variados representantes, como Hobbes (1588-1679) en Inglaterra; el racionalismo jurídico de Grocio, Puffendorf, Espinoza, Leibniz, Wolff y el racionalismo iluminista de Rousseau (1712-1778), en Francia. El dualismo jurídico³ del racionalismo –distinción esencial entre Derecho natural y

²Así lo entienden Hobbes en el *Leviatán* y Rousseau en los *Discours sur l'économie politique*, acerca de la concepción geométrica del Estado como *compañía de seguros a través del ordenamiento jurídico de las relaciones interindividuales* (Cfr. Gentile, Francesco: *Politicità e positività nell'opera del legislatore*, Relazione al XVII Congresso della Società Italiana di Filosofia Giuridica e Politica, 22 y 29 respectivamente).

³Contrariamente a la tradición tomista que veía en el Derecho natural y positivo dos aspectos de un mismo Derecho, el racionalismo jurídico del siglo XVII se caracterizó por separar ambos derechos escindiendo a su vez los principios intrínsecos de validez y vigencia de este y negando todo principio extrínseco o trascendente al Derecho positivo. Surge un dualismo jurídico iusnaturalista al que le sigue un monismo positivista que traerá como consecuencia

positivo– devino en el monismo unilateral del positivismo jurídico de Kelsen, uno de los grandes herederos del renacimiento kantiano del tardío siglo XIX⁴ y padre, entre otros, de la *Geometría Legal*. También influyeron en el saber geométrico el empirismo de Hume en Inglaterra, el pensamiento de Kant en Alemania y la proyección de este pensamiento en el idealismo, el marxismo, el formalismo y la corriente de la ética material de los valores. Pero si nos remontamos más atrás, a la Antigüedad, puede decirse que este pensamiento nace con Trasímaco (s. V a.C.), se desarrolla en el Medioevo con Marsilio de Padua, y contemporáneamente, entre una larga lista, se actualiza con Bobbio y la Escuela Analítica Jurídica del siglo XX. La última, tal vez hasta más refinada que la *Geometría Legal*, no contenta con la reducción del Derecho a fenómeno lógico –como había hecho Kelsen–, procede directamente a la reducción de los fenómenos lógicos a fenómenos del lenguaje. Así, el Derecho queda reducido al lenguaje del legislador y el lenguaje pasa a ser un instrumento de fuerza, de control social y en el ámbito del pensamiento deja de servir como instrumento lingüístico para convertirse en instrumento de manipulación de las ciencias. Por último, cabe mencionar a Von Ihering (1818-1892), entre muchos otros.

El pensamiento geométrico adquiere su rasgo más característico cuando el término ciencia –hacia finales del siglo XVII y principios del siglo XVIII– pasó a significar el procedimiento en virtud del cual la consideración del hombre y del Estado se llevaba a cabo a través de los mismos procedimientos utilizados para el estudio de la naturaleza física⁵. Paralelamente surge en Alemania –s. XVIII– un nuevo modo de investigación, el del método histórico, que aplicado al Derecho dio lugar al nacimiento de la Estadística, como ciencia del Estado. Pero paradójicamente esta ciencia nada tenía que ver con el Estado, ya que lejos de identificarse con la *Res-publica*, como “unidad orgánica de una pluralidad de sujetos diversos y diversamente reunidos”⁶, se identificaba con la razón de Estado, alquimia, mecánica o ingeniería de gobierno, mecanismo de fuerza. Detrás del auténtico saber científico se iba desarrollando una ideología científicista que veía en los resultados operativos del saber científico una verdadera y propia señoría

el rechazo definitivo del Derecho natural y el reconocimiento como único, válido y existente del Derecho positivo.

⁴No debe confundirse el saber geométrico con la *Geometría Legal*. El primero es el género y se identifica con el positivismo científico, es decir, con el saber que reconoce como verdaderos sólo los hechos positivos susceptibles de ser conocidos mediante el método experimental, mediante la consideración cuantitativa del fenómeno. La *Geometría Legal* es el método del positivismo científico llevado al campo de lo jurídico.

⁵Cfr. Gentile, Francesco en *Filosofía del Diritto (le lezioni del quarantesimo anno raccolte dagli allievi)*. Cedam. Padova. 2006.

⁶Gentile, Francesco, *Intelligenza politica e ragion di stato* (seconda edizione). Milano. Giuffrè. 1984. 52.

del hombre sobre la naturaleza. De este modo, el hombre buscaba superar sus límites y alcanzar la omnipotencia. “Hoy, el modo más difundido de representación de las cosas es el modo científico”⁷.

EL NACIMIENTO DEL MÉTODO EXPERIMENTAL Y SU INFLUENCIA POSTERIOR

Pero para comprender mejor el método de este saber conviene analizar la figura de Roger Bacon (1214 aprox.-1294), un fraile franciscano de la Edad Media, discípulo de Roberto de Grosseteste y de influencia neoplatónica quien –aunque sin quererlo– ejerce una influencia directa en este pensamiento. Bacon buscaba desarrollar un método apropiado para el estudio de las “ciencias experimentales” –cuyo nombre introduce⁸–, para lo cual elabora el llamado método experimental. Adopta una actitud matemática, dada su influencia platónica y pitagórica, y parte, para el estudio de las ciencias experimentales –física y matemática–, de un presupuesto como dato previo y dado: el número y la cantidad. Por partir de hipótesis –los números–, las matemáticas se caracterizaron por ser una ciencia hipotética-deductiva. Bastaba, para la consideración del fenómeno físico, su tratamiento cuantitativo (es decir, matemático); mientras que una consideración ontológica o gnoseológica del fenómeno exigía el estudio de su esencia (o ousía) y, por tanto, una instancia metafísica y dialéctica.

EL PENSAMIENTO DE ROGER BACON

Bacon, aunque con rigor o exceso metodológico, no pretendió aplicar su método experimental al campo del Derecho, o al menos no hay noticia segura de ello. Sí puede señalarse en él una marcada tendencia a otorgar mayor valor de verdad al conocimiento fruto de la experiencia interna⁹, porque sólo este conocimiento gozaba para él de infalibilidad o certeza. La certeza absoluta, atribuida a la experiencia interna, era consecuencia de una iluminación divina realizada por Dios mismo. Pero esto se debió a una situación histórica particular, fruto de una mala interpretación del

⁷Esta es una afirmación hecha por Gentile aunque no la transcribimos de modo absolutamente textual.

⁸Cfr. Lamas, Félix A. en su libro *La experiencia jurídica*, Buenos Aires, “Instituto de Estudios Filosóficos Santo Tomás de Aquino”, 1991.

⁹La experiencia interna es la reflexión sobre el acto de conocimiento que tiene como objeto oblicuo al objeto de la experiencia externa. Es el conocer que conozco, advertir que estoy ejerciendo el acto de conocimiento. “Es la experiencia de sí, puramente intelectual, por reflexión psicológica del intelecto hacia sus propios actos” (Cfr. Félix A. Lamas, *La experiencia jurídica*, op. cit., 207).

pensamiento agustinista¹⁰. Para Bacon la experiencia era una intuición visual, consistía en una iluminación divina, porque se creía que era Dios mismo quien iluminaba el entendimiento humano. O sea, que lo que para Aristóteles era el intelecto agente, para Bacon era Dios. El problema estaba en que si este intelecto agente era común a todos los hombres, ello podía importar la negación de su libertad, hecho que fue condenado en 1277¹¹ por la Iglesia. Tanto Avicena como Averroes –en esta época irrumpe en Occidente la totalidad del *corpus aristotelicum*, a través de traducciones árabes¹²– habían hablado por primera vez de un intelecto agente único y separado para todos los hombres, pero no lo llamaban “Dios”. Era como una especie de “Ángel”. Bacon en el fondo, tras una mala interpretación de San Agustín (tal vez por la influencia de su maestro), en torno a la doctrina de la “iluminación” atribuye plena certeza al conocimiento. Pero en realidad para el Santo esta iluminación divina no se identificaba con el propio intelecto agente del hombre. Ello habría llevado a la afirmación de que Dios pudiera crear seres incapaces de razonamiento y necesitados de Él para cada acto de intelección, es decir, que el intelecto humano fuera incapaz de actuar autónomamente, necesitando, para ser cierto, de Dios en cada acto de intelección. El hecho de creer que Dios realizaba la iluminación divina aseguraba la certeza a la experiencia interna, siendo infalible.

Pero fue Galileo Galilei (1564-1642) quien terminaría por delinear el método experimental, aun cuando reconoce cierto grado de valor a la experiencia externa, pero sólo otorgando validez a los llamados sensibles comunes¹³, por ser pasibles de medida u objeto de medición al admitir su reducción a extensión y cantidad. Galileo propondrá dejar de lado el “intentar buscar las esencias” de las cosas¹⁴.

¹⁰Cfr. el pensamiento de Félix A. Lamas en *La experiencia jurídica*. IEF Santo Tomás de Aquino. Buenos Aires. 1991.

¹¹Se trata de una condena masiva de tesis aristotélicas, otras avicenianas, otras averroístas, algunas de autores no filosóficos, algunas incluso de Tomás de Aquino, otras que no es posible identificar a quienes pertenecen. En general son heterodoxas, pero más que una condenación específica del averroísmo marca una repulsa de la conciliación del aristotelismo con el dogma cristiano.

¹²Según Copleston “es un error imaginar que los escolásticos latinos dependiesen enteramente de traducciones a partir del árabe, o, al menos, que la traducción a partir del árabe precediera siempre a la traducción a partir del griego” (Cfr. Copleston, *Historia de la Filosofía*, 209-211).

¹³Entre los objetos sensibles, para el racionalismo tienen objetividad sólo los sensibles comunes, aquellos objetos que pueden percibirse por más de un sentido externo a la vez, porque su percepción puede expresarse con una ecuación y categorialmente se reducen al accidente de cantidad (forma y figura, quietud, número, movimiento y magnitud). Los sensibles propios, aquellos que se perciben por un sentido externo a la vez, al no poder reducirse a ecuación, carecen de objetividad.

¹⁴Ver Gentile, Francesco, *Politica aut/et statistica. Prolegomini di una teoria generale dell'ordinamento politico*. Milano. Giuffrè. 2003, 202.

III. LA TRASCENDENCIA DE LA *GEOMETRÍA LEGAL* EN EL ÁMBITO DE LAS CIENCIAS PRÁCTICAS

LA APLICACIÓN DEL MÉTODO EXPERIMENTAL AL DERECHO

La *Geometría Legal*, entonces, tomará el método en su origen creado para las ciencias matemáticas y lo aplicará al Derecho. Es por ello que este pensamiento recibe el nombre de *matemática legal*. Como método es inadecuado a su objeto de estudio dado que pretende encontrar en el Derecho las mismas certezas que se verifican en el campo de las ciencias especulativas. Parte de la asunción de un principio en términos aproblemáticos, como protocolo convencionalmente asumido, y formaliza su objeto excluyendo conocer las esencias de las cosas. La razón de esta traslación del método de las ciencias experimentales al Derecho fue la búsqueda de “certezas”, las mismas que buscaba Bacon a través de la consideración de la experiencia científica perfecta como método de verificación, es decir, como camino para la adquisición de verdades.

LA NOCIÓN –MODERNA– DE CIENCIA EN ESTE PENSAMIENTO

De este modo, el científico no explica el principio, sino que, partiendo de él, domina aquello que constituye su objeto de estudio. Reduce toda validez formal del conocimiento al modelo de la física matemática. Así, el modelo de la experiencia –punto de partida de la filosofía realista– será el del experimento científico. La ciencia será sólo una organización de un sistema de fenómenos. Y en el ámbito del Derecho, la ley positiva actuará como un principio artificial, hipotético, de organización de fenómenos jurídicos. A diferencia de Platón que sólo reconocía por debajo de la Dialéctica a las matemáticas como ciencia fundamental en la cual se basan los demás modos de conocimiento, el pensamiento geométrico no considera las matemáticas como una propiedad de la materia, sino como relaciones que descubre la razón abstracta pero que no responden a la realidad de lo que las cosas son. No actúa como intermediaria –como creía Platón– entre la idea y el fenómeno. Entendidas de este modo, las matemáticas sólo son un sistema formal que sirven para la organización de los fenómenos. En consecuencia, sólo es admisible un método científico: el del razonamiento hipotético-deductivo. Para el pensamiento moderno, la ciencia –que no deja de ser un modo de conocimiento– es un conocimiento metódico con unidad de objeto. En este sentido puede decirse, en términos aristotélicos, que es una no-filosofía. Así lo expresa Delia María Albisu con palabras de Sanguineti: “Con la crítica empirista o trascendental-kantiana, la ciencia deja de considerarse un estudio real de los principios de las cosas mismas y pasa a ser una elaboración

del hombre o un resultado de la praxis humana en su encuentro con la naturaleza”¹⁵.

EL PENSAMIENTO CLÁSICO

Estamos en las antípodas del pensamiento aristotélico, para quien el objeto formal distingue a las ciencias y el método es constituido a partir de ese objeto y no al revés, como surge con el pensamiento moderno, a partir de Kant. Como consecuencia de este pensamiento geométrico se produce la alteración del fenómeno jurídico, dado que el análisis por medio de métodos rigurosos de observación exige el recorte de su objeto para someterlo a estudio –impensable en el ámbito del Derecho cuyo objeto de estudio es la conducta humana social–. Toda segregación del objeto de reflexión, para ser analizado, altera sus condiciones naturales, lo hace perder objetividad y realidad. En el Derecho, un recorte de este tipo supone convertir a la experiencia jurídica en experimento científico. Esto significa reducirla a pura experimentación. Ahora bien, si se entiende –como lo hace la filosofía realista fundada en toda la *tradición clásica*– que la experiencia es el primer y más originario contacto del hombre con la realidad¹⁶, no es posible poner en duda la necesaria recurrencia a ella, sea como punto de partida, sea como instancia de verificación del conocimiento en un momento posterior. “Toda investigación científica sería debe partir de la experiencia”¹⁷.

LA BÚSQUEDA DE CERTEZAS EN LAS CIENCIAS PRÁCTICAS

Pero la *Geometría Legal* se había topado con el problema de la imposibilidad de obtener certezas a partir de la experiencia externa, por la incertidumbre de lo percibido por medio de los sentidos externos –momento fundamental para el Derecho, puesto que es el único modo que tenemos de conocer el fenómeno jurídico¹⁸–. El Derecho no se nos aparece con la entidad, con la fijeza, estabilidad y consistencia propia de las sustancias, puesto que es un accidente del hombre; se da con él. El único modo que tiene el ser humano de conocerlo es reconociéndolo en las cosas, principalmente como *objeto terminativo de la conducta justa*, en la *norma jurídica* y en el *título* en virtud del cual alguien está investido del poder de reclamación de lo que le corresponde y respecto de quien otro tiene un título opuesto pero cuyo objeto es el mismo. Pero también en la sentencia judicial, en

¹⁵Albisu, Delia María, *Las ciencias ético-sociales, división, objeto y método*, en *Prudentia Iuris*, N° 54. (En <http://www.eldial.com/home/prudentia/pru54/03.asp>).

¹⁶Cfr. Lamas, Félix A., *La experiencia jurídica*, *op. cit.*

¹⁷Lamas, Félix A., *Ídem*.

¹⁸Se trata de un *sensible per accidens*, es decir, de algo que necesariamente debe estar unido a un *sensible per se* para poder ser comprendido por nuestra inteligencia.

los contratos, etc... Frente a esta limitación, frente a la imposibilidad de alcanzar certezas por medio de la experiencia externa, la *Geometría Legal* no encontró mejor opción que aplicar al Derecho el mismo método de la experiencia matemática. En consecuencia, lo convirtió en un sistema de fenómenos con principios hipotéticos: las normas positivas, formalizándolo a punto tal de hacer que su validez no dependiera de su contenido –de justicia– sino de un principio hipotético –cualquiera fuera, v.gr.: la unidad de soberanía, de poder, la Grundnorm, etc.– e inmanente al propio Derecho, afirmando la legalidad de la situación de hecho y volviéndola jurídica gracias a un procedimiento lógico. Llegándose así a la más absoluta formalización del Derecho, es decir, a la pretensión de construir la ciencia del Derecho según el modelo de las matemáticas y olvidando cuanto hay en él de valioso, despreciando su contenido de justicia y haciendo depender su validez de una arbitrariedad, no ya del derecho natural sino de un principio puesto por el hombre. No hay lugar entonces para el Derecho natural porque la *Geometría Legal* lo considera como algo extrínseco al Derecho mismo, como un derecho separado del derecho positivo y distinto de él. No sirve, según esta corriente, como fundamento de validez del Derecho.

EL FUNDADOR DE LA GEOMETRÍA LEGAL

Será Hobbes, uno de los padres de la *Geometría Legal*, quien primero aplicará este método al Derecho. “En cualquier tema en el que haya espacio para la adición y la sustracción, hay también lugar para la razón, y donde no se puedan utilizar esas operaciones, es imposible también el razonamiento”¹⁹ sostenía el filósofo inglés. Y todavía más: “(...) la índole de los hombres es por naturaleza tal que, si no son frenados por el temor de un poder común, desconfían y temen los unos de los otros (...)”²⁰. De allí su célebre frase *auctoritas non veritas facit legem*²¹. Por supuesto que todo esto tenía que ver con una concepción pesimista de la naturaleza humana, necesitada del Estado para subsistir, pero viendo en él sólo un mecanismo de fuerza.

¹⁹Hobbes, Thomas, *Leviathan or the matter, forme and power of a Common-welth ecclesiasticall and civil*, 1651, tr. De M. Vinciguerra. Bari. 1911, 33. La traducción del italiano es mía.

²⁰*Idem*.

²¹Afirmación que modernamente encontramos en pensadores como Ferrajoli, Luigi, pero cuyo origen es Hobbes. Ferrajoli señala: “Auctoritas non veritas facit legem, es la máxima que expresa este fundamento convencionalista del Derecho penal moderno y a la vez el principio constitutivo del positivismo jurídico: no es la verdad, la justicia, la moral ni la naturaleza, sino sólo lo que con autoridad dice la ley lo que confiere a un fenómeno relevancia penal”, *Derecho y razón – Teoría del garantismo penal* (Tr. de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantareo Bandrés). Madrid. 2000. Ed. Trotta, 4ª edición, 35.

EL HOMBRE DESDE EL PUNTO DE VISTA SOCIAL. LA NECESIDAD DE UNA COMPAÑÍA ASEGURADORA

Por todo ello, esta corriente es antes que nada nominalista, dado que niega la especie humana común y el hecho de que en el hombre exista una natural tendencia a fines perfectivos. Los hombres son individuos que chocan entre sí, seres eminentemente conflictivos. Como el punto de partida es el conflicto, es necesario crear un poder irresistible a través de un sistema de control social –dado por el ordenamiento jurídico–. El rechazo de la natural sociabilidad del ser humano está dado por la ausencia de comunicación entre ellos, de donde surge su natural conflictualidad. “El individuo es un *solivagus*. Asocial por ausencia de pares. Anárquico, por ausencia de superior. Anómico, porque está fuera de la ley. Una condición, teóricamente, de absoluta y soberana libertad, prácticamente de absoluta e irremediable precariedad. Porque teniendo derecho a todo, ninguno está seguro de nada. La sociedad nacería de una renuncia: la renuncia a la propia unicidad”²². En este marco, el *otro* aparece como un competidor en el dominio del mundo, un obstáculo a remover, un enemigo a eliminar. El mundo es considerado como objeto de dominio del hombre²³, cuya principal finalidad es su expansión. La libertad natural es entendida como ausencia de límites; el Derecho, como poder o fuerza. El derecho subjetivo no es una propiedad del sujeto en sí, sino el fruto de una graciosa concesión de la autoridad pública, es decir, del poder efectivo. Este se define como el poder relativo pero seguro, cuya eficacia resulta inversamente proporcional a la incidencia de la subjetividad, porque viene a ser el resarcimiento o indemnización garantizado al sujeto por la compañía de seguros frente al evento dañoso determinado por la interferencia de las conductas individuales²⁴. De este modo, los derechos y deberes no son una propiedad de lo humano²⁵. El hombre es estimado, por un lado, como un bruto o un autómatas, que actúa por reflejos condicionantes y, por el otro, como si fuese un ser divino, por el imperativo categórico, absoluto e indefectible. Por ello el ordenamiento aparece a la vez como demasiado humano pero también demasiado poco humano²⁶. La violencia es la única modalidad de relación intersubjetiva hipotizable; de allí que la guerra es la única condición posible de vida. La función del Derecho será, entonces, la de invertir la condición natural de violencia. El medio, claro está, es el Estado, pues este es la condición esencial para la neutralización del conflicto entre los individuos en el estado de natu-

²²Gentile, Francesco, *Politica aut/et statistica, Prolegomini di una teoria generale dell'ordinamento politico*, op. cit., 213.

²³*Idem*, 101.

²⁴*Idem*, 97-98.

²⁵*Idem*, 99.

²⁶*Idem*, 100.

raleza y también para su organización en una comunidad industriosa²⁷. En el Estado, el poder es el fundamento de la comunidad política y, por tanto, fundamento de un deber²⁸. Atendiendo a esta perspectiva, para la geometría del ordenamiento político, la libertad es sinónimo de poder y la autonomía es entendida como ejercicio absoluto de voluntad; la positividad queda reducida a mero formalismo, asimilando el Derecho positivo a la regla puesta, donde positivo equivale al Derecho puesto por la voluntad soberana del legislador, produciéndose así la curiosa identificación del Derecho natural con el Derecho no-positivo, con la (i)lógica consecuencia que esto trae aparejado: “¡Si el Derecho natural es lo no positivo, recíprocamente, el Derecho positivo sería lo no natural!”²⁹.

EL A PRIORI DE LA GEOMETRÍA LEGAL Y EL PRECIO POR ESTAR “ASEGURADOS”

Si el hombre, *socialmente considerado*, es un mero individuo, un átomo, único y sin reglas porque privado de las nociones de bien y mal, es necesario “asegurarlo”. Ya decía Hobbes que “en el puro estado de naturaleza (...) bien y mal son nombres que significan nuestros apetitos y nuestras aversiones que, en los diferentes y diversos hombres difieren por su juicio (...). Más bien, el mismo hombre, en tiempos distintos, difiere de sí mismo y en un tiempo alaba, y llama bueno, lo que en otro tiempo desprecia, y llama malo”³⁰. Entonces el Estado se erige en una enorme compañía aseguradora a la que se accede por medio del *pacto*, el *contrato social*, donde el valor privilegiado es la seguridad y el deber de cumplir con lo dispuesto por el ordenamiento, entendido como sistema o conjunto de normas, la *prima*³¹ que el individuo debe pagar a cambio de su seguridad³². Es decir, se evidencia la contraposición entre ley y Derecho, pues en el estado de naturaleza, el individuo tenía derecho a todo y entonces era libre en el sentido de que poseía el arbitrio de hacer su voluntad. En la sociedad civil, el individuo se ve necesitado de sacrificar su libertad, entendida como ausencia de límites –“prima” que debe pagar– en aras de la finalidad operativa de la garantía interindividual. La eficacia del ordenamiento es *conditio sine qua non* de la validez de las normas singulares. El ordenamiento jurídico en su conjunto es válido si es eficaz, es decir, “cuando las normas de este ordenamiento son en general obedecidas por

²⁷*Ídem*, 108.

²⁸*Ídem*, 111.

²⁹*Ídem*, 206.

³⁰Cfr. cita de Francesco Gentile en *Legalità, Giustizia, Giustificazione. Sul ruolo della filosofia del diritto nella formazione del giurista*. Edizione Scientifiche Italiane. Napoli. 2008.

³¹En sentido de premio, indemnización o precio.

³²Ver Gentile, *Filosofía e Scienza del Diritto, op. cit.*, 80 ss.

quienes están sujetos”³³. Paralelamente debe existir la condición de validez –que Kelsen identifica con la vigencia del ordenamiento–, su *conditio per quam*. La validez está escindida del verdadero valor del Derecho, la justicia. Con lo cual la *Geometría Legal* postula un orden virtual, y por eso señala Francesco Gentile que: “La sociedad civil es un orden sin sujeto”, es decir, un orden virtual, sin sujetos o con sujetos carentes de autonomía. *El sujeto es objeto y no portador del juicio de deber*. El sujeto que debe no puede juzgar el deber. No se obliga en virtud de la autonomía (que en términos aristotélicos sería el acto propio de la prudencia obediencial, la contracara de la prudencia gubernativa), sino de un mandato, emanado del soberano. El Derecho es lo determinado por la voluntad humana, impensable con independencia de dicha voluntad. Kelsen es un claro ejemplo de pensamiento geométrico, para quien en el ordenamiento, entendido de este modo, una norma es parte de él sólo porque fue creada conforme al dictado de otra norma del mismo ordenamiento. El ordenamiento no es otra cosa más que un postulado artificial, es decir, el reflejo convencional de un sistema de normas, un orden virtual, válido si es eficaz al objetivo del control social dado que el hombre es –desde esta perspectiva– un no-orden objetivo, naturalmente conflictivo. “(...) El geómetra del Derecho piensa haber excluido de la valoración de las normas jurídicas toda referencia a algo que sea extraño a su puro proceso de creación y, en particular, toda referencia al contenido de las normas singulares. Con el resultado, no despreciable, de permanecer inmediatamente encerrado en el conflicto de las oposiciones individuales, de los juicios subjetivos de valor, de las elecciones ideológicas, dado por hipótesis como insoluble racionalmente fuera de la *forma estado*”³⁴. Es decir, que el ordenamiento se funda en un principio puesto, hipotético, como puede ser la Grundnorm. Que a su vez se funda en otra hipótesis, la del estado de naturaleza. De allí que se vea claramente que lo que afirma la Norma fundamental: “Se debe obedecer al poder efectivo y constituido”, no hace más que responder a la hipótesis del hombre como un ser eminentemente conflictivo en el estado de naturaleza, y a la necesidad de imponerle por la fuerza una ley para su seguridad.

³³Gentile, Francesco, *Politica aut/et statistica, Prolegomini di una teoria generale dell'ordinamento politico, op. cit.*, 110.

³⁴Gentile, Francesco, *Politica aut/et statistica, Prolegomini di una teoria generale dell'ordinamento politico, op. cit.*, 109. Está claro que para el orden político la “*forma estado*” es el formalismo al que la *geometría política* reduce la *política*. Ella pasa a ser *estadística* y la ciencia del Estado deja de ser la *política* en tanto inteligencia de lo que conviene, qué es oportuno, qué es conveniente para la convivencia de los hombres y se convierte en el *poder de imponer a todos el propio querer con la coacción* (*Idem*, 37).

EL DERECHO COMO SINÓNIMO DE FUERZA

Pero la consideración del Derecho como fuerza al servicio del gobernante de turno, como lo mencionamos anteriormente, la encontramos ya en Trasímaco (s. V a.C.), para quien un orden justo está dado por las leyes que promulga algún superior en su propio interés y para promover su interés. “El rasgo común de las acciones justas consiste en que corresponden a un orden justo: son prescriptas por las leyes que promulga algún superior en interés del superior, y de hecho promueven el interés del superior”³⁵.

EL PRINCIPIO DE SOBERANÍA MODERNO Y EL VACÍO DE LEGITIMIDAD

En consecuencia, el principio de validez de la autoridad del soberano, el principio que legitima su poder y el de su ejercicio, paradójicamente se apoya sobre una condición de posibilidad en el interior del ser humano. Ya que se ha perdido la direccionalidad hacia el fin-bien del Estado, el bien común, trocado en la seguridad individual del átomo humano. Esa condición de posibilidad que actúa como aquello que torna eficaz al ordenamiento es el “sentido del deber”, porque para que la persona se obligue por la norma debe indefectiblemente producirse la interiorización de ese control social, del hecho de que una situación de poder se imponga por medio de la ley. Este imperativo categórico del deber que es fundamento de la geometría social, política y jurídica, cuya existencia el pensamiento geométrico no puede justificar, aparece y se evidencia en lo profundo del ser humano. Precisamente es ello lo que demuestra la propia función de la política definida –para esta corriente– como inconveniente, al revelarse como la necesidad de que todo ordenamiento, y específicamente el ordenamiento político-jurídico, se funde sobre una base anhipotética, digamos más bien metafísicamente³⁶.

LA GEOMETRÍA POLÍTICA Y SU CONTRAPOSICIÓN CON EL PENSAMIENTO CLÁSICO

En este marco, la política, geoméricamente entendida como razón de Estado, se traduce en mera alquimia, mecánica o ingeniería de gobierno, mecanismo de fuerza, cuyo principio de orden es este estado soberano, que neutraliza la anarquía mediante la fuerza. El concepto de soberanía, modernamente entendido en su carácter de absoluto y unitario, supone que el soberano no sólo debe librarse del condicionamiento de principios superiores a él sino que debe él mismo erigirse como principio supremo.

³⁵Irwin, Terence, *La Ética de Platón* (tr. de Ana Isabel Stellino), UNAM, México, 2000.

³⁶*Idem*.

La autoridad deja de ser algo natural a lo social, necesario para promulgar un orden y pasa a ser algo separado y superior al Estado, no ya inmanente a él. Aquello que constituye una propiedad, pasa a ser su aspecto definitorio: la *soberanía*, como cualidad suprema de una autoridad. Se termina de vaciar el principio de legitimidad ya que el título en virtud del cual se ejerce la *potestas regendi* se funda en el absoluto y supremo poder del gobernante o *autarquía*, como lo denominaban los antiguos³⁷, que pone de manifiesto la cualidad de la autoridad de ser absoluta y desvinculada de la ley, donde la razón de mando y obediencia se traduce en un simple hecho de mera fuerza. La política deviene la actividad de un grupo particular, convencionalmente definida por un acto de voluntad, prescindiendo de todo principio de orden metafísico. El Estado aparece como autosuficiente, no condicionado por principios extraños a él, sino constituyéndose él mismo en principio. Por eso con los términos “razón de Estado” se quiere significar que todo lo que viene de parte del Estado es razonable y por ello debe imponerse sobre las razones individuales de los particulares. El Estado se afirma como único ordenador, de lo que se deduce que el individuo es incapaz de darse un orden, incapaz de autonomía. El hombre entendió que su apetito podía volverse razonable por obra de una razón superior, la razón del Soberano.

IV. LA GEOMETRÍA LEGAL COMO TÉCNICA

DIFERENCIA ENTRE OPERATIVIDAD Y APLICABILIDAD

Lejos de la característica propia del conocimiento especulativo que es un saber por el saber mismo, conocimiento puro pues no participa la voluntad salvo en la medida en que mueve al hombre a buscar el conocimiento –pero sin alterar por ello su objeto–; en el saber científico o geométrico pudimos ver que es la voluntad del fin operativo, de poder, lo que mueve al científico a conocer. De allí que si bien no debe confundirse la ciencia con la técnica, siendo la última funcional a la primera, se trata siempre de una ciencia técnica porque está dominada por el objetivo operativo y por la voluntad de dominio. Ni deben confundirse los significados de *operatividad* con *aplicabilidad*. Porque lo último supone siempre un conocimiento teórico que se aplica a la praxis y, en tanto tal, todo conocimiento práctico es aplicable, en la medida en que aun cuando tiene su origen en el conocimiento especulativo, se perfecciona en el obrar y

³⁷Cfr. Lamas, Félix A., en “Autarquía, soberanía y fuentes del Derecho”. Buenos Aires. 2004. En Nota N° 34, página 10, el autor dice: Cfr. Bailly: Esta palabra tiene una etimología distinta que la de autarquía y significa la cualidad del principado cuyo poder no deriva de nadie ni de nada.

determina al conocimiento teórico –aunque este siempre es genéticamente anterior–. Mientras que lo operable alude a algo bien distinto, a que este saber técnico mira primero a la operación y, de acuerdo a ella, determina el conocimiento. “La operatividad de la ciencia no excluye el elemento cognoscitivo, pero lo configura como instrumento de operación”³⁸. La experiencia deja de ser tal para convertirse en experimento, como momento de la teoría y de la deducción, en el que se verifica la capacidad de la teoría para dominar una cierta parte de la experiencia, limitada por la perspectiva de la investigación, de modo kantiano. En ello se ve el peligro de la aplicación del método experimental al Derecho, que llevó a consecuencias todavía mucho más graves.

LA NOCIÓN DE LEY EN EL PENSAMIENTO DE LA GEOMETRÍA LEGAL

La *ley*, desde esta perspectiva, es sólo un sistema para resolver conflictos y la persona, un centro de imputación de normas. La *ley* vale no por el contenido de cuanto dispone sino porque es formalmente querida por un sujeto, no ya a causa de su superior ciencia acerca de lo justo y de lo injusto, sino sólo porque es capaz de imponerse a los demás efectivamente. La norma pierde su función directiva, como ordenación del ciudadano al bien común y adquiere el carácter de mera norma técnica que organiza los comportamientos sociales. Y al dejar de constituir un verdadero medio en orden al fin, pierde todo ligamen con su contenido natural asumiendo la forma de una verdadera ficción. Su eficacia operativa guardará exacta proporción con el vigor del poder efectivo del Estado que la impone para el control social. Ella, en tanto expresión del poder, aparece como la única garantía frente a las interferencias de las relaciones entre los individuos. No hay nada seguro fuera de los esquemas definidos por la ley, en ella se busca la precisión y la certeza del Derecho. Entendida de este modo, la *ley* logra la transformación del poder en Derecho, en la medida en que quien está llamado a cumplir la ley, la obedece. En este sentido, aparece con claridad el carácter de *instrumento de control social* que este pensamiento le atribuye al Derecho. “En la legislación de la sociedad está la causa de la hipertrofia legislativa”³⁹.

³⁸Gentile, Francesco, *Filosofía e scienza del diritto*. Modena. Accademia Militare. 1988, 38.

³⁹*Idem*, 127.

V. CONCLUSIONES EN TORNO A LA *GEOMETRÍA LEGAL* COMO FORMA DE SABER

LOS COROLARIOS DEL PENSAMIENTO GEOMÉTRICO

Por último, se desprenden de todo este itinerario los siguientes corolarios o consecuencias⁴⁰ de esta corriente de pensamiento. Por empezar, como todo pensamiento moderno, es abstracto, puesto que separa al hombre de sus aspectos fundamentales. Pero además, su carácter abstracto se expresa en el sentido de ser opuesto a concreto, o lo que es complejo y máximamente determinado, dado que es un saber que se desinteresa del ser de las cosas y no problematiza su punto de partida, asumiéndolo de modo hipotético. Es analítico –por lo mismo que se reduce sólo al dominio de una parte de la experiencia y por ello se opone a lo universal–. Lo abstracto va íntimamente unido a lo analítico, lo primero se asemeja a lo convencional por oposición a concreto y porque el saber científico, en el sentido de saber geométrico, exige una limitación visiva a los efectos de la eficacia del objetivo operativo. De allí que no se ocupa de todo lo que no es operativo o funcional al ese fin. Y por ello es también analítico. Se desinteresa de la historia salvo en todo cuanto le sea útil desde el punto de vista operativo. La historia es vista como el lugar en donde se desencadena la voluntad individual según el más irracional de los desórdenes, lejos de reconocer que en ella se funda toda experiencia humana porque toda experiencia es histórica, en el sentido de que se inscribe en un momento de la historia. Independientemente del hecho de que pueda haber fenómenos de experiencia que no sean históricos. Para el pensamiento geométrico, la ciencia del Derecho debe preservarse de la influencia de la historia, caracterizada por el encuentro tumultuoso de las tendencias políticas y por los juicios subjetivos de valor. Frente a lo conflictivo de la historia, el Estado representa el lugar del orden, siempre que se separe el Derecho de la naturaleza, entendida al modo geométrico como estado de naturaleza y, tal como la entendían los antiguos, a la naturaleza como fuerza. Se elige entre los distintos hechos cuál se quiere tener en cuenta y cuál se quiere dejar de lado. De este modo se construye la historia. En lo que hace a su carácter objetivo, no es *objetiva* en sentido realista, sino en cuanto supone la reducción o atomización de su objeto de estudio, en el sentido de instrumento en función de la operación, de la hipótesis inicial sobre la cual se realiza toda la deducción posterior. Es decir, que el objeto se reduce de modo positivista a lo que puede ser conocido y sometido a

⁴⁰Estas consecuencias son deducidas por el Profesor Francesco Gentile como consecuencia de su reflexión sobre la *Geometría Legal*, Cfr. *Filosofía del Diritto*, op. cit.

operación, como único conocimiento objetivo de la realidad⁴¹. Y, en este sentido, el saber científico es instrumental porque lo que se estudia es reducido siempre a instrumento. El científico se desinteresa de las esencias de las cosas y se aboca al estudio del objeto que se le presenta como el aspecto de la realidad que él desea dominar. Finalmente, por partir de este principio asumido aproblemáticamente, con una finalidad operativa que se impone y determina el saber, desinteresándose del ser de las cosas, de su realidad; se trata de un saber virtual.

⁴¹Gentile, Francesco, *Politica aut/et statistica*, *op. cit.*, 40.

SOBRE LA NATURALEZA Y LA NORMATIVIDAD DE LA NATURALEZA. APROXIMACIONES AL PROBLEMA DE LA *PHYSIS* EN EL IUSNATURALISMO ARISTOTÉLICO-TOMISTA

*Sebastián Contreras Aguirre**

SUMARIO: 1. Cuestiones introductorias. 2. Etimología. 3. Naturaleza en Aristóteles y Santo Tomás. 4. Naturaleza como ley. 5. Naturaleza y bien humano. 6. Consideraciones finales. 7. Bibliografía.

1. CUESTIONES INTRODUCTORIAS

Bien puede proyectarse la relevancia conceptual del término *naturaleza* a todos los ámbitos del saber. Así, tanto la ética como la política clásica descansan sobre el invariable supuesto de que existe una φύσις humana hacia la cual tienden nuestras acciones. Lo mismo ocurre tanto en el arte clásico como en la ciencia¹. Pese a esto, la apelación a la naturaleza resulta, en estos tiempos, por los menos extraña –dudosa, acientífica–, básicamente porque no se habla ya de una *natura* con sentido metafísico, sino de una *physis* puramente fenoménico-empírica²: la naturaleza no es sino un *mero factum brutum*.

No obstante ello, apela el presente trabajo a una *revaluación* del significado clásico de *physis*, y no por acientífico o dudoso, sino porque sólo

*Docente Programa de Formación General Universidad Nacional Andrés Bello. Santiago de Chile, s.contreras@uc.cl

¹Cfr. Riesco, D. (2008). *Los significados de physis según Aristóteles*. Santiago. Facultad de Humanidades Universidad Adolfo Ibáñez, 9 ss.

²En este sentido, junto al concepto mecánico-empírico, estrictamente físico de la naturaleza, existe otro que bien puede ser llamado metafísico-finalístico. Ahora bien, en cuanto al sentido mecánico de la *physis*, la esencia no adquiere un carácter conceptual-universal, sino meramente existencial: *se trata de la esencia como formada por los constitutivos de un ser estáticamente considerados*. Del otro lado, la esencia como realidad metafísica consiste, entonces, en los constitutivos de un ser como principios o fundamentos primeros de su ἐνέργεια específica: *se trata, por ende, de la naturaleza en tanto que substancia operante y activa respecto de un fin*. Luego, es éste el sentido de *physis* que hace posible la fundamentación del derecho y la moral, aquél por el cual se concibe a la naturaleza como substancia en constante movimiento hacia su plenitud ontológica.

éste hace posible la fundamentación del derecho y la moral. La razón de ello, la naturaleza sociorracional del hombre lleva implícita la consideración de un orden objetivo-esencial del cual emanan una serie de normas referidas al ser y obrar humanos. Luego, sólo con base en una metafísica del hombre y su ser puede ser explicado el realismo ético-jurídico.

Con todo, la cuestión de la *physis* como fundamento del derecho y la moral se ha revitalizado en la Teoría del Derecho (específicamente, del derecho natural) gracias a las aportaciones de H. Rommen y su “eterno retorno”. A juicio suyo, «visiblemente hay algo de invencible [...] en esta noción ético-espiritual, que, durante siglos, llevó el nombre de derecho natural [...] Hay pocas nociones a las que se haya maltratado tanto como a esta [...] Pero hay pocas también que pueden ufanarse de una tradición tan noble y hermosa y de un pasado tan grande en trance de engendrar un porvenir lleno de gloria»³. De este modo, el gran intérprete del contenido normativo-invariable de la naturaleza humana ha sido, sin más, el derecho natural.

Ahora bien, la ambigüedad del término *naturaleza* con que se enfrentan en la actualidad tanto el metafísico como el teórico del derecho y la moral supone tales equívocos sobre su contenido⁴, que con razón se le ha presentado como un “concepto altamente peligroso”, pues «con demasiada facilidad da lugar a interpretaciones falsas y, con la misma facilidad, puede ser la palabra clave que permita a alguien subir a la tribuna con un programa que cause horror a quien lo oiga»⁵.

En fin, se propone, entonces, una revaloración del sentido normativo de *physis* y de sus implicaciones en la teoría del derecho natural, presentándosele a éste, no desde un prisma físico-aparencial, sino desde su significación ético-teleológica –sin la cual mal podría invocarse como fundamento objetivo del derecho y la moral, pues es este principio finalístico el que, a fin de cuentas, nos muestra el orden de los entes y resuelve el problema de la normatividad natural–. Procederemos, por tanto, invocando este sentido normativo de la *physis* desde la etimología del término, hasta su consideración en la propuesta aristotélico-tomista, para luego, y consiguientemente, presentar a la *natura* humana como fuente de la legalidad. Comencemos, por tanto, con la etimología.

³Rommen, H. (1950). *Derecho natural*. México DF. Jus, 119.

⁴Cfr. Madrid, R. (1995). “El concepto normativo de *physis* en Tales de Mileto”. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 22, n° 1, 61.

⁵Adomeit, K.; Hermida del Llano, C. (1999). *Filosofía del derecho y del estado. De Sócrates a Séneca*. Madrid. Trotta, 101.

2. ETIMOLOGÍA

Tal y como ha sido atestiguado por J. Hervada⁶, las palabras “natural” y “naturaleza”, tanto en el lenguaje vulgar como en el filosófico, designan una multiplicidad de sentidos, en tal manera que incluso –señala– «se han detectado hasta una veintena de significados o de modalidades de algunos de ellos». Según esto, procede el vocablo *naturaleza* del término *natura*, «traducción exacta del griego *physis*»⁷, nombre correspondiente al verbo “fúo” traducido al español como “nacer”, “producir”, “hacer crecer” o “formarse”. Así, sea desde el griego, sea desde el latín, implica la *naturaleza* algo viviente, aquello que nace y crece hacia la generación y la muerte, aquello que muestra el “origen fecundo de todos los seres”⁸.

En cuanto a *natura*, traducción latina de *physis*, proviene éste de *gnatura*, o sea, *engendrar*. Por ello es que juristas como Paulo o Ulpiano entendieron a la *natura* como derivada de “nasci” (“nascor”), lo que, ineludiblemente, refiere a la idea de “generación”, “crecimiento” o “plenitud” aludida por Aristóteles⁹. Lo importante, eso sí, es que «no se quedaron los primeros filósofos [...] en las naturalezas particulares, en lo fenoménico, sino que buscaron un cierto principio que fuera lo menos particularizado, siempre en busca de lo universal, en donde pudiera estar explicado el propio hombre»¹⁰. De este modo, conlleva la *naturaleza* a “lo que surge”, “lo que nace”, «y por ello también [a] cierta cualidad innata, o propiedad [...] que hace que esta cosa sea lo que es en virtud de un principio propio suyo»¹¹.

⁶Hervada, J. (1996). *Historia de la ciencia del derecho natural*. Pamplona. EUNSA, 27.

⁷Brugger, W. (1972). “Naturaleza”. *Diccionario de filosofía*. Barcelona. Herder, 364.

⁸Paniker, R. (1951). *El concepto de naturaleza*. Madrid. Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 85-87.

⁹Cfr. Martínez, J. (1999). *Reconsideraciones al pensamiento político de Santo Tomás de Aquino*. Mendoza. Universidad Nacional de Cuyo, 34. Conforme lo expone J. Martínez, el término *naturaleza*, clave en la filosofía ético-política de Aristóteles y Santo Tomás, aparecería en las obras del Angélico más de treinta y cinco mil veces, como referida a “origen”, “inteligibilidad”, “finalidad intrínseca”, “idea divina realizada”, o a otras tantas expresiones. Lo importante, señala, es que no existiría incompatibilidad alguna entre el uso griego y cristiano dado al concepto de *physis*, pues en uno y otro caso la *naturaleza* es *nacimiento*, *generación*, aquello que un ente tiene como fuente de la operación por la cual engendra. Luego, se concibe a la *physis* no sólo como principio intrínseco-entitativo, sino también como principio operativo, lo cual ha sido abiertamente suscrito por griegos y cristianos. De ahí que la lectura aristotélica de *physis* bien pueda ser complementada (en nuestra opinión, debe ser complementada) con la exposición de Santo Tomás.

¹⁰Beuchot, M. (1985). “El derecho natural en la ética”. *Ensayos marginales sobre Aristóteles*. México DF. UNAM, 170.

¹¹Ferrater, J. (2001). “Physis”. *Diccionario de filosofía*. Barcelona: Ariel, 2001, 2779.

Por último, y conforme a la exposición de E. Morón¹², en su etimología, y hasta el sánscrito, proviene *naturaleza* de la raíz indoeuropea *bhu*, «cuya significación primaria está emparentada con el más importante de los verbos humanos y la más esencial de todas las palabras: *ser*», raíz que, por ejemplo, se conserva intacta en el actual inglés *to be*.

3. NATURALEZA EN ARISTÓTELES Y SANTO TOMÁS

Tanto la ética como el derecho, y en general todo el realismo teórico, se hacen insustentables sin la consideración de una antropología (metafísica) consistente, fundamentalmente, en la afirmación de un cierto modo de ser y de operar –naturaleza–, «que no nos hemos dado a nosotros mismos [...] y que es por completo indispensable para toda nuestra conducta»¹³. .

Ya en los presocráticos ha sido entendida la *physis* como el principio explicativo de todas las cosas, sustrato inmutable que sirve de eje del cambio y del reposo. No obstante ello, seguía ésta siendo concebida desde una cierta perspectiva meramente aparental. Luego, es el aristotelismo el que inicia una verdadera metafísica de la naturaleza, porque sólo éste le entrega a la filosofía las posibilidades teóricas para una adecuada consideración del carácter esencial-dinámico de la *natura*. En este sentido, «es Aristóteles quien lleva, en el mundo antiguo, el desarrollo del concepto de *physis* o *naturaleza* a su plenitud especulativa, tanto en su aspecto propiamente metafísico como en su tradición ético-jurídica, y lo deja en condiciones de ser continuado, siglos después, por la Escolástica y otros pensadores medievales, que fundan a su vez la noción tal y como ésta llega a la filosofía contemporánea»¹⁴.

Conforme lo expone Aristóteles, a diferencia de los artefactos, cuya finalidad pende de una realidad externa, las cosas naturales poseen en sí y de por sí el principio de su movimiento y su reposo¹⁵. Por ello es

¹²Morón, E. (2006). *El ser, el hombre y la razón como fundamentos de la moral y el derecho*. Córdoba. Alveroni, 36.

¹³Millán-Puelles, A. (1994). *La libre afirmación de nuestro ser*. Madrid. Rialp, 171.

¹⁴Madrid (1995), *op. cit.*, 62. En opinión de Sánchez de la Torre, la visión metafísica de la naturaleza en Aristóteles se situaría como una vía media entre las propuestas de Demócrito y Platón. Así, mientras para Demócrito la *physis* tenía una lógica mecanicista, para Platón, por el contrario, ésta era concebida como la bella obra acabada de una razón ordenadora. De este modo, el aristotelismo estaría caracterizado por presentar a la *physis* como «lo que en cada ser está latiendo como potencia y se despliega conforme al fin». Sobre esto: Sánchez de la Torre, A. (1962). *Los griegos y el derecho natural*. Madrid. Tecnos, 99.

¹⁵*Phys.* III, 1, 200b 10-15. Sobre esta distinción arte-naturaleza, cabe la siguiente consideración: toda acción productiva se desarrolla teniendo en cuenta un cierto modelo ideal. Lo importante es, con todo, que el operar no agota todas las formas de producción. También las cosas naturales se presentan como procesos productivos, con la diferencia de que, en este caso, no existen instrucciones o directivas externas, sino que la orientación del movimiento

que declara que de los entes, «unos son por naturaleza, otros por otras causas; por naturaleza, los animales y sus partes, y las plantas, y los cuerpos simples, como tierra y fuego y aire y agua, pues éstas y otras cosas por el estilo son las que decimos que son por naturaleza [...] siendo la naturaleza un principio y causa de movimiento y reposo en aquello en lo cual está presente directamente, en virtud de su propio ser y no de lo que ocurre que es por accidente [...] Naturaleza es, pues, lo que se ha dicho; poseen naturaleza cuantas cosas poseen un principio tal»¹⁶. Asimismo, y de acuerdo a la tesis tomasiana, «las cosas naturales difieren de las no naturales en cuanto tienen naturaleza [...] en cuanto tienen en sí el principio del movimiento; luego la naturaleza no es otra cosa que el principio del movimiento y del reposo en aquello en que está primero y por sí, y no por accidente»¹⁷. La naturaleza es, entonces, el *esse ut quo*.

De la misma forma, «[s]e llama naturaleza, en un sentido, la generación de las cosas que crecen [...] en otro sentido, aquello primero e inmanente a partir de lo cual crece lo que crece. Además, aquello de donde procede en cada uno de los entes naturales el primer movimiento, que reside en ellos en cuanto tales»¹⁸. Según esto, es la naturaleza, en cada ente, su

es interna al mismo proceso. En este sentido, declara, “la cosa natural se produce a sí misma”. Esto es evidente en la generación y, por eso, Aristóteles hace notar que un hombre nace de otro hombre mientras que una cama no nace de otra cama. A este respecto: Viola, F. (1998). *De la naturaleza a los derechos*. Granada. Comares, 76 ss.

¹⁶Phys. II, 1, 192b 35-40.

¹⁷In Phys. II, lect. 1, 93.

¹⁸Metaph. V, 4, 1014b: «Se llama *naturaleza*, en un sentido, la generación de las cosas que crecen; por ejemplo, si uno pronunciara la u alargándola; en otro sentido, aquello primero e inmanente a partir de lo cual crece lo que crece. Además, aquello de donde procede en cada uno de los entes naturales el primer movimiento, que reside en ellos en cuanto tales. Y se dice que crecen cuantas cosas tienen aumento a través de otro por contacto y unión natural, o por adherencia, como los embriones. Pero la unión natural se diferencia del contacto, pues en éste no es necesario que haya ninguna otra cosa además del contacto, mientras que en las cosas que están unidas naturalmente hay en ambas algo idénticamente uno, que hace que, en vez de tocarse, estén unidas naturalmente y sean una sola cosa en cuanto a la continuidad y la cantidad, pero no en cuanto a la cualidad. Y se llama también naturaleza el elemento primero, informe e inmutable desde su propia potencia, del cual es o se hace alguno de los entes naturales; por ejemplo, se dice que el bronce es la naturaleza de una estatua y de los utensilios de bronce, y la madera, de los de madera [...] Y, todavía, en otro sentido, se llama naturaleza la substancia de los entes naturales; así lo entienden, por ejemplo, los que dicen que la naturaleza es la composición primera, o, como dice Empédocles: «no hay naturaleza de ninguno de los entes, sino que sólo hay mezcla y permutación de las cosas mezcladas, pero se llama naturaleza entre los hombres». Por eso también cuantas cosas son o se generan naturalmente, aunque exista ya aquello a partir de lo cual naturalmente se generan o son, decimos que aún no tienen la naturaleza si no tienen la especie y la forma. Por consiguiente, es por naturaleza lo que consta de estas dos cosas, como los animales y las partes de ellos. Y es naturaleza no sólo la materia primera (y ésta, de dos modos: o la primera para el objeto mismo, o la primera absolutamente; por ejemplo, para los objetos hechos de bronce, el bronce es primero para ellos; pero, absolutamente, sin duda el agua, si es que todas las cosas fusibles son agua), sino también la especie y la substancia; y éste es el fin de la generación. Y, por

peculiar modo o manera de ser en tanto que efectivamente dada en él como su más radical principio activo¹⁹. De ahí que sea posible presentar a la *naturaleza* como *quidditas*, no desde una consideración *estática* –la *quidditas* como fuente y causa de tales o cuales determinaciones permanentes–, sino en cuanto realidad *dinámica* encaminada a la acción. De este modo, supone la naturaleza un cierto dinamismo propio de los entes: *la naturaleza es el principio operativo de cada ente en lo que le compete en relación al orden del universo*²⁰.

En tanto que principio regulador del obrar, es que la *quidditas-esencia* es llamada *naturaleza* por la filosofía clásica, pues como dice Tomás de Aquino, naturaleza, tomada de este modo, «significa la esencia en cuanto está ordenada a su operación propia, puesto que ninguna cosa está privada de su propia operación»²¹, esto es, la esencia como realidad dinámica y fundante, principio explicativo de los seres en los que la *vida* es su valor fundamental²². Por ello es que la *physis* tiñe todo el ámbito del ser, afectando, consecencialmente, a la raíz misma del problema metafísico central²³: *la naturaleza es la essentia, forma, quidditas* de una cosa²⁴.

Dado lo anterior, se dice la *naturaleza* en variados sentidos, a saber: i) en tanto que generación de las cosas que nacen y crecen; ii) en tanto que «principio interno de esas cosas a partir del cual comienza el crecimiento»²⁵, o sea, en cuanto principio específico de la generación; iii) en tanto que principio intrínseco del movimiento de los entes; iv) en cuanto materia; v) en cuanto substancia o esencia de las cosas naturales; y vi) en general, como “toda sustancia”²⁶. En los mismos términos, *mutatis mutandis*, expone

extensión, a partir de aquí y en general, toda substancia se llama naturaleza a causa de ésta, porque también la naturaleza es cierta substancia. Así, pues, de acuerdo con lo expuesto, la naturaleza primera y propiamente dicha es la substancia de las cosas que tienen el principio del movimiento en sí mismas en cuanto tales; la materia, en efecto, se llama naturaleza por ser susceptible de este principio, y las generaciones y el crecimiento, por ser movimientos a partir de este principio. Y el principio del movimiento de los entes naturales es éste, inmanente en ellos de algún modo, o en potencia o en entelequia».

¹⁹Cfr. Millán-Puelles, A. “Naturaleza”. *Léxico filosófico*. Madrid. Rialp, 1984, 438.

²⁰In *Metaph.* XII, lect. 12.

²¹*De ente et ess.* I, 2.

²²Blázquez, N. (1994). “Ley natural”. Del Pozo, G. *Comentarios a la “Veritatis Splendor”*. Madrid. BAC, 1994, 596. En opinión de N. Blázquez, a esta concepción de “naturaleza” corresponde el significado de expresiones como: “dejar hacer a la naturaleza”; “seguir el curso de la naturaleza”; “respetar la naturaleza”.

²³Ocampo, M. (2002). “Algunas precisiones sobre el concepto de naturaleza en Santo Tomás de Aquino”. Berger, D. *Doctor Angelicus II*. Köln. Thomisticae, 81.

²⁴*ST.* I, q. 29, a. 1, ad 4; *ST.* I-II, q. 60, a. 1.

²⁵Reale, G. (1999). *Guía de lectura de la Metafísica de Aristóteles*. Barcelona. Herder, 51.

²⁶*Ibid.*

el Angélico su estudio acerca de la *natura*²⁷. Así, «[s]in ninguna duda, la noción de naturaleza es una encrucijada donde el Aquinate espera al Estagirita para dialogar acerca de casi todos los asuntos filosóficos [...] La naturaleza es entonces un asunto de interés común para ambos»²⁸.

Ahora bien, y pese a esta multiplicidad de sentidos, es claro que en Aristóteles, lo mismo que en Santo Tomás, existe un primer analogado que hace las veces de significado fundante de todos los restantes. Este primer analogado, del cual fluyen los diversos sentidos atinentes a la *physis*, no es sino el de la naturaleza como esencia de las cosas que poseen en sí, y de por sí, el principio de su movimiento y su reposo. Tal es su fundamentalidad, que todos los otros sentidos se explican únicamente en función de éste.

De otro lado, tanto en lo físico como en lo metafísico, la naturaleza se ordena respecto de un fin. Es, por tanto, una realidad teleológica. Así lo ha explicitado Santo Tomás al decir que el fin es la naturaleza en cuanto acabada, perfección del acto segundo que constituye la misma actividad del ser²⁹. Pero es, asimismo, causa formal (forma)³⁰, puesto que es natural a una cosa «lo que le conviene por la condición de su forma mediante la cual está constituida en tal naturaleza, como el fuego [que] tiende naturalmente hacia arriba»³¹. De ahí que se diga, entonces, que *la forma es también la naturaleza*³², básicamente porque nada se dice que tenga naturaleza sino por la forma³³. Luego, *forma est natura*.

Con todo, señala Aristóteles que la naturaleza de cada cosa es su fin –o como dice Tomás, *finis rerum naturalium est natura ipsarum*–, «porque lo que cada cosa es, cuando se ha desarrollado plenamente, lo llamamos su naturaleza, si hablamos de un hombre, un caballo o una familia. Además, la causa final y el fin de una cosa es lo mejor, y ser autosuficiente es el fin y lo mejor»³⁴. Lo importante, de este modo, es que el fin natural no es un mero término, sino aquello por lo que el ente actúa y hacia lo que éste tiende³⁵. Así, sostiene el Aquinatense: «las cosas que se producen naturalmente son realizadas hacia un fin, luego son tan naturalmente aptas para ser ejecutadas de modo que se hagan por un fin; para la naturaleza,

²⁷In *Phys.* II, lect. 1, 93; *ST.* I-II, q. 10, a. 1; *CG.* IV, 35. En tanto que esencia o quiddidad, indica la naturaleza el “qué” de una cosa, lo *que* una cosa es, su *sistere*, para usar la expresión de J. Ferrater. De ahí que no haya problema en denominar esencia a la naturaleza considerada como principio del operar.

²⁸Martínez, J. (2006). “El comentario de Santo Tomás a la *Política* de Aristóteles. Un análisis desde el *Prooemium*”. *Veritas*, vol. 51, n° 3, 16.

²⁹Cfr. *ST.* I, q. 73, a. 1.

³⁰Cfr. *Phys.* 193b 8; *In Phys.* II, lect. 2, n. 99.

³¹*In II Sent.* d. 39, q. 2, a. 1.

³²Cfr. *Phys.* 193a 29-31.

³³*In Metaph.* V, 4, n. 824.

³⁴*Pol.* I, 2, 1252b 32-35.

³⁵Cfr. González, A. (1996). *Naturaleza y dignidad*. Pamplona. EUNSA, 109.

apetecer su fin es tener aptitud natural para aquél. Por tanto es evidente que la naturaleza obra por algún fin»³⁶.

En el mismo sentido, declara el Filósofo que la naturaleza no hace (produce) nada al azar o sin una cierta finalidad³⁷. De ahí que la *essentia-natura* sea concebida por la filosofía clásica desde la idea de una teleología (más bien, de una teleonomía), según la cual la *physis* no es sino *enérgeia* orientada, coherente y constructiva³⁸. De esta manera, la naturaleza es la esencia de un ente real considerada como principio intrínseco de su obrar, mas no de cualquier obrar, sino de aquel que lo conduce a su fin propio, es decir, a aquel donde el ente encuentra su correlativa (y natural) perfección. Es esto lo que quiere expresar Santo Tomás al decir que la naturaleza no es más que la razón de cierto arte, el divino, en cuanto inscripto en la esencia de las cosas, por el cual éstas se mueven en razón de un cierto fin³⁹.

Conforme a la tesis tomista, que la naturaleza sea, pues, el fin de las realidades naturales se prueba por esta razón: «La naturaleza de cada realidad es aquello que le conviene cuando su generación es perfecta. Así como la naturaleza del hombre es la que posee después de consumarse la perfección de su generación, y lo mismo se dice del caballo y de la casa, con tal que por la naturaleza de la casa entendamos su forma. Y la disposición de la cosa, que posee por su perfecta generación, es el fin de todo lo que hay antes de su generación. Luego lo que es fin de los principios naturales por lo que algo se genera, es la naturaleza de esta realidad»⁴⁰.

Por último, la naturaleza es medida y proporción. Es medida en tanto que principio operativo orientado hacia un fin⁴¹. Y es razón, o medida de proporción, en cuanto consiste en el plan *constructivo entrañado en todo ser, norma determinante de su obrar*⁴². La naturaleza es, entonces, la índole constitutiva de cada cosa, su manera de ser fundamental conforme a la cual dicha realidad actúa⁴³. Es, sin lugar a dudas, la ley suprema de la moral⁴⁴.

³⁶*In Phys.* II, lect. 13, n. 174.

³⁷*Pol.* 1253a 9.

³⁸Guthrie, W. (1993). *Historia de la filosofía griega. Introducción a Aristóteles*. Madrid. Gredos, 122.

³⁹Cfr. *In Phys.* II, lect. 14, n. 183.

⁴⁰*In Pol.* I, lect. 1, n. 18.

⁴¹Cfr. Hervada (1996), *op. cit.*, 31.

⁴²Brugger (1972), *op. cit.*, 364 ss

⁴³Cfr. Llano, A. (2007). *La vida lograda*. Barcelona. Ariel, 29.

⁴⁴Rommen (1950), *op. cit.*, 25.

4. NATURALEZA COMO LEY

Tal y como se ha descrito en la sección anterior, no es la naturaleza un concepto vacío y meramente físico, sino una realidad dinámica y fundamental de la estructura entitativa de los seres: su esencia. Es esto, pues, lo que permite mostrarla como criterio de moralidad, fuente y causa de la normatividad en el hombre. Pese a ello, dicha remisión a la estructura esencial del ser humano –su *natura-quidditas*– es, sin más, el aspecto más problemático de la concepción clásica de la ley y el derecho natural, preferentemente porque desde la gnoseología moderna se ha juzgado impropio la derivación de proposiciones deónticas desde la pura descriptibilidad del ser.

Contra esto, no obstante, postulamos firmemente la posibilidad de una normatividad en esta esencia-dinámica, pues, como explica Santo Tomás, dondequiera que exista una naturaleza determinada, «se encuentran también operaciones determinadas convenientes a dicha naturaleza; pues la operación propia es consecuencia de la naturaleza de cada ser»⁴⁵. En este sentido, por naturaleza conviene a cada uno «aquello por lo cual tiende a su fin natural [...] Luego, es evidente que el bien y el mal de los actos humanos no dependen únicamente de la disposición de la ley, sino también del orden natural»⁴⁶. De ahí que sea posible postular la existencia de actos rectos *por naturaleza*. La clave está, por tanto, en la teleología natural: *si la naturaleza es, en algún sentido, normativa, esto se debe a que es depositaria de una racionalidad derivada de un fin*⁴⁷.

En efecto, resulta gnoseológicamente imposible fundar y teorizar coherentemente el problema jurídico con prescindencia de una *cierta* posición sobre el ser y nuestra estructura de conocimiento, en tal medida que «la iusfilosofía realista se funda en una filosofía realista, de modo tal, que la comprensión plena de aquélla exige conocer soluciones metafísica, gnoseológica y antropológica que la posibilitan y fundan»⁴⁸.

Si la naturaleza puede, entonces, comprenderse teleológicamente, bien puede el hombre intentar un estudio del fin que se da en él de modo natural, así como de la relación de mutua conformidad existente entre ser y entendimiento. De esta forma, interpreta la teleología los estadios de las cosas como procesos (dinámicos) que van desde un comienzo hasta una realización, porque el principio operativo en que consiste la *physis* está siempre orientado hacia un determinado fin: la causalidad final es lo que atrae y dirige el movimiento; el comienzo es un principio orientado

⁴⁵CG. III, c. 129, 3.

⁴⁶CG. III, c. 129, 7.

⁴⁷González, A. (2006). *Moral, razón y naturaleza*. Pamplona. EUNSA, 77.

⁴⁸Vigo, R. (1984). *Visión crítica de la historia de la filosofía del derecho*. Santa Fe. Rubinzal y Culzoni, 37.

a un *tender hacia*, que es consciente pero externo en el caso del arte, e inconsciente pero intrínseco en el caso de la naturaleza⁴⁹.

En los mismos términos señala Heidegger que la *physis*, entendida como “salir” o “brotar”, «puede experimentarse en todas partes [...] es el ser mismo, en virtud del cual el ente llega a ser y sigue siendo observable [...] *physis* significa la fuerza imperante que sale y el permanecer regulado por ella. En esta fuerza imperante, que permanece al salir, están incluidos tanto el ‘devenir’ como el ‘ser’»⁵⁰. Necesaria es, por tanto, esta “fuerza imperante que surge”. Sólo así podría entenderse de modo preciso el sentido dinámico entregado a la esencia por los teóricos clásicos de la ley y el derecho natural.

Ahora bien, emerge la *physis* para los clásicos como una realidad divina y superior a toda norma humana⁵¹. Es esta la conclusión a la que llega Aristóteles cuando declara que existe, por cierto, una causa divina de la naturaleza, en tal manera que todas las cosas tendrían, por ello, algo de divino⁵². Luego, se trata la naturaleza de una realidad completa, perfecta y perfectible, principio englobante de todo cuanto existe –“de lo humano y lo divino”, para usar la expresión de M. Villey–, quidditas dinámica que hace posible el discernimiento de lo bueno y de lo malo, de lo justo y de lo injusto. De ahí que el Filósofo no vea en la naturaleza únicamente a los seres singulares (en tanto que realidades primeras), sino también a las formas y esencias generales de todos los vivientes. Es por ello, señala Villey, que se ha manifestado el orden del mundo⁵³.

De acuerdo con ello, el concepto de *naturaleza humana* no es, por cierto, el concepto de un mero fenómeno natural o descriptivo, sino manifestativo de la función ordenadora (y normativa) de la razón⁵⁴ –en cuanto

⁴⁹Cfr. Viola, F. (1998), *op. cit.*, 76-79. Conforme a la tesis de F. Viola, la teleología natural de Aristóteles se opondría a la de Platón en el *Timeo*, en la que se mostraba el orden del mundo como resultado de un plan general puesto en obra por un arquitecto divino. Aristóteles rechaza esta concepción por múltiples razones, todas ligadas a su crítica a la doctrina platónica de las ideas. Luego, Aristóteles no hace de la teleología un principio cósmico universal. No piensa que la teleología excluya otros tipos de explicación. Su atención por la causa final de aplica directamente al ser individual y a la explicación de su devenir según la especie a la que pertenece.

⁵⁰Heidegger, M. (1959). *Introducción a la metafísica*. Buenos Aires. Nova, 50 ss. En este sentido, será la naturaleza para Heidegger una dimensión tradicionalmente metafísica –naturaleza como esencia–, y que en el caso de la razón práctica servirá como medida del actuar humano. En esto radica la base de la ontología de la realidad (corporal-orgánica) de la idea heideggeriana. De esta manera, consiste la *physis*, para Heidegger, en una “fuerza imperante que surge”.

⁵¹Cfr. Kwiatkowska, T. (2001). *Mundo antiguo y naturaleza*. México DF. Plaza y Valdes, 48.

⁵²Cfr. *EN*, X, 9 1179b 21-25; *EN*, VII, 13, 1153b 32.

⁵³Villey, M. (1978). *Método, fuente y lenguaje jurídico*. Buenos Aires. Ghersi, 9-10.

⁵⁴Rhonheimer, M. (2000). *La perspectiva de la moral*. Madrid. Rialp, 192 ss. Pese a ello, no coincidimos con Rhonheimer en el rechazo del carácter axiológico propio de la *physis*

adecuada a la *physis*—. De este modo se explica el que la racionalidad sea, por ello, algo también natural, puesto que explicita la tendencia propia y definitoria del hombre: el ejercicio de su inteligencia en la captación del ser, *lo primero que es aprehendido, la cosa más conocida*⁵⁵. Así, destaca K. Hörmann «que el fundamento óntico de la moralidad *está en la naturaleza racional del hombre*, con los fines que le están previamente señalados [...] lo moralmente recto sería lo naturalmente recto, es decir, lo exigido por la plena realidad de la naturaleza del hombre»⁵⁶.

El problema es, por ende, si la noción misma de naturaleza desempeña sólo una función inicial y directiva, de *terminus a quo*, o si puede ser también calificada como *terminus ad quem*, causa final, criterio de definición de lo natural y contranatural. Con todo, y tal según lo hemos propuesto, la naturaleza es criterio normativo sólo si es considerada teleológicamente. Lo puramente fáctico, los “desnudos hechos biológicos”, no constituyen un criterio moral⁵⁷. En este sentido, al considerar a la naturaleza como un puro conjunto de fenómenos —como el mundo de la facticidad—, no tiene ésta relevancia jurídica alguna, puesto que serán los hombres los que, en definitiva, introduzcan sus valoraciones del mundo y la dinámica social conforme con criterios libremente propuestos por ellos. Así, la interpretación teleológica de la naturaleza no es sólo legítima, sino sobre todo indeclinable y necesaria⁵⁸.

Si bien la naturaleza es algo real y descriptible, se encuentra ésta en lo teleonómico-normativo, en que aquello que yace “más allá de lo físico”. Entonces, la naturaleza en la que se apoya la tesis iusnaturalista es ciertamente una realidad, un constitutivo propio de los entes y, concretamente, del ser humano. Mas, no supone ello que sea la *physis* algo solamente empírico. Por el contrario, se presenta ésta como algo inminentemente metafísico, de modo que la estrecha conexión entre el significado ontológico de la *natura-quietud* y la teleología natural está tan arraigada en el

humana, esto es, a la independencia de la razón, respecto de la naturaleza, en la determinación de la bondad o maldad moral. De hecho, apela nuestra propuesta a la idea contraria, es decir, a la confirmación del carácter inminentemente moral de la naturaleza del hombre que le permitiría plantearse como criterio de justicia y bondad. Ahora bien, en lo que sí concordamos con el referido autor es en la importancia atribuida por éste (aunque de modo diverso) a la función de la razón natural en el descubrimiento de la normatividad natural, precisamente porque desde el iusnaturalismo clásico se ha entendido la ley natural como participación del hombre en la *razón* ordenadora de Dios, gracias a la captación de la virtud práctica de la *sindéresis*. En fin, mal podría, entonces, llamarse “teoría de la ley de la naturaleza” a la propuesta de M. Rhonheimer.

⁵⁵ST. I, q. 5, a. 2; *De Ver.* I, 1.

⁵⁶Hörmann, K. (1985). “Ley moral natural”. *Diccionario de teología moral*. Barcelona. Herder, 708 (las cursivas son nuestras).

⁵⁷Arregui, J. (2002). *Filosofía del hombre*. Madrid. Rialp, 450.

⁵⁸Del Vecchio, G. (1916). *El concepto de la naturaleza y el principio del derecho*. Madrid. Hijos de Reus, 22.

pensamiento filosófico de Aristóteles y Santo Tomás que su abandono no expresaría más que el rechazo explícito de la misma: *una naturaleza que por sí no está inclinada a nada, se convierte inmediatamente en objeto de violencia y de manipulación ilimitada*⁵⁹.

Desde esta perspectiva, no sólo el derecho, también la justicia y la ley natural son realidades de índole ontológica, pues tanto el derecho como la ley son proporción y medida que se asientan en la estructura metafísica de la *physis* humana. Por consiguiente, de la propia naturaleza específica del hombre surge un orden o ley que rige para todos los individuos que la conforman, sin importar el tiempo o el lugar⁶⁰. La propia naturaleza del hombre es, de este modo, fuente de legalidad, pues, como dice Lactancio, *verdadera ley es la recta razón que se ajusta a la naturaleza*.

5. NATURALEZA Y BIEN HUMANO

Conforme a la tesis de J. Fuchs⁶¹, se entiende por bien humano aquello que el individuo ha valorado como consistente tanto en razón de su *telos* como en razón de su condición natural, precisamente debido a la presencia de leyes “escritas en la naturaleza de su ser”. Luego, se trata el bien humano de una identificación *natural* entre lo que un individuo concibe intelectualmente como rectitud y valor intrínseco y su capacidad también natural para comportarse de manera *ajustada* con dicho valor. Se trata, en definitiva, de la correcta realización corpóreo-espiritual del hombre, según sea o no ésta calificada de bondad o maldad. Así, el bien humano se encuentra debidamente inscrito en la naturaleza del hombre.

En los mismos términos, declara H. Veatch⁶² que el mismo “es” de la naturaleza del hombre tiene en su esencia un “debería”. En este sentido, descubre el hombre lo que “debe” sólo mediante la comprensión intelectual de su “ser”, dado que es este *esse* el que determina los estándares de su propia perfección. De ahí que la naturaleza se encuentre inevitablemente ordenada a ciertas normas que regulan su perfeccionamiento. De esta forma, si el fundamento de la ética no fuera la naturaleza, tendríamos que acudir o al contrato social, o al consenso, o cualquier otro supuesto ordenador de la vida social. Luego, y en el modo en como ha sido des-

⁵⁹Viola, F. (1998), *op. cit.*, 20.

⁶⁰Cfr. Owens, J. (1981). “Nature and Ethical Norm in Aristotle”. Catan, J.R. *Aristotle*. Albany. State University of New York Press, 165-166.

⁶¹Cfr. Fuchs, J. (1977). *Natural Law. A theological investigation*. New York. Sheed and Ward, 7.

⁶²Veatch, H. (1981). “Natural Law and the ‘Is’-‘Ought’ Question”. *Catholic Lawyer*, n° 26, 265.

crito por J. Pieper, «[t]odo deber ser se funda en el ser. La realidad es el fundamento de lo ético. El bien es lo conforme con la realidad»⁶³.

Dado lo anterior, pensar que el δίκαιον φύσικον es lo adecuado a lo físico-natural en el hombre es confundir abiertamente el “ser” con el “deber”, subordinar la razón natural a la fuerza, pretender que la naturaleza consiste en un mero hecho “ordenado” pero sin una finalidad. Consecuentemente, el bien que debe obrar el hombre no constituye un ideal, un a priori de la razón, sino un bien concreto, prácticamente alcanzable⁶⁴, o como dice Aristóteles, «no se trata, pues, de plasmar un ideal fijo, inmóvil y absoluto, sino de comportarse según la naturaleza y la finalidad del hombre en relación a las situaciones, condiciones y circunstancias reales de la vida humana»⁶⁵. Según esto, la naturaleza humana es, precisamente, la condición de posibilidad del despliegue del hombre hacia su bien final constitutivo de su propia perfección. Por ello, lo natural en el hombre tiene carácter de fin, de tal modo que el hombre *o es ético, o no es hombre*⁶⁶.

En contra de esta interpretación normativa de la physis, sostiene el positivismo de H. Kelsen⁶⁷ que la naturaleza no es más que un conjunto de hechos conexionados entre sí en virtud del principio de causalidad. Dicha naturaleza es, pues, un ser (*Sein*), del cual no podría deducirse un deber (*Sollen*): «ningún deber –declara– puede ser inmanente al ser, ninguna norma a un hecho, ningún valor a la realidad empírica [...] La realidad y los valores pertenecen a dos campos distintos». En este contexto, el recurso a la naturaleza humana nunca podría servir como argumento para la fundamentación de la conducta recta. Sin perjuicio de ello, supone la physis una finalidad y racionalidad tal, que sin lugar a dudas el bien del hombre se dice por su correspondencia o disconformidad con dicho orden natural.

Bien, como el obrar sigue al ser –*operari sequitur esse*–, la norma moral del actuar reside indefectiblemente en el *esse*, en la esencia en cuanto principio de operación, que no es el devenir puro o *existencia* en el sentido moderno, sino que la misma quiddidad en tanto que principio operativo tendiente hacia un fin. La norma, lo normante, «radica –sostiene J. Hervada– en la naturaleza. De ahí que el orden impreso en el ser, participación del intelecto ordenador divino, huella o vestigio de la sabiduría divina, se encuentre en la naturaleza del ser: es un orden natural»⁶⁸. Del

⁶³Pieper, J. (1974). *El descubrimiento de la realidad*. Madrid. Rialp, 15.

⁶⁴Hervada (1996), *op. cit.*, 60.

⁶⁵EE. I, 8.

⁶⁶Yepes, R. (2006). *Fundamentos de antropología*. Pamplona. EUNSA, 80.

⁶⁷Kelsen, H. (1966). “Justicia y derecho natural”. VV.AA. *Crítica del derecho natural*. Madrid. Taurus, 103.

⁶⁸Hervada (1996), *op. cit.*, 157.

mismo modo, siendo el ser el origen de la perfección de los actos, se constituye, por ello, en el origen mismo de las operaciones.

6. CONSIDERACIONES FINALES

Es la naturaleza, en tanto que fuente del conocimiento, la naturaleza en el sentido de la razón natural, la que hace posible el conocimiento de la pauta jurídica suprema: la legalidad de la *physis*. Vale ésta, entonces, como matriz del conocimiento moral y como pauta normativa del derecho justo⁶⁹. Así, se parte en el derecho natural de una concepción metafísica del ser, que no se corresponde, como ha pensado el Positivismo, con lo mutable y contingente, sino con lo trascendente: «lo que es, no lo que tenemos delante [...] sino la esencia, [...] se oculta tras la apariencia sensible»⁷⁰.

Ahora bien, la naturaleza no sólo expresa lo trascendente. Expresa, asimismo, lo ideal, en el sentido de que no da cuentas solamente de lo que se es, sino también, y primeramente, de lo que se debería ser. De este modo, no expresa la esencia únicamente el ser considerado ontológicamente. Expresa, además, el ser en tanto que plenamente constituido, básicamente porque, desde la metafísica trascendental, ser y bien se identifican, *ens et bonum convertuntur*.

Conforme con ello, la búsqueda de un fundamento moral de la naturaleza debería estar guiada por la convicción de que sin una dimensión ética tanto la naturaleza como la vida no podrían ser custodiadas. En esto consiste la propuesta de F. Viola, para quien la ética no debe entenderse como la carta de libertad del hombre con respecto de sus bases biológicas, sino como “un algo” que, en cierto modo, está en función del mantenimiento y desarrollo del ser⁷¹. Luego, de acuerdo al pensamiento aristotélico-tomista, la esencia pura-dinámica de los seres constituye la finalidad que a éstos corresponde cumplir. De ahí que surge la ineludible máxima de *realiza tu naturaleza*. Así, justas y buenas serán las acciones que se correspondan o no con ella.

La naturaleza del hombre supone, por ende, un ajustarse al orden racional en que éste participa y de la que es una especial manifestación o proyección. El hombre, en tanto que ser natural, forma parte de ese inmenso y regulado orden dinámico y entitativo, sin el cual no podría decirse lo bueno y lo malo. En este sentido, *lo natural en el hombre es lo propio de ese hombre*, y lo propio y natural *de ese hombre* es alcanzar su fin y perfección: *el bien del hombre reside fundamentalmente en la rectitud de su obrar, en que su conducta se encamine a la propia perfección*.

⁶⁹Höffe, O. (1988). *Estudios sobre teoría del derecho y la justicia*. Barcelona. Alfa, 107.

⁷⁰Robles, G. (1989). *Introducción a la teoría del derecho*. Madrid. Debate, 45.

⁷¹Viola, F. (1998), *op. cit.*, 31.

Se precisa, pues, que el concepto clásico de *physis* no sea entendido, a diferencia de Moore, como la mera idea naturalista de un hecho. «La naturaleza de la que hablo ahora –declara A. Llano– es dinámica y finalizada, mientras que los hechos de los positivistas son estáticos y carentes de toda orientación hacia un fin»⁷². En esto radica el núcleo de comprensión de la *physis* como esencia dinámica, esto es, como *potencialidad* orientada a un fin. Por último, si se atiende al fin que se alcanza, la naturaleza se refiere también al estadio último de desarrollo de un ente, aquel en el que esa esencia ha desplegado toda su potencialidad. Luego, el principio motor del proceso no reside en el inicio, sino en el cumplimiento y plenitud del desarrollo⁷³.

En fin, y dado todo lo expuesto, no cabe más que la siguiente conclusión: lo justo natural es el derecho extraído de la naturaleza. Por tanto, el iusnaturalismo aristotélico-tomista no es sino el que se desprende de los datos objetivos que proporciona una instancia humana básica, la *natura-quidditas*, en tal manera que el derecho natural o la justicia no le es impuesta desde afuera a la realidad jurídica, sino que más bien le es immanente, intrínseca.

7. BIBLIOGRAFÍA

Fuentes:

- Aristóteles: *Ética a Nicómaco*. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales, 1949. Edición bilingüe y traducción por M. Araujo y J. Marías (EN). *Ética Eudemia*. Madrid. Gredos. 1985 (EE). *Física*. Madrid. Gredos. 1995 (Phys). *La Política*. Madrid. Instituto de Estudios Políticos. 1951 (Pol). *Metafísica*. Madrid. Gredos. 1970. Edición trilingüe por V. García Yebra (Met).
- De Aquino, T.: *Comentario a la Física de Aristóteles*. Pamplona. EUNSA. 2001 (In Phys). *Commentary on Aristotle's Metaphysics*. Notre Dame. Dumb Ox Books. 1995 (In Met). *Comentario a la Política de Aristóteles*. Pamplona. EUNSA. 2001 (In Pol). *Comentario a las sentencias de Pedro Lombardo. El libre arbitrio y el pecado*. Pamplona. EUNSA. 2008 (In Sent). *De la verdad. Opúsculos y cuestiones selectas. Filosofía*. Madrid. BAC. 2001 (De Ver). *El ente y la esencia*. Pamplona. EUNSA. 2002 (De ente et ess). *Suma de Teología*. Madrid. BAC. 2006 (STh). *Suma contra los Gentiles*. Madrid. BAC. 1968 (CG).

⁷²Llano (2007), *op. cit.*, 29.

⁷³Cfr. Viola, F. (1998), *op. cit.*, 18-19.

Bibliografía secundaria:

- Adomeit, K.; Hermida del Llano, C. *Filosofía del derecho y del estado. De Sócrates a Séneca*. Madrid. Trotta. 1999.
- Beuchot, M. "El derecho natural en la ética". *Ensayos marginales sobre Aristóteles*. México D.F. UNAM. 1985.
- Blázquez, N. "Ley natural". Del Pozo, G. *Comentarios a la "Veritatis Splendor"*. Madrid. BAC. 1994.
- Brugger, W. *Diccionario de filosofía*. Barcelona. Herder. 1972.
- Del Vecchio, G. *El concepto de la naturaleza y el principio del derecho*. Madrid. Hijos de Reus. 1916.
- Ferrater, J. *Diccionario de filosofía*. Barcelona. Ariel. 2001.
- Fuchs, J. *Natural Law. A theological investigation*. New York. Sheed and Ward. 1977.
- González, A. *Naturaleza y dignidad*. Pamplona. EUNSA. 1996.
- González, A. *Moral, razón y naturaleza*. Pamplona. EUNSA. 2006.
- Guthrie, W. *Historia de la filosofía griega. Introducción a Aristóteles*. Madrid. Gredos. 1993.
- Heidegger, M. *Introducción a la metafísica*. Buenos Aires. Nova. 1959.
- Hervada, J. *Historia de la ciencia del derecho natural*. Pamplona. EUNSA. 1996.
- Höffe, O. *Estudios sobre teoría del derecho y la justicia*. Barcelona. Alfa. 1988.
- Hörmann, K. *Diccionario de teología moral*. Barcelona. Herder. 1985.
- Kelsen, H. "Justicia y derecho natural". VV.AA. *Crítica del derecho natural*. Madrid. Taurus. 1966.
- Kwiatkowska, T. *Mundo antiguo y naturaleza*. México D.F. Plaza y Valdés. 2001.
- Llano, A. *La vida lograda*. Barcelona. Ariel. 2007.
- Madrid, R. "El concepto normativo de *physis* en Tales de Mileto". *Revista Chilena de Derecho*, vol. 22, n° 1, 1995.
- Martínez, J. *Reconsideraciones al pensamiento político de Santo Tomás de Aquino*. Mendoza. Universidad Nacional de Cuyo. 1999.
- Martínez, J. "El comentario de Santo Tomás a la *Política* de Aristóteles. Un análisis desde el *Prooemium*". *Veritas*, vol. 51, n° 3, 2006.
- Millán-Puelles, A. *La libre afirmación de nuestro ser*. Madrid. Rialp. 1994.
- Millán-Puelles, A. *Léxico filosófico*. Madrid. Rialp. 1984.
- Morón, E. *El ser, el hombre y la razón como fundamentos de la moral y el derecho*. Córdoba. Alveroni. 2006.
- Ocampo, M. "Algunas precisiones sobre el concepto de naturaleza en Santo Tomás de Aquino". Berger, D. *Doctor Angelicus II*, Köln: Thomisticae. 2002.
- Owens, J. "Nature and Ethical Norm in Aristotle". Catan, J.R. *Aristotle*. Albany. State University of New York Press. 1981.
- Paniker, R. *El concepto de naturaleza*. Madrid. Consejo Superior de Investigaciones Científicas. 1951.
- Pieper, J. *El descubrimiento de la realidad*. Madrid. Rialp. 1974.
- Reale, G. *Guía de lectura de la Metafísica de Aristóteles*. Barcelona. Herder. 1999.
- Riesco, D. *Los significados de physis según Aristóteles*. Santiago. Facultad de Humanidades Universidad Adolfo Ibáñez. 2008.
- Rhonheimer, M. *La perspectiva de la moral*. Madrid. Rialp. 2000.

- Robles, G. *Introducción a la teoría del derecho*. Madrid. Debate. 1989.
- Rommen, H. *Derecho natural*. México D.F. Jus. 1950.
- Ross, W. *Aristóteles*. Buenos Aires. Sudamericana. 1957.
- Sánchez de la Torre, A. *Los griegos y el derecho natural*. Madrid. Tecnos. 1962.
- Veatch, H. "Natural Law and the 'Is'-'Ought' Question". *Catholic Lawyer*, n° 26, 1981.
- Vigo, R. *Visión crítica de la historia de la filosofía del derecho*. Santa Fe. Rubinzal y Culzoni. 1984.
- Villey, M. *Método, fuente y lenguaje jurídico*. Buenos Aires. Gherzi. 1978.
- Viola, F. *De la naturaleza a los derechos*. Granada. Comares. 1998.
- Yepes, R. *Fundamentos de antropología*. Pamplona. EUNSA. 2006.

LA TAVOLA ROTONDA SUL POSITIVISMO GIURIDICO

Max Silva Abbott*

La *Tavola rotonda sul positivismo giuridico* se realizó por iniciativa del profesor Bruno Leoni, en el Aula Magna de la *Facoltà di Scienze Politiche* de la Universidad de Pavía, el 2 de mayo de 1966.

El objetivo de esta reunión –tal vez una de las más importantes del siglo XX sobre este tema– fue analizar las conclusiones totalmente divergentes respecto de lo que debía entenderse por “positivismo jurídico”, a las que habían llegado Norberto Bobbio y Uberto Scarpelli en sus obras *Giusnaturalismo e positivismo giuridico* y *Cos'è il positivismo giuridico*, respectivamente, ambas editadas en Milán, por Comunità, en 1965, como volúmenes 1 y 2 de la colección *Diritto e cultura moderna*, dirigida por Renato Treves y el propio Scarpelli (en la que en 1977 se publicaría también, con el número 18, *Dalla struttura alla funzione*, de Bobbio).

Este interesante congreso contó con destacados académicos italianos. Participaron, además de Leoni, Bobbio y Scarpelli, entre otros, los profesores Luigi Bagolini y Guido Fassò, de la Universidad de Bolonia; Ermanno Cammarata, de la Universidad de Roma; Amadeo Conte, de la Universidad de Pavía; Enrico Di Robilant, de la Universidad de Trieste; Alessandro Baratta, de la Universidad de Messina; Mario Cattaneo, de la Universidad de Milán; Giacomo Gavazzi, de la Universidad de Turín, y Giovanni Tarello, de la Universidad de Génova. Contó además con la participación de los doctores Donati, Mario Losano, Rossolillo y Mario Stoppino, de la Universidad de Pavía¹.

Como se ha dicho, las conclusiones de las obras señaladas hacían que el positivismo jurídico tuviera en 1965 dos configuraciones diferentes en Italia: una científica (la bobbiana) y otra ideológica (la scarpelliana), emanadas, por lo demás, de sus dos principales representantes de la época. En efecto, Scarpelli atendía más a la aplicación y ejecución del

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

¹Las ponencias fueron publicadas en revista *Il Politico*, en el vol. XXXI (1966), 222-238, 356-368; 539-570 y 812-829; y en el vol. XXXII (1967), 179-190.

Derecho, por lo cual podía considerarse que su obra estaba más cercana a la labor de la Ciencia jurídica y a la práctica del Derecho²; Bobbio, por el contrario, dirigía su atención fundamentalmente al conocimiento científico del mismo, desde una perspectiva más próxima a la teoría general, aludiendo también en parte a la Ciencia jurídica, aunque casi no tocaba el tema de la práctica del Derecho³. Se requería, pues, una definición, porque al pertenecer ambas obras a la misma “escuela”⁴, el positivismo

²Para Scarpelli, el positivismo jurídico no constituye tanto una aproximación científica para el estudio del Derecho, sino una *opción política e ideológica*. En efecto, al depender el Derecho positivo de una voluntad humana, está al servicio de una *voluntad política* (cfr. Scarpelli, Uberto, *Cos'è il positivismo giuridico*, Milán, Comunità, 1965, 49-50, 53-89 y 127-134, entre otros lugares). Se trata, pues, de una *definición teleológica del Derecho* (*Ibid.*, 35-37). De ahí también que Scarpelli identifique positivismo con democracia y no vea una relación directa entre éste y el fascismo (*Ibid.*, 82 y 137, respectivamente). Por eso declara a este respecto que “El positivismo jurídico no es solamente la determinación de un criterio de validez para el Derecho, el criterio relativo al modo de producción de las normas [... sino que] a la determinación del criterio de validez se acompaña, en una o en otra forma, una *legitimación del Derecho positivo*. [... De esta forma] el *positivismo jurídico no se reduce a una metodología jurídica, sino que es una concepción integral del Derecho, constituye una verdadera y propia Filosofía del Derecho*” (*Ibid.*, 77, cursivas nuestras).

Un interesante estudio de la obra de Scarpelli se encuentra en Squiavello, Aldo; Veluzzi, Vito, *Il positivismo giuridico contemporaneo. Una antologia*, Turín, Giappichelli, 2005, 20-23. También analiza la obra de este autor, Pérez Luño, Antonio Enrique, *Iusnaturalismo y positivismo jurídico en la Italia moderna*, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, Zaragoza/Bologna, 1971, 58-63.

³Para el tema que intera aquí, Bobbio propone en diversos escritos de la época que para que el estudio del Derecho sea verdaderamente científico debe ser realizado desde una óptica neutral, a fin de analizarlo tal cual es y no como, desde la perspectiva del estudioso, *debiera ser*. Es a esto a lo que llamará *approach* o método de estudio avalorativo del fenómeno jurídico (Cfr. Bobbio, Norberto, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milán, Comunità, 1965, 105-107, 112-114, 121-126, 131-135 y 141-146; *Id.*, *El positivismo jurídico*, Madrid, Debate, 1993, traducción de Rafael de Asís Roig y Andrea Greppi, 141-151 y 237-241. [Originalmente, *Il positivismo giuridico. Lezioni di Filosofia del Diritto raccolte dal Dr. Nello Morra*, Turín, Editrice cooperativa libreria universitaria, 1961, con una 2ª edición: Turín, Giappichelli, 1979]). Por eso concluía: “Sobre este punto no es posible hacer distinciones, y el tema es muy sencillo. Puesto que la ciencia o es avalorativa o no es ciencia, el método positivista es pura y simplemente el *método científico* y, por tanto, es necesario aceptarlo si se pretende hacer Ciencia Jurídica o Teoría del Derecho: si no es ese el objetivo no se hará ciencia, sino Filosofía o ideología del Derecho” (*El positivismo jurídico*, cit., 241, cursivas nuestras).

⁴Fruto de la incursión de Bobbio en la Filosofía Analítica y el Neoempirismo (sobre todo en Bobbio, Norberto, “Scienza del diritto e analisi del linguaggio”, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, vol. IV (1950), 342-367; *Id.*, *Teoria della Scienza Giuridica*, Turín, Giappichelli, 1950; *Id.*, “La logica giuridica di Eduardo García Máynez”, en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, vol. XXXI (1954), 644-669; y en *Id.*, *Derecho y lógica. Bibliografía de lógica jurídica (1936-1960)*, México, UNAM, 1965, traducción de Alejandro Rossi [originalmente, “Diritto e logica”, en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, vol. XXXIX (1962), 11-44]), es que usualmente se considera a este autor como el iniciador de esta corriente en Italia, motivo por el cual se habla casi con unanimidad de una “Escuela de Bobbio” (Cfr. Barrère Unzueta, María Ángeles, *La escuela de Bobbio. Normas y técnicas en la filosofía jurídica italiana de inspiración analítica*, Madrid, Tecnos, 1990, *passim*; Borsellino,

jurídico, explicado desde dos perspectivas no sólo distintas, sino incluso a primera vista irreconciliables, estaba en crisis⁵.

En la primera de sus intervenciones, Bobbio insistió en sus postulados tradicionales de los años 50 y 60: el “positivismo jurídico” corresponde a un modo de estudiar el fenómeno jurídico que propugna un enfoque avalorativo y que atiende sólo a la estructura o forma, no al contenido del

Patrizia, *Norberto Bobbio metateorico del diritto*, Milán, Giuffrè, 1991, 132-138; Greppi, Andrea, *Teoría e ideología en el pensamiento político de Norberto Bobbio*, Madrid, Marcial Pons, 1997, 93-106 y 136-138; Jori, Mario, *Il giuspositivismo analitico italiano prima e dopo la crisi*, Milán, Giuffrè, 1987, *passim*; Zaccaria, Annalisa, “La scuola di Bobbio”, en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, vol. LXI (1984), 337-350; Losano, Mario, “Un siglo de Filosofía del Derecho en Turín”, en *Derechos y Libertades*, vol. IX (2000), 441-450; Guastini, Riccardo, *Distinguiendo. Estudios de teoría e metateoría del Derecho*, Barcelona, Gedisa, 1999, traducción de Jordi Ferrer i Beltrán 11 y 65-66; Villa, Vittorio, *Storia della filosofia del diritto analitica*, Bolonia, Il Mulino, 2003, 81-103; *Id.*, *Il positivismo giuridico: metodi, teorie e giudizi di valore*, Turín, Giappichelli, 2004, 112-115 y 149).

Es con motivo de lo antes dicho que surgirán una serie de discípulos suyos, primero en Italia y luego fuera de ella. Dentro de la doctrina italiana destacan autores como Uberto Scarpelli, Giovanni Tarello, Giacomo Gavazzi, Amadeo Conte, Mario Losano, Mario Jori, Letizia Gianformaggio, Luigi Ferrajoli, Riccardo Guastini y Enrico Pattaro, sin contar a pensadores de la generación más joven. Por su parte, en el ámbito español figuran autores tales como Elías Díaz, Gregorio Peces-Barba Martínez, Manuel Atienza, Alfonso Ruiz Miguel, Rafael de Asís Roig, Luis Prieto Sanchís, Juan Carlos Bayón y Andrea Greppi, entre otros. (Cfr. De Lucas, Javier, “La influencia de Bobbio en España” y Squella, Agustín, “La influencia de Bobbio en Latinoamérica”, ambos en AA. VV., *La figura y el pensamiento de Norberto Bobbio*, edición a cargo de Ángel Llamas, Madrid, Universidad Carlos III/BOE, 1994, 259-282 y 283-308 respectivamente; Filippi, Alberto, *La filosofía de Bobbio en América Latina y España*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2003, *passim*; *Id.*, “La difusión de la Filosofía del Derecho y de la Filosofía política de Norberto Bobbio en América Latina y en España”, en *Derechos y Libertades*, vol. XI (2002), traducción de María Paz Arrigoni González y Nicolás Guzmán, 291-343).

Ahora bien, lo importante para estos efectos es que en Italia, durante los años 50 y 60, “por primera vez se trataba de traducir sistemáticamente Kelsen y el iuspositivismo en términos analíticos o neoempiristas” (Jori, Mario, *Il giuspositivismo analitico italiano prima e dopo la crisi*, cit., 22). De esta forma, Bobbio y Scarpelli intentaron “una reconversión analítica del normativismo de Kelsen, apoyándose en la estructura metodológica del neopositivismo, en la versión del ‘empirismo liberalizado’” (Villa, Vittorio, *Storia della filosofia del diritto analitica*, cit., 81; cfr. *Ibid.*, 81-89), al aprovechar “la relación privilegiada entre Derecho y lenguaje” (Villa, Vittorio, *Il positivismo giuridico: metodi, teorie e giudizi di valore*, cit., 101; cfr. *Ibid.*, 81-103). Con todo, y aun cuando “la respuesta de esta escuela al problema del “sentido de la normatividad” es una respuesta todavía reduccionista, porque la dimensión de los comportamientos viene sustancialmente reducida a aquella de las reglas” (Villa, Vittorio, *Storia della filosofia del diritto analitica*, cit., 81), y pese a sus diferencias mutuas, Bobbio y Scarpelli, estaban “lado a lado en la elaboración de un iuspositivismo normativista en clave analítica” (Jori, Mario, *Il giuspositivismo analitico italiano prima e dopo la crisi*, cit., 24).

⁵Coinciden en cuanto a que las conclusiones de Scarpelli ayudaron en parte a esta “crisis” del positivismo italiano de mediados de los 60, entre otros, Jori, Mario, *Il giuspositivismo analitico prima e dopo la crisi*, cit., 28-38; Pattaro, Enrico, “Il positivismo giuridico italiano dalla rinascita alla crisi”, en AA. VV., *Diritto e analisi del linguaggio*, a cura di Uberto Scarpelli, Milán, Comunità, 1976, 479-486; Ferrajoli, Luigi, *La cultura giuridica nell’Italia del Novecento*, Roma-Bari, Laterza, 1999, 89 y ss.

mismo. Por tanto, obedece a las exigencias propias del método científico, no a una elección política, como sostiene Scarpelli. De esta forma, la neta separación entre teoría e ideología permite diferenciar el Derecho que es del que *debe ser*⁶.

Por su parte, para Scarpelli el positivismo jurídico no constituía tanto una aproximación científica para el estudio del Derecho como una opción política e ideológica, al emanar y tener su justificación en el surgimiento y consolidación del Estado moderno. De ahí que declarara que el positivismo

no conduce a conocer el Derecho tal como es, el Derecho como hecho, el Derecho real, sino solamente a saber cómo el Derecho *debe ser y puede ser* en el aspecto formal cuando se encuentran aceptadas ciertas premisas; y posee ligámenes muy estrechos con las disciplinas jurídicas dogmáticas [... las cuales pretenden llegar] a proposiciones y conjuntos de proposiciones de las que no es fácil aclarar a fondo su naturaleza lógica, pero que seguramente no son proposiciones descriptivas de hechos⁷.

Y más adelante agregaba que la opción por el positivismo jurídico depende “de una decisión, no justificable al interior de un ordenamiento jurídico, no fundable sobre la constatación de la efectividad del ordenamiento, que implica una *elección política, ligada a valores morales e ideológicos*”⁸. De ahí que terminara declarando que el modelo de la Teoría del Derecho iuspositivista se había trasladado desde “el universo de la ciencia al universo de la actividad política”⁹.

Con todo, no puede decirse que Scarpelli desconociera la obra de Bobbio. Al contrario, además de ser discípulo suyo¹⁰, Bobbio es el autor más citado por Scarpelli en *Cos'è il positivismo giuridico*, seguido por Hart (de quien podría decirse que recibe la mayor influencia) y Kelsen. Incluso Scarpelli se encarga de criticar directamente el método avalorativo de estudio o *approach* propuesto para el estudio del Derecho por su maestro¹¹.

⁶Cfr. Bobbio, Norberto, “Intervento”, en *Tavola rotonda sul positivismo giuridico*, cit., 363-365. En términos muy similares, *Id.*, “Risposta di Norberto Bobbio”, mismo congreso y revista, 565-567.

⁷Scarpelli, Uberto, “Risposta di Uberto Scarpelli” en *Tavola rotonda sul positivismo giuridico*, cit., 181 y 183, cursivas nuestras. Analiza los comentarios de Scarpelli, entre otros, Borsellino, Patrizia, *Norberto Bobbio metateorico del diritto*, cit., 102-113.

⁸Scarpelli, Uberto, “Risposta di Uberto Scarpelli” en *Tavola rotonda sul positivismo giuridico*, cit., 189, cursivas nuestras.

⁹*Ibid.*, 190.

¹⁰Lo dice Bobbio, por ejemplo, en Bobbio, Norberto, *Autobiografía*, Madrid, Taurus, 1998, traducción de Esther Benítez, 157.

¹¹Las principales críticas de Scarpelli al *approach* o método avalorativo propuesto por Bobbio para lograr lo que considera un estudio auténticamente científico del Derecho, se encuentran en Scarpelli, Uberto, *Cos'è il positivismo giuridico*, cit., 30-32, 51, 77 y 127-143.

Ahora bien, dentro de las muchas opiniones vertidas en la *Tavola rotonda*, para el objeto de este trabajo y en atención a la notable influencia que tuvieron en Bobbio, merecen un lugar especial las de Guido Fassò.

Su crítica apuntaba fundamentalmente a la pretensión del positivismo de estudiar el Derecho sólo desde una perspectiva formal-estructural, dejando de lado su contenido, haciendo de este modo imposible comprender su constante permeabilidad a valoraciones. En efecto, lo que a su juicio ha ocurrido con el método avalorativo propuesto (o si se prefiere, impuesto) por el positivismo jurídico, es que éste ha dejado de lado, tachándolo de acientífico, todo aquello que no es capaz de comprender o asimilar o, si se prefiere, todo lo que no se acomoda a su epistemología previamente asumida. De esta forma, no ha sido el método el moldeado por su objeto de estudio, sino que, por el contrario, el objeto ha sido adaptado –e incluso mutilado– por dicho método. Ha primado así el principio de cientificidad sobre el de realidad. De este modo, y aun cuando su aproximación al Derecho tenga aspectos rescatables, no puede pretender que su visión del problema agote *todo* el fenómeno jurídico, porque constituye una notable simplificación del mismo:

el acercamiento “puro” o “lógico-formal” constituye para el estudioso un expediente cómodo y relativamente fácil para tratar el Derecho, simplificando arbitrariamente el problema de este último, que no es ni simple ni tampoco simplificable [... pues] la materia es de por sí tal, que de hecho no consiente ni una total claridad de conceptos, ni un total rigor de argumentaciones; y que para obtener el objetivo –en sí mismo, repito, muy loable, pero en ciertos campos materialmente imposible de alcanzar– ha simplificado artificiosamente los problemas¹².

A su juicio, este abstraccionismo permite tratar el Derecho de manera “científica”, pero reduciéndolo artificialmente sólo a uno de los objetos que lo componen: las normas, consideradas además sólo o prioritariamente desde el punto de vista de la validez formal. Se logra así construir un sistema lógico relativamente coherente, pero irreal. Como señalaba en otra obra de esta época, en que aludía a esta misma cuestión:

Prescindiendo de todo aquello que, respecto al fenómeno jurídico, turbe la pureza de un razonamiento exclusivamente formal, el positivismo jurídico permite de hecho construir un edificio lógico riguroso: a condición, sin embar-

Como dice textualmente: “La aproximación científica al Derecho no puede ser considerada como un momento lógicamente anterior a una definición del concepto del Derecho inherente a una teoría del Derecho: para poder hablar de una aproximación científica al Derecho y para intentar realizarla, se requiere saber qué cosa es el Derecho: la definición del concepto de Derecho determina la dirección y el término de la aproximación al mismo” (*Ibid.*, 30).

¹²Fassò, Guido, “Risposta di Guido Fassò”, en *Tavola rotonda sul positivismo giuridico*, cit., 559.

go, de no ocuparse de la premisa o de las consecuencias de esta construcción lógica, fingiendo que eso no interesa porque pertenece, en abstracto, a otro plano. Es un modo de proceder que recuerda, aunque decirlo sea horrible, al del iusnaturalismo iluminista: el cual, para poder construir un sistema coherente de Derecho, reducía todo el Derecho a Derecho natural, sin preocuparse de si el Derecho sobre el cual razonaban, *continuo ratiocinationis filo*, era o no diferente al de la sociedad humana concreta¹³.

Lo anterior equivale –continuaba Fassò con ilustrativas metáforas– a intentar hacer un estudio de anatomía, por ejemplo, pero limitándose únicamente al análisis del sistema óseo, y pretender además que el cuerpo humano pueda ser comprendido sólo desde esta única perspectiva. Como dice textualmente, para el positivismo,

el verdadero cuerpo humano es el esqueleto; todo lo demás, sí, parece que pueda existir, pero no es esencial y, por tanto, no lo tomo en consideración: yo elaboro un buen tratado sobre el hombre como sistema de huesos, y quien se ocupa de la sangre, los nervios o los músculos es un iusnaturalista que aún vive en el Medioevo¹⁴.

Es decir, consideraba que en buena medida gracias a la influencia de la idea de *sistema* –que aspira por lo mismo a la *autosuficiencia* y se vincula a su vez con el afán de *certeza*– se había deformado la realidad jurídica, convirtiendo el estudio del Derecho en un discurso totalmente abstracto, que prescinde de dicha realidad y de la historia, “haciendo exactamente lo que hacían los vituperados iusnaturalistas de los siglos XVII y XVIII que, junto a la construcción de un sistema racional de Derecho, sacrificaban la realidad histórica del Derecho mismo”¹⁵. De ahí que “si continuamos refutando, como hemos siempre refutado, la idea de un Derecho natural

¹³Fassò, Guido, recensión de “Norberto Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Comunità. Milano. 1965, 241”, en *Rivista di Diritto Civile*, vol. XII (1966), 603. Ideas similares en *Id.*, “Il positivismo giuridico ‘contestato’”, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, vol. XXIII, (1969), 299-305.

¹⁴Fassò, Guido, “Risposta di Guido Fassò”, en *Tavola rotonda sul positivismo giuridico*, cit., 559-560. Fassò proporciona otro ejemplo: el positivismo podría compararse con el intento quimérico por hacer un estudio sobre los tigres, pero separando su belleza de su ferocidad, y pretendiendo, además, que ese es el análisis de los tigres tal cual *son* y no como *debieran ser*; el problema radica en que esta mutilación de la realidad sólo puede conseguirse luego de un gran esfuerzo abstractivo, motivo por el cual no refleja adecuadamente lo que el tigre es, en que ambos elementos se dan y no pueden dejar de darse conjuntamente. Es esto lo que a su juicio ocurre con el estudio de las normas jurídicas propugnado por el positivismo, porque no es posible separar de manera tan tajante su validez de su eficacia y de su justicia. (Cfr. *Ibid.*, 559-561). Ideas similares en *Id.*, “Il positivismo giuridico ‘contestato’”, cit., 299 y 301.

¹⁵Fassò, Guido, “Risposta di Guido Fassò”, en *Tavola rotonda sul positivismo giuridico*, cit., 560.

extrahistórico, inmutable y eterno, ¿debemos por esto abrazar el culto de un Derecho positivo por otro lado extrahistórico y abstracto?”¹⁶.

Además, en opinión de Fassò, la ideología del positivismo jurídico y su modo de concebir el Derecho corresponden a otra época y se encuentran, por consiguiente, desfasados, anquilosados. En efecto, el modelo propuesto obedecía a la sociedad propia de la revolución industrial. Pero las cosas cambian, y no puede pretenderse que una visión espacio-temporal determinada tenga valor para el fenómeno jurídico considerado de manera global, universal y permanente. La realidad es mucho más compleja y dinámica, lo que hace ilusoria esta pretensión:

En una sociedad fluida, en movimiento continuo y rápido, cual es la sociedad de hoy, la consideración del Derecho dentro del esquema del positivismo es fatalmente una consideración abstracta y, por consiguiente, en la mejor de las hipótesis, estéril; pero que puede ser también dañina e injusta¹⁷.

De hecho, a su juicio, la pretensión de certeza se encuentra en una crisis profunda, por la producción cada vez mayor de nuevo material normativo, el reconocimiento de la existencia de nuevas fuentes del Derecho y a una comprensión más real de la labor interpretativa, todo lo cual hace cada día más difícil determinar cuál es el Derecho “puesto”, y saber de antemano para el ciudadano las consecuencias de sus propias acciones¹⁸.

Ahora bien, atendidas estas circunstancias –continuaba Fassò–, si el Derecho existente era, en el fondo, el Derecho *ideal*, el que *debía ser*, no es de extrañar que para este enfoque se haya propugnado por una obediencia absoluta o incondicionada al mismo, se fuera o no consciente de ello¹⁹. Si a lo anterior se une el no-cognitismo ético de fondo, no es difícil concluir que el ideal de la certeza, representado por el Estado de Derecho, fuera el único punto de apoyo para saber de qué modo comportarse, al menos en lo que se refiere al mantenimiento del todo social. Esto no podía menos que conducir a una obediencia incondicionada al Derecho²⁰, lo que Bobbio llama acertadamente “positivismo ético”²¹.

¹⁶*Ibid.*, 565.

¹⁷*Ibid.*, 564. Cfr. *Ibid.*, 358-359 y 564-565.

¹⁸Cfr. *Ibid.*, 362.

¹⁹Desarrolla estas ideas de Fassò, Llano Alonso, Fernando, *El pensamiento iusfilosófico de Guido Fassò*. Madrid. Tecnos. 1996, 86 y 142.

²⁰Cfr. Fassò, Guido, “Risposta di Guido Fassò”, en *Tavola rotonda sul positivismo giuridico*, cit., 362.

²¹Para Bobbio, el “positivismo ético” o “positivismo como ideología” son aquellas doctrinas que otorgan al Derecho positivo un valor moral por su mera existencia, al margen de su contenido, razón por la cual abogan por su obediencia incluso en conciencia, al corresponder, en el fondo, a un Derecho ideal, como *debe ser*. A juicio de este autor, ello equivale a una confusión entre el análisis avalorativo defendido por el positivismo jurídico y la aceptación del *statu quo*, lo que depende, a su vez, de las preferencias del estudioso,

Pero el problema surgió con todo su dramatismo cuando la voluntad soberana pasó a manos de un poder despótico, lo cual permitió comprobar los peligros a que puede llevar un positivismo ético:

si con “Estado de Derecho” entendemos [...] el Estado limitado por ese único posible Derecho que es el Derecho positivo (esto es, el Derecho puesto por el Estado mismo), el Estado fascista era un Estado de Derecho. [...] Los fascistas de hecho hicieron sin duda muchas cosas malas, pero las hicieron por ley: ley que en un bonito *Stufenbau* kelseniano, era perfectamente válida, y que habría podido ser considerada no inválida, sino ilegítima, solamente si se hubiera referido a un criterio de legitimidad superior, o de todos modos, externo al ordenamiento del Estado²².

Por eso concluía este filósofo e historiador que el positivismo no es sólo una teoría, sino también una *ideología*. En esto, Scarpelli es, a su juicio, más coherente que Bobbio: detrás del positivismo jurídico para Scarpelli existe un *empeño político*, amparado en la defensa de estructuras democráticas y constitucionalistas, fruto de la aparición y consolidación del Estado moderno, por lo que la elección del positivismo sería para él la opción por la libertad política²³.

Sin embargo, Fassò preguntaba al propio Scarpelli, quien defiende “esta forma de voluntarismo estatal que ha sustituido al voluntarismo teológico y, por tanto, de “clericalismo” estatal que ha sustituido al clericalismo eclesiástico”²⁴, si el positivismo jurídico es realmente idóneo para defender los ideales ético-políticos propugnados por este autor. Dicho de otra manera, el Derecho positivo, tal como ha sido concebido por esta *ideología positivista*, presupone a su juicio los valores de la libertad, orden y justicia. Pero como esta corriente no incursiona en el fundamento de esos valores, e incluso evita entrar en el tema –dada su supuesta “no científicidad”–, el Derecho termina transformándose en una espada de doble filo, con lo

razón por la cual rechaza este tipo de planteamientos (Cfr. Bobbio, Norberto, *Iusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., 103-105, 110-112 y 135-138; *Id.*, *El positivismo jurídico*, cit., 143, 155 y 227-235. *Id.*, *Teoría general del Derecho*. Madrid. Debate. 1991, traducción de Eduardo Rozo Acuña, 43-44 [originalmente, *Teoria della norma giuridica*. Turín. Giappichelli. 1958, y *Teoria dell'ordinamento giuridico*. Turín. Giappichelli. 1960, ambos refundidos en este volumen. También existe una versión italiana casi homóloga a la española: *Teoria generale del Diritto*. Turín. Giappichelli. 1993]).

²² Fassò, Guido, “Risposta di Guido Fassò”, en *Tavola rotonda sul positivismo giuridico*, cit., 362.

²³ Cfr. *Ibid.*, 563. Manifiestan un parecer contrario al de Scarpelli en cuanto a la identificación del positivismo con una opción política y a la democracia, por considerar que el positivismo en realidad constituye una espada de doble filo, entre muchos otros, Pérez Luño, Antonio Enrique, *Iusnaturalismo y positivismo jurídico en la Italia moderna*, cit., 61-64; Llano Alonso, Fernando, *El pensamiento iusfilosófico de Guido Fassò*, cit., 89-90, y Fassò, Guido, “Intervento di Guido Fassò”, en *Tavola rotonda sul positivismo giuridico*, cit., 558-659.

²⁴ *Ibid.*, 564.

cual resulta perfectamente aplicable para los valores contrarios, hipótesis nada improbable, según demuestra la era fascista en Italia²⁵.

Ahora bien, en parte por todo lo dicho, en las últimas páginas de su intervención final Bobbio experimentó un giro considerable respecto de su posición inicial. Así, declaró que la distinción entre el Derecho que es y el que *debe ser* comienza a desdibujarse, como consecuencia del permanente cambio y evolución del mismo. Es decir, el sistema jurídico como conjunto de normas no permanece estático, sino que se encuentra en constante movimiento, gracias no sólo a la creación de normas nuevas, sino también a la mejor comprensión de la labor interpretativa, que las va adaptando a las distintas necesidades sociales. De este modo, el Derecho firme y el Derecho en formación resultan difíciles de separar. A esto se suma la crisis de las fuentes tradicionales del Derecho y la aparición de otras nuevas (o mejor dicho, la constatación de su real existencia), entre ellas la labor del juez. Es precisamente el juez quien “también sin saberlo, incluso en los sistemas en que su labor se encuentra más reglamentada, crea Derecho nuevo”²⁶ e introduce valores en el ordenamiento, contribuyendo en gran medida a su evolución y dinamismo. Consideraciones similares hizo a propósito de los principios generales del Derecho²⁷, todo lo cual afecta profundamente al ideal de la certeza. Por eso sentenciaba:

el positivismo jurídico comienza a entrar en crisis cuando se comienza a colocar entre las fuentes del Derecho la naturaleza de las cosas (a la cual agregaríamos, en el Derecho internacional, los principios generales del Derecho) y cuando comienzan las intervenciones del juez creador. Desde este punto de vista, soy el primero en reconocer que el positivismo jurídico puede entrar en crisis modificándose las condiciones históricas: he venido convenciéndome de la historicidad y provisionalidad del positivismo jurídico y de los valores (sobre todo el de la certeza) que son su presupuesto. [...] siempre un juicio de valor –y no un procedimiento técnico– el que establece la regla jurídica²⁸.

Este cúmulo de observaciones demuestra que el Derecho es, en realidad, un fenómeno bastante “impredecible” y “movedizo”, por lo que el

²⁵Cfr. *Ibidem*.

²⁶Bobbio, Norberto, “Risposta di Norberto Bobbio”, en *Tavola rotonda sul positivismo giuridico*, cit., 567. Sobre la introducción de valoraciones por parte del intérprete y su importancia para la vigencia del orden jurídico, cfr. *Id.*, “Essere e dover essere nella scienza giuridica”, en *Rivista di Filosofia*, vol. LVIII (1967), 235-262; *Id.*, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di Teoria del Diritto*. Milán. Comunità. 1977, 217-274.

²⁷Sobre la importancia de los principios generales del Derecho, cfr. Bobbio, Norberto, “Principi generali del diritto”, en *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XIII, Turín, Utet, 1966, 887-896.

²⁸Bobbio, Norberto, “Risposta di Norberto Bobbio”, en *Tavola rotonda sul positivismo giuridico*, cit., 567.

enfoque anterior –continúa Bobbio– adolece de cierta ingenuidad, no sólo por creer que las valoraciones podían quedar fuera de su estudio, sino también por concebir el ordenamiento jurídico de una manera demasiado pétrea y atemporal²⁹.

Incluso Bobbio acabó dudando de la supuesta avaloratividad del método o *approach* positivista defendido por él, al concluir que, como movimiento científico, el positivismo había sido condicionado históricamente, en particular por el valor de la *certeza*, elevado en el caso de la doctrina italiana, a un verdadero “principio tabú”³⁰. La certeza –entre otras cosas– obedecía a la ideología que pretende proteger al ciudadano del arbitrio del príncipe, al haberse convertido el juez en un funcionario más del aparato estatal. Pero en realidad se trata para Bobbio de un valor histórico y relativo. En consecuencia, el positivismo jurídico habría nacido no como una opción científica, sino como una *exigencia política*, que además abogaba (tal vez de manera inconsciente) por el mantenimiento del *statu quo*. Mas, desde el instante en que se defiende el sistema existente –no importa cuál–, dicha actitud presupone considerarlo al menos implícitamente “bueno”, lo cual sólo puede obedecer a una opción ideológica³¹. Para decirlo con palabras de enorme franqueza del profesor de Turín:

No puedo esconderme a mí mismo que el *approach* científico característico del positivismo jurídico estaba ligado al valor de la certeza. Esto puede explicar que también como movimiento científico el positivismo jurídico haya sido condicionado históricamente³².

²⁹Cfr. Bobbio, Norberto, “Risposta di Norberto Bobbio”, en *Tavola rotonda sul positivismo giuridico*, cit., 567-568.

³⁰*Ibid.*, 568.

³¹Cfr. *Ibid.*, 568-570. Son varios los autores que abordan estas reflexiones de Bobbio. Por citar sólo los más representativos, *vid.* Ruiz Miguel, Alfonso, *Filosofía y Derecho en Norberto Bobbio*. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales. 1983, 214-216 y 313-320; *Id.*, “Bobbio y el positivismo jurídico italiano”, en Bobbio, Norberto, *Contribución a la Teoría del Derecho*. Valencia. Fernando Torres-Editor. 1980, edición y traducción a cargo de Alfonso Ruiz Miguel, 35-44; Barrère Unzueta, María Ángeles, *La escuela de Bobbio*, cit., 246; Borsellino, Patrizia, *Norberto Bobbio metateorico del diritto*, cit., 102-113; *Id.*, *Norberto Bobbio e la teoria generale del diritto. Bibliografia ragionata 1934-1982*. Milán. Giuffrè. 1983, 188; Guastini, Riccardo, “Norberto Bobbio, teorico del diritto (II) 1961-1965”, en *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, vol. IX, Bolonia, Il Mulino, 1979, 538-539; *Id.*, “Norberto Bobbio, teorico del diritto (III) 1966-1980”, en *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, vol. X, Bolonia, Il Mulino, 1980, 483; Pattaro, Enrico, “Per una mappa del sapere giuridico”, en AA. VV., *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali. Studi dedicati a Norberto Bobbio*, a cura di Uberto Scarpelli. Milán. Comunità. 1983, 275-379; *Id.*, “Il positivismo giuridico italiano dalla rinascita alla crisi”, cit., 465-469; Greppi, Andrea, “Derecho, poder, estructura y función (La evolución de un tema kelseniano en la filosofía jurídica de Bobbio)”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. XII (1995), 548-549; Calsamiglia, Albert, “Kelsen y Bobbio. Una lectura antikelseniana de Bobbio”, en AA. VV., *La figura y el pensamiento de Norberto Bobbio*, cit., 117-118.

³²Bobbio, Norberto, “Risposta di Norberto Bobbio”, en *Tavola rotonda sul positivismo giuridico*, cit., 568.

De este modo, “de la mesa redonda del 66 [...] surgía en la obra de Bobbio un serio reconocimiento de la insuficiencia científica del positivismo jurídico”³³, fruto de su acercamiento a las conclusiones de tipo ideológico de Scarpelli³⁴.

Más aún: la *Tavola rotonda* significó para varios estudiosos el fin del “noviazgo” entre positivismo kelseniano y Filosofía Analítica (proceso que habría dado origen a la llamada “Escuela de Bobbio”³⁵, según se ha mencionado), por la erosión constante causada por esta última al primero³⁶. En efecto, para algunos de sus críticos neoempiristas, pese a sus afanes de científicidad, el positivismo jurídico no sería más que una ideología encubierta, “mostrando que una teoría positivista del Derecho no es compatible, en cuanto teoría, con las premisas epistemológicas del neopositivismo contemporáneo, porque nace de una elección ideológica”³⁷, lo que explica la opción –más auténtica– que había tomado Scarpelli. Lo anterior no sólo por estar el Derecho constituido por normas, sino también por el carácter eminentemente *moral* del Derecho, tal como es concebido por esta corriente. Este trasfondo moral se manifiesta en el carácter *obligatorio* del mismo, manifestado en el concepto de *validez*³⁸.

En efecto, comentando lo que pretendía Kelsen (y también Bobbio), señala Pattaro en una crítica que resulta demoledora:

Una filosofía neoempirista no puede admitir esta distinción, no puede reconocer un status privilegiado a los valores jurídicos y a los juicios de valor jurídicos. Los juicios de valor jurídicos, como todo juicio de valor, expresan

³³Ruiz Miguel, Alfonso, “Bobbio y el positivismo jurídico italiano”, cit., 39. Ideas similares en Greppi, Andrea, *Teoría e ideología en el pensamiento político de Bobbio*, cit., 134-141.

³⁴Cfr. Llano Alonso, Fernando, *El pensamiento iusfilosófico de Guido Fassò*, cit., 91; Borsellino, Patrizia, *Norberto Bobbio metateórico del derecho*, cit., 106-107; Pattaro, Enrico, “Per una mappa del sapere giuridico”, cit., 275.

³⁵Véase la nota 4.

³⁶Por eso este autor considera que la Filosofía Analítica habría sido un auténtico Caballo de Troya dentro de la ciudadela del normativismo kelseniano (cfr. Pattaro, Enrico, “Il positivismo giuridico italiano dalla rinascità alla crisi”, cit., 466).

³⁷Pattaro, Enrico, “Il positivismo giuridico italiano dalla rinascità alla crisi”, cit., 466. En un sentido análogo se expresa Greppi: “La ciencia del Derecho (como, en general, cualquier otra ciencia social) debe admitir que es imposible alcanzar un conocimiento del fenómeno jurídico que no sea conocimiento referido a valores” (Greppi, Andrea, “Derecho, poder, estructura y función”, cit., 548-549).

³⁸Cfr. Pattaro, Enrico, “Il positivismo giuridico italiano dalla rinascità alla crisi”, cit., 465-476; *Id.*, “La crisis del kelsenismo italiano desde la perspectiva neoempirista de Norberto Bobbio y Uberto Scarpelli”, en *Revista de Ciencias Sociales* vol. XXX (1987), 229-231; *Id.*, “Per una mappa del sapere giuridico”, cit., 275-282; Ara Pinilla, “Estudio preliminar”, en Pattaro, Enrico, *Elementos para una Teoría del Derecho*. Madrid. Debate. 1985, traducción y estudio preliminar de Ignacio Ara Pinilla, 19-21; Jori, Mario, *Il giuspositivismo analitico prima e dopo la crisi*, cit., 35-36 y 47-49; Villa, Vittorio, *Il positivismo giuridico: metodi, teorie e giudizi di valore*, cit., 112-115; *Id.*, *Storia della filosofia del diritto analitica*, Bologna. Il Mulino. 2003, 86-89.

un valor subjetivo; es decir, expresan la acogida de una determinada norma jurídica como criterio de evaluación por parte de quien formula en juicio. [...] Igualmente, un juicio de valor moral expresa un valor subjetivo; es decir, expresa la acogida de una cierta norma moral como criterio de evaluación por parte de quien formula el juicio. Si después se dice que es posible establecer si una determinada norma jurídica “existe” en un cierto sistema jurídico según los criterios de ese mismo sistema, se puede por lo mismo decir que es posible determinar si una norma moral “existe” en un cierto sistema moral según los criterios de ese mismo sistema. Es legítimo observar, en todo caso, que (de costumbre) es técnicamente más fácil determinar la existencia (en el sentido ahora dicho) de una norma jurídica que la existencia (en el sentido ahora dicho) de una norma moral; pero tal diferencia de orden cuantitativo acerca de la posibilidad técnica de alcanzar ciertas verificaciones no puede ser elevada a diferencia de principio³⁹.

Esta es la razón por la cual desde su perspectiva sería Scarpelli, y no Bobbio, quien ha encontrado el verdadero camino, al reconocer *el carácter ideológico del positivismo jurídico*:

Existen iusnaturalistas que se profesan tales no en nombre de la ciencia, sino en nombre de los valores en los que creen. Scarpelli es un iuspositivista que se profesa tal no en nombre de la ciencia, sino en nombre de los valores en los que cree. Es esta la única manera en la que se puede ser iuspositivista (o iusnaturalista, socialista, liberal, budista, cristiano, etc.) si se concuerda con las premisas epistemológicas neoempiristas⁴⁰.

Este carácter ideológico radicaría, entre otras razones, en la *naturaleza no empírica* de las normas jurídicas, hecho reconocido abiertamente por Scarpelli⁴¹.

De este modo, la *Tavola rotonda sul positivismo giuridico* constituye sin lugar a dudas un hito fundamental en la extensa obra de Bobbio. A este respecto puede hablarse de un *antes* y un *después*⁴². De hecho, no puede

³⁹Pattaro, Enrico, “Il positivismo giuridico italiano dalla rinascità alla crisi”, cit., 474-475. Ideas similares en Villa, Vittorio, *Storia della filosofia del diritto analitica*, cit., 88-89.

⁴⁰Pattaro, Enrico, “Il positivismo giuridico italiano dalla rinascità alla crisi”, cit., 476. Con palabras muy similares, *Id.*, “La crisis del kelsenismo italiano desde la perspectiva neoempirista de Norberto Bobbio y Uberto Scarpelli”, cit., 231.

⁴¹Como dice textualmente, las normas constituyen “un dato absolutamente privilegiado, situado en un plano diverso al plano sobre el que están los otros datos y no en espera de ser explicados a través de las conexiones con otros datos, sino dirigido a dar forma y calificar los eventos, a servir respecto de ellos de guía y criterio de juicio” (Scarpelli, Uberto, *Cos'è il positivismo giuridico*, cit., 43). Estas ideas también las expuso Scarpelli en la *Tavola rotonda* (véase nota 7).

⁴²A una conclusión semejante llega Borsellino, Patrizia, *Norberto Bobbio metateorico del diritto*, cit., 102-113; *Id.*, *Norberto Bobbio e la teoria generale del diritto. Bibliografia ragionata 1934-1982*, cit., 88-89.

menos que llamar la atención la honestidad intelectual del comentario final de su ponencia, no exento de ironía:

He comenzado diciendo que el positivismo jurídico ha nacido como una opción científica, pero ahora me es lícito reconocer que tras la elección científica había una exigencia política. Políticamente el positivismo es la aceptación del *statu quo*. En cuanto tal, está sujeta, como todas las elecciones, a soportar los altos y bajos de la historia. Fassò ha observado justamente que yo he dicho en el prefacio a mi volumen [*Giusnaturalismo e positivismo giuridico*] que en un cierto período de nuestra historia habíamos aceptado al positivismo porque permitía defenderse contra los cambios de un sistema que considerábamos bueno, mientras en otro momento lo habíamos refutado porque nos había obligado a aceptar un sistema que considerábamos malo. Puesto que la concepción positivista del Derecho implica la aceptación del *statu quo*, ésta es buena o mala según se considere buena o mala la situación a conservar. ¿Queremos una conclusión? Habíamos venido con la idea de concluir: “El positivismo ha muerto, viva el positivismo”. Me parece, en cambio, que nos iremos exclamando: “El positivismo ha muerto, ¡viva el iusnaturalismo!”⁴³.

Con todo, aun cuando el *shock* inicial que ocasionó este congreso en Bobbio lo hizo buscar otras alternativas en los años venideros (el análisis funcional del Derecho⁴⁴, la apertura a la Sociología jurídica⁴⁵, la teoría política⁴⁶, etc., pero nunca el iusnaturalismo), los efectos tan drásticos que a primera vista pudieran imputarse a este congreso fueron suavizándose con el tiempo, por lo que Bobbio nunca abandonó realmente la óptica normativista ni, en sus líneas generales, el enfoque propugnado por su positivismo jurídico de inspiración kelseniana⁴⁷.

⁴³Bobbio, Norberto, “Risposta di Norberto Bobbio”, en *Tavola rotonda sul positivismo giuridico*, cit., 569-570. Respecto de este pasaje, Jori considera que los dichos de Bobbio serían “proféticos”, en cuanto al ulterior desarrollo de la obra de Scarpelli, quien, como se ha visto, basa su positivismo jurídico en valores (cfr. Jori, Mario, *Il giuspositivismo analitico prima e dopo la crisi*, cit., nota 62, 35-36).

⁴⁴Cfr. Bobbio, Norberto, *Dalla struttura alla funzione*, cit., *passim*; *Id.*, “La funzione promozionale del Diritto rivistata”, en *Sociologia del Diritto*, a. XI (1984), 7-27.

⁴⁵Cfr. Bobbio, Norberto, “Teoria sociologica e Teoria generale del Diritto”, en *Sociologia del Diritto*, vol. I (1974), 9-15; (Junto a Treves, Renato), “Teoria del Diritto e Sociologia del Diritto in Marx”, en *Sociologia del Diritto*, vol. V (1978), 279-294; *Id.*, “Max Weber e Hans Kelsen”, en *Sociologia del Diritto*, vol. VIII (1981) 135-154, entre otros lugares.

⁴⁶Cfr., entre otras obras, Bobbio, Norberto, *Saggi sulla scienza politica in Italia*, Bari, Laterza, 1969; la elaboración de 15 “voces” para el *Dizionario di politica*, a cura di Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino. Turín. Utet. 1976; *Id.*, *Quale socialismo? Discussione di un’alternativa*, Turín, Einaudi, 1976, *passim*; *Id.*, *Il problema della guerra e le vie della pace*. Bolonia. Il Mulino. 1979; *Id.*, *Thomas Hobbes*. Turín. Einaudi. 1989; *Id.*, *L’età dei diritti*. Turín. Giappichelli. 1990; *Destra e sinistra*. Roma. Donzelli. 1994; *Id.*, *Né con Marx né contro Marx*. Roma. Editori Riuniti. 1997, a cura di Carlo Violi, *passim*.

⁴⁷Aborda esto Ruiz Miguel, Alfonso, *Filosofía y Derecho en Norberto Bobbio*, cit., 99-101. En todo caso, este autor hace una comprometida defensa de Bobbio: “Me parece que en la mesa redonda de 1966 sobre el positivismo jurídico [Bobbio] aceptó de los críticos más

En efecto, su enfoque continuó siendo eminentemente normativista, si bien su Teoría general del Derecho y su Ciencia jurídica sufrieron una interesante evolución, al verse “contaminadas” con elementos valorativos o, si se prefiere, llenándose de “impurezas”, de cara a la concepción inicial de este autor. De esta manera, concluyó que la avaloratividad o *approach* es un imposible, si bien debe ser tenido como un ideal límite del estudioso. Lo anterior se debe a que los valores son fundamentales no sólo para interpretar las normas jurídicas⁴⁸, sino para determinar su misma existencia, al constatar que el juicio de validez no es un mero juicio de hecho⁴⁹. Incluso, en sus últimos escritos señalaría –acercándose aún más a las teorías de Scarpelli, aunque no lo dijera expresamente– que la labor interpretativa es una actividad *política*, no científica⁵⁰. Con todo, debe hacerse presente que puesto que los valores continuarán siendo considerados por este autor no científicos hasta el final de su vida, todo lo anterior conlleva un gran déficit de racionalidad respecto de su aproximación y comprensión del fenómeno jurídico.

En cuanto a la obra de Scarpelli, en los años siguientes no se apreció un gran cambio respecto de lo sostenido en la *Tavola rotonda*. A grandes rasgos, concluyó que para la comprensión del Derecho y la labor de los operadores jurídicos, lo fundamental no son tanto las leyes sino los principios (lo cual ha dado origen a la “edad de la descodificación”), lo que, a su entender, refuerza el carácter político de la labor interpretativa

de lo que era debido. Si es cierto que detrás del método positivista hay valoraciones, éstas parecen sobre todo de carácter metodológico más que ideológico; pero si existen de ambos tipos, como ocurre detrás de la tesis de la avaloratividad científica, esa asunción no “mancha” necesariamente el estudio posterior: el enfoque puede ser valorativo sin que la teoría lo sea” (*Ibid.*, 370). Ideas similares en Luzzati, Claudio, “La scienza tra virgolette”, en Ferrajoli, Luigi; Di Lucia, Paolo (a cura di), *Diritto e democrazia nella filosofia di Norberto Bobbio*. Turín. Giappichelli. 1999, 89-91.

Por eso concluye Ruiz Miguel, igual que nosotros, que Bobbio seguiría siendo siempre positivista, no iusnaturalista, incluso en su etapa funcionalista (cfr. Ruiz Miguel, Alfonso, *Filosofía y Derecho en Norberto Bobbio*, cit., 370-371). No sólo eso: agrega Greppi que pese a esta crisis, Bobbio seguiría utilizando la filosofía analítica (cfr. Greppi, Andrea, *Teoría e ideología en el pensamiento político de Bobbio*, cit., 136 y 139-140).

⁴⁸“Essere e dover essere nella scienza giuridica”, en *Rivista di Filosofia*, vol. LVIII (1967), 235-262; “Scienza giuridica tra essere e dovere essere”, en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, vol. XLV (1968), 475-486; “Principi generali del diritto”, en *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XIII. Turín. Utet. 1966, 887-896; “Le bon législateur”, en *Logique et Analyse*, vol. XIV n° 53-54 (1971), 243-249, entre otras obras.

⁴⁹Cfr. Bobbio, Norberto, “Quale giustizia, quale legge, quale giudice?”, en *Qualegiustizia*, vol. II (1971), 268-274; *Id.*, *Dalla struttura alla funzione*, cit., 219-220 y 256-257.

⁵⁰Cfr. Bobbio, Norberto, “La ragione nel Diritto”, en C. Faralli, E. Pattaro (Eds.), *Reason in Law. Proceedings of the Conference Held in Bologna, 12-15 December 1984*, vol. I, Milán. Giuffrè. 1987, 75-89.

y el rol protagónico del juez⁵¹. Finalmente, declaró que a través de dicha interpretación y los valores y principios que se introducen gracias a ella (y pese a profesar, igual que Bobbio, un profundo no cognitivismo ético), el juez posee un papel fundamental en la creación de las normas jurídicas, que vienen a ser en parte un resultado de su labor⁵².

⁵¹Cfr. Scarpelli, Uberto, "Dalla legge al codice, dal codice al principi", en *Rivista di Filosofia*, vol. LXXVIII (1987), 3-15.

⁵²Cfr. Scarpelli, Uberto, "Il positivismo giuridico rivistato", en *Rivista di Filosofia*, vol. LXXX (1989), 461-475.

ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 8º DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA SOBRE PROBIDAD, PUBLICIDAD Y TRANSPARENCIA*

*Gustavo Cuevas Farren***

SUMARIO: 1. Génesis del artículo 8º según la Reforma Constitucional de la Ley Nº 20.050 del 2005. 2. Sentido y alcance del precepto constitucional. 3. Ley sobre Acceso a la Información Pública y su relación con el artículo 8º de la Constitución Política. 4. Conclusiones.

1. GÉNESIS DEL ARTÍCULO 8º SEGÚN LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE LA LEY Nº 20.050 DEL 2005

El artículo 8º en el texto original de la Constitución Política de 1980 se refería a la inconstitucionalidad de los partidos o movimientos políticos de ideología marxista leninista o que promovieran un régimen totalitario, lo cual generó una seria controversia doctrinal sobre esta forma de exclusión de ideas políticas, la que culminó con la derogación de este artículo el año 1989, dentro del contexto de una más amplia reforma constitucional.

El año 2005 el Constituyente decidió incorporar como nuevo artículo 8º, los principios de probidad y publicidad de la función pública, otorgándoles jerarquía constitucional.

Cabe destacar que tales principios no fueron incluidos por primera vez mediante la reforma constitucional mencionada, puesto que ya estaban consagrados en leyes anteriores. Así, el año 1999 se materializó una reforma a la Ley Orgánica Constitucional (LOC) 18.575 sobre Bases Generales de la Administración del Estado, en la que se introdujo un Título III denominado "De la probidad administrativa" cuya finalidad era, precisamente, incorporar el principio de probidad en la actuación de los órganos de la Administración del Estado.

Así, la mencionada Ley Orgánica Constitucional en su artículo 52 dispuso:

*Artículo elaborado con la colaboración de Ángela Díaz Morales, Licenciada en Historia de la Pontificia Universidad Católica de Chile y actual estudiante de Derecho de la Universidad Finis Terrae.

** Abogado y Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Santo Tomás.

“Las autoridades de la Administración del Estado, cualquiera que sea la denominación con la que las designen la Constitución y las leyes, y los funcionarios de la administración pública, sean de planta o a contrata, deberán dar estricto cumplimiento al principio de la probidad administrativa.

El principio de la probidad administrativa consiste en observar una conducta funcionaria intachable y un desempeño honesto y leal de la función o cargo, con preeminencia del interés general sobre el particular [...]”.

Por su parte, el artículo 13 de la referida ley estableció:

“Los funcionarios de la Administración del Estado deberán observar el principio de probidad administrativa y, en particular, las normas legales generales y especiales que lo regulan.

La función pública se ejercerá con transparencia, de manera que permita y promueva el conocimiento de los procedimientos, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en beneficio de ella.

Son públicos los actos administrativos de los órganos de la Administración del Estado y los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial [...]”.

A su vez, las Leyes N° 18.834 sobre Estatuto Administrativo (artículo 61 letra g) y la 19.880 sobre Bases de los Procedimientos Administrativos (artículo 16) reiteraron estos mismos principios en tales normas.

Teniendo presente que los cuerpos legales citados regularon únicamente la función relativa a la Administración del Estado, dejando fuera de su ámbito de aplicación otras funciones públicas no atribuibles, necesariamente, a dicha administración, se hizo necesario consagrar con rango constitucional estos principios, de modo que rigieran la totalidad de la función pública desde el más alto de los niveles jurídicos.

Como es posible constatar en la historia fidedigna de la Ley N° 20.050 (Reforma Constitucional de 2005), originada en una moción parlamentaria de los senadores Andrés Chadwick, Sergio Díez Urzúa, Hernán Larraín Fernández y Sergio Romero Pizarro, y en lo que nos interesa, este proyecto de reforma hizo surgir dos proposiciones alternativas para dar forma a un nuevo artículo 8° en la Carta Fundamental, redactadas por los principales bloques políticos en el Parlamento, según se detalla a continuación:

– Proposición de los partidos de la Alianza por Chile

Artículo 8°. Las personas que ejerzan una función pública de cualquier naturaleza o representen al Estado en cualquier empresa o institución deberán observar estrictamente el principio de probidad que exige un desempeño honesto, con prescindencia de cualquier interés ajeno al interés público.

Las actuaciones de los órganos del Estado y los documentos que obren en su poder son públicos, sin perjuicio de la reserva o secreto que se establezca con

arreglo a la ley en casos en que la publicidad afecte al debido cumplimiento de las funciones de tales órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional.

La ley determinará la forma de garantizar el cumplimiento de este artículo y regulará las responsabilidades por infracción a sus normas.

– Proposición de los partidos de la Concertación

Artículo 8°. Toda función pública deberá desempeñarse de modo intachable, dando preeminencia al interés general sobre el particular, y de manera que permita y promueva el conocimiento de los procedimientos, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en ejercicio de ella.

Le corresponderá a la ley la forma en que cautelará la probidad de quienes representen a órganos públicos en cualquier empresa del Estado u organismo que esté sometido, total o parcialmente, a la legislación común aplicable a los particulares, o tratados internacionales, ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Si bien la redacción variaba en uno y otro proyecto, ambos se complementaban al materializar la necesidad de incluir estos principios de probidad, publicidad y transparencia en la Constitución, y de que éstos fueran aplicables a toda función pública sin restricción.

Durante el Primer Trámite Constitucional en el Senado, y en el primer informe de la Comisión de Constitución, se acordó la siguiente redacción del artículo:

Artículo 8°. El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al deber de probidad en las actuaciones en que les corresponda intervenir.

Son públicas las resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, la ley podrá establecer la reserva o secreto de aquéllas o de éstos, cuando se afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional.

En el segundo informe de dicha comisión, aun en este primer trámite constitucional, al analizar las indicaciones presentadas, dicho órgano de trabajo decidió modificar sólo algunos términos en la redacción del artículo. Así, propuso reemplazar la expresión “deber” por “principio”, ya que consideraron que la probidad, más que un deber, es un principio; también se decidió incluir en el inciso segundo la expresión “actos”, junto con la de “resoluciones”.

Durante el segundo trámite constitucional en la Cámara Revisora (Cámara de Diputados), la única modificación introducida al proyecto de nuevo artículo 8° fue la relativa al tipo de quórum exigible a la ley que estableciera la reserva o secreto de los actos, resoluciones, fundamentos y

procedimientos de los órganos del Estado, proponiéndose que se le otorgara el carácter de ley de quórum calificado, esto es, la mayoría absoluta de los diputados y senadores en ejercicio. Por tanto, el proyecto definitivo del artículo 8° quedó de la siguiente forma:

Artículo 8°. *El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones. Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional.*

2. SENTIDO Y ALCANCE DEL PRECEPTO CONSTITUCIONAL

Para una adecuada comprensión del contenido preciso del precepto constitucional que se analiza creemos importante, en primer lugar, examinar el significado que cabe darle a los conceptos de publicidad y transparencia¹, según lo expuesto por la Real Academia de la Lengua Española. De este modo, *publicidad* es “cualidad o estado de público”, lo que significa a su vez, y en una primera acepción, “patente, manifiesto, visto o sabido por todos”; y en una cuarta acepción, “perteneciente o relativo a todo el pueblo”. Ahora bien, si trasladamos estas nociones al ámbito jurídico se puede constatar que el legislador quiso dejar constancia en términos inequívocos que la actividad desarrollada por los órganos del Estado y por todos quienes cumplen una función pública es indispensable que sea conocida por todas las personas, que de este modo verán satisfecha su necesidad de ser oportuna y plenamente informadas del quehacer público, condición ésta, ineludible por lo demás, para la vigencia y vitalidad de una democracia real. De este modo, y adicionalmente, el ejercicio del derecho constitucional de petición podrá aplicarse con vigor y eficacia cuando su titular intente quedar plenamente informado del modo como los agentes públicos cumplen con las tareas que, en definitiva, los ciudadanos les delegan.

Por su parte, *transparencia* significa “cualidad de transparente”, siendo esto último, en su cuarta acepción, “claro, evidente, que se comprende sin duda ni ambigüedad”. Por tanto, analizando jurídicamente ambos conceptos es procedente concluir que los principios de publicidad y transparencia tienen una misma finalidad, la que puede ser comprendida desde dos puntos de vista: por un lado, los actos, resoluciones, procedimientos

¹En este punto no nos referiremos al concepto de probidad, ya que su alcance se desprende claramente del artículo 52 de la Ley Orgánica Constitucional N° 18.575 sobre Bases Generales de la Administración del Estado, ya citado.

de los órganos del Estado son siempre públicos, por lo que deben estar a disposición permanente de las personas; y por otro lado, a las personas también se les reconoce el derecho a exigir una completa información de tales actos, resoluciones y procedimientos.

De este modo, en un informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, referido a los efectos del nuevo artículo 8° de la Constitución Política, se expresa que *“el legislador chileno, al incorporar en la Constitución Política de la República el nuevo artículo 8 [...] culmina el proceso de inserción de Chile dentro de un contexto de transparencia y consiguiente publicidad de carácter obligatorio para los actos y resoluciones del Estado, como necesaria defensa de la seguridad jurídica y de las garantías que todo Estado moderno debe asegurar a sus habitantes”*².

Cabe tener presente, por otro lado, que como toda norma incluida en el capítulo primero de la Constitución sobre Bases de la Institucionalidad, y como lo ha sostenido reiteradamente la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, se trata de preceptos de carácter imperativo, es decir, con fuerza jurídica propia y por ello de cumplimiento inexcusable, y que incluso las normas de este capítulo contienen los criterios interpretativos requeridos para la adecuada comprensión y aplicación de la Constitución en su conjunto.

Finalmente podemos afirmar que particularmente los principios de publicidad y transparencia son de aplicación general (e imperativa como dijimos antes), es decir, las excepciones a su aplicación únicamente son aquellas señaladas taxativamente por la Constitución Política, y por lo mismo deben ser interpretadas restrictivamente; se lee en el texto constitucional *“sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional”*.

3. LEY SOBRE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y SU RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 8° DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

En el año 2006, la Corte Interamericana de Derechos Humanos condenó al Estado de Chile, en el caso “Claude Reyes y otros Vs. Chile”, por negar el acceso a información pública a personas naturales. En dicha sentencia la Corte Interamericana señaló: *“[...] de acuerdo a la protección que otorga la Convención Americana, el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión comprende “no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y*

²Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, Boletín N° S 830-10, página 2.

*difundir informaciones e ideas de toda índole*³, respaldando el principio de publicidad y transparencia consagrado en la Constitución Política de nuestro país. Además, señaló, refiriéndose al artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que “[...] dicho artículo ampara el derecho de las personas a recibir dicha información y la obligación positiva del Estado de suministrarla, de forma tal que la persona pueda tener acceso a conocer esa información o reciba una respuesta fundamentada cuando por algún motivo permitido por la Convención el Estado pueda limitar el acceso a la misma para el caso concreto”⁴.

Se estableció en este fallo la importancia del derecho de acceso de las personas a la información de los órganos del Estado, marcando un precedente importante que nuestro país no pudo eludir tomada su decisión de avanzar hacia una mayor transparencia de la función pública; y en esta forma el año 2008 se publicó la Ley N° 20.285 sobre Acceso a la Información Pública⁵ como concreción de los principios de publicidad y transparencia elevados, anteriormente, a la máxima jerarquía normativa.

Esta ley regula el deber de los órganos estatales de tener a disposición del público información relevante sobre su organización, atribuciones, actos y resoluciones y demás datos específicos; contempla las excepciones a este derecho de acceso a información (que denomina reserva en cuya virtud se puede denegar el acceso a la información); crea el Consejo para la Transparencia, cuya función esencial es fiscalizar el cumplimiento de esta ley y proteger el derecho de acceso a la información de las personas.

La ley en examen, en su artículo 3 dispone: *“La función pública se ejerce con transparencia, de modo que permita y promueva el conocimiento de los procedimientos, contenidos y decisiones que se adopten en ejercicio de ella”*. Y, para precisar el significado del principio de transparencia, en su artículo 4 inciso 2° establece: *“El principio de transparencia de la función pública consiste en respetar y cautelar la publicidad de los actos, resoluciones, procedimientos y documentos de la Administración, así como la de sus fundamentos, y en facilitar el acceso de cualquier persona a esa información [...]”*

Como se dijo precedentemente, los principios de publicidad y transparencia persiguen un mismo fin, lo que también se demuestra con esta ley al distinguir ella entre transparencia activa y una consecuente transparencia pasiva: la primera se refiere a que los órganos de la Administración del Estado deben tener a disposición del público, en su sitio web toda la información relevante sobre sus funciones, actuaciones y otras igualmente importantes; mientras que la transparencia pasiva se vincula con el derecho que tiene toda persona a *“solicitar y recibir información de cualquier*

³Considerando N° 76.

⁴Considerando N° 77.

⁵También conocida como Ley de Transparencia.

órgano de la Administración del Estado, en la forma y condiciones que establece esta ley”⁶.

Asimismo, los principios que sustentan el derecho de acceso a la información pública están claramente individualizados en el artículo 11 de la mencionada ley, y son los siguientes:

- *“Principio de relevancia, conforme al cual se presume relevante toda información que posean los órganos de la Administración del Estado.*
- *Principio de la libertad de información, de acuerdo al que toda persona goza del derecho a acceder a la información que obre en poder de los órganos de la Administración del Estado, con las solas excepciones o limitaciones establecidas por leyes de quórum calificado.*
- *Principio de apertura o transparencia, conforme al cual toda la información en poder de los órganos de la Administración del Estado se presume pública, a menos que esté sujeta a las excepciones señaladas.*
- *Principio de máxima divulgación, de acuerdo al que los órganos de la Administración del Estado deben proporcionar información en los términos más amplios posibles, excluyendo sólo aquello que esté sujeto a las excepciones constitucionales o legales.*
- *Principio de divisibilidad, conforme al cual si un acto administrativo contiene información que puede ser conocida e información que debe denegarse en virtud de causa legal, se dará acceso a la primera y no a la segunda.*
- *Principio de facilitación, conforme al cual los mecanismos y procedimientos para el acceso a la información de los órganos de la Administración del Estado deben facilitar el ejercicio del derecho, excluyendo exigencias o requisitos que puedan obstruirlo o impedirlo.*
- *Principio de la no discriminación, de acuerdo al que los órganos de la Administración del Estado deberán entregar información a todas las personas que lo soliciten, en igualdad de condiciones, sin hacer distinciones arbitrarias y sin exigir expresión de causa o motivo para la solicitud.*
- *Principio de la oportunidad, conforme al cual los órganos de la Administración del Estado deben proporcionar respuesta a las solicitudes de información dentro de los plazos legales, con la máxima celeridad posible y evitando todo tipo de trámites dilatorios.*

⁶Ley N° 20.285, artículo 10.

- *Principio del control, de acuerdo al que el cumplimiento de las normas que regulan el derecho de acceso a la información será objeto de fiscalización permanente, y las resoluciones que recaigan en solicitudes de acceso a la información son reclamables ante un órgano externo.*
- *Principio de la responsabilidad, conforme al cual el incumplimiento de las obligaciones que esta ley impone a los órganos de la Administración del Estado, origina responsabilidades y da lugar a las sanciones que establece esta ley.*
- *Principio de gratuidad, de acuerdo al cual el acceso a la información de los órganos de la Administración es gratuito”.*

En lo referido a las excepciones a este derecho de acceso a la información pública, el artículo 21 de la Ley N° 20.285 dispone:

“Las únicas causales de secreto o reserva en cuya virtud se podrá denegar total o parcialmente el acceso a la información, son las siguientes:

1. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido, particularmente:

a) Si es en desmedro de la prevención, investigación y persecución de un crimen o simple delito o se trate de antecedentes necesarios a defensas jurídicas y judiciales.

b) Tratándose de antecedentes o deliberaciones previas a la adopción de una resolución, medida o política, sin perjuicio que los fundamentos de aquéllas sean públicos una vez que sean adoptadas.

c) Tratándose de requerimientos de carácter genérico, referidos a un elevado número de actos administrativos o sus antecedentes o cuya atención requiera distraer indebidamente a los funcionarios del cumplimiento regular de sus labores habituales.

2. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte los derechos de las personas, particularmente tratándose de su seguridad, su salud, la esfera de su vida privada o derechos de carácter comercial o económico.

3. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte la seguridad de la Nación, particularmente si se refiere a la defensa nacional o la mantención del orden público o la seguridad pública.

4. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el interés nacional, en especial si se refieren a la salud pública o las relaciones internacionales y los intereses económicos o comerciales del país.

5. Cuando se trate de documentos, datos o informaciones que una ley de quórum calificado haya declarado reservados o secretos, de acuerdo a las causales señaladas en el artículo 8° de la Constitución Política”.

Un aspecto novedoso de esta ley es la creación de un Consejo para la Transparencia, cuyos fines, según el artículo 32, son los de “promover la transparencia de la función pública, fiscalizar el cumplimiento de las normas sobre transparencia y publicidad de la información de los órganos de la Administración del Estado y garantizar el derecho de acceso a la información”. Otras atribuciones que se entregan a este Consejo se detallan en el artículo 33:

a) Fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones de esta ley y aplicar las sanciones en caso de infracción a ellas.

b) Resolver, fundadamente, los reclamos por denegación de acceso a la información que le sean formulados de conformidad a esta ley.

c) Promover la transparencia de la función pública, la publicidad de la información de los órganos de la Administración del Estado, y el derecho de acceso a la información, por cualquier medio de publicación.

d) Dictar instrucciones generales para el cumplimiento de la legislación sobre transparencia y acceso a la información por parte de los órganos de la Administración del Estado, y requerir a éstos para que ajusten sus procedimientos y sistemas de atención de público a dicha legislación.

e) Formular recomendaciones a los órganos de la Administración del Estado tendientes a perfeccionar la transparencia de su gestión y a facilitar el acceso a la información que posean.

f) Proponer al Presidente de la República y al Congreso Nacional, en su caso, las normas, instructivos y demás perfeccionamientos normativos para asegurar la transparencia y el acceso a la información.

g) Realizar, directamente o a través de terceros, actividades de capacitación de funcionarios públicos en materias de transparencia y acceso a la información.

h) Realizar actividades de difusión e información al público, sobre las materias de su competencia.

i) Efectuar estadísticas y reportes sobre transparencia y acceso a la información de los órganos de la Administración del Estado y sobre el cumplimiento de esta ley.

j) Velar por la debida reserva de los datos e informaciones que conforme a la Constitución y a la ley tengan carácter secreto o reservado.

k) Colaborar con y recibir cooperación de órganos públicos y personas jurídicas o naturales, nacionales o extranjeras, en el ámbito de su competencia.

l) Celebrar los demás actos y contratos necesarios para el cumplimiento de sus funciones.

m) Velar por el adecuado cumplimiento de la Ley N° 19.628, de protección de datos de carácter personal, por parte de los órganos de la Administración del Estado.

Al respecto, es importante considerar que en el trámite de control preventivo de constitucionalidad realizado por el Tribunal Constitucional, y luego de examinar el cúmulo de atribuciones antes reproducidas, dicha Magistratura concluyó que tales atribuciones no pueden menoscabar el principio de autonomía que la Carta Fundamental consagra respecto de los organismos individualizados en la cita que sigue: así, el considerando trigésimo séptimo señala: “[...]esta Magistratura ha puesto de relevancia la necesidad de respetar cuanto se deriva de la naturaleza autónoma que la Carta Fundamental ha asignado a ciertos órganos del Estado como la Contraloría General de la República, autonomía que se proyecta en una triple dimensión: organizativa, institucional y normativa. La referida autonomía implica, precisamente, que cada uno de estos ámbitos de acción no puede estar supeditado, en su ejercicio, a órganos que se relacionen, aunque sea en forma indirecta, con las labores de gobierno y administración propias de la función ejecutiva”. Por su parte, el considerando trigésimo octavo expresa: “[...] las normas generales que dicte el Consejo para la Transparencia en ejercicio de sus atribuciones y funciones legales, no son vinculantes para la Contraloría General de la República, ya que, de otro modo, se afectaría la autonomía que la Constitución Política, en su artículo 98, le ha conferido a dicho Organismo de Control Administrativo”.

El mismo argumento se utiliza respecto del Banco Central, Ministerio Público, Tribunal Constitucional, Tribunal Calificador de Elecciones,

reiterando que la ley en estudio no puede afectar la autonomía de estos organismos, otorgada por la Constitución Política.

Por esta razón, la misma ley en sus disposiciones transitorias incluye un conjunto de modificaciones a las Leyes Orgánica Constitucional sobre Bases Generales de la Administración del Estado, 19.880 sobre Bases de los Procedimientos Administrativos, Orgánica Constitucional de Municipalidades, de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República y Orgánica Constitucional del Banco Central, con el propósito de lograr una más eficaz aplicación de las normas generales que puedan ser dictadas por el Consejo para la Transparencia.

Otro aspecto relevante abordado por el Tribunal Constitucional y relacionado con el Consejo para la Transparencia es en relación con lo dispuesto en el artículo 43, incisos finales en donde se establece: *“Asimismo, el Consejo estará sometido a la fiscalización de la Contraloría General de la República, en lo que concierne a su personal y al examen y juzgamiento de sus cuentas.*

Las resoluciones del Consejo estarán exentas del trámite de toma de razón por la Contraloría General de la República”.

Al respecto, el Tribunal Constitucional precisa lo que sigue en el considerando trigésimo cuarto: *“[...]esta Magistratura declarará que el precepto de la iniciativa precedentemente citado se ajusta a lo dispuesto en la Ley Fundamental, en el entendido de que esta limitación a las facultades que se confieren a la Contraloría General de la República, en la norma transcrita, deja a salvo el control amplio de legalidad que confiere a este órgano el artículo 98, inciso primero, de la Carta Fundamental [...]”.*

Finalmente es imprescindible tener presente que el derecho de acceso a la información, en el texto de la ley que hemos comentado, se encuentra debidamente protegido por recursos que lo aseguran: el primero un recurso de amparo ante el propio Consejo en caso de negativa infundada en la solicitud de acceso a la información, y luego un reclamo de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones del domicilio del reclamante para enmendar lo resuelto por el propio Consejo, según lo establecen los artículos 24 y siguientes.

4. CONCLUSIONES

Es posible afirmar que el artículo 8° de la Constitución Política y la Ley N° 20.285 sobre Acceso a la Información Pública vienen a reforzar principios básicos de la democracia moderna, como lo son la probidad de los funcionarios de los órganos del Estado, así como la publicidad de sus actos, resoluciones y procedimientos; y el derecho de las personas para acceder a la información pública, todo lo cual, igualmente, fortalece en su vigencia al propio Estado de Derecho. En este sentido es necesario

tener presente que durante los últimos años se ha fortalecido, quizás como consecuencia de la mayor participación ciudadana en la vida nacional, el derecho de petición referido a la obtención de información, derecho éste consagrado a nivel constitucional.

También estas reformas son expresión de la constante preocupación de los gobiernos democráticos por eliminar la corrupción en la función pública, ya que es importante tener presente que los órganos del Estado manejan los recursos que aportan las personas a través de sus impuestos y demás erogaciones obligatorias, lo que obliga a disponer de ellos observando la máxima honradez o probidad. Después de todo, el fenómeno de la corrupción enquistada en los órganos del Estado es la antesala de crisis más graves debilitadoras de la estabilidad social e institucional de un país.

TERRORISMO: UN PROBLEMA DE INTELIGENCIA*

*Iván Aróstica Maldonado***

SUMARIO: I. ¿Terrorismo en Chile? II. Entre la exageración y la desidia. III. Definiendo el “terrorismo”. IV. Conclusiones.

En la lógica de que los servicios de informaciones constituyen la primera línea de defensa contra el terrorismo, la Ley N° 19.974 (2.10.2004) confía a la Agencia Nacional de Inteligencia (ANI) “Disponer la aplicación de medidas de inteligencia, a objeto de detectar, neutralizar y contrarrestar las acciones de grupos terroristas, nacionales o internacionales” (artículo 8 letra f)¹.

Como el gobierno de quien depende no puede dejar las leyes sin ejecución, por comprometer su propia responsabilidad, entonces es válido suponer que en su planificación le ha fijado a la ANI, a título de requerimiento prioritario, precisamente anticiparse al accionar de grupos subversivos o extremistas, dando con antelación los convenientes avisos de alerta (en un plazo mediano) o ya de alarma (en uno inmediato).

I. ¿TERRORISMO EN CHILE?

El caso es que, sin embargo, se ha instalado la percepción sobre un deterioro creciente del orden público, por la continua presencia de elementos revolucionarios reconstituidos y organizados actuando en violentas jornadas de agitación, asaltos, atentados explosivos y acciones de sabotaje, con planes estratégicos para radicalizar determinados conflictos, en el campo laboral, medioambiental e indígena. A lo que se suman las revelaciones

*Abreviaturas más usadas: El Mercurio (EM), La Tercera (LT) y La Nación Domingo (LND).

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

¹Su origen se remonta a 1991, cuando por decreto de Interior N° 363 se creó con el nombre de Consejo de Seguridad Pública (“La Oficina”) tras el homicidio del senador Jaime Guzmán. Después pasó a llamarse Dirección de Seguridad Pública e Informaciones (DISPI) en virtud de la Ley N° 19.212, de la cual es continuadora la actual ANI, según la citada Ley N° 19.974 (artículo 48).

sobre los posibles nexos de la ultraizquierda chilena con agrupaciones terroristas extranjeras o internacionales², por lo que no han faltado las críticas contra la ANI, por su eventual inoperancia, al no haber contribuido a prevenir estas situaciones³.

De otro lado, la autoridad imputa los atracos tipo comando a “ex” rebeldes o a terroristas “descolgados” que actuarían por móviles de lucro personal⁴, sin exhibir la evidencia correspondiente cuando algunos de ellos son capturados. Señala que, en todo caso, se trataría de grupos minoritarios y que, a lo más, únicamente estarían operando unas células inorgánicas e inconstantes en el tiempo, desarticuladas entre sí, que reúnen milicianos residuales solo para actuar⁵. Sin descartar que ello podría estar reflejando una adopción de las nuevas formas de coordinación que enseña el terrorismo internacional: con redes difusas basadas en la flexibilidad y la ausencia de estructuras rígidas centralizadas, fácilmente manejables y unidas por medios telemáticos que hacen de la volatilidad estructural su principal medio de ocultación⁶.

Otras veces ha indicado que no posee información de inteligencia que dé cuenta de una rearticulación subversiva mayor⁷, y que los contactos que tienen entre sí o con entidades terroristas foráneas no configuran delitos por sí solos.

²Para una evolución de esta percepción en la prensa, v. EM, desde el tono dubitativo de su editorial *Terrorismo en Chile, ¿mito o verdad?* del 6.4.2008, hasta los más asertivos *Lo “antisistémico”* de 17.10.08 y *Delitos e inteligencia* de 6.11.08 (todos en cuerpo A, 3).

³Roberto Ampuero, en *La otra guardia de La Moneda*, LT (Reportajes) 18.11.2001, 16-17. También en LT: *Los hombres que no saben demasiado* (2.9.2001, 17-19), *¿Un servicio de inteligencia?* (23.9.2007, 16-17) e *¿Inteligencia?* (31.5.2009, 3). En EM: *Terrorismo e Inteligencia* (15.11.2001 A 3), *La Dispi investiga e infiltra* (25.6.2002 C 9), y *Jóvenes anarquistas* (30.5.2009 A 3). Incluso en un momento hubo trascendidos –ni demostrados ni desmentidos– que la sindicaban, a más de ineficiente, como excesivamente condescendiente frente a conocidos grupos insurgentes o de presión: en LT (9.12.2001, 22-23 y Reportajes de 10.2.2002, 10) y en EM (1.4.2001 D 16, 22. 6. 2002 A 1 y C 11, 25.6.2002 C 9, y 16.4.2006 D 15).

Relacionado: Juan Carlos Cairo-Luis León Saniez, *La crisis de los organismos de Inteligencia*, Centro de Estudios Hemisféricos Alexis de Tocqueville, en www.centrotocqueville.org.ar (30.3.2008). Horacio A. French, *Servicios Secretos en crisis* (2006), El Emporio Ediciones (Córdoba, Argentina) 126 pp.

⁴Un balance en LT 21.5.2008, 17. Informes de inteligencia de la policía civil apuntan a que en varios asaltos han actuado como cabecillas individuos con pasado subversivo, junto con gente del hampa, quienes sólo realizarían el trabajo operativo de choque: LT 2.8.08, 22.

⁵EM 2.4.2008 C 11 y 22.6.2009 C 10.

⁶Miguel Ángel Esteban Navarro-Diego Navarro Bonilla, *Inteligencia para la seguridad y la defensa: el valor de la gestión del conocimiento*, 46, y de este último autor *Fuentes de información abiertas (Osint) e Inteligencia Estratégica*, 56-57, ambos en la obra colectiva “Gestión del Conocimiento y servicios de Inteligencia”, colección monografías N° 47 (2004), Universidad Carlos III de Madrid.

⁷*El jefe de la ANI asegura no tener información sobre autores de los bombazos*: LT 29.5.2009, 24 y 30.5.2009, 41.

En agosto de 2008, por la prensa⁸ se conocieron los nexos de las FARC con organizaciones extremistas chilenas⁹, incluidos unos correos electrónicos donde éstos piden adiestramiento militar y cursos sobre explosivos a cambio de fusiles M-16¹⁰. Mientras el Departamento del Tesoro de EE.UU. dijo tener identificado al encargado de las FARC en Chile¹¹, algunos involucrados restaron toda veracidad a los correos¹², a la vez que INTERPOL validó la relativa intangibilidad de los computadores de donde se extrajo la información¹³. Nuestro jefe de Gabinete, después de acusar una “operación de inteligencia” urdida por Colombia¹⁴, expresó que “La información recogida por la ANI y las inteligencias policiales me permite asegurar que no existe ningún vínculo, salvo las simpatías políticas, entre las FARC y grupos chilenos. Puedo asegurar que no hay grupos guerrilleros operativos ni escuelas de guerrillas en la Araucanía. Todas las afirmaciones en ese sentido carecen de fundamento”¹⁵.

La ANI (que había recibido los datos en mayo de 2008¹⁶) afirmó que los nexos únicamente darían cuenta de afinidades políticas, mas no de vínculos operativos que sean constitutivos de delitos¹⁷. Sin descontar que esa solidaridad podría encontrar cabal reciprocidad en la instrucción militar, impartida en las selvas colombianas o en nuestros bosques del sur¹⁸.

Cuando el ataque del 15.10.2008, en el sector de Puerto Choque, VIII Región, contra una columna de carabineros y detectives que escol-

⁸LT 3.8.2008, 18 y 7.8.08, 24-25. La información proviene de los computadores capturados a Raúl Reyes, el segundo hombre de las FARC, abatido por las fuerzas colombianas el 1º de marzo de 2008.

⁹LT 10.9.2008, 9. Con anterioridad, Colombia ya había difundido las redes de las FARC por Sudamérica, por medio de la cadena “Grupo de Diarios América”, donde en un mapa de la región se observa que en el país existirían 21 organizaciones afines con las FARC, prestándole apoyo legal (ideológico) e ilegal (logístico y financiero): *La expansión de las FARC por Latinoamérica*, EM 11.5.08 A 6. Ver el editorial *Las redes de las FARC* del mismo EM 20.5.08 A 3 y de LT 21.5.08, 3.

¹⁰LT 9.9.2008, 15. Una transcripción detallada de los mensajes en LT Reportajes 14.9.08, 6. Donde además apareció mencionado un periodista de la secretaría de comunicaciones de La Moneda: EM 9.9.2008 C 8 y LT misma fecha, 14-15.

¹¹LT 1.10.2008, 15.

¹²LT 11.9.2008, 9 y la columna del PC Guillermo Teiller en *El Siglo* 12.9.08, 5 y carta a LT 14.9.08, 2. Maurice Lemoine, *Colombia y el ciberguerrillero* en *Le Monde Diplomatique*, julio 2008, 10-12.

¹³Informe Forense publicado por OIPC-INTERPOL (Francia), en www.interpol.int (mayo 2008).

¹⁴LND 21.9.2008, 10-11.

¹⁵EM 21.9.2008 A 2. *La Nación* 16.9.08, 5.

¹⁶LT 11.9.2008, 8; carta del Sr. Embajador de Colombia en Chile don Julio Gaitán G. en LT 16.9.08, 2, y declaración del Presidente de Colombia don Álvaro Uribe en Santiago, EM 17.9.08 C 3.

¹⁷EM 10.9.2008 C 7 y LT 12.9.08, 7.

¹⁸Posteriormente, Colombia ha revelado que las FARC aceptaron entrenar a mapuches en conflicto: LT 31.5.2009, 22 y 1.6.09, 17.

taban a un fiscal abocado a pesquisar atentados ocurridos en la zona en el contexto del llamado conflicto Mapuche¹⁹, la autoridad se apresuró a atribuirlo a delincuentes comunes. En circunstancias que la preparación y ejecución de la emboscada, por alrededor de quince encapuchados con armas, contra un fuerte contingente policial, dando origen a una intensa balacera de aproximadamente media hora, todo ello estaría revelando –según se reconoce– “algún grado de estrategia militar”²⁰.

Pero, a un tiempo que el Departamento de Estado norteamericano advertía sobre una mayor planificación y una mejor preparación armada de los grupos radicalizados que operan en el conflicto mapuche²¹, el gobierno rechazó el informe aduciendo que no visualiza ninguna rearticulación, ni un reordenamiento importante, y que los responsables del atentado de octubre de 2008 ya están en su mayoría detenidos²².

El jefe militar de la Coordinadora Arauco Malleco (“el Comandante”), con entrenamiento en el Frente Patriótico Manuel Rodríguez, quien buscando *weichafes* (guerreros²³) había llamado a los estudiantes universitarios de Temuco a sumarse a su “lucha de liberación nacional”²⁴, cuando fue detenido al poco tiempo después, el Ministerio Público le imputó el delito de “asociación ilícita terrorista”²⁵.

No terminaba el gobierno de felicitarse por la desarticulación de una célula terrorista autora de una sucesión de bombazos (a raíz de circunstancias enteramente fortuitas), cuando sobrevino casi inmediatamente otro, contra el cuartel de Investigaciones de Ñuñoa²⁶.

En síntesis, estas distintas apreciaciones obedecerían a una diferente concepción sobre qué se entiende exactamente cuando hablamos de “terrorismo”. De acuerdo con la información abierta disponible, cabe inducir que nuestra autoridad no aceptaría la existencia de un fenómeno terrorista, pasible de inteligencia, hasta tanto ciertos hechos violentos no alcancen, en gravedad, algún indeterminado nivel de magnitud e intensidad, y ellos no encuadren estrictamente dentro de la tipificación de conductas terroristas descritas por la Ley N° 18.314.

¹⁹EM 17.10.2008 C 11 y LT misma fecha, 17.

²⁰La organización paramilitar que exhiben los extremistas en la zona (con tenidas de combate mimetizadas, chalecos antibalas y metralletas) la había anotado antes la prensa: EM 6.12.2007 C 10 y revista Ercilla 14.1.2008, 26-29. Sobre la implementación de un plan “antiguerrillas” en el sector por Carabineros: EM 19.8.08 A 1 y C 8-9.

²¹LT 16.6.2009, 15.

²²LT 17.6.2009, 16.

²³¿Cuántos de nuestros analistas dominan el Mapudungun?

²⁴EM 21.6.2009 D 7.

²⁵EM 16.7.2009 C 10 y 17.7.09 C 1. LT 17.7.2009, 16.

²⁶EM 22.6.2009 c 10 y LT 28.6.2009, 33.

II. ENTRE LA EXAGERACIÓN Y LA DESIDIA

1. Desde luego, en todo análisis de este tipo (con una población atemorizada de por medio) siempre subyace el riesgo de caer en las fabulaciones. En crear o imaginar peligros y amenazas de la nada, como el personaje aquél del Sastre de Panamá²⁷.

La experiencia en los preliminares a la invasión de Irak el 19.3.2003 (segunda guerra del Golfo) enseña a no sobrevalorar las amenazas, tomando como verdades seguras lo que no son más que hipótesis de trabajo. Cuando la falta de control sobre la fiabilidad de las fuentes de información humana llevó a la CIA y al MI6 británico a interpretar como laboratorios móviles para la elaboración de agentes químicos y “armas de destrucción masiva” lo que, según la Agencia de Inteligencia del Pentágono (DIA), no eran sino camiones productores del hidrógeno necesario para unos globos aerostáticos con fines meteorológicos²⁸.

2. De otra parte, está el libreto recurrente de la mayoría de los Estados enfrentados a la amenaza terrorista que optan por minimizar o restar publicidad a los actos insurgentes que desafían su autoridad. Se recuerda el caso del presidente peruano Fernando Belaúnde Terry cuando en diciembre de 1980 calificó a la guerrilla terrorista de Sendero Luminoso como “un problema de seguridad pública que la policía tiene bajo control”²⁹.

Y el Chile de 1971, cuando el Ministerio del Interior de la época quiso convencer a la opinión pública y a la policía de que era una banda delictiva común, y no política, la que había asaltado un supermercado y asesinado a un carabinero, a quien se le sustrajo su metralleta (23.5.71). La que a los días reapareció como Vanguardia Organizada del Pueblo, para asesinar con esa arma en plena vía pública al ex Vicepresidente don Edmundo Pérez Zujovic (8.6.71). Fue solo después que los investigadores desatendieron las pautas superiores y siguieron objetivamente sus propias evaluaciones cuando pudieron cercarlos y batir a la mayoría de la célula terrorista en un feroz tiroteo (13.6.71). Aunque todavía un sobreviviente

²⁷De la película “The Tailor of Panama” (2001) basada en una novela del mismo nombre de 1969 de John Le Carré. Donde un agente británico chantajea a un modisto de alta costura en procura de información, el cual le inventa seductoras historias sobre lo que se pretende con el Canal de Panamá, lo que trae inesperadas consecuencias para el país: Cristián Garay Vera, *Ética, acción e información confidencial*, revista AA Inteligencia (Santiago) N° 1 (noviembre 2007), 22-26.

²⁸Por lo que dichos errados informes merecieron el apelativo de “armas de distracción masiva”: Geoffrey Regan, *Guerras, políticos y mentiras* (2006) Crítica (Barcelona), 293 pp.

²⁹Arturo Contreras Polgatti, *Desafíos de la estrategia contemporánea: deducciones de conflictos armados asimétricos y no convencionales*. AA Inteligencia N° 1 cit., 67. Raúl Sohor, *El fantasma del terrorismo*, Debate (2005) 40-41 y 273. Sobre manejo de la información, más ampliamente César Hidalgo Campos, *Teoría y práctica de la propaganda contemporánea*, Editorial Andrés Bello (1986), 365 pp.

pudo terminar las correrías de la VOP baleando a tres detectives en un atentado explosivo contra el cuartel general de Investigaciones (16.6.71); según corre la versión para vengarse del entonces director de la policía civil, quien previamente les habría comprometido su apoyo y protección³⁰.

3. ¿Están los responsables de inteligencia obligados a presentar sus apreciaciones con independencia de cuántos datos concretos posean?

Para el ex director del Mossad (1998-2002) Ephraim Halevy, la respuesta a esta pregunta es clara y tajante: el analista de inteligencia ha de realizar su estimación, aunque sea en gran medida una conjetura. “En cuestiones de vida o muerte –aconseja– el agente secreto debe siempre cargar las tintas por el lado de la amenaza antes que por el del optimismo. Aunque se considere que la amenaza es de baja probabilidad, hay que percibirla como real e inmediata. Esto es especialmente así si las consecuencias de un error pudieran provocar miles de muertos, importantes catástrofes económicas, o los problemas concomitantes en la moral de la gente y los trastornos sociales que sufre una nación enfrentada a tales atrocidades”³¹.

Un deber de comunicar la mínima verdad detrás de cada hecho, que se relaciona con el profesionalismo e independencia de los servicios de información. Con su capacidad para sustraerse a las presiones del nivel político, a menudo proclive a tergiversar los hechos frente a la opinión pública³². Lo cual tiene que ver con su habilidad para interactuar con gobernantes que muchas veces, o les resulta difícil separar aguas entre

³⁰Emilio Filippi-Hernán Millas, *Anatomía de un fracaso*, Zig-Zag (Santiago) 3ª ed. (1999) 66-74. La Segunda 26.7.1996, CX, *Noticias de 65 años. 1931-1996*. Arturo Fontaine Aldunate, *Todos querían la Revolución. 1964-1973*, Zig-Zag (Santiago) 2ª ed. (1999), 111-113. Para los efectos políticos de este crimen y su repercusión dentro de la Democracia Cristiana: Gonzalo Rojas Sánchez, *Si lo afirmado no se olvidara*, EM 19.5.1990 A 2.

³¹Ephraim Halevy, *13 años que cambiaron al mundo*, Ediciones B (2007) 260-261. El general (R) español Armando Marchante sí sugiere tomarse ciertas precauciones con los informes de los servicios de inteligencia, muy dados a la exageración triunfalista que ellos mismos hacen de sus actividades y logros (informes erróneos o exagerados que no son más que un intento de conseguir laureles inmerecidos o para encubrir la propia impotencia mediante la invención de confidencias y fuentes de información falsas), y por la posibilidad siempre presente de que en estos servicios haya individuos que practiquen un doble juego (los agentes dobles no son precisamente una invención de escritores imaginativos): *Los servicios secretos de información*, en revista Razón Española Nº 142 (marzo-abril 2007), 232-238.

³²El Departamento de Evaluación de la Inteligencia Israelí, órgano paralelo al Amman (inteligencia militar) homóloga al Mossad, i. e., es precisamente el encargado de realizar las funciones de abogado del diablo o llevar a la crítica y conclusiones totalmente opuestas a la evaluación oficial de la situación nacional, para tener todos los referentes y nuevas percepciones de la realidad: Francisco Viñals y Mª Luz Puente, *Análisis de escritos y documentos en los Servicios Secretos* (2003) Herder (Barcelona), 93.

su propia supervivencia política y el destino del país³³, o en procura de no despertar alarma colectiva, inhiben a los propios órganos de inteligencia, al paso que los compelen a respaldar con sus informes la pauta o el discurso oficial.

III. DEFINIENDO EL “TERRORISMO”

1. Pero la pregunta crucial sigue en pie: ¿qué se entiende por terrorismo?

El problema es que la comunidad internacional ha fracasado reiteradamente en sus intentos por alcanzar una definición universal del terrorismo. Especialmente por el peligro que subyace de etiquetar (y reprimir) como terroristas a los simples disidentes del régimen o gobierno de turno, así como a algunos movimientos de liberación nacional. De allí que en el derecho internacional se haya optado por el criterio más pragmático de identificar determinados actos de violencia que generalmente son considerados como constitutivos de formas particulares de terrorismo³⁴.

Las innumerables posiciones doctrinales, a su vez, contribuyen poco a la precisión terminológica y tornan inoficioso el debate; al extremo que haber autores que se han dado a la tarea de recopilar los cientos de definiciones diferentes que circulan en torno a tan veleidoso concepto³⁵. Agotado de ponderar los pros y los contras de cada intento por encontrar un concepto omnicompreensivo, el reputado especialista Walter Laqueur ha llegado a concluir que “Cualquier definición del terrorismo político que se aventure a ir más allá de señalar la sistemática utilización del asesinato, las lesiones y la destrucción, o la amenaza de tales actos, con el fin de alcanzar objetivos políticos, está condenada a llevarnos a interminables controversias”³⁶.

Por lo mismo que tampoco nos enfrentamos ante un término equívoco, poseedor de unos muchos sentidos o significados distintos por indicar

³³E. Halevy citado, capítulo 14 “La manipulación política de los servicios de Inteligencia”, 247-264. Alberto Bolívar Ocampo, *Problemas y problemáticas de Inteligencia en la región*. AA Inteligencia N° 2 (enero 2008), 50-57.

³⁴En la Unión Europea cabe mencionar la adopción de la Posición común 2001/931/PESC del Consejo Europeo (27.12.2001), relativa a las medidas específicas con el fin de luchar contra el terrorismo. En ella se contiene una definición amplia de terrorismo; se señala qué debe entenderse por personas, grupos y entidades que participan en actos terroristas; precisa qué debe entenderse por acto terrorista, y se establece una lista de personas, grupos y entidades que quedan englobados en la definición, la cual va progresivamente actualizándose.

³⁵Carlos E. Miranda, *Terrorismo internacional. Una aproximación teórica*, Revista de Ciencia Política (Universidad Católica de Chile), vol. X N° 2 (1988) 65-75. Raúl Sohor citado, 11, 260, 291-294.

³⁶*Una historia del terrorismo* (2003). Paidós (Barcelona) 125. En contra, Charles Townshend, *Terrorismo. Una breve introducción* (2008). Alianza Editorial (Madrid), 16-17.

diversas cosas, sin relación alguna entre ellas. Aquel modo casuístico de acercarse al fenómeno más bien demuestra que se trata de un término analógico, que puede aplicarse a una pluralidad de realidades cuyo denominador común es el uso o amenaza de la violencia ilícita para conseguir específicos objetivos políticos (seculares o religiosos), aunque difieran en sus circunstancias accidentales³⁷.

2. Ello plantea la necesidad de delimitar el alcance de este término, en cuanto a su connotación (a qué actos se atribuirán propiedades terroristas) y a su denotación (a quiénes por consiguiente puede aplicarse el concepto), según los objetivos prácticos que se persigan obtener en cada caso³⁸.

2.1) Si desde el punto de vista de la policía y de los tribunales se trata de pesquisar, a efectos de sancionar postfacto un acto terrorista individualmente considerado, en cualquiera de sus grados (consumado o en etapas de tentativa o frustración), entonces habrá que estarse a las definiciones dadas por las leyes penales, las cuales indican las propiedades que posee este acto singular y que lo hacen diferente de un delito ordinario.

En este plano se sitúa en Chile la Ley N° 18.314, que determina conductas terroristas y fija su penalidad³⁹.

2.2) Mientras que, si de hacer una inteligencia que se anticipe se trata, a efectos de prevenir antefacto un posible atentado todavía no perpetrado, entonces el concepto de terrorismo debe ampliarse, abarcando todos aquellos actos antecedentes y preparatorios que posibilitan o conducen a perfeccionarlo. Puesto que la lógica del atentado sigue un patrón discernible y predecible de sucesos, donde todos ellos cobran significado sólo durante la fase final de la operación⁴⁰.

³⁷Fernando Reinares, *Terrorismo y antiterrorismo*. Paidós (1998), 15-19. Teniente General Julio Canessa Robert, *Inteligencia y Terrorismo*. El Mercurio 11.4.1991, A 2.

³⁸En esta línea, el experto Hans-Peter Gasser diferencia el "acto terrorista" del "terrorismo", puesto que mientras el primero expresa un concepto jurídico sancionado por la legislación internacional, el segundo da cuenta de un fenómeno en que se combinan objetivos políticos, propaganda y una sumatoria de actos violentos destinados a alcanzarlos. Citado por José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto, en *Introducción a "Lucha contra el terrorismo y Derecho Internacional"*, Ministerio de Defensa-Instituto Español de Estudios Estratégicos (Madrid). Cuadernos de Estrategia N° 133 (2006), 17.

³⁹Otra cosa es su inaplicación virtual en la actualidad: Marcelo Brunet Bruce, *Ley Antiterrorista y "Conflicto mapuche"*, EM 25.2.2008, A 2. Editorial *Aplicación de la ley*, EM 10.11.08, A 3.

⁴⁰John Horgan, *Psicología del Terrorismo* (2006). Gedisa (Barcelona), 35.

En este otro plano se ubica la Ley N° 19.974, sobre inteligencia del Estado, donde aparece más pertinente adoptar tal último enfoque amplio⁴¹.

Que entiende el terrorismo como un conjunto complejo de actos; como una cadena de acciones, que van desde un discurso de ética contracultural y autoexculpatorio en procura de legitimar la violencia, sigue con actividades de agitación callejera, continúa con la composición de redes o la consolidación de alianzas, pasa por la comisión de delitos comunes (como vías de financiamiento y para templar a los noveles cuadros) y que culmina con la puesta en marcha del ataque terrorista propiamente tal (bombazos, sabotajes y asesinatos selectivos).

3. Entonces, un ensayo tendiente a operacionalizar el huidizo concepto de terrorismo (a los fines de análisis político) pasa por adoptar algunos previos indicadores y variables objetivamente mensurables.

LOS DISCURSOS DE JUSTIFICACIÓN DE LA VIOLENCIA

En efecto, si las técnicas cualitativas de análisis de contenido se vuelcan sobre las diferentes expresiones escritas (manifiestos, declaraciones y proclamas) y gráficas (consignas murales) de los grupos e individuos con vocación extremista, se puede observar que habitualmente en esas formas de mensaje se hacen presentes determinadas estrategias discursivas conducentes a mostrarse favorablemente y a convertir su actividad en una “causa” que los anime a luchar y a validarse frente a posibles grupos simpatizantes de la comunidad⁴².

Como el uso de mitigadores (donde se autorrefieren como “luchadores sociales” o “combatientes populares”, participantes en batallas de “liberación”), de transferencias de responsabilidad (donde se endosa la culpa a un acto remoto y primigenio de agresión o usurpación, que moviliza a los pueblos a “recuperar su historia, cultura y cosmovisión”) e implicaciones (donde se agudizan las contradicciones entre “modernidad y marginalidad”,

⁴¹Cuando a la Agencia Nacional de Inteligencia le encomienda, entre otras funciones, “Disponer la aplicación de medidas de inteligencia, a objeto de detectar, neutralizar y contrarrestar las acciones de grupos terroristas, nacionales o internacionales, y de organizaciones criminales transnacionales” (artículo 8 letra f).

⁴²Guido Larson, curso *Movimientos Terroristas* (U. Gabriela Mistral) 8.9.2008. Luis Veres, *La retórica del Terror. Sobre lenguaje, terrorismo y medios de comunicación*, Ediciones de la Torre (Madrid) 2ª edición (2006) 222 pp. Un ejemplo sería la obra de Max Marambio, *Las armas de ayer*, La Tercera-Debate (2007): personaje de la primera hora del MIR, ensaya a justificar el uso de las armas en las décadas de los 60 y 70 en virtud del deseo de “instalarlos en la sociedad chilena a partir del modelo caballeresco de los tupamaros uruguayos. Nuestras operaciones se reportaban como novelas de aventureros por los medios informativos y gozábamos de la simpatía que genera, en la mayoría de la gente, la osadía y el romanticismo de la juventud” (67).

o entre los “sectores explotados y excluidos” y el “enemigo común que es el sistema capitalista y su sistema de dominación”⁴³).

Desde la óptica psicosocial, incluso se han podido identificar cinco elementos ideológicos comunes (creencias y argumentos) que caracterizan a gran parte de los grupos terroristas actualmente conocidos, según se resume en la siguiente tabla⁴⁴.

MATRIZ DE ARGUMENTOS LEGITIMADORES DEL TERRORISMO

Recursos ideológicos	Funciones psicosociales
Argumentos y creencias que precisan y critican ciertas injusticias sociales, amenazas o agravios cometidos contra la comunidad de referencia.	Activación de sentimientos de frustración e indignación moral.
Argumentos y creencias que identifican a un enemigo institucional o social al que se responsabiliza de tales injusticias, amenazas y agravios y cuya imagen resulta devaluada hasta el punto de su deshumanización o demonización.	<ul style="list-style-type: none"> -) Desplazamiento de la responsabilidad por las agresiones terroristas. -) Inhibición de posibles reacciones de empatía hacia las posibles víctimas. -) Activación de sentimientos de odio y deseos de venganza.
Argumentos y creencias que expresan una identidad social positiva común a los grupos terroristas y a su comunidad de referencia.	<ul style="list-style-type: none"> -) Identificación del grupo terrorista con los intereses y valores de la comunidad de referencia. -) Despersonalización de la actividad terrorista (difusión de la responsabilidad individual por los atentados). -) Desarrollo de reacciones de solidaridad y simpatía por parte de los miembros de la comunidad de referencia.
Argumentos y creencias que precisan los objetivos colectivos a los que debe aspirar la comunidad de referencia de los grupos terroristas y que especifican las actividades (violentas) que se consideran necesarias para alcanzar dichos objetivos.	Conexión psicológica entre ciertos fines justos y deseables para la comunidad de referencia y los atentados y acciones terroristas.
Argumentos y creencias que predicen un estado futuro en el que los grupos terroristas habrían alcanzado los objetivos colectivos planteados y perseguidos a través de la violencia.	Desarrollo de altas expectativas de éxito respecto a los efectos sociopolíticos de la actividad terrorista.

⁴³Expresiones para precipitar los antagonismos analizados tempranamente por Andrés Benavente Urbina en *El discurso Étnico-Ambientalista*, EM 2.1.1998 A 2, a propósito del conflicto en La Araucanía.

⁴⁴Luis de la Corte Ibáñez, *Algunas claves psicosociales para el análisis y la explicación de los fenómenos terroristas*. Athenea Intelligence Journal, Vol. 2, Nº 3 (2007), 46-66 (lo citado en 55-57).

Si un colectivo dado proclama la violencia –en esos términos u otros parecidos– entonces eso ya constituye de suyo una amenaza. Tanto más lo será si puede pasar o pasa de los dichos a los hechos (donde un análisis más fino habrá de apuntar qué tiene, qué quiere y qué puede hacer en los diferentes escenarios y coyunturas que eventualmente se presenten, a nivel estratégico, operativo y táctico).

LOS VARIOS ACTOS DE LA VIOLENCIA

Si se aplica enseguida la experiencia conocida y acumulada a nivel local⁴⁵, puede advertirse que las organizaciones revolucionarias suelen comportarse conforme a un patrón de conducta (*modus operandi*) compuesto por su participación en las siguientes clásicas tácticas subversivas o terroristas⁴⁶: agitación de masas en desórdenes callejeros; ocupaciones de terrenos y edificios; actos de sabotaje o atentados explosivos e incendiarios; asaltos “expropiatorios” o de recuperación (a bancos o instituciones financieras, extracción de armamentos, interceptación y robo a camiones con alimentos u otros productos para distribuir a la población); perpetración de secuestros y asesinatos con características de “ajusticiamiento”, etc.

Si nos limitamos a entender el fenómeno conforme se ha observado en la práctica conocida, chilena y latinoamericana, entonces el quehacer de cualquier grupo bajo análisis tendría que ser medido conforme a si ejecutan o no todos o algunos de los siguientes once tipos de actos⁴⁷:

⁴⁵Laqueur en *Una historia del terrorismo*, 207-208, señala que sería una clara pérdida de tiempo hacer comparaciones entre el Narodovolsy de 1870 con la banda Baader-Meinhof de 1970, por ejemplo, y que sería más útil y provechoso un estudio de los grupos terroristas que se insertan dentro de una específica realidad, como los que integran la guerrilla urbana de Latinoamérica. De allí que aquí estemos manejando una concepción amplia de “terrorismo”, ideada sólo para efectos de un análisis de inteligencia política (no jurídico-penal), que carece de pretensiones de generalidad para explicar todas las situaciones que pueden darse, en cualquier contexto, circunstancia y lugar.

⁴⁶Para una descripción sobre estos modos de acción, en la experiencia vívida de un ex miembro del movimiento Lautaro, v. entrevista en EM 11.11.2007 D 19. Compárese la coincidencia con el listado de “Tácticas Terroristas” incluido en el recurrente *Manual de Terrorismo y Guerrilla Urbana* de la ex Escuela de las Américas, 9-10.

⁴⁷Sin perjuicio de ir acomodando este tipo de listados a las nuevas realidades que puedan darse. Así, en cuanto a los sabotajes o boicot, en un futuro próximo acaso tendrían que considerarse algunos no convencionales, como ataques electromagnéticos o electrónicos contra comunicaciones esenciales y nodos informáticos: Robert D. Steele, *Creación de una nación inteligente: estrategia de información, inteligencia virtual y guerra de información* (2006), AFCEA (La Nueva Cuba), disponible en Internet.

MATRIZ DE ACCIONES TERRORISTAS

Tipología			
Conexiones con grupos terroristas internacionales			
Tácticas de calle (agitación en jornadas de violencia)			
Ocupaciones y tomas (usurpaciones) de edificios, terrenos o áreas			
Negocios ilícitos (narcotráfico, piratería de bienes, etc.)			
Asaltos armados (a bancos, financieras, transportes de valores, arsenales)			
Secuestro de personas (plagio)			
Sabotajes			
Atentados explosivos o bombazos			
Asesinatos selectivos			
Rescate de prisioneros			

De manera que si respecto de una misma unidad de análisis (grupo u organización) converge alguna de aquellas formas discursivas, con la ejecución de a lo menos una de estas acciones, ya se configurarían las premisas de un silogismo para concluir que sí existe un decir y un actuar con caracteres terroristas.

IV. CONCLUSIONES

1. Si el lapso que va desde la preparación de un atentado hasta su perpetración efectiva puede ser cuestión de horas, es imposible que esa labor de anticipación llamada inteligencia se desarrolle con eficacia y eficiencia, cuando es reactiva y ha de esperar que se inicie la comisión de un delito hasta que éste alcance cierta gravedad.

La quintaesencia del negocio de los servicios de inteligencia es la identificación de información clave en tiempo oportuno⁴⁸. De allí su rol fundacional proactivo en la prevención de riesgos y amenazas, tales como el terrorismo.

2. La inteligencia no se trata tanto de exhaustividad, sino de precisión. Donde la exactitud en el diagnóstico precoz, menos que en la sobrea-

⁴⁸Diego Navarro Bonilla (Universidad Carlos III de Madrid), *El ciclo de inteligencia y sus límites*, Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol (Madrid) Nº 48 (¿2007?), 51-65.

bundancia de datos, radica en la individualización incisiva de aquella información relevante, merced a protocolos o algoritmos que facilitan la cognición rápida⁴⁹.

Hay disponibles algunos elementos útiles para predecir e identificar dicho complejo fenómeno, que vertidos en unos modelos o ecuaciones predefinidos eliminarían muchas de las conjeturas aleatorias que se tejen sobre el tema. De manera que por cada combinación de factores enseguida se pueda estructurar un árbol de decisiones que recomiende un distinto tratamiento, según el nivel de la amenaza⁵⁰.

3. Comoquiera que es la ausencia de parámetros objetivos la que alimenta los rumores y el carácter confuso de las versiones, la efectividad de nuestros aparatos de inteligencia en este campo sólo se puede medir y controlar cuando se ajustan a métodos de estudio reglados y contrastables.

En un régimen jurídico como el nuestro, su orientación operativa compete al Presidente de la República y a la Cámara de Diputados fiscalizarlos.

4. La vulnerabilidad de una sociedad aumenta en la misma medida que se conserva el carácter secreto de las amenazas. El Estado debe transitar hacia una mayor apertura con respecto a la naturaleza de los riesgos que acechan y comprometen la seguridad de todos.

Admitido que vivimos en un mundo caracterizado por la saturación de datos y la dispersión del conocimiento⁵¹, es utópico pretender éxitos con una inteligencia oficial centralizada. Tal limitación comprensiva no puede superarse sino cuando el Estado, definida cuál es la amenaza, es capaz de crear una red más amplia y de coordinar una comunidad de inteligencia mayor, con el aporte analítico innovador de aquellos expertos, empresas y centros de estudios especializados que se encuentran en el sector privado.

⁴⁹Hay un cierto consenso entre los especialistas, en cuanto a que la falta de resultados tangibles por parte de las oficinas de inteligencia dice relación con los procesos de análisis y comprensión de la información más que en las primeras fases de reunión u obtención de los datos: Robert M. Clark, *Intelligence Analysis. A target-centric approach*, CQ Press (Washington D.C.) 2ª edición (2007), 321 pp.

⁵⁰Aplicable aquí, como en otras muchas áreas del saber práctico: Malcolm Gladwell, *Inteligencia intuitiva. ¿Por qué sabemos la verdad en dos segundos?* Taurus (México). 1ª ed. (2005), 5ª reimpresión (2008), 134-153.

⁵¹Un hecho ilustrativo del porqué la actual tecnología exige mayores capacidades cooperativas para seleccionar, valorar e interpretar (analizar) datos: cada día se guardan aproximadamente 20 millones de palabras de información técnica. Alguien capaz de leer 1.000 palabras por minuto necesitaría 1,5 meses, a razón de ocho horas diarias, solo para poder leer toda la información recogida en ese único día: Ezequiel Ander-Egg, *Métodos y técnicas de investigación social. Técnica de recogida de datos e información* (2003). Lumen (Buenos Aires), 58.

LO QUE DICE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA RESPECTO DE LA NULIDAD DE DERECHO PÚBLICO DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

*Eduardo Soto Kloss**

No poco se ha escrito sobre la nulidad de derecho público en las dos últimas décadas, y sobre todo a raíz de una exposición nuestra en las XXI Jornadas de Derecho Público de 1990¹. Pero no sólo su aspecto doctrinario ha sido tocado en esta materia, sino sobre todo ella ha sido objeto de una muy nutrida jurisprudencia judicial que, hasta ahora, no he visto abordada en toda su amplitud, no obstante que ella asume una importancia fundamental al existir un número cercano a la cincuentena de fallos. De allí que para completar el estudio de esta nulidad tan especial, de fundamento constitucional, e instrumento privilegiado de salvaguarda de la supremacía constitucional, nos ha parecido indispensable tratar lo que ha dicho la Corte Suprema en este aspecto.

Cuanto hemos venido sosteniendo a través del tiempo en diversos trabajos no han sido meras consideraciones teóricas de algún estudioso engolosinado por la materia o el fruto de meras consideraciones especulativas. Muy por el contrario, ello está fundamentado en una serie impresionante

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

¹ Conferencia inaugural en el Aula Magna de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile el 21.11.1990, siendo Director del Departamento de Derecho Público de dicha Facultad; ella fue publicada en la *Revista de Derecho Público* N^{os}. 47-48/1990, 11-25.

Con anterioridad el profesor don Gustavo Fiamma Olivares había publicado un enjundioso trabajo referido a *La acción constitucional de nulidad. Un supremo aporte del constituyente de 1980 al derecho procesal administrativo*, en RDJ t. 83/1986, Primera Parte, Sección Derecho, 123-128, referido especialmente al derecho a la acción, el principio de inexcusabilidad de los tribunales y al alcance de la expresión "causas civiles" del artículo 73 de la CP 1980, con gran acopio de antecedentes en las Actas de Sesiones de la Comisión Ortúzar (encargada de la redacción de una nueva Constitución), con tres anexos (en 129-142, 143-150 y 151-156, respectivamente), trabajo al que agregaría su *Acción constitucional de nulidad y legitimación activa objetiva*, en Gaceta Jurídica 123/1990, 7-12. Estos trabajos complementan muy bien nuestro análisis referido específicamente a la nulidad de derecho público/inexistencia propiamente tal. También el profesor don Jorge Precht Pizarro se había referido a esta nulidad en *El principio de legalidad* en Cuadernos de Análisis Jurídico (Universidad Diego Portales) N^o 4/1988.

de sentencias judiciales supremas a través de los últimos 20 años, recaídas especialmente en procesos en los cuales se ha deducido la acción de nulidad de derecho público en contra de actos administrativos que no se han atendido al ordenamiento jurídico y, en consecuencia, los tribunales han “reconocido” la existencia de los vicios que los han afectado desde su misma emisión y han “declarado”, en consecuencia, su nulidad.

Veamos, pues, esos fallos que en número tan nutrido se han dictado, especialmente a raíz de unos decretos supremos que confiscaban bienes de personas naturales, en virtud del reglamento del DL N° 77, de 1973, reglamento que en su texto excedió los términos del referido decreto ley, el cual sólo disponía esa medida respecto de personas jurídicas que allí se especificaban.

1. Si comenzamos este recuento jurisprudencial con *Pérsico Paris c/Fisco* (Corte Suprema, 20.11.1997, rechaza casación fiscal, quedando firme la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, 21.11.1995, que confirmaba la sentencia del 28° Juzgado Civil de Santiago, 2.6.1995, que acogiera la demanda de nulidad de derecho público), es debido que es uno de los primeros fallos en que se afirman los conceptos que hemos explicado en los párrafos precedentes y que serán continuamente reiterados en casos sucesivos.

En efecto, el considerando 4° de la mencionada sentencia de la Corte Suprema establece:

“Que tratándose en la especie de una nulidad de derecho público, en la que se implican no sólo el interés privado del actor sino también el de la sociedad, en cuanto las actuaciones de los poderes públicos no pueden transgredir el estado de derecho, forzoso es admitir que las reglas del derecho común no pueden tener aplicación sino cuando las normas del derecho público se remitan a ellas o cuando la naturaleza de la institución admita que el derecho público se integre con normas comunes; y en la especie indudablemente no corresponde esta integración cuando de lo que se trata es de sancionar la posible omisión en que habría incurrido el actor al demorar el inicio del juicio, porque para alcanzar semejante efecto se requeriría de una expresa remisión a las normas del derecho común que permitieran privar de la acción de nulidad de derecho público por el transcurso de un cierto lapso, lo que, por otra parte, exigiría admitir que los actos que contravienen el artículo 7° de la Constitución Política de la República pudieran purgarse del vicio que lo aqueja al cabo de cierto término, criterio que está en pugna con el propio tenor del precepto citado en cuanto señala que tales actos son nulos y originan las responsabilidades y sanciones que la ley señale, dando a los vicios fundantes de tal nulidad una entidad que impide que el solo transcurso del tiempo pueda sanear el acto que lo contiene; en consecuencia, no existiendo en el derecho público una norma que declare prescriptible la acción ejercida en estos autos, ni otra similar al artículo 1683 del Código Civil, que priva de la acción de nulidad absoluta común por saneamiento del acto en razón del

transcurso de diez años, no cabe extender analógicamente el alcance de los artículos 2497, 2514, 2515 y 2520, a un caso en que la naturaleza de los hechos guarda cierta semejanza con aquellos previstos en las normas citadas, pues ello importaría que los jueces hubiesen creado la norma por la cual se sancionaría al actor, circunstancia que conduce inevitablemente al rechazo de este capítulo [de la casación deducida]”.

Igual predicamento se ha seguido en *Baltra Moreno c/Fisco* (Corte Suprema, 12.8.1998), considerando 13, al rechazar la casación fiscal. También *Cantero Prado c/Fisco* (Corte Suprema, 27.5.1999), considerando 6°. En *Baltra Moreno* citado, la Corte Suprema al decidir la casación planteada por la actora, acogéndola, establece en su considerando 6°:

“Que, la sentencia [recurrida] ha dado aplicación lisa y llana a las normas del derecho común, sin reparar que la naturaleza de los vicios que afectan a los decretos impugnados hacen improcedente estimar que puedan sanearse en el transcurso del tiempo, especialmente si se considera que la disposición constitucional en cuya virtud se ha declarado la nulidad no contiene remisión expresa alguna que permita aplicar las reglas de prescripción que el fallo invoca [del Código Civil]; y la naturaleza de la nulidad que se ha declarado impide integrar o complementar la norma constitucional con preceptos comunes, ya que el texto de la primera excluye toda posibilidad de saneamiento desde que dispone que los actos que la infringen son nulos per se sin necesidad de declaración alguna, impidiendo así que la voluntad de las partes o el transcurso del tiempo puedan convalidarlos;”.

Que las normas civiles no son aplicables a la nulidad de derecho público lo afirma otra vez la Corte Suprema en *Reyes Zamora* (27.10.1998, casación en el fondo), en cuyos considerandos 15° y 17° establece:

“Que de la lectura de las normas indicadas en el considerando que antecede [del título XX del Libro Cuarto del Código Civil, y las disposiciones constitucionales de los artículos 6° 7°] aparece que en la nulidad de derecho público no tienen sustento las normas civiles, tanto en el origen del vicio como en el bien jurídico que cautelan o protegen ambos institutos de nulidad y sus efectos” (considerando 15°).

Que de lo antes expuesto, aparece que los jueces del grado, al estimar improcedente la nulidad de derecho público sustentada en las normas del Texto Civil, no han cometido la infracción de ley que se expresa en el libelo de casación” (considerando 17°).

Este mismo criterio es posible encontrarlo repetido, variado y complementado en numerosos fallos posteriores, como v. gr. en *Cossio Cárdenas c/Fisco* (5° Juzgado Civil de Santiago, 31.7.1995, Corte de Apelaciones de Santiago, 28.11.1997 y Corte Suprema, 10.6.1999, que acoge la casación del actor y viene a confirmar la sentencia de primera instancia que acogía

la demanda), caso en el cual el juez a quo (considerando 8° letras c, d y e) establece que:

“Que, por otra parte, la nulidad de los actos sancionados por el artículo 7° de la Constitución vigente y correspondiente de los instrumentos constitucionales anteriores, es una nulidad de pleno derecho, pues el acto no puede producir efecto alguno, y no puede ser saneado y, además, si es cometido por un funcionario alcanza a la responsabilidad civil de éste, la cual está establecida en el inciso segundo del artículo 38 de la Constitución y es materia de una acción civil distinta y separada de la Nulidad de Derecho Público” (letra c).

“Que no se puede confundir la acción de Nulidad de Derecho Público con las acciones civiles de cualquier clase, ni menos extender a ella por analogía las reglas de caducidad de los reclamos administrativos ante Tribunales especiales” (letra d).

“Que los decretos del Ejecutivo no se hacen más válidos o irrevocables con el transcurso del tiempo porque la Administración conserva la facultad de derogarlos en cualquier oportunidad y sin perjuicio de los derechos de terceros, lo que viene a indicar que este poder de derogación que se mantiene en el tiempo sirve de apoyo a la imprescriptibilidad de la acción de Nulidad de Derecho Público” (letra e).

En *Texier Avellaira c/Fisco* (6° Juzgado Civil de Santiago, 10.10.1995, que acoge la demanda, y Corte de Apelaciones de Santiago, 22.4.1996, que confirma), el fallo del juez a quo afirma en sus considerandos 9°, 12 y 14:

“Que en relación a la acción de Nulidad de Derecho Público ésta está reconocida en nuestro ordenamiento jurídico en el texto constitucional, en los incisos 2° y 3° del artículo 7°, los que establecen la nulidad de pleno derecho de todo acto que contraviniera el principio de juridicidad, en cuya virtud se consagra la sujeción integral de los órganos del Estado a la Constitución y a las leyes... El acto dictado en contravención a cualquiera de esos requisitos [del inciso 1° del art. 7°] es nulo, independiente de si haya o no algún afectado por el acto; es lo que se denomina en doctrina la nulidad pública de pleno derecho, que importa que los actos carezcan inicial y perpetuamente de efectos, por lo que la labor jurisdiccional, cuando se recurre a esta instancia, es meramente declarativa” (considerando 9°).

“Que habiendo actuado la Administración como lo hizo, fuera del ámbito de su competencia, arrojándose el ejercicio de facultades jurisdiccionales en clara contravención al texto del artículo 4° de la Constitución Política del Estado del año 1925 vigente a la fecha de la actuación de que se trata, que importa la comisión de un acto nulo que adolece de nulidad de pleno derecho, no le cabe a este tribunal otra actuación que su constatación y declaración, sin que sea obstáculo para ello el largo tiempo transcurrido, por cuanto la nulidad que afectó al acto lo privó desde su dictación y perpetuamente de todo valor

jurídico, pudiendo invocarse en cualquier momento, sin que sea procedente la convalidación” (considerando 12).

“...es necesario reiterar que la nulidad de derecho público opera ipso iure y es insanable e imprescriptible por lo cual no procede la prescripción de la acción de nulidad intentada...; además, en materias de Orden Público no puede producirse prescripción por que la ley dispone que el acto administrativo vicioso puede ser declarado inválido en cualquier momento” (considerando 14).

Es de interés lo que el considerando 15 agrega en cuanto a que en virtud de una confiscación nula dispuesta por la autoridad administrativa (fiscal en este caso).

“...el fisco no ha podido adquirir bien alguno a través de un acto que se mira como no ejecutado, tal es así que respecto del bien confiscado sólo puede mirársele como mero tenedor de un bien ajeno que, pese al transcurso el tiempo, nunca ha salido del patrimonio de su titular”.

Por su parte, en *Sociedad Periodística Chile Ltda. c/Fisco* (1er. Juzgado Civil de Concepción, 12.3.1998, Corte de Apelaciones de Concepción, 14.4.1999), el considerando 16 del fallo de primera instancia, confirmado en alzada, reitera que:

“Esta nulidad de derecho público es de contenido y características peculiares, opera de pleno derecho y no necesita declaración, empero por motivos de seguridad y certeza jurídica debe existir una declaración formal que reconozca su existencia; el acto contraventor, así, es nulo desde el mismo instante de su dictación y, por ende, nulo, insanable, esto es, no puede ratificarse ni convalidarse, ni tampoco esta nulidad puede validarse por el tiempo, es decir, es imprescriptible”.

En *Lawner Steiman c/Fisco* (14° Juzgado Civil de Santiago, 27.7.1995, que rechaza demanda, Corte de Apelaciones de Santiago, 26.5.1998, que la revoca, acogéndola, y Corte Suprema, 27.5.1999, que rechaza la casación fiscal) se reitera lo antes señalado, especialmente en cuanto a que:

“caracteriza al derecho público la preeminencia del interés general por sobre el particular, de modo que los órganos, entes y cuerpos que por él se rigen, están sometidos en su acción a limitaciones que no tienen parangón en el ámbito especialmente liberal del derecho privado” (considerando 14°).

“Que cualquiera de los modos en que los decretos se revelaron incompatibles con la juridicidad –atentado a garantía constitucional y al principio de legalidad (jerarquía normativa y reserva legal), desvío de poder, vulneración del objeto del acto administrativo, prescindencia de la capacidad de los órganos actuantes y desfiguración de la potestad sancionadora del Estado– trae por

sí solo aparejada la nulidad que la Ley Primera prevé y que a esta judicatura no queda más que acatar, descubriéndola con la fuerza de su irrenunciable imperio” (considerando 45°).

Particular interés presentan sus considerandos 46 y 47, que señalan:

“Que una nulidad de esa especie no viene siendo constituida por esta sentencia, como si el estado de ineficacia de los decretos de la referencia viniera surgiendo a la vida jurídica en razón y a partir de la consiguiente cosa juzgada.

No es ella un estado independiente ni sobreviniente al acto, el que debido a sus vicios, ausencias, yerros, falencias, desviaciones, defectos y anomalías, no se configuró, consumó o perfeccionó como manifestación del poder jurídico de un órgano público del Estado de Derecho, sino como un simple hecho.

Consecuencia de lo cual es que la nulidad se dio de pleno derecho, contemporáneamente a los abortados decretos, pues es el derecho mismo, la Constitución, la que contempla, en una reacción autodepurativa que impone la propia lógica, y que no de aceptarse –en estos precisos términos de automaticidad y autosuficiencia– el administrador podría hacer de constituyente, legislador y juez, a más de gobernador y hasta simplemente dictador, si ni siquiera gobernador;” (46).

“Que no extrañará, entonces, que esta nulidad de derecho público no pueda ser saneada de manera alguna, ni siquiera por la inherente al transcurso del tiempo”.

A lo dicho, que por sí solo basta para descartar una extinción que obstará a la nulidad de derecho público, habría que añadir la incompatibilidad entre los parámetros que informa a ésta y los que subyacen en la prescriptibilidad que se hace valer, inmersa en el ámbito del derecho privado...”.

Distinto acontece con un derecho público que reclama siempre y sin excepciones la juridicidad de sus manifestaciones, de cara a su necesaria legitimidad, y en el que nunca podría el solo transcurso de los años devenir fuente de un derecho ab initio que no lo fue” (47).

En igual sentido a lo dicho puede verse *Sánchez Michea c/Fisco* (19° Juzgado Civil de Santiago, 5.10.1995, que acoge la demanda de nulidad de derecho público de decretos supremos y Corte de Apelaciones de Santiago, 26.5.1998, que confirma), fallo particularmente relevante en cuanto a fundamentos y fines de la nulidad de derecho público, según veremos luego.

Al rechazar la casación fiscal en *Lawner Steiman*, la Corte Suprema repetirá, en su considerando 6°, los planteamientos ya formulados en *Pérsico Paris*, *Baltra Moreno* y *Cantero Prado* citados. Este mismo criterio

de *Lawner Steiman* se repetirá en *Guastavino Córdova c/Fisco* (Corte de Apelaciones de Santiago, 1.7.1998).

Igual predicamento podemos encontrar, también, en *Bellolio con Distribuidora Chilectra Metropolitana S.A.* (Corte Suprema, 24.3.1998) en su considerando 5°, en el cual se reafirma que la nulidad de derecho público, de fuente constitucional (arts. 6° y 7°)

“presenta las siguientes características básicas: es retroactiva, insanable e imprescriptible, no puede convalidarse y produce consecuencias erga omnes, con efectos reflejos, porque acarrea la ineficacia de todos los actos posteriores y consecuentes del que se estima nulo y, por último, debe declararse de oficio por los tribunales, para mantener la vigencia del orden jurídico establecido”.

Y también en *Sociedad Impresora Horizonte S.A. c/Fisco*, caso en el cual la Corte de Apelaciones de Santiago (11.6.1999) al acoger la demanda de la actora, luego de revocar la sentencia de primer grado (29° Juzgado Civil de Santiago, 31.10.1996) que la rechazara, concluye que la alegación fiscal de prescripción extintiva de la acción deducida debe ser desechada:

“en atención a la naturaleza de la acción propuesta; en efecto, no puede menos que aceptarse que tratándose de una acción de nulidad de derecho público, además de los intereses de la actora, en relación con la juridicidad de los actos de la Administración, también está el de la sociedad, motivo por el cual las normas de derecho privado que han sido invocadas por la demandada ninguna relación tienen con la acción de estos autos, porque ésta se rige por las normas de derecho público que no han previsto ningún precepto que las haga aplicables a la materia, y porque la sanción de nulidad prevista en el artículo 4° de la Constitución Política del Estado del año 1925, concurre aún en caso de circunstancias extraordinarias, lo que debe interpretarse que los actos desarrollados en contravención a la norma tampoco pueden sanearse por el transcurso del tiempo” (considerando 2°).

Y agrega su considerando 9°:

“Que el mismo artículo 4°, a objeto de prever que se la transgrediera y restar toda eficacia al acto eventual, estableció la sanción de nulidad, la que por haber sido establecida aún para “circunstancias extraordinarias” opera de pleno derecho, motivo por el cual haciéndose lugar a la petición de nulidad será declarada en lo resolutivo de la sentencia”.

La Corte Suprema (17.5.2000) al desechar la casación en el fondo interpuesta por la demandada fiscal reitera en su considerando 3° que esta acción de nulidad de derecho público tiene un fundamento en la Constitución (capítulo I y específicamente en su artículo 7°), y concluye que:

“esta nulidad, por las características que presenta y el modo como está concebida en el ordenamiento básico de la institucionalidad, opera de pleno derecho, de modo que solicitada al tribunal, éste, al asentar los elementos de hecho que representan una invasión de potestades, no tiene otra función que reafirmarla, constatando su existencia, y siendo así no puede aplicársele las normas generales de derecho privado sobre prescripción de las acciones. Por consiguiente, cabe llegar a la conclusión que esta nulidad es imprescriptible”.

En igual sentido deben citarse *Molina Martínez c/Fisco* (vid. Corte de Apelaciones de Santiago, 22.6.1999, considerando 8°, fallo que revoca el de primer grado, 27° Juzgado Civil de Santiago, 18.3.1996, que rechazara la demanda, y Corte Suprema, 21.6.2000, considerando 3°, sentencia que rechaza la casación de fondo fiscal); también *Cuevas Corvalán c/Fisco*, caso en el cual la Corte Suprema (21.6.2000) acoge la casación en el fondo de la demandante, revocando la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago (12.11.1998) que confirmara la de primer grado (25° Juzgado Civil de Santiago, 10.7.1996) que rechazaba la demanda; en su considerando 6° se reiteran las conclusiones que en “Sociedad Impresora Horizonte S.A.” recién citado se expresaban en su considerando 2° recién transcrito, y en su considerando 7° se reitera lo que “Pérsico Paris” mencionada expresaba en su considerando 4°.

Asimismo, *Peña Robles c/Fisco*, caso en el cual la Corte Suprema (18.7.2000) acoge la casación en el fondo deducida por el actor en contra de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago (18.1.1999) que revocara el fallo del tribunal de primer grado (28.6.1996), que acogía la demanda. En su fallo de casación la Corte Suprema en sus considerandos 4° y 5° reitera lo afirmado en “Cuevas Corvalán” y en “Sociedad Impresora Horizonte S.A.” mencionados. Lo mismo en *Costa Espinoza c/Fisco* en el cual la Corte Suprema (18.7.2000) acoge la casación de fondo interpuesta por el actor en contra del fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago (18.1.1999) que confirmara el de primer grado (25° Juzgado Civil de Santiago, 15.5.1996) que rechazaba la demanda; en su sentencia la Corte Suprema en sus considerandos 4° y 5° nuevamente reitera lo dicho en “Peña Robles”.

Lo que una vez más se repetirá en *Benavides Marambio c/Fisco*, caso en el cual la Corte Suprema (18.7.2000) acoge la casación en el fondo planteada por el actor en contra del fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago (18.1.1999), el cual revocando el de primera instancia (16.7.1996) que acogía la demanda, la rechaza en todas sus partes dando lugar a la excepción de prescripción alegada por la defensa fiscal. La Corte Suprema al acoger la casación deducida declara “imprescriptible” la acción de nulidad de derecho público, reiterando en sus considerandos 4° y 5° lo que ha dicho ya en “Sociedad Impresora Horizonte S.A.”, en “Molina Martínez”, en “Cuevas Corvalán”, en “Peña Robles” y en “Costa Espinoza”.

Especial interés presenta *Aedo Alarcón c/Fisco* (18° Juzgado Civil de Santiago, 30.7.1997, Corte de Apelaciones de Santiago, 9.12.1999 y Corte Suprema, 7.11.2000), especialmente en sus sentencias de primera instancia y la de casación en el fondo.

Dice el tribunal civil capitalino:

“Que... La acción de nulidad de derecho público como la de la especie, está reconocida en nuestro ordenamiento jurídico. Es así que en el artículo 7° incisos 2° y 3° de la Constitución Política, se establece la nulidad de pleno derecho de todo acto que contravenga el principio de juridicidad, en cuya virtud se consagra la sujeción integral de los órganos del Estado a la Constitución y a las leyes” (considerando 7°).

“Que, al respecto, se debe tener presente que la Administración actuando como lo hizo, fuera de la esfera de su competencia, arrogándose facultades jurisdiccionales en clara contravención al texto constitucional vigente a dicha fecha, llevó a efecto un acto que adolece de nulidad de pleno derecho, que este Tribunal debe constatar y declarar, sin que constituya un obstáculo para ello el tiempo transcurrido, por cuanto la nulidad que afectó al acto lo privó desde su inicio de todo valor jurídico, pudiendo aquella invocarse en cualquier momento, no siendo procedente su convalidación. Además, la nulidad de derecho público opera ipso iure, es insanable e imprescriptible, por lo que no procede ser acogidas por este fundamento, las prescripciones alegadas” (considerando 10, frase segunda).

Agregaré la Corte Suprema, en el considerando 7° de su sentencia:

“Que... debe tenerse presente que en el caso sublite se trata de una acción de nulidad de derecho público cuya existencia encuentra su fundamento máximo en el párrafo constitucional de las “Bases de la Institucionalidad” y cuyo asidero práctico se halla en el artículo 7°, incisos 2° y 3° de la actual Constitución Política de la República... La doctrina, en general, ha considerado que esta nulidad, por las características que presenta y el modo como está concebida en el ordenamiento básico de la institucionalidad, opera de pleno derecho de modo que solicitada al tribunal, éste, al asentar los elementos de hecho que representan una invasión de potestades, no tiene otra función que reafirmarla, constatando su existencia y siendo así, no puede aplicársele las normas generales de derecho privado sobre prescripción de las acciones. Asimismo, al no existir norma alguna que consagre lo contrario, cabe llegar a la conclusión que esta nulidad es imprescriptible, debido a que no es posible aplicar esta causal de extinción de las acciones y derechos sin una norma legal que la establezca”.

Volviendo a *Sánchez Michea* citado, merece transcribirse su considerando 4° por la claridad de su contenido (redacción ministro señor Juica Arancibia):

“Que caracteriza al derecho público la preeminencia del interés general por sobre el particular, de modo que los órganos, entes y cuerpos que por él se rigen, están sometidos en su acción a limitaciones que no tienen parangón en el ámbito esencialmente liberal del derecho privado.

Ello se traduce en verdaderos axiomas del derecho público, universalmente aceptados como tales.

En primer lugar, el de que sólo puede hacerse lo que la ley expresamente autoriza, axioma que informa el principio de la legalidad del servicio público.

En segundo lugar, el de que debe cumplirse lo que la ley ordena, manda o autoriza, máxima que inspira el principio de la reserva legal.

En tercer y último término –por destacar los que vienen estrictamente al caso– el de que debe actuarse en función de los fines para los cuales la administración fue en cada caso establecida o prevista, basamento éste que da cuerpo a la teoría de la desviación de fin.

A grandes rasgos, este es el marco esencial de la juridicidad de la actividad del Estado, a la luz del que y en el contexto del cual debe enfocarse la nulidad pendiente;”.

Del mismo modo su considerando 36:

“Que la noción más elemental de Estado de derecho supone, necesaria e imprescindible, la sujeción de los órganos públicos al derecho, el que asume el carácter de razonada delimitación de sus atribuciones, de modo que aquéllos sólo puedan y, además, exclusivamente deban, hacer lo que la ley les manda, de conformidad con la Constitución, en función de los fines del servicio público, del objeto de los actos de la administración y de la capacidad de sus agentes, siempre con irrestricto respeto a las garantías de las personas.

El poder es, en este sentido, esencialmente jurídico y se traduce en expresiones del mismo carácter. Cuando no, lo es simplemente de hecho.

La facultad o atribución ha de ser poder jurídico puesto en manos de la autoridad. Sólo así y entonces se la supone funcional al bien común. Juridicidad ésta plenamente identificada con y condicionada por los lineamientos del inicio de este razonamiento”.

Y sus considerandos 38 y 39 repetirán lo que la misma Corte dice en *Lawner Steiman* en sus considerandos 46 y 47 citados precedentemente.

2. En *Brian de Diego c/Fisco* (25° Juzgado Civil de Santiago, 17.4.1995, que rechaza, Corte de Apelaciones de Santiago, 18.6.1996, que confirma, y Corte Suprema, 21.7.1998, que acoge casación de la actora y su pretensión anulatoria), la Corte Suprema en su sentencia que acoge la casación de

fondo deducida reitera (considerando 6º) una vez más lo que ella misma ha afirmado en *Pérsico Paris, Baltra Moreno, Cantero Prado, Lawner Steiman y Guastavino*, ya citados, agregándose muy certeramente que es enteramente improcedente la pretensión de integrar los aparentes vacíos de normas sobre prescripción con las normas del derecho común, porque para que ello pudiera admitirse:

“se requeriría de una expresa remisión a las normas del derecho común... lo que, por otra parte, exigiría aceptar que los actos que contravienen el artículo 4º de la Constitución de 1925 [vigente al momento de la dictación de los decretos impugnados de nulidad], pueden purgarse del vicio que los aqueja al cabo de cierto tiempo, lo que pugna con el propio tenor del precepto citado en cuanto señala que tales actos son nulos y no pueden sanearse ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias”. Y se agrega:

“habiéndose sentado en la sentencia que dicha actora era dueña del bien de cuyo dominio fue privada en virtud de los decretos impugnados en autos, y si dichos actos administrativos son nulos, resulta inconcuso concluir que la pertinente privación de efectos no ha podido menos que mantener en su patrimonio aquel derecho real del que ilegalmente se pretendió privarla, lo que importa admitir también que ha conservado su derecho a reivindicar el que acoge la demanda bien que le pertenece o el valor del mismo, y a ser indemnizada de todo perjuicio, pues de lo contrario la nulidad de derecho público carecería de su especial significación y trascendencia y de toda eficacia para los particulares y, además, se mantendrían indefinidamente inalterados los efectos de un acto a pesar de su nulidad, lo que pugna con el carácter insanablemente inválido del mismo; por consiguiente, no habiéndolo declarado así, la sentencia impugnada ha incurrido también en un error de derecho que ha influido substancialmente en lo dispositivo del fallo y que resulta bastante para anularla”.

“Que,... todo acto que haya importado ejercicio de la jurisdicción [como disponer por acto administrativo una confiscación] y que no proviniera de algún tribunal, indudablemente ha sido dictado por una autoridad en ejercicio de facultades que no le correspondían, lo que hace necesariamente nulo el referido acto; al no declararlo así la sentencia impugnada incurre en un error de derecho que ha influido en lo dispositivo del fallo;” (considerando 4º).

En *Bussi Soto c/Fisco* (25º Juzgado Civil de Santiago, 17.4.1995, que rechaza la demanda de nulidad, Corte de Apelaciones de Santiago, 18.6.1996, que confirma, y Corte Suprema, 21.7.1998, que acoge la casación en el fondo de la actora y la demanda), la Corte Suprema (en sentencia de la misma fecha que *Brian de Diego* citado) repite las mismas consideraciones de aquel fallo.

3. En *Pey Casado c/Fisco* (21º Juzgado Civil de Santiago, 13.1.1997, que acoge la demanda, Corte de Apelaciones, 18.7.2000, que confirma, y Corte

Suprema, 14.5.2002, que desecha la casación fiscal), presentan interés, en el aspecto que estamos tratando, los fallos recaídos en estos autos. En efecto, la sentencia de primer grado es muy clara en afirmar:

“Que en nuestro sistema constitucional la nulidad es una acción y medio privilegiado que tiene por objeto salvaguardar el sometimiento y sujeción de los órganos del Estado al Derecho, y si bien aparece del texto constitucional que tal nulidad opera ipso iure, por razones de seguridad jurídica y certeza, debe existir una declaración formal e indiscutible de un órgano que reconozca la infracción, [órgano] que no puede ser otro que el judicial, al que se le ha confiado de manera exclusiva y excluyente la función de juzgar, a través de la respectiva acción procesal, que es el modo de acceder a los tribunales, según lo preceptuado en el artículo 73 de la Constitución Política del Estado; (considerando 7°).

“Que la acción de nulidad de derecho público está reconocida en nuestro ordenamiento jurídico, y en el artículo 7°, incisos 2° y 3°; tales normas constitucionales establecen la nulidad de pleno derecho de todo acto que contraviene el principio de juridicidad, en cuya virtud se consagra la sujeción integral de los órganos del Estado a la Constitución y a las leyes, principios del ordenamiento que también se encuentran dentro de las Bases de la Institucionalidad, como una garantía del Estado de derecho, destinados a poner a disposición de los particulares un instrumento de protección frente al actuar ilegal del Estado;” (considerando 11°).

La sentencia de segunda instancia, que rechaza la apelación fiscal, se referirá a las características de esta acción de nulidad de derecho público. Dice al efecto:

“Que, como lo señala la doctrina, ciertos actos jurídicos emanados de la Administración del Estado pueden ser nulos de pleno derecho. Esta es la regla general cuando se exceden los límites de la potestad reglamentaria, que es el caso de autos.” Y agrega: “Esta nulidad de derecho público, como lo afirma también la doctrina, no puede ser saneada, ni siquiera por el transcurso del tiempo” (considerando 9°).

La sentencia de casación por la cual la Corte Suprema rechaza la argumentación fiscal de ser prescriptible la nulidad de derecho público, *presenta gran interés* porque la pretensión fiscal que afirma que en ausencia de norma pública que la declare así cabe aplicar las normas pertinentes del derecho civil, no se sostiene en lógica si antes no se afirma que esta nulidad se rige por las normas civiles, lo que no es aceptable dado lo establecido por la Constitución. De allí que sostenga el fallo supremo (considerando 10°) que para que pudiera haber prosperado lo planteado por la defensa fiscal no solamente debía haberse alegado la vulneración de las normas civiles sobre prescripción (arts. 2497, 2515, etc.).

“sino, además, aquellas relativas a la nulidad de los actos y contratos y sus efectos, puesto que resultan básicos, para entender que ha operado la prescripción, la precisión respecto del vicio que se ha de estimar concurrente”. Y se añade:

“el orden de las alegaciones obligaba a obtener, en primer lugar, una declaración en orden a que se debe aplicar en la especie, la normativa sobre nulidad civil y, establecido lo anterior, que se aplican las normas sobre prescripción de las acciones pertinentes a dicha institución”; al no haberse así formulado la casación planteada *“no puede prosperar”.*

Y es que la sentencia recurrida de casación en el fondo no pudo aplicar las normas sobre prescripción dispuestas por el Código Civil, desde que no aplicó las normas sobre la nulidad civil, que eran su antecedente ineludible.

Otro caso de interés en que la Corte Suprema reafirma por enésima vez la imprescriptibilidad de la nulidad de derecho público y la acción procesal correspondiente para su interposición, es *Rodríguez Valenzuela c/Fisco* (16° Juzgado Civil de Santiago, 25.6.1997, que rechaza la demanda, Corte de Apelaciones de Santiago, 30.12.1999, que la revoca y acoge y Corte Suprema, 13.12.2000, que desecha la casación en el fondo formulada por la defensa fiscal).

En su fallo de alzada, al acoger la apelación de la actora, la Corte de Apelaciones siguiendo el predicamento clásico en esta materia formulado por la Corte Suprema, establece:

“Que, finalmente, en lo que se refiere a la prescripción alegada por el Fisco, tratándose, como se ha dicho, de una nulidad de derecho público que se fundamenta en que la actuación de los poderes públicos no puede exceder el marco rígido de su competencia, forzoso es admitir que las reglas del derecho común no pueden tener aplicación sino cuando las normas del derecho público se remiten a ellas o cuando la naturaleza de la institución admita que el derecho público se integre con dichas normas, y en la especie indudablemente no procede esa integración si de lo que se trata es sancionar la posible omisión en que habría incurrido el actor al demorar el inicio del juicio” (considerando 11°),

continuándose con los mismos planteamientos que ya hemos reseñado en los fallos *Pérsico, Baltra, Cantero, Lawner*, etc., citados precedentemente. Termina la Corte de alzada reiterando que los vicios en que se ha incurrido en los actos administrativos impugnados de nulidad de derecho público *“no pueden sanearse ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, dando a los vicios fundantes de la nulidad una entidad tal que impide por el solo transcurso del tiempo pueda sanear de ellos el acto que los contiene”.*

En la sentencia de casación, la Corte Suprema reitera que:

“estas normas [arts. 6° y 7° de la Constitución] establecen principios fundamentales de la sujeción de los órganos públicos al derecho; los actos que alguno de ellos realice extralimitándose de las potestades que le han sido conferidas por las normas jerárquicamente superiores, carecen de valor jurídico, lo que puede ser declarado en cualquier momento por el tribunal competente, que al efectuar tal declaración se limita a afirmar el principio de superioridad jerárquica de la Constitución y las leyes respecto de los actos de la Administración del Estado, sin que en esta materia, a diferencia de lo que ocurre con las acciones patrimoniales, resulten aplicables las normas generales del derecho privado sobre prescripción de las acciones;” (considerando 3°).

Una vez más en *Robles Robles c/Fisco*, la Corte Suprema (23.1.2003) tendrá la ocasión de repetir su reiterada jurisprudencia sobre el tema al concluir en *la imprescriptibilidad de la nulidad de derecho público*. Dicen al efecto sus considerandos 24°, 27° y 28°:

“Que para discernir este recurso [de casación en el fondo] resulta necesario considerar si la nulidad de un acto jurídico administrativo, particular o reglamentario, que adolece de un vicio de ilegalidad o inconstitucionalidad, debe entenderse saneada de conformidad con el artículo 1683 del Código Civil por el transcurso de un lapso de tiempo que pase de diez años;” (considerando 24°).

Que... no existiendo en concreto razones de certeza jurídica que lo justifiquen, nada obsta para que ante un conflicto de normas de diversa jerarquía, se hagan prevalecer los principios de la supremacía constitucional y legal y de sujeción de los órganos administrativos al derecho, contenidos en el Capítulo I de la Constitución Política, cualquiera sea la época en que esa declaración sea requerida;” (considerando 27°).

“Que a falta de norma legal especial o general que regule la materia, el criterio referido permite preservar el principio de juridicidad sin consideración de la época en que es invocado, como ocurre en nuestro derecho con el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ley, sin perjuicio de que no pueden afectarse intereses consolidados como derechos por el transcurso del tiempo;” (considerando 28°).

Sin alargar en demasía este recuento jurisprudencial, valga recordar *Radio La Voz del Sur c/Fisco* (Corte Suprema, 21.1.2004), fallo en que la jurisdicción suprema confirma, una vez más, la imprescriptibilidad de la nulidad de derecho público.

Sus considerandos 11° y 12° lo reiteran:

“Que se sostiene por parte de la doctrina que, por referirse la nulidad de derecho público a los actos de los órganos públicos que sobrepasan sus

potestades legales, contradiciendo el principio de juridicidad, básico en un Estado de Derecho, está consagrada constitucionalmente y, al ser declarada, debe entenderse que aquellos actos han sido nulos desde su nacimiento y lo son y serán para siempre; la acción para requerirla será por eso imprescriptible e inextinguible, así hubiera transcurrido, desde que en el hecho los actos se hubieran producido, el tiempo que fuere;” (considerando 11°).

“Que puede admitirse que la nulidad de derecho público y la acción para que se declare tengan las características y efectos ya mencionados;” (considerando 12°).

4. Cabe agregar dos casos semejantes recientes que inciden en la nulidad de derecho público de actos administrativos emanados del Instituto de Normalización Previsional.

En *Instituto de Normalización Previsional c/Torres Olavarría y otros* la Corte Suprema (28.12.2005), al conocer los recursos de casación en el fondo deducidos por ambas partes en contra de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, de 25.5.2005, afirma por enésima vez que la acción de nulidad de derecho público tiene sus fundamentos en el Capítulo I de la Constitución en “donde se establece el principio de juridicidad” de los órganos del Estado en sus artículos 6° y 7° (considerando 12°), y en los cuales se dispone que para que sus actos sean válidos deben adecuarse a lo prescrito en el inciso 1° de esta última disposición (considerando 13°). Y agrega:

“Que, por consiguiente, cuando actos de la Administración, como los decretos del ente previsional a que se refiere la controversia de autos, no se han sujetado a la forma prescrita por la ley para su otorgamiento –al haberse prescindido en la especie de la exigencia de un certificado auténtico de la Compin en que se haga constar la incapacidad física del postulante a la pensión de invalidez– carecen de valor jurídico, lo que puede ser declarado en cualquier momento por el tribunal competente, el cual, al formular tal declaración, se limita a afirmar el mencionado principio de juridicidad, que consagra el predominio jerárquico de la Constitución y las leyes respecto de las actuaciones de los órganos de la Administración del Estado, sin que a falta de norma especial o general que regule lo concerniente a la prescripción de la acción de nulidad de derecho público, resulten aplicables las disposiciones generales del derecho privado sobre la materia;” (considerando 14°).

Por su parte, en fallo de 23.6.2008, *Instituto de Normalización Previsional c/Chavarini Reyes y otros*, la Corte Suprema, al pronunciarse sobre la casación en el fondo deducida por el actor, decide, al igual que lo establecido en el considerando 14° recién transcrito del Instituto referido con “Torres Olavarría”, que si los actos de la Administración no se conforman a lo prescrito por los artículos 6° y 7° de la Constitución carecen de valor jurídico (consid. 7°). Y agrega:

“Que, por lo anterior, forzoso es admitir que [siendo ésta una materia regida por las normas del derecho público] las reglas del derecho común no pueden tener aplicación sino cuando las normas del derecho público se remitan a ellas o cuando la naturaleza de la institución admita que este último se integre con las normas comunes” (considerando 8°).

Lo que no sucede en la especie, agrega el mismo considerando 8°.

Igual solución en los casos semejantes que se han ido decidiendo con posterioridad, como v.gr. *Instituto de Normalización Previsional c/Solís Cortez y otros* (Corte Suprema/3^a. Sala, 30.6.2008, rol 664-07, Ministros sres. A. Oyarzún/redactor, H. Carreño, P. Pierry, S. Araneda y abogado integrante sr. H. Álvarez), o *INP c/Cubillos Tucas y otros* (Corte Suprema/3^a. Sala, 27.8.2008, rol 2278-07, Ministros sres. H. Carreño, P. Pierry y H. Brito, y abogados integrantes sres. R. Jacob y R. Gómez/redactor), o aun *INP c/Rodríguez Ortega* (Corte Suprema/3^a. Sala, 16.12.2008, rol 2506-07, especialmente considerando 4°, Ministros sres. A. Oyarzún, H. Carreño, P. Pierry y H. Brito y abogado integrante sr. A. Gorziglia). Y, recientemente, *INP c/Godoy Hernández* (Corte Suprema/3^a. Sala, 20.3.2009, rol 6982-07, Ministros sres. A. Oyarzún, H. Carreño, P. Pierry y S. Araneda, y abogado integrante sr. I. Ibarra), y también *INP c/Espinosa Loredó* (Corte Suprema/3^a. Sala, 1°.7.2009, rol 5559-07, Ministros sres. A. Oyarzún/redactor, H. Carreño, S. Araneda y abogados integrantes sres. N. Pozo y G. Ruiz).

Por último, en *Clonexpress Computación Ltda. y otros con Director de Obras Municipales de Viña del Mar y otros*, se reitera tanto el origen y la fuente constitucional de la nulidad de derecho público (artículo 7°) como sus caracteres propios y específicos, señalando que en tal virtud

“los órganos del Estado, en sus distintas manifestaciones, deben ajustar su actuación a un régimen de legalidad y derecho, en donde sólo les está permitido ejecutar aquellos actos que la Constitución y las leyes les autoricen y en la forma que éstas expresen”;

(considerando 11°, sentencia de primer grado, de 5.10.2004, Juzgado de Viña del Mar, confirmada por la Corte de Apelaciones de Valparaíso el 20.10.2007, casación en el fondo desecheda por la Corte Suprema el 12.8.2008).

Y se agrega que esta nulidad de derecho público opera de pleno derecho, limitándose el juez a declararla una vez reconocida luego de las probanzas correspondientes:

“Que la ruptura de ese marco constitucional y legal, por parte del órgano público, conlleva la nulidad del acto, careciendo el mismo de todo valor jurídico limitándose la declaración judicial a reconocer esa ilegitimidad en la actuación pública”... (considerando 12° ídem).

Agregándose:

“Que todo lo expresado conduce a señalar que la autoridad pública... al otorgar el permiso de obra menor..., no se ajustó al ordenamiento vigente, a la fecha de su emisión, toda vez que en su otorgamiento le confirió condiciones o características no previstas en la reglamentación a la cual éste se encontraba sometido produciéndose un vicio en su generación que este Tribunal reconoce, debiendo declarar su nulidad” (considerando 19°).

5. Resumiendo cuanto ha venido diciendo la Corte Suprema en más de cuarenta (40) fallos, a través de la última década, respecto de la nulidad de derecho público, *resulta forzoso concluir que:*

1. Su fundamento constituye una de las “Bases de la Institucionalidad”.
2. Su finalidad –que es fundamental para la vigencia de un Estado de Derecho– es la salvaguarda de la supremacía constitucional.
3. Es la propia Constitución (artículo 7° inciso 3°) la que declara la nulidad del acto de un órgano del Estado (administrativo, para nuestro caso) que la viola, vulnera o contraviene.
4. Ella no está a la disposición de ningún órgano del Estado como para que éste pueda prescindir de sus efectos, puesto que ha sido establecida la nulidad de derecho público por la propia Constitución para restar e impedir toda validez al acto que la transgrede, operando tal nulidad aun para “circunstancias extraordinarias”.
5. La declaración judicial –en un proceso incoado ante una pretensión anulatoria de derecho público (artículo 7° de la Constitución)– sólo comprueba un hecho pasado (o sea la existencia de un vicio que torna nulo el acto), y esa declaración interviene por razones de seguridad jurídica/certeza, dado que nadie puede hacerse justicia por sí mismo y declarar por sí y ante sí que determinado acto es nulo. Ello compete única y exclusivamente a un juez.
6. El acto nulo (propiamente *inexistente*) no entra al ordenamiento como acto sino como simple hecho (“vía de hecho”) y como tal hecho –que no como acto– produce efectos si es aplicado e incluso si produce daño originará la consecuencial responsabilidad del Estado, sin perjuicio de la del funcionario que lo hubiere cometido (artículo 38 inciso 2° de la Constitución).
7. La nulidad –que la declara la propia Constitución– se produce *ipso iure*, esto es, por el solo ministerio de la Constitución, y en el instante

mismo en que se incurre en el vicio que la contraviene, desde que ese vicio, por expreso mandato de la Constitución, afecta al acto que lo contiene privándolo de todo valor jurídico.

8. De allí se sigue que esta nulidad de derecho público es *insanable*, puesto que resulta jurídicamente imposible su ratificación o convalidación.
9. Es también *imprescriptible*, ya que la nulidad que afectó al pretendido acto lo privó desde su dictación y perpetuamente de todo valor jurídico, pudiéndose ella invocarse en cualquier momento, puesto que jamás el solo transcurso del tiempo puede ser fuente de un acto válido que *ab initio* no lo fue. Por eso es que tal nulidad es inextinguible, sea el tiempo que fuere desde que en el hecho el pretendido acto se hubiere producido.
10. No es jurídicamente procedente la pretensión de aplicar las normas civiles de prescripción a la nulidad de derecho público, que es de origen constitucional, por cuanto no existe propiamente un vacío al no disponerse plazo para su extinción, dada la “finalidad” que persigue, como es la salvaguarda de la supremacía de la Constitución, y la “función autodepurativa” que cumple frente a los actos que la transgreden, con sus caracteres de automaticidad (*ipso iure*) y autosuficiencia (*insanable e imprescriptible*).
11. Tampoco es posible jurídicamente aplicar esas normas civiles, por cuanto –y por mera hipótesis– se requeriría para ello de una expresa remisión a las normas del derecho común (la que no existe), lo que exigiría aceptar que el acto que contraviene el artículo 7° de la Constitución podría purgarse del vicio que lo aqueja al cabo de cierto tiempo, cosa que pugna directa y frontalmente con el propio tenor de dicha disposición constitucional, al disponer que tal acto “es nulo” y que no puede sanearse “ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias”.
12. Por último, y además, por sus fundamentos, sus características y el modo como está concebida la nulidad de derecho público en el ordenamiento básico de la institucionalidad, ella *opera de pleno derecho*, de manera que solicitada al tribunal, éste, al asentar los hechos que la constituyen respecto de determinado acto, no tiene otra función que reafirmarla, comprobando su existencia, y siendo así no pueden aplicársele las normas del derecho privado sobre prescripción de las acciones, de lo cual se concluye necesariamente que esta nulidad es *imprescriptible*.

Luego de este nutrido recorrido por la jurisprudencia suprema en la materia es posible afirmar con plena exactitud que sostener la prescriptibilidad de la nulidad de derecho público y de su acción para impetrarla es promover lisa y llanamente la impunidad de los órganos del Estado, especialmente administrativos, ante la violación de la Constitución en que incurran al emitir sus actos y, más encima, destruir, por tanto, la efectiva vigencia y primacía de ella; pretender tal prescriptibilidad no puede ser más perverso y, tanto más, cuando ello conlleva frecuentemente al avasallamiento y desprecio de los derechos de las personas.

FALLOS CITADOS

<i>Pérsico Paris</i>	Gaceta Jurídica 209/1997, 67-76.
<i>Balra Moreno</i>	Revista de Derecho y Jurisprudencia t. 95/1998, 2.1, 116-121.
<i>Bellolio</i>	RDJ t. 95/1998, 2.1, 23-26.
<i>Bussi Soto</i>	GJ 217/1998, 77-88.
<i>Sánchez Michea</i>	RDJ t. 95/1998, 2.5, 114-126.
<i>Reyes Zamora</i>	GJ 220/1998, 70-76.
<i>Guastavino Córdova</i>	Corte. Apelaciones de Santiago 1.7.1998, rol 5101-95.
<i>Cantero Prado</i>	RDJ t. 96/1999, 2.5, 69-73.
<i>Sociedad Periodística de Chile</i>	C. Apelaciones de Concepción 14.4.1999, rol 514-98.
<i>Cossio Cárdenas</i>	C. Suprema 10.6.1999, rol 75-98.
<i>Lawner Steiman</i>	C. Suprema 27.5.1999, rol 2282-98.
<i>Brian de Diego</i>	GJ 238/2000, 56-64; RDJ t. 97/2000, 2.5, 83-92.
<i>Sociedad Impresora Horizonte</i>	C. Suprema 17.5.2000, rol 2665-99.
<i>Rodríguez Valenzuela</i>	RDJ t. 97/2000, 2.5, 185-191.

<i>Molina Martínez</i>	C. Suprema 21.6.2000, rol 3010-99.
<i>Cuevas Corvalán</i>	C. Suprema 21.6.2000, rol 4429-98.
<i>Peña Robles</i>	C. Suprema 21.6.2000, rol 972-99.
<i>Costa Espinoza</i>	C. Suprema 21.6.2000, rol 968-99.
<i>Benavides Marambio</i>	C. Suprema 21.6.2000, rol 1068-99.
<i>Robles Robles</i>	Fallos del Mes 506/2001, 4966-4974.
<i>Pey Casado</i>	RDJ t. 99/2002, 2.5, 113-126.
<i>Radio La Voz del Sur</i>	RDJ t. 101/2004, 2.5, 6-12 (con comentario/esk en 12-19).
<i>Instituto de Normalización Previsional c Torres Olavarría y otros</i>	GJ 307/2005, 41-46.
<i>INP c/Chavarini Torres y otros</i>	C. Suprema 23.6.2008, rol 2068-08.
<i>INP c/ Solís Cortez y otros</i>	C. Suprema 30.6.2008, rol 664-07.
<i>INP c/Cubillos Tuca y otros</i>	C. Suprema 27.8.2008, rol 2278-07.
<i>INP c/Rodríguez Ortega y otros</i>	C. Suprema 16.12.2008, rol 2506-07.
<i>INP c/Godoy Hernández y otros</i>	C. Suprema 20.3.2009, rol 6982-07.
<i>INP c/Espinosa Loredo</i>	C. Suprema 1.7.2009, rol 5559-07.
<i>Clonexpress Computación Ltda.</i>	GJ 338/2008, 49-66.

OPERETA JURISDICCIONAL EN EL ÍNDICO

*Eugenio Pérez de Francisco**

I

Cayo Julio César, cuando tenía 20 años, decidió completar su formación académica, estudiando retórica y filosofía en Rodas. A su vuelta a Roma, y frente a la isla de Farmacusa, fue apresado por una partida de piratas de Cilicia. Se sabe que durante los 38 días de su cautiverio transmitió a sus captores que tras el pago de su rescate y liberación los apresaría y crucificaría. Cuando fue puesto en libertad, consiguió formar en Mileto unas fuerzas que, por sorpresa, tomaron la isla de Farmacusa, apresando a sus antiguos captores y, cumpliendo su palabra, los crucificó.

No es éste el único reportaje que nos ha llegado hasta nosotros de la existencia de piratas en los mares. La ciudad de Melilla o el Peñón de Vélez de La Gomera, todavía hoy parte del territorio español y situados en la costa norte de África, fueron conquistados por los Reyes Católicos en su lucha contra la piratería que invadía entonces el Mediterráneo. Y, cómo no, históricamente también, piratería y corona británica han ido tradicionalmente de la mano de un tal Drake, que llegó a ser Sir y otros muchos secuaces que le siguieron en fechorías, especialmente dirigidas contra el Imperio español durante doscientos años.

Pero un nuevo brote surgió el año pasado en las costas del Índico que amenazó y sigue amenazando gravemente a las comunicaciones marítimas internacionales, cuando el 20 de abril de 2008 un pesquero español (digo español por decir algo, ya que navegaba ilegalmente bajo pabellón de la ikurriña), el "Playa de Bakío", fue apresado por unos presuntos piratas frente a las costas de Somalia. El Gobierno de España, lejos de mandar a la Armada, como luego han hecho Francia o los Estados Unidos ante supuestos similares, se apresuró a conseguir liberación de la tripulación y del barco mediante el pago de unos 1,4 millones de euros.

*Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas y Doctor en Derecho. Profesor en las Universidades Francisco de Vitoria y Antonio Nebrija (Madrid).

II

Como es sabido, Somalia se encuentra en el Cuerno de África en una zona geoestratégica importante, frente a la Península arábiga. País surgido en 1960 fruto de la descolonización, ha tenido un pasado y sigue teniendo un futuro incierto; enzarzada en una guerra fronteriza con Etiopía en los años 70, hoy, a pesar de la intervención de Naciones Unidas, es el prototipo de Estado fallido, al encontrarse dominado por numerosos señores de la guerra que se han repartido el territorio de facto y ello a pesar del intento de reconciliación nacional surgido en el año 2000 en la reunión de Arta (Yibuti) y la constitución que de ella surgió. Desde la segunda batalla de Mogadiscio de mayo de 2006 entre la Alianza para la Restauración de la Paz y contra el terrorismo y las milicias leales a la Unión de Tribunales Islámicos y la declaración de independencia de Puntlandia, al norte de su territorio, han llevado a dicho Estado a un caos total.

III

Demos un paso atrás. El “Playa Bakio” es un atunero congelador, que faenando en aguas internacionales, a más de doscientas millas de las costas de Somalia, fue apresado por un grupo armado. La tripulación consiguió, mientras se producía el abordaje, comunicar con el gobierno vasco, para informar de los hechos y éste se lo notificó al español. Vaya por delante la primera consideración; de acuerdo con el ordenamiento jurídico español actual y mucho menos el internacional, ninguna Consejería (se llame como se llame) de las Comunidades Autónomas actuales tiene competencia alguna para la protección en el exterior de los intereses de particulares. Pero no deja de ser sorprendente la reacción del patrón.

Llegada la noticia a Madrid, el Gobierno de España formó un gabinete de crisis. Éste traslada a la OTAN el problema para que los barcos de la organización que se encontraran en la zona prestaran auxilio a la tripulación; hay un barco de guerra francés a poco más de doscientas millas. Pero la OTAN se inhibe de prestar ayuda a las autoridades españolas en base al propio Tratado OTAN, al considerar que los hechos habían ocurrido fuera de su espacio territorial de actuación, postura que luego se enmendaría, como veremos a continuación.

Sin embargo, en el Mar Rojo se encontraba una fragata española haciendo maniobras junto con una escuadra británica. Dicha fragata pone rumbo al pesquero con el doble objetivo, según confiesa el gobierno de dar seguridad a la tripulación retenida e intimidar a los secuestradores, mientras que el gobierno envía a Somalia al Embajador en Kenia, Nicolás Martín Cinto, con el fin de acelerar la liberación de los secuestrados. El sábado 26 de abril de 2008 se produce la liberación tras el pago del

mencionado rescate no por el gobierno del País Vasco sino por el Estado Español¹ y atunero y fragata se dirigen a las Seychelles y, dado que parte de la flota atunera española de altura se encontraba faenando entonces en dichas aguas, se envía en esos días también un avión P3 Orión del Ejército del Aire, destacado en Yibuti, para prevenir futuros incidentes.

Desde entonces, el número de buques apresados fue creciendo exponencialmente. Los piratas cada vez se adentraban más en alta mar y su presas se extendieron a petroleros y cargueros de todo tipo (incluso uno cargado de carros de combate procedentes de Ucrania), procediendo siempre de la misma forma: liberación tras el pago de rescate, salvo en dos ocasiones protagonizadas tras el apresamiento de un buque francés y otro norteamericano. En ambos casos, fuerzas especiales de los respectivos Estados apresaron a los captores y fueron sometidos a sus respectivas jurisdicciones.

IV

Una vez que a las autoridades españolas les salió “el tiro por la culata” del auxilio buscado en la OTAN, no quedaba sino buscar apoyos en la errática Unión Europea y la reunión del Consejo de Asuntos Generales del mes de junio de 2008 también declinó interferir en este asunto, lo cual no dejaba de ser razonable por el escaso papel político que tiene ese gobierno.

Así que tuvo que envenenarse más la situación en el Índico para que la comunidad internacional tomara cartas en el asunto², lo cual ha llevado que al día de hoy sean tres las operaciones desplegadas de forma superpuesta, en la zona; a saber:

- a) En enero de 2009, Estados Unidos creó la Fuerza de tareas combinadas 151 (CTF-171) para prevenir la piratería en el Golfo de Adén y el Océano Índico y en la que participan fuerzas navales en Estados Unidos y un grupo de Potencias.
- b) La OTAN ha desplegado ya dos agrupaciones de forma sucesiva; la Operación “Allied Provider” que finalizó con el inicio de la Operación Atalanta y en marzo de 2009 puso en marcha una segunda agrupación llamada “Allied Provider Protector”, compuesta por cinco buques hasta finales de 2009.

¹No es la primera vez que un atunero español había sido secuestrado. En el 2000 el caso de “Albacora IV” también pagó, pero esta vez el armador, 400.000 €. Por otra parte, en comparecencia de Alberto Saiz, director del Centro Nacional de Inteligencia, ante la Comisión de Secretos Oficiales del Congreso el 5 de noviembre de 2008 así lo ratificó.

²Desde la resolución 1814 (2008) del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas son innumerables.

- c) La Atalanta (NAVFOR). Creada por Decisión Atalanta/3/2009 del Comité Político y de Seguridad de 21 de abril de 2009, sobre el establecimiento del Comité de contribuyentes para la Operación Militar de la Unión Europea destinada a contribuir a la disuasión, prevención y represión de los actos de piratería y del robo a mano armada frente a las costas de Somalia (Atalanta)³.

Se acuerda así crear un Comité de Contribuyentes (CdC) compuesto por los Estados UE (excepto Dinamarca en razón del anejo al Tratado de la Comunidad Europea, por el que declaró que no participaría en la elaboración y aplicación de decisiones y acciones de la UE con implicaciones en el ámbito de la defensa)⁴ y países terceros con aportaciones significativas a la misión siendo su objetivo ser el gestor cotidiano de la Operación⁵.

Al tiempo que se han puesto en marcha estas acciones militares, en marzo de 2009 la UE concluyó un acuerdo con Kenia⁶ para someter a su jurisdicción los piratas que fueran apresados en el marco de Atalanta, ya

³Publicada en Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) nº L112, de 6 de mayo de 2009.

⁴Como es sabido, la aplicación del Derecho Comunitario Europeo no admite el régimen general de las reservas establecido en el Derecho Internacional Público y concretamente en el art. 19 de la Convención de Viena de 1969, pero aquí sí se puede hablar de declaraciones interpretativas, lo cual en la práctica supone un régimen, si no de reservas, sí de "Europa a la Carta" para Dinamarca y que el resto de los Estados miembros aceptaron desde el Consejo Europeo de Edimburgo de 1992 la exclusión de dicho país del régimen de la política de defensa y algunas otras cuestiones relativas a la ciudadanía comunitaria.

⁵Cfr. Acción Común 2008/851/PESC del Consejo, de 10 de noviembre de 2008, relativa a la Operación Militar de la Unión Europea destinada a contribuir a la disuasión, prevención y represión de actos de piratería y del robo a mano armada frente a las costas de Somalia, publicado en DOUE nº L301, de 12 de noviembre de 2008.

⁶Decisión 2009/293/PESC del Consejo de 26 de febrero de 2009, relativa al Canje de Notas entre la Unión Europea y Kenia sobre las condiciones y modalidades de entrega de personas sospechosas de haber cometido actos de piratería y detenidos por la fuerza naval EUNAVFOR dirigida por la UE, así como de las propiedades incautadas en posesión de EUNAVFOR y con vistas a su trato después de la entrega, publicado en DOUE nº L79, de 25 de marzo de 2009. En el art. 3 de dicho acuerdo se establece su aplicación provisional el mismo día de su adopción. Debe tenerse en cuenta al respecto que el art. 25 de la Convención de Viena de 1969 de derecho de los tratados establece la posibilidad de la aplicación provisional de un tratado antes de su entrada en vigor si así lo dispone el propio tratado o si los Estados negociadores han convenido en ello. No obstante esta previsión de la Convención, deben tenerse muy presentes las restricciones nacionales con las que puede encontrarse la aplicación provisional de los tratados en un Estado signatario del mismo. Tomando el caso español, la doctrina unánimemente entiende que no cabe la aplicación provisional de los tratados en los supuestos de los arts. 93 (atribución de competencias a una organización internacional derivadas de la Constitución), 94, apartados c) (que afecten a la integridad territorial o derechos y deberes fundamentales) y d) (que comporten obligaciones para la Hacienda Pública), del 94 y 95 (tratados que establezcan disposiciones contrarias a la Constitución) de la Constitución española. Sería cuestión de otra colaboración si el acuerdo UE-Kenia no afecta a alguno o todos estos supuestos.

que se trataba de resolver, según sus propias fuentes, el problema que tienen algunos Estados miembros al no reconocer la piratería como un delito, aunque en el propio acuerdo se exceptúa el supuesto de que los piratas atacaran barcos del pabellón, como ha ocurrido en el caso de Francia.

No obstante lo anterior, desde el punto de vista del Derecho Internacional y especialmente de la III Convención de Derecho del Mar (arts. 105 y 107), cualquier buque de guerra o aeronave de un Estado puede apresarse a un buque o aeronave pirata y detener a todos los que se encuentren a bordo de la misma, pudiendo ser los juzgados y tribunales del captor los competentes para conocer del ilícito.

V

La traca final del desbarajuste vino el 6 de mayo, cuando el “Marqués de la Ensenada”⁷ apresó a 14 presuntos piratas. La ministra de Defensa del Reino de España, Carme Chacón⁸, envió un oficio al juzgado de guardia de la AN en el que comunicaba la detención por dicho buque, en el marco de la Operación Atalanta de la Unión Europea, cerca del golfo de Adén. Dicha comunicación se realizaba de acuerdo con las previsiones del art. 496 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal⁹. El juez Andreu, menos conocido que Garzón, pero que ya apunta sus mismas maneras y de guardia ese día, abrió lo que se conoce en derecho español como diligencias previas y que no es sino el procedimiento de los jueces con competencia penal para la averiguación de los hechos supuestamente delictivos. Inmediatamente entró en escena la fiscalía de la AN dirigida por Javier Zaragoza, quien pidió al juez de la AN la prisión provisional de los imputados, al imputarles los delitos de detención ilegal, robo con violencia, tenencia ilícita de armas y piratería, siendo en base al principio de jurisdicción universal competente la jurisdicción española. Ese mismo día 7 por la tarde, el juez Andreu decretó la prisión provisional de los detenidos, ordenando su traslado a España a fin de tomarles declaración. El día 8, la fiscalía presenta un nuevo escrito en el que interesa que los detenidos sean entregados a Kenia y sea suspendida la prisión provisional, como forma de hacer posible la entrega.

El juez Andreu, en un auto publicado el día 8 de mayo y por el imperativo legal, al no existir acusación (ni de la fiscalía, ni popular o particular),

⁷Este buque de la Armada española es un petrolero de ataque.

⁸No se trata de un error tipográfico, sino que su nombre es de origen catalán. La Sra. Ministra exige que su nombre no sea traducido al español y así lo ha hecho saber públicamente.

⁹Reza dicho precepto: “El particular, autoridad o agente de policía judicial que detuviere a una persona en virtud de lo dispuesto en los precedentes artículos, deberá ponerla en libertad o entregarla al juez más próximo al lugar en que hubiere hecho la detención, dentro de las veinticuatro horas siguientes a la misma...”.

se ve en la necesidad de no continuar la tramitación de la causa, diciendo en su resolución:

“y en absoluta disconformidad con el criterio que este juzgado habría mantenido, dada la gravedad de los hechos que se imputan a los detenidos, la indiscutible competencia de este órgano judicial y de la jurisdicción española para su enjuiciamiento, y el no previsible, sino absolutamente probado, riesgo de fuga”.

Pero al denegar la entrega a Kenia y ordenar su libertad, no quedaba otra sino la intervención del Abogado del Estado¹⁰, quien se apersona el 10 de mayo y presenta un recurso de apelación ante la Sala de lo Penal de la AN, sobre las siguientes bases de la incompetencia de la jurisdicción española de los delitos perseguidos y para ello acude al argumento de la superioridad de los tratados internacionales frente a los ordenamientos nacionales y, en este caso, desde el momento en que el Derecho Comunitario tiene jerarquía sobre los ordenamientos de los Estados miembros y, en consecuencia, en atención al acuerdo entre la UE y Kenia, se establece la jurisdicción de ésta, porque de la actuación judicial se podrían producir graves circunstancias contra las Fuerzas Armadas españolas, sosteniendo por su parte que:

- a) Que las resoluciones del Consejo de Seguridad a partir de la 1814 (2008), de 15 de mayo¹¹, se prevé un sistema de intervención militar frente a la piratería en el mar, que incluye la posibilidad del uso de la fuerza, la adopción de la Acción Común 2008/851/PESC e incluso la adopción de acuerdo EU-Kenia y, en consecuencia, de acuerdo con los artículos 24.1 y 93 de la Constitución española, le corresponde al Gobierno de España el cumplimiento de sus obligaciones internacionales.
- b) Que de la competencia jurisdiccional derivada del acuerdo citado debía quedar sin efecto el auto por el que se acordaba la libertad provisional de los presuntos piratas, máxime cuando no son cuestionables los hechos que se imputan.

¹⁰Cfr. Elmundo.es/Edmundo/2009/07/11/espana/1242033367.html, visitado el 11 de mayo de 2009.

¹¹Esta resolución ya se amparaba en el tan últimamente traído capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, al entender el Consejo de Seguridad que los hechos afectan a la paz y seguridad mundiales e instando que todos los Estados y organismos regionales tomen las medidas para la protección de la navegación en la zona; la 1816 (2008), constatando la incapacidad de las autoridades somalíes para controlar sus aguas, se autoriza a que los Estados puedan entrar en aguas somalíes conforme a la misma; la 1838 (2008) exhorta a la comunidad internacional a que contribuya con buques de guerra a la misión. Posteriormente, el propio Consejo ha seguido adoptando nuevas resoluciones como la 1846 (2008) o la 1851 (2008).

Y, por último, el Jefe del Estado Mayor de la Defensa, General José Julio Rodríguez interesó del juzgado que, dada la participación de España en la Operación Atalanta y en atención al contenido del auto de fecha 8 de mayo, pidió autorización al instructor para el desembarco de los piratas en Kenia.

El 11 de mayo, mediante un nuevo auto, el juez Andreu autorizó el desembarco de los piratas apresados en Kenia o en cualquier otro punto que reúna las condiciones necesarias de seguridad y operatividad, auto que también acordaba el archivo de todas las actuaciones contra los piratas, el cual tuvo que adoptarse a toda prisa, ya que, de acuerdo con la legislación penal española, no se puede entregar a un detenido que se encuentre inmerso en un procedimiento judicial abierto por la jurisdicción española y así, nos encontrábamos, al menos sobre el papel, con un conflicto de leyes positivo de:

- a) Un juez de instrucción que intenta un procesamiento en España conforme al derecho penal español y las previsiones de la III Conferencia del Derecho del Mar (especialmente su art. 105 y concordantes), sin olvidar el famoso art. 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.
- b) Una inhibición de jurisdicción en base a la aplicación provisional de tratado internacional firmado por la Unión Europea con Kenia, del que no se tenía noticia y que el juez Andreu aceptó su aplicación una vez que el Abogado del Estado lo alegó en su escrito y que había sido publicado exclusivamente en el Diario Oficial de la Unión Europea (como permite el propio Derecho Comunitario Europeo) y que estaba prevista su aplicación provisional desde el momento de su publicación.
- c) Una fiscalía que primero ve indicios racionales de criminalidad y que luego, por arte de magia, sin instrucción alguna, seguramente siguiendo directrices del Gobierno (que de él depende) y cuando la cuestión empezaba a complicarse, decide retirar la acusación.
- d) Una ya tradicional, anacrónica e incómoda Ley Orgánica del Poder Judicial que posibilita, en su art. 23, que la colapsada e ineficaz justicia española, a través de su AN, pueda conocer de cualquier supuesto ilícito que haya tenido lugar en el mundo. De hecho, el pasado día 19 de mayo se aprobó una iniciativa parlamentaria para limitar el principio de competencia universal absoluta reconocido en la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985. Eso limitará los conflictos que el Poder Judicial ha metido a los gobiernos sucesivos desde 1998 con países aliados y amigos y que permitirá el archivo de asuntos como los procedimientos seguidos contra responsables norteamericanos de Guantánamo, dirigentes chinos por la represión de sucesos cometidos en el Tibet en marzo de 2008, contra dirigentes israelíes por sucesos

cometidos en Gaza en el 2002¹² y hasta 16 sumarios notorios. Parece que el principio quedará limitado a la instrucción en España si los supuestos autores se encuentran en España o fueran españoles las víctimas.

VI

Unas rápidas conclusiones nos hacen pensar en:

- a) Que la comunidad internacional no puede ser rehén de unos piratas que llegan a estrangular el comercio internacional y mucho menos que por sectores supuestamente progresistas lo justifiquen en razones de pobreza. Nadie puede alegrarse de su suerte y se deben tomar todo tipo de medidas de ayuda humanitarias eficaces para mejorarla. Pero no aceptar el chantaje al que están sometiendo a la comunidad internacional.
- b) Que el gobierno de Rodríguez Zapatero tiene nulo peso específico en la esfera internacional, no es algo nuevo. No ha sabido adoptar ni medidas para aliviar la crisis financiera en España, ni ha conseguido reducir el paro, que ronda ya los cinco millones de trabajadores, y mucho menos generar el mínimo de riqueza que nos sacara de aquélla, sino más bien repartir pobreza a través de ayudas sociales. Pensar en que pudiera hacer cara a unos piratas, sería una utopía ya que, como es sabido, su único interés es aprobar una ley de aborto libre o a aburrirnos con la Ley de Memoria Histórica por los supuestos crímenes de la época del Generalísimo Franco¹³.

¹²Por todos ellos, tomaremos el auto de 29 de enero de 2009, en el que el juez Fernando Andreu Merelles, titular del Juzgado nº 4 de instrucción de la AN, admitió a trámite una querrela contra el Comandante de las Fuerzas Aéreas de Israel, el Ministro de Defensa y cinco más altos cargos que el 22 de julio de 2002 tenían alguna responsabilidad militar cuando un F-16 lanzó una bomba de una tonelada en la casa de Salah Shehadeh, quien era sospechoso de ser un dirigente de Hamas, con el resultado de 15 muertos, 150 heridos y diversos daños. Y como es habitual, en base al 23.4, por considerarse competente la jurisdicción española en los casos de genocidio, terrorismo y cualquier otro que según los tratados y convenios internacionales puedan ser perseguidos en España, en concreto, en este caso, los crímenes de guerra (infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949 y cualquier otra violación grave de las leyes y usos aplicables a los conflictos armados) que en el caso español está recogidos en los arts. 608 y siguientes del Código Penal, marco legislativo en el que se ampara el instructor para conocer de los hechos.

¹³En aplicación de dicha Ley, el juez Garzón abrió un sumario que arrancaba pidiendo la partida de defunción de Franco y que por sus muchas irregularidades procesales, mediante auto del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2009, se le ha imputado por prevaricación. Una de las diligencias de la instrucción fue oficiar al Registro Civil para que certificara sobre el fallecimiento, en su caso, de Francisco Franco.

- c) La comunidad internacional no es capaz de agrupar fuerzas, sino que más parece que muchos países se afanan en asumir liderazgos fatuos en lugar de presentarse con una fuerza unitaria y firme para evitar situaciones que, en definitiva, afectan a la paz y seguridad mundiales. Muchas resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, muchos cuarteles y comités de crisis, donde lo que de verdad se necesita es el envío de unidades navales que restauren el orden de cualquier forma que sea necesario. Ya hasta el Santo Padre, en su Encíclica *Caritas in Veritate*, ha recordado a la Organización la necesidad de su reforma.
- d) La UE, cuando por fin se anima a poner en marcha uno de sus fundamentos que es la Política Exterior y de Seguridad y Defensa (tras los ensayos del Chad y del Congo), es decir, una década después de que el Consejo Europeo de Colonia la propusiera, seguimos sin tener los elementos de seguridad y defensa que permitan respaldar su acción, involucrándose en operaciones de poco perfil militar. Y ello es debido no sólo a que no hay un acuerdo unánime sobre la materia (piénsese en la declaración de Dinamarca, aunque no sólo de ella), sino también a la falta absoluta de medios para cumplir las misiones que eventualmente pudieran ser aprobadas. Los europeos ni queremos gastar en defensa, ni mucho menos pensamos en la defensa de nuestra Patria y no digamos en la paz y seguridad mundiales. Así estamos condenados a la desaparición en pocas generaciones. Claro que a ello no hemos llegado sino por el esfuerzo de la clase política de desarmar a la sociedad de cualquier tipo de valor, empezando por los que dieron forma a la propia Europa. Me estoy refiriendo a los valores cristianos. Frente a ello, el relativismo, como dogma social, se abre camino para desestructurar a la sociedad, proclamando que ya no hay valores eternos, que el matrimonio es la unión hombre-mujer, sino cualquier forma de convivencia de dos o más y así podría seguir citando ejemplos.
- e) Pero será el Tratado de Lisboa el que nos abrirá un nuevo futuro (léase con sorna). Como se sabe, es la última de las modificaciones de los Tratados constitutivos del entramado comunitario, que si no ha entrado en vigor a día de hoy es por la falta de ratificación de Irlanda y que prevé, entre otras muchas modificaciones del modelo actual, en otro en el que se fortalezcan las acciones comunes de los 27 Estados miembros. Pero ya veremos si llega a entrar en vigor. Ya tenemos cosechado el fracaso de la Constitución Europea¹⁴.

¹⁴Si es pobre la imagen que la UE da en el exterior, en el mercado doméstico no es más halagüeña. Se sabe que dentro de 50 años habrá 80 millones menos de europeos que hoy y que se llegará a un 30% de población de origen magrebí; la inseguridad aumenta a un ritmo vertiginoso; hemos caído en un gobierno de burócratas y la clase política cada vez está más

- f) Y, por último, la UE al firmar un acuerdo internacional con Kenia para que sean juzgados los piratas en su territorio, evitándose así el compromiso de tener que someterlos a la jurisdicción del pabellón de captura, que es lo que nos recuerda la III Conferencia del Derecho del Mar. Dicho tratado debe ser firmado de una parte la UE y los veintisiete Estados miembros y de otra, la propia Kenia. Pero al aplicarse el mismo de forma provisional¹⁵, el modelo comienza a presentar fisuras, por las complejas circunstancias que rodean las relaciones entre el derecho internacional y el derecho nacional¹⁶ y que no evita que aquel deba pasar también por los trámites de ratificación de cada uno de los Estados signatarios y que no será menor, por ejemplo en el caso de España, de unos dos años. Si a ello añadimos que los juzgadores no conocen la ley aplicable, triste futuro es el que nos espera.

alejada de los ciudadanos. Y lo que es peor, se ha implantado un sentimiento de autoodio que nos hace abjurar de nuestra herencia cultural, especialmente del humanismo cristiano.

¹⁵La aplicación provisional de los tratados, si bien es reconocida por la Convención de Viena de 1969 de Derecho de los Tratados, la postura que los Estados mantienen sobre esta figura es distinta. En el caso español, la doctrina sostiene que no es posible la aplicación provisional en los casos previstos en los arts. 93 (materias reservadas a Ley Orgánica), 94.1 c) y e) (tratados que afecten a la integridad territorial del Estado y los que exijan medidas legislativas para su ejecución) y art. 95 (tratados que exijan la revisión constitucional).

¹⁶Perdónese me la autocita, pero el autor abordó esta cuestión en *Ius Publicum* en el nº 10/2003 en un artículo titulado "Submarinos, sheriffs y derecho internacional", 107-120.

CRÓNICA

REFLEXIONES ÉTICAS

I. CUMBRE Y PROGRESO

Si el lenguaje reflejara fielmente el contenido real de las cosas, esta ilación de palabras –cumbre y progresismo– sería algo similar a lo sumo, lo máximo, lo perfecto, el fin. Todas estas palabras, si se atienen a su original significado filosófico, tienen una connotación excepcional, formidable y ciertamente apetecible desde toda perspectiva profundamente humana. Nada más y nada menos que “cumbre del progresismo en el siglo XXI”. Y para su más perfecta realización, suponemos, accederán a ella solamente algunos invitados de excepción que a sí mismos se reconocen como portaestandartes de tal tipo elevación y alcornia.

En la realidad de las cosas, el título se refiere a un encuentro que se celebrará por estos días en el cono sur de América y al que concurrirán una docena de políticos y algunos intelectuales que a sí mismos se han calificado con el nombre de progresistas y en cierto sentido representantes al más alto nivel del progreso o más alto grado de perfección en el mundo contemporáneo.

Personalmente reconozco que es buena la autoestima y que en tiempos de tanta depresión personal y colectiva es útil que haya gente portadora de sueños de altura y partícipes del más alto progreso. Bien por ellos y mis mejores deseos de que logren diseños de altura para una humanidad que se encuentra muy de capa caída en el último tiempo, precisamente porque hay demasiados retrocesos en los grandes temas de la humanidad en lo relativo a lo verdaderamente importante: el hombre, el mundo y Dios (aunque es muy probable que en esta ocasión se trate solo de los dos primeros temas. El de Dios, tengo mis sospechas, que será dejado para otra ocasión).

Está bien que en momentos de cierta crisis global, donde la economía se ha colocado en la cumbre de las preocupaciones del hombre contemporáneo, algunos representantes de grupos políticos hayan querido subirse a la cima de la popularidad que otorgan los medios de comunicación –léase TV– con el fin de analizar, supongo los dos conceptos, con seriedad y a fondo.

Me permito, sin embargo, poner entre paréntesis tan buenos auspicios, si de lo que se trata es más bien de una autoproclamación tanto en el sentido de la altura como del progreso. Permítame, querido lector, compartirle algunas precisiones o sugerencias para no esperar demasiado de algo que pudiera no ser tan alto ni tan en la línea del progreso humano, del mundo y del espíritu, tal y como lo entendemos los ciudadanos de a pie.

La primera de ellas tiene que ver con las palabras mismas: ¿No sería bueno definir qué es cumbre y qué es progreso, a juicio de los asistentes? Porque, me temo, que últimamente se viene abusando un poco de ambas expresiones. A cada rato se habla de cumbre para cualquier tipo de encuentro, casi como se usa la palabra clásico ante cualquier repetición de torneos deportivos, lo que echa a perder tan nobles y reverenciadas palabras.

La segunda consideración es que lo que los medios –no necesariamente todos los políticos– suelen señalar como progreso es, por ejemplo, la farandulización de los encuentros sociales, la desnaturalización del concepto de persona, de la familia, de la sexualidad, de la conciencia moral y hasta de la conciencia religiosa. Pareciera que el autodenominado progresismo –reitero que es lo que los medios suelen decirnos– se refiriera a una persistencia en el retorno a lo primitivo, espontáneo, visceral, anímico, o sea a lo que en pura filosofía reconoceríamos más bien como retroceso de la inteligencia, de la voluntad, de la mismísima libertad y por cierto de la moralidad pública, así como de la legalidad.

La tercera consideración que me sugiere el mentado encuentro de altura y de progreso es que su sola presencia implica un menosprecio o menor aprecio de otras tendencias que ellos mismos suelen considerar tradicionales, conservadoras o fundamentalistas, dejando o queriendo dejar en claro que aquellos que continúan hablando de la vida, de la perfección moral, del ascenso espiritual, del amor y de la misericordia por sobre la justicia y la equidad, no estarían en línea ni hacia la cumbre ni hacia el progreso.

Sigo pensando que es bueno siempre aspirar a las cumbres y buscar el progreso en toda la gama posible de las potencialidades humanas. Pero para que ello tenga real eficacia habría que colocarse en los niveles de una pequeña dosis de humildad, que es lo más cercano a humanidad plena, y que es la que suelen presentar los hombres de ciencia y de conciencia ante la complejísima realidad humana. No hay duda que es bueno aspirar a la cumbre y que es necesario optar por el progreso. Pero modestamente, yo no me atrevería a condecorarme con tales insignias y menos aún con exclusividad de otros internautas de este vapuleado planeta en el que unos y otros navegamos.

Tal vez sea bueno dejar de encumbrar tanto al hombre y al planeta a costa del Único que constituye la Cumbre y el final de todo progreso.

II. DESMORALIZADOS

Si uno se deja llevar de la corriente comunicacional que nos llega por audio, video y lectura en papel impreso, no es improbable que llegue a desmoralizarse, es decir, a desanimarse, decepcionarse, desilusionarse y, como consecuencia de todo ello, a sentir la depresión, enfermedad reconocida como la más importante en nuestros días y en nuestros pagos.

Sin ánimo de ahondar más en el escenario que se nos presenta como alimento noticioso cotidiano, basta solamente con recordar el o los crímenes atroces en que salen perdiendo los niños, los actos cada vez más frecuentes de inmoralidad pública en muchas de las instituciones políticas, económicas, sociales e incluso educacionales, los conflictos tanto vecinales como nacionales e internacionales en que se pasa de las palabras a los hechos, refrendando terrorismo, narcotráfico, colusiones y otras formas de deterioro social que nos llegan a acongojar, cuando nos disponemos a preguntar “qué está pasando” y nos lo responden los noticieros nacionales o internacionales.

A la hora de querer colaborar personalmente con algo de reencantamiento a la sociedad que habitamos, a través de un voto favorable en algunas de las muchas propuestas de representación popular en horizontes cercanos, nos toca ver que

lo que se nos ofrece como futuro en la organización de la sociedad es una vaga promesa de que habrá mejoramiento económico, ampliación de libertades individuales, disolución de todo tipo de vínculos familiares y societarios, como si de todo ello dependiera nuestra felicidad futura.

En lugar de señalarnos caminos que lleven a la verdad, el bien o la belleza, la unidad, el orden y la trascendencia, todo pareciera indicar que los destinos que nos proponen son el máximo placer o la máxima utilidad. En términos históricos esto nos suena al *panem et circenses* de los romanos, que hoy día trata de traducirse con la equidad, el pluralismo y la absoluta libertad.

Es este rumbo el que a juicio de hombres tan juiciosos como Ortega y Gasset se denominó el ascenso de las masas, el descenso de los nobles y el vacío de la autoridad. Es decir, el abandono de la moral, el ascenso del egoísmo y la coronación de la vulgaridad o mediocridad.

Es preciso hacer algunas precisiones para que lectores poco avisados entiendan estas aseveraciones en el sentido opuesto a lo que se expresa.

El hombre masa no es otra cosa que la persona que no tiene en sí consistencia, porque la busca en apoyarse en el grupo informe que ulula en lugar de hablar y que violenta todo en lugar de dialogar y reflexionar.

El hombre noble es aquel que se destaca, precisamente, por su carácter de distinción por sobre lo masivo. Es el que se hace digno de ser conocido por su sabiduría, prudencia, justicia, fortaleza y templanza, es decir, el que se manifiesta con una coraza de virtudes que lo hacen digno de ser imitado. La nobleza, lejos de ser hereditaria, es absolutamente personal. Se es noble de a uno. El que no tiene esa característica deberá conformarse con el nombre del "*sine nobilitate*", es decir "*snob*", que de ahí deriva esa formidable palabra siguiendo la antigua tradición inglesa.

El tema de la autoridad, o mejor de la falta de autoridad, que Ortega señalaba como el fondo del problema de la vulgaridad de nuestro tiempo, es sin duda el que mejor explica la situación de desmoralización, desencanto, decepción o desesperación que define a nuestro tiempo.

Con hombres masa, sin nobleza de virtud y carentes de todo límite autoritario en sus vidas, no cabe esperar sino la desmoralización generalizada.

¿Qué es la moralidad? ¿Qué la inmoralidad? ¿Qué la amoralidad? Estas nociones son previas al entendimiento preciso de lo que es o en qué consiste la desmoralización.

La moralidad es el camino del bien último del hombre, sea este natural o sobrenatural, que en fin de cuentas se encuentran ambos en la misma ruta, aun cuando uno llegue un poco más lejos, pero en la misma dirección. Bastaría con recordar los diez mandamientos para señalar el trazado que, desde la racionalidad, conduce a la más alta meta que está situada en el Creador.

La inmoralidad, naturalmente, es la simple negación del todo o de alguna de las partes que constituyen lo moral. Tendrá grados pero no se diferenciará en cuanto manifiesta un desvío de la ruta racional o sobrenatural. Matar, violar, mentir o idolatrar se encontrarán en distintos peldaños, pero de la misma pirámide que conduce hacia la altura de la condición humana y divina.

La amoralidad es una variante de la inmoralidad en el sentido de que el sujeto arma su vida al margen de los preceptos, hace como si no existieran, se comporta desde la perspectiva de su ombligo, sin levantar la vista a preguntarse por el horizonte.

Este es el caso del agnóstico en materia de pensar y actuar en relación a una meta lejana. Este es el que asegura que “*no hay camino, se hace camino al andar*”, sin preguntarse ni preocuparse adónde lleva el camino y si se trata más bien de un laberinto sin sentido que lo termina por ahogar dentro de su mismidad.

Con estos antecedentes lingüísticos y filosóficos podemos por fin deducir el tema de la desmoralización, que viene a ser lo mismo que decepción, desconsuelo, desánimo y otros términos de sinonimia.

Al enfrentarse el hombre moderno a ese mundo laberíntico, centrado en su propia miseria, sin preguntas del porqué y del para qué de las cosas, llega a la triste conclusión de que el mundo que habita, ni sabe hacia dónde va, ni hace nada por corregir el rumbo. Sin autoridad sobre sí mismo, sin líderes que señalen metas altas, sin hombres del espíritu, de la ciencia, de la conciencia, que señalen hacia lo alto, la humanidad no tiene otro destino que el caos y el fracaso.

¿Cómo no vamos a entrar en un proceso de desmoralización colectiva, cuando no se encuentra la explicación de los conflictos, aparentemente sin solución, las disoluciones de todas las instituciones de apoyo como la familia, la escuela, la iglesia, el Estado, puestas todas ellas entre paréntesis, mientras el hombre masa avanza por un camino de exigencia irracional de placer y de satisfacción de cualquier necesidad inmediata?

¿Qué podemos hacer? Por lo pronto tomar conciencia de la gravedad de los síntomas. Verificar si nos encontramos engrillados en el torrente masificador. Advertir si para nosotros tiene sentido el concepto de felicidad última, de virtud intelectual y moral, de trascendencia y de crecimiento integral.

El que no hace un esfuerzo por *tensar el ánimo hacia lo grande*, como definían los antiguos la esperanza, está condenado a vivir desmoralizado. Y el que vive desmoralizado no tiene más que una salida salvadora. Volver a la autoridad, a la sujeción tensa hacia un ideal de vida personal y social. De lo contrario, se convertirá en un candidato seguro a la autoeutanasia, o sea al suicidio. Esta es palabra más dura. Pero para no desmoralizarnos más es la misma que la anterior. Aquella es un autoengaño. Esta es la verdad

JESÚS GINÉS ORTEGA*

*Director del Instituto Bérít, Universidad Santo Tomás. Profesor de Ética y Antropología.

REFLEXIONES FUERTES

I. ¿Y QUÉ HICIERON CON ESA PLATA?

Que no se olvide: el gobierno de la Presidenta Bachelet destinó 1.643 millones de pesos durante los primeros tres años de su mandato a las más variadas fundaciones de la izquierda chilena. Que no se olvide y que se difunda, además, el contenido de buena parte de las tareas que realizaron algunas de ellas, como a la Fundación Allende.

Porque si se roban los impuestos para agredir ideológicamente, que al menos no sea con la convicción que lo hacen sin conocimiento ni oposición alguna.

Débiles, por ahora, parece que sí; Pero, ¿tontos? Ojalá que nunca más.

Por eso, considérese el siguiente listado de actividades financiadas con el IVA de los chilenos y descritas con entusiasmo en la página web de la Fundación Allende:

Documental compañero Presidente; Documental El Chile de Salvador Allende; Entrega de medalla Salvador Allende; Presentación libro *La memoria gráfica del exilio chileno 1973-1989*; Documental Allende de Valparaíso al mundo; Jornada conmemorativa aniversario muerte Manuel Guerrero; Seminario respuesta a una crisis global: Hacia un futuro progresista; IV ciclo documentales de cine político-social y DD.HH.; Calle Presidente Salvador Allende en Panguipulli; Presidenta Bachelet en homenajes a Allende en Cuba; Inauguración exposición fotográfica de Allende en Bruselas; Plaza Salvador Allende y teatro Pablo Neruda en peligro (Granada), España; Salvador Allende, vida política y parlamentaria 1908-1973; Trabajos voluntarios de jóvenes allendistas; Lanzamiento del libro *Adiós a las ideologías*; Presentación libro *Allende: Visión de un militante*; Ventiscka en concierto Allende; Las ideas no mueren; Ciclo de cine itinerante para conmemorar a Allende; Lanzamiento en Chile de la marcha mundial por la paz y la no violencia; Cierre cátedra libre Salvador Allende de la Universidad de Buenos Aires; Museo de la solidaridad Salvador Allende participa en el circuito de museos de medianoche; Presentación del libro *El último día de Allende*; 15 años de copa Salvador Allende; Inti Illimani conmemora a Allende en Madrid; Inauguración encuentro internacional Allende vive en la juventud del siglo XXI; Relanzamiento libro *Allende: Visión de un militante*, de Jaime Suárez B.; Concierto en homenaje a Salvador Allende en París; Homenaje por nacimiento de Salvador Allende en Cuenca Ecuador; Presentación libro *Allende el hombre y el político. Memorias de un secretario privado*, de Ozren Agnic; Lanzamiento libro *Salvador Allende ¿sueño o proyecto?*, de Jorge Arrate; Isabel Allende participa virtualmente en homenaje a Salvador Allende en Suecia; Allende en Plaza Nuñoa; Muestra fotográfica sobre la trayectoria política de Allende en Universidad de Salamanca; Mirando Chile a cien años de Salvador Allende; Isabel Allende Bussi en cita con la historia, de ARTV; Cien canciones por Allende; Museo de la solidaridad Salvador Allende exhibe sus principales obras y nuevas donaciones 2007-2008; Acto de homenaje del Partido Socialista; 11 de septiembre: Conmemoración en el Palacio de La Moneda; 11 de septiembre: Homenaje a Salvador Allende en Rosario, Argentina; Estreno en Buenos Aires del documental *Buscando a Allende: De los jóvenes de Kirberg y Allende a los jóvenes de hoy*; Conmemorando el triunfo electoral de Allende; Homenaje a Salvador Allende y ex Rector Enrique Kirberg en la Usach; Inicio ciclo cinematográfico

en homenaje a Salvador Allende en Uruguay; Homenaje al Dr. Salvador Allende de la Facultad de Medicina, U. de Chile; Senadores socialistas rinden homenaje a Salvador Allende; Conmemoración nacionalización del cobre; Allende, intérprete de un pueblo; Trabajos voluntarios con Allende.

¿Agotado? No, queda aún mucho más por ver.

Un detalle final: Durante ese mismo período los archivos completos de la Fundación Presidente Pinochet fueron incautados por orden judicial.

II. FINANCIAR LA VERDAD

Un Seminario sobre Derechos Humanos tuvo lugar en la Universidad Central pocos días atrás.

Uno más, sólo que en esta oportunidad existió la posibilidad de decir cosas, no como en tantos otros que han sido organizados sólo para agredir la verdad histórica. La participación activa de la Cruzada por la Reconciliación Nacional, entidad formada por miembros en retiro de las Fuerzas Armadas, logró darle un tono algo más ecuánime al Seminario.

Luis Valentín Ferrada, Mario Arnello y Patricia Arancibia, entre otros, sacudieron el ambiente con hechos y hechos, datos y datos, citas y citas. Métele verdad, métele evidencia, en un contexto organizador poco favorable, dada la presidencia del ex magistrado Juan Guzmán, ahora juez de la historia.

Pero el folleto de invitación reflejaba ya una mentalidad muy arraigada en el ambiente nacional, gracias a la publicidad de la izquierda: una mano militar y una mano civil se saludaban amistosamente. La sugerencia es obvia:

Los militares y los civiles se pelearon en 1973 y, de ahí en adelante, las Fuerzas Armadas lucharon contra el pueblo de Chile; ahora, se busca la reconciliación.

Falso. Los civiles democráticos enfrentamos a los civiles paramilitarizados de la izquierda marxista. Los militares terminaron lo que los civiles comenzamos y, durante 16 años y medio, al menos un 43% de la población civil (y en muchos momentos, más del 60%) apoyó al Gobierno del Presidente Pinochet.

Pero la visión contraria ha prevalecido.

¿Cómo? Por una propaganda mediática, académica y cultural avasalladora.

Ahora que conocemos las platas que la Presidencia Bachelet ha destinado a diversas organizaciones de la izquierda dura, del progresismo blando y de la DC, no cabe sino levantar de nuevo la voz con un solo clamor:

Esta, señores de la sana sociedad y de la libre empresa, ésta es una batalla por la verdad y la justicia que no puede ni siquiera ser iniciada sin recursos importantes. Todo aquel que se escandalice de los *432 millones entregados* a la Fundación y al museo Allende, o de los *86 regalados* a la fundación Almeyda, o de los *50 adjudicados* al centro cultural Gladys Marín (entre 14 entidades distintas) es un hipócrita si no razona entonces así: "Tú le regalas a tu izquierda un peso, Presidenta (pesos míos, de mis impuestos, ciertamente) pero yo pongo otro más, lo entrego a quienes pueden defender adecuadamente la verdad y la justicia".

Al menos este columnista lo planteará así cada vez que alguien de esos mundos se le queje amargamente del modo en que la batalla cultural se está perdiendo. Cortemos la tonterita.

III. ODIO CALLEJERO

Fue este lunes recién pasado. Eran las 18.40 cuando en la esquina de Pedro de Valdivia con Eleodoro Yáñez, sí, justo al costado del Caleuche, se oyó un lejano “Rojas”.

Una mirada hacia atrás y nadie conocido.

A los pocos pasos, esta vez más clara, una nueva llamada, algo así como “Rojasista”.

Un individuo, de unos 50 años, bien educado, bien alimentado y bien vestido, acompañado de una mujer algo menor, avanza caminando mientras grita de forma ya evidente:

“Rojas, fascista”. Al llegar al cara a cara, pregunta: “¿Tú eres Rojas, el de El Mercurio?”

Sí, yo escribo los miércoles; encantado: ¿con quién tengo el gusto de hablar? La mano queda estirada, porque el sujeto, quien da su nombre de inmediato, acota que él no saluda a los fascistas criminales.

Y de ahí en adelante no para. Durante 3 ó 4 minutos –incluso ya subido a un bus del Transantiago– gatilla sus adjetivos (sustantiva, más bien). “Criminal, manipulador, mentiroso, fascista”. Animado a conversar, por ejemplo, sobre el fascismo como movimiento, se niega a todo diálogo. Su afirmación es lapidaria: “Tú eres un fascista criminal; apoyaste a Pinochet, perteneces al sector más duro de la UDI, escribes para el diario de ese otro miserable y cómplice de crímenes que es”. Cuando se le consulta por un posible diálogo a través del blog de Emol, arde de indignación: “Escribo todas las semanas, pero me censuran”.

Y vuelve a la carga: “Manipulador, mentiroso, criminal; han pasado más de 35 años, pero ya se te va a acabar la teta, ya llegará tu hora”.

Se ensaya una última posibilidad: No, no soy un fascista; eso es tan falso como que usted sea un primate. Pero, qué ingenuidad; la pretensión de que reaccione racionalmente está totalmente descartada. “Rojas, fascista criminal”, es lo último que grita desde su bus ya en marcha.

¿Mapucista? ¿Socialista? ¿Comunista?

¿Mirista? Eso importa poco: *en él estaba condensado todo el odio del siglo XX*. Ahí estaban Marx y Engels, Lenin y Trotsky, Stalin y Beria, Brehznev y Andropov, Kadar y Ulbricht, Hoenecker y Ceacescu, Ho Chi Minh y Pol Pot, Guevara y Castro; por las ráfagas de sus palabras se asomaron Katyn y Kolyma, la Lubianka y Nazino, La Habana y Managua, Saigón y Phnom Penh.

Ese odio, esa irracionalidad y esa agresividad caminan también por Providencia y por Maipú; votan además en el Parlamento y se enseñan en algunas Universidades. Sí, eso que comenzó a difundirse desde el poder en 1970, eso, todavía existe en Chilito.

IV. EL PACTO DC-PC

Siete explicaciones tiene todo pacto entre un cristiano y un marxista.

Ya sea en política o en cultura, en sociedad o en economía (y para qué decir en materias de moral o de fe), cada una de esas explicaciones se basta sola para mostrar la claudicación del cristiano, pero hay especímenes que a veces las hacen confluír todas, demostrando la más notable pobreza en sus posturas.

En primer lugar, el pánico físico y moral. Hay cristianos que se mueren de pavor ante la posibilidad de que un comunista los enfrente con riesgo vital o para su prestigio.

En segunda mirada, la debilidad intelectual, porque existen cristianos que desconocen la verdad de las exigencias de la doctrina que supuestamente profesan, o las han agitado tanto, que el parecido con su original es sólo semántico.

Un tercer aspecto es el vacío histórico, porque ignoran –o no quieren saberlo– que *el comunismo es el mayor genocida de todos los tiempos* –aquí y en todas las quebradas del ají– y que hasta hoy elimina a destajo.

Un cuarto aspecto es la torpeza táctica, porque han comprobado mil veces que sus electores moderados los abandonan y no compensan las aportaciones coloradas, pero perseveran en sacar mal las cuentas.

En quinto lugar se les presenta el engaño de la reciprocidad, porque creen que un pacto así es un pasando y pasando, como si entre los comunistas hubiese algún sentido de la justicia y del cumplimiento de los deberes.

Una sexta razón es la simpatía encandilante con que los marxistas los arrullan, logrando que los cristianos ignoren (oh, qué mal pensados somos) que, a sus espaldas, en el PC se ríen a carcajadas de la ingenuidad de sus nuevos socios.

Ah, y finalmente, lo más pobre y penoso: la explicación a veces autosuficiente es el simple miedo a perder una elección y el poder; en algunas oportunidades ese ha sido el cierre, el broche de tantas otras claudicaciones, pero quizás ahora sea la única razón.

De las demás, ni se imaginan que existan.

V. JORGE SABAG

Ha terminado la votación en la Cámara de Diputados y se ha dado un paso más en la escalada para convertir a los embriones en los nuevos esclavos de la voluntad de los adultos y de los adolescentes. Está retornando la esclavitud, ha comenzado a vencernos la barbarie.

A esa decisión han colaborado cinco legisladores de la UDI, cuyos nombres deben permanecer para siempre en el otro memorial, el del oprobio, mientras no rectifiquen su posición y no pidan públicas disculpas por su negligencia:

Juan Lobos, Iván Moreira, Juan Masferrer, Felipe Salaberry y Edmundo Eluchans, son quienes han olvidado por qué vivió y murió Jaime Guzmán: por Dios, por Chile, por cada uno de los compatriotas nacidos y por nacer.

Pero estimados cinco, no se preocupen: no les va a pasar nada, la UDI no los va a expulsar, porque sus resortes de supervivencia están casi completamente vencidos. Sólo se iniciará con ustedes –por parte de muchos jóvenes con ideales– la más consistente campaña para que los que van a la reelección no obtengan ni un solo voto de quienes aún conservan en Chile su dignidad. Y ojalá pierdan sus cupos. Para eso trabajaremos.

Al frente –qué ejemplo notable– ha habido un coloso: Jorge Sabag ha sido el único diputado de la Concertación que ha votado en contra. Lo anunció con valentía, con aquel coraje que sus convicciones le planteaban. Y sostuvo su posición *contra una coalición entera que miente cuando afirma defender los derechos humanos*.

No olvidó Sabag, católico de verdad, que la “Nota doctrinal sobre algunas cuestiones relativas al compromiso y la conducta de los católicos en la vida política”, establece que “Juan Pablo II, en línea con la enseñanza constante de la Iglesia, ha reiterado muchas veces que quienes se comprometen directamente en la acción legislativa tienen la “precisa obligación de oponerse” a toda ley que atente contra la vida humana”.

No se le movió un pelo al demócratacristiano para afirmar días atrás que “la vida es un valor intransable y la voy a defender aunque me cueste la expulsión o el cupo parlamentario”.

Ahora, cuando se aclara quién es quién, sólo cabe decirle a J. Sabag, a J. A. Kast y a N. Monckeberg: gracias, cuenten con nosotros, porque la lucha contra la barbarie está recién promediando.

VI. ENTRE LOS ESCOLARES Y DIOS, LA UNIVERSIDAD

“Si Dios existe, lo vamos a matar”. Totalmente lógica la intención de un grupo de secundarios, hoy culturalmente movilizados.

Generación tras generación, esa misma minoría ha logrado asesinar, hasta ahora, a casi todo el que se les ha puesto por delante: profesores a cargo de sus cursos (sólo un pequeño y heroico grupo insiste en tratar de educarlos); sus propios padres de familia (unos pocos se dedican a sus hijos, los demás claudicaron); alcaldes responsables de sus liceos (casi todos luchan por las subvenciones y poco más); políticos interesados en la juventud (pero muchos muertos de miedo de ser rechazados por el mundo juvenil), y periodistas que cubren el sector (uno que otro, con los pies en polvorosa ante el riesgo de paliza).

Así han ido quedando muchos muertos por el camino, a manos de jovencitos apenas púberes que ya se creen dioses, aunque intuyen que todavía les queda todo un Dios verdadero por destruir.

No es novedad; viene pasando hace más de 20 años, hasta el punto de que hay cuarentones que reniegan de toda autoridad, porque se acostumbraron desde la enseñanza media a disparar contra toda divinidad.

Con estos últimos es poco lo que se puede hacer; pero al grupo que recién despunta, a estos choritos de primero a cuarto medio, sólo cabe transmitirles un mensaje fuerte y claro desde la única institución que puede considerarse sobreviviente de esta debacle y con las fuerzas suficientes para resistir nuevos intentos de asesinato: *la universidad*.

La convicción –por el bien de Chile, de ellos mismos y de la propia universidad– tiene que ser una sola: sabemos que quieren llegar adonde nosotros; sean bienvenidos, los estamos esperando, pero no les vamos a aguantar ni una y el resultado seguro es que los vamos a educar... o se tendrán que ir. Tendrían que matarnos para evitarlo, porque entre Dios y ustedes, sólo va quedando la universidad, única realidad a la que algo de respeto le tienen y que, si no se aburguesa definitivamente, es la sola reserva para educarlos.

Prepárense para la tolerancia cero (si los profesores nos disponemos seriamente a aplicarla, eso sí). Eso debe significar que volvamos a los años académicos de 12 meses, con máximo 10 semanas de vacaciones (y no los insólitos cuatro meses libres que suman actualmente julio, diciembre, enero y febrero); que organicemos

semanas de siete días, para enfrentar la mentalidad de tres días y medio con que muchos jóvenes quisieran ser tratados; que ni la marihuana, ni el carrete, ni los viajes sofisticados, ni la pertenencia a quizás qué absurda minoría, ni el plagio, ni la impuntualidad, ni el garabato, ni la patudez, ni el supuesto stress, ni nada de todo lo demás... serán bienvenidos ni en los cursos ni en los campus; que toda falta de rigor, toda memorización inarticulada, todo balbuceo bárbaro será corregido.

¿Asistencia libre? Sí. ¿Cercanía con los alumnos en un clima de confianza? También. ¿Aceptación frívola de sus malos hábitos escolares? Ni se lo sueñen.

Es decir, ni las tomas de los rojos, ni las tomatinas de los cuicos; tolerancia cero, porque esta institución, la universidad, es lo que va quedando, y si la machacan, no habrá vuelta atrás en la deshumanización que nos afecta.

Quizás aumentará la mortandad académica, pero eso simplemente sincerará antes lo que hoy está sucediendo en el mundo del trabajo, cuando el fracaso casi no tiene vuelta.

De esta convicción formativa podrían ser portadores los demócratas y cristianos. Pero no es así. Por el contrario, en estos días están sólo interesados en asegurarles privilegios a los mismos que siempre han incentivado, especialmente entre los más jóvenes, el asesinato de Dios.

GONZALO ROJAS SÁNCHEZ*

*Profesor de Historia del Derecho en la Universidad Católica de Chile.

REFLEXIONES TOMISTAS

I. POR QUÉ CONFIAR EN LOS DEMÁS

La doctrina de Santo Tomás nos sigue ofreciendo ricas reflexiones sobre otros aspectos relacionados con la felicidad. Los tipos de bienes, el legítimo amor a sí mismo, el valor de las riquezas y las alabanzas, o la conexión del deseo de una felicidad perfecta con la trascendencia han sido ya abordados en estas líneas. Y cada vez lo hemos hecho partiendo del presupuesto de que no gozaríamos solos de tal felicidad, sino que la compartiríamos con otros.

Esto nos lleva a una dimensión esencial de nuestra vida: vivimos con otros y de hecho necesitamos de los otros para vivir. El Robinson Crusoe es una excepción a nuestra naturaleza. Y sin embargo, no siempre somos conscientes de cómo debemos vivir con los otros para contribuir no sólo a nuestra felicidad sino a la de los demás. Y aquí es donde nuestro patrono nos ofrece una respuesta: no podemos vivir sin confiar en los demás y da la razón de ello.

“Por el hecho de ser animal social, un hombre a otro naturalmente le debe todo aquello sin lo cual la conservación de la sociedad sería imposible. Ahora bien: *la convivencia humana no sería posible si los unos no se fían de los otros como de personas que en su trato mutuo dicen la verdad*” (*Suma Teológica*, II-IIa, q. 109, a. 3, ad 1).

La razón es, pues, que somos seres sociales, es decir, hechos para vivir en sociedad, y esto es así no por un contrato o convenio, sino por naturaleza. Además, esa vida en sociedad debe estar ordenada al fin del hombre que es su felicidad, tal como la entendemos aquí: de forma integral y trascendente. Pertenece al orden propio de la sociedad el que cada uno vea y trate a los demás como se trataría a sí mismo, con amor y respeto, lo cual no puede nacer más que de la confianza mutua. A su vez, nace esta confianza de la conciencia de que uno puede fiarse del otro porque no le engaña, sino que le dice y actúa en verdad. Sólo este respeto por la verdad, la honestidad, hace posible y duradera la sociedad. Así pues, la veracidad, el decir la verdad y actuar conforme a ella cumpliendo la palabra dada y el ser honestos, es el fundamento y la exigencia de una vida en sociedad que nos permita conseguir nuestro fin. Por eso a cada uno *“se le exige por una cierta honestidad decir la verdad a los demás”* (*Suma Teológica*, II-IIa, q. 114, ad. 1), así como la convivencia afable es exigencia añadida de la convivencia.

Decir la verdad y respetar así a la misma verdad y a los demás es en lo que consiste la virtud de la veracidad que es buena y laudable, frente a la mentira, que *“es por sí misma mala”*. ¿Por qué? Porque, siendo la misión de las palabras ser signo natural de las ideas, es *“antinatural e indebido significar con palabras lo que no se piensa”* (*Suma Teológica*, II-IIa, q. 110, in c).

Honestidad, transparencia, reconocimiento veraz y valiente de lo que son las cosas, fidelidad a la verdad y a la palabra dada, son, pues, requisitos para una sociedad que contribuya a la felicidad de cada uno de sus miembros. Y en definitiva es cada uno de los miembros, es decir, cada uno de nosotros, el responsable

de si es o no honesto, transparente, veraz, fiel y humilde, y, por tanto, de que lo sea la sociedad en que vive.

II. LA PRUDENCIA EN LA FELICIDAD

Decíamos al hablar de la relación de las virtudes con la vida feliz que “La vida activa vivida según las virtudes nos prepara o dispone a la bienaventuranza. Así es como “el premio auténtico de la virtud es la misma bienaventuranza, por la que se esfuerzan los virtuosos” (*Ibid.*, I-IIa, q. 2, a. 2)”.

Por esta razón nos será de gran ayuda dar un repaso a las virtudes morales “madre” o principales y a su papel en ese camino a la felicidad.

Aunque la suprema felicidad del hombre consista en la visión de Dios, que es lo más perfecto, las virtudes morales preparan, por decirlo así, el camino, para alcanzarlo. En concreto, la prudencia, de la que trataremos esta vez, consiste en una especie de sabiduría práctica aplicada a la vida. Implica un conocimiento recto y cabal de la realidad de las cosas, del fin último de nuestra vida y del valor de los medios disponibles para alcanzarlo. Este conocimiento nos hace capaces de aplicar a las circunstancias actuales los grandes principios morales para actuar correctamente. O, dicho con otras palabras, “es prudente quien dispone lo que hay que hacer en orden a un fin” (*Suma Teológica*, II-IIa, q. 47, a. 13), el que acierta al elegir la actuación que corresponde en cada momento porque sabe discernir los medios buenos llevan al verdadero fin. “Incumbe a la prudencia determinar de qué manera y con qué medios debe el hombre alcanzar con sus actos el medio racional. En efecto, aunque el fin de la virtud moral es alcanzar el justo medio, éste solamente se logra mediante la recta disposición de los medios”. (*Ibid.*, a. 7). Esta sabiduría práctica es fundamental, porque, tal como vimos, es de vital importancia distinguir los verdaderos de los aparentes medios, y lo mismo hay que decir respecto al fin.

El que se equivoca en el fin, aunque sepa discernir los mejores medios para lograrlo, sin embargo, no posee más que una falsa prudencia. Así: “tiene prudencia falsa quien, por un fin malo, dispone cosas adecuadas a ese fin, pues lo que toma como fin no es realmente bueno, sino sólo por semejanza con él, como se habla, por ejemplo, de buen ladrón” (*Ibid.*, a. 13). A diferencia de esta, la prudencia verdadera “encuentra el camino adecuado para conseguir el fin realmente bueno”. ¿Es posible que esta prudencia sea imperfecta? Sí, cuando se pone como fin último otro fin subordinado o que pertenece al orden de los medios, como el “buen negociante” que es prudente en la elección de los medios, pero no sabemos si acierta en el fin último, o cuando no tiene la voluntad de realizar lo que considera es bueno. Por último, posee prudencia en el más alto grado quien tiene el hábito y por tanto es capaz de aconsejar, juzgar e imperar “con rectitud en orden al fin bueno de toda la vida. Es la única prudencia propiamente tal” (*Ídem*).

Añadamos que son tres las acciones propias de la prudencia, las de aconsejar, juzgar e imperar. Gracias al recto conocimiento o sabiduría somos capaces de juzgar en la práctica lo que es mejor para el recto fin. En función de ese juicio recto, el hombre prudente es la persona más indicada para dar sabios consejos a quienes lo necesiten. Son consejos “ubicados”, atinados. Sin embargo, de poco serviría juzgar y aconsejar bien –tanto a los demás como a uno mismo– si no tuviéramos

el imperio, es decir, el poder de llevar a cabo lo que entendemos que es correcto. El hombre prudente sabe actuar, pero cuándo y como se debe.

Por eso, el hombre prudente es feliz y el que mejor se lo pasa, porque elige los medios adecuados y sabe, además, disfrutar del bien realizado.

III. ACERTAR EN LA PRUDENCIA: SUS PARTES

En nuestras anteriores reflexiones pudimos apreciar la relación entre la práctica de las virtudes y la consecución de la felicidad, hasta tal punto que llegamos a afirmar que hay que “ser buenos para ser felices”. Y en concreto vimos cómo, una vez orientados al fin de la felicidad, uno también debe elegir “directamente los medios para el fin, cosa que se hace mediante la prudencia, que aconseja, juzga y preceptúa los medios ordenados al fin” (q. 65, a. 1). De esta manera, esta virtud intelectual, pero orientada a la práctica, ocupa un lugar privilegiado dentro del orden de las virtudes, al hacer posible el juicio recto y el imperio real –la ejecución de lo elegido.

Con vistas a encontrar el medio adecuado es fundamental contar con los datos necesarios, así como poseer ciertas actitudes personales imprescindibles para ello. De esta manera ordena Santo Tomás las virtudes que forman parte de la prudencia para ser llevada a cabo, según estén orientadas al conocimiento de los medios y de todo lo relacionado con ellos (el juicio), o según tengan que ver con la manera de aplicar el conocimiento a la obra (el imperio).

“En el conocimiento hay que considerar tres momentos”: su contenido, la forma de adquirirlo y el uso que de él se hace. Respecto al conocimiento en sí mismo, éste puede ser “cosas pasadas”, que “da lugar a la memoria”, o de “cosas presentes, sean contingentes, sean necesarias, se le llama inteligencia”. Tanto recordar para aprender de lo pasado como conocer a cabalidad la situación actual presente, son necesarios para tomar prudentes decisiones. Tal conocimiento podemos adquirirlo por nosotros mismos o a través de otras personas que nos lo transmiten, y así, encontramos la virtud de la sagacidad o propia invención y la de la docilidad para preguntar a otros más sabios o prudentes y disponer “bien al sujeto para recibir la instrucción de otros” (q. 49, a. 3). A su vez, eso conocido nos permite deducir otras cosas siempre que se razone bien (ver II-IIa, q. 48, a. 1).

La determinación del juicio y del imperio necesita además de otras tres virtudes: la previsión, la circunspección y la precaución. Por la primera se ordenan las cosas presentes al fin futuro que, de alguna manera, se adelanta o se prevé en la intención; “tener en cuenta los distintos aspectos de la situación... incumbe a la circunspección”; y en último lugar hay que ser precavidos para saber distinguir lo bueno de lo malo, lo conveniente de lo inconveniente y así “evitar los obstáculos” para no exponerse inútilmente (*ídem*).

Vemos hasta aquí cuántos conocimientos y virtudes hay que poner en juego para hacer una buena y prudente elección. De esta manera, es de crucial importancia conocer bien la realidad del hecho o de la persona en cuestión, así como las circunstancias que las rodean, sean éstas pasadas o presentes, para no equivocarse. Por lo mismo, se precisa razonar bien –evitando lo que pueda influir nuestro razonamiento– y tener la disposición a averiguar lo que no sabemos, antes de tomar precipitadamente una decisión. La persona prudente no es ni precipitada ni

indecisa, es capaz de prever para atender a las consecuencias y tiene la entereza de negarse ante lo abiertamente malo o impropio.

En lenguaje coloquial podría decirse que el prudente es una persona “ubicada” que acierta en lo que debe o no debe hacer (y esto en función del bien y la verdad), en lo que debe o no debe decir, siempre atento al momento y a la situación. Difícil de lograr, sí, pero no imposible.

Por eso, tal como decíamos, el hombre prudente es feliz, porque elige los medios adecuados y además disfruta del bien realizado.

IV. JUSTICIA: DAR A CADA UNO LO SUYO

De cara a continuar con nuestras reflexiones acerca de la felicidad, recordemos que el hombre bueno o virtuoso es el que mejor se prepara para lograrla. De ahí el título de una de nuestras anteriores cápsulas, “*Ser buenos para ser felices*”. Pues bien, después de reflexionar acerca de la prudencia, una de las cuatro virtudes cardinales¹ necesarias para lograr la felicidad en esta vida, atendamos a la virtud de la justicia.

A diferencia de la prudencia, que hunde sus raíces en el entendimiento, la justicia no consiste en conocer o en juzgar acerca del actuar, sino en el mismo obrar, en actos hacia el exterior. Por eso radica en la facultad de la voluntad, por la que queremos lo bueno y lo ponemos por obra.

Se diferencia también del resto de las virtudes cardinales porque se orienta no hacia uno mismo, sino hacia los demás, en la medida en que consiste en obrar con rectitud en relación a los otros. Por eso se dice que la persona justa se comporta correctamente con los demás, que es distinto, si puede decirse así, de “comportarse bien” con uno mismo. De aquí que Santo Tomás la defina como “el hábito según el cual uno, con constante y perpetua voluntad, da a cada uno su derecho” (es decir, lo que le corresponde, lo suyo, lo justo) (*Suma Teológica*, II-IIa, q. 58, a. 1). La justicia siempre se refiere a otra persona y versa sobre el derecho, es decir, sobre “aquello que, según alguna igualdad, corresponde a otro, como –por ejemplo– la retribución del salario debido por un servicio prestado” (*Ibid.*, q. 57, a. 1). Conviene señalar que esto que corresponde a otro no debe identificarse sólo con dinero o algo material, pues puede ser un reconocimiento (a una obra hecha, a una dignidad), una ayuda (ante una petición, como muestra de piedad), algo material (un regalo, un sueldo estipulado por un contrato), algo espiritual (una muestra de amor, de apoyo, una oración, un acto de culto), etc.

Por igualdad se entiende la correspondencia o ajuste –justicia– entre el acto de una persona y lo que debe recibir por ello, como se pone de manifiesto en el ejemplo del salario, que se debe ajustar al servicio prestado. Por cierto que la balanza con la que se representa a la justicia es señal de esta igualdad. Según sea el acto realizado por otro, así será lo justo, que no es fijo sino que depende de lo recibido o previamente dado. Por eso sería una falsa justicia dar a todos lo mismo, pues cada uno, de acuerdo a lo que le diferencia o le es propio, de natural

¹Recordemos que las cuatro virtudes cardinales son: prudencia (de la que ya hablamos), justicia, fortaleza y templanza.

o por su obrar, deberá recibir según lo que ha realizado. Una madre que da jugo natural de naranja a un hijo enfermo pero no se lo da al que está sano, porque no lo necesita, está realizando un acto de justicia; mientras que, por el contrario, sería injusto que repartiera entre todos sus hijos, por igual, una medicina contra la gripe bajo el pretexto de que si no lo hace, los hijos sanos podrían sentirse tratados injustamente.

Interesante recordar aquí que esta igualdad no es creación nuestra, sino que viene señalada por la naturaleza misma de las cosas, “como cuando alguien da tanto para recibir otro tanto”. Esto, por otro lado, es obvio, y de sentido común –baste recordar el origen del fenómeno del trueque. Una vez reconocido este criterio que emana de las cosas mismas, se puede establecer una igualdad según convención (sea a nivel social o entre particulares). Al primer tipo le llama derecho natural, que es la base del segundo, al que llama derecho positivo, del que pende la justicia legal, por ejemplo. De esto se deduce que el derecho positivo o convencional que no se ajuste al natural, no sería propiamente justicia.

La justicia, como toda virtud, también se orienta al bien, pero no al individual sino al de la sociedad, que es el bien común. Y esto permite reconocer en ella una cierta prioridad sobre el resto, debido a que el bien común goza de cierta preeminencia sobre el individual en el orden temporal y dentro de la sociedad política.

Por eso, podemos concluir diciendo que “La justicia es alabada en la medida en que el virtuoso se comporta bien con respecto al otro” (*Ibíd.*, q. 58, a. 12), pues “*las virtudes más grandes son necesariamente las que son más útiles a otros*”, afirma con palabras de Aristóteles. ¿Y qué mayor muestra de justicia que el amor manifestado en la misericordia hacia personas que tienen, como nosotros, la misma eminente dignidad de ser personas humanas?

V. LO QUE IMPLICA LA JUSTICIA

Al hilo de estas reflexiones continuamos, según la doctrina de Santo Tomás, conociendo la manera más idónea para ser felices. Hemos abordado ya la prudencia y la justicia, dos de las virtudes cardinales, necesarias en una vida activa que nos acerque a la felicidad. De la justicia vimos que consistía en dar a cada uno lo suyo de una forma constante, es decir, según el derecho y que es la virtud que rige por antonomasia las relaciones humanas.

Son muchos los aspectos que abarca esta virtud y a cada uno de nosotros, de una u otra manera, nos incumbe alguno en la medida en que interactuamos con la sociedad y entre nosotros, sus miembros. De ahí que las relaciones justas de la sociedad con los individuos –es decir, sus deberes– sean el objeto de la justicia distributiva. En cambio, las relaciones entre los individuos, tan numerosas y variadas, son reguladas por la justicia conmutativa. Estas dos, la distributiva y la conmutativa, son para Santo Tomás las partes de la justicia en sí misma. Averiguar qué implica cada una y, especialmente, detectar sus desviaciones, puede ser de gran ayuda en nuestra vida cotidiana.

En el primer caso se atiende a la distribución de los bienes según lo que le es debido a cada persona, lo cual no puede ser, tal como ya vimos, idéntico para todos sino ajustado a lo que cada uno merece o debe recibir. Recordemos que estos bienes que son distribuidos pueden ser materiales –como dinero, regalos, etc.– o espirituales –como un cierto trato o reconocimiento, gratitud, etc. Lo que

se opone a esta justa distribución es, por un lado, una absoluta igualdad en el reparto que no atendiera a las diferencias personales y, por otro, una acepción de personas injustificada –coloquialmente llamado “favoritismo”. La razón es clara: no sería justo dar algo a alguien que o no lo necesita o que no lo merece porque no es apto para recibirlo. Sería el caso de conferir un cargo o una dignidad a alguien no por tener las cualidades ideales para ello, sino por ser amigo o pariente de quien ostenta la autoridad. En este caso faltaría la correspondencia entre los dos términos –la persona y el cargo–, propia de la justicia.

Respecto a las relaciones entre iguales, lo propio de la justicia conmutativa es la restitución, es decir, la “compensación de una cosa a cosa” (*Suma Teológica*, II-IIa, q. 62, a. 1), devolver a uno la posesión de lo suyo. Esta posesión puede “perdersé” por propia iniciativa, como sucede, por ejemplo, en los préstamos, o, en contra de la propia voluntad, como en el caso del robo. Esta transacción es, por lo tanto, involuntaria.

Santo Tomás desciende al detalle al examinar los casos en que no se respeta la justicia conmutativa. En las transacciones voluntarias, como el intercambio monetario, se comete injusticia al cometer fraude en las compraventas y al practicar la usura.

Dentro de las involuntarias se da una injusticia, de obra o de palabra, cuando se perjudica al prójimo sin quererlo éste. ¿Y cuándo se obra injustamente? La respuesta es evidente. Son obras injustas las perpetradas contra la integridad de la persona, como ocurre en el homicidio y las mutilaciones, o las dirigidas a sustraer sus bienes, como en los hurtos y rapiñas.

Pero no sólo con hechos, sino también con palabras se incurre en injusticia al hablar con la intención de dañar la buena fama y reputación. Esto puede ser de forma pública, como en los insultos, o privada, a través de la detracción. En cambio, en el caso de la susurración, en la que se siembra discordia entre dos amigos hablando a uno mal del otro ocultamente, lo que se pretende no es atacar la reputación de alguien sino lesionar una amistad, lo cual es más grave. ¿Y respecto a las burlas o mofas? Como aquí se pretende poner en evidencia a alguien ridiculizándolo, la gravedad de este acto dependerá del objeto de la burla –que puede ser un pequeño defecto o algo de mayor gravedad– y de la forma en que queda afectada la persona misma, pues cuando se le desprecia en razón de sus taras o defectos, se le menosprecia gravemente.

Así, pues, el respeto a los otros, atendiendo a lo que es y a lo que tiene, que es lo mismo que dar lo debido a cada uno, de forma justa y adecuada, es el fundamento de esta justicia y, por tanto, de una vida en común sana y feliz. La norma que rige es la “Regla de oro”: “trata a los demás como quieras que te traten”.

VI. MÁS DE LA JUSTICIA

Al hilo de estas reflexiones tomistas continuamos perfilando la mejor manera de ser felices. Hemos abordado ya la prudencia y la justicia, dos de las virtudes cardinales, necesarias en una vida activa que nos acerque a la felicidad. De la justicia vimos que consistía en dar a cada uno lo suyo de una forma constante, es decir, según el derecho, que es la virtud que rige por antonomasia las relaciones humanas y que se dividía en distributiva y conmutativa.

En ese dar a cada uno lo suyo, Santo Tomás reconoce virtudes distintas –anexas a la justicia– en función de quién sea el que debe recibir, y qué sea lo que se le

debe: la deuda. Según el primer punto, estamos obligados a dar lo suyo a aquellas personas de quienes hemos recibido grandes dones y ante quienes nos presentamos con cierta desigualdad: Dios, nuestros padres y autoridades y quienes poseen una especial dignidad conferida por un cargo o un valor moral.

La virtud por la que damos a Dios lo suyo es la *religión*. Se caracteriza por rendir a Dios, tanto exterior como interiormente, honor y reverencia especiales, a causa de su singular excelencia. La razón es que de Dios, que es el primer principio de la creación y del gobierno universales, recibimos el ser, la vida y muchos otros dones naturales. Además, “el honor y la reverencia tributados a Dios no son en su provecho sino en el nuestro, por ser Él la plenitud de la gloria, a quien nada puede añadir la criatura. Pues la reverencia y honor a Dios implican la sumisión de nuestra mente, que en esto se perfecciona. En efecto, la perfección de las cosas está en la subordinación a lo que les es superior... Por ello, en el culto divino son necesarios ciertos actos corporales que, a modo de signos, excitan el alma a actos espirituales que unen el hombre a Dios. Por lo tanto, la religión consta de actos internos, que son los principales o propios de la religión, y de actos exteriores, que son secundarios y ordenados a los interiores” (*Suma Teológica*, II-IIa, q. 81, a. 7). Esta virtud se concreta en la devoción, la oración –por la que “el hombre se somete a Dios y confiese la necesidad que tiene de Él (q. 83, a. 3)–”, la adoración, los sacrificios y ofrendas, entre otros. En cambio, se le oponen: la superstición, la idolatría, la adivinación, el tentar a Dios, el perjurio, el sacrilegio y la simonía.

En relación a los padres, debemos rendirles honor y reverencia a través de la virtud de la *piEDAD*. La razón es que hemos nacido de ellos y nos han educado y criado. En este sentido, Santo Tomás incluye también lo que le debemos a la patria, pues de ella hemos recibido algo similar. La piedad incluye practicar la reverencia y la sumisión, así como servir –especialmente a los padres– buscando su bien, sobre todo cuando estén más necesitados de él. La piedad filial practica la acogida y el cuidado de los padres, con mayor razón en sus momentos finales de vida, cuando más necesitados están de ayuda.

En último lugar, y derivado de la virtud anterior, concluye Santo Tomás que a las personas superiores en dignidad o que poseen algún cargo de autoridad sobre otros se les debe el honor propio de la *observancia*. Ésta es una especie de recompensa o reconocimiento a su virtud o a su cargo. Efectivamente, quienes reciben una autoridad para gobernar necesitan, precisamente para poder desempeñarla bien, que se respeten sus órdenes y normas, lo cual implica que se les deba *obediencia*, es decir, servicio a la autoridad y acatamiento a sus mandatos, siempre que éstos, obviamente, estén dictados según el bien común.

Estas virtudes, religión, piedad y observancia, se hacen así necesarias para respetar el orden natural y salvar, de alguna manera, la desigualdad entre el don recibido –mayor o menor según quien sea el donante– y lo que se debe.

VII. CUANDO SE DA LO QUE SE DEBE

Sabemos que prudencia, justicia, fortaleza y templanza, las cuatro virtudes cardinales, nos ayudan y disponen para una vida feliz. Respecto a la justicia por la que “damos a cada uno lo suyo”, y que es la más importante en la vida social, hemos visto ya que tiene numerosas maneras de concretarse, según quién sea el que deba recibir y lo que se le deba dar.

En la última reflexión nos ocupamos de las virtudes por las que damos lo que les corresponde a aquellas personas de quienes hemos recibido grandes dones y ante quienes nos presentamos con cierta desigualdad: Dios, nuestros padres y autoridades y quienes poseen una especial dignidad conferida por un cargo o un valor moral. Estas son: la religión, piedad, observancia y obediencia.

Por lo que respecta a esta virtud, nos faltaría completar lo que hace referencia a lo que se debe: la deuda. Tal deuda puede ser de orden moral y no legal, cuando la exigencia de dar nace de la honestidad de la virtud o, lo que es lo mismo, de la propia conciencia de haber recibido un bien que es justo devolver. Si la deuda se presenta como apremiante o como necesaria para conservar la buena conciencia y el bien común, entonces habrá que practicar las virtudes de gratitud al bienhechor, veracidad o sinceridad y, en el caso de haber recibido un mal, la vindicación. Es claro que con el *agradecimiento* se recuerdan los servicios y beneficios que otro nos tributó y se tiene la voluntad de remunerárselos. Esta gratitud puede concretarse de maneras muy diversas: un detalle, un pensamiento, una palabra, un regalo, un gesto, etc. Respecto a la realidad, uno debe *ser veraz* de tal manera que sus palabras y sus gestos “sean conformes a la realidad” y, por lo tanto, se manifieste exteriormente lo que realmente se piensa y no algo distinto. La mentira o la simulación son formas de faltar a la verdad que siempre tiene consecuencias, en uno mismo y en la vida social. En cambio, cuando se dice la verdad respecto de sí mismo y no se exageran, pero tampoco se disminuyen las propias cualidades, entonces se puede hablar de la virtud de la *humildad*. Agradecimiento, veracidad y humildad responden a un bien recibido. En el caso contrario, al recibir un daño o un mal, lo debido o justo se regula con la *vindicación*. Ésta, sin embargo, sólo es lícita cuando en el castigo debido se busca el bien del culpable y se lleva a cabo además de manera proporcionada y según la recta razón –lo que implica no dejarse llevar por la rabia.

En último lugar, encontramos situaciones en que la deuda no es tan apremiante, pero sí es indispensable salvarla para conservar la buena convivencia. Respecto al trato entre las personas, éste es correcto sólo cuando es regulado en palabras y obras por la afabilidad o amistad. Esta virtud es, en cierto modo, una necesidad para una sana vida social, porque, como dice Aristóteles: “nadie puede aguantar un solo día de trato con un triste o con una persona desagradable”. Así es como todos sentimos cierta obligación de “ser afable con los que nos rodean, salvo el caso de que sea útil entristecer a alguno” (*Suma Teológica*, II-IIa, q. 114, a. 2). Esto último es así cuando, por el bien del otro, como al librarle de un mal o al corregirle, no se le pueda dar gusto en algo concreto; mientras que, por el contrario, se le hace un mal, aunque no lo parezca, al adularle, pues no se busca la verdad ni el bien. Cuando la deuda corresponde a bienes exteriores, como riquezas o cosas semejantes, se ejercita la liberalidad o generosidad, que es el recto uso de los bienes, un término medio entre la avaricia y el despilfarro.

Vemos, pues, cuántas “obligaciones” nacerán del interior del hombre virtuoso si de veras quiere ser feliz no sólo él sino también hacer felices a los demás.

MARÍA ESTHER GÓMEZ DE PEDRO*

*Doctora en Filosofía (Universidad de Barcelona). Coordinadora Nacional de Formación Personal y Profesora de Ética y Antropología de la Universidad Santo Tomás.

CRISIS MORAL Y POLÍTICA

I. LA OTRA CRISIS

De la crisis económica –dicen nuestros analistas (famosos, es sabido, por su clarividencia)– saldremos. Puede que nos repongamos de ella “en V” (es decir, tan rápido como caímos), si no “en U” (más lento) o “en L” (arrastradamente)... pero saldremos. Yo les creo, porque todos los países salen de las crisis, y no hemos sido la excepción, ni el año 31, ni el 82, ni el 97.

Pero de la OTRA crisis, no damos señales de librarnos. Me refiero a la CRISIS SOCIAL... la desintegración de las bases de convivencia de la sociedad chilena, sobre todo de las populares. La manifiestan distintos fenómenos, estadísticamente documentados, v.gr.:

1. La baja de la natalidad hasta términos que amenazan reducir, en cifras absolutas, nuestra ya pequeña población;
2. La disminución del número de matrimonios;
3. El aumento experimentado por los hijos nacidos fuera de matrimonio y, dentro de éstos, la alta proporción de hijos de adolescentes;
4. El crecimiento numérico de las mujeres “*jefas de familia*”... vale decir, madres abandonadas.

Y confirman esa desintegración otros muchos datos menos cuantificables, o todavía no muy precisos, pero cuyo conjunto es inequívoco: el auge en la juventud –auge que indica abandono familiar– del alcohol, la droga, la pornografía, el sexo prematuro, el delito, la promiscuidad, la violencia hogareña y escolar. Agréguese las cifras de divorcios, juicios (ineficaces) de alimentos, femicidios, explotación sexual y laboral de mujeres y niños –que la Organización Mundial de la Salud nos reprocha severamente–, y veremos confirmada la “otra crisis”, la social.

De ella apenas se habla, mientras la económica está en boca de todo el mundo, siendo ésta pasajera y de menor nocividad real para el país. ¿Por qué semejante silencio? ¿Por qué tanta ceguera?

Porque nos ha cogido el progresismo posmoderno, con su moral cruda y primitiva, de “haz lo que quieras”, disfrazada de respeto por la diversidad y las decisiones individuales.

Para mantener esa postura en medio del terremoto social, se recurre –algunas veces inconscientemente, es probable– a diversos mecanismos que lo disimulen y “*maquillen*”, de modo que PAREZCA menor o, aun, PAREZCA que no existe. Estos mecanismos no arreglan nada, pero permiten que los privilegiados sigamos viviendo en nuestro mundo de Bilz y Pap, hasta que la Historia nos pase definitivamente la cuenta.

Los mecanismos de autoengaño pueden dividirse en tres grupos:

PRIMERO, SOSTENER QUE SE TRATA DE SIMPLES “CAMBIOS SOCIALES”.

Ejemplo típico: que el “*emparejamiento*” es una institución similar al matrimonio y de similar eficacia.

Esto podrá ser cierto en casos aislados, generalmente del sector alto o medio. Pero no es efectivo entre los pobres. La “pareja” no es una institución ni siquiera medianamente estable. Ni implica asumir responsabilidades. Se trata, al revés, de que no las lleve consigo y quepa romperla en cualquier momento, y de facilitar que uno de los “emparejados” –por lo general el hombre– evada sus deberes de mantención respecto de los hijos comunes. El “hogar” de la pareja suele incluir a la madre, hijos suyos de diversos padres, y el hombre “de turno”, cuyas relaciones con los niños son tensas, si no violentas, y pueden tener, además, otros y más oscuros caracteres.

Equiparar “*pareja*” y “*matrimonio*” es una construcción teórica de la ideología posmoderna, sin asidero real.

SEGUNDO MECANISMO: ESCONDER O MENOSPRECIAR LOS PROBLEMAS

A) El caso más claro es el de la extrema pobreza, a la cual se le quitó de repente el adjetivo “extrema” para hacerla menos alarmante.

Es un dogma chileno, una afirmación reiterativa, solemne y juzgada irrefutable, que la pobreza ha ido disminuyendo desde el siglo pasado en forma muy satisfactoria. Para ello: a) Se toma como punto de partida la existente el año 1987 cuando recién emergíamos de la devastadora crisis de 1982. Es igual que si mañana, concluida la actual emergencia, nos felicitáramos por la disminución de la cesantía, desde el elevadísimo porcentaje de 2009, a los de 2008 o 2007... menores pero también inaceptables. b) Se continúa midiendo la pobreza según los precios de una “*canasta*” de productos enteramente obsoleta, irreal respecto de su composición. ¡Data de la época de Pinochet! Es el último “*enclave autoritario*”, mas no parece haber apuro en modificarlo.

De todos modos, incluso con esta medición discutible, es un hecho que el año 2006 (fecha de la más reciente encuesta CASEN) existían en Chile 2 millones de pobres extremos... los mismos que el año 1970. Se nos dirá que EL PORCENTAJE era menor en 2006, pero cualquiera de esos dos millones de pobres podía responder, dicho año, que A ÉL la baja del tanto por ciento no lo favorecía ni le importaba nada.

B) Recién se ha publicado el Octavo Estudio de CONACE sobre consumo de drogas ilícitas en Chile. Corresponde al año 2008.

Consumo que dicho año se habría mantenido “estable”, según CONACE y los entendidos consultados por la prensa. Sin embargo:

- El consumo de marihuana de los jóvenes entre los 12 y los 18 años creció de un 7,4% a un 9,1%, desde 2006.
- El consumo de cocaína de los mismos jóvenes entre iguales fechas creció de un 0,7 a un 1%.

Aumentar no es lo mismo que mantenerse. Crecer poco el consumo de drogas ilícitas es mejor que crecer mucho, pero tampoco es bueno. Los malabarismos con las palabras son consoladores, mas no remedian la crisis social.

TERCER MECANISMO: MAGNIFICAR LOS POCOS Y PEQUEÑOS DATOS FAVORABLES

Hay dos casos recientes.

- A) El SIMCE 2008. Como vimos en la columna del 26 de mayo, se ha hecho gran caudal de que el puntaje de la prueba de Lenguaje y Comunicación, 4º básico, subiera de 2007 a 2008 como promedio nacional de 254 a 260... seis puntos.

“¡Felicitaciones!” –trompeteaba el Portal EducarChile, añadiendo reinar un *“clima de satisfacción”*.

Indicamos, entonces, lo exagerado de estas fanfarrias... la modestísima significación de 260 puntos, y que el *“avance”* era nulo en las demás pruebas del SIMCE 2008, tanto para 4º básico como para 2º medio. Añadamos que el *“promedio nacional”* de 260 puntos no es el de las escuelas municipales, que sólo llega a 247... pobrísimo.

Ilusionar sobre una educación pública brutal y largamente estancada sirve, únicamente, para dormir tranquilos sobre el volcán en ebullición.

- B) *“Alza de la natalidad”*. El número de nuestros nacimientos anuales llegó a su nadir histórico en 2004 (240.011). De allí ha ido subiendo lentamente hasta 2008 (257.840). La cifra de 2004 significaba 1,9 hijos por mujer, inferior a la necesaria (2,1 hijos por mujer) para reponer la población total y que ésta no bajara en términos absolutos. La cifra de 2008 todavía no indica que hayamos superado dicho peligro.

Pero el PRIMER TRIMESTRE DE 2009 el número de nacimientos fue récord (67.071). Ha bastado esto, un trimestre de cuatro, para que un coro de voces jubilosas proclame el final del problema de la baja natalidad en Chile.

¿No sería prudente esperar la cifra del año?

Más delirantes son las razones que se esgrimen para explicar el aumento trimestral. La vicepresidenta de la Junta Nacional de Jardines Infantiles lo atribuye a que los programas sociales del Gobierno *“entregan certeza a los chilenos de que su situación y su porvenir no están desvalidos”*. Menciona entre dichos programas *“el aumento significativo de las becas para la educación superior”*. ¿Estaré soñando?

¿Una mujer chilena, en 2008, habrá decidido tener un hijo porque, más o menos en 2027, el niño tendrá mayor opción a una beca para su educación superior? (El Mercurio, 31 de mayo y 2 de junio).

El triunfalismo alrededor de los 67.071 nacidos del trimestre oscurece otros datos significativos de los mismos (El Mercurio, 31 de mayo):

- El 66% nació fuera de matrimonio.

- El 22% no tuvo reconocimiento de ambos padres.

Un futuro feliz.

Resumiendo: el primer paso para enfrentar el terremoto social que vivimos, pero no percibimos, es conocer su realidad... no cerrar los ojos ante ella*.

II. DETRÁS DE LOS FEMICIDIOS

A) En los últimos días, varios brutales “femicidios” –neologismo reciente– han ocasionado conmoción pública. Conviene resumirlos:

1.– El 4 de febrero, un cargador de 54 años mató a cuchilladas a su mujer de igual edad, de la cual estaba separado. Cometió luego un intento fallido de suicidio. Tenían tres hijos.

Setenta y dos horas antes del crimen, y por segunda vez, el hechor había sido formalizado penalmente, en razón de amenazas de muerte contra su víctima. La justicia lo dejó libre con prohibición de acercarse a la mujer, debiendo Carabineros fiscalizar esta medida, por intermedio de la Subcomisaría Vista Alegre, situada frente al domicilio de la afectada. Pero sus funcionarios, alertados, demoraron: “estaban en otro procedimiento” (“El Mercurio”, 5 de febrero).

2.– El mismo 4 de febrero, un segundo femicida secuestró en plena vía pública a su ex “pareja”, de 23 años. La introdujo en un automóvil, la llevó al antiguo domicilio de ambos (Peñalolén) y allí la mantuvo atada a una cama, desnuda, humillándola, alrededor de ocho horas. Le dio muerte de un tiro de revólver cuando Carabineros allanaba el inmueble (o quizás antes), momento en el cual el hechor intentó eliminarse con la misma arma. Quedó grave, pero vivo.

Más tarde, encerrados en una pieza de la casa, la policía halló a los hijos del femicida, cuyas edades (12 y 14 años) indican que provenían de otra relación marital de éste (“El Mercurio”, 5 de febrero).

3.– El 13 de febrero, de madrugada, en Quilicura, el conviviente de una dueña de casa, drogado con marihuana, violó y mató a martillazos a su “hijastra”. Se discute si la violación fue anterior o posterior al asesinato. El tenía 19 años, ella 16 (“El Mercurio”, 14 de febrero).

4.– El 14 de febrero, tras esperarla cuatro horas en la calle empuñando un cuchillo, a la vista de todo el mundo, un matarife de 58 años apuñaló, quitándole la vida, a su ex “pareja” de 38, con la cual tenía un hijo de pañales. Dos veces llevado a juicio por amenaza de muerte a la víctima, había recibido orden judicial de no acercársele (“El Mercurio”, 16 de febrero).

5.– El 15 de febrero, en un café de Puerto Montt, una muchacha de 20 asesinó a su ex “pareja” de 22 con un cuchillo carnicero, al verlo en compañía de otra mujer (“El Mercurio”, 16 de febrero).

*Publicado en *La Segunda*/Santiago de Chile, 9.6.2009.

Cinco asesinatos por rupturas maritales en 11 días. Protagonistas: un matrimonio separado y cuatro ex “parejas”. Dos de las muertas se hallaban bajo protección policial.

B) Los hechos expuestos motivaron una acalorada discusión entre la ministra del SERNAM y la Fiscalía Nacional.

La primera, reprochó a la justicia penal que el 90% de las investigaciones judiciales de violencia intrafamiliar abortara en exigir al imputado, solamente, abandonar el domicilio conyugal y no acercarse a las víctimas. Prohibición, esta última, que no contaba de hecho con materialización eficaz. La Fiscalía, además, según el SERNAM, subutilizaba las 45 casas estatales de refugio para mujeres maltratadas.

El órgano penal se defendió señalando que la capacidad de dichas casas está saturada, pues cada año hay 95.000 denuncias femeninas de maltrato que piden protección. Especificó diversas medidas tomadas o acordadas para mejorar la atención.

Editorializando alrededor de la polémica, “El Mercurio” anota un dato sobrecogedor: “(La) atención a víctimas y testigos de las fiscalías en todo el país...(cubre) sólo el tres por ciento del... millón de causas (penales) que ingresan anualmente” (10 de febrero).

C) En otro orden de cosas –pero, veremos, muy relacionado–, parece claro que el matrimonio chileno camina a extinguirse. De celebrarse 75.000 matrimonios anuales una década atrás, hoy son sólo 58.000 a 59.000. Mientras tanto, aumentan aceleradamente las simples convivencias (último censo), y los divorcios. Estos subieron su número un 60% del 2006 al 2007, y un 39% del 2007 al 2008. El último año hubo 22.330 divorcios contra 57.404 matrimonios.

D) Nuestro esfuerzo nacional había sido siempre –bajo gobiernos católicos o agnósticos, “laicos”– que aumentaran los matrimonios (y esto no tenía ninguna connotación religiosa: era una institución civil, que criticaban –por otras razones– los católicos más distinguidos); y se incrementaran también los hijos nacidos dentro de enlaces legales, hijos “legítimos”. Cuando su porcentaje anual bajaba del 60%, nos alarmábamos. Hoy, son los hijos nacidos FUERA DE MATRIMONIO los que exceden del 60%. Confirma que el matrimonio, en Chile, está muriendo.

E) El tejido social de Chile derivaba de la familia legalmente constituida: el matrimonio y los hijos nacidos en él. Era un tejido a la vez tradicional –los cuatro siglos de lucha por “civilizarnos”–, ético y jurídico.

Este tejido se ha ido disolviendo del modo visto. El matrimonio es progresivamente sustituido por la convivencia, sea lisa y llana, sea disfrazada del enlace “desechable” que estableció la ley de divorcio del 2004.

La convivencia, particularmente la no disfrazada, va predominando. Regla ya en mucho las uniones maritales y la suerte de los hijos de éstas. No recono-

ce tradición, ni ética, ni ley: es la simple, anárquica voluntad de juntarse, y de separarse cuando cualquiera de ambas partes lo desee, en cualquier momento y por cualquier razón o capricho. Puede durar una semana o la vida entera. Los hijos habidos en ella están sujetos a la misma ley de hierro: ver desmoronarse su seguridad cuando no pueden crearse una propia, en un instante y sin tener nada que decir al respecto... caérseles el mundo, porque sí. No existe familia, entonces, pues lo esencial de ésta –el compromiso permanente de sus miembros adultos– es la negación misma de la convivencia. Pensemos en la “familia” compuesta por la mujer mayor, su hija de 16, y el muchacho de 19, conviviente marihuanero de la primera (Nº 3).

Es esta revolución la que destruye implacablemente, por sus fundamentos, la sociedad chilena. A los privilegiados también nos hiere, pero sabemos “arreglarnos”, tapar el desastre, meterlo bajo la alfombra. Poseemos los medios materiales y culturales al efecto. Pero no es el caso de la gente pobre. Ella es la que llena las estadísticas de “mujeres que viven solas”; “mujeres jefas del hogar”; mujeres que trabajan sub remuneradas, orgullo de algunos economistas. Son los pobres los que están detrás de los interminables juicios de divorcio; de alimentos irrisorios que demoran meses o años en sentenciarse, y que no se pagan; de violencia intrafamiliar... Son las mujeres pobres las víctimas de los femicidios.

Ante la catástrofe social, poco o nada podemos hacer los simples mortales, salvo no cerrar los ojos a su realidad y violencia. ¿Y el Estado? Algo más le cabe que a los simples ciudadanos, ciertamente. Pero no lo hace, al contrario: “atornilla al revés”. Lo veremos en una próxima columna*.

III. EL ESTADO Y LA DISOLUCIÓN

El repentino aumento de los femicidios durante febrero llevó a que, la semana pasada, relacionáramos este hecho con la disolución del tejido social en los sectores más desposeídos de nuestro país. Disolución, a su vez, debida a la vertiginosa baja de los matrimonios celebrados en Chile –un tercio menos, los últimos diez años... y siguen cayendo–; el consiguiente inferior número de niños nacidos de matrimonio, y aumento de los nacidos fuera de él (62% del total el año 2007), y el remplazo paulatino, pero incesante y veloz, de los casados por los convivientes, la “pareja”.

No se trata de condenar legal ni moralmente a la “pareja” –ésta es otra historia, y una historia caso a caso–, sino de consignar que en ella la vida marital y postmarital y la relación con los hijos comunes *carecen de reglas*... Más aún, son *imposibles de regular*, dada la infinita variedad de combinaciones que pueden darse de estas conductas, su desarrollo y sus consecuencias.

Lo comprobamos en algunos de los femicidios que nos han conmocionado (ver columna anterior). Una de las “parejas” estaba compuesta por una mujer no menor de treinta años, y un muchacho de diecinueve, adicto a la marihuana, completando el grupo una hija de la primera, de dieciséis, que el conviviente asesinó. En otra de las parejas disueltas –lo que condujo a que el hombre ultimara a la mujer–, el hechor había tenido una relación anterior, también terminada.

*Publicado en *La Segunda*, 17.2.2009.

Terminada, sí, pero dejando dos hijos de 12 y 14 años, que vivían con el padre, y a los cuales éste encerró en la casa común, ocho horas, mientras allí mismo humillaba y finalmente asesinaba a su segunda mujer.

Olvidemos los crímenes, y preguntémosnos qué reglamentación legal hubiera podido darse a estas “parejas”, y a los hijos o “hijastros” que dependían de ellas. Obviamente ninguna, en particular por dos hechos capitales: a) El conviviente carece de cualquier obligación (ni derecho) respecto a los hijos de su pareja que biológicamente no sean hijos suyos. b) Lo mismo rige para cualquier conviviente, tocante a los hijos comunes que no haya reconocido. Y este reconocimiento es enteramente voluntario, salvo sentencia judicial, cuya rapidez y accesibilidad a los pobres el lector juzgará.

Sería absurdo sostener (sin una investigación más amplia y profunda, que naturalmente ninguna escuela de sociología hace) que los femicidios de febrero –los cuales afectaron, en cinco de siete casos, a parejas y no a matrimonios– se debieron a la falta de enlace legal. Pero no parece ilógico pensar que, tratándose de relaciones humanas como éstas, tan profundas y apasionadas, el hecho de que sean completamente anárquicas, sin ninguna regla jurídica que intente, siquiera, enmarcarlas, no puede sino favorecer la violencia física y psicológica... la “violencia intrafamiliar”, de la cual Carabineros recibe dos mil denuncias semanales (El Mercurio, 16 de febrero).

Mientras tanto, ¿qué hacen los gobernantes en presencia de crisis tan formidable?

Parches. Hay mucha solución de parche, improvisada, quizás aceptable por la urgencia y de mediano aunque limitado éxito posible, pero que no va al fondo del tema. Así:

–“*Brazaletes electrónicos*”, eventualmente monitoreados por satélites seguirían la pista de aquellos imputados de violencia intrafamiliar que tienen prohibido acercarse a sus víctimas. Proyecto en trámite. Costo: 6.000 millones de pesos... al parecer anuales (El Mercurio, 16 de febrero), 200 nuevos funcionarios incluidos.

Confieso abrigar cierto escepticismo ante la idea de que un satélite –que hasta el momento, en el Transantiago, no logra siempre ubicar dónde está un bus de itinerario fijo y regular– pueda seguir el trayecto imprevisible de un femicida a la busca de su presa. Pero quizás sea esta incredulidad consecuencia de mi ignorancia tecnológica.

–*El SERNAM* piensa que hay menos matrimonios porque el régimen de sociedad conyugal da demasiadas atribuciones al marido en el manejo de los bienes comunes.

Prepara un proyecto limitándolas.

Que con esta limitación muchas mujeres (y sobre todo muchos hombres) preferirán el matrimonio a la simple convivencia es un optimismo y una inocencia del Servicio. Que Dios le conserve candor semejante.

–*Justicia de familia.* ¿Será la salida real del problema? Ingresan arriba de 350.000 causas anuales. Es, todos lo saben, un modelo de lentitud, ineficacia e incluso trato humillante para quienes la invocan. Los esfuerzos para mejorarla no han tenido resultados muy visibles. El último de estos esfuerzos, ya convertido en ley, establece la “mediación” obligatoria de profesionales especializados, en los juicios de familia. Con ella, y nuevos jueces (95) y empleados (640), más 18.500 millones de pesos en infraestructura, “quedará normalizada la oferta de justicia familiar en el país”, dice el ministro del ramo (19 de febrero).

Dios lo escuche. No ha escuchado en seis años –está a la vista– las promesas solemnes y públicas de parlamentarios demócratacristianos y nacionales, asegurando que no aceptarían ley de divorcio sin que estuviesen en operación juzgados de familia suficientes y eficaces.

Agreguemos que el “mediador” –cuya propuesta necesita la aceptación de ambas partes– sólo descargará a la justicia propiamente dicha de una pequeña proporción de las causas de familia. Es ésta, entiendo, la experiencia internacional. Y Perogrullo nos dice que si, para uno de los contendores, responder “no” al mediador significa dilatar el pago de alimentos que debe hacer, será muy proclive a ese “no”.

“Los temas de familia (dijo el presidente de la Corte Suprema al promulgarse la ley señalada) no deberían judicializarse, porque agudizan el conflicto existente” (El Mercurio, 19 de febrero). Pero la mediación... ¿solucionará esos temas, o devendrá muy mayoritariamente un mero trámite inútil salvo en cuanto indispensable para abrir la puerta de la batalla judicial?

EL PROBLEMA DE FONDO. Pero hay más. Ningún mediador ni juez de familia puede poner orden en relaciones maritales que no son matrimoniales, ni en los vínculos de la “pareja” conviviente con los niños que viven bajo ella. Pues –como explicamos– esas relaciones no tienen ni pueden tener regulación legal de ninguna eficacia práctica.

EL ESTADO. El Estado, los gobernantes, no pueden obligar a las parejas a casarse. Tampoco perseguir o prohibir las convivencias sin matrimonio. Pero pueden (y no lo hacen):

1. *Beneficiar* de alguna o varias maneras sustantivas a quienes celebran y conservan el matrimonio civil, y tienen hijos dentro de él.

Todo el mundo, creyente religioso o no, debiera coincidir en que el matrimonio civil, y engendrar, criar, formar moralmente y educar hijos dentro de él son situaciones socialmente beneficiosas. De lo contrario, ¿por qué empeñarse en su prolija regulación jurídica, como la que hoy existe? Sin embargo, en el Chile del siglo XXI, casarse y formar una familia dentro del matrimonio no acarrea el menor beneficio legal ni administrativo.

2. *Al contrario, perjudica.* Ejemplos. A: Un superior de servicio público puede tener a su “pareja” de jefe de gabinete, pero no puede emplear de ascensorista a un hijo matrimonial. B. La “pareja” tiene DOS opciones a subsidio de vivienda: el matrimonio, sólo UNA. C. Los miembros de la “pareja” declaran separadamente su impuesto anual a la renta. A los miembros del matrimonio cabe que el Servicio les exija una sola declaración, sumando los ingresos de ambos, con peligro de aumentar el tributo resultante, que es progresivo según tramos.

3. *Abstenerse de legislación negativa* para el matrimonio. Los ejemplos recientes de ésta son muchos. V.gr.:

A. La ley de divorcio (2004), al establecer que el abandono del hogar, sin motivo alguno, otorga al hechor una causal legítima para disolver unilateralmente el matrimonio, por divorcio, después de tres años.

Nadie tiene, pues, matrimonio legalmente seguro sino por ese plazo. ¿A qué fin casarse, entonces? La simple convivencia ahorra el papeleo del matrimonio... y el del divorcio, a los tres años.

B. La ley que “igualó” a los hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio (1998). Tenía (como muchas de estas disposiciones) un objeto fundamentalmente

propagandístico. Los derechos económicos de los antiguos “ilegítimos”, en la práctica, y por motivos largos de explicar, serían muy parecidos a los de antes. Y la valoración social de haber nacido dentro o fuera de matrimonio no depende de nombres ni de leyes. Buena o mala, justa o injusta, esa valoración la hace y la cambia el sentir de la colectividad .

Pero, también de hecho, con esta ley, la muerte del padre casado y que deja cónyuge sobreviviente e hijos de ambas categorías, introduce en la herencia tal confusión y precariedad, que objetivamente es un disuasivo del matrimonio. Sobre todo entre los pobres, cuyo único “bien hereditario” de cierta importancia acostumbra ser el hogar, la casa de subsidio. Objetivamente, a la mujer que hace vida marital le conviene –en este respecto– no casarse y tener la vivienda a su nombre. ¡Otra ventaja de la mera “pareja”!

C. Las normas vigentes sobre esterilización (2000). Con la firma de una ministra cuyo nombre he olvidado (N. R.), dicen –caso único en el mundo, creo– que una mujer casada, que no ha tenido hijos, de dieciocho años, analfabeta, puede exigir a los Servicios de Salud que la esterilicen, sin invocar ninguna causa y sin que lo consienta, ni siquiera lo sepa su marido. ¿Qué mejor manera de decir que casarse es solamente un papeleo aburrido?

Resumen: si no se revaloriza y fomenta, desde todos los puntos de vista, el matrimonio y la familia legales, no habrá solución operante para los problemas de la convivencia marital y de los hijos que nacen de ella. “Judicializar” el funcionamiento de instituciones que por su naturaleza misma no tienen ley es querer cuadrar el círculo... una pérdida de tiempo, esfuerzo y dinero.*

IV. DECADENCIA DE LA MORAL PÚBLICA

Quizás debiéramos decir “desintegración” y no “decadencia”, pero seamos moderados.

La moral pública tiene numerosos aspectos, pero de ellos reviste mucha importancia –quizás la mayor, pues indica cómo andan los demás– el manejo honesto y cuidadoso de los fondos del Estado.

Arturo Prat es nuestro ejemplo en esto, igual que en tantas otras cosas. Enviado a Argentina como agente secreto de Chile, el año 1878, recibió para cumplir dicho cometido una gruesa cantidad de dinero. Rindió cuenta de su inversión con minuciosidad y severidad increíbles, resultando un sobrante a devolver, que restituyó simultáneamente. Los criterios de Prat para calificar los gastos fueron estrechísimos. v.gr., cobraba los almuerzos, pero no el vino que los acompañara. Los cortes de pelo no le eran reembolsables, decidió, pues hubiera debido hacérselos de cualquier modo.

Esta rigurosidad decayó sin duda durante el siglo XX, pero hace ya dos décadas que ha sido remplazada por la manga ancha, y aun –no pocas veces– por irregularidades a menudo francamente deshonestas.

(N. R. Su nombre es Michelle Bachelet Jeria, actual Presidenta de la República; se trata de la Resolución exenta (Salud) N° 2.336/30.11.2000, publicada en el Diario Oficial el sábado 9.12.2000, p. 5, col. 1).

*Publicado en *La Segunda*, 24.2.2009.

La más notoria, por supuesto, fue el escándalo del MOP-Gate, corriendo la anterior Presidencia... las “majamamas” entre altos empleados de Obras Públicas y los concesionarios del citado ministerio a los cuales los primeros debían fiscalizar. ¿Objeto? Extraer dineros del Estado, utilizando pagos de inexistentes trabajos materiales o de servicios nunca cumplidos, y repartir esos recursos a los mismos funcionarios, mediante sobres de billetes que se hicieron famosos. A idéntico fin concurrieron los “fondos reservados”, cuyo presunto mal uso sería luego perseguido con tanta dureza respecto de Pinochet y su familia.

Pero en el MOP-Gate todo lo incorrecto o delictual se hizo humo, fue legalizado por un salvavidas que le echó la Oposición al Gobierno. Colaboraría Impuestos Internos, dictaminando, sorprendentemente, que los sobres de billetes de origen “reservado” no pagaban tributo a la renta.

Es posible que esa actitud samaritana de la Oposición tuviera un motivo razonable desde el punto de vista político. Para la moral pública, sin embargo, fue un pésimo ejemplo y golpe casi irreversible. Ya que a posterioridad se multiplicaron asaltos y saqueos parecidos contra el fisco. Citaré solamente tres:

1. El caso Chiledeportes, cuyo enjuiciamiento penal llega a su término estos precisos días.

Ha dejado claro que funcionarios de aquel organismo, que a la verdad eran “operadores” de un determinado partido concertacionista –llegados allí en virtud de un “cuoteo” extremo, sólo comparable al de la Unidad Popular–, aprovecharon ilícitamente su facultad de asignar, de modo discrecional, subsidios de fines “deportivos”. ¿Para qué? Para asignar estos subsidios: 1.1. a proyectos inexistentes, inventados... un simple hurto de dinero, y 1.2. a proyectos con recomendación de alguna colectividad o parlamentario concertacionista (en especial, por supuesto, del partido que controlaba Chiledeportes). Muchas de las iniciativas así subsidiadas eran de escasa o nula utilidad... salvo la política, obviamente.

2. La desviación de fondos, desde los planes de empleos de emergencia para cesantes al financiamiento de campañas electorales. Esta barbaridad –sacarles el pan de la boca a los desocupados– ha sido demostrada judicialmente, así como a qué específicos parlamentarios benefició. Salvo uno, la ignoraban, por lo cual no fueron condenados ellos, sino colaboradores suyos. Pero conocido y comprobado el delito, que aprovechó indiscutiblemente a los respectivos congresistas, era de delicadeza obvia y mínima que éstos restituyeran las sumas sustraídas en su particular provecho político. Que yo sepa, ninguno lo ha hecho.

3. Los “informes”. Ha devenido práctica usual que los ex altos jefes concertacionistas que pierdan sus cargos, mientras se les asignan otros, no padezcan un minuto de cesantía. En el lapso entre el antiguo y el nuevo puesto, evacuan “informes” sobre las más variadas materias, que les solicitan y les pagan generosamente diversas entidades... todas del Estado, ¿necesito decirlo? A la verdad, el “informe” es recompensado más que generosamente, pues su tema y/o la calificación de quien lo firma suelen tornar el documento de discutible utilidad para quien lo ha pedido.

Sucedió en CODELCO. Un ex ministro y un ex funcionario de categoría, esperando sus nombramientos en sendas embajadas, fueron contratados por la

empresa minera para “informar” materias que, es probable, o ésta conocía mejor que ellos, o le eran superfluas.

Una variante ha sido derivación de los “sobres de billetes” de MOP-Gate: complementar los sueldos de funcionarios caracterizados, y en plena actividad, pidiéndoles “informar” de esto y aquello... pagados, por supuesto. Así, Gendarmería, que nunca ha tenido dinero bastante para sus necesidades más elementales, recababa “informes” cuyo costo endulzaba la vida de empleados y ex empleados públicos que le eran ajenos.

Y ahora se acaba de revelar que un ex ministro de Defensa, y tres ex subsecretarios, constituyeron una corporación para “informar” a su antiguo ministerio, de un modo similar al de los casos anteriores... Uno de los “informes” constaba de 18 páginas y se pagaron por él \$ 6 millones. En cada página era posible hallar, entonces, más de \$ 300 mil de sabiduría militar.

Pudiéramos creer que este déficit de moral pública es un vicio de la Concertación y subsanable removiéndola del gobierno. Pero no es así. Las municipalidades (no todas, por supuesto, pero muchas) hierven de problemas semejantes, bajo alcaldes de los más diversos colores. Funcionarios que no hacen nada, ni siquiera concurren a la oficina, porque son sólo activistas políticos... o simplemente amigos. Contratos sobrepreciados, cuyo exceso va a distintos bolsillos. Concesiones y contratos que se otorgan a parientes y/o compadres políticos, para objetivos innecesarios o también sobrepreciados. Etcétera.

Los últimos días, la puesta en vigor de las nuevas disposiciones sobre “transparencia” de la información que deben difundir los diversos entes del Estado ha hecho florecer la esperanza de que esas normas puedan mejorar la moral pública.

Es efectivo, pero sólo en una modesta medida. Los particulares, analizando la información que se publicite, podrán inducir o sospechar las trapisondas fraguadas al interior de tal o cual servicio. Pero es un exceso pedirles que sean ELLOS, y no el propio Estado, quienes investiguen, prueben, denuncien, persigan, etc., las incorrecciones. Esto demanda mucho tiempo, dinero y persistencia, lujos que pocos pueden darse.

Hoy mismo, presentarse a Chilecompras postulando una venta o servicio no significa ninguna garantía de que el ente público o municipio requirente resuelva “con transparencia”. Puede imponerle a la operación los requisitos necesarios para preferir a quien de antemano haya decidido –por los motivos de presumir– que sea el ganador.

La verdad y la gravedad del asunto que tratamos reside en que la moral pública no es cuestión de leyes, reglamentos, consejos, Contraloría ni “transparencia”, sin desconocer ni menospreciar la importancia relativa o auxiliar de estos elementos u organismos. La moral pública se halla inserta en un todo más amplio, la MORAL SOCIAL..., un sistema ético que la sociedad acepte generalmente, y que incluya la corrección en el manejo de los fondos y negocios del Estado.

Ahora bien, ese sistema de moral social generalmente aceptado no existe hoy en Chile. Comenzó a perderse con el gran cambio ético ocurrido durante el paso del siglo XIX al XX, que nos dejó DOS morales paralelas: la católica y la “laica”. Ambas, de comienzo, se asemejaban bastante por lo que concernía a las normas, aunque rechazando la segunda cualquier fundamento sobrenatural. Ambas eran rigurosas respecto de la honestidad pública: en ello, Prat –católico liberal– representaba las dos vertientes. Pero el “laicismo” ético no prendió, sobre todo respecto a la juventud que educaba el Estado a través de los liceos, fenómeno del

cual existen innumerables testimonios. Gran parte de los chilenos quedó, pues, sujeta a múltiples y diferentes concepciones o sistemas de moral social... o sin ninguno. Y de todos modos ella, para los “laicos”, era RELATIVA: variaba según las sociedades y los tiempos.

El aprovechamiento ilícito del Estado perdió su antigua y hasta entonces inmutable connotación de moralmente inaceptable.

El fenómeno no pudo sino acentuarse cuando –concluyendo el siglo XX, y luego del desprestigio y colapso de los “socialismos reales”– cundió como reacción una nueva moda ética, que hoy persiste, y que el viejo relativismo moral consolidó. A saber, la del avance, provecho y bienestar propios, sin consideración al de los otros, ni al perjuicio que se les cause... el desencantado “ande yo caliente/y ríase la gente”; la sacralización del egoísmo. La ley suprema es el interés de cada individuo, y su pedestal, los rotos derechos, intereses y aspiraciones de los demás. La disolución del matrimonio por repudio unilateral que establece nuestra Ley de Divorcio es un adecuado exponente de esta concepción ética.

Pero ella es incompatible con una moral social generalmente aceptada. Sin ésta, no hay moral pública de la misma índole, y por tanto no nos veremos libres de la grosera deshonestidad en materia de negocios y dineros del Estado, que hoy nos avergüenza.

GONZALO VIAL*

*Publicado en *La Segunda*, 21.4.2009.

VIVIR DEL ESTADO

Perder el trabajo es una de las principales preocupaciones de la mayoría de los chilenos en tiempos como éstos. Pero hay algunos que no tienen ese temor; los dirigentes políticos de la Concertación saben que, cualquiera sea su rendimiento o actuación, serán mantenidos por el Estado mientras esa coalición permanezca en el poder. Hay casos muy visibles, como el de un director de Gendarmería, que luego de dejar el cargo porque se le escaparon los presos más peligrosos fue premiado con una embajada. El procedimiento habitual, no obstante, es más sigiloso y tiene diversas variantes, veamos:

Un alto funcionario público que por cualquier razón debe dejar el cargo puede ser contratado a honorarios por la misma repartición o Ministerio en que estaba antes, o también por otro servicio o empresa pública (hay más de 30 mil personas en la administración pública con ese régimen y no sabemos cuántos de ellos realizan de verdad funciones útiles y cuántos están allí solo para cobrar un cheque). No hay limitación de tema o especialidad; por ejemplo, un filósofo puede ser contratado por Codelco para hacer un estudio sobre "Minería en Europa" (el caso ocurrió en un gobierno anterior). Ahora, también está la posibilidad de contratar a un pariente cercano, o crear una entidad como la Corporación de Estudios Estratégicos, que preside el ex ministro de Defensa Patricio Rojas y recibe contratos por cerca de 100 millones de pesos pagados por la misma cartera que él dejó. Los estudios que debe entregar para justificar el pago son "mula" (mis lectores ya debieran estar familiarizados con el término), tanto que pueden contener párrafos textuales sacados de internet o repetir, años después, partes de un informe anterior. Hay en estos casos mucho de simulación, engaño y abuso para extraer recursos del Estado, recursos que están allí, pagados por los contribuyentes (sí, con los impuestos que usted tendrá que enterar la próxima semana) teóricamente para financiar bienes públicos o las necesidades básicas de los más pobres.

Otra modalidad es abandonar el Gobierno e irse a trabajar a una ONG o centro de estudios ligado a la Concertación, que recibe dinero público por diversos conceptos. Una información de prensa consigna *243 millones de pesos pagados a centros ligados a la DC y el PS desde el año 2004*, con el agravante, en algunos de ellos, que quienes trabajan en esas entidades reciben también honorarios de los mismos ministerios y servicios que contratan. La propia Presidencia de la República hace abundante uso de estos mecanismos para financiar a organizaciones con carácter político. Así *sólo el año 2008 hay más de mil millones de pesos pagados a instituciones como la Fundación Salvador Allende (322 millones); Justicia y Democracia (120 millones y ligada a Patricio Aylwin); Fundación Clodomiro Almeyda (86 millones); Instituto de la Igualdad (que por lo menos debiera cambiarse de nombre o devolver los 89 millones); Fundación Frei (70 millones).*

Conocer esto ha sido posible por la dictación de la Ley de Acceso a la Información Pública (o Ley de Transparencia), una iniciativa de los senadores Hernán Larraín y Jaime Gazmuri, pero queda aún mucho por saber. Un informe de tres institutos sobre la aplicación de esta ley en la primera semana dado a co-

nocer ayer constata, por ejemplo, que un 26% de la información requerida sobre contrataciones directas no está disponible, lo mismo que la estructura societaria de quienes contratan con el Estado. En materia de transparencia entonces hay todavía mucho paño que cortar.

Caben dos reflexiones a partir de estos hechos. La primera es que estamos ante una *subversión de la labor del Estado*. Éste ha sido distorsionado por la Concertación, que ha alterado sus fines para transformarlo en un mecanismo de manutención de sus dirigentes. Ello le resta legitimidad a su acción y también eficiencia, pues es evidente que cuando los nombramientos públicos obedecen siempre a motivos políticos, como lo ha dicho, no sabemos si con candor o cinismo, el ministro Francisco Vidal, no puede esperarse que los ciudadanos, llamados a beneficiarse de la acción del Estado, reciban de éste los mejores servicios.

Lo segundo es que si ya se ha pervertido de esta manera la función del Estado, capturándolo para fines propios, no cuesta mucho imaginarse que *frente a una elección presidencial no se escatimarán medios para mantenerse en el poder*. Un proyecto de ley, aunque deje a muchos chilenos cesantes; la actuación de un organismo fiscalizador, pese a no respetar las normas mínimas de ecuanimidad; para todo eso hay que estar preparados.

LUIS LARRAÍN*

*Publicado en *El Mercurio*/Santiago de Chile, 26.4.2009, D-15.

ERNESTO CHE GUEVARA: UN MITO

A la juventud de América.

La propaganda y la desinformación nos proporcionan la imagen de románticos soñadores e idealistas, modelos dignos de imitación como sería el caso de Ernesto Guevara, apodado “El Che”, cuyo itinerario de violencia subversiva presentamos hoy, a 50 años de la Revolución que iniciara junto a los hermanos Castro.

1928. *Rosario, Argentina.* Nacimiento de Ernesto Guevara de la Serna, el mayor de los hijos del matrimonio compuesto por Celia de la Serna y Ernesto Guevara Lynch. En su juventud recorrió largamente Argentina y los países sudamericanos. Realizó estudios incompletos de medicina en Buenos Aires, pero hasta la fecha no hay constancia alguna de que se haya titulado de médico.

1952: El médico cirujano chileno Jorge Vargas Díaz nos señaló en una reciente entrevista personal que “El Che me fue presentado en noviembre de 1952 por Mario Guzmán Galarce, presidente del Movimiento Nacionalista Revolucionario-MNR-Boliviano que, aunque pensáramos distinto, habíamos apoyado el triunfo electoral de Carlos Ibáñez del Campo a la Presidencia de la República. Ellos se encontraban en Santiago formando parte de la comitiva del Vicepresidente boliviano Hernán Siles Suazo, que asistía al nuevo período que iniciaba el recién electo Presidente Ibáñez. La amistad entre ellos era porque ya en abril de 1952 Guevara había viajado a La Paz a juntarse con Víctor Paz Estenssoro, cuando este líder iniciaba junto al MNR su gobierno revolucionario, lo que despertó su interés.

“En nuestra calidad de estudiantes de medicina tuvimos una buena relación formal y conversamos mucho de política. En ese entonces él se hospedaba frente al Parque Forestal, en la casa de unas tías paternas de apellido Lynch, lugar al que fui varias veces cuando lo acompañaba caminando, después de beber unos cafés en el antiguo café Haití, de la entonces calle Ahumada, actual paseo.

En el plano político, el Che que yo conocí dista mucho de ser la figura romántica e idealista que señala la propaganda. Al contrario, él venía muy bien informado sobre con quién contactarse en Chile. Raúl Ampuero le llamó particularmente la atención. Fue después parlamentario socialista. Sabía mucho de marxismo... y también se relacionó con estudiantes de medicina trotskistas de la época. Además conversó con ibañistas, socialistas, comunistas y socialistas populares de Ampuero. Guevara era un marxista convencido y ya tenía la idea de que Bolivia era el “corazón de América” y que allí se podía hacer algo importante. Tanto es así que de Chile se marchó al país altiplánico, señalando a sus íntimos que Chile “no estaba maduro para la Revolución”. Y lo hizo en un avión oficial de la Presidencia de Bolivia en que iba el Vicepresidente Hernán Siles Suazo y comitiva. Nótese el nivel de contactos y vínculos que tenía Guevara, siendo poco más que un adolescente. Recordemos que estamos hablando recién del año 1952”.

1953. *Bolivia*. Primera experiencia revolucionaria bajo el gobierno de Paz Estenssoro. Guevara comenzó trabajando en la Subsecretaría de Informaciones y Cultura dirigida por José Fellman Velarde (luego Canciller), prosiguiendo su labor en la Reforma Agraria, en las minas y finalmente en el Oriente Boliviano, cerca de Santa Cruz de la Sierra. A Guevara le interesaba sobremanera el tema de la reforma agraria sudamericana, por abrazar la vertiente maoísta china del comunismo, que ponía acento en el tema agrario campesino más que en el urbano e industrial. La que después se aplicaría hasta en Chile, con las nefastas consecuencias de todos conocidas. En el territorio del Beni conoce a la familia Peredo, cuyos hijos, Coco e Inti, más tarde le seguirían en su aventura guerrillera. Su estada duró cerca de un año, lapso en el cual recorrió el país, marchándose luego a pie a Perú.

1954. *Guatemala*. Otro país en situación revolucionaria. Jacobo Arbenz encabeza un gobierno que Estados Unidos mira con creciente desagrado. Según testimonios de la época, Guevara rechaza ingresar al PC, requisito obligatorio para obtener trabajo en el gobierno. Cuatro días antes de la caída de Arbenz, en julio, ofrece nuevamente sus servicios. Se le destina a las Fuerzas Armadas. Debe buscar refugio en la Embajada de Argentina tras el golpe del coronel Castillo Armas.

1955. *México*. En México, el "Che" tiene su momento de verdad: se encuentra con el exiliado cubano Fidel Castro, quien prepara una expedición contra el régimen de Fulgencio Batista, tras el fracaso del asalto al Cuartel Moncada, el 26 de julio de 1953. Con ayuda del coronel republicano español Francisco Bayo, inician su entrenamiento que culmina con el viaje a Cuba, a bordo del "Granma", en 1956. Son 80 guerrilleros.

1956-1959. *Cuba*. Campaña guerrillera. El pequeño grupo inicial es dado por aniquilado en varias oportunidades. El 27 de febrero de 1957 obtiene una importante victoria psicológica cuando "The New York Times" publica una entrevista realizada por Herbert Mathews en la Sierra Maestra. A fines de 1958 el avance es incontenible. Fidel Castro pasa la navidad con su familia y en la noche del 31 de diciembre, Batista abandona el poder.

1959-1965. *Cuba*. Con la llegada de los guerrilleros al poder empieza una etapa inédita hasta entonces en la vida de Guevara, excepto su breve paso por una oficina pública de La Paz y su fugaz servicio militar en Guatemala: echar a andar un país.

Es nombrado Ministro de Industria cuando se crea el cargo en febrero de 1961. Se cuenta que cuando Fidel Castro pidió "un economista" Guevara levantó la mano. Solo después habría aclarado que entendió "comunista".

El proceso cubano se radicalizaba con rapidez. En 1960, el viraje a la izquierda ya era marcado, acentuándose en 1961 cuando la CIA organizó el desastroso intento de invasión de Bahía Cochinos. En octubre de 1962, Cuba fue el centro de una crisis, probablemente la última de la Guerra Fría, cuando los aviones espías de EE.UU. descubrieron que los soviéticos estaban instalando cohetes intercontinentales en la isla. Kennedy ordenó el bloqueo y tras dos semanas de tensión los soviéticos echaron pie atrás.

Pese a la seguridad de que Moscú y La Habana seguían en plena concordancia, existe evidencia de que los cubanos se sintieron marginados, porque en las

deliberaciones secretas su opinión no fue pedida ni tomada en cuenta. También en la URSS hubo resentimiento: tras la solución de la crisis empezó la cuenta regresiva para Nikita Krushev, quien fue expulsado del poder, incruentamente, dos años después.

En este período el “Che” se preocupó de la situación industrial y de la “crisis de producción en Cuba”. Según K. S. Karol, “...en esa época no dudaba ni por un momento que el sistema de gestión y planificación importado de la URSS, vía Checoslovaquia, permitiría que algún día la industria cubana funcionara con la precisión de un reloj”.

Pero en la propia Unión Soviética el sistema estaba entonces en revisión. En 1962 el “Che” escribió varios artículos sobre teoría económica, defendiendo “paradójicamente” según Karol un sistema obsoleto. El debate culminó en 1964, en el viaje de Guevara a Moscú. Un año después, en Pekín, comprueba que las relaciones chino-soviéticas se deterioraban; Cuba tal vez simpatizaba con China pero necesitaba a la URSS. A comienzo de 1965, Castro alinea su régimen inequívocamente con Moscú. Y Guevara íntimamente continúa en la línea maoísta. Esto iba a producir un deterioro en las relaciones de ambos revolucionarios.

El escritor cubano revisionista de la historia Jacobo Machover ha publicado recientemente en París su libro *“El rostro oculto del Che”* en que descarnadamente y con muchos antecedentes describe la verdadera vida de esta figura casi mítica en ese período, lo que no es tarea fácil, pues tiene a la propaganda en contra.

Señala este autor que “El primer empleo del Che una vez que los revolucionarios entran en La Habana en 1959 fue presidir una “Comisión Purificadora”, como supervisor de ejecuciones en la prisión de La Cabaña, en La Habana. La idea es que su presencia en las ejecuciones sumarias fuera un gesto de apoyo moral para los escuadrones de fusilamiento, porque estos ejecutores nunca antes habían visto al Che, lo que era importante para ellos y les daba valor”. Agrega este mismo autor que en un período de seis meses el Che llevó a cabo las órdenes de Castro con celo y colocó a 180 “traidores y gusanos”, como los llamaba, frente al pelotón de fusilamiento. Unos tuvieron una farsa de juicios sumarios y otros colocados directamente contra la muralla.

Otros autores hablan de 4.000 ejecutados por órdenes del Che y Raúl Castro en dicha prisión.

Las cantidades exactas de estos crímenes por cierto nunca las sabremos. Pero Guevara tenía una famosa frase que lo explicaba todo: *“Es ético todo aquello que sirva a la Revolución”*, de manera que estas muertes son sólo un “detalle” en el proceso.

Marzo de 1963. Con el fin de internacionalizar la experiencia cubana, inspira y apoya una guerrilla en Argentina, la que no prende y termina en el más absoluto fracaso. Dicho sea de paso, el Che nunca simpatizó con los peronistas en su patria, a pesar de que también entre ellos los había de extrema izquierda.

Octubre 1965. Cuba. Ante el comité central del PC, Fidel Castro lee en marzo el mensaje de despedida de Guevara. Dice: “Nada legal me ata a Cuba, sólo lazos de otra clase que no se pueden romper con los nombramientos”. “Yo puedo, –le dice a Castro– hacer lo que te está negado por tu responsabilidad al frente

de Cuba y llegó la hora de separarnos". Castro comentó que tenían el deber de respetar tal sentir.

África, fines de 1965-1966. Estuvo en el Congo Belga, hoy Zaire, adiestrando guerrilleros contra Mose Tshombe. También intentó prestar su ayuda a las guerrillas contra los portugueses en Angola y Mozambique, pero aparentemente se estrelló contra las reticencias de Moscú. Según el analista Franco Pierini, tras estos intentos frustrados decidió revivir la idea de una operación en el corazón de América, con la idea de que el "foco" se extendiera hacia otros países, es decir, otro Vietnam.

Lo anterior es corroborado por el libro del revolucionario cubano ascendido a general Harry Villegas Tamayo, de nombre político "Pombo", que estuvo por 10 años con Guevara en las guerrillas internacionalistas de África y Bolivia, en su obra titulada "*Pombo: Un hombre de la guerrilla del Che*", quien en parte señala: "Partimos en busca del Che, quien se encontraba en una misión internacionalista, en la guerra de liberación del Congo Belga (hoy Zaire). Nuestro tránsito hacia África fue vía Moscú, El Cairo y Dar es-Salaam. En nuestros documentos aparecíamos como técnicos agrícolas que íbamos a ayudar al desarrollo agropecuario de Tanzania..."

Tuvieron que marcharse al tener un nulo apoyo político de parte de la Organización de Estados Africanos (OUA), que solo apoyaba a los movimientos que luchaban por la independencia de las metrópolis europeas y no a los que buscaban la imposición de regímenes marxistas mediante guerrillas internacionalistas como pretendía el Che.

Moscú ordena el repliegue de regreso, pasan por París, Praga y finalmente La Paz, nuevo objetivo internacionalista. El Che ya comenzaba a complicar a los soviéticos, que, además junto a Castro, eran sus financistas. Su ex compañero y combatiente internacional Daniel Alarcón o "Benigno", en sus "Memorias" (1997), corrobora lo anterior al señalar: "Nunca supimos lo que fuimos a hacer al Congo".

23 de marzo de 1967. Bolivia. Primer enfrentamiento con el Ejército. El gobierno de La Paz se sorprende. El general René Barrientos se ve obligado a dar una conferencia de prensa. Trasciende la presencia de extranjeros en el país.

1 de julio. Bolivia. El general Ovando afirma que Guevara, con el alias de "Ramón", está en la guerrilla, acusándole de inspirar un plan de derrocamiento del régimen.

Guevara había ingresado en forma clandestina a Bolivia, con documentos adulterados ("chapa" en la jerga), que señalaban que era profesor; su fotografía lucía sin barba y con lentes ópticos.

31 de julio al 10 de agosto. La Habana, Primera Conferencia de la Organización Latinoamericana de Solidaridad (OLAS). Dijo: "...el camino de Vietnam es el camino que deben seguir los pueblos: es el camino que seguirá América Latina". En esta Conferencia tuvo destacada participación el senador socialista chileno Salvador Allende, quien siempre apoyó y protegió a estos grupos violentistas.

La Conferencia de OLAS saludó especialmente al "Che" Guevara, concluyendo con una declaración de apoyo a la lucha armada.

26 de septiembre. Bolivia. La vanguardia de la guerrilla cae en una emboscada del ejército. En palabras de Castro, ello "les creó una situación insuperable".

30 de septiembre. Bolivia. Último "resumen del mes" en el diario de Guevara. Anota: "Las características son las mismas del mes pasado, salvo que ahora sí el ejército está mostrando más efectividad en su acción y *la masa campesina no nos ayuda en nada y se convierte en delatora*".

8 de octubre. Quebrada del Yuro. Los rangers y el ejército boliviano patrullan al mando del entonces capitán Gary Prado, capturan a Ernesto Guevara. El hoy general retirado Prado señaló, según información de prensa (El Mercurio, 07 Oct. 07) al momento del contacto el Che le dijo: "No disparen, soy el Che, yo valgo más vivo que muerto". El militar agrega: "Sentí pena, me daba lástima, porque el Che fue engañado por Fidel Castro; no tenía dónde ir, le habían cerrado las puertas de Cuba, le habían cerrado los otros países comunistas, así es que tuvo que quedarse aquí hasta morir, abandonado, traicionado. Esa es la realidad". Coincide con esta apreciación el guerrillero cubano Daniel Alarcón Ramírez, alias "Benigno", quien estuvo con Guevara hasta el final, en una entrevista concedida al Corriere de la Sera, de Italia, el 25-01-09. Este subversivo es autor del libro "La muerte del Che", por sus dichos, que molestaron a los hermanos Castro, hubo de huir de Cuba y hoy vive exiliado en París.

Hay que recordar que el jefe del Partido Comunista boliviano, Luis Monje, subió a la Sierra y notificó personalmente al Che que su aventura guerrillera NO contaba con el apoyo del PC boliviano (seguramente por instrucciones de La Habana). Allí le quedó claro que lo habían dejado solo y que sus días estaban contados. Según sus compañeros, el Che habría manifestado: "No es divertido que te entierren vivo". La decisión se debió a que después de la crisis de los misiles en 1962 las relaciones soviético-norteamericanas quedaron muy dañadas, y los soviéticos no querían más problemas en la zona de influencia norteamericana como era América del Sur. Guevara se transformó entonces en una molestia para ambas potencias.

9 de octubre. La Higuera. Por decisión del Alto Mando, el sargento Mario Terán ejecuta al jefe guerrillero.

Posteriormente, lenta, pausadamente y con eficacia, la guerrilla comienza a tomar venganza contra todos aquellos que de alguna manera habían participado en la muerte del Che. En efecto, el presidente general René Barrientos muere en un extraño accidente de helicóptero; el general Juan José Torres, jefe del Estado Mayor del Ejército, fue asesinado presumiblemente por un comando de Montoneros en Argentina; el General Zenteno Anaya fue asesinado por un comando argelino en París; el ministro Antonio Arguedas (quien filtró a Cuba el diario del Che) fue muerto con una bomba de origen desconocido. Honorato Rojas, campesino de la sierra que sirvió como guía al ejército en la captura de Guevara, fue ejecutado en Santa Cruz por Inti Peredo.

El general Gary Prado, a cargo de la patrulla militar que capturó al Che, narra que en un extraño incidente a un soldado se le escapó un tiro, que se alojó en su espina dorsal y desde entonces permanece en silla de ruedas. Al suboficial Mario

Terán, quien por orden superior ejecutó al guerrillero, para que no le ocurriera lo mismo que a los anteriores, se le proporcionó identidad falsa y permanece oculto hasta hoy...

1968. *Huida hacia Chile*. El 8 de octubre de 1967 Guevara se entrega sin combatir en la Quebrada del Yuro y posteriormente es ejecutado el "guerrillero heroico" como lo llama el diario "El Siglo", N° 1369 de octubre 1967, pág. 10. Sus compañeros, tres cubanos y tres bolivianos, comienzan la huida hacia Chile vía Cochabamba y Oruro.

El ingreso clandestino se produce por el paso de Chinchillane (febrero de 1968). En Iquique, el Partido Comunista local crea un Comité de Solidaridad con los guerrilleros, se pliega oficialmente a él la Municipalidad de Iquique, dirigida por Jorge Soria. Luego, este mismo Municipio los declara huéspedes ilustres de la ciudad. Son capturados. Entre ellos venían "Pombo" y "Benigno"; son trasladados a Santiago. En la capital, el presidente del Senado, Salvador Allende, realiza gestiones personales ante el Presidente Eduardo Frei Montalva para su liberación, y acompaña a los guerrilleros en su abandono del país hasta la Isla de Pascua.

VIDA SENTIMENTAL

En 1956, en Guatemala, mientras asesora al gobierno izquierdista de Jacobo Arbenz, se casa con la peruana Hilda Gadea, mayor que él y de ideas marxistas radicalizadas, con la cual tiene a su hija Hildita. De ella se separa en La Habana en 1959, para casarse con la cubana Aleida March, con la cual tendría cuatro hijos. Nunca se preocupó mayormente de sus niños, fue un padre siempre ausente. A su muerte el Estado cubano se hizo cargo de todos sus hijos.

En la guerrilla boliviana se le une Tamara Bunke Bider, nombre político "Tania"; fue soldado, amante y espía del argentino, muriendo en combate (marzo de 1967). Esta misteriosa mujer nació en Buenos Aires en 1937, hija de padres ruso-alemanes que escaparon del nazismo por ser decididamente pro comunistas.

Estando en Berlín fue reclutada por los Servicios Secretos de Alemania Oriental (Stasi) y comienza a trabajar para ellos, como también para los checos y los rusos, quienes le proporcionaron gran cantidad de nombres falsos para infiltrarla como agente encubierto donde fuese destinada.

Tamara, aún adolescente, parte a Pinar del Río en Cuba donde recibe entrenamiento militar ("Benigno" fue uno de sus instructores) con especialidad en comunicaciones y radiotelegrafía, para recibir y devolver mensajes en clave desde la sierra boliviana, aprovechando que dominaba varios idiomas. En 1961 desertó a Occidente el ex oficial de la Stasi Gunther Mannel, quien afirmó que fue él quien reclutó a Tania como agente de la Stasi, pero también para la KGB soviética. Sus instrucciones específicas eran espiar a Guevara, cuya idea de esparcir la revolución por toda Latinoamérica preocupaba a los soviéticos, de manera que deseaban estar permanentemente informados de los pasos del Che.

Una vez que cae el Muro de Berlín y desaparece Alemania Oriental, los comunistas en su retirada destruyen gran parte de los archivos de la Stasi, incluyendo la información transmitida por Tania; sin embargo, se confirmó que esta trabajaba

para ese organismo. Hoy, como una ironía, está sepultada junto al Che en Santa Clara, en el centro de Cuba. Fidel, para reparar el hecho de haberlos abandonado a su suerte en 1967 en la sierra, y por aprovechar propagandísticamente la situación, hizo construir un mausoleo gigante enterrando sus restos traídos desde Bolivia con honores de Estado.

BOLIVIA 2007

Al conmemorarse los 40 años de la muerte del guerrillero (Oct. 2007) la actitud de las autoridades bolivianas ante el evento fue muy diferente: el Presidente Evo Morales, quien comparte el ideario del Che, oficialmente le rindió tributo con la presentación de un sello postal con el rostro de Guevara, y siendo constitucionalmente comandante y jefe de las Fuerzas Armadas de Bolivia ni siquiera se refirió a los soldados ejecutados por la guerrilla.

En cambio, el Comandante de la poderosa Octava División de Ejército, con base en Santa Cruz, el general Ricardo Farfán, encabezó una ceremonia militar en honor a las fuerzas regulares bolivianas que combatieron la insurgencia, y que sufrieron *55 bajas*. El oficial, en su alocución calificó al Che y sus seguidores de “horda de extranjeros subversivos” (El Mercurio, 10 Oct. 2007). De más está decir que en la ceremonia militar no había ninguna autoridad política del gobierno, porque se encontraban todas en Valle Grande rindiendo homenaje al Che y su pequeño ejército invasor...

CONCLUSIÓN

Hoy prospera el culto al Che. Hace poco fue elegido “la mayor figura histórica y política del siglo en Argentina “ (durante el gobierno de los Kirchner). El comercio obtiene pingües ganancias con su figura que la juventud adquiere embobada, sin siquiera saber o conocer la verdadera historia del subversivo internacional, que hoy hemos presentado. Este artículo tiene como principales destinatarios a los jóvenes, para que no sean víctimas de este engaño colectivo sobre la figura del Che, con el que hemos sido bombardeados por largos 40 años. Ernesto “Che” Guevara fue desde su juventud uno de los más tenaces luchadores para implantar el marxismo por la fuerza de las armas y no de las ideas, en América y África. Todo comunista debe estarle agradecido. Reclutante y combatiente de brigadas internacionales, opresor del pueblo cubano y exterminador de sus mejores hombres, verdugo de inocentes “traidores y gusanos”, perseguidor de católicos y conculcador de toda forma de libertad, en definitiva fue un peón de los rusos, quienes lo financiaban. Su idea de acceder al poder por la vía armada tuvo éxito sólo en Cuba, con las consecuencias que todos observamos desde hace 50 años, pues nadie podrá sostener seriamente que la revolución ha sido un éxito, sus restantes actuaciones fueron un completo fracaso, hasta morir abandonado a su suerte en la sierra boliviana.

BIBLIOGRAFÍA

- “El Diario del “Che” Guevara en Bolivia”. Punto Final. Santiago de Chile. 1968.
- “Relatos de la guerra revolucionaria”. Ernesto Guevara. Nueve. Buenos Aires. 1965.
- “Las Guerrillas en América Latina”. Richard Gott. Universitaria. Santiago de Chile. 1971.
- “Guerrilleros y generales sobre Bolivia”. Ted Córdova y otros autores. J. Álvarez. Buenos Aires. 1968.
- “Bolivia a la hora del “Che”. Rubén Vásquez. Siglo XXI. México.
- “Los guerrilleros en el Poder”. K. S. Farol. Seix Barral. Barcelona. 1972.
- “Cuba: diez años de revolución”. Fernando Reyes, Abraham Santibáñez. Zig-Zag. Santiago. 1969.
- “El rostro oculto del Che”. Jacobo Machover.
- Diario El Siglo N° 1369. Octubre 2007.
- “Pombo, un hombre de la guerrilla del Che”. Harry Villegas Tamayo.
- Entrevista personal con el médico Sr. Jorge Vargas D.

MARCELO ELISSALDE MARTEL*

*Profesor de Derecho Político en la Universidad Santo Tomás.

HONDURAS, UN CASO EJEMPLAR DE DESINFORMACIÓN

I. LOS OBISPOS DE HONDURAS ANTE LA CRISIS INSTITUCIONAL

TEXTO DEL COMUNICADO

Hace apenas tres semanas, en la Asamblea Plenaria de esta Conferencia Episcopal expresamos claramente que la justicia social, el diálogo y las consultas dentro del marco de la ley son necesidades que debían ser reconocidas y respetadas a nuestro pueblo.

Ante la situación de los últimos días, nos remitimos a la información que hemos buscado en las instancias competentes del Estado (la Corte Suprema de Justicia, el Congreso Nacional, el Ministerio Público, el Poder Ejecutivo, Tribunal Supremo Electoral) y muchas organizaciones de la sociedad civil.— Todos y cada uno de los documentos que han llegado a nuestras manos demuestran que las instituciones del Estado democrático hondureño están en vigencia y que sus ejecutorias en materia jurídico-legal han sido apegadas a derecho.— Los tres poderes del Estado, Ejecutivo, Legislativo y Judicial, están en vigor legal y democrático de acuerdo a la Constitución de la República de Honduras.

La Constitución de la República y los órganos administradores de justicia del país nos hacen concluir que:

- a) Conforme a lo contemplado en el Artículo 239 de la Constitución de la República “Quien proponga la reforma” de este Artículo, “cesa de inmediato en el desempeño de su cargo y queda inhabilitado por diez años para el ejercicio de toda función pública”. Por lo tanto, la persona requerida, cuando fue capturado, ya no se desempeñaba como Presidente de la República.
- b) Con fecha 26 de junio de 2009, la Corte Suprema de Justicia, por unanimidad, nombró un Juez Natural que giró la orden de captura contra el ciudadano Presidente de la República de Honduras, a quien se le supone responsable de los delitos de: CONTRA LA FORMA DE GOBIERNO, TRAICIÓN A LA PATRIA, ABUSO DE AUTORIDAD Y USURPACIÓN DE FUNCIONES en perjuicio de la Administración Pública y del Estado de Honduras, lo anterior a raíz del Requerimiento Fiscal presentado en esa Corte por parte del Ministerio Público.

APRENDER DE LOS ERRORES PARA ENMENDARLOS EN EL FUTURO

“Ningún hondureño podrá ser expatriado ni entregado a un Estado extranjero” (Art. 102, Constitución de la República).— Creemos que todos merecemos una explicación de lo acaecido el 28 de junio.

El pasado 19 de junio dijimos que todos somos en mayor o menor medida responsables de una situación de injusticia social.— Sin embargo seguimos creyendo

que Honduras ha sido y quiere seguir siendo un pueblo de hermanos, para vivir unidos en la justicia y la paz.

Por eso es necesario que optemos decididamente por escuchar las opiniones de los demás, de tal manera que se pueda entablar un verdadero diálogo entre todos los sectores de la sociedad, para que se pueda llegar a soluciones constructivas.

Es fundamental respetar el calendario del Tribunal Supremo Electoral que garantice las elecciones del próximo mes de noviembre.

Es necesario globalizar la solidaridad como un camino que puede ayudarnos a superar la injusticia y la inequidad.— La comunidad internacional, con la información adecuada sobre la situación de nuestro país, puede contribuir a estos propósitos.

HACEMOS UN LLAMADO ESPECIAL

A quienes tienen o han tenido en sus manos la conducción del país les invitamos a no dejarse llevar por los egoísmos, la venganza, la persecución, la violencia y la corrupción.— Siempre se pueden buscar caminos de entendimiento y reconciliación, más allá de los intereses partidistas o de grupo.

A los grupos sociales, económicos y políticos, les exhortamos a superar reacciones emotivas y a buscar la verdad.— Hoy más que nunca los comunicadores sociales deben expresar su amor a Honduras buscando la pacificación y serenidad de nuestro pueblo, dejando a un lado los ataques personales y buscando el bien común.

A la población en general los invitamos a continuar en un espacio de participación respetuosa y responsable, entendiendo que todos podemos construir una Honduras más justa y solidaria, con el trabajo honesto.

A la Organización de Estados Americanos pedimos que preste atención a todo lo que venía ocurriendo fuera de la legalidad en Honduras, y no solamente a lo sucedido a partir del 28 de junio recién pasado. También el pueblo hondureño se pregunta por qué no han condenado las amenazas bélicas contra nuestro país.— Si el sistema interamericano se limita a proteger la democracia en las urnas, pero no le da seguimiento a un buen gobierno, a la prevención de las crisis políticas, económicas y sociales, de nada servirá el reaccionar tardíamente frente a ellas.

A la comunidad internacional le manifestamos el derecho que tenemos de definir nuestro propio destino sin presiones unilaterales de cualquier tipo, buscando soluciones que promuevan el bien de todos.— Rechazamos amenazas de fuerza o bloqueos de cualquier tipo que solamente hacen sufrir a los más pobres.

Agradecemos entrañablemente a hermanos y hermanas de muchos países, que con sus gestos de solidaridad, con apoyo y cercanía, nos proporcionan horizontes de esperanza en contraste con actitudes amenazantes de algunos gobiernos.

La situación actual puede servirnos para edificar y emprender un nuevo camino, una nueva Honduras.— La confrontación que se está viendo, no debe servir para agudizar la violencia sino como un nuevo punto de partida para el diálogo, el consenso y la reconciliación que nos fortalezcan como familia hondureña, y podamos emprender un camino de desarrollo integral para todos los hondureños y hondureñas.

Exhortamos al pueblo fiel a intensificar la oración y el ayuno solidario para que reine la justicia y la paz.

CONFERENCIA EPISCOPAL DE HONDURAS*

*Publicado en *Aica*/Buenos Aires el 6.7.2009.

II. SE EXPULSÓ AL CIUDADANO ZELAYA, NO AL PRESIDENTE ZELAYA

Zelaya había violado el artículo de la Constitución hondureña, según el cual quien proponga su reforma “cesa de inmediato en el desempeño de su cargo y queda inhabilitado por diez años para el ejercicio de toda función pública”. Así lo expresa la Iglesia hondureña. Y recuerda que el pasado 26 de junio la Corte Suprema resolvió por unanimidad nombrar a un Juez Natural contra Zelaya, pero censuran que fuera expulsado del país.

Zelaya pretendía perpetuarse en el poder en contra de lo dispuesto en el *blindado* artículo 239 de la Constitución. Pretendía convocar una consulta –que no referéndum– para su reelección. Y ese mero gesto suponía su “cese inmediato” como presidente del Gobierno, así como la inhabilitación para el ejercicio de cualquier cargo público en el plazo de 10 años. Así que quien fue detenido no fue el presidente Zelaya, sino el ciudadano Zelaya.

Pero la Iglesia hondureña –presidida por el arzobispo de Tegucigalpa, Mons. Oscar Andrés Rodríguez Madariaga– también recuerda que el pasado 26 de junio de 2009 la Corte Suprema de Justicia resolvió por unanimidad nombrar un Juez Natural que giró orden de captura contra “el ciudadano presidente de la República de Honduras”. ¿Delitos que se le imputan? “Contra la forma de gobierno, traición a la patria, abuso de autoridad y usurpación de funciones”, señalan los obispos hondureños. Además, a requerimiento fiscal presentado ante la Corte, se acusa a Zelaya de “perjuicio de la Administración Pública y del Estado de Honduras”. Casi nada.

No obstante los obispos hondureños también critican que Zelaya haya sido expulsado del país. En el comunicado conjunto, los 11 obispos hondureños recuerdan que el artículo 102 de la Constitución señala que “ningún hondureño podrá ser expatriado ni entregado a un Estado extranjero”. Así que los obispos concluyen que “nos merecemos una explicación de lo acaecido el 28 de junio”.

ZELAYA, CHÁVEZ Y CUBA

Posteriormente, los obispos hacen un llamado al diálogo y a “las soluciones constructivas”. “Queremos seguir siendo un pueblo de hermanos para vivir unidos en la justicia y la paz; por eso es necesario que optemos decididamente por escuchar las opiniones de los demás”.

Finalmente, los obispos realizaron un llamado a la OEA “para que preste atención a lo que venía ocurriendo fuera de la legalidad en Honduras y no solamente a lo sucedido a partir del 28 de junio”. El comunicado está fechado el 3 de julio. Dos días después, el 5 de julio, el secretario general de la Organización de Estados Americanos (OEA), José Miguel Insulza, desoía el llamado de los obispos hondureños y expulsaba a Honduras de la OEA. Una decisión drástica que contrasta con la frustrada apertura de OEA al ingreso de Cuba en la organización. Conviene recordar además que en aquella ocasión, el discutido Zelaya defendió que Cuba quedara exonerada de firmar la carta democrática para ingresar en la OEA. Y conviene recordar también que, según señaló Insulza a este cronista, la legitimidad de la dictadura cubana “se llama Fidel Castro”. ¿Doble vara de medir?

Por si fuera poco, el presidente venezolano, Hugo Chávez, amenazó con invadir militarmente Honduras para “hacer respetar la democracia”. Tampoco en

esta ocasión la OEA condenó la intolerable injerencia chavista. El mensaje de los obispos es claro al respecto: “El pueblo hondureño se pregunta por qué no han condenado las amenazas bélicas contra nuestro país”. Se puede decir más alto pero no más claro.

El Papa Benedicto XVI recogió el testigo en el Ángelus del pasado domingo 12. Era la primera vez que el Santo Padre hablaba de Honduras. Pidió oraciones para una solución dialogada “de comprensión recíproca y de reconciliación”. Además, llamó a las partes involucradas a superar las “tendencias particularistas” para buscar con tenacidad el bien común. Fuentes diplomáticas aseguran que el hecho de que el Papa no haya condenado el *no golpe* supone *de facto* un apoyo a Micheletti.

LUIS LOSADA PESCADOR*

*Publicado en *Alba/Madrid*, 17-23.7.2009, 12.

A principios de 2009, Zelaya anuncia su intención de convocar una consulta para explorar la realización de una constituyente que modificara la no reelección. ✓ El Tribunal Supremo Electoral dictamina que es inconstitucional realizar una consulta pública. ✓ Zelaya desobedece el dictamen del tribunal Supremo Electoral y fija la fecha de la realización de la consulta para el domingo 28 de junio. ✓ La Suprema Corte de Honduras resuelve la inconstitucionalidad de la consulta y ordena al presidente a no realizar dicha consulta. ✓ El miércoles 24 de junio, Zelaya ordena a las Fuerzas Armadas distribuir el material para realizar la consulta. ✓ El 25 de junio el Comandante en Jefe del Ejército se resiste a incumplir la Constitución y desobedecer a los poderes Legislativo y Judicial y decide no acatar la orden. Zelaya lo destituye sin tener potestad para ello como posteriormente resolvió la Suprema Corte. ✓ El sábado 27 de junio, Zelaya anuncia que de todas maneras al día siguiente se efectuaría la consulta. ✓ La Suprema Corte resuelve nombrar a un Juez Natural para juzgar al presidente por desacato a la Constitución y a los demás poderes del Estado. El Juez resuelve la destitución del presidente de Honduras y ordena al ejército su aprehensión. ✓ El domingo 28 de junio se le comunica la destitución y se procede a su aprehensión. ✓ En la tarde del 28 de junio, el Congreso decide de manera unánime la destitución de Zelaya. Conviene destacar que el partido de Zelaya era mayoritario en el Congreso.

El aborto está penalizado en la legislación hondureña. En coherencia, el Congreso Nacional había rechazado mediante proyecto de ley la distribución de la píldora del día después. Un proyecto de ley defendido por la entonces diputada Martha Lorena Alvarado, hoy vicescanciller de Michelletti. Sin embargo, el presidente Zelaya vetó el proyecto de ley emanado del Congreso y dio luz verde al fármaco abortivo. A principios de junio el Congreso examinó el veto presidencial. Requería dos tercios del Congreso para su rechazo. Se alcanzó una mayoría provida. Quien participó activamente en este éxito provida fue el entonces presidente del Congreso y hoy presidente de la República, Roberto Michelletti.

ABORTO, OTRA VEZ

I. LA INFAMIA DE UN SUPUESTO DERECHO A MATAR

Monseñor Reig Pla, presidente de la Subcomisión de Familia y Vida, nos sugería en una entrevista la especial oración por la vida, ahora que se está preparando una reforma que pretende regular el aborto como un derecho en España. Añadiendo que “pensar que la muerte de los inocentes es un progreso manifiesta una ceguera espiritual”. Es muy difícil que las leyes que se anuncian puedan merecer general aprobación, hallándose ausente en ellas ese hábito de justicia que fortifica su dignidad. Garantizar el respeto y derecho de la vida es el básico y sagrado presupuesto que ha de presidir todo intento serio del legislador. Llamar derecho a que alguien pueda matar a otro –afirma M. Reig– es la mayor injusticia. Y esa es la aportación brindada merced a la incorporación del aborto libre. Se niega la esencia misma del concepto de derecho como algo inherente a la propia naturaleza humana, para instaurar un nuevo concepto de “derecho” como propio de una coyuntural voluntad política (De Prada). Un grotesco coro de “expertos” incondicionales en la disponibilidad de la vida del feto, madres en ciernes despechadas en sí mismas quienes rechazan el indeseado anuncio de su maternidad, columnistas de plumas indiferentes ante el espectro de horror de la muerte. La suscitación que se nos ofrece torna el derecho a vivir universalmente compartido por un supuesto derecho a matar legalmente configurado. El aborto es la mayor violencia de género constatable y una criminalizable discriminación contra seres que imperturbables e inconscientes se incorporan a la nefasta ceremonia de la muerte. En los innúmeros trances de la vida del hombre puede éste ser negado y combatido pero nunca abatido o anegado sin compasión (González de Cardenal).

La aprobación de una ley de plazos supone una dejación de arbitrariedad o discrecionalidad absolutas en manos de la mujer para la perpetración del aborto, con desprecio del derecho a la vida proclamado por el artículo 15 de la Constitución Española. Qué suerte de malabarismo fraudulento ha de consumarse para aprobación semejante. Sin conflicto entre bienes jurídicos, el aborto es tachable de inconstitucionalidad. Sin pretextos argumentales, sin intentos justificativos, no contamos más que con un brutal impulso obediente a ciegas y ocultas motivaciones. La actuación sanitaria tiene que regirse por principios éticos y sus decisiones más caracterizadas deben hallar su inspiración en las depuradas reglas de la bioética. El Cardenal Rouco pedía realmente que no se niegue a ningún concebido de mujer el derecho de nacer.

Bien puede afirmarse que la prevalencia del aludido proyecto vendría a significar un retroceso escandaloso en la línea evolutiva del Derecho Penal, caracterizado durante décadas en la protección de la vida humana e intensificación de sus garantías. Traspasar a particulares el poder de disposición, y verificarlo sin justa o razonable motivación, supone un cierre de criminalidad que manchará para siempre el tramo de historia que nos ha tocado vivir. “Tanto el Derecho Penal como la doctrina reiterada del Tribunal Constitucional reconocen el valor de la

vida al embrión humano, una vida humana en desarrollo, acreedora de protección por parte del Estado y, en consecuencia, el proyecto de legalización del aborto sería de dudosa constitucionalidad” (Abellán Salort).

El presidente del Gobierno ha comentado que la ley vigente presenta deficiencias, que se está trabajando en el Ministerio de Igualdad y el Parlamento con expertos para mejorarla, para garantizar mejor el derecho de las mujeres y, por supuesto, para que se nos homologue más a las leyes de interrupción voluntaria del embarazo de los países europeos. Cualesquiera que sean los giros y caminos emprendidos por doctrinarios y legislador, bien podemos esculpir en nuestras cerebrales mentes una frase de validez imperecedera: “Abortar es un drama para cualquier mujer, es una cosa verdaderamente terrible y verdaderamente dramática”.

Una serie de hilos entramados avanzan en ristre arrastrando una serie de vidas en curso para caer sin consideración sumándose en un abismo de desolación de eternal vacío. La cultura de la muerte, rechazando toda idea de Dios, se extiende fácilmente y trata de invadir amplios sectores. Ello contraría la idea del ser hombres como imagen de Dios, que es toda vida. El Presidente del Pontificio Consejo para la Pastoral de la Salud del Vaticano ha asegurado que la propuesta de reforma de la ley del aborto en España “atenta contra la misma sociedad” y va “contra el bien común” (Cardenal Javier Lozano Barragán).

FRANCISCO SOTO*

II. MENTIRAS QUE CLAMAN AL CIELO

No pierden ni un momento en escucharlas, ni les interesan sus problemas, pero les empujan a acabar cruelmente con la vida de su hijo, con lo más precioso, inocente y hermoso. Dicen que quieren defender a las mujeres de la cárcel y las condenan, no ya a pena de cárcel, sino a cadena perpetua y pena de muerte a un tiempo, algo incompatible en Derecho, pero posible en la vida. Cadena perpetua de pesadillas, remordimientos y tristeza infinita o bien frialdad y dureza, indiferencia, maltrato, agresividad o locura porque todo cabe, todo es posible tras un aborto. Pero cuando salen por la puerta vacías y sangrando en su vientre y su alma, terriblemente solas, ya no importan para casi nadie, al menos no para los verdugos ni para quien los cobija, porque el negocio está hecho y están mejor ahí, tiradas y amordazadas, listas para seguir el círculo vicioso que probablemente las llevará de nuevo a solicitar sus ‘servicios’. Esa cadena perpetua que las ata a un momento desgraciado que cambió para siempre su futuro es a la vez pena de muerte porque están muertas para sí mismas y para todo lo hermoso. Muchas se odian y odian al mundo. Muertas a los niños, a los sueños, a la vida; esclavas de los hombres o enemigas suyas, rompen relaciones o las tienen con cualquiera. Vidas rotas, soledad amarga, sima sin fondo. Pero los que llaman al aborto libertad también mienten y dicen que ese dolor no existe y les niegan de nuevo su ayuda. Las mujeres no han ido nunca a la cárcel por el aborto, no mientan, que toda mentira es mala pero ésta es perversa y clama al Cielo. Digan que no quieren

*Ex Magistrado del Tribunal Supremo Español. Publicado en *Alba*/Madrid, 5-11.6.2009, 35.

que vayan a la cárcel sus invitados de honor y asesores ‘de lujo’ (de mucho lujo), los que tienen sus manos manchadas de la sangre más inocente y el dolor más evitable. Esos que experimentan con las mujeres los fármacos prohibidos, los que firman en blanco la sentencia de muerte, los que tiran a la basura los restos de unos hijos que siempre vivirán en el corazón de sus madres. ¿Pueden callar la voz de su conciencia como cierran la bolsa de la basura? ¿No les quema ese dinero?

Los grandes magnates del negocio y quienes trazan los planes de la muerte entierran la voz de su conciencia como callan el corazón del no nacido o el llanto ahogado de sus padres. Y no les quema el dinero, porque ¿cómo van a mantener chalets, coches y negocios?, ¿cómo van si no a conservar el poder y a conseguir una ley que recoja punto a punto lo que a diario practican? Pero afirmo sin dudar que hay también entre esos muros de la vergüenza verdugos-víctimas. Son muchos de los que ‘trabajan’ en este negocio oscuro del ‘todo vale si hay euros’. Sé que algunos empezaron porque allí se gana más, da igual en blanco o en negro porque no hay que ser racistas. Pero no suelen durar porque huyen de las sombras de las vidas que han segado. Otros buscan reforzar su propio aborto con otros, porque al ser muchos, tal vez la culpa se desdibuja. Otros siguen vacilantes, como autómatas comprados, sin atreverse a salir pero deseando arrancarse de ese engranaje helado.

Y mientras la mentira sigue el montaje y dispara contra quien se atreve a sacar la verdad como argumento o contra quien reclama compasión, sentido común y progreso.

Pero todas sus argucias, sus eufemismos no cambian la realidad. La prepotencia y el abuso de poder caerán desplomados ante sí mismos y ante el juicio de la Historia, por querer convertir sus crímenes en derechos, por diezmar generaciones enteras como sólo ocurre tras una guerra, por negar terapia a quienes necesitan llorar su dolor y encontrar la paz y por querer promulgar leyes que libran de la cárcel a asesinos y estafadores, en vez de velar por el bien común. Confío en que los políticos de todo signo y color no secunden con su voto esta sentencia infame. Quiero creer, porque he visto florecer mucho bien entre tanto dolor, que esos hombres y mujeres arrepentidos, el amor de los que ayudan en la sombra y el incuestionable poder de plegarias y corazones unidos, cambiarán el luto por esperanza, derrotarán las leyes injustas y conseguirán que muchos rectifiquen el rumbo de sus vidas, en el tiempo que aún les queda.

Alicia Latorre*

III. LOS ABORTISTAS REPITEN LA ESTRATEGIA USADA CON EL DIVORCIO

Ha llamado la atención el hecho de que el candidato presidencial por la Concertación Eduardo Frei haya expresado su disposición de legislar a favor del aborto “terapéutico”, en un eventual próximo gobierno de ese conglomerado político.

La sorpresa se explica porque la DC se había manifestado hasta ahora contraria a todo tipo de abortos y en su último Congreso doctrinario de 2008 había declarado: *“El aborto es un atentado al derecho a la vida de cada ser humano. Frente*

*Presidenta de la Federación Española de Asociaciones Pro Vida. Publicado en *Alba/Madrid*, 29.5-4.6.2009, 34.

al llamado aborto terapéutico, postulamos que es innecesaria una legislación que abra las puertas a la definición desde el Estado acerca de cuáles seres humanos pueden existir y cuáles no”¹.

A las declaraciones favorables al aborto del candidato se sumaron las de su generalísimo, el sociólogo Bowen, quien se manifestó también favorable al “aborto terapéutico en casos particulares”². Hasta la fecha, se había dedicado a la campaña “Un techo para Chile”, dirigida por el sacerdote jesuita R. P. Berríos.

En vano se esperó una declaración de los jesuitas responsables de “Un techo para Chile”, indicando al menos que esas declaraciones de su dirigente no representaban la posición de la obra. En lugar de eso, pocos días después de las declaraciones de Bowen, el R. P. Berríos salió públicamente a destacar sus capacidades de liderazgo, sin decir una sola palabra restrictiva a las declaraciones abortistas de su dirigido³.

¿Cómo explicar que el candidato DC y su generalísimo, ambos católicos practicantes, se declaren a favor de legalizar el aborto en un posible gobierno, sin prestar atención a que la Iglesia, a lo largo de su milenaria historia, siempre lo rechazó?

La respuesta a esta interrogante nos la proporciona Ignacio Walker, miembro del comité doctrinario de la DC y a su vez promotor de la ley de divorcio aprobada en Chile.

Según el ex diputado, la DC es un partido que aborrece las certezas pues ellas serían la causa de todos los totalitarismos y abusos contra los derechos de las personas en el campo civil y eclesiástico⁴. Sus palabras son claras: “Si transformamos en políticas públicas la postura de la Iglesia Católica (mi Iglesia) en materia de aborto y métodos anticonceptivos se puede producir una verdadera catástrofe” (...) Y es que en este tipo de materias debe actuar necesariamente el juicio prudencial del legislador y de la autoridad pública, el que no siempre va a coincidir con las convicciones personales de cada cual”⁵.

1. LA CONFIANZA EN LA DC ES COMO UN CASTILLO DE NAIPES QUE SE APOYA EN LA FALSA IDEA DE QUE ELLA REPRESENTA EL SENTIR DE LA IGLESIA

Hasta aquí las cosas son claras: la DC, en coherencia con su mentalidad relativista, renuncia progresivamente a sus postulados iniciales y promueve primero el divorcio, luego el aborto y terminará aprobando –si es que ella aún existe– el suicidio asistido.

¹Acuerdos del V Congreso Ideológico y Programático Democracia Cristiana, 21 de enero, 2008.

²La Tercera, 24 de abril, 2009, “Las definiciones valóricas del coordinador de Frei”.

³El sacerdote Berríos declaró al respecto: “El Techo tiene sus raíces en la Doctrina Social de la Iglesia Católica. Los jóvenes viven en él la Iglesia que soñó el Vaticano II, Medellín, Puebla y Aparecida y porque no somos ambiguos es que podemos ser pluralistas y convocar a muchos diversos” (cf. “Revista Sábado, *El Mercurio*”, 2 de mayo de 2009).

⁴“La ética cristiana es mucho más profunda y compleja que un simple decálogo de certezas. Apela a la libertad humana y a la razón, la que, lejos de abominar, abre un amplio espacio para la duda y la incertidumbre (‘ama la incertidumbre y serás democrático’, dice un teórico contemporáneo de la democracia)” (Ignacio Walker, en “Certezas y DC”, *El Mercurio*, 18 de junio de 1999).

⁵Cf. “Moral. Convicciones y políticas públicas”. *El Mercurio*, 21 de marzo de 2001.

Sin embargo, hay algo difícil de entender. Pese a que los hechos demuestran este abandono de los postulados de la moral católica, la DC y el candidato Frei siguen siendo considerados por amplios sectores como confiables desde el punto de vista “valórico”.

La razón de esta contradicción está en que, según expresó el Cardenal Silva Henríquez, la DC fue un Partido que “*nació a la sombra de la Iglesia*”⁶, y que ha contado con la bendición de muchas autoridades eclesiásticas, de modo más o menos claro, a lo largo de toda su existencia.

Es decir, muchos de los votos que obtendrá Frei en las próximas elecciones serán frutos del falso supuesto de que la DC, y Frei en concreto, representan el pensamiento católico. Tal equívoco es reforzado por el hecho de que su generalísimo es un dirigente de una obra jesuita, que inicia su “debut” político en una parroquia de La Serena, sin que conste ninguna queja de las autoridades eclesiásticas⁷.

La maniobra de hacer pasar el programa de la izquierda con el rótulo DC fue explicitada con todo descaro por el presidente del PPD, José Auth. Respondiendo a una pregunta periodística de por qué apoyaban a Frei, declaró: “*Sí, porque (...) si hubiera sido un líder de izquierda el que planteara restablecer el aborto terapéutico en el Código Sanitario habríamos sido excomulgados. Cuando no estás bajo sospechas puedes hacer los cambios*”⁸.

En pocas palabras, el PPD pone el contenido abortista, Frei el rótulo “cristiano”, y los incautos caen en la trampa porque no son debidamente advertidos.

2. ¿CERTEZAS Y RELATIVISMO COEXISTIENDO EN EL AMBIENTE ECLESIAÍSTICO?

Quizás para prevenir contra engaños de esa especie, el Obispo de San Bernardo afirmó, poco después de las declaraciones en que Frei se dispuso a “*estudiar*” el aborto terapéutico: “*Abrirse a la discusión (del aborto terapéutico) es hacer una transacción indebida. Con mucha humildad llamo al Senador Frei a repensar sus pasos, de forma que no sea él el que abra una brecha grave para la nación y las personas*”⁹.

Sin embargo, acto seguido, el Presidente de la Conferencia Episcopal expresó la necesidad de “*esperar una ‘opinión colegiada’ de los obispos católicos sobre el aborto terapéutico y discrepar del otro pastor*”¹⁰.

⁶“Y así nació un nuevo partido, partido de cristianos, partido de muchachos que nacieron a la sombra de la Iglesia y que fueron los grandes dirigentes de la Acción Católica (...) Y entonces tenemos al ‘Partido Demócrata Cristiano’, partido nacido de la Iglesia, no diré creado por la Iglesia, sino creado por los laicos” (Cf. *Teología de la Liberación, Conversaciones de Toledo*. España, junio de 1973).

⁷Cf. *El Mercurio*, 9 de mayo de 2009.

⁸*El Mercurio*, 23 de mayo de 2009. “*En el próximo período nuestro candidato se va a parecer más a Marco que a Frei*”.

⁹Cf. *El Mercurio*, 17 de marzo de 2009.

¹⁰Cf. *La Segunda*, 17 de marzo de 2009.

Finalmente, la Conferencia Episcopal emitió una declaración genérica a favor de la vida, sin alusión directa a las declaraciones del candidato a la Presidencia. Sus palabras fueron lo suficientemente vagas como para que Frei no se considerara aludido por ellas, y la prensa las publicó con el destaque que se da a las declaraciones de buenas intenciones...

Estos hechos nos obligan a preguntarnos, con todo el debido respeto, si este fenómeno de considerar las certezas como censurables y las afirmaciones ambiguas como el camino más propio hacia el respeto de la libertad de conciencia, no ha afectado también a algunos de nuestros altos dignatarios eclesiásticos.

3. PARA HACER CAER EL CASTILLO DE NAIPES ES NECESARIO DECLARAR CON FIRMEZA LA ILICITUD DE VOTAR A FAVOR DE UN CANDIDATO ABORTISTA

En realidad, han sido tantos los años y las circunstancias en que la DC tuvo apoyo y respaldo de gran parte de los medios eclesiásticos que, en lo que se llama “*el imaginario colectivo*”, la DC continúa siendo el Partido de la Iglesia, gozando por ello de cierta credibilidad “*valórica*” entre los electores.

Para derribar este castillo de naipes, basado en un equívoco, es necesario defender el derecho a la vida no sólo como principio teórico, sino también aplicarlo con claridad en vista de las elecciones presidenciales próximas, repitiendo con insistencia lo afirmado por los Papas Juan Pablo II y Benedicto XVI de que *no es lícito a un católico votar por un candidato abortista*.

Con toda la veneración a la alta investidura de nuestros Obispos, les pedimos que tomen las medidas para que no ocurra con el aborto lo mismo que ocurrió con el divorcio en Chile; es decir, que, gracias al voto de los parlamentarios católicos, se apruebe la matanza de los inocentes, como se aprobó la disolución del vínculo conyugal.

Si no tomaren esas medidas, se podrá repetir lo ocurrido en las pasadas elecciones norteamericanas, en las cuales el candidato abortista Barack Obama, pese a esto, obtuvo el voto de la mayoría de los católicos.

En efecto, Mons. Raymond Burke, Prefecto de la Signatura Apostólica, el más alto tribunal eclesiástico de la Iglesia Católica, declaró a *LifeSiteNews.com* respecto del apoyo del voto católico a Barack Obama: “*Aunque hubo un mayor número de obispos que habló muy claramente y con firmeza, también hubo un número que no lo hizo*”.

Lo más dañino, dijo, fue el documento “*Faithful Citizenship*” (de la Conferencia Episcopal norteamericana) que “*condujo a la confusión*” a los votantes católicos. “*Mientras afirma que la cuestión de la vida es el primero y más importante problema, señala que existen otros asuntos ‘de importancia comparable’, sin hacer las necesarias distinciones*”.

Así, los católicos creyeron ser lícito apoyar al candidato más pro aborto de la historia norteamericana por “*otras graves razones*”, sin concordar con su posición abortista.

ACCIÓN FAMILIA*

*Publicado en *Informativo* N° 40, junio 2009.

IV. QUÉ FÁCIL LUGAR

Ponerse en el lugar del otro: ése ha sido siempre uno de los grandes desafíos morales y psicológicos para el ser humano.

El otro es un yo: se dice fácil, pero cuesta mucho practicarlo. Porque siempre el otro es sólo casi como yo, parecido a mí, pero distinto; e incluso a veces, poco y nada parece haber en común con el otro.

Por eso, no cuesta nada afirmar que hay que ponerse en el lugar de la madre que reclama no haber encontrado la píldora para su hija violada. Suena muy comprensivo, muy humano, muy fraterno.

Pero es muy falso. Porque el lugar de esa madre no es instantáneo, ni dura apenas los próximos nueve meses: el lugar de esa madre atribulada se prolongará por toda su existencia, cargará en su conciencia hasta el final de sus días con la posibilidad de haber colaborado con el asesinato de un nieto, habrá momentos en que imaginará su cara nunca contemplada. Y ahí, en esas instancias, ninguno de los que hoy quieren ponerse en su lugar se encontrará cerca de ella, para vivir su vida.

La misma razón hay para afirmar que ponerse en el lugar de la niña violada es una expresión que debe referirse a toda su vida futura. Seguramente, más adelante, llegará a ser madre por propia decisión, y mire a esos pares de ojos fruto de su legítimo amor, siempre se planteará: ¿no hubo quizás en mí otros ojos parecidos, una mirada que nunca llegó a ver el mundo porque nadie defendió el valor de esa vida?

Ah, y si de ponerse en el lugar del otro se trata, el más sencillo de olvidar es justamente el niño que venía. No reclamó, no molestó: para los partidarios del aborto, estaba gestado en el lugar ninguno. Por eso era tan fácil ponerse en su lugar.

GONZALO ROJAS SÁNCHEZ

V. REPITAN TODOS: “LA CULPA ES DE LAS FARMACIAS”

Las declaraciones de una madre angustiada por la terrible violación de su hija llevan a que todo Chile señale un culpable: las farmacias, que no venden la píldora del día después. La autoridad aprovecha el momento para cobrarles cuentas muy antiguas e iniciar una enésima medida de fiscalización de las mismas, obligándolas a aceptar cosas que no quieren. La prensa se llena de cartas de lectores indignados y los candidatos presidenciales se suben al mismo carro. En el fervor de la cólera, varios matices se olvidan. Cuando hay una violación, es posible actuar por diversos procedimientos que, en muchos casos, permiten impedir la concepción antes de que se produzca una nueva vida humana. En clínicas y hospitales se conocen esos medios, de modo que este dramático problema no tiene que llevar necesariamente a la conclusión de que la píldora deba venderse en las farmacias.

El modo en que se ha discutido en estos días no sólo repite pobres capítulos anteriores de la discusión sobre la píldora, sino que nos muestra algo más. Revela que la presencia de violadores y otros delincuentes es dada por sentado como parte

integrante del paisaje nacional. Damos también por hecho que en los hospitales públicos haya que hacer largas esperas, lo que impide acudir a ellos en estas situaciones. De modo que si se produce una violación, el problema principal no está ni en los hospitales ni en los delincuentes. ¿Dónde está entonces? La respuesta está en las farmacias.

Hay que reconocer que aunque el Gobierno pueda perder las próximas elecciones, hay algo en lo que ha ganado en forma magistral: ha logrado que todos pensemos y hablemos como él quiere. El problema no es la delincuencia, el problema, para la Alianza y la Concertación, son las farmacias.

¿Es que el Gobierno no podría dar pasos significativos en el combate a la delincuencia? ¿Acaso no tiene gente competente? El asunto, como muchas veces, es de costos. No de costos económicos, sino políticos. Aquí pasa lo mismo que con el conflicto en el sur. Hay básicamente dos posibilidades en lo que a la acción policial se refiere. La primera es tomar medidas enérgicas y respaldar a la policía el día después, cuando el peligro haya pasado. Pero esto es muy peligroso, porque siempre hay lugar al error humano y a las paradojas del azar, a que la víctima se haya dado vuelta en el preciso momento en que el carabinero reacciona a los disparos y que la bala le entre por la espalda. Por supuesto podemos dar una sesuda explicación, mostrando que es un efecto no querido de una actividad, la defensa, que en sí es legítima. ¿Pero quién quiere saber de matices cuando ocurre algo grave, cuando ocurre una violación o la muerte de un joven comunero mapuche? En esas situaciones se nos enseña a repetir: la culpa es de las farmacias, la culpa es de la represión policial.

Hay un segundo camino de acción: no hagamos casi nada. Si a un agricultor lo asaltan por trigésima vez, el problema es suyo; saldrá una nota curiosa en la prensa, pero al trigésimo primer asalto ya nos empezaremos a aburrir, nos acostumbraremos a eso como nos acostumbramos a la espera en un hospital o como nos habituamos a la delincuencia. Salvo en situaciones absolutamente extremas, como Colombia, para cualquier gobierno parece muchísimo más rentable en lo electoral este segundo camino, que le ahorra el riesgo de tener que cargar con algún muerto. Esta vía, más fácil que la primera, no obliga a entrar en matices que nadie quiere escuchar, y permite que con un país lleno de delincuencia un gobernante mantenga 70% de aprobación. El camino alternativo es más riesgoso, requiere que alguien esté dispuesto a ser, al menos ocasionalmente, el malo de la película, disposición que hasta aquí ningún candidato ha mostrado.

Lo que el Gobierno parece creer –en un juego que hasta aquí todo el mundo sigue– es que a mayor eliminación de poderes represivos, mayor será la libertad. Pero, como se puede ver, en muchos casos no ocurre esto, sino que la reducción de poderes represivos puede llevar al aumento de poderes opresivos (el ladrón, el violador). No parece decente responder a dicha consecuencia sacrificando cada cierto tiempo un chivo expiatorio.

JOAQUÍN GARCÍA-HUIDOBRO, MANFRED SVENSSON*
Universidad de los Andes

*Publicado en *El Mercurio*/Santiago, 24.9.2009, A-2.

VI. UN AUTO DE ESPERANZA

1. LOS HECHOS

El pasado día 16 de octubre de 2008, el barco de bandera holandesa *Langenort*, fletado por la ONG “Mujeres en las Olas”, atracó en el puerto de la ciudad española de Valencia.

No se trataba de una arriba normal y corriente, sino que la ONG dirigida por Rebecca Gomperts, que tiene como objeto practicar abortos químicos acogándose a la ley holandesa, en la que el aborto es libre hasta la séptima semana de la gestación, pretendía ofrecer sus servicios en la zona. El hecho fue cualquier cosa menos pacífico ya que, de una parte, cierta progresía representada por Pilar Bardem pedía respeto a las mujeres que tomaban esa decisión, pero de otra, grupos pro vida se opusieron a esa pretensión para que los nasciturus sigan teniendo una oportunidad en esta sociedad de cultura de la muerte en la que nos ha tocado vivir.

El plan era muy sencillo; el barco (de la muerte) partiría los días 17 y 20 de octubre con siete mujeres cada vez y cuando se encontrara fuera del mar territorial español, se les suministrarían las pastillas, regresando inmediatamente a puerto, y dos días después de su ingestión, mataría al feto.

Conocedores de estos hechos un partido emergente de inspiración católica y nacional, denominado *Alternativa Española*, presentó una querrela, en base a la acción popular, ante el juzgado de instrucción de guardia de Valencia, que correspondió al Nº 18. Los querrellados son los ginecólogos José Luis Carbonel (que propiciaba el contacto con la ONG) y Gunilla Kleiverda (responsable de la misma) pero el juez instructor procedió al archivo de la causa por entender que no se había cometido ilícito alguno, al entender que el suministro de los productos farmacológicos de tipo abortivo en un buque de bandera extranjera y presuntamente en aguas internacionales, aunque el resultado se hubiera producido en España, no podía perseguirse en su jurisdicción, ya que los hechos se han cometido en “territorio” holandés.

Presentado el oportuno recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Valencia, la Sala entendió mediante auto Nº 211/2009, de fecha seis de febrero de 2009, proceder a revocar el archivo, ordenando al juez de instrucción que continuara en la tramitación del sumario.

Es intención de estas líneas el determinar la jurisdicción competente en este asunto.

2. JURISDICCIÓN COMPETENTE EN BUQUES Y AERONAVES MERCANTES

Como ya tenemos publicado¹ y prescindiendo de la cuestión de la jurisdicción competente por los ilícitos cometidos a bordo de un buque de Estado, donde la jurisdicción del pabellón tiene un papel de exclusividad frente a cualquier otra e independientemente de la jurisdicción de las aguas en las que se encuentren, entenderemos que los buques mercantes, de acuerdo con la III Conferencia del

¹Cfr. Pérez de Francisco, “Reflexiones en torno a la jurisdicción competente en buques y aeronaves”, en el *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*. Época II, Nº XXXV-2002, 335-386.

Derecho del Mar y, sensu contrario, a lo establecido en su artículo 27, son aquellos que no pertenecen a las fuerzas armadas de un Estado, que no estén al mando de una persona por el gobierno de dicho Estado ni su dotación esté sometida a la disciplina de las Fuerzas Armadas.

En consecuencia, el barco de “Mujeres en las Olas”, fondeado en el puerto de Valencia, tiene a todos los efectos la consideración de *buque privado*.

Dicho esto, la admisión a puerto de un Estado de un buque extranjero no debe presentar excesivos inconvenientes, salvo que las autoridades nacionales consideren que la arribada pueda afectar a su seguridad nacional y, de hecho, las autoridades portuguesas habían prohibido la escala del barco de marras a ningún puerto luso para prestar también sus “servicios” allí, como era su intención con carácter previo a la llegada a Valencia; pero el Reino de España no presentó objeciones respecto de sus intenciones.

A fin de agotar todas las posibilidades respecto de la jurisdicción en la que se cometieron los abortos químicos, determinaremos tres supuestos desde el punto de vista del derecho internacional:

- a) Si los hechos se hubieran cometido dentro del puerto de Valencia, es generalmente admitido que debe existir un equilibrio entre la competencia del Estado ribereño y la competencia del Estado del pabellón, de tal suerte que el Estado ribereño podría conocer de los ilícitos cometidos a bordo de un buque extranjero cuando por los mismos se pueda alterar el orden público o atentar a la seguridad de ese Estado y, lógicamente, sólo en el caso de que los ilícitos cometidos en el interior de un barco en puerto extranjero que afecte exclusivamente a su orden interno, serán competencia de la jurisdicción del pabellón, sin perjuicio de que el capitán pueda recabar el auxilio de las autoridades portuarias.
- b) Si los hechos tuvieron lugar en paso inocente por el mar territorial español, que dado el carácter de signatario del Reino de España de la III Conferencia, lo tendremos que establecer en doce millas, pueden presentarse tres hipótesis, si seguimos a Pastor²: que el buque realice un simple paso por el mar territorial, en cuyo caso no se debería ejercer jurisdicción penal para conocer de un delito cometido a bordo, salvo en los supuestos previstos en el art. 21.1 de la III Conferencia; en segundo lugar, el paso por mar territorial procedente de aguas interiores, en cuyo caso el Estado ribereño puede tomar cualquier medida de las previstas en el art. 27.1 de la III Conferencia³ para la detención o investigación de los hechos cometidos a bordo y, en tercer y último

²Pastor Ridruejo, J. A., *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*. Tecnos (7ª ed.). Madrid. 1999, 354.

³Nos recuerda dicho precepto que el Estado ribereño no puede detener a ninguna persona o realizar ninguna investigación referida a un delito cometido a bordo de un buque extranjero durante su paso, salvo que el delito tenga consecuencias en el Estado ribereño, cuando el mismo pueda perturbar la paz del país o el buen orden en el mar territorial, cuando el capitán del buque o un agente diplomático o funcionario consular del Estado del pabellón hayan solicitado la asistencia de las autoridades locales o cuando tales medidas sean necesarias para la represión del tráfico ilícito de estupefacientes.

supuesto, si el ilícito fuera cometido antes de entrar en el mar territorial pero procedente de un puerto extranjero, sin intención de entrar en puerto ribereño, en cuyo caso la jurisdicción de este último no sería competente para conocer de ningún ilícito cometido a bordo.

- c) Por último, que los hechos hubieran sido cometidos en la zona contigua, en la zona económica exclusiva españolas o alta mar, de acuerdo también con la III Conferencia, la jurisdicción del Estado ribereño queda limitada a la prevención de sus leyes y reglamentos aduaneros, fiscales, de inmigración o sanitarios y la sanción de los mismos cometidos en su territorio o mar territorial en el primero de los supuestos⁴, a la protección, explotación y conservación de los recursos vivos fundamentalmente⁵, en el segundo y, por último, en el caso del alta mar, la competencia para conocer de cualquier hecho delictivo cometido a bordo es del Estado del pabellón⁶, sin perjuicio de las disposiciones previstas relativas a los abordajes, transporte de esclavos, piratería, tráfico de estupefacientes o transmisiones no autorizadas⁷.

3. ANÁLISIS DE LA TIPICIDAD DE LA CONDUCTA

La función del derecho penal es la protección de los bienes jurídicos más importantes de los ataques más intolerables. El Código Penal español en su Título II del Libro II, cumpliendo esta función, tipifica el delito de aborto.

La protección de la vida se deriva, limitándonos al derecho positivo (lo cual hacemos por limitarnos al comentario jurisprudencial, ya que si se hiciera desde el punto de vista del derecho natural, estas líneas serían innecesarias) de la Constitución española que en su art. 15 establece: “Todos tienen derecho a la vida”, sin necesidad, por tanto, de acudir a lo establecido en la legislación civil en cuanto a la consideración de persona en su art. 31. La intervención penal en la protección de la vida del nasciturus se configura así como un derecho constitucional “derivado” del reconocimiento del derecho fundamental a la vida de la persona⁸.

En lo referente al caso que nos ocupa el art. 145 Código Penal español recoge las siguientes conductas:

- “1. El que produzca el aborto de una mujer, con su consentimiento, fuera de los casos permitidos por la Ley, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de uno a seis años.
2. La mujer que produjere su aborto o consintiere que otra persona se lo cause, fuera de los casos permitidos por la Ley, será castigada con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de seis a veinticuatro meses”.

⁴Art. 33.1 de la III Conferencia.

⁵*Ibidem*, art. 56.

⁶*Ibidem*, art. 94.

⁷*Ibidem*, arts. 97 a 107.

⁸Valle Muñoz, José Manuel; Quintero Olivares, Gonzalo, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. Aranzadi (4ª ed.). Navarra. 2004.

El Código Penal no especifica cual es el momento en el que la destrucción del fruto de la concepción dará lugar al aborto, pero si se tiene claro que lo que se protege es la vida del concebido, pero no nacido, habrá que considerar aborto la destrucción producida desde el momento de la fecundación, sea cual fuere el modo en que se lleva a cabo dicha conducta.

La acción, en consecuencia, consiste en causar la muerte del no nacido y caben, desgraciadamente, las más diversas modalidades y medios para producir el resultado lesivo.

En el caso que nos ocupa, el medio empleado ha sido el aborto farmacológico. La madre ingiere un fármaco (mifepristona) seguida a las 36–48 horas por una prostaglandina. Este es un método recomendado por la Organización Mundial de la Salud⁹.

Si analizamos en concreto la conducta de los ginecólogos que participaron en el hecho, su conducta es impune puesto que en la actualidad el Código Penal español hoy no castiga las conductas de expendición de abortivos (lo que sí ocurría con el art. 415, párr. 3º Código Penal en su redacción de 1973, hoy derogado) ni la difusión de prácticas abortivas (art. 416 CP/1973), consideradas como conductas de favorecimiento del aborto, de tal suerte que sólo es punible la conducta en el caso de la madre porque ha sido ella misma quien ha producido el aborto, de una manera dolosa.

Estamos, en consecuencia, ante un delito de resultado en el que el legislador exige la producción del resultado separable espacio-temporalmente de la acción: ingesta del fármaco y desprendimiento del feto y como consecuencia natural, la muerte.

Por otra parte y en lo relativo al lugar de la acción desde el punto de vista del hecho delictivo, es determinante la aplicación de la teoría penal sobre el lugar de la acción típica. Son varias las teorías expuestas por la doctrina a fin de solucionar este problema, como la teoría de la actividad (lugar donde se pone la actividad); del efecto intermedio (lugar donde se produce el primer efecto); del instrumento (lugar en que actúa la persona que se utiliza como instrumento); del resultado (lugar donde se produce el resultado final) y de la ubicuidad (cualquier lugar en los que se puso alguno de los elementos del delito).

La doctrina mayoritaria y la Jurisprudencia siguen la teoría de la ubicuidad para determinar el tiempo de la acción, a fin de facilitar la persecución y el enjuiciamiento del delito.

En estos términos, si consideramos que la ingestión del fármaco y expulsión del fruto de la concepción tuvo lugar fuera del mar territorial, la jurisdicción española no tendría competencia para castigarla, pero si seguimos el *iter criminis* del delito hay que tener en cuenta los siguientes hechos:

- a) El desprendimiento del feto se produjo ya en territorio español (por un mero problema temporal) y por tanto habría que castigar a la mujer que se provoca su propio aborto, en atención tanto de la teoría del resultado como la teoría de la ubicuidad quedando, como ya se dijo, sin castigo aquellos que le proporcionaron el fármaco.

⁹Preguntas clínicas frecuentes acerca del aborto farmacológico, http://whqlibdoc.who.int/publications/2008/9789243594842_spa.pdf, página visitada el 25 de junio de 2009.

- b) Si el método seguido necesita la ingestión de una segunda sustancia, ésta ya ocurriría en territorio español y por tanto se aplicaría la teoría de la actividad y por supuesto el resultado se produciría en territorio español, lo que confirmaría la competencia de la jurisdicción española.

4. CONCLUSIONES

- a) El hecho del aborto es *una de las acciones más execrables* que puede realizar el ser humano, al privar al nasciturus de su primer derecho que no es sino el de la vida. En esta sociedad de cultura de la muerte y sobre todo en muchos países de Europa Occidental cada vez la legislación es más permisiva para que la mujer, al amparo de un supuesto derecho de decidir sobre su cuerpo, quite la vida dolosamente a un ser humano. Los instrumentos de protección internacional de los derechos humanos han dejado una clara laguna al respecto y el que estas sociedades *hayan dado de lado* el derecho natural, no puede llevarnos sino a unas funestas consecuencias.
- b) Y grupos como “Mujeres en las Olas” (de sangre), al amparo de la legislación tan permisiva como es la holandesa, donde el aborto es libre durante las primeras semanas de gestación, fletan buques para practicar abortos fuera de las aguas jurisdiccionales de los Estados visitados, intentando excluir así los hechos de estas jurisdicciones, en claro *fraude de ley*. No obstante, el auto del juez de instrucción recurrido no deja de ser sorpresivo por la rapidez con la que procedió al archivo de las diligencias, sin averiguar siquiera si los hechos se habían cometido fuera de las aguas jurisdiccionales españolas (por ejemplo, interviniendo el cuaderno de bitácora o pidiendo auxilio a las autoridades portuarias), ya que en cuyo caso, serían claramente competentes para conocer de la querrela, prescindiendo de cualquier otra consideración de tipo penal que se aborda a continuación.
- c) Si, de acuerdo con la teoría del resultado como de la propia actividad, *la competencia de la jurisdicción española, es incuestionable* y es de esperar una sentencia condenatoria, no ya de los inductores sino de las embarazadas que practicaron los abortos químicos, existe hoy un proyecto de Ley en España que aumenta los supuestos de aborto libre, si eso es posible dada la flexibilidad con que la vigente ley se aplica y que ha llevado a que se practiquen, de forma legal que no legítima, unos *130.000 abortos en España* el año pasado. No sería así sorpresivo que las autoras se vieran absueltas por el cambio legislativo o por un indulto del Consejo de Ministros. Pero ante este auténtico *genocidio* de la propia especie humana, no podemos guardar silencio.

EUGENIO PÉREZ DE FRANCISCO,
M^a JOSÉ PUENTE SERRANO*

*Los autores, son profesores de Derecho Internacional Público y Derecho Penal respectivamente de la Universidad Francisco de Vitoria (España).

DOCUMENTOS

DISCURSO DEL PAPA BENEDICTO XVI A LOS
PARTICIPANTES EN UN CONGRESO SOBRE EL TEMA
“CONFIANZA EN LA RAZÓN” CON MOTIVO DEL
X ANIVERSARIO DE LA ENCÍCLICA *FIDES ET RATIO*
Sala Clementina
Jueves 16 de octubre de 2008

“Señores Cardenales; venerados hermanos en el episcopado y en el sacerdocio; amables señoras, ilustres señores:

Me alegra encontrarme con vosotros con ocasión del Congreso oportunamente organizado en el décimo aniversario de la encíclica *Fides et ratio*. Agradezco ante todo a monseñor Rino Fisichella las cordiales palabras que me ha dirigido al inicio de este encuentro. Me complace que en las jornadas de estudio de vuestro Congreso colaboren concretamente la Universidad Lateranense, la Academia pontificia de ciencias y la Conferencia mundial de instituciones universitarias católicas de filosofía. Esa colaboración es siempre deseable, sobre todo cuando se está llamado a dar razón de la propia fe ante los desafíos cada vez más complejos que afrontan los creyentes en el mundo contemporáneo.

A diez años de distancia, una mirada atenta a la encíclica *Fides et ratio* permite percibir con admiración su actualidad perdurable: en ella se revela la clarividente profundidad de mi inolvidable predecesor. En efecto, la encíclica se caracteriza por su gran apertura con respecto a la razón, sobre todo en una época en la que se ha teorizado la debilidad de la razón. Juan Pablo II subraya en cambio la importancia de conjugar la fe y la razón en su relación recíproca, aunque respetando la esfera de autonomía propia de cada una.

La Iglesia, con este magisterio, se ha hecho intérprete de una exigencia emergente en el contexto cultural actual. Ha querido defender la fuerza de la razón y su capacidad de alcanzar la verdad, presentando una vez más la fe como una forma peculiar de conocimiento, gracias a la cual nos abrimos a la verdad de la Revelación (cf. *Fides et ratio*, 13). En la encíclica se lee que hay que tener confianza en la capacidad de la razón humana y no prefijarse metas demasiado modestas: “La fe mueve a la razón a salir de todo aislamiento y a apostar de buen grado por lo que es bello, bueno y verdadero. Así, la fe se hace abogada convencida y convincente de la razón” (n. 56).

Por lo demás, el paso del tiempo manifiesta cuántos objetivos ha sabido alcanzar la razón, movida por la pasión por la verdad. ¿Quién podría negar la contribución que los grandes sistemas filosóficos han dado al desarrollo de la autoconciencia del hombre y al progreso de las diversas culturas? Estas, por otra parte, se hacen fecundas cuando se abren a la verdad, permitiendo a cuantos participan en ellas alcanzar objetivos que hacen cada vez más humana la convivencia social. La búsqueda de la verdad da sus frutos sobre todo cuando está sostenida por el amor a la verdad. San Agustín escribió: “Lo que se posee con la

mente se tiene conociéndolo, pero ningún bien se conoce perfectamente si no se ama perfectamente" (*De diversis quaestionibus* 35, 2).

Con todo, no podemos ignorar que se ha verificado un deslizamiento desde un pensamiento preferentemente especulativo a uno más experimental. La investigación se ha orientado sobre todo a la observación de la naturaleza tratando de descubrir sus secretos. El deseo de conocer la naturaleza se ha transformado después en la voluntad de reproducirla. Este cambio no ha sido indoloro: la evolución de los conceptos ha menoscabado la relación entre la *fides* y la *ratio* con la consecuencia de llevar a una y a otra a seguir caminos distintos. La conquista científica y tecnológica, con que la *fides* es cada vez más provocada a confrontarse, ha modificado el antiguo concepto de *ratio*; de algún modo, ha marginado a la razón que buscaba la verdad última de las cosas para dar lugar a una razón satisfecha con descubrir la verdad contingente de las leyes de la naturaleza.

La investigación científica tiene ciertamente su valor positivo. El descubrimiento y el incremento de las ciencias matemáticas, físicas, químicas y de las aplicadas son fruto de la razón y expresan la inteligencia con que el hombre consigue penetrar en las profundidades de la creación. La fe, por su parte, no teme el progreso de la ciencia y el desarrollo al que conducen sus conquistas, cuando estas tienen como fin al hombre, su bienestar y el progreso de toda la humanidad. Como recordaba el desconocido autor de la *Carta a Diogneto*: "Lo que mata no es el árbol de la ciencia, sino la desobediencia. No se tiene vida sin ciencia, ni ciencia segura sin vida verdadera" (XII, 2.4).

Sucede, sin embargo, que no siempre los científicos dirigen sus investigaciones a estos fines. La ganancia fácil, o peor aún, la arrogancia de sustituir al Creador desempeñan, a veces, un papel determinante. Esta es una forma de *hybris* de la razón, que puede asumir características peligrosas para la propia humanidad. La ciencia, por otra parte, no es capaz de elaborar principios éticos; puede sólo acogerlos en sí y reconocerlos como necesarios para erradicar sus eventuales patologías. En este contexto, la filosofía y la teología son ayudas indispensables con las que es preciso confrontarse para evitar que la ciencia avance sola por un sendero tortuoso, lleno de imprevistos y no privado de riesgos. Esto no significa en absoluto limitar la investigación científica o impedir a la técnica producir instrumentos de desarrollo; consiste, más bien, en mantener vigilante el sentido de responsabilidad que la razón y la fe poseen frente a la ciencia, para que permanezca en su estela de servicio al hombre.

La lección de san Agustín está siempre llena de significado, también en el contexto actual: "¿A qué llega –se pregunta el santo obispo de Hipona– quien sabe usar bien la razón, sino a la verdad? No es la verdad la que se alcanza a sí misma con el razonamiento, sino que a ella la buscan quienes usan la razón. (...) Confiesa que no eres tú la verdad, porque ella no se busca a sí misma; en cambio, tú no has llegado a ella pasando de un lugar a otro, sino buscándola con la disposición de la mente" (*De vera religione*, 39, 72). Equivale a decir: venga de donde venga la búsqueda de la verdad, permanece como dato que se ofrece y que puede ser reconocido ya presente en la naturaleza. De hecho, la inteligibilidad de la creación no es fruto del esfuerzo del científico, sino condición que se le ofrece para permitirle descubrir la verdad presente en ella. "El razonamiento no crea estas verdades –continúa san Agustín en su reflexión– sino que las descubre. Por tanto, estas subsisten en sí antes incluso de ser descubiertas, y una vez descubiertas nos

renuevan" (*ib.*, 39, 73). En síntesis, la razón debe cumplir plenamente su recorrido, con su plena autonomía y su rica tradición de pensamiento.

La razón, por otro lado, siente y descubre que, más allá de lo que ya ha alcanzado y conquistado, existe una verdad que nunca podrá descubrir partiendo de sí misma, sino sólo recibir como don gratuito. La verdad de la Revelación no se sobrepone a la alcanzada por la razón; más bien purifica la razón y la exalta, permitiéndole así dilatar sus propios espacios para insertarse en un campo de investigación insondable como el misterio mismo. La verdad revelada, en la "plenitud de los tiempos" (*Ga* 4, 4), tomó el rostro de una persona, Jesús de Nazaret, que trae la respuesta última y definitiva a la pregunta de sentido de todo hombre. La verdad de Cristo, en cuanto toca a cada persona que busca la alegría, la felicidad y el sentido, supera ampliamente cualquier otra verdad que la razón pueda encontrar. Por tanto, en torno al misterio es donde la *fides* y la *ratio* encuentran la posibilidad real de un trayecto común.

En estos días está teniendo lugar el Sínodo de los obispos sobre el tema: "La Palabra de Dios en la vida y en la misión de la Iglesia". ¿Cómo no ver la coincidencia providencial de este momento con vuestro Congreso? La pasión por la verdad nos impulsa a volver a entrar en nosotros mismos para captar en el interior del hombre el sentido profundo de nuestra vida. Una filosofía verdadera conducirá de la mano a cada persona para hacerle descubrir cuán fundamental es para su propia dignidad conocer la verdad de la Revelación. Ante esta exigencia de sentido que no da tregua hasta que no desemboca en Jesucristo, la Palabra de Dios revela su carácter de respuesta definitiva. Una Palabra de revelación que se convierte en vida y que pide ser acogida como fuente inagotable de verdad.

A la vez que deseo a cada uno que sienta siempre en sí esta pasión por la verdad y haga cuanto esté a su alcance para satisfacer sus exigencias, quiero aseguraros que sigo con aprecio y simpatía vuestro trabajo, acompañando vuestra investigación también con mi oración. Para confirmar estos sentimientos, de buen grado os imparto a vosotros y a vuestros seres queridos la bendición apostólica.

S.S. BENEDICTO XVI

DISCURSO DEL SANTO PADRE BENEDICTO XVI
A LOS PARTICIPANTES EN LA ASAMBLEA ORDINARIA
DE LA ACADEMIA PONTIFICIA PARA LA VIDA
Sábado 21 de febrero de 2009

Excelencias; venerados hermanos en el episcopado y en el sacerdocio; ilustres académicos; amables señoras y señores:

Me alegra en particular recibirlos con motivo de la XV asamblea ordinaria de la Academia pontificia para la vida. En 1994, mi venerado predecesor el Papa Juan Pablo II la instituyó bajo la presidencia de un científico, el profesor Jérôme Lejeune, interpretando con clarividencia la delicada tarea que debería desempeñar en el decurso de los años. Agradezco al presidente, monseñor Rino Fisichella, las palabras con las que ha introducido este encuentro, confirmando el gran compromiso de la Academia en favor de la promoción y la defensa de la vida humana.

Desde que, a mediados del siglo XIX, el abad agustino Gregor Mendel descubrió las leyes de la herencia de los caracteres, hasta el punto de que se le ha considerado el fundador de la genética, esta ciencia ha dado pasos gigantescos en la comprensión del lenguaje que está en la base de la información biológica y que determina el desarrollo de un ser vivo. Por este motivo, la genética moderna desempeña un papel de particular importancia dentro de las disciplinas biológicas que han contribuido al prodigioso desarrollo de los conocimientos sobre la arquitectura invisible del cuerpo humano y los procesos celulares y moleculares que presiden sus múltiples actividades.

Hoy la ciencia ha llegado a desvelar tanto los diferentes mecanismos recónditos de la fisiología humana, como los procesos que están vinculados a la aparición de algunos defectos heredables de los padres, así como procesos que hacen que algunas personas queden más expuestas al riesgo de contraer una enfermedad. Estos conocimientos, fruto del ingenio y del esfuerzo de innumerables estudiosos, permiten llegar más fácilmente no sólo a un diagnóstico más eficaz y precoz de las enfermedades genéticas, sino también a producir terapias destinadas a aliviar los sufrimientos de los enfermos y, en algunos casos, incluso a devolverles la esperanza de recobrar la salud. Además, desde que se dispone de la secuencia de todo el genoma humano, también las diferencias entre un sujeto y otro, y entre las diversas poblaciones humanas, se han convertido en objeto de investigaciones genéticas que permiten vislumbrar la posibilidad de nuevas conquistas.

El ámbito de la investigación sigue estando hoy muy abierto y cada día se descubren nuevos horizontes, que en gran parte están inexplorados. El esfuerzo del investigador en estos ámbitos tan enigmáticos y valiosos exige un apoyo particular; por eso, la colaboración entre las diferentes ciencias es un apoyo que no puede faltar nunca para llegar a resultados que sean eficaces y al mismo tiempo produzcan un auténtico progreso para toda la humanidad. Esta complementariedad permite evitar el riesgo de un reduccionismo genético generalizado, que tiende a

identificar a la persona exclusivamente con la referencia a la información genética y a su interacción con el ambiente.

Es necesario reafirmar que el hombre siempre será más grande que todo lo que forma su cuerpo, pues posee la fuerza del pensamiento, que siempre tiende a la verdad sobre sí mismo y sobre el mundo. Se demuestran llenas de significado las palabras de un gran pensador que fue también un buen científico, Blas Pascal: “El hombre no es más que una caña, la más débil de la naturaleza, pero es una caña pensante. No hace falta que el universo entero se arme para aplastarlo: un vapor, una gota de agua bastan para matarlo. Pero, aun cuando el universo lo aplastara, el hombre sería todavía más noble que lo que lo mata, porque sabe que muere y lo que el universo tiene de ventaja sobre él; el universo no sabe nada de esto” (*Pensamientos*, 347).

Así pues, cada ser humano es mucho más que una singular combinación de informaciones genéticas que le transmiten sus padres. La procreación de un hombre no podrá reducirse nunca a una mera reproducción de un nuevo individuo de la especie humana, como sucede con un animal cualquiera. Cada vez que aparece en el mundo una persona, se trata siempre de una nueva creación. Lo recuerdan con profunda sabiduría las palabras del Salmo: “Tú has creado mis entrañas, me has tejido en el seno materno. (...) No desconocías mis huesos cuando, en lo oculto, me iba formando” (*Sal* 139, 13.15). Por tanto, si se quiere entrar en el misterio de la vida humana, es necesario que ninguna ciencia se aísle, pretendiendo que posee la última palabra. Por el contrario, hay que compartir la vocación común para llegar a la verdad, aun con la diferencia de las metodologías y de los contenidos propios de cada ciencia.

En cualquier caso, nuestro congreso no sólo analiza los grandes desafíos que la genética debe afrontar; también estudia los riesgos de la eugenesia, práctica que ciertamente no es nueva y que en el pasado ha llevado a aplicar formas inauditas de auténtica discriminación y violencia. La desaprobación de la eugenesia utilizada con la violencia por un régimen estatal, o fruto del odio hacia una estirpe o una población, está tan profundamente arraigada en las conciencias que quedó registrada formalmente en la Declaración universal de derechos humanos. A pesar de ello, en nuestros días siguen apareciendo manifestaciones preocupantes de esta odiosa práctica, que se presenta con rasgos diversos. Es verdad que no se vuelven a proponer ideologías eugenésicas y raciales que en el pasado humillaron al hombre y provocaron enormes sufrimientos, pero se insinúa una nueva mentalidad que tiende a justificar una consideración diferente de la vida y de la dignidad de la persona fundada en el propio deseo y en el derecho individual. De este modo, se tiende a privilegiar las capacidades operativas, la eficiencia, la perfección y la belleza física, en detrimento de otras dimensiones de la existencia que no se consideran dignas. Así se debilita el respeto que se debe a todo ser humano, incluso en presencia de un defecto en su desarrollo o de una enfermedad genética, que podrá manifestarse en el transcurso de su vida, y se penaliza desde la concepción a aquellos hijos cuya vida no se considera digna de vivirse.

Es necesario reafirmar que toda discriminación ejercida por cualquier poder con respecto a personas, pueblos o etnias basándose en diferencias debidas a reales o presuntos factores genéticos, es un atentado contra la humanidad entera. Hay que reafirmar con fuerza que todo ser humano tiene igual dignidad por el hecho mismo de haber llegado a la vida. El desarrollo biológico, psíquico y cultural, o

el estado de salud, no pueden convertirse nunca en un elemento de discriminación. Por el contrario, es preciso consolidar la cultura de la acogida y del amor, que testimonian concretamente la solidaridad con quien sufre, derribando las barreras que la sociedad levanta con frecuencia discriminando a quien tiene una discapacidad o sufre patologías, o peor aún, llegando a la selección y al rechazo de la vida en nombre de un ideal abstracto de salud y de perfección física. Si se reduce al hombre a objeto de manipulación experimental desde las primeras fases de su desarrollo, eso significa que las biotecnologías médicas se rinden al arbitrio del más fuerte. La confianza en la ciencia no puede hacer olvidar el primado de la ética cuando está en juego la vida humana.

Confío en que vuestras investigaciones en este sector, queridos amigos, continúen con el debido empeño científico y la atención que la instancia ética exige al tratarse de problemas tan importantes y decisivos para el desarrollo coherente de la existencia personal. Este es el deseo con el que quiero concluir este encuentro. Invocando sobre vuestro trabajo abundantes luces celestiales, con afecto os imparto a todos vosotros una bendición apostólica especial.

S.S. BENEDICTO XVI

DISCURSO DEL SANTO PADRE BENEDICTO XVI A
LOS MIEMBROS DE LA ACADEMIA PONTIFICIA DE
CIENCIAS SOCIALES
Sala del Consistorio
Lunes 4 de mayo de 2009

Queridos hermanos en el episcopado y en el sacerdocio; distinguidos señores y señoras:

Mientras os halláis reunidos en la decimoquinta sesión plenaria de la Academia pontificia de ciencias sociales, me alegra tener esta ocasión para encontrarme con vosotros y alentaros en vuestra misión de exponer y promover la doctrina social de la Iglesia en las áreas del derecho, la economía, la política y las demás ciencias sociales. Agradeciendo a la profesora Mary Ann Glendon sus amables palabras de saludo, os aseguro mis oraciones para que el fruto de vuestras deliberaciones siga atestiguando la validez duradera de la doctrina social católica en un mundo que cambia rápidamente.

Después de estudiar el trabajo, la democracia, la globalización, la solidaridad y la subsidiariedad en relación con la doctrina social de la Iglesia, vuestra Academia ha decidido volver a la cuestión central de la dignidad de la persona humana y de los derechos humanos, un punto de encuentro entre la doctrina de la Iglesia y la sociedad contemporánea.

Las grandes religiones y filosofías del mundo han iluminado diversos aspectos de estos derechos humanos, que están expresados concisamente en “la regla de oro” que encontramos en el Evangelio: “Lo que queráis que os hagan los hombres, hacédselo también vosotros a ellos” (*Lc 6, 31*; cf. *Mt 7, 12*). La Iglesia ha afirmado siempre que los derechos fundamentales, más allá de las diferentes formas en que han sido formulados y de los diferentes grados de importancia que hayan tenido en los diversos contextos culturales, deben ser sostenidos y reconocidos universalmente porque son inherentes a la naturaleza misma del hombre, que ha sido creado a imagen y semejanza de Dios.

Si todos los seres humanos han sido creados a imagen y semejanza de Dios, en consecuencia comparten una naturaleza común que los une y que exige respeto universal. La Iglesia, asimilando la doctrina de Cristo, considera a la persona “lo más digno de la naturaleza” (santo Tomás de Aquino, *De potentia*, 9, 3) y enseña que el orden ético y político que regula las relaciones entre las personas tiene su origen en la estructura misma del ser humano. El descubrimiento de América y el consiguiente debate antropológico en la Europa de los siglos XVI y XVII llevaron a una mayor conciencia de los derechos humanos en cuanto tales y de su universalidad (*ius gentium*).

La época moderna ayudó a forjar la idea de que el mensaje de Cristo, al proclamar que Dios ama a todo hombre y a toda mujer, y que todo ser humano está llamado a amar a Dios libremente, demuestra que cada uno, independiente-

mente de su condición social y cultural, por naturaleza merece libertad. Al mismo tiempo, debemos recordar siempre que “la libertad necesita ser liberada. Cristo es su libertador” (*Veritatis splendor*, 86).

A mediados del siglo pasado, tras el gran sufrimiento causado por las dos terribles guerras mundiales y por los indecibles crímenes perpetrados por las ideologías totalitarias, la comunidad internacional adoptó un nuevo sistema de derecho internacional basado en los derechos humanos. En esto, parece haber actuado en conformidad con el mensaje de mi predecesor Benedicto XV que invitó a los beligerantes de la primera guerra mundial a “transformar la fuerza material de las armas en la fuerza moral de la ley” (“Exhortación a los gobernantes de las naciones en guerra”, 1 de agosto de 1917).

Los derechos humanos se han convertido en punto de referencia de un *ethos* universal compartido, al menos a nivel de aspiración, por la mayor parte de la humanidad. Estos derechos han sido ratificados prácticamente por todos los Estados del mundo. El concilio Vaticano II, en la declaración *Dignitatis humanae*, así como mis predecesores Pablo VI y Juan Pablo II, reafirmaron con vigor que el derecho a la vida y el derecho a la libertad de conciencia y de religión han de ocupar el centro de los derechos que brotan de la naturaleza humana misma.

Estrictamente hablando, estos derechos humanos no son verdades de fe, aunque pueden descubrirse, y de hecho adquieren plena luz, en el mensaje de Cristo que “manifiesta plenamente el hombre al propio hombre” (*Gaudium et spes*, 22). Estos derechos reciben una confirmación ulterior desde la fe. Con todo, es evidente que los hombres y las mujeres, viviendo y actuando en el mundo físico como seres espirituales, perciben la presencia penetrante de un *logos* que les permite distinguir no sólo entre lo verdadero y lo falso, sino también entre el bien y el mal, entre lo mejor y lo peor, entre la justicia y la injusticia.

Esta capacidad de discernir, esta actuación radical, permite a toda persona descubrir la “ley natural”, que no es sino una participación en la ley eterna: “unde... *lex naturalis nihil aliud est quam participatio legis aeternae in rationali creatura*” (santo Tomás de Aquino, *Summa Theologiae* I-II, 91, 2). La ley natural es una guía universal que todos pueden reconocer y sobre esta base todos pueden comprenderse y amarse recíprocamente. Por tanto, los derechos humanos, en última instancia, están enraizados en una participación de Dios, que ha creado a toda persona humana con inteligencia y libertad. Si se ignora esta sólida base ética y política, los derechos humanos se debilitan, pues quedan privados de su fundamento.

La acción de la Iglesia en la promoción de los derechos humanos se apoya, por consiguiente, en la reflexión racional, de modo que estos derechos se pueden presentar a toda persona de buena voluntad, independientemente de su afiliación religiosa. Sin embargo, como he observado en mis encíclicas, por una parte, la razón humana debe ser constantemente purificada por la fe, porque corre siempre el peligro de cierta ceguera ética causada por las pasiones desordenadas y por el pecado; y, por otra, dado que cada generación y cada persona debe volver a apropiarse de los derechos humanos y la libertad humana –que procede por elecciones libres– siempre es frágil, la persona humana necesita la esperanza incondicional y el amor, que sólo pueden encontrarse en Dios y que llevan a participar en la justicia y la generosidad de Dios a los demás (cf. *Deus caritas est*, 18, y *Spe salvi*, 24).

Esta perspectiva dirige la atención hacia uno de los problemas sociales más graves de las últimas décadas, como es la conciencia creciente –que ha surgido en parte con la globalización y con la actual crisis económica– de un flagrante contraste entre la *atribución* equitativa de derechos y el *acceso* desigual a los medios para lograr esos derechos. Para los cristianos que pedimos regularmente a Dios: “Danos hoy nuestro pan de cada día”, es una tragedia vergonzosa que la quinta parte de la humanidad pase aún hambre. Para garantizar un adecuado abastecimiento de alimentos y la protección de recursos vitales como el agua y la energía, todos los líderes internacionales deben colaborar, mostrándose disponibles a trabajar de buena fe, respetando la ley natural y promoviendo la solidaridad y la subsidiariedad con las regiones y los pueblos más necesitados del planeta, como la estrategia más eficaz para eliminar las desigualdades sociales entre países y sociedades, y para aumentar la seguridad global.

Queridos amigos, queridos académicos, a la vez que os exhorto a que en vuestras investigaciones y deliberaciones seáis testigos creíbles y coherentes de la defensa y de la promoción de estos derechos humanos no negociables que se fundan en la ley divina, os imparto de corazón mi bendición apostólica.

S.S. BENEDICTO XVI

DISCURSO DEL SANTO PADRE BENEDICTO XVI A LOS PARTICIPANTES EN EL PRIMER ENCUENTRO EUROPEO DE ESTUDIANTES UNIVERSITARIOS

Sala de las Bendiciones
Sábado 11 de julio de 2009

Señor cardenal; venerados hermanos en el episcopado y en el sacerdocio; queridos hermanos y hermanas:

Gracias de corazón por vuestra visita, que tiene lugar el día de la fiesta de san Benito, patrono de Europa, con ocasión del primer Encuentro europeo de estudiantes universitarios, promovido por la Comisión de catequesis, escuelas y universidades del Consejo de las Conferencias episcopales de Europa (CCEE). A cada uno de los presentes doy mi más cordial bienvenida. Saludo, en primer lugar, al obispo Marek Jedraszewski, vicepresidente de la Comisión, y le agradezco las palabras que me ha dirigido en vuestro nombre. Saludo en especial al cardenal vicario Agostino Vallini y le manifiesto toda mi gratitud por el valioso servicio que la pastoral universitaria de Roma presta a la Iglesia que está en Europa. Y no puedo menos de elogiar a monseñor Lorenzo Leuzzi, animador infatigable de la oficina diocesana. Saludo también con profundo reconocimiento al profesor Renato Lauro, rector magnífico de la Universidad de Roma Tor Vergata. Y dirijo mi saludo sobre todo a vosotros, queridos jóvenes: ¡Bienvenidos a la casa de Pedro! Perteneceís a treinta y una naciones, y os estáis preparando para asumir, en la Europa del tercer milenio, importantes funciones y tareas. Sed siempre conscientes de vuestras potencialidades y, al mismo tiempo, de vuestras responsabilidades.

¿Qué espera la Iglesia de vosotros? El tema mismo sobre el que estáis reflexionando sugiere la respuesta oportuna: “Nuevos discípulos de Emaús. Como cristianos en la Universidad”. Tras el encuentro europeo de profesores celebrado hace dos años, también vosotros, los estudiantes, os reunís ahora para ofrecer a las Conferencias episcopales de Europa vuestra disponibilidad para proseguir en el camino de elaboración cultural que san Benito intuyó necesario para la maduración humana y cristiana de los pueblos de Europa. Esto puede realizarse si vosotros, como los discípulos de Emaús, os encontráis con el Señor resucitado en la experiencia eclesial concreta y, de modo particular, en la celebración eucarística. “En cada misa –recordé a vuestros coetáneos hace un año durante la Jornada mundial de la juventud en Sydney– desciende nuevamente el Espíritu Santo, invocado en la plegaria solemne de la Iglesia, no sólo para transformar nuestros dones del pan y del vino en el Cuerpo y la Sangre del Señor, sino también para transformar nuestra vida, para hacer de nosotros, con su fuerza, “un solo cuerpo y un solo espíritu en Cristo”” (*Homilía en la misa de clausura*, 20 de julio de 2008: *L’Osservatore Romano*, edición en lengua española, 25 de julio de 2008, p.12).

Vuestro compromiso misionero en el ámbito universitario consiste, por tanto, en testimoniar el encuentro personal que habéis tenido con Jesucristo, Verdad que ilumina el camino de todo hombre. Del encuentro con él es de donde brota la “novedad del corazón” capaz de dar una nueva orientación a la existencia per-

sonal; y sólo así se convierte en fermento y levadura de una sociedad vivificada por el amor evangélico.

Como es fácil comprender, también la acción pastoral universitaria debe expresarse entonces en todo su valor teológico y espiritual, ayudando a los jóvenes a que la comunión con Cristo los lleve a percibir el misterio más profundo del hombre y de la historia. Y precisamente por su específica acción evangelizadora, las comunidades eclesiales comprometidas en esa acción misionera, como por ejemplo las capellanías universitarias, pueden ser el lugar de la formación de creyentes maduros, hombres y mujeres conscientes de ser amados por Dios y estar llamados, en Cristo, a convertirse en animadores de la pastoral universitaria.

En la Universidad la presencia cristiana es cada vez más exigente y al mismo tiempo fascinante, porque la fe está llamada, como en los siglos pasados, a prestar su servicio insustituible al conocimiento, que en la sociedad contemporánea es el verdadero motor del desarrollo. Del conocimiento, enriquecido con la aportación de la fe, depende la capacidad de un pueblo de saber mirar al futuro con esperanza, superando las tentaciones de una visión puramente materialista de nuestra esencia y de la historia.

Queridos jóvenes, vosotros sois el futuro de Europa. Inmersos en estos años de estudio en el mundo del conocimiento, estáis llamados a invertir vuestros mejores recursos, no sólo intelectuales, para consolidar vuestra personalidad y para contribuir al bien común. Trabajar por el desarrollo del conocimiento es la vocación específica de la Universidad, y requiere cualidades morales y espirituales cada vez más elevadas frente a la vastedad y la complejidad del saber que la humanidad tiene a su disposición. La nueva síntesis cultural, que en este tiempo se está elaborando en Europa y en el mundo globalizado, necesita la aportación de intelectuales capaces de volver a proponer en las aulas académicas el mensaje sobre Dios, o mejor, de hacer que renazca el deseo del hombre de buscar a Dios –“*quaerere Deum*”– al que me he referido en otras ocasiones.

A la vez que doy las gracias a todos los que trabajan en el campo de la pastoral universitaria, bajo la guía de los organismos del Consejo de Conferencias episcopales de Europa, espero que prosiga el fructífero camino emprendido desde hace algunos años y por el que expreso mi más vivo aprecio y aliento. Estoy seguro de que vuestro encuentro de estos días en Roma podrá indicar ulteriores etapas por recorrer hacia una planificación más orgánica, que favorezca la participación y la comunión entre las diversas experiencias que ya están en marcha en muchos países. Vosotros, queridos jóvenes, contribuid, juntamente con vuestros profesores, a crear laboratorios de la fe y de la cultura, compartiendo el esfuerzo del estudio y de la investigación con todos los amigos que encontréis en la Universidad.

Amad vuestras universidades, que son gimnasios de virtud y de servicio. La Iglesia en Europa confía mucho en el generoso compromiso apostólico de todos vosotros, consciente de los desafíos y de las dificultades, pero también de las grandes potencialidades de la acción pastoral en el ámbito universitario. Por mi parte, os aseguro el apoyo de la oración, y sé que puedo contar con vuestro entusiasmo, con vuestro testimonio y sobre todo con vuestra amistad, que hoy me habéis manifestado y que os agradezco de corazón.

Que san Benito, patrono de Europa y mi patrono personal en el pontificado, y sobre todo la Virgen María, a quien invocáis como *Sedes Sapientiae*, os acompañen y guíen vuestros pasos. A todos imparto mi bendición.

S.S. BENEDICTO XVI

LA CARIDAD ES LA VÍA MAESTRA DE LA DOCTRINA SOCIAL DE LA IGLESIA

Publicamos una síntesis facilitada por la Oficina de Prensa de la Santa Sede de la nueva encíclica de Benedicto XVI, *“Caritas in veritate”*: La Caridad en la verdad, sobre el desarrollo humano integral en la caridad y en la verdad.

La Encíclica publicada consta de una introducción, seis capítulos y una conclusión y está fechada el 29 de junio de 2009, solemnidad de San Pedro y San Pablo.

“En la Introducción –explica la síntesis– el Papa recuerda que “la caridad es la vía maestra de la doctrina social de la Iglesia”. Por otra parte, dado el “riesgo de ser mal entendida o excluida de la ética vivida”, advierte de que *“un cristianismo de caridad sin verdad se puede confundir fácilmente con una reserva de buenos sentimientos, provechosos para la convivencia social, pero marginales”*.

“El desarrollo (...) necesita esta verdad”, escribe Benedicto XVI y analiza “dos criterios orientadores de la acción moral: la justicia y el bien común. (...) Todo cristiano está llamado a esta caridad, según su vocación y sus posibilidades de incidir en la polis. Ésta es la vía institucional del vivir social”.

El primer capítulo está dedicado al Mensaje de la *“Populorum progressio”* de Pablo VI, que “reafirmó la importancia imprescindible del Evangelio para la construcción de la sociedad según libertad y justicia”. “La fe cristiana –escribe Benedicto XVI– se ocupa del desarrollo no apoyándose en privilegios o posiciones de poder (...) sino sólo en Cristo”. El Pontífice evidencia que *“las causas del subdesarrollo no son principalmente de orden material”*. Están, ante todo, en la voluntad, el pensamiento y todavía más “en la falta de fraternidad entre los hombres y los pueblos”.

“El desarrollo humano en nuestro tiempo” es el tema del segundo capítulo. *“El objetivo exclusivo del beneficio, cuando es obtenido mal y sin el bien común como fin último –reitera el Papa– corre el riesgo de destruir riqueza y crear pobreza”*. Y enumera algunas distorsiones del desarrollo: una actividad financiera “en buena parte especulativa”, los flujos migratorios “frecuentemente provocados y después no gestionados adecuadamente o la explotación sin reglas de los recursos de la tierra”. Frente a esos problemas ligados entre sí, el Papa invoca “una nueva síntesis humanista”, constatando después que “el cuadro del desarrollo se despliega en múltiples ámbitos: (...) crece la riqueza mundial en términos absolutos, pero aumentan también las desigualdades (...) y nacen nuevas pobrezas”.

“En el plano cultural –prosigue– (...) las posibilidades de interacción” han dado lugar a “nuevas perspectivas de diálogo”, (...) pero hay un doble riesgo”. En primer lugar, “un eclecticismo cultural” donde las culturas se consideran “sustancialmente equivalentes”. El peligro opuesto es el de “rebajar la cultura y homologar los (...) estilos de vida”. Benedicto XVI recuerda *“el escándalo del hambre”* y auspicia *“una ecuánime reforma agraria en los países en desarrollo”*.

Asimismo, el Pontífice evidencia que el respeto por la vida “en modo alguno puede separarse de las cuestiones relacionadas con el desarrollo de los pueblos”

y afirma que *“cuando una sociedad se encamina hacia la negación y la supresión de la vida acaba por no encontrar la motivación y la energía necesarias para esforzarse en el servicio del verdadero bien del hombre”*.

Otro aspecto ligado al desarrollo es el *“derecho a la libertad religiosa. La violencia –escribe el Papa– frena el desarrollo auténtico”* y esto *“ocurre especialmente con el terrorismo de inspiración fundamentalista”*.

“Fraternidad, desarrollo económico y sociedad civil” es el tema del tercer capítulo, que se abre con un elogio de la experiencia del don, no reconocida a menudo, *“debido a una visión de la existencia que antepone a todo la productividad y la utilidad. (...) El desarrollo, (...) si quiere ser auténticamente humano, necesita en cambio dar espacio al principio de gratuidad”,* y por cuanto se refiere al mercado la lógica mercantil, ésta debe estar *“ordenada a la consecución del bien común, que es responsabilidad sobre todo de la comunidad política”*.

Retomando la encíclica *“Centesimus annus”*, indica *“la necesidad de un sistema basado en tres instancias: el mercado, el Estado y la sociedad civil”* y espera en *“una civilización de la economía”*. Hacen falta *“formas de economía solidaria”* y *“tanto el mercado como la política tienen necesidad de personas abiertas al don recíproco”*.

El capítulo se cierra con una nueva valoración del fenómeno de la globalización, que no se debe entender sólo como *“un proceso socioeconómico”*. (...) La globalización necesita *“una orientación cultural personalista y comunitaria abierta a la trascendencia (...) y capaz de corregir sus disfunciones”*.

En el cuarto capítulo, la Encíclica trata el tema del *“Desarrollo de los pueblos, derechos y deberes, ambiente”*. *“Gobierno y organismos internacionales –se lee– no pueden olvidar “la objetividad y la indisponibilidad” de los derechos. A este respecto, se detiene en las “problemáticas relacionadas con el crecimiento demográfico”*.

Reafirma que la sexualidad no se puede *“reducir a un mero hecho hedonístico y lúdico”*. Los Estados, escribe, *“están llamados a realizar políticas que promuevan la centralidad de la familia”*.

“La economía –afirma una vez más– tiene necesidad de la ética para su correcto funcionamiento; no de cualquier ética sino de una ética amiga de la persona”. La misma centralidad de la persona, escribe, debe ser el principio guía *“en las intervenciones para el desarrollo”* de la cooperación internacional. (...) Los organismos internacionales –exhorta el Papa– deberían interrogarse sobre la real eficacia de sus aparatos burocráticos, *“con frecuencia muy costosos”*.

El Santo Padre se refiere más adelante a las problemáticas energéticas. *“El acaparamiento de los recursos”* por parte de Estados y grupos de poder, denuncia, constituye *“un grave impedimento para el desarrollo de los países pobres”*. (...) *“Las sociedades tecnológicamente avanzadas –añade– pueden y deben disminuir la propia necesidad energética”,* mientras debe *“avanzar la investigación sobre energías alternativas”*.

“La colaboración de la familia humana” es el corazón del quinto capítulo, en el que Benedicto XVI pone de relieve que *“el desarrollo de los pueblos depende sobre todo del reconocimiento de ser una sola familia”*. De ahí que, se lee, la religión cristiana puede contribuir al desarrollo *“sólo si Dios encuentra un puesto también en la esfera pública”*.

El Papa hace referencia al principio de subsidiariedad, que ofrece una ayuda a la persona “a través de la autonomía de los cuerpos intermedios”. La subsidiariedad, explica, “es el antídoto más eficaz contra toda forma de asistencialismo paternalista” y es más adecuada para humanizar la globalización”.

Asimismo, Benedicto XVI exhorta a los Estados ricos a “destinar mayores cuotas” del Producto Interno Bruto para el desarrollo, respetando los compromisos adquiridos. Y augura un mayor acceso a la educación y, aún más, a la “formación completa de la persona” afirmando que, cediendo al relativismo, se convierte en más pobre. Un ejemplo, escribe, es el del fenómeno perverso del turismo sexual. “Es doloroso constatar –observa– que se desarrolla con frecuencia con el aval de los gobiernos locales”.

El Papa afronta a continuación al fenómeno “histórico” de las migraciones. “Todo emigrante, afirma, “es una persona humana” que “posee derechos que deben ser respetados por todos y en toda situación”.

El último párrafo del capítulo lo dedica el Pontífice “a la urgencia de la reforma” de la ONU y “de la arquitectura económica y financiera internacional”. Urge “la presencia de una verdadera autoridad política mundial” (...) que goce de “poder efectivo”.

El sexto y último capítulo está centrado en el tema del “Desarrollo de los pueblos y la técnica”. El Papa pone en guardia ante la “pretensión prometeica” según la cual “la humanidad cree poderse recrear valiéndose de los ‘prodigios’ de la tecnología”. La técnica, subraya, no puede tener una “libertad absoluta”.

El campo primario “*de la lucha cultural entre el absolutismo de la tecnicidad y la responsabilidad moral del hombre es hoy el de la bioética*”, explica el Papa, y añade: “*La razón sin la fe está destinada a perderse en la ilusión de la propia omnipotencia*”. La cuestión social se convierte en “*cuestión antropológica*”. La investigación con embriones, la clonación, lamenta el Pontífice, “*son promovidas por la cultura actual*”, que “ *cree haber desvelado todo misterio*”. El Papa teme “*una sistemática planificación eugenésica de los nacimientos*”.

En la Conclusión de la Encíclica, el Papa subraya que el desarrollo “tiene necesidad de cristianos con los brazos elevados hacia Dios en gesto de oración”, de “amor y de perdón, de renuncia a sí mismos, de acogida al prójimo, de justicia y de paz”.

LA LEYENDA NEGRA SOBRE PÍO XII

I.

La leyenda negra sobre el Papa Pío XII (Eugenio Pacelli), que lo acusa de cercanía con el nazismo, tiene dos causas, según el director de *“L'Osservatore Romano”*: la propaganda comunista y las divisiones dentro de la Iglesia.

Giovanni Maria Vian las ha expuesto en una entrevista concedida a ZENIT con motivo de la publicación de un libro que ha coordinado con el título *“En defensa de Pío XII. Las razones de la historia”* (*“In difesa di Pio XII. Le ragioni della storia”*, Venezia, Marsilio, 2009).

El volumen fue presentado el miércoles pasado por el cardenal secretario de Estado, Tarcisio Bertone, y por los historiadores Giorgio Israel (Universidad de Roma La Sapienza), Paolo Mieli (Universidad de Milán, director en dos períodos del diario *“Il Corriere della Sera”*) y Roberto Pertici (Universidad de Bérgamo).

El director del diario vaticano, historiador, no duda en utilizar la expresión *“leyenda negra”*, pues de hecho el Papa Pacelli, que al morir en 1958 recibió elogios unánimes por la obra desempeñada durante la segunda guerra mundial, luego fue realmente *“demonizado”*.

¿Cómo ha sido posible un cambio tan radical de su imagen en unos pocos años, más o menos a partir de 1963?

PROPAGANDA COMUNISTA

Vian atribuye en primer lugar esta campaña contra el Papa a la propaganda comunista, que se intensificó en tiempos de la guerra fría.

“La línea asumida en los años del conflicto por el Papa y la Santa Sede, contraria a los totalitarismos pero tradicionalmente neutral, fue en la práctica favorable a la alianza contra Hitler y se caracterizó por un esfuerzo humanitario sin precedentes que salvó muchísimas vidas humanas”, observa.

“Esta línea fue de todos modos anticomunista y por esto, ya durante la guerra, el Papa comenzó a ser acusado por la propaganda soviética de complicidad con el nazismo y sus horrores”.

El historiador considera que, *“si bien Eugenio Pacelli siempre fue anticomunista, nunca pensó que el nazismo pudiera ser útil para detener al comunismo, sino todo lo contrario”*, y lo prueba con datos históricos.

En primer lugar, *“apoyó entre el otoño de 1939 y la primavera de 1940, en los primeros meses de la guerra, el intento de golpe contra el régimen de Hitler por parte de círculos militares alemanes en contacto con los británicos”*.

En segundo lugar, Vian explica que, tras el ataque de Alemania a la Unión Soviética a mediados de 1941, Pío XII en un primer momento se negó a que la Santa Sede se uniera a la *“cruzada”* contra el comunismo –como era presentada– y luego desplegó sus energías para superar la oposición de muchos católicos estadounidenses a la alianza de los Estados Unidos con la Unión Soviética contra el nazismo.

La propaganda soviética, recuerda el experto, fue recogida eficazmente por la pieza teatral *“Der Stellvertreter”* (*“El vicario”*) de Rolf Hochhuth, representada por primera vez en Berlín, el 20 de febrero de 1963, en la que se presentaba el silencio del Papa como indiferencia ante el exterminio de judíos.

Ya entonces, constata Vian, se denunció que la obra teatral relanza muchas de las acusaciones de Mijail Markovich Scheinmann en el libro *“Der Vatican im Zweiten Weltkrieg”* (*“El Vaticano en la segunda guerra mundial”*), publicado precedentemente en ruso por el Instituto Histórico de la Academia Soviética de las Ciencias, órgano de propaganda de la ideología comunista.

Y una nueva prueba de la oposición de Pío XII al nazismo es el hecho de que los jefes del Tercer Reich consideraban al Papa como un auténtico enemigo, según lo demuestran los documentos de los archivos alemanes, que no por casualidad habían sido cerrados por la Alemania comunista, y que sólo han podido ser abiertos y estudiados recientemente, como lo muestra un artículo de Marco Ansaldo en el diario italiano *“La Repubblica”* del 29 de marzo de 2007.

El libro editado por Vian recoge un texto del periodista e historiador Paolo Mieli, un escrito póstumo de Saul Israel, biólogo, médico y escritor judío, artículos de Andrea Riccardi, historiador y fundador de la Comunidad de San Egidio, de los arzobispos Rino Fisichella, presidente de la Academia Pontificia para la Vida, y Gianfranco Ravasi, presidente del Consejo Pontificio de la Cultura, del cardenal Tarcisio Bertone, secretario de Estado y, por último, la homilía y dos discursos de Benedicto XVI pronunciados en memoria de Pío XII.

DIVISIÓN ECLESIAL

Pero la *“leyenda negra”* contra Pío XII también ha tenido promotores dentro de la Iglesia, a causa de la división entre progresistas y conservadores, que se acentuó durante y después del Concilio Vaticano II, anunciado en 1959 y clausurado en 1965, afirma el director.

“Su sucesor, Juan XXIII, Angelo Giuseppe Roncalli, muy pronto fue presentado como el ‘Papa bueno’, y poco a poco fue contrapuesto a su predecesor: por el carácter y el estilo totalmente diferentes, pero también por la decisión inesperada y sorprendente de convocar un concilio”.

Las críticas católicas al Papa Pacelli habían sido precedidas, en 1939, por los interrogantes del filósofo católico francés Emmanuel Mounier, quien criticó el *“silencio”* del Papa ante la agresión italiana de Albania. Pío XII fue criticado también por *“ambientes de polacos en el exilio”* que le echaban en cara el silencio ante la ocupación alemana.

De este modo, cuando a partir de los años sesenta en la Iglesia se agudizó la polarización, los católicos que se oponían a los conservadores atacaban a Pío XII, dado que era visto como un símbolo de estos últimos, alimentando o utilizando argumentos recogidos de la *“leyenda negra”*.

JUSTICIA HISTÓRICA

El director de *“L’Osservatore Romano”* subraya que su libro no nace de un intento de defensa prejudicial del Papa, *“pues Pío XII no tiene necesidad de ‘apologetas’ que no ayudan a aclarar la cuestión histórica”.*

Por lo que se refiere a los silencios de Pío XII, no sólo ante la persecución judía (denunciada sin bombo y platillo pero criticada de manera inequívoca en el mensaje navideño de 1942 y en el discurso a los cardenales del 2 de junio de 1943), sino también ante otros crímenes nazis, el historiador subraya que esta línea de comportamiento buscaba que no se agravara la situación de las víctimas, mientras el pontífice se movilizaba para ayudarles sobre el terreno.

“El mismo Pacelli se preguntó en varias ocasiones por esta actitud. Fue, por tanto, una opción consciente y dura para él de buscar la salvación del mayor número de vidas humanas en vez de denunciar continuamente el mal con el riesgo real de que los horrores fueran más grandes todavía”, explica Vian.

En el libro, Paolo Mieli, de origen judío, afirma en este sentido: *“Aceptar las acusaciones contra Pacelli implica llevar al banquillo de los presuntos culpables, con las mismas acusaciones, a Roosevelt y Churchill, acusándoles de no haber pronunciado palabras más claras contra las persecuciones antisemitas”.*

Recordando que miembros de su familia murieron en el Holocausto, Mieli ha dicho textualmente: *“Me opongo a responsabilizar de la muerte de mis familiares a una persona que no tiene responsabilidad”.*

El libro publica también un texto inédito del Saul Israel, escrito en 1944, cuando, con los demás judíos, había encontrado refugio en el convento de San Antonio, en la Vía Merulana de Roma.

Su hijo, Giorgio Israel, que participó en la presentación del libro, añadió: *“No fue algún que otro convento o un gesto de piedad para pocos, y nadie puede pensar que toda esta solidaridad que ofrecieron las iglesias y conventos tuviera lugar sin que lo supiera el Papa o incluso sin su consentimiento. La leyenda contra Pío XII es la más absurda de todas las que circulan”.*

MÁS ALLÁ DE LA LEYENDA NEGRA

Vian explica, por último, que el libro que ha editado no pretende detenerse en la cuestión de la *“leyenda negra”*. Es más, *“medio siglo después de la muerte de Pío XII (9 de octubre de 1958) y setenta años después de su elección (2 de marzo de 1939) parece crearse un nuevo acuerdo historiográfico sobre la importancia histórica de la figura y del pontificado de Eugenio Pacelli”.*

El objetivo del libro es sobre todo contribuir a restituir a la historia y a la memoria de los católicos un Papa y un pontificado de importancia capital en muchísimos aspectos que, en la opinión pública, siguen quedando ofuscados por la polémica suscitada por la leyenda negra.

G. M. VIAN*

*Director de *L'Osservatore Romano* (Vaticano). Publicado en VivaChile.org, 26.6.2009.

II. HALLAN PRUEBA DE QUE PÍO XII ORDENÓ PROTEGER A LOS JUDÍOS

El relator de la causa de beatificación del papa Pío XII, padre Peter Gumpel, reveló que obtuvo una nueva prueba de los esfuerzos del Pontífice contra la persecución nazi: Un apunte en el memorial de un monasterio romano que da cuenta de una orden directa del Santo Padre para que se reciba en el recinto a los judíos perseguidos.

En declaraciones a Radio Vaticano, el padre Gumpel informó que se trata de una nota procedente del Memorial de las Religiosas Agustinas del monasterio romano “Dei Santissimi Quattro Coronati” en la que se lee: “El Santo Padre quiere salvar a sus Hijos, también a los Judíos, y ordena que en los monasterios se dé hospitalidad a estos perseguidos”. El apunte es de noviembre de 1943 e incluye la lista de 24 personas recibidas en este monasterio como adhesión al deseo del Sumo Pontífice.

El padre Gumpel explicó que su importancia radica en ser un documento escrito, y aclaró que “hay muchos testimonios orales, no sólo de religiosas y sacerdotes, sino también de otros” sobre la labor de Pío XII, pero “con frecuencia faltan declaraciones contemporáneas escritas, cosa que dio pie a algunos –que siguen atacando a Pío XII– de contestar, diciendo: ‘No hay documentos acerca de que él haya actuado jamás durante la redada contra los judíos romanos el 16 de octubre de 1942’”.

“Esto es una falsedad total; lo único que revela es que en tiempos de persecuciones y en situaciones como las que entonces se vivían en Roma, una persona prudente no ponía las cosas por escrito, pues existía el peligro de que cayeran en manos enemigas y después se emprendieran medidas todavía más hostiles contra la Iglesia católica”, precisó.

El padre Gumpel agregó que “la obra de salvación de Pío XII –atestiguada también por muchas fuentes judías– se realizó a través de mensajeros personales –sacerdotes– que eran enviados a diversas instituciones y a casas católicas aquí, en Roma, como universidades, seminarios, parroquias, conventos de religiosas, casas de religiosos, siempre con el mensaje: ‘Abran las puertas a todos los perseguidos por los nazis’, lo que valía en primer lugar, naturalmente, para los judíos”.

Según el sacerdote, hay quienes dicen que creerán “en la obra de Pío XII a favor de los judíos sólo si contamos con un documento escrito”. Pues bien, existen dos documentos escritos: uno se envió al Obispo de Asís, monseñor Nicolini, quien lo hizo ver a su colaborador, el reverendo Brugnazzi; ambos fueron después reconocidos por el Yad Vashem como ‘justos entre las naciones’”.

“Aquí en Roma –añade– tenemos ahora este documento de la crónica de las Religiosas Agustinas de Clausura” como “una confirmación ulterior que puede ser útil ante aquellos que persistentemente quieren denigrar a Pío XII y con ello atacar a la Iglesia católica”, indicó*.

*Publicado en *Aica*/Buenos Aires, 11.3.2009.

III. PÍO XII, EL DEFENSOR DE LOS JUDÍOS

Al terminar octubre, dejo que otros analicen el espectáculo siempre igual de las elecciones municipales. Yo quisiera llamar vuestra atención sobre un asunto poco destacado, pero relevante: que también entre nosotros se ha manifestado el rebrote de antisemitismo, ya normal en otros puntos del planeta. Gabriel Zaliasnik, representante de la Comunidad Judía, tuvo que protestar contra los rayados nazis en los carteles de una candidata: “No toleraremos manifestaciones racistas en medio del proceso electoral”. Yo me sumo a la intolerancia de Zaliasnik. No podemos caer de rodillas ante el ídolo de la tolerancia cuando se usa para cubrir un ataque a la dignidad de las personas, en ninguna de sus formas. Se comienza con un rayado de esvásticas y se termina... ¿acaso no recordamos dónde?

Me uno a esa protesta, siguiendo el ejemplo de Su Santidad Pío XII, que defendió más que nadie a los judíos durante la persecución nazi. Tras una campaña inicua de desprestigio, ha llegado la hora de que judíos y cristianos reivindicemos su figura. Así lo ha entendido Gary Krupp, judío, fundador de la Fundación “Pave the Way”, que promueve el entendimiento entre los cristianos y sus hermanos mayores en la fe de Abraham. Entre otras iniciativas, impulsó un acucioso estudio sobre la controversia en torno a Pío XII y el Holocausto. Es oportuno destacar esta iniciativa, especialmente cuando se produce una coincidencia de alto valor simbólico: el pasado 9 de octubre los hebreos celebraron el Día de Yom Kipur, al mismo tiempo que se cumplía el aniversario quincuagésimo de la muerte de Pío XII.

El Pontífice fue unánimemente aclamado en su tiempo. El New York Times lo calificó como “una voz solitaria en el silencio y la oscuridad que envuelven a Europa en esta Navidad” (1941). En 1945, el Congreso Judío Mundial le agradeció su actuación con un donativo a la Santa Sede. El gran rabino de Jerusalén, Isaac Herzog, le envió una bendición especial “por sus esfuerzos para salvar vidas judías durante la ocupación nazi de Italia”; etcétera, etcétera.

La campaña denigratoria comenzó con la operación “Butaca-12”, dirigida por la KGB y los servicios secretos comunistas. Lo sabemos por el testimonio de Ion Mihai Pacepa, ex general de la Securitate (servicio secreto rumano). La primera expresión de esta gigantesca maniobra fue la obra teatral de Rolf Hochhuth, “El Vicario” (1963), a la que se fueron añadiendo documentos falsos, el eco de autores hostiles a la Santa Sede (sobre todo católicos progresistas como John Cornwell y James Carroll) y la repetición apresurada del mito por parte de personas de buena fe, pero poco críticas o confundidas.

Finalmente, tras la multitud de nuevas pruebas, la figura del Papa Pío XII emerge reivindicada. Ronald J. Rychlak, entre muchos otros autores judíos y cristianos, ha demolido la calumnia (véase sobre todo su libro “Righteous Gentiles. How Pius XII and the Catholic Church Saved Half a Million Jews from the Nazis”, Dallas, 2005). Y es que el argumento del “silencio” de Pío XII no se sostiene: durante la persecución nazi, los obispos holandeses realizaron una denuncia clamorosa en 1942, que terminó con el 90% de los judíos de Amsterdam asesinados. También la Cruz Roja Internacional y el Consejo Ecuménico de las Iglesias guardaron silencio, en su momento, y las organizaciones humanitarias judías estuvieron de acuerdo con esa estrategia.

Recientemente, Benedicto XVI se ha dirigido a Gary Krupp, a la luz de las pruebas contundentes acumuladas, con estas palabras: “Dondequiera que fue

posible Pío XII no escatimó ningún esfuerzo para intervenir a su favor [de los judíos]”. Muchas intervenciones de Pío XII “fueron realizadas secreta y silenciosamente, precisamente porque, dada la situación concreta de ese difícil momento histórico, solamente de esta manera era posible evitar lo peor y salvar el mayor número de judíos. Esta dedicación valiente y paternal fue reconocida y apreciada por las comunidades judías y los individuos” (Benedicto XVI, Discurso, 19 de septiembre de 2008). Y en la misa del 9 de octubre recién pasado, reafirmó su juicio. Citó, además, estas palabras de Golda Meir: “Cuando el martirio más espantoso ha golpeado a nuestro pueblo, durante los diez años de terror nazi, la voz del Pontífice se ha elevado a favor de las víctimas” (1958). ¿Quién podría decir que la señora Meir estaba desinformada? La desinformación comenzó después. La luz comienza a abrirse paso.

Termino con el Yom Kipur, el Día del Perdón. Es una fiesta alegre. Es una buena época para pedir perdón a Dios por cuando hemos hecho eco a las calumnias contra los inocentes, tantas veces contra los judíos –¡que nunca se nos olvide el Holocausto!–, pero también tantas veces contra un Papa santo: Pío XII.

CRISTÓBAL ORREGO*

*Doctor en Derecho y profesor de filosofía del derecho/Universidad de los Andes. Publicado en *El Mercurio*/Santiago de Chile, 26.10.2009, D-23.

CARTA DE MAGDI CRISTIANO ALLAM

Querido Director:

Lo que voy a contarte se refiere a una elección mía, de fe religiosa y de vida personal, que no quiere de ninguna manera involucrar al Corriere della Sera, del cual me honro de formar parte desde 2003, como uno de sus Vicedirectores. Te escribo, por tanto, como protagonista del hecho, como ciudadano privado.

Ayer de noche me he convertido a la religión cristiana católica, renunciando a mi anterior fe islámica. De esta manera, finalmente ha visto la luz, por gracia divina, el fruto sano y maduro de una larga gestación vivida en el sufrimiento y en la alegría, entre la profunda e íntima reflexión, y su consciente y manifiesta exteriorización. Estoy especialmente agradecido a Su Santidad el Papa Benedicto XVI, que me ha conferido los sacramentos de la iniciación cristiana, Bautismo, Confirmación y Eucaristía, en la Basílica de San Pedro, en el transcurso de la solemne celebración de la Vigilia Pascual. Y he asumido el nombre cristiano más sencillo y explícito: "Cristiano".

Desde ayer me llamo "Magdi Cristiano Allam".

Para mí ha sido el día más hermoso de mi vida. Conseguir el don de la fe cristiana el día de la Resurrección de Cristo, de manos del Santo Padre es, para un creyente, un privilegio inigualable y un bien inestimable. Teniendo casi 56 años, es un hecho histórico, excepcional e inolvidable, que señala un cambio radical y definitivo respecto al pasado. El milagro de la resurrección de Cristo ha reverberado en mi alma, librándola de las tinieblas de una predicación donde el odio y la intolerancia con los "diferentes", condenados acríticamente como "enemigos", prevalecen sobre el amor y el respeto del "prójimo" que es siempre y en todas partes "persona". Mi mente se ha liberado del oscurantismo de una ideología que legitima la mentira y la disimulación, la muerte violenta que induce al homicidio y al suicidio, la ciega sumisión y la tiranía, y he podido adherirme a la auténtica religión de la Verdad, de la Vida y de la Libertad. En mi primera Pascua como cristiano, no sólo he descubierto a Jesús, sino que he descubierto por primera vez el verdadero y único Dios, que es Dios de la Fe y de la Razón.

EL PUNTO DE LLEGADA

Mi conversión al catolicismo es el punto de llegada de una gradual y profunda meditación interior, de la cual no habría podido sustraerme, puesto que desde hace cinco años estoy obligado a llevar una vida blindada, con vigilancia fija de mi casa y escolta de policías permanente, a causa de las amenazas y de las condenas a muerte de los extremistas y de los terroristas islámicos, tanto de los que residen en Italia como de otros del exterior. He tenido que preguntarme sobre la actitud de quienes han emitido públicamente las *fatwe* (declaración por la que cualquiera

puede matarlo) de los responsables jurídicos islámicos, denunciándome a mí, que era musulmán, como “enemigo del Islam”, “hipócrita cristiano copto que finge ser musulmán para dañar al Islam”, “mentiroso y difamador del Islam”, legitimando así mi condena a muerte. Me he preguntado cómo es posible que alguien como yo, que ha luchado con convicción y hasta el cansancio por un “Islam moderado”, asumiendo la responsabilidad de exponerse en primera persona a las denuncias del extremismo y del terrorismo islámico, haya terminado por ser condenado a muerte en nombre del Islam, basándose en una legitimación del Corán.

Por esto he llegado a comprender que, más allá de la contingencia de los fenómenos extremistas y del terrorismo islámico a nivel mundial, la raíz del mal está inscrita en un Islam que es fisiológicamente violento e históricamente conflictivo.

Paralelamente, la Providencia me ha hecho encontrar personas católicas practicantes de buena voluntad que, en virtud de su testimonio y de su amistad, han llegado a ser un punto de referencia en el plano de la certeza de la verdad y de la solidez de los valores.

Me refiero en primer lugar a muchos amigos de Comunión y Liberación, con don Julián Carrón a la cabeza. A religiosos como don Gabriel Mangiarotti, Sor Maria Gloria Riva, don Carlo Maurizi y al Padre Yohannis Lahzi Gaid; al descubrimiento de los salesianos, gracias a don Angelo Tengattini y a don Maurizio Verlezza, que culminó en la amistad con el Rector Mayor, don Pascual Chávez Villanueva, y hasta el abrazo con altos prelados de gran humanidad, como el cardenal Tarcisio Bertone, monseñor Luigi Negri, Giancarlo Vecerrica, Gino Romanazzi y, sobre todo, don Bruno Fisichella, que me ha seguido en mi trayectoria espiritual de aceptación de la fe cristiana. Pero, sin duda, el encuentro más extraordinario y significativo en mi decisión de convertirme ha sido el del Papa Benedicto XVI, al que he admirado y defendido como musulmán por su maestría al señalar el ligamen indisoluble entre la fe y la razón, como fundamento de la auténtica religión y de la civilización humana, y al cual adhiero plenamente como cristiano para llenarme de nueva luz en el cumplimiento de la misión que Dios me ha reservado.

LA ELECCIÓN Y LAS AMENAZAS

Querido Director, me has preguntado si no temo por mi vida, sabiendo que la conversión al cristianismo me acarrearé una enésima y muy grave condena a muerte por apostasía. Tienes toda la razón. Sé bien a lo que me expongo, pero me enfrento a ello con la cabeza alta, con la espalda derecha y con la solidez interior del que tiene la certeza de la propia fe. Y lo haré aún más después del gesto histórico y valeroso del Papa, quien desde que conoció mi deseo, enseguida aceptó administrarme él mismo los sacramentos de la iniciación cristiana. Su Santidad ha lanzado un mensaje explícito y revolucionario a una Iglesia que hasta ahora ha sido demasiado prudente en la conversión de los musulmanes, absteniéndose de hacer proselitismo en los países de mayoría islámica y callando sobre la realidad de los convertidos en los países cristianos. Por miedo. Por el miedo de no poder ayudar a los convertidos, condenados a muerte por apostasía, y por el miedo de las represalias que podrían tener los cristianos que viven en los países islámicos. Benedicto XVI, con su testimonio, está diciendo que es nece-

sario vencer el miedo y no tener ningún temor de afirmar la verdad sobre Jesús, también a los musulmanes.

BASTA DE VIOLENCIA

Por mi parte, yo digo que ya es hora de poner fin a la arbitrariedad y a la violencia de los musulmanes que no respetan la libertad de elección religiosa. En Italia hay millares de convertidos al Islam que viven serenamente su nueva fe. Pero también hay millares de musulmanes convertidos al cristianismo que son constreñidos a silenciar su nueva fe por miedo de ser asesinados por los extremistas islámicos que están entre nosotros.

Por una de esas “casualidades” en las que se ve la mano discreta del Señor, mi primer artículo escrito en el *Corriere* el 3 de setiembre de 2003 se titulaba “Las nuevas catacumbas de los islámicos convertidos”.

Era una investigación sobre algunos neocristianos que denunciaban en Italia su profunda soledad espiritual y humana, debida a la pasividad de las instituciones del Estado, que no protegen su seguridad, y al silencio de la propia Iglesia. Por eso espero que del gesto histórico del Papa y de mi testimonio obtengan el convencimiento de que ha llegado el momento de salir de las tinieblas de las catacumbas y de afirmar públicamente su voluntad de ser plenamente ellos mismos. Si aquí, en Italia, en la cuna del catolicismo, en nuestra casa, no estamos en condiciones de garantizar a todos la plena libertad religiosa, ¿cómo podremos ser creíbles cuando denunciemos la violación de esta libertad en otras partes del mundo? Ruego a Dios que esta Pascua especial lleve a la resurrección espiritual del espíritu a todos los fieles en Cristo que hasta ahora han sido dominados por el miedo*.

*Artículo publicado por Magdi Cristiano Allam, subdirector de *Il Corriere della Sera*, el pasado domingo 23 de marzo de 2008, horas después de recibir su bautismo en la Fe cristiana por Benedicto XVI, durante la Vigilia Pascual. El escrito adopta la forma de una carta dirigida al director del diario. La traducción ha sido distribuida por la *Fundación Crónica Blanca*, de jóvenes periodistas católicos.

JURISPRUDENCIA

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
DIVISIÓN DE MUNICIPALIDADES,
DIVISIÓN JURÍDICA
16.6.2009 N° 031356

Sobre prestaciones municipales de salud que se indican
y sentencia del Excmo. Tribunal Constitucional*

Se ha dirigido a esta Contraloría General la Asociación Chilena de Municipalidades, solicitando un pronunciamiento que determine si procede que las municipalidades, al amparo del artículo 56 de la Ley N° 19.378, implementen nuevas prestaciones de salud insertas en planes comunales de esa naturaleza, en los casos en que no exista política pública ministerial, teniendo en cuenta la autonomía de esas corporaciones de derecho público, establecida a nivel constitucional y legal, y las funciones que en dicho ámbito les encomienda la Ley N° 18.695.

Asimismo, el señor Jorge Reyes Zapata, como abogado patrocinante del requerimiento parlamentario ante el Excmo. Tribunal Constitucional, causa rol N° 740-2007, relativo a la inconstitucionalidad del decreto supremo N° 48, de 2007, del Ministerio de Salud, solicita que, para los fines de la atención de la consulta precedente, se tenga presente lo resuelto en dicho proceso, por cuanto, por un lado, este fallo habría modificado sustancialmente la política pública referida a las normas sobre fertilidad de las personas, contenidas en dicho decreto y, por otro, que la autonomía municipal no puede implicar una forma de defraudar el contenido material de la Carta Fundamental, respecto a la protección de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana.

Por su parte, la Municipalidad de Los Ángeles por el oficio N° 271, de 2008 –remitido por la Contraloría Regional del Bío-Bío mediante el oficio N° 6.894, de 2008–, solicita se determine la legalidad de lo expresado por la Asociación Chilena de Municipalidades respecto de la sentencia recaída en el aludido proceso, en el informe jurídico de esa Asociación que se acompaña, referido al fármaco Levonorgestrel 0,75 mg., denominado la “píldora del día después”.

En dicho informe se expresa, en síntesis, que el aludido fallo en causa rol N° 740-2007 acogió la inconstitucionalidad de una parte del decreto supremo N° 48, de 2007, del Ministerio de Salud, en lo relativo a la utilización de ese medicamento en los planes de control de fertilidad, pero no se pronunció sobre su utilización en otras normas y su incorporación al registro sanitario nacional del Instituto de Salud Pública, autorizando su venta y distribución; que en atención a la autonomía de las municipalidades y a la facultad de éstas de implementar otras prestaciones más allá de las dispuestas por la autoridad sanitaria, existirían diversas alternativas para los efectos de distribuir dicha píldora que podrían tener sustento legal; y, que a fin de velar por el principio de legalidad de las actuaciones

*Refs.: N°s. 51.656/08, 56.230/08, 83.361/08, 85.324/08.

municipales, sería conveniente obtener un pronunciamiento de la Contraloría General, sin perjuicio que el Ministerio de Salud pueda solicitar una aclaración al Tribunal Constitucional acerca del alcance de la sentencia.

Por último, 37 abogados y profesores de derecho, patrocinados por los también abogados señores Alejandro Silva Bascuñán, Francisco Cumplido Cereceda y Eduardo Soto Kloss, tras un extenso análisis jurídico de la normativa atinente a la materia, solicitan un pronunciamiento de esta Contraloría General sobre las materias que indican, vinculadas con el alcance que tendría la declaración de inconstitucionalidad de parte del citado decreto supremo N° 48, de 2007.

El Ministerio de Salud, requerido al efecto, informó en relación con la presentación de la Asociación Chilena de Municipalidades, mediante el oficio N° 5.198, de 2008, en el cual, luego de un análisis de la normativa prevista en el Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud, y en las Leyes N°s. 18.695 y 19.378, concluye que en el ejercicio de la facultad otorgada por el artículo 56 de la última ley mencionada y el principio de autonomía municipal, los municipios pueden realizar acciones de salud destinadas a entregar a la población otro tipo de prestaciones distintas a las que entregan o ejecutan en su calidad de integrantes de las Redes Asistenciales de Servicios de Salud del país, toda vez que se trataría de acciones no comprendidas en los planes y programas del Ministerio y, en definitiva, correspondería al ejercicio de sus facultades de origen constitucional y legal en la materia.

Sobre el particular, cabe tener presente que el decreto supremo N° 48, de 2007, del Ministerio de Salud, aprobó el texto que establece las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad, a cuyo cumplimiento se encuentran obligados, según lo dispone su numeral 4°, “los organismos, instituciones y los funcionarios que integran la Red Asistencial del Sistema Nacional de los Servicios de Salud, conforme lo dispuesto en el artículo 2° del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 2.763, de 1979, y las Leyes N° 18.469 y N° 18.933”.

Menester es considerar enseguida que el Excmo. Tribunal Constitucional, en el ejercicio de la facultad que le otorga el artículo 93, N° 16, de la Constitución Política, de resolver sobre la constitucionalidad de los decretos supremos, cualquiera sea el vicio invocado, y ante el requerimiento de treinta y seis diputados en ejercicio –que representan más de la cuarta parte de la Cámara de Diputados–, en virtud de la legitimación activa prevista en el citado artículo 93, inciso décimo noveno, en sentencia dictada el 18 de abril de 2008 en causa rol N° 740-2007, resolvió “Que se acoge el requerimiento únicamente en cuanto se declara que la Sección C., acápite 3.3, “Anticoncepción Hormonal de Emergencia”, así como la Sección D., “Anticoncepción en Poblaciones Específicas”, acápite 1, sólo en la parte que se refiere a la “anticoncepción de emergencia”, de las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad, que forman parte del Decreto Supremo N° 48, de 2007, del Ministerio de Salud, son inconstitucionales”.

La Sección C, acápite 3.3, “Anticoncepción Hormonal de Emergencia”, señala en su párrafo tercero “Regímenes usados” que “Como anticoncepción hormonal de emergencia se usan píldoras de levonorgestrel solo o píldoras combinadas de etinilestradiol y levonorgestrel. En ambos regímenes se utilizan las mismas hormonas que contienen algunos anticonceptivos hormonales orales de uso regular,

pero en dosis más altas y en un plazo de tiempo definido: *Régimen de levonorgestrel*. Se puede emplear de dos maneras, igualmente efectivas: a) La modalidad más conveniente para las usuarias es tomar, lo antes posible, una dosis única de 1.500 mcg de levonorgestrel. En Chile existen dos productos registrados para este fin, Postinor-2 y TACE que consisten en dos pastillas con 750 mcg de levonorgestrel que se pueden tomar juntas. b) La forma tradicional ha sido usar dos dosis de 750 mcg de levonorgestrel (LNG) cada una, la primera lo antes posible y la segunda 12 horas después. Si no están disponibles los productos registrados, se pueden reemplazar por 25 píldoras de levonorgestrel solo (30 mcg cada una) lo antes posible seguidas por otras 25 píldoras 12 horas después. Estas píldoras de levonorgestrel en minidosis se emplean como anticonceptivo durante la lactancia y hay tres presentaciones disponibles en Chile. Hasta hace poco se recomendaba iniciar el uso dentro de 72 horas de la relación no protegida. Un estudio de la OMS mostró que el levonorgestrel, usado en una o en dos dosis, también puede prevenir embarazos si se usa en el cuarto y quinto día después de la relación no protegida, aunque su eficacia anticonceptiva es menor que si se usa en las primeras 72 horas. *Régimen combinado (régimen de Yuzpe)*. Se emplean dos dosis de 100 mcg de etinil-estradiol + 500 mcg de levonorgestrel cada una, separadas por un intervalo de 12 horas, iniciándolas lo antes posible dentro de 72 horas de la relación no protegida. En Chile no están disponibles productos dedicados para este fin que contengan la dosis exacta. Como alternativa pueden usarse, por cada dosis, 30 mcg de etinil-estradiol y 0,15 mg, de levonorgestrel, las que están disponibles como anovulatorios con baja dosis de estrógenos. También se pueden prevenir embarazos con este régimen si se usa en el cuarto y quinto día después de la relación, aunque su eficacia anticonceptiva es menor que si se usa en las primeras 72 horas y menor que el del levonorgestrel”.

Por su parte, la Sección D., “Anticoncepción en Poblaciones Específicas”, acápite 1, señala en la parte que se refiere a la “*Anticoncepción de emergencia*: la AE, ya sea en píldoras de progestágeno solo o píldoras combinadas, es una buena opción para casos de emergencia, como cuando la adolescente tuvo relaciones sexuales y no se usó un método anticonceptivo, cuando el método anticonceptivo usado falló (se rompió el condón o se olvidaron las pastillas) y en caso de violación. Este método no protege de las infecciones de transmisión sexual, incluyendo el VIH/SIDA”.

A continuación, cabe tener en cuenta que el artículo 94, inciso tercero, de la Carta Fundamental, ordena que en el caso del aludido N° 16 del artículo 93, el decreto supremo impugnado quedará sin efecto de pleno derecho, con el solo mérito de la sentencia del Tribunal que acoja el reclamo.

En el contexto descrito, es necesario en primer término precisar, en lo que atañe a la competencia de este Organismo Contralor, que el Capítulo X –artículos 98 a 100– de la Constitución Política y la Ley N° 10.336, de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República le encomiendan, entre otras, la función fundamental de ejercer el control de legalidad de los actos de la Administración del Estado.

A su vez, el artículo 93 de la Constitución Política, a través del otorgamiento de las atribuciones que allí se establecen, le encarga al Tribunal Constitucional la misión de conservar la supremacía e integridad de la Constitución, mediante la

facultad de resolver conflictos jurídicos de constitucionalidad, dictando al efecto sentencias que, en su caso, con autoridad de cosa juzgada expulsan del ordenamiento jurídico el acto estatal contrario a ella, trazando de esta manera, además, líneas de demarcación para los poderes normativos en sus diferentes niveles jerárquicos y orgánicos –como sucede con la potestad reglamentaria entregada al Presidente de la República en el artículo 32, número 6 de la Constitución–, fijando igualmente límites interpretativos para todos los operadores jurídicos.

En este orden de ideas, debe señalarse que las sentencias pronunciadas por órganos que ejercen jurisdicción, fijan irrevocablemente el derecho aplicable y su acatamiento es obligatorio, debiendo agregarse, que tratándose de la jurisdicción constitucional, en lo específico, de un pronunciamiento de inconstitucionalidad de un acto administrativo normativo, como consecuencia de un requerimiento de esa especie, la resolución respectiva constituye también una peculiar fuente del derecho, por cuanto la eliminación de la norma viciada de inconstitucionalidad implica también una actividad de integración creadora del derecho.

Ahora bien, efectuadas las precisiones precedentes y relacionando de manera coherente las disposiciones constitucionales citadas con el ámbito de competencia de esta Contraloría General, teniendo en consideración el carácter sistemático del ordenamiento jurídico, menester es señalar que corresponde a este Organismo Contralor velar por la juridicidad de las actuaciones de los órganos integrantes de la Administración del Estado sometidos a su fiscalización, directamente vinculados al acto administrativo impugnado declarado inconstitucional, sin que ello de modo alguno implique entrar a determinar el alcance de la sentencia, yendo más allá de lo que ésta expresamente señale, labor del todo ajena a la competencia de esta Entidad.

En este sentido, es posible puntualizar que en la especie es manifiesto que lo declarado en el ya mencionado pronunciamiento del Excmo. Tribunal Constitucional, resulta obligatorio para todos los organismos, instituciones y funcionarios que integran la Red Asistencial del Sistema Nacional de Servicios de Salud, según se verifica del solo tenor del numeral 4° del decreto supremo N° 48, de 2007, acto administrativo normativo sobre el cual aquél recae.

Al efecto, el artículo 2°, inciso segundo, del citado Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud, señala que constituyen el Sistema Nacional de Servicios de Salud “Las personas naturales o jurídicas, públicas y privadas que laboran en salud coordinadamente dentro de los marcos fijados por el Ministerio de Salud para el cumplimiento de las normas y planes que éste apruebe”.

Procede a continuación considerar que el artículo 17, inciso primero, del mismo Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 2005, precisa el concepto de Red Asistencial del Sistema Nacional de Servicios de Salud, señalando que “la Red Asistencial de cada Servicio de Salud estará constituida por el conjunto de establecimientos asistenciales públicos que forman parte del Servicio, los establecimientos municipales de atención primaria de salud de su territorio y los demás establecimientos públicos o privados que suscriban convenios con el Servicio de Salud respectivo, conforme al artículo 2° de esta ley, los cuales deberán colaborar y complementarse entre sí para resolver de manera efectiva las necesidades de salud de la población”.

Luego, el artículo 18 del referido texto legal regula la Red Asistencial de cada Servicio de Salud, estableciendo, en lo que interesa, que se organizará con un

primer nivel de atención primaria y que los establecimientos de esta especie, sean consultorios, sean dependientes de municipios, de servicios de salud o tengan convenios con éstos, deben atender en el territorio del Servicio respectivo, la población a su cargo. Añade este precepto legal, que estos establecimientos, tanto públicos como privados, estarán supeditados a las mismas reglas técnicas y aportes financieros por tipo de población, de servicios brindados y calidad de éstos, y serán supervisados y coordinados por el Servicio de Salud respectivo, prestando con los recursos físicos y humanos de que dispongan, la atención de salud programada y de urgencia, además de las acciones de apoyo y docencia cuando correspondiera.

A su turno, los artículos 118, inciso cuarto, de la Constitución Política y 1°, inciso segundo, de la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, establecen que estas últimas son corporaciones autónomas de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio.

A continuación, el artículo 4°, letra b), de la Ley N° 18.695, previene que las municipalidades, en el ámbito de su territorio, podrán desarrollar, directamente o con otros órganos de la Administración del Estado, funciones relacionadas con la salud pública. En armonía con lo expresado, el artículo 23 de este texto legal señala, en lo pertinente, que la unidad de servicios de salud tendrá la función de asesorar al alcalde en la elaboración de las políticas concernientes a esta materia, para cuyo fin elaborará y ejecutará los programas relacionados con la salud pública y administrará los recursos humanos, materiales y financieros necesarios para ello.

Enseguida, debe recordarse que en conformidad con lo dispuesto en los artículos 9° y 10 de la referida Ley N° 18.695, las municipalidades deberán actuar, en todo caso, dentro del marco de los planes nacionales y regionales que regulen la respectiva actividad y en coordinación con el resto de los organismos de la Administración del Estado, lo que deberá efectuarse sin alterar las atribuciones y funciones que correspondan a los organismos respectivos.

Luego, el artículo 56, inciso primero de la Ley N° 19.378, Estatuto de Atención Primaria de Salud Municipal, citado por la Asociación Chilena de Municipalidades como eventual sustento jurídico para la entrega de “la píldora del día después”, sea Levonogestrol o el método combinado Yuzpe –en concordancia con las normas contenidas en los artículos 118, inciso segundo, de la Constitución y 1°, inciso segundo, y 4°, letra b), de la Ley N° 18.695, ya citados–, previene que “Los establecimientos municipales de atención primaria de salud cumplirán las normas técnicas, planes y programas que sobre la materia imparta el Ministerio de Salud. No obstante, siempre sin necesidad de autorización alguna, podrán extender, a costo municipal o mediante cobro al usuario, la atención de salud a otras prestaciones”.

Por su parte, el artículo 58 de la aludida Ley N° 19.378 regula el procedimiento a que debe someterse, para su aprobación, el proyecto de programa de salud municipal, el cual es formulado por la entidad administradora de salud municipal y debe “enmarcarse dentro de las normas técnicas del Ministerio de Salud”, las que deben ser comunicadas por éste, a través de los respectivos Servicios de Salud, a las entidades administradoras de salud municipal, a más tardar, el día 10 de septiembre del año anterior a su ejecución.

Cabe añadir, que de conformidad al artículo 2° de la misma Ley N° 19.378, las dependencias a través de las cuales los municipios realizan las acciones de salud, son, a) “Establecimientos municipales de atención primaria de salud: los consultorios generales urbanos y rurales, las postas rurales y cualquier otra clase de establecimientos de salud administrados por las municipalidades o las instituciones sin fines de lucro que los administren en virtud de convenios celebrados con ellas”; y, b) “Entidades administradoras de salud municipal: las personas jurídicas que tengan a su cargo la administración y operación de establecimientos de atención primaria de salud municipal, sean éstas las municipalidades o instituciones privadas sin fines de lucro a las que la municipalidad haya entregado la administración de los establecimientos de salud, en conformidad con el artículo 12 del Decreto con Fuerza de Ley N° 13.063, del Ministerio del Interior, de 1980”.

Como es posible advertir de las disposiciones citadas, lo que por lo demás ha sido reconocido por esta Entidad de Control en el dictamen N° 28.768, de 2000, los municipios, con el objeto de promover la salud y el desarrollo comunal, cuentan con atribuciones legales y una infraestructura orgánica para desarrollar la implementación de nuevas prestaciones de salud, insertas en planes comunales de esa naturaleza, en los casos en que no exista política pública ministerial, en la medida que tales prestaciones sean financiadas directamente por el paciente particular o haciéndose cargo el propio municipio de asumir su costo y no se las considere dentro de aquellas que sirven de base a la determinación del aporte estatal, para la atención primaria de salud municipal.

No obstante, conforme al principio de legalidad establecido en los artículos 6° y 7° de la Constitución Política y 2° de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, es condición *sine qua non* que dichas acciones se ajusten a la juridicidad vigente.

Pues bien, en la situación en análisis y considerando lo ya asentado por el Excmo. Tribunal Constitucional, en su calidad de intérprete jurídico supremo de la Constitución, en orden a que constituye una vulneración a la Carta Suprema la realización por parte de los entes integrantes de la Red Asistencial del Sistema Nacional de Servicios de Salud, de acciones que impliquen la utilización del fármaco Levonogestrol y el método combinado Yuzpe, denominados “píldora del día después”, conforme a la resolución recaída en el requerimiento de inconstitucionalidad causa rol N° 740-2007 y teniendo en cuenta que entre aquéllos se encuentran los municipios, necesario es informar que las municipalidades quedan comprendidas en el ámbito de aplicación de dicha sentencia y, en consecuencia, están jurídicamente impedidas de implementar planes o programas o realizar actividades o acciones que impliquen la utilización o entrega a cualquier título de ese fármaco, ni aun a costo municipal o mediante cobro al usuario.

De igual modo, cabe hacer presente que, de conformidad con la normativa antes comentada –en especial la contenida en los artículos 2°, inciso segundo, 3°, 17, inciso primero y 18 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud y 2° de la Ley N° 19.378–, se encuentran en la misma situación antes descrita, los demás entes públicos o privados que suscriban convenios con los organismos que integran el Sistema Nacional de Servicios de Salud, por cuanto, en su virtud, constituyen asimismo dicho sistema.

Enseguida, en cuanto a lo solicitado por el grupo de 37 abogados y profesores de derecho recurrentes, cabe precisar que a través de la respectiva presentación se

requiere, por una parte, que este Organismo Contralor declare que, como consecuencia del fallo de la especie, se habrían derogado tácitamente todos los cuerpos normativos que, sea por su materia o fines próximos, contrarían el decreto supremo N° 48, de 2007, del Ministerio de Salud, como sucedería con la resolución exenta N° 527, de 2004, y el decreto supremo N° 194, de 2005, ambos de la misma Secretaría de Estado –el primero sobre Normas y Guía Clínica para la Atención en Servicios de Urgencia de Personas Víctimas de Violencia Sexual y que autoriza la distribución de “la píldora del día después” a las mujeres que hayan sido víctimas de violación y, el segundo, que aprueba el Reglamento del Formulario Nacional de Medicamentos, en la parte que incorpora el cuestionado producto–.

A su vez, e igualmente fundamentados en la misma sentencia, los aludidos solicitantes requieren que se precise que la autoridad sanitaria ha quedado impedida de promover, realizar o permitir, en su caso, la fabricación, distribución, importación y comercialización de todo producto elaborado en base al aludido principio activo, conocido como “píldora del día después”.

En relación a estas materias, debe señalarse que las mismas implican determinar los efectos del pronunciamiento jurisdiccional de inconstitucionalidad, de parte del decreto N° 48, de 2007, del Ministerio de Salud, respecto de otros actos administrativos de esa Secretaría de Estado y, asimismo, precisar los alcances que esa sentencia tendría sobre las funciones que los artículos 59 y 70 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud, le asignan a otras entidades del sector salud, cuales son, el Instituto de Salud Pública y la Central de Abastecimiento del Sistema Nacional de Servicios de Salud, respectivamente.

Por ende, esta Contraloría General debe abstenerse de emitir pronunciamiento, acerca de dichos asuntos, en atención a que ellas exceden su ámbito de competencia, puesto que tal calificación importa determinar en sede administrativa los alcances de una sentencia de jurisdicción constitucional.

Es necesario destacar que tratándose de un fallo del Tribunal Constitucional, la referida imposibilidad de efectuar una calificación en los términos solicitados, está en concordancia con lo previsto en el artículo 94, inciso primero, de la Carta Fundamental, en cuya virtud contra las resoluciones de dicho órgano no procede recurso alguno, salvo la rectificación de errores de hecho que realice el mismo Tribunal conforme a la ley, precepto que apunta a mantener inalterado y dar cabal cumplimiento a lo resuelto por éste.

En igual sentido, la Constitución Política en el inciso tercero del mismo artículo ha consagrado el efecto directo –sin ninguna mediación o alteración de lo resuelto– de la declaración acerca de la inconstitucionalidad de un decreto, atribución que ha sido ejercida en este caso.

De esta manera, es la propia Carta Suprema la que otorga una competencia exclusiva al Tribunal Constitucional en cuanto a la decisión e interpretación de las materias que abarca su ámbito de atribuciones.

Finalmente, igual criterio procede sostener respecto de la solicitud que asimismo efectúan los últimos recurrentes, respecto del eventual sometimiento de entidades privadas a la referida declaración de inconstitucionalidad de los métodos de anticoncepción hormonal de emergencia fabricados en base al principio activo y método combinado mencionados –situación en la que se encontrarían, a modo de ejemplo, las farmacias, droguerías, almacenes farmacéuticos, botiquines y depósitos de productos farmacéuticos–, considerando que se trata de una contro-

versia surgida acerca de los alcances de una sentencia, sin perjuicio que, además, tales establecimientos están fuera del ámbito de fiscalización de esta Contraloría General conforme a la Constitución Política y su Ley Orgánica.

Transcríbase al señor Ministro de Salud, al señor Jorge Reyes Zapata, a la Contraloría Regional del Bío-Bío, a la Municipalidad de Los Ángeles y al señor Alejandro Silva Bascuñán y otros.

Saluda atentamente a Ud.

Por orden del Contralor General de la República, Sonia Doren Lois, Subcontralor General.

CORTE SUPREMA

16.4.2009

Cuasidelito de homicidio - Persona que está por nacer

VISTOS:

En los autos Rol N° 16.902 del Segundo Juzgado del Crimen de Coyhaique, por sentencia de primera instancia de ocho de agosto de dos mil seis, se condenó a José Francisco Redondo Caro y Eliana Candelaria Barría Haro, a sendas penas de sesenta y un días de reclusión menor en su grado mínimo, accesorias de suspensión de cargo y oficio público durante el tiempo de la condena y al pago de las costas de la causa, como coautores del cuasidelito previsto en el artículo 491 en relación con el artículo 490 N° 1, ambos del Código Penal, perpetrado el 1° de noviembre de 2001. A ambos se les concedió la medida alternativa de la Remisión Condicional de la pena privativa de libertad impuesta, sometiéndolos a un año de observación de la Sección de Tratamiento en el Medio Libre de Gendarmería de Chile, debiendo cumplir las condiciones establecidas en el artículo 5° de la Ley N° 18.216. La sentencia acogió con costas la demanda civil interpuesta y condenó a los acusados a pagar, solidariamente, al actor civil la suma de \$ 20.000.000, a título de daño moral, suma que deberá reajustarse según la variación que experimente el Índice de Precios al Consumidor desde la fecha de ejecutoria de esta sentencia hasta su pago efectivo, con los intereses para operaciones reajustables que se devenguen en ese mismo lapso. A fs. 1376 se complementó la sentencia, rechazándose la excepción de prescripción alegada por la defensa del acusado José Francisco Redondo Caro.

Deducidos recursos de casación en la forma y apelación, por el sentenciado Redondo Caro, y habiéndose adherido al último la parte querellante, la Corte de Apelaciones de Coyhaique, por sentencia de cinco de marzo de dos mil ocho, no hizo lugar al recurso de casación en la forma, revocó la sentencia en la parte que condenaba José Francisco Redondo Caro, absolviéndolo de la acusación fiscal y la particular por las cuales se le imputaba autoría en el cuasi delito objeto del juicio criminal y en la parte que lo condenaba a pagar solidariamente la suma de \$ 20.000.000 a título de indemnización de perjuicios por daño moral, declarando que no se hace lugar a su respecto a la demanda civil, sin costas, confirmando, en lo demás, la aludida sentencia.

La parte *querellante* de doña *Marisol de las Mercedes Monje Núñez*, a fs. 1622, presentó recurso de casación en el fondo, en contra de la referida sentencia.

A fs. 1633 se ordenó traer los autos en relación.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, previo al análisis del recurso de casación en el fondo deducido, se hace necesario considerar la existencia de un posible vicio de casación en la forma, que fue comunicado a las partes en la vista del recurso, invitándoseles a

alegar sobre dicha circunstancia atendida la facultad otorgada al tribunal en el artículo 775 del Código de Procedimiento Civil, aplicable en la especie en virtud de lo dispuesto en el artículo 535 del Código de Procedimiento Penal, para invalidar de oficio las sentencias cuando, conociendo por vía de apelación, consulta o casación o en alguna incidencia, los antecedentes manifiesten que ellas adolecen de vicios que dan lugar a la casación en la forma.

SEGUNDO: Que con arreglo a lo dispuesto en el artículo 500 números 4, 5 y 6 del Código de Procedimiento Penal, las sentencias definitivas de primera instancia y la de segunda que modifique o revoque la de otro tribunal, deben contener las consideraciones en cuya virtud se dan por probados o por no probados los hechos atribuidos a los procesados; o los que éstos alegan en su descargo, ya para negar su participación, ya para eximirse de responsabilidad, ya para atenuar ésta; las razones legales o doctrinales que sirven para calificar el delito y sus circunstancias, tanto las agravantes como las atenuantes, y para establecer la responsabilidad o irresponsabilidad civil de los procesados o de terceros citados al juicio; y, la cita de las leyes o de los principios jurídicos en que se funda el fallo. Sólo contando con dicha información será posible, para quien se sienta agraviado, realizar el correspondiente juicio crítico de la sentencia, así como facilitarse su revisión por el tribunal correspondiente.

TERCERO: Que el juez de primera instancia, en el motivo cuarto de la sentencia de primer grado, realizó el análisis de los diversos elementos de juicio que obran en el proceso, los cuales le permitieron arribar en el numeral quinto de la misma a los hechos que tuvo por acreditados, para referirse, en los razonamientos sexto y séptimo a las declaraciones prestadas por los acusados Redondo Caro y Barría Haro, y luego en los motivos siguientes, octavo y noveno, y no obstante señalar que negaron su participación, detallan los antecedentes que obran en su contra, concluyendo que de ellos se puede presumir fundadamente que ambos intervinieron como autores en el ilícito que se les imputa, manifestando en los considerandos undécimo y décimo cuarto, que conforme con lo expuesto, se tiene por establecida la existencia del “delito” investigado y la participación que a ambos acusados se les atribuye, rechazando la solicitud de absolución realizada por las defensas, refiriéndose posteriormente, en los razonamientos décimo sexto a décimo octavo, a las circunstancias que inciden en la determinación de la pena aplicable a ambos acusados. Desde los motivos décimo noveno a vigésimo sexto se hizo cargo de la acción civil deducida por la parte querellante en contra de los acusados, declarando que éstos se encuentran obligados a indemnizar el daño moral, citando las normas legales que fundamentan su decisión.

CUARTO: Que, por su parte, los jueces del fondo de segundo grado, reprodujeron la sentencia en alzada con diversas modificaciones, pero eliminaron los considerandos quinto, octavo, noveno, undécimo, décimo cuarto y décimo sexto a vigésimo sexto, y agregando diversos antecedentes del proceso, de los que da cuenta la reflexión sexta, en el séptimo señalaron los hechos que se tienen por acreditados, realizando luego los razonamientos que los llevaron a concluir, en el fundamento vigésimo primero que “ni el médico tratante ni la matrona tratante tuvieron conocimiento oportuno de las situaciones sobrevenidas a Marisol de

las Mercedes Monje Núñez después del primer monitoreo”, expresando en los considerandos siguientes las razones que los llevaron a liberar de responsabilidad al acusado José Francisco Redondo Caro, y mantener la de la matrona Eliana Candelaria Barría Haro confirmando en esa parte el fallo impugnado, no obstante que entre las citas legales sólo dejaron subsistentes los artículos 1° del Código Penal, 457 y 500 del Código de Procedimiento Penal, incorporando el artículo 456 bis del último texto legal.

QUINTO: Que, al proceder de dicha manera, los jueces de segunda instancia, dejaron la sentencia impugnada sin las debidas consideraciones en cuya virtud se dieron por probados los hechos atribuidos a la intervención de la acusada Eliana Candelaria Barría Haro e igualmente, dejaron sin análisis la acción civil deducida en su contra.

SEXTO: Que el artículo 541 N° 9 del Código de Procedimiento Penal, contempla como causal de invalidación formal el hecho de no haber sido extendida la sentencia en la forma dispuesta en la ley, remitiéndose para tales efectos a lo ordenado especialmente en el artículo 500 del Código de Procedimiento Penal, que expresamente en su ordinal 4° establece que las sentencias definitivas de primera instancia y a las de segunda que modifiquen o revoquen la de otro tribunal, deben contener entre otros requisitos “Las consideraciones en cuya virtud se dan por probados o por no probados los hechos atribuidos a los procesados; o los que éstos alegan en su descargo, ya para negar su participación, ya para eximirse de responsabilidad, ya para atenuar ésta”, así como por el numeral 5° exige que incluyan “Las razones legales o doctrinales que sirven para calificar el delito sus circunstancias, tanto las agravantes como las atenuantes, y para establecer la responsabilidad o irresponsabilidad civil de los procesados o de terceras personas citadas al juicio”, sin perjuicio que también se deben indicar las citas legales que sirven de fundamento a la decisión. Tales exigencias obligaban a los sentenciadores a explicar los motivos por los cuales de acuerdo con la ley o la doctrina, quedaba establecida la participación de la sentenciada Barría Haro en los hechos acreditados, así como las consideraciones en virtud de las cuales resultaba procedente acoger la acción civil a su respecto.

SÉPTIMO: Que, en virtud de lo expuesto este tribunal no emitirá pronunciamiento acerca del recurso de casación en el fondo deducido por la parte querellante a fs. 1622 y siguientes.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 764 y 808 del Código de Procedimiento Civil, 535 y 544 del Código de Procedimiento Penal, *se anula de oficio de forma* la sentencia de cinco de marzo de dos mil ocho, escrita de fs. 1584 a 1599 vuelta.

Díctese acto continuo, separadamente, y sin nueva vista, la sentencia de reemplazo que corresponda. Atendido lo resuelto y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 808 del Código de Procedimiento Civil, téngase por no interpuesto el recurso de casación en el fondo deducido en lo principal de fs. 1622.

Regístrese. Redacción del Ministro Sr. Ballesteros. Rol N° 1882-08.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Nibaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U., y el abogado integrante Sr. Domingo Hernández E.

SENTENCIA DE REEMPLAZO – 16.4.2009

VISTOS:

Se reproduce la sentencia en alzada, con excepción de los motivos quinto y undécimo, que se eliminan, así como el párrafo final de la letra g) del motivo cuarto, escrito a fs. 1217.

Igualmente se reproduce la sustitución de las frases indicadas en las letras a) a l) de la parte expositiva de la sentencia que se anula y su considerando sexto.

En cuanto al recurso de casación en la forma deducido por el sentenciado Redondo Caro.

PRIMERO: Que en lo principal del escrito de fs. 1250, la defensa del querellado José Francisco Redondo Caro dedujo recurso de casación en la forma en contra de la sentencia de primera instancia, fundado en la causal prevista en el artículo 541 N° 9° del Código de Procedimiento Penal, en relación con los literales 4° y 5° del artículo 500 del mismo ordenamiento, esto es, no haber sido extendida la sentencia en la forma dispuesta por la ley, al omitir las consideraciones en cuya virtud se tienen por probados o no probados los hechos atribuidos a los procesados; o los que éstos alegan en su descargo, ya para negar su participación, ya para eximirse de responsabilidad, ya para atenuar ésta; y, omitir las razones legales o doctrinales que sirven para calificar el delito y sus circunstancias, tanto las agravantes como las atenuantes, y para establecer la responsabilidad o la irresponsabilidad civil de los procesados o de terceras personas citadas al juicio, específicamente en cuanto se descartan las argumentaciones y defensas realizadas por su parte, omisión que constituye un gravamen sólo reparable con la invalidación del fallo.

SEGUNDO: Que de la lectura del fallo se advierte que contiene las consideraciones que permitieron al sentenciador de la instancia establecer el hecho punible y determinar la participación del acusado en calidad de autor del cuasidelito, todo lo que motivó el rechazo de la solicitud de absolución formulada por la defensa, desechándose también las alegaciones de atipicidad, ausencia de culpa e inexistencia de la relación causal entre la conducta desplegada y el resultado provocado, en que tal solicitud se sustentaba, sin perjuicio, además, que las anomalías que se denuncian pueden ser enmendadas por la vía de la apelación, recurso que también ha sido deducido por la asistencia jurídica del acusado, por lo que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 768 del Código de Procedimiento Civil, el presente arbitrio será rechazado.

En cuanto al recurso de apelación deducido por la defensa del acusado Redondo Caro.

TERCERO: Que en el primer otrosí de fs. 1250 el sentenciado Redondo Caro apeló de la sentencia condenatoria de primera instancia, solicitando su absolución y el rechazo de la demanda civil deducida en su contra.

Igualmente consta de autos que la sentenciada Barría Haro no se alzó en tiempo y forma en contra de la sentencia de primer grado, adhiriéndose a la apelación ya deducida en el escrito de fs. 1305, proveyéndose con una resolución de téngase presente.

CUARTO: Que para que pueda haber responsabilidad penal, por un cuasidelito del artículo 491 del Código Penal, que ha sido el objeto de la acusación dirigida en contra de José Francisco Redondo Caro y Eliana Candelaria Barría Haro, es menester que concurren copulativamente las exigencias o elementos siguientes: 1°.- que el autor sea un médico, cirujano, farmacéutico, flebotomiano o matrona y que su actuación se haya desarrollado en el ejercicio de la profesión; 2°.- que el profesional de que se trate haya actuado con negligencia culpable; 3°.- que la acción del médico o profesional de la salud haya producido un mal a la persona del paciente; 4°.- que exista relación de causalidad entre el acto culposo y el daño resultante.

QUINTO: Que con el mérito de los antecedentes descritos y relacionados en el capítulo cuarto de la sentencia de primera instancia en alzada, que constituyen presunciones judiciales que reúnen todos los requisitos del artículo 488 del Código de Procedimiento Penal, *se tienen por acreditados los siguientes hechos*: En la ciudad de Coyhaique, el día 31 de octubre de 2001, alrededor de las 23.44 horas, Marisol de las Mercedes Monje Núñez, que a la sazón presentaba un embarazo de término, ingresó con contracciones al hospital de dicha ciudad, y enterado de esta circunstancia su médico tratante particular, luego de ser informado telefónicamente del estado de la parturienta por la matrona –también particular– quien formaba parte de su equipo, que presentaba un trabajo de parto inicial, ordenó su hospitalización, instruyendo a la señalada matrona que le realizara un monitoreo fetal, procedimiento que debía ser repetido posteriormente, indicándole que si este último se manifestaba en iguales condiciones que el examen anterior la dejara en ayunas para operarla al día siguiente a las 08.00 horas, 1° de noviembre de ese año; sin embargo y encontrándose el monitor ocupado por otra paciente, la matrona particular encargó su realización a una matrona de turno del Hospital, retirándose del lugar, no obstante estar en conocimiento que los antecedentes médicos de la paciente, que se encontraba afectada de diabetes gestacional y que había sufrido tres abortos espontáneos anteriores, que ameritaban una especial atención. Una vez que el monitor pudo ser utilizado, la matrona de turno del Hospital practicó el examen requerido, cuyo resultado guardó a la espera que llegara el médico tratante a imponerse de su resultado, quien en ningún momento acudió a dicho nosocomio a examinar a la paciente e imponerse personalmente de su estado general y, en particular del resultado del monitoreo que había ordenado, pese a encontrarse en conocimiento de que su paciente había presentado con anterioridad tres abortos espontáneos y padecía de diabetes gestacional, diagnosticada a las 34 semanas de embarazo. En la madrugada del día 1° de noviembre de 2001, a las 04.00 horas, al ser examinada la paciente por otra matrona de turno del Hospital, se percató que presentaba una bradicardia fetal de 60-70 por minuto, esto es, una frecuencia cardíaca anormalmente lenta –bajo los 100 o 120 latidos por minuto–, y mientras localizaban al médico tratante, nuevamente auscultó al feto, sin lograr ahora identificar latidos. Luego de reiterados llamados al médico tratante –después

de la medianoche– de la matrona particular Barría Haro, a las 12,11 minutos del día 1° de noviembre, al que respondió “no me preocupan tanto los DIPS, pero ni cagando voy a operar a esta hora” (fs. 122 vuelta); a las 04.15 horas de la matrona institucional Valdebenito Torres; y, posteriormente otro de la matrona Barría Haro, que había regresado al hospital en esos momentos, éste, acudió al establecimiento asistencial, y al examinar a la paciente le pareció percibir una que otra contracción miocárdica, practicándole a las 04:40 horas una intervención de cesárea de extrema urgencia con la finalidad de efectuar el salvataje fetal, constatando la presencia de una doble circular de cordón umbilical en el cuello del feto, causa de la muerte de la criatura, en el claustro materno.

Las matronas de turno del hospital actuaron en su condición de profesionales que se encontraban de turno como funcionarias del hospital, sin las obligaciones respecto a la madre y el hijo por nacer, que correspondían al médico y matrona contratados especialmente para el cuidado y atención de la paciente.

SEXTO: Que los hechos expuestos configuran el cuasidelito que causa mal a la persona de Marisol de las Mercedes Monje Núñez con resultado de muerte del feto, previsto en el artículo 491 del Código Penal, y sancionado en el artículo 490 N° 1° del mismo texto legal.

SÉPTIMO: Que para calificar los hechos en esta forma, se tiene en cuenta que terceros que estaban a cargo de la atención médica obstétrica de Marisol de las Mercedes Monje Núñez, antes del parto y durante su transcurso, en el período en que comenzaron las primeras contracciones el día 31 de octubre de 2001, conociendo el hecho que se iniciaba el proceso de nacimiento con esas primeras manifestaciones fisiológicas, descuidaron la atención de la paciente y del hijo por nacer, un feto con vida en el vientre de su madre, dejaron transcurrir las horas con conocimiento de la fragilidad de los latidos de corazón que presentaba el feto, no concurrió el médico al hospital y abandonó dicho recinto la matrona, procediendo recién a las 04.40 horas del día siguiente, 1° de noviembre, a practicar en la parturienta una operación de cesárea en carácter de urgente, a fin de salvar la vida del feto que es luego extraído del vientre materno ya fallecido.

OCTAVO: Que la negligencia que se atribuye al médico ginecólogo, a cargo de la atención de la parturienta en el proceso de embarazo y parto, surge de manifiesto de la circunstancia que, no obstante la información acerca de las dificultades que presentaba la señora Monje Núñez, que padecía de diabetes y que anteriormente había sufrido tres abortos espontáneos, y del conocimiento que tenía de ella y su proceso de embarazo, además de los hechos y circunstancias que se le estaban comunicando desde el hospital, concurrió a dicho establecimiento tardíamente, para realizar un procedimiento quirúrgico de cesárea de emergencia, cuando la criatura ya había muerto.

NOVENO: Que por su parte, la negligencia que se atribuye a la matrona particular a cargo de la atención de la paciente, se manifiesta en la circunstancia de haber estado con ésta desde su ingreso al hospital el día 31 de octubre, en las últimas horas de ese día, haber advertido personalmente las dificultades que presentaba y, no obstante ello, la abandonó, dejándola encargada a una matrona y el per-

sonal de turno, que no tenían la relación y obligación de prestación de servicios como profesional particular, sin dar aviso, personalmente, como correspondía, al médico tratante, acerca de los acontecimientos que dieron lugar a los resultados dañosos ya señalados.

DÉCIMO: Que el bien jurídico protegido es la vida orgánica del feto, sujeto pasivo, para que no sufra un mal o sea víctima de él, riesgo que afectó a la madre en cuanto fue abandonada y desatendida por su médico y matrona particulares, afectando también al feto, a la criatura que estaba con vida en el claustro materno, que muere por esa falta de atención y de cuidados.

Las figuras de ilícitos que conforman el hecho principal en los cuasidelitos contra las personas, están constituidas por el homicidio y las lesiones, y también por el aborto. En el homicidio el sujeto pasivo “es otro” como lo manifiesta el artículo 391 del Código Penal, adquiriendo relevancia trascendental el sentido y alcance de la expresión en el ámbito penal. En una definición civilista “otro” es un sujeto distinto, un hombre vivo diferente del autor, que ha adquirido la calidad de persona desde el momento de su separación completa de la madre y sobrevive un momento siquiera a esa separación, como lo dispone el artículo 74 del Código Civil. En cambio, en el ámbito penal el concepto, la idea de quién es “otro”, ha ido adquiriendo una visión más acorde con la realidad y circunstancias del tipo penal de que se trata, así en los cuasidelitos y en los de negligencia médica que nos preocupa, es también “el otro” el producto de la concepción, sin lugar a dudas y discusión, a lo menos, en la etapa de nacimiento que se inicia con las primeras contracciones que sufre y experimenta la parturienta, de manera que si durante ese proceso biológico, cuya vida ha sido auscultada, fallece antes de su extracción del vientre materno, sea por operación o procedimiento médico o naturalmente, se habrá originado responsabilidad penal, si quienes debieron controlar, dirigir y realizar las actuaciones médicas y obstétricas necesarias para el parto sin consecuencias, incurrieron en negligencia como la comprobada en autos.

La calidad de persona entonces, del “otro” a que se refiere el Código Penal, no puede apreciarse con el rigor y criterios civilistas del entramado del Código Civil, así el Derecho Penal, en la salvaguardia de la vida humana, debe ir varios pasos más adelante para su debida protección por su condición de prevención y de prohibición, y si ocurre su quebrantamiento, debe propender a la inexistencia de la impunidad.

UNDÉCIMO: Que el desarrollo hasta los días de hoy, de concepciones ya liberadas de las interpretaciones tradicionales de la norma del artículo 491 del Código Penal, específicamente en cuanto al sentido y alcance de la expresión “causare mal a las personas”, que se relaciona con otra, la de “el que mate a otro” del artículo 391 del mismo texto, permiten en un examen y análisis más cercano a la filosofía y principios del Derecho Penal, advertir que no es posible mantener en la interpretación de esas normas los criterios civilistas, según los cuales el sujeto que es extraído del vientre materno, al fin del embarazo, y particularmente al término del nacimiento, no es “persona” ni es “el otro”, sino cuando ha sido separado completamente de su madre según así lo establece el artículo 74 del Código Civil, que subordina la existencia legal al nacer, al hecho de separarse completamente de su madre, y que en el inciso 2° dispone que la criatura que

muerta en el vientre materno o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás. Sin embargo, a continuación el artículo 75 dispone que “la ley protege la vida del que está por nacer, y que el juez a petición de cualquiera o de oficio, adoptará las providencias que le parezcan necesarias y adecuadas para salvaguardar la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligra”.

DUODÉCIMO: Que, como adelantamos, ideas y conceptos, vaciados en normativas legales, constitucionales y aún internacionales, han ido aclarando y precisando que la protección que el Código Penal debe otorgar al ser humano se ha extendido a individuos o sujetos con vida antes de la expulsión del vientre materno, desde la concepción, y a lo menos, durante el período, estadio o etapa del nacimiento o alumbramiento, que se inicia con las primeras contracciones que se producen en la parturienta y que termina con la expulsión natural o extracción por procedimiento quirúrgico de la placenta y el feto.

DECIMOTERCERO: Que, entre la normativa a que se alude, resulta útil mencionar las siguientes:

a) De la Ley N° 20.120, publicada en el Diario Oficial del 22 de septiembre de 2006, sobre La Investigación Científica en el Ser Humano, su Genoma, y Prohíbe la Clonación Humana, que en su artículo 1° prescribe que “Esta ley tiene por finalidad proteger la vida de los seres humanos, desde el momento de la concepción, su integridad física y psíquica, así como su diversidad e identidad genética, en relación con la investigación científica biomédica y sus aplicaciones clínicas”.

b) En la Constitución Política de la República, en el Capítulo III de los Derechos y Deberes Constitucionales, el N° 1 del artículo 19, dispone “que la Constitución asegura a todas las personas el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica y que la ley protege la vida del que está por nacer”.

c) En el Código Civil, el artículo 55, establece que “son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición”.

d) La Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, de fecha de adopción el día 22 de noviembre de 1969, en vigor en Chile desde el 21 de agosto de 1990, publicada en el diario oficial el 5 de enero de 1991, que en el capítulo II, sobre Derechos Civiles y Políticos, artículo 4° del párrafo del Derecho a la Vida, dispone: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la Ley, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.

e) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de fecha de adopción el 16 de diciembre de 1966, vigente en Chile desde el 1° de mayo de 1972, publicado en el diario oficial el 29 de abril de 1989, que en su artículo 6° numeral 1° dispone: “que el derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la Ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente”.

En lo doctrinario, se escriben artículos para revistas especializadas en materias jurídicas, entre ellas, la *Revista Actualidad Jurídica de la Universidad del Desarrollo*, se publica con el título de “Persona Humana, Autonomía Privada y

Orden Público Económico”, un texto, por el Vicedecano y Profesor de Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Enrique Alcalde Rodríguez, en relación con el tema de la personalidad natural y de los términos del artículo 74 del Código Civil, en una separata del siguiente tenor: “*Ibid.*, pág. 41. Creemos que constituye un error entender que el ‘nacimiento’, según lo define el artículo 74 aludido, marca ‘el inicio de la personalidad natural’. En efecto, de acuerdo con el artículo 55 del Código, son personas ‘todos los individuos de la especie humana’ debiendo entenderse por individuo, conforme con su acepción natural y obvia, ‘cada ser organizado sea animal o vegetal respecto de la especie a que pertenece’. De este punto de vista dado que la criatura concebida y no nacida constituye un ser único e independiente, cuya entidad no se confunde con la de sus progenitores, cabe por tanto entender que queda plenamente comprendido dentro del concepto que de la persona tiene nuestro legislador civil. Por lo demás, según el propio tenor literal del art. 74, el ‘nacimiento’ determina la ‘existencia legal de la persona’, lo cual se explica en razón de la clase de derechos de que se ocupa nuestro Código Civil, pero no implica que antes de él aquella no exista para otros efectos tanto o más importantes. Ello lo corrobora el artículo 80, el cual sí se refiere a la existencia ‘natural’ de la persona al disponer que aquélla termina con la muerte, evidenciando que ésta es diversa de su existencia legal. Asimismo, nos parece que exigir el ‘nacimiento’ como supuesto necesario para adquirir la condición de persona no implica que antes de su verificación no estemos ya frente a un sujeto humano y, por ende, titular de garantías tan esenciales como el derecho a la vida. No considerarlo así implicaría que el status de ‘persona’ dependería, en definitiva, de la definición que de tal concepto tuviere el legislador o el propio constituyente y que si hoy se asocia por algunos al hecho del parto, el día de mañana podría estar vinculado con la ‘viabilidad’ del recién nacido o cualquier otro criterio que se estableciere cumpliendo con los requisitos formales para la dictación de la norma”.

DECIMOCUARTO: Que de acuerdo con las declaraciones que los acusados prestaron en autos, relacionadas en los considerandos sexto y séptimo del fallo en alzada, ambos reconocieron haber prestado atención médica a la paciente Sra. Monje Núñez, durante el embarazo y en el proceso de parto que culminó con la ejecución de una cesárea de urgencia a efectos de realizar un salvataje fetal, sin lograrlo ya que la criatura murió en el útero materno, pero estiman que en dicha asistencia obraron con la diligencia debida.

De lo anterior y sin perjuicio de lo expresado en la sentencia en alzada, surge la necesidad de determinar si las conductas desplegadas u omitidas por el acusado apelante, se enmarcan en la figura penal tipificada en el artículo 491 del Código Penal.

DECIMOQUINTO: Que la culpa, siguiendo lo expresado por el profesor Alfredo Etcheberry, en el artículo “La culpa en la Responsabilidad Profesional Médica” (expuesto en el Seminario Internacional de Responsabilidad Profesional Médica, realizado en noviembre de 1999, publicado por la Fundación de Asistencia Legal Médica de Chile) requiere de una predecibilidad en la producción de un resultado, lo que equivale a la representación de un peligro para la vida o salud ajena, y la obligación de prever su posibilidad y conducirse de modo de evitarlo, lo que constituye el deber de cui-

dado. La extensión de ese deber de cuidado, en el ejercicio de la actividad médica o curativa, se encuentra asociado a un criterio valorativo, la negligencia culpable, en que el agente obligado hace menos de lo que impone ese deber. De esta manera el médico o profesional de la salud no debe crear un riesgo que no existía ni debe aumentar el riesgo existente más allá de los límites permitidos, lo que se encuentra regulado por la *lex artis*, que siguiendo al mismo autor se define como el conjunto de prácticas y reglas técnicas que deben observarse en el desarrollo de la actividad curativa, que regula su forma, circunstancias y precauciones que deben adoptarse en sus distintas etapas, sea en su examen, diagnóstico, pronóstico y aplicación de un tratamiento o terapia, a fin de reducir los riesgos.

DECIMOSEXTO: Que el informe del Departamento de Responsabilidades Médicas del Servicio Médico Legal, agregado de fs. 626 a 636, concluye que conforme con los antecedentes del embarazo de la paciente, no estaba indicado practicar una cesárea electiva, antes de que comenzara el trabajo de parto; que luego del ingreso a la maternidad y al practicarse el monitoreo de los latidos cardiorfetales, éste reveló poca variabilidad entre dichos latidos y su caída, bradicardia, durante las contracciones uterinas que eran poco frecuentes, lo que se explica por dos razones: la existencia de una hipoglucemia transitoria o la existencia de un feto en situación de hipoxia, aunque la decisión del médico de administrar suero glucosado fue adecuada y oportuna, pues en ese momento no había indicación de llevar a cabo la extracción inmediata del feto, pero sí estar preparado para ello. También refiere que el sufrimiento fetal agudo se produjo entre las 2 y las 4 de la madrugada del día jueves 1° de noviembre de 2001 y que la decisión del médico, una vez que fue avisado de esa situación, de intervenir de inmediato a la paciente fue adecuada y oportuna, aunque la demora en obtener el pabellón influyó en el resultado desfavorable. Igualmente explica que la compresión del cordón umbilical provoca una caída de la frecuencia cardiaca fetal de carácter bifásico, con una fase rápida seguida de una lenta, la primera se caracteriza por la rapidez con que aparece, por su gran amplitud y rápida recuperación, siendo muy semejante al DIP I, y la segunda produce la hipoxia fetal, sin embargo ninguno de los registros efectuados fueron sugerentes de la presencia de una circular de cordón, lo cual determinó que el feto continuara con un aporte reducido de oxígeno que se hizo crítico entre las 2 y las 4 de la madrugada llevándolo a la muerte pese a las medidas adoptadas por el médico tratante. (Se redujeron a ordenar telefónicamente a la matrona señora Barría Haro la hospitalización, la administración de suero glucosado, realización de monitoreo fetal y la advertencia, que si la paciente seguía en las mismas condiciones, la dejara en ayunas para operar al día siguiente a las 08,00 horas).

De acuerdo con este informe, los peritos estiman que el médico tratante, José Francisco Redondo Caro, debió haber concurrido de inmediato al centro hospitalario para atender personalmente a la paciente, después de conocer el resultado del primer monitoreo, que estableció que la Sra. Monje Núñez presentaba desaceleraciones tipo DIP I, pues una de las posibilidades diagnósticas era que el feto se encontraba en situación crítica, revelando una hipoxia fetal previa al ingreso a la maternidad, lo que no hizo.

Lo anterior resulta coincidente con lo señalado en el informe de autopsia y auditoría de muerte fetal tardía, agregado a fs. 71 y siguientes y fs. 300 y siguientes, que indica que de acuerdo a los latidos cardiorfetales hubo sufrimiento fetal, y que

se trataba de una muerte prevenible, si se hubiera diagnosticado el sufrimiento fetal al ingreso de la paciente o en los controles posteriores. También afirma que el sufrimiento fetal agudo se produjo por una circular de cordón umbilical, existiendo signos de hipoxia severa, por lo que el diagnóstico de sufrimiento fetal agudo no se realizó en forma oportuna.

A su vez, el médico informante, Dr. Carlos Iván Mansilla Andrade, a fs. 257 y 257 vuelta, expresó que la causa de la muerte del feto corresponde a un sufrimiento fetal agudo, por los antecedentes obstétricos de la cesárea, las marcas que presentaba el cuello del mortinato, y las lesiones hemorrágicas en el cordón umbilical, lo que indica que el sufrimiento fetal fue prolongado.

También resulta concordante con lo expuesto por la pediatra María Amelia Espinosa Burgos, de fs. 284 a 285, quien manifestó que la impresión clínica era que el bebé había fallecido bastantes minutos antes que se efectuara la cesárea, por haber estado completamente hipotónico y con pupilas fijas sin reacción.

Por su parte, el médico Pablo Mardones Hennicke, a fs. 372 y siguientes refirió que la causa de la muerte se debió a un sufrimiento fetal agudo como consecuencia probable de una circular de cordón umbilical y que la presencia de una diabetes mellitus gestacional puede alterar el transporte de oxígeno hacia el feto, y que ante el primer monitoreo la conducta más apropiada era pensar en la interrupción del embarazo, por la vía más expedita, pudiendo plantearse un parto vaginal si el monitoreo hubiese presentado mejoría en los próximos minutos después de las medidas adoptadas. Igualmente ratificó la declaración prestada en el sumario administrativo incoado con ocasión de estos hechos, en la que indicó que el primer registro de latidos cardiorfetales realizado a la paciente Sra. Monje Núñez no era normal, porque destaca una variabilidad muy disminuida con desaceleraciones variables en relación a sus contracciones uterinas y no corresponden a DIPS I (corresponde según el traumatólogo Cristian Lira Breitler, médico de turno, a bradicardia fetal transitoria durante la contracción uterina que afectaba a la paciente a su ingreso al hospital) y un primer monitoreo de esas características, que reflejan un estado de hipoxia fetal, orientan a pensar en un sufrimiento fetal agudo y la conducta es la interrupción del embarazo en forma perentoria por la variabilidad de latidos cardiorfetales muy disminuidos que en ningún momento presenta reactivación y la existencia de desaceleraciones variables profundas.

Coincide con lo señalado el médico Guillermo Antonio Bravo Craig, a fs. 402 vta., quien ratifica las declaraciones prestadas en el sumario administrativo, en las que indica que el primer monitoreo practicado a la paciente presenta una variabilidad disminuida y DIPS I, que en primera instancia ya habla de un compromiso fetal, por lo que la conducta médica a adoptar no ofrece mucho tiempo o demora en la acción: hospitalización, reposo de cúbito lateral izquierdo, aporte de volumen con solución glucosada y esperar 30 minutos, con monitoreo continuo, la respuesta al tratamiento. Si no se encuentra mejoría en ese periodo de tiempo tiene indicación de interrumpir el embarazo porque se está ante una hipoxia fetal.

En este punto cabe igualmente considerar que de acuerdo con el informe elaborado por el patólogo forense Dr. Belleli Barrera, la diabetes gestacional de la madre –de la que el médico y la matrona tratante estaban en conocimiento– es un aspecto relevante, y que produce efectos sobre el feto, ya que con dicho padecimiento la cifra de muerte perinatal es considerablemente más alta en comparación a la población general, que una bradicardia inferior a 120 o 100

latidos por minuto es signo de sufrimiento fetal, y que en todas las circunstancias el clínico no sólo debe atender a los signos de sufrimiento fetal sino a todos los elementos en juego en cada caso, y en éste, aún disponiéndose de registro basal con monitor electrónico, no se advirtió la presencia de un registro que indicara que las alteraciones de la frecuencia cardiaca se debieran a una circular de cordón y no a otra causa de hipoxia fetal, y que una evaluación oportuna pudo haber modificado el pronóstico fetal, porque ésta obviamente, era anterior al ingreso a la maternidad.

Conforme con lo expuesto, los profesionales señalados concuerdan en que el sufrimiento fetal agudo que en definitiva ocasionó la muerte del feto, pudo evitarse con un diagnóstico oportuno y la interrupción del embarazo de la paciente.

DECIMOSÉPTIMO: Que, por otra parte ha quedado establecido que a quien correspondía diagnosticar el estado que presentaba la paciente y el feto, era el médico tratante.

En efecto, en las guías técnicas del Servicio de Obstetricia y Ginecología del Hospital Regional de Coyhaique, en cuanto a la monitorización electrónica de la frecuencia cardiaca fetal, se describe el criterio de interpretación, para clasificarlo como reactivo o no reactivo, y se indica que dicho examen constituye la prueba de evaluación fetal primaria, el que si bien puede ser realizado por personal paramédico capacitado, el informe final del examen debe ser efectuado por perinatólogo, ya que su interpretación se relaciona con la edad gestacional, cuadro clínico y otras variables cardiográficas no mencionadas en la interpretación general analizada, pero que tienen importancia clínica en la toma de decisiones.

Lo anterior resulta refrendado por la matrona Yesenia Alejandra Valdebenito Torres, quien manifestó que el diagnóstico preciso de la paciente correspondía a latidos fetales normales y DIPS I, esto es desaceleraciones de los latidos fetales a la contracción uterina, que en la ficha clínica de la paciente se consignó que los latidos fluctuaban entre 120 y 100 por minuto, lo que resultaba normal, sin embargo al examinarla personalmente se percató que había una bradicardia fetal, pues los latidos estaban entre 60 y 70 por minutos, dando cuenta al médico de turno Dr. Lira del sufrimiento fetal pesquisado e informando a los profesionales tratantes, Dr. Redondo Caro y matrona Barría Haro. Igualmente expresó que todo monitoreo debe ser evaluado por un médico, porque las matronas sólo están capacitadas para distinguir entre un monitoreo bueno y uno malo, pero no pueden interpretarlos, por lo que el primer monitoreo practicado debió ser evaluado por su médico tratante. A la misma conclusión arriba la matrona Luisa Carrillo Martínez, quien refirió que sólo se limitó a efectuar el segundo monitoreo, el que encontró semejante con el primer registro practicado, que no le pareció de riesgo ni ominoso para el feto porque los latidos cardiofetales se encontraban dentro de los rangos normales, pero que no es responsabilidad de las matronas interpretar ni evaluar los monitoreos cardiofetales, ya que ello es de exclusiva responsabilidad del médico.

En el mismo sentido se pronunciaron los médicos Pablo Mardones Henniscke y Guillermo Antonio Bravo Craig, quienes en sus declaraciones, en las que ratificaron los dichos vertidos en el sumario administrativo realizado para investigar estos hechos, expresaron que el examen debe ser evaluado por un médico obstetra. El último indicó, además, que después de una evaluación hay siempre una conducta obstétrica que puede ir desde que la paciente pueda continuar con el embarazo

hasta la interrupción inmediata del mismo y que no se trata de un examen de fácil interpretación. También dijeron que tratándose de pacientes privados, los monitoreos son tomados por la matrona tratante y evaluados por el médico tratante.

De lo dicho queda en evidencia que la evaluación del primer monitoreo tomado por la matrona Barría Haro correspondía, en este caso al médico tratante, Redondo Caro, toda vez que se trataba de una paciente particular, a su cargo.

DECIMOCTAVO: Que de los antecedentes precisados anteriormente fluye necesariamente que una atención médica ajustada a la *lex artis*, debió considerar dentro del diagnóstico efectuado, luego de conocer el resultado del primer monitoreo efectuado a la paciente, que el feto se encontraba en un grave riesgo, lo que obviamente pudo haber modificado el curso causal de los acontecimientos.

Tal conclusión se ve refrendada por lo informado por la Sociedad Chilena de Obstetricia y Ginecología, que establece que la muerte fetal era evitable si se hubiesen realizado las acciones debidas en su momento, vale decir, información por parte de la matrona tratante de las condiciones de ingreso de la paciente y evaluación inmediata del médico tratante, y la realización de diversos exámenes derivado todo ello de un diagnóstico oportuno de sufrimiento fetal agudo, que habría obligado a la evacuación del feto por la vía más expedita de acuerdo a las condiciones obstétricas presentes.

DECIMONOVENO: Que si bien puede estimarse de acuerdo con lo manifestado en el informe del Departamento de Responsabilidades Médicas del Servicio Médico Legal, que el procedimiento médico o medidas terapéuticas adoptadas luego que el personal médico tratante tomara conocimiento del resultado del segundo monitoreo fue el adecuado, no debe perderse de vista que la etapa diagnóstica del mismo no fue la adecuada, considerando que una hipoxia fetal era una de las causas posibles del estado de la paciente.

Así, aunque en una etapa de diagnóstico no puede ser exigible la infalibilidad médica, éste (el diagnóstico) debe establecerse considerando todos los factores concurrentes de manera de poder minimizar el riesgo que ello conlleva, y siguiendo nuevamente al profesor Etcheberry, es posible establecer la responsabilidad del facultativo médico en esa temprana etapa, entre otros casos, cuando el médico aplica las medidas terapéuticas sin haber determinado el diagnóstico, como cuando éste se establece sin haber visto ni examinado a la paciente, o no se consideran las eventualidades menos frecuentes o posibles, pero que se tienen en cuenta en el plano científico, como que la hipoxia fetal podía derivarse de un sufrimiento fetal y cuando hay, simplemente, abandono de la paciente.

En este caso, se ha establecido que el médico tratante no vio ni examinó a la paciente luego que ésta ingresara por sus propios medios al establecimiento hospitalario presentando contracciones y sangrado, y sólo se limitó a recibir el informe del resultado del primer monitoreo –practicado por la matrona particular, con la que formaba equipo médico– telefónicamente, ordenando su hospitalización, sin perjuicio que además, indicó la administración de suero glucosado con lo que también dispuso de medidas terapéuticas, que no consideraron las eventualidades menos frecuentes pero posibles, como lo era la hipoxia fetal, negándose a intervenirla a esa hora, según se desprende de los dichos de la matrona Carrillo Martínez y de la acusada, la matrona particular Sra. Barría Haro.

De esta forma, el actuar del médico tratante no puede sino estimarse negligente, más aún estando en conocimiento que la paciente había presentado una diabetes gestacional en el embarazo, que de acuerdo con el Dr. Belletti en su informe de fs. 769 y siguientes, es un factor que se debe considerar, por lo que ameritaba cuidados especiales a fin de prevenir un resultado adverso, independientemente que luego de imponerse efectivamente del estado de la paciente hubiera adoptado las medidas necesarias para salvar a la criatura que la paciente llevaba en su vientre.

VIGÉSIMO: Que de esta manera se evidencia que para la asistencia médica que requería la paciente Sra. Monje Núñez se presentaron dos etapas: la primera, luego del ingreso al hospital, en la fase inicial del trabajo de parto, en que el médico tratante sin haber visto personalmente a la paciente y conformándose con lo informado telefónicamente por la matrona particular con la que formaba equipo médico, dispuso su hospitalización, la realización de monitoreos y la administración de suero glucosado a fin de intervenirla al día siguiente, es decir, sin haberse impuesto personalmente del estado que presentaba, dio instrucciones para que la misma fuese tratada por la matrona, la que no sólo no dio cumplimiento a las indicaciones recibidas, sino que además dejó a la paciente en manos de terceras personas, abandonando el recinto hospitalario. De esta forma queda manifiesto que la conducta de ambos profesionales, sin duda se aparta de la *lex artis*, puesto que omitieron el cuidado, dedicación y la realización de exámenes personales y directos que madre e hijo necesitaban en atención a su estado; y la segunda, consistente en la intervención cesárea que se le practicó a efectos de efectuar el salvataje fetal, no logrando ese objetivo, lo que si bien se ajusta a los procedimientos que rigen la materia, lo que fue sólo para constar la muerte de la criatura.

VIGESIMOPRIMERO: Que resulta necesaria alguna referencia a la cercanía de la materia en examen, frente a otras conductas que darían lugar a responsabilidad que dicen relación con la protección de la vida de la madre y del producto de la concepción. Es así que tipos delictivos fundamentales para la incriminación de las conductas atentatorias en contra de la vida humana, como el aborto y homicidio, constituyen sólo diversas instancias en la tutela del bien jurídico, con lo que se protege tanto la vida dependiente cuanto la vida independiente, así la frontera entre el homicidio y el aborto deslinda en la posibilidad de que la acción pueda o no incidir de manera directa en el producto de la concepción, sin afectar con dicha acción también la de la madre, como cuando a raíz de las maniobras abortivas se provoca su deceso, a título culposo, caso en el cual incluso pudiera estimarse que se trata de un concurso de delitos. De lo anterior se desprende que si bien de acuerdo con lo señalado por la doctrina, el aborto –en cuanto para su realización requiere dolo directo– no admitiría sanción a título de culpa y no se encuentra regulado en el título de los delitos contra las personas, ello en ningún caso implica que aquellas conductas culposas que atentan en contra de la madre, quien se erige como un sujeto pasivo de la acción desplegada, aun cuando sólo puedan afectar la vida e integridad física o psíquica de ella, no puedan ser comprendidas en las figuras previstas en los artículos 490 y 491 del Código Penal, en tanto afectan la salud integral de la primera, también tutelada por dichas figuras.

En el caso en análisis no cabe duda que las conductas, o más bien las omisiones en que incurrieron los profesionales de la salud, y especialmente el médico Redondo Caro en la atención inicial del proceso de parto, se materializaron en la madre, afectando también la vida de la hija que llevaba en su vientre, y que dependía de ella, de manera que sujeto pasivo podría ser la madre, en este caso la paciente, que no recibió la atención médica necesaria y oportuna que debía ser dispensada por el equipo médico particular tratante, quienes generaron con su comportamiento un riesgo jurídicamente desaprobado por el ordenamiento, al no tomar las medidas procedentes para instaurar un tratamiento adecuado como medio de evitar la evolución desfavorable del cuadro que se presentaba, descuidando la asistencia y vigilancia del alumbramiento y omitiendo llevar a cabo un procedimiento médico, sin respetar las reglas de la *lex artis* que resultaban obligatorias, las cuales de haber sido cumplidas, deberían haber llevado, necesariamente a la decisión de practicar oportunamente una cesárea, por lo que cabe concluir que fue el riesgo generado por la negligencia omisiva del equipo médico y no otro, el que en definitiva se materializó, directa e inequívocamente, en el resultado de muerte de la criatura que llevaba la madre en su vientre, que es quién tiene la calidad de sujeto pasivo, no obstante que los hechos provocaron en la madre un síndrome angustioso depresivo, según se desprende de los documentos agregados a fs. 1, 110 y 1.111.

VIGESIMOSEGUNDO: Que de esta forma se configura una omisión culpable y negligente de parte de los acusados –sujetos activos– en contra de la vida de la criatura que estaba por nacer –el sujeto pasivo– y que como tal queda comprendida entre las figuras protegidas por el artículo 491 del Código Penal, en relación con el artículo 490 del mismo cuerpo legal.

VIGESIMOTERCERO: Que al contestar la acusación la defensa de Redondo Caro solicitó su absolución por estimar que no concurren los elementos objetivos y subjetivos que exige el tipo penal, por cuanto, indica, que el daño presuntamente cometido lo habría sido en contra del feto, quien no puede ser sujeto pasivo, del cuasidelito imputado, que no hubo negligencia culpable en el desempeño de la profesión, por aplicación de lo expresado en la teoría de la confianza que debe imperar en el trabajo en equipo, y que no existe la relación de causalidad que sirve de base al ilícito, lo cual se rechaza toda vez que la muerte de la criatura que llevaba en su vientre la madre, es concreción de la situación de peligro que para la producción de ese resultado supuso la omisión, por su parte de los deberes de cuidado que le incumbían respecto a la asistencia ginecológica a la embarazada, aún en la etapa inicial del trabajo de parto. Resultado que no se habría producido si el acusado se hubiese ajustado al deber de cuidado que le era exigible y, en definitiva, atendido el parto en el momento oportuno, sin haber omitido los deberes más elementales que le eran exigibles para evitar el desenlace ocasionado, lo que en caso del acusado incluso conlleva una mayor reprochabilidad al actuar con dejación y olvido de los deberes técnicos que como profesional de la medicina y como jefe del equipo médico tratante le correspondían, siendo especialmente reprochable que hubiese prescindido del reconocimiento ginecológico que resultaba indispensable y obligatorio, cuya omisión no admite excusa, bastándole su control telefónico, sin que le sea posible ampararse en que la matrona incumplió sus deberes ni en que la paciente

debió ser tratada por el personal institucional del Hospital de Coyhaique, toda vez que se trataba de una paciente particular, ingresada al recinto bajo esa modalidad, de conformidad con los convenios celebrados con el Servicio de Salud para la atención de dichos pacientes en instituciones de salud pública, de acuerdo con los documentos que rolan a fs. 223 y siguientes y que se encontraba a su cargo, como jefe del equipo médico tratante, de acuerdo a lo informado a fs. 671 y siguientes, sin haber sido traspasada a la modalidad institucional.

En cuanto a la acción civil:

VIGESIMOCUARTO: Que en lo relacionado con la reserva de la acción civil que debe verificarse durante el sumario del juicio criminal, a fin de dar cumplimiento a la disposición del artículo 103 bis del Código de Procedimiento Penal, y para los fines también de poner a salvo las acciones que en su oportunidad se entablarán, de las excepciones de prescripción, y en el entendido del demandado José Francisco Redondo Caro que derechamente opone dicha excepción en el plenario del juicio fundado en que la querellante no hizo reserva de la acción civil oportunamente, consta claramente en los autos que dicha reserva fue debidamente verificada por la querellante señora Marisol de las Mercedes Monje Núñez en la sección petitoria de la querrela criminal deducida el 7 de diciembre de dos mil uno, sección en que, además de solicitar que se tenga por presentada la acción penal, insta nominativamente por la condena de los querrellados José Francisco Redondo Caro y Eliana Candelaria Barría Haro al máximo de las penas señaladas en la ley por su responsabilidad en el ilícito ya acreditado, y a continuación expresa textualmente: “sin perjuicio de las acciones civiles que me reservo deducir en su oportunidad, todo ello con expresa condena en costas”, agregado que es suficiente anuncio de la manifestación de voluntad de la querellante, de que accionará civilmente contra los responsables del delito, cumpliéndose así, a cabalidad, con la norma citada, que no obstante el empleo en dicha disposición de la expresión “debidamente cursada”, ello no significa de modo alguno que sólo se satisfaga con la interposición de una demanda con los requisitos del artículo 254 del Código del Procedimiento Civil.

Esta Corte Suprema, en diversos fallos se ha referido al tema, pareciendo necesario para aclarar conceptos la cita de algunos, entre ellos los pronunciados en las causas roles 704-02, 5605-04, 5604-05 y 6046-05, además de otros en que se mantiene la misma tesis. A modo de ejemplo se transcribe el considerando 4º de la sentencia de veintiséis de diciembre de dos mil seis, emitida en la causa Rol Nº 5604-05, que es del siguiente tenor: “Que en tal contexto, no puede pretenderse que en la etapa investigativa se ejerza formalmente la acción civil con todos los requisitos dados para el juicio plenario, sino que por el contrario, resulta bastante para satisfacer el requerimiento legislativo, cualquier manifestación expresa del actor consignada en el proceso y verificada durante el sumario, en orden a dejar establecido que ejercerá en el curso del juicio penal propiamente tal, esto es, en el plenario, las acciones civiles que pudieren derivar o ser consecuencia del delito que se está juzgando y relativos a los casos y fines que señala el artículo 10 del mismo cuerpo legal”. En ese mismo fallo, se agregó más adelante: “sin que en la especie sea menester que en tal ocasión cumpla con otra formalidad o requisito particular, por no exigirlo precepto alguno”.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 514 y 527 del Código de Procedimiento Penal, se declara: a) que se rechaza el recurso de casación en la forma deducido a fs. 1250; y, b) que se confirma en lo apelado la sentencia de ocho de agosto de dos mil seis, escrita de fs. 1201 a fs. 1248, complementada el nueve de mayo de dos mil siete, a fs. 1376, con declaración que los acusados José Francisco Redondo Caro y Eliana Candelaria Barría Haro quedan condenados como autores de un cuasidelito que causa mal a la persona de Marisol de las Mercedes Monje Núñez con resultado de la muerte del feto, cometido en las últimas horas del día 31 de octubre de 2001 y las primeras horas del día siguiente 1° de noviembre de ese año.

Se previene que el Ministro Nivaldo Segura Peña concurre al fallo teniendo particularmente en consideración los siguientes fundamentos:

PRIMERO. Que el hecho punible objeto de la acusación ha sido el que contempla el artículo 491 del Código Penal –inserto en el Título X del Libro II de los cuasidelitos– que dispone que “el médico, cirujano, farmacéutico, flebotomiano o matrona que causare mal a las personas por negligencia culpable en el desempeño de su profesión, incurrirá respectivamente en las penas del artículo anterior, esto es, reclusión o relegación menor en sus grados mínimos a medios, cuando el hecho importare crimen o la de reclusión o relegación menores en sus grados mínimos o multa de once a veinte unidades tributarias mensuales, cuando importare simple delito”.

En el tratamiento de la materia propuesta es previo analizar los siguientes puntos: 1.– si el Nasciturus es o no persona, 2.– si fallece antes del proceso de su nacimiento por negligencia médica culpable ¿qué delito es el que sirve de base a la sanción, o no existe hecho punible”.

SEGUNDO. Que, en relación al primer punto, el artículo 74 del Código Civil, inserto en el Título II del Libro I que regula el principio y fin de la existencia de la persona sanciona que “La existencia de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de la madre”. Su inciso segundo declara: “La criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás”.

A esta norma se le ha atribuido plena validez tanto en el campo del derecho civil como en el penal, al punto que es ampliamente reconocido como válido que no es posible comisión de delito de homicidio (en cualquiera de sus formas), y de lesiones, cuando la criatura por nacer muere antes de su total expulsión del claustro materno o no haya sobrevivido un momento siquiera; la ley lo protege en su tránsito formativo mediante el delito de aborto, pero éste no es posible cuando en lugar de cometerse con dolo directo, se produce el resultado de muerte del feto por culpa del facultativo. De este modo, un hecho de esta naturaleza y de tanta gravedad queda impune. “Es eso realmente lo que desea nuestra legislación”.

TERCERO. Que, esta problemática debe dilucidarse a la luz del giro que hoy ha tomado la ciencia del derecho, con particular énfasis en los Derechos Humanos regulados por las normas constitucionales vigentes y el Derecho Internacional,

que nos rigen, esto es, aquellos tratados que han sido debidamente ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

A. Conforme al señalado imperativo es obligado analizar los siguientes cuerpos legales superiores:

1.– De partida, el artículo 5° de la Constitución Política de la República dispone en su inciso 2° que “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

2.– Nuestra Constitución, cuando trata De los Derechos y Deberes Constitucionales declara en primerísimo lugar, y en lo que ahora interesa, que asegura a todas las personas: Artículo 19 “N° 1°. El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de las persona. La ley protege la vida del que está por nacer”.

3.– El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, cuyo texto promulgatorio es el Decreto N° 778, del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial de 29 de abril de 1989, desde esa fecha obliga a respetar lo que declara en su artículo 6: “El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho está protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente”.

4.– La Convención Americana sobre Derechos Humanos denominada “Pacto de San José de Costa Rica”, cuyo texto promulgatorio es el Decreto N° 873, del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial de 5 de enero de 1991, en su artículo 4° del párrafo del Derecho a la Vida, dispone: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la Ley, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.

B. En el plano de normas simplemente legales:

1.– La Ley N° 20.120, publicada en el Diario Oficial del 22 de septiembre de 2006, sobre La Investigación Científica en el Ser Humano, su Genoma, y Prohíbe la Clonación Humana, en su artículo 1° prescribe que “Esta ley tiene por finalidad proteger la vida de los seres humanos, desde el momento de la concepción, su integridad física y psíquica, así como su diversidad e identidad genética, en relación con la investigación científica biomédica y sus aplicaciones clínicas”.

2.– En el Código Civil, cuando se trata de la división de las personas, el artículo 55 establece que “son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición”.

CUARTO. Que de las normas referidas es dable arribar a las siguientes conclusiones en base a las reflexiones que se expresan en cada caso.

1.– Existe una franca contradicción entre lo que disponen los artículos 74 y 55 del Código Civil en relación del concepto “persona” que emana de ellas, que obliga a definir sus alcances.

El primero, la existencia legal la radica en el hecho del nacimiento, que ocurre con la separación completa de la madre, sobreviviendo a ello, presumiendo categóricamente que no ha existido jamás cuando la criatura muere en el vientre materno, o perece antes de estar completamente separada de la madre, o no ha sobrevivido un momento siquiera a la separación. Es la norma por la cual se estima, casi en forma absoluta, que sólo es posible atentar contra la vida del feto mediante el delito de aborto, tipificado precisamente para sancionar cuando se pone fin a la vida del nasciturus “maliciosamente”, y en ninguna otra forma. A su vez, el artículo 55, sin definir lo que entiende por “persona”, da el concepto que tiene de ellas y declara que lo son “todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición”. Si el léxico entiende por “Individuos” todos aquellos que son “de la especie humana”, en su acepción 5.– como “sujeto de derecho”; y “especie” como “conjunto de cosas semejantes entre si por tener uno o varios caracteres comunes”, ninguna duda puede haber que la norma se está refiriendo ampliamente a todos los seres humanos sin distinción, comprendiendo, por tanto a los que se forman y encuentran en el vientre materno. A ellos, precisamente, extiende además el calificativo de “personas”, voz que se utiliza profusamente en las leyes y tratados internacionales.

De lo dicho concluye que el concepto de “personas” que utiliza el artículo 74 es plenamente aplicable sólo en el campo civil, extendiendo sus normas benefactoras con anterioridad al nacimiento para efectos de protección de la vida del que está por nacer en la forma que declara en el artículo 75; sin embargo, la norma del artículo 55 es más amplia y comprensible de los “nasciturus”, a quienes le reconoce también calidad de “personas”, por tanto sujetos de derecho.

2.– Que, a su tiempo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 al declarar que: “El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho está protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente”, el “Pacto de San José de Costa Rica”, al sancionar que “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la Ley, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”, y el artículo 5º de la Constitución Política de la República disponer que “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”, normas superiores que obligan ser respetadas por los órganos del Estado, son suficientes a estos sentenciadores para concluir que el ser que está por nacer debe ser tenido como “persona”, para todos los efectos legales, particularmente en el orden penal, por tanto acreedores de protección en todo cuanto atañe a su vida, normal desarrollo, y nacimiento en las mejores condiciones. Ello conlleva a precaverlo de acciones dolosas o culpables arbitrarias –como lo declaran los Tratados invocados–, esto es, contrarias a la justicia, la razón o las leyes, dictado solo por la voluntad o el capricho, que atenten contra lo anterior, y sancionarlas cuando lo afecten.

QUINTO. Que en lo doctrinario, aparte del antecedente recordado por la sentencia en el considerandos tercero, acápite segundo, es oportuno tener en cuenta los que ahora se pasan a relacionar.

El profesor Rodolfo Figueroa García-Huidobro, en su trabajo "Concepto de Derecho a la Vida", *Ius Praxis*, Año 14-Nº 1, 2008. Universidad de Talca, pp. 261 y ss., explica cinco concepciones sobre el tema, a saber: "1.- La que entiende que el derecho a la vida consiste en el derecho a vivir, a permanecer con vida; 2.- la sugiere que el derecho a la vidas consiste en el derecho a vivir bien, a permanecer con vida; 3.- la que entiende que el derecho consiste en el derecho a recibir todo lo mínimamente necesario para no morir de inmediato; 4.- la que propone entender el derecho a la vida simplemente en el derecho a que no nos maten, 5.- la que suscribe la idea de que este derecho consisten en que no nos maten arbitrariamente, y explica, respecto a esta última, a la que adhiere, que esta concepción parte de la base que el objeto del derecho a la vida no es la vida como una realidad fenoménica sino una conducta de terceros, la de matar arbitrariamente a otro. En consecuencia, esta concepción del derecho a la vida distingue el derecho a la vida de la vida". El objeto de esta cita no es entrar en las profundidades de las ideas del autor, sino dejar constancia que en la literatura jurídica nacional varios como él se preocupan del tema y lo extienden teniendo como norte el tema del derecho a la vida como punto director de cualquiera teoría.

El distinguido profesor Alfredo Etcheberry en su "Derecho Penal", Parte Especial, T. III, Ed. Jurídica, 1997, pp. 38, comentando el inciso 2º del artículo 74 del Código Civil, expresa: "La estricta aplicación de esta regla en materia penal nos conduciría a la impunidad del aborto, ya que se trataría de un delito imposible o inexistente: la criatura a que se da muerte en el vientre materno 'se reputará no haber existido jamás'", y desde el momento que jamás ha existido, no se ha podido darle muerte. Esta absurda conclusión pone de manifiesto que esta última regla debe entenderse "se reputará no haber existido jamás para los efectos civiles". Si la más elemental lógica jurídica exige entender en esta forma el inciso segundo, es evidente que igual interpretación debe darse al inciso primero del mismo artículo, en el sentido de que la regla sobre existencia 'legal' de la persona debe entenderse establecida también para los efectos civiles, y no para los penales". Pero en lo demás mantiene su parecer de estimar que la persona humana es tal desde que nace en el concepto del inciso 1º del artículo 74 del Código Civil, y como individuo, debe estar vivo con existencia independiente, y agrega: "por esta razón el feto no puede ser considerado víctima de delito de homicidio, ya que si bien es un ser vivo, no es un individuo, pues no tiene vida independiente" (p. 34).

A su turno el profesor Gonzalo Figueroa Yáñez ("Derecho Civil de la Persona. Del Genoma al Nacimiento", Ed. Jurídica, 2007) después de advertir desde el comienzo que las posiciones que sustenta en una primera parte de su proyecto mayor -la contenida en esta obra- se sitúa sólo en lo que concierne al derecho civil, formula afirmaciones que no se pueden soslayar, como las contenidas en su párrafo 38 "..., el embrión implantado, 'el que está por nacer', no es objeto del derecho de propiedad, no es posible considerarlo 'cosa' susceptible de uso, goce, disposición o abuso, es ajeno al Derecho de los Bienes. Por el contrario, es sujeto de derechos, como el derecho a la vida o el derecho a la integridad física, que le han conferido diversos instrumentos internacionales y nuestra legislación interna". "Un ser que es titular de derechos (actuales, puros y simples y sujetos a modalidades) es un sujeto de derechos, y no siendo cosa, pertenece indudablemente a la categoría de 'persona', aun que el artículo 74 del C.C. lo excluya de

ella. Ya señalamos que la circunstancia de tener derechos inferiores en número a aquellos de que gozan los ya nacidos no influye en su naturaleza jurídica. Por estas consideraciones, estimamos indispensable modificar la redacción del artículo 74, reuniendo en una sola fecha la existencia natural y la existencia legal, la cual creemos que debe corresponder al momento de la implantación del embrión en las paredes del útero. Desde ese momento debe entenderse que ha empezado la persona” (p. 150).

Al respecto, el profesor Figueroa recuerda un caso particular que va en la misma dirección de sus ideas anteriores –que, por lo demás, corresponde exactamente a los antecedentes en que se funda–. Se trata de un dictamen de la Contraloría General de la República (Nº 25.403, de 21 de agosto de 1995) en el cual declaró la calidad de “persona” a un hijo nonato de una víctima de violación de los derechos humanos y de violencia política, respecto a los derechos establecidos por el artículo 17 de la Ley Nº 19.123 que concedió pensión de reparación a ciertos familiares de las víctimas, que en este caso favorecía a la madre del que estaba por nacer, en razón que el artículo 18 dispuso que serán causantes de esa pensión las “personas” declaradas víctimas de tales violaciones o violencia. Comenta el autor: “En el caso, la víctima era un niño que no había nacido aún, y el problema era decidir si ese niño era “persona”. El dictamen de Contraloría “recuerda lo establecido por el artículo 19 Nº 1 inciso 2º de la Constitución Política de la República, así como lo estatuido por el artículo 4º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, denominada Pacto de San José de Costa Rica, y resuelve que el nonato debe ser considerado como persona para los fines de la ley referida, “de modo entonces, que si la vida de un ser en gestación ha sido interrumpida en las circunstancias previstas en la Ley Nº 19.123, éste debe ser estimado como causante de los beneficios que esta normativa regula” (p. 152).

SEXTO. Que, en otro orden de ideas, se sabe que la formación natural del ser humano comienza con la fecundación, proceso que no sucede en un momento preciso pues “se trata de un proceso que demora un tiempo prolongado, como lo destaca el profesor Gonzalo Figueroa (*op. cit.*, p. 101 y siguientes) y a quien se sigue básicamente en esta corta explicación. La unión del espermatozoide con el óvulo se produce entre doce a veinticuatro horas, dando origen a una célula con ambos núcleos, pronúcleo; veinticuatro horas después se fusionan los cromosomas, acción que se denomina “singamia”, la que da origen al cigoto, y treinta horas después se inicia la división celular dando origen a una mórula de 16 células. Al llegar ésta al útero se transforma en blastocito y sólo al séptimo día de la fertilización se inicia el proceso de implantación en la pared uterina que se completa a los catorce días, recibiendo la denominación de preembrión que se caracteriza porque éste “no tiene aún en sus cromosomas, a pesar de tener características genéticas precisas, toda la información necesaria para llegar a ser embrión”, en cita que hace el autor del parecer del Dr. Juan Pablo Beca. La etapa siguiente, de embrión, comienza durante la tercera semana desde la fecundación. “Se completa en este momento la gastrulación o diferenciación de tejidos, y después comienza la organogénesis. El cigoto no es aún un nuevo individuo, no es siquiera el precursor de uno solo”. “No hay individuo humano hasta que se haya establecido la individualidad. Este proceso se puede considerar completo a las tres semanas, e inexistente antes de los 7 días. La concepción se completa con la

implantación más que con la fertilización". La etapa de embrión se alcanza a la tercera semana después de la fecundación, y se caracteriza porque se ha producido la plena implantación en el útero y el inicio de intercambio con la madre; "El embrión es definitivamente un individuo y reúne todas las condiciones para ser considerado persona en potencia". (Anota y aclara el autor que la voz "persona" que utiliza el Dr. Beca lo es en su acepción común, queriendo significar "individuo de la especie humana y no en su acepción jurídica de 'individuo ya nacido', y se atribuye el destacado. En esta etapa el feto adquiere las condiciones de viabilidad que le permiten subsistir, y que se alcanza a los 180 días, seis meses, lo que se afirma en la actualidad. El nacimiento fija el final de la vida humana dependiente, y el individuo adquiere la calidad de 'persona', desde el punto de vista netamente civil, como, se recuerda, lo advirtiera el autor desde el comienzo de su libro. Explica que "Como hito importantísimo en la vida humana, que acarrea un conjunto de consecuencias jurídicas, resulta importante determinar con precisión el instante preciso (*sic*) en que el nacimiento ha tenido lugar, dentro del proceso largo del parto. Algunos autores han propuesto establecer diversos momentos, como aquel en que aparecen los primeros dolores del parto, o aquel en que comienza o concluye la expulsión del feto desde el claustro materno, con o sin seccionamiento del cordón umbilical, o aquel en que se inicia la respiración pulmonar, o incluso, aquel en que el niño demuestra ser capaz de alimentarse por vía bucal", posiciones que estima agrupables en dos grandes escuelas: "la doctrina más antigua y más compleja de la viabilidad, y la doctrina más moderna y más simple de la vitalidad".

Recordemos también que durante esta etapa final de la gestación ya es hecho demostrado que las criaturas sienten, escuchan, y están dotados de actividad cerebral que les permiten sociabilizar ante estímulos y personas externas; si una presión las oprimen, rehúyen la molestia cambiando de posición, lo mismo si un ruido estridente las inquietan, logrando que la madre se alerte y las proteja. Tampoco es desconocido el hecho que, al contrario, una melodía agradable las atrae y calma. En el caso de embarazo múltiple, también es cierto que entre los hermanos se logra una afinidad particular que se gesta desde la etapa embrionaria, y que se manifiesta y potencia posteriormente.

SÉPTIMO. Que, por lo relacionado, este sentenciador considera que una criatura, con su ciclo embrionario completo, que reclama ser liberado del claustro materno a efectos de seguir su vida independiente y para lo cual la ciencia médica recomendaba hacerlo con la intervención y asistencia médico-profesional oportuna, se frustra y muere dentro de su madre, debe recibir la debida protección del derecho porque, para los efectos penales, es persona a favor de quien se ha declarado el derecho inalienable y superior de tener su vida protegida por normas de rangos superiores desde que quedó implantado en el útero de su madre, por lo menos. Consecuencialmente, debe ser considerado sujeto pasivo pleno frente a los hechos y personas que atenten contra su vida, independientemente de aquellos que también pudieran afectar a su madre, situación esta última que en el caso de autos no se produjo.

Se previene que el Abogado Integrante Sr. Hernández concuerda con la decisión de mayoría, sin perjuicio de adicionar las siguientes consideraciones particulares:

1º.- Que “el médico, cirujano, farmacéutico, flebotomiano o matrona que causare mal a las personas por negligencia culpable en el desempeño de su profesión”, incurre en el cuasidelito sancionado en el artículo 491 del Código Penal.

Este precepto presenta dos dificultades dogmáticas en su aplicación al caso concreto, cuales son el alcance de la referencia a los profesionales de la salud que pueden ser sujetos activos en su comisión y, de otra parte, la posibilidad de extender el tipo culposo a la muerte del nonato, en la medida que el Código punitivo castiga el delito de aborto, entendido generalmente por los cultores de la disciplina atinente como “la muerte inferida al producto del embarazo que aún no es persona” o “la muerte inferida a un feto”, en el decir de Soler, al que adhiere la mayor parte de los penalistas chilenos.

2º.- Que, con relación al primer punto, si bien la doctrina observa que pueden ser sujetos activos de este ilícito sólo los profesionales mencionados, la expresa cita que allí se hace de las “matronas” despeja cualquier duda acerca de la legitimidad de su inclusión como potencial partícipe del mismo. Esta consideración es suficiente para descartar el razonamiento sobre el particular de la defensa de la matrona involucrada.

3º.- Que, en cambio, es más complejo el tema de la extensión del tipo penal descrito al “nasciturus” o nonato, en la medida que, si bien tradicionalmente nuestro ordenamiento jurídico ha dispensado protección a la vida del que está por nacer –artículo 75 del Código Civil, reproducido, en lo pertinente, en el artículo 19.1º de la Constitución Política de la República– este amparo se ha traducido, en el ámbito criminal, en la punición del delito de aborto, pero a partir de la consideración del feto como “un principio de existencia (porque) hay en él germen de un hombre”. En otras palabras, lo que se castigaría en el aborto –acorde con la tesis clásica, reseñada– es la destrucción del producto de la concepción, llamado a convertirse en una “futura vida humana”, que el constituyente y el legislador acuerdan proteger a través de la ley, como un objeto jurídico valioso, pero que no es identificable con la persona humana.

Es precisamente esta falta de equivalencia, en el plano valórico, entre la persona “nacida” y el nonato, lo que marca el diverso tratamiento penal concedido en el Código Penal a los delitos de homicidio –de una “persona”– y de aborto, referido a la vida incipiente del que aún no se separa completamente del vientre materno.

4º.- Que, empero, una tal visión del producto de la concepción como una persona en ciernes, pero que no ha alcanzado todavía el rango de tal, si bien explicable biológicamente al menos a la época de redactarse el Código Penal, no tiene ninguna sustentación jurídica en el actual estadio de desarrollo del vigente Estado Democrático Constitucional de Derecho, que integra a sus normas –por imperativo del artículo 5º, inciso 2º de la Carta Fundamental– aquellas reglas y principios contenidos en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como parte de un complejo que el profesor Humberto Nogueira ha denominado “el bloque constitucional de derechos”.

No cabe duda que, en ese entorno, es factible incardinar las normas que esta sentencia refiere en su motivación 9ª, las que son muy explícitas en el sentido de establecer que las personas adquieren el estatuto de tales desde la concepción. Y como se trata de preceptos relativos a derechos fundamentales, contenidos en el derecho convencional de los tratados, su aplicación ha de ser preferente respecto del derecho interno, como lo ha resuelto esta misma Corte en variadas oportuni-

dades, v. gr. en las sentencias recaídas en los casos “Molco” (Rol N° 559/2.004) y “Cerro Chena” (Rol N°3.125/2.004).

Digna de destacar, en esta perspectiva, es la norma del artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, de 1969, conforme a la cual “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”. Ese mandato quedaría incumplido en caso de prescindirse de su aplicación, a pretexto de que nuestro ordenamiento doméstico no concede al nonato la calidad de persona humana.

Cumplase con lo dispuesto en el artículo 509 bis del Código de Procedimiento Penal.

Regístrese y devuélvase. Redacción del Ministro señor Ballesteros y de las preven- ciones sus autores. Rol N° 1882-08.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Nibaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U., y el abogado integrante Sr. Domingo Hernández E.

CORTE SUPREMA
27.5.2009
Responsabilidad municipal. Falta de servicio
(omisión de señalización)

VISTOS:

En estos autos ingreso Corte N° 5926-07 caratulados “Soto Muñoz, Víctor Manuel con Ilustre Municipalidad de Talcahuano y otro”, por sentencia del Segundo Juzgado Civil de Talcahuano de 3/3/2005, que está escrita a fojas 156, se acogió la demanda sólo en cuanto se condenaba al ente municipal, por su responsabilidad por falta de servicio, a indemnizar al demandante por concepto de daño moral con la suma única de veinticinco millones de pesos (\$ 25.000.000).

Apelada que fuera esta sentencia, por fallo de 20/9/2007, que se lee a fojas 181, se la confirmó con declaración que se rebajaba el monto de la indemnización a tres millones de pesos (\$ 3.000.000), debidamente reajustados según la variación que experimente el Índice de Precios al Consumidor desde la fecha de esta sentencia.

Contra esta última decisión ambas partes dedujeron sendos recurso de casación en el fondo.

Se trajeron los autos en relación.

CONSIDERANDO:

I. Del recurso de casación en el fondo de la I. Municipalidad de Talcahuano

PRIMERO: Que por el recurso se denuncian infringidos los artículos 6, 7, 38 y 107 de la Constitución Política, artículo 2 de la Ley N° 18.575, artículos 3, 4, 5, 20 y siguientes y 141 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades N° 18.695, Ley General de Urbanismo y Construcciones, Decreto con Fuerza de Ley N° 458 y su respectiva Ordenanza, artículos 2 y 174 de la Ley N° 18.290, Ley N° 20.035 y la Ley N° 18.059;

SEGUNDO: Que explicando el error de derecho en que incurriría la sentencia se dice que éste tiene lugar al haberse declarado a su parte responsable por los daños sufridos por el actor debido al mal estado de la vereda, esto es, se la responsabiliza por estimar que incurrió en falta de servicio en circunstancias que la mantención, reparación, construcción de las veredas no le compete al municipio sino que actualmente a los Gobiernos Regionales; y en lo que hace a la falta o inadecuada señalización, ello es de competencia del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones;

TERCERO: Que estimando que estos errores han influido substancialmente en lo dispositivo del fallo, por cuanto condujo a los sentenciadores a confirmar el fallo de primer grado en vez de revocarlo y rechazar en definitiva la demanda, pide se invalide la sentencia impugnada y se dicte la correspondiente de reemplazo en este último sentido;

CUARTO: Que previo a analizar el recurso, útil resulta consignar *los hechos* que se han dado por establecidos en la sentencia, a saber:

a) el día 24/4/2002, el actor Víctor Manuel Soto Muñoz, en circunstancias que se trasladaba al puerto de San Vicente, sufrió lesiones al caer en una excavación;

b) la excavación se encontraba en calle Brasil con Italia y era de dos metros de profundidad, aproximadamente, con forma de zanja y de un largo de 10 metros, según lo expresan los testigos;

c) la zanja no se encontraba con elementos de seguridad, señalización, mallas de protección u otros que advirtieran e impidieran accidentes a los transeúntes;

d) las lesiones del actor se encuentran acreditadas;

e) el actor debió ser sacado de la zanja por funcionarios del Cuerpo de Bomberos.

Todos estos hechos fueron asentados en el motivo noveno del fallo de primer grado, confirmado por el de segunda instancia. f) la demandada no acreditó que cumplió en forma cabal el mandato legal respecto de la obligación constitucional de administrar los bienes de uso público y, en el caso concreto, de mantener la señalización para evitar accidentes como el que se ha demostrado en autos (considerando 14° de la sentencia de primera instancia);

QUINTO: Que sobre la base de los presupuestos fácticos antes apuntados los jueces del grado estimaron que el municipio demandado incurrió en falta de servicio por no haber cumplido su obligación de advertir mediante la correspondiente señalización a los transeúntes y usuarios de la vereda ubicada en la intersección de las calles Brasil e Italia, del puerto de San Vicente, del peligro existente a fin de evitar accidentes, de acuerdo con lo previsto en los artículos 6 y 38 de la Carta Fundamental, artículos 5 y 141 de la Ley N° 18.695 y artículo 174 de la Ley N° 18.290;

SEXTO: Que como bien se señala en la sentencia impugnada, al contrario de lo que se sostiene en el recurso, a los hechos acreditados en esta causa cabe la aplicación de lo dispuesto por el artículo 174 de la Ley de Tránsito, que es la norma que resuelve el conflicto, como quiera que la obligación de señalar adecuadamente las vías públicas que consagra para el municipio el artículo 26 letra c) de la Ley N° 18.695 comprende también la de señalar toda calle, camino u otro lugar destinado al tránsito entendido como el desplazamiento de peatones, animales o vehículos por vías de uso público. Tal precepto no ha sido derogado, por lo que cabía aplicarlo en la especie por concurrir los presupuestos fácticos que el mismo contempla, sin que los sentenciadores hayan incurrido, entonces, en una falsa aplicación de la ley como se ha denunciado;

SÉPTIMO: Que al no haberse demostrado los errores de derecho en que se sustenta el recurso, éste debe ser desestimado en todas sus partes;

II. Del recurso de casación en el fondo de la parte demandante

OCTAVO: Que por el recurso primeramente se denuncian infringidos los artículos 19 al 24 y el artículo 2314 del Código Civil. En seguida se sostiene que el fallo impugnado vulnera también las normas reguladoras de la prueba, invocándose al efecto lo dispuesto en los artículos 1698 y siguientes del Código Civil y los artículos 318 y siguientes y 384 N° 2 el Código de Procedimiento Civil;

NOVENO: Que sostiene el recurrente que el error se produce al rebajarse el monto de la indemnización por daño moral sin considerar la situación personal de la víctima ni la capacidad económica del ente reparador, lo que vulnera de paso el derecho fundamental consagrado en el artículo 19 N° 24 del Estatuto Político;

DÉCIMO: Que basta considerar para rechazar el recurso en estudio que, según se desprende del fundamento decimoséptimo del fallo de primer grado –confirmado por el de segunda instancia– y de los motivos segundo y séptimo de este último, sí se consideró la situación personal del actor y las circunstancias del accidente para determinar la indemnización por concepto de daño moral que éste obtuvo. En otras palabras, los hechos que sirven de base a la decisión de condenar al resarcimiento del daño moral han sido establecidos y lo que se cuestiona por el recurso es el quantum de la indemnización fijada;

UNDÉCIMO: Que sobre este último aspecto cabe considerar que fue el propio actor, en el libelo pretensor, quien facultó al tribunal para determinar el monto de la indemnización por concepto de daño moral, lo que éste hizo conforme a su prudencia, de manera que ninguna infracción al artículo 2314 del Código Civil se advierte en el fallo impugnado;

DUODÉCIMO: Que tampoco se advierte infracción a las leyes reguladoras de la prueba. En efecto, el fallo no ha alterado el onus probandi, no se han dado por probados hechos por medios no admitidos legalmente, no se han rechazado medios de prueba contemplados en la ley para probar esos hechos, ni se ha alterado el valor de los medios probatorios legales; por último es dable señalar que la norma relativa a la prueba testifical que se ha invocado, siendo facultativa, no tiene el carácter de reguladora de la prueba. Así, procede rechazar el recurso de casación en el fondo en esta parte;

DECIMOTERCERO: Que tampoco el recurso puede prosperar en cuanto se sustenta en la infracción del artículo 19 N° 24 de la Carta Fundamental, por ser consecuencia de la infracción antes analizada;

DECIMOCUARTO: Que, por último, procede rechazar también este arbitrio cuando se funda en la infracción de las normas contenidas en los artículos 19 al 24 del Código Civil, por ser normas instrumentales de interpretación de la ley y carecer del carácter de decisoria litis;

DECIMOQUINTO: Que en razón de lo expuesto, el recurso de casación en el fondo deducido por la parte demandante debe ser desestimado.

Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo dispuesto por los artículos 767 y 805 del Código de Procedimiento Civil, se rechazan los recursos de casación en el fondo deducidos en lo principal de las presentaciones de fojas 184 y 192, respectivamente, contra la sentencia de 20/9/2007, que se lee a fojas 181.

Regístrese y devuélvanse. Redacción a cargo del Ministro señor Carreño. Rol N° 5926-07.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros Sr. Adalis Oyarzún Miranda, Sr. Héctor Carreño Seaman, Sra. Sonia Araneda Briones y los Abogados Integrantes Sr. Guillermo Ruiz Pulido y Sr. Nelson Pozo Silva.

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO

25.6.2009

Responsabilidad de Servicio de Salud (muerte por intoxicación alimentaria)

VISTOS:

Se reproduce la sentencia en alzada, con excepción de sus fundamentos sexto, séptimo, décimo sexto y décimo séptimo, que se eliminan; en el motivo duodécimo se reemplaza la referencia al artículo 42 por el 44 de la Ley N° 18.575; en el décimo octavo, se suprime la frase “la testifical rendida, y”

Y se tiene en su lugar y, además, presente

1º) Que la acción intentada se sustenta en la responsabilidad extracontractual por falta de servicio, por la negligencia que se atribuye, tanto a la Dirección de Salud de la I. Municipalidad de Quilicura o Corporación de Salud Municipal de Quilicura, como al Servicio de Salud Metropolitano Norte, al no haber dado aplicación a las normas legales y técnicas vigentes previstas por el Ministerio de Salud para el caso de intoxicación alimentaria, infracción que se tradujo en la agravación y posterior fallecimiento del adolescente de 16 años de edad, M. del O. R., acaecido el 26 de diciembre de 2000, en dependencias del Hospital San José, después de haber recibido las primeras atenciones en el Consultorio Municipal de Quilicura.

2º) Que el Servicio de Salud Metropolitano Norte niega la existencia de alguna actuación defectuosa u omisiva de los médicos, ni de ningún otro funcionario del Hospital San José, aduciendo que fue el Servicio de Atención Primaria de Urgencia, SAPU, de Quilicura, el que no dio cumplimiento al Reglamento sobre Notificación de Enfermedades Transmisibles de Declaración Obligatoria, contenido en el Decreto Supremo 712, de 8 de noviembre de 1999, que la Subdirección Médica de ese Servicio remitió a todos los consultorios. Por su parte, la I. Municipalidad de Quilicura manifiesta haber proporcionado las indicaciones adecuadas para afrontar la infección por salmonella Grupo D que padecía el occiso y su grupo familiar, producto de la ingesta de mayonesa contaminada, indicaciones que conscientemente no fueron observadas por los afectados, agregando en su escrito de apelación que la Unidad de Epidemiología del Servicio de Salud Metropolitano Norte no le prestó al SAPU de Quilicura, ni al Departamento de Salud de esa comuna, la asesoría necesaria para la implementación del mencionado Reglamento.

3º) Que los Servicios de Salud fueron creados por el Decreto Ley N° 2763, de 1979, y constituyen –según establece su artículo 16– organismos estatales, funcionalmente descentralizados, dotados de personalidad jurídica y patrimo-

nio propios, sometidos a la supervigilancia del Ministerio de Salud, los cuales coordinadamente tienen a su cargo “la ejecución de las acciones integradas de fomento, protección y recuperación de la salud y rehabilitación de las personas enfermas”.

Cada Servicio está a cargo de un Director, a quien corresponde la supervisión, coordinación y control de los establecimientos y servicios comprendidos en su territorio, para los efectos del cumplimiento de las políticas, normas, programas y directivas generales impartidas por el Ministerio de Salud. Las funciones específicas del Director están enumeradas en el artículo 9° del Código Sanitario y en el artículo 20 del mencionado decreto ley, entre las que están expresamente comprendidas aquellas consistentes en dirigir la ejecución de los programas y acciones de salud y coordinar, asesorar, inspeccionar y controlar los respectivos establecimientos.

4°) Que, en el mismo sentido, el Reglamento Orgánico de los Servicios de Salud, contenido en el Decreto Supremo N° 42, de 1986, del Ministerio de Salud, publicado en el Diario Oficial de 9 de diciembre de 1986, en su artículo 8, precisa que corresponde a los Directores de estos Servicios la función de “velar por la implementación y cumplimiento de los mecanismos de coordinación y complementación asistencial entre los establecimientos de su dependencia, a fin de permitir una fluida y oportuna referencia de enfermos para ser atendidos en hospitales, servicios clínicos y unidades de apoyo, cuyos ámbitos de acción tengan alcance regional o suprarregional”.

5°) Que la responsabilidad del Estado tiene su fundamento en los artículos 6°, 7° y 38, inciso segundo de la Constitución Política de la República, de cuyo tenor se desprende que ella tiene lugar cuando los organismos de la Administración del Estado o sus agentes omiten cumplir con sus funciones, o las cumplen de manera defectuosa o imperfecta, causando daño a los destinatarios del servicio público.

Recogiendo este principio, el artículo 4° de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, establece:

“El Estado será responsable por los daños que causen los órganos de la administración en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que los hubiere ocasionado”.

Y el artículo 44 de esta misma ley agrega:

“Los órganos de la Administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio”.

6°) Que según quedó consignado en el fundamento quinto de la sentencia de primer grado, no está en discusión que con fecha 25 de diciembre de 2000, M. del O. R. concurrió junto a otros miembros de su grupo familiar al Servicio de Atención Primaria de Urgencia, SAPU, de Quilicura, donde se les diagnosticó una intoxicación alimentaria y se les derivó a su domicilio con la recomendación de regresar al consultorio si subsistían los síntomas que presentaban; que al día siguiente, esta persona acudió directamente al Hospital San José, con síntomas agravados, falleciendo durante el proceso de ingreso, en tanto que los demás afectados que concurrieron junto con él fueron asistidos adecuadamente sobreviviendo al cuadro de intoxicación por salmonella enteritidis, que todos presentaban.

7º) Que son también hechos establecidos en el proceso que a la fecha de ser requerida la atención médica de urgencia regía el Decreto Supremo N° 712, de 8 de noviembre de 1999, que contiene el Reglamento sobre Notificación de Enfermedades Transmisibles de Declaración Obligatoria, el que según consta de los documentos acompañados a la demanda y de los exhibidos en la audiencia de fojas 177, fue comunicado a los servicios de salud, entre otros, a la unidad de urgencia de la I. Municipalidad de Quilicura, remitiéndose luego algunos afiches destinados a facilitar su aplicación.

El mencionado reglamento, cuyo texto se agregó a fojas 100, en su artículo 1º contempla entre las enfermedades de notificación inmediata, los brotes de aquellas transmitidas por alimentos. En el artículo 2º, precisa que frente a la sospecha de éstas se deberá comunicar en forma inmediata, por cualquier medio, al Servicio de Salud correspondiente, desde el lugar en que fue diagnosticada, y en el artículo 6º impone a todos los médicos que atiendan enfermos en establecimientos asistenciales, públicos o privados la obligación de notificar estas enfermedades, haciendo responsables del incumplimiento al Director y a las personas que éste haya designado.

8º) Que la Auditoría Médica dispuesta por el Director del Servicio de Salud Metropolitano concluyó categóricamente que la metodología de atención del occiso y su familia no cumplió con la norma de enfermedades transmitidas por alimentos, considerando que había varias personas que presentaban un mal similar después de haber estado expuestas a una fuente común de un mismo alimento; que los médicos tratantes no informaron de inmediato al epidemiólogo de turno, no derivaron oportunamente a la familia al servicio de urgencia del hospital, ni indicaron medidas de prevención y tratamiento adecuadas, y que no se dispuso la eliminación del alimento involucrado, lo que permitió que el occiso lo consumiera por segunda vez. Las apreciaciones de este informe aparecen refrendadas por la ficha clínica acompañada a la demanda y sus conclusiones, por la pericia médico legal que rola a fojas 149 y siguientes, en cuanto expresa que la primera atención de urgencia en el SAPU de Quilicura fue clínicamente adecuada, pero no cumplió con la norma de epidemiología del Servicio de Salud.

De la misma auditoría consta que la Unidad de Epidemiología del Servicio de Salud Metropolitano Norte no asesoró al Departamento de Salud de Quilicura, ni al Consultorio, en la implementación a nivel local del referido reglamento N° 712, de 1999, lo que implica que no capacitó ni asesoró al personal encargado de la atención de salud de urgencia para enfrentar un cuadro de intoxicación como el antes descrito, con sujeción a las normas impartidas por el Ministerio de Salud para la recuperación de las personas enfermas.

9º) Que a fojas 109, el testigo Juan Ricardo Olivares Campos declaró que el día del fallecimiento de M. del O., 26 diciembre de 2000, concurrió a su domicilio para saludar a la familia, constatando que todo el grupo familiar estaba enfermo, con síntomas de deshidratación, dolores estomacales, vómitos y fiebre, por lo que decidió conducir al Hospital San José, en dos taxis colectivos, a las nueve personas afectadas, quienes dijeron haber ingerido papas con mayonesa agrega que además de avisar al almacén para que no vendieran huevos, llevó dos al hospital para su análisis, porque en ese entonces había una campaña para

controlar la salmonella, circunstancia esta última que explica la necesidad de poner en práctica la normativa prevista en el Reglamento sobre Notificación de Enfermedades Transmisibles.

10º) Que un daño puede derivar de múltiples causas, y para los efectos de determinar la responsabilidad de los agentes, lo relevante es que todas ellas contribuyan de manera directa y necesaria a producirlo, como sucede en este caso, en que de los antecedentes expuestos se desprende con claridad que concurre la responsabilidad de ambas demandadas que por su omisión o cumplimiento imperfecto de las obligaciones que el ejercicio de la función pública les impone, contribuyeron a generar el daño, con lo que queda demostrada la falta de servicio que trajo como consecuencia el fallecimiento del paciente que había requerido la atención médica.

No es admisible la alegación del Servicio de Salud Metropolitano Norte en cuanto pretende eximirse de responsabilidad por el solo hecho de haber remitido al consultorio municipal de urgencia, el texto del reglamento junto a algunos afiches, toda vez que está probado que no cumplió cabalmente con la obligación que le corresponde, que no se limita a una labor meramente informativa, desde que la ley le encarga dirigir la ejecución de los programas y acciones de salud y coordinar, asesorar, inspeccionar y controlar los establecimientos de salud, lo que incluye las medidas necesarias para la implementación de los mismos programas y acciones. Tampoco el servicio de salud municipal puede excusarse de responsabilidad, porque es evidente que, pese a haber diagnosticado los médicos de turno la intoxicación alimenticia y proporcionado atención clínica al grupo de pacientes, no adoptaron las medidas de precaución o resguardo que la emergencia ameritaba, al despachar a los enfermos a su domicilio sin indicar la eliminación de los alimentos sospechosos.

11º) Que para exigir una indemnización de perjuicios se requiere acreditar un menoscabo patrimonial o moral, pues es precisamente la existencia del daño lo que legitima al afectado para exigir su resarcimiento o compensación. En este caso, han comparecido como demandantes doña María Inés Retamales Soto, madre de M. H. Del O. R.; don Rubén Marcos Fuentes Bordillo, como padrastro de la víctima y en representación de su hija Nicole Stephanie Fuentes Retamales; doña Zulema Soto Muñoz, como abuela del adolescente fallecido y don Carlos Alberto Del Olmo Retamales, quienes reclaman por concepto de daño moral, una indemnización estimada en \$ 400.000.000, apreciando en \$ 250.000.000 los padecimientos directos de la víctima, que demandan como herederos, y en \$ 150.000.000 los sufrimientos propios, en su calidad de víctimas por repercusión.

Sin embargo, solo doña María Inés Retamales Soto ha justificado ser la madre de M. H. Del O. R., como así consta del certificado de nacimiento legalmente acompañado a la demanda y no objetado. El resto de los demandantes no ha acreditado el parentesco, ni la calidad de herederos que invocan, sin haber aportado antecedentes que conduzcan a establecer –con algún grado de certeza– la existencia y entidad del perjuicio que con estos fundamentos reclaman.

12º) Que, estando acreditado que doña María Inés Retamales Soto es la madre de M. H. Del O. R., las declaraciones de los testigos Juan Olivares Campos, María

Eliana Saavedra Muñoz y Cecilia de Lourdes Pizarro Alarcón quienes se refieren a la grave incidencia que la pérdida de su hijo ha representado para ella –situación que es fácilmente explicable por el estrecho vínculo que los unía–, permitía colegir la existencia del daño moral que demanda como consecuencia de la agresión o agravio que ha debido soportar que, aunque irreparable, debe ser de alguna manera mitigado mediante el pago de una indemnización cuyo monto deberá ser evaluado prudencialmente por el tribunal.

13°) Que la indemnización reclamada por concepto de lucro cesante se hace consistir en las sumas de dinero que la víctima habría podido percibir y proporcionar a su familia, si hubiera vivido hasta los 65 años. Sin embargo, siendo menor de edad, no hay antecedentes de que la víctima percibiera ingresos, ni se ha aportado prueba que permita establecer, sobre la base de datos ciertos, el monto del perjuicio que por este capítulo se reclama.

14°) Que todo pago debe ser íntegro, de modo que para compensar la desvalorización monetaria, la cantidad ordenada pagar por concepto de indemnización por daño moral se reajustará en la misma proporción en que variare el Índice de Precios al Consumidor entre la fecha de esta sentencia –en que se ha ponderado el daño– y el día del pago efectivo, devengando intereses corrientes para obligaciones reajustables a partir de la fecha en que ella quede ejecutoriada.

Por estos fundamentos y visto, además lo dispuesto en los artículos 186 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, se resuelve:

I.– Que se revoca la sentencia definitiva de treinta y uno de agosto de dos mil seis, escrita a fojas 213 y siguientes, en cuanto reconoce a los demandantes Rubén Marcos Fuentes Bordillo, Nicole Stephanie Fuentes Retamales, Zulema Soto Muñoz y Carlos Alberto Del Olmo Retamales, el derecho a percibir una indemnización por concepto de daño moral, resolviendo en su lugar que la demanda queda rechazada a su respecto.

II.– Que se confirma la aludida sentencia, en lo demás apelado, con declaración que los demandados quedan solidariamente obligados a pagar a doña María Inés Retamales Soto la suma de \$30.000.000, por concepto de indemnización por daño moral, más los reajustes e intereses establecidos en el fundamento 13° de este fallo.

Regístrese y devuélvanse. Redacción de la ministro señora Maggi. Rol N° 8585-2006.

Pronunciada por la Séptima Sala de esta II^{ta}. Corte de Apelaciones de Santiago presidida por el Ministro señor Cornelio Villarroel Ramírez e integrada por la Ministra señora Rosa María Maggi y el abogado Integrante señor Enrique Pérez Levtzow.

RECENSIONES
Y
RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

Wieslaw Skrzydlo, Sabina Grabowska, Radoslaw Grabowski (coord.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz encyklopedyczny*. Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o. Varsovia. 2009 (760 pp.).

Los coordinadores de la obra, al explicar su título *La Constitución de la República de Polonia. Un comentario enciclopédico* escriben que se trata intencionalmente de una publicación híbrida que une los rasgos de la exegesis de la Constitución con un lexicón especializado. De este modo surgió en la literatura jurídica polaca un libro descomunal. En vez de explayar un artículo tras otro, se extraen de los preceptos constitucionales las nociones (las locuciones nominales) empleadas en estos. Cada artículo constitucional sirve para plantear alguna regla o reglas. De esta manera es lógico –añaden los coordinadores– hacer resaltar estas reglas como diferentes conceptos-entradas, puesto que ellos informan el tenor de las disposiciones individuales.

Entre los futuros usuarios del comentario enciclopédico –descritos por sus coordinadores todas las personas interesadas por las cuestiones constitucionales– se encuentran, en el primer lugar, los estudiantes universitarios no sólo de derecho, sino que también de las ciencias políticas, administración o europeística. Como recalcan los tres editores, su volumen puede ser un valioso material didáctico de apoyo a los educadores en esta asignatura. Gracias a esta recopilación sus lectores pueden entender cuál es la diferencia entre la administración estatal o pública o entre la responsabilidad constitucional, parlamentaria o política extraparlamentaria o en qué consisten las competencias del Presidente de la República en materia presupuestaria, en las relaciones exteriores o las conectadas con la publicación de las leyes.

El diccionario reseñado se compone de dos partes esenciales. En la primera se reproduce el texto constitucional con los listados debajo de cada artículo de vocablos ligados con éste. Después, en la segunda parte siguen –en el orden alfabético– las 623 definiciones de los temas seleccionados. De esta manera, como subrayan los organizadores del libro, se superó el habitual esquema de los comentarios encaminados a hacer comprender el contenido de un precepto a través del esclarecimiento de un artículo como un todo. Sin embargo, esta lista de entradas engloba no sólo los términos empleados en el texto de las disposiciones constitucionales, sino que presenta las definiciones de los conceptos esenciales para la ciencia del derecho constitucional, no regulados o incluso no mencionados en la Carta Magna patria.

Así, podemos encontrar en el libro la definición de tales términos alejados de la asignatura del derecho constitucional como hombre, habitante, matrimonio, maternidad, paternidad, cuidado a los veteranos de la lucha por la independencia de Polonia y por los inválidos de guerra. Precisamente aquí tenemos que ver con un cierto voluntarismo de los coordinadores de la obra. Ellos exponen a veces con motivo de un artículo sus conexiones muy apartadas. Por ejemplo, sorprende a uno hallar a continuación del artículo 2 de nuestra Carta Magna que reza que “La República de Polonia es un Estado Democrático de Derecho que realiza los principios de la justicia social” la entrada bajo el epígrafe “autorización (en el

derecho público)". Resulta superfluo acotar que este término no aparece en el artículo citado ni en un otro lugar de nuestra Carta Magna.

El comentario enciclopédico contiene un gran caudal de definiciones de frases y palabras. El elenco de vocablos comienza con la frase hecha "aprobación de la gestión presupuestaria" (en polaco "*absolutorium*") y termina con el modismo "fuentes del derecho" (*źródła prawa*). Estas entradas son elaboradas por destacados constitucionalistas polacos de la generación mayor, antiguos miembros del Tribunal Constitucional polaco W. Sokolewicz y K. Działocha, respectivamente. Este último era el principal artífice de la regulación detallada de las fuentes del derecho en un capítulo aparte (tercero) de la Carta Magna en vigor.

A fin de mostrar cómo están estructuradas las definiciones de las voces contenidas en esta obra, las presentaremos a base de dos entradas arriba señaladas. La explicación de la aprobación de la gestión presupuestaria comienza con su definición y concluye con los reparos sobre su aplicación en la práctica. Según W. Sokolewicz el "*absolutorium*" es la corroboración por la Cámara de Diputados que la administración financiera del Estado a cargo del Consejo de Ministros se llevó a cabo –en un año dado– conforme a la Ley de Presupuestos. Aunque esta confirmación debe ser hecha dentro de tres meses de la presentación por el Gobierno del informe sobre la ejecución presupuestaria, no es un plazo perentorio. Lo más curioso en esta institución es que la desaprobación de la gestión presupuestaria no lleva consigo la obligación del gabinete de dimitirse, puesto que esto equivaldría –como dice el explicador de la entrada– a la sustitución del difícil procedimiento de la moción de censura constructiva por el modo más fácil de la deposición del ministerio sólo a través de la no aprobación de la gestión presupuestaria.

Según K. Działocha la Constitución de la República de Polonia se refiere, en su capítulo III, al concepto formal de la fuente del derecho. Esta es idéntica con la noción de acto normativo, es decir de cualquier acto jurídico, bajo la condición de que este contiene las reglas de conducta de índole general y abstracta. Por eso, las fuentes del derecho en Polonia incluyen no sólo Constitución, leyes, reglamentos y actos jurídicos de las autoridades locales, sino que también los acuerdos internacionales, los convenios colectivos de trabajo, los actos de derecho instituidos por las organizaciones internacionales de las cuales nuestro país es miembro, hasta el derecho consuetudinario, aunque como insiste el aclarador de la voz, en este caso, a imitación de cartas magnas de otros Estados, nuestra Constitución guarda el silencio sobre el particular.

El libro en recensión inserta una considerable cantidad de definiciones de conceptos poco puntualizados hasta la fecha. Entre estos se pueden mencionar las descripciones –aunque no siempre suficientemente precisas– de las llamadas nociones generales indeterminadas. Entre ellas se puede señalar aquí bien común, interés público, dignidad humana, moralidad pública, salud pública, orden público, democracia, subsidiariedad, soberanía, independencia, seguridad ciudadana, pluralismo político, régimen político, desarrollo sostenible, medio ambiente, herencia nacional, libertad, y sus variados matices, igualdad en sus diversas facetas, economía social de mercado, fines públicos, imparcialidad de los poderes públicos en lo relativo a las convicciones individuales, minorías nacionales y étnicas, tortura y tratos o penas crueles inhumanos y degradantes, trato humanitario, datos personales, etcétera.

A los posibles usuarios extranjeros podría interesar la explicación de tales conceptos como la aplicación directa del acuerdo internacional, la observación

del derecho internacional, el acuerdo internacional ratificado, el órgano judicial internacional, el estado de guerra, el estatuto de refugiado, el despliegue de las Fuerzas Armadas más allá de las fronteras de la República de Polonia, las atribuciones del Presidente de la República de Polonia en las relaciones exteriores, la concesión de la nacionalidad polaca, los gravámenes públicos (impuestos) y los impuestos y tasas locales, la protección de la propiedad, la limitación a la libertad en la actividad económica, la incautación de propiedades, el derecho de asilo, el derecho al establecimiento permanente en el territorio nacional, la libertad de la actividad económica, la libertad de movimiento, la libertad de abandonar libremente el territorio de la República de Polonia, la libertad de elección del lugar de residencia, la libertad de ejercer una profesión, la libertad de trabajo, la denuncia de un acuerdo internacional, la conclusión de la paz.

A las personas en busca de las instituciones constitucionales peculiares polacas se les aconseja consultar tales lemas como *Rzeczpospolita*, *Rzeczpospolita I*, II y III. Literalmente este término genérico quiere decir la república, pero en Polonia, este vocablo es tradicional para designar nuestro Estado, independientemente si era feudal, capitalista o socialista. Lo más importante es un cierto involucramiento de la sociedad en su dirección. Así, durante la Polonia feudal, a partir de la mitad del siglo XV debido al peso de la pequeña nobleza (más del 10% de la población) tuvimos la monarquía electiva –no hereditaria– durante la “Primera República”. La segunda *Rzeczpospolita* existía en el período entre las dos guerras mundiales (1918-1939) y la denominada III *Rzeczpospolita* comenzó conjuntamente con el derrumbamiento del comunismo en nuestro país. Sólo por razones ideológicas no hay consentimiento para denominar el período de la Polonia popular (1944-1989) como la Tercera República y el actual como la IV.

En adición a eso, también vale la pena leer sobre la vernácula jurisdicción de residencia (*Trybunał Stanu*), la cual aparece también en seis combinaciones léxicas adicionales como entradas aparte. Es una especie de jurado de responsabilidad permanente –catalogado por la Constitución polaca como tribunal, un órgano diferente de las cortes de derecho–, instaurado especialmente para juzgar a altos funcionarios públicos (incluido el primer mandatario y los diputados y senadores) por delitos constitucionales (y criminales). El Tribunal se compone de 19 miembros elegidos por la Cámara de Diputados para el lapso de la legislatura entre personas que no sean diputados ni senadores. El órgano esta presidido por el Magistrado Presidente de la Corte Suprema de Justicia. Sus vicepresidentes y al menos la mitad de los integrantes deberán reunir los requisitos exigidos para el desempeño del cargo de juez.

La obra en comento es un fruto del trabajo de sesenta personas, todas ellas poseedoras del título –al menos– de doctor. No todos son doctores en derecho. Una parte de ellos son politólogos, en realidad en algunos casos sociólogos. Esta participación de tan amplio elenco de autores permitió ensanchar los puntos de vista representados, pero al mismo tiempo borrar la frontera entre las consideraciones jurídicas y sociológicas. Esta colaboración en la obra de parte de estos especialistas en ciencias sociales con detrimento de los expertos en derecho internacional, filósofos del derecho y/o teóricos del Estado o de los estudiosos de la historia de las doctrinas jurídico-políticas, puede ser vista como su punto flaco.

Si quisiéramos acrecentar otras (de las pocas) carencias de este vademécum constitucional, cabe lamentar la falta de una relación o de una lista –al principio o al final del libro– de todas las palabras tomadas en consideración como

entradas explicadas en otro lugar. Esto facilitaría mucho un rápido hallazgo de más de seiscientos conceptos-temas. Sorprende, pues, ver que la vida privada se encuentra ubicada bajo el nombre “derecho a la protección de la vida privada” y que la noción de socios sociales se esconde en la entrada “partnerariado social” –esta última expresión, también un neologismo en la lengua polaca– está ausente en el propio texto constitucional. Pero estas deficiencias se las podría remover fácilmente en una nueva edición del libro, al agregar tal registro.

El prontuario objeto de comentario debe ser una obligada lectura para cualquier persona que quiere adentrarse en nuestro sistema constitucional o al menos entender bien el texto de la Carta Magna polaca. El largo índice de autores de las entradas –de diferentes edades y experiencias– garantiza la presentación de las cuestiones con la gran enjundia competencial. El conocimiento del libro es también muy recomendable a las personas que se especializan o escriben en el extranjero sobre temas de política interior polaca. En este orden de ideas, la divulgación del libro en otros idiomas sería extremadamente encomiable.

PROF. DR. HAB. KRYSZTOF COMPLAK*

J. Dabin, *El derecho subjetivo*. Traducción de Francisco Javier Osset. Edición al cuidado de José Luis Monereo Pérez. Comares. Granada. 2006 (345 pp.).

Uno de los autores que más radicalmente ha negado el derecho subjetivo ha sido León Duguit, que en todo momento ha defendido como único derecho el objetivo. En consecuencia, su fundamento teórico ha tenido como base que el derecho subjetivo se presentaba como algo que no tenía existencia o, en todo caso, imposible de ser captada científicamente (p. 14). Uno de los principales argumentos de Duguit ha consistido en la imposibilidad de plantear una definición satisfactoria que descubriese la “esencia verdadera” (p. 67). Otra concepción de este autor ha estado basada en que no podía existir el derecho subjetivo independientemente del derecho objetivo y menos aún por la fuerza del derecho objetivo. Además, ha pretendido demostrar que jamás conduciría el derecho objetivo al derecho subjetivo, ni siquiera en materia de las vías de derecho. A pesar de que Duguit ha establecido una distinción entre situaciones jurídicas objetivas (en sentido estricto) y situaciones jurídicas subjetivas, estas últimas no equivaldrían, en su opinión, al derecho subjetivo. Por ello, ha llegado a afirmar que “jamás se ha demostrado, y jamás podrá demostrarse humanamente, el paso del derecho subjetivo al derecho objetivo, y como por otro lado es imposible admitir la anterioridad del derecho subjetivo al objetivo, el derecho subjetivo es una quimera. No hay tal derecho” (p. 22). En palabras de J. Dabin, Duguit no ha negado la justicia, ya que con “la opinión de la gran masa de los espíritus” estaba admitiendo la justicia. Por otro lado, por derecho objetivo capaz de ser fundamento de los derechos subjetivos ha entendido Duguit exclusivamente la regla de derecho o regla de la disciplina

*Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad de Wrocław (Polonia).

social. Sin embargo, Dabin considera un error encerrarse en esa perspectiva, como si la regla de derecho fuera el derecho objetivo, único y primero. De esta forma, habría que diferenciar dos clases de derecho subjetivo: el derecho subjetivo moral y el derecho subjetivo jurídico (pp. 60-62). Al negar el derecho subjetivo, Duguit se ha visto obligado a negar al mismo tiempo la idea de persona moral, sujeto de derecho (p. 187).

Esta doctrina antisubjetivista se oponía frontalmente a la del normativismo jurídico de Hans Kelsen, que consideraba que no podía haber lugar para un derecho subjetivo concebido como prerrogativa del individuo, bien fuera del Estado, bien en relación con el Estado. Éste hablaba del derecho subjetivo “en el sentido técnico de la palabra”, que se correspondía en lo concerniente al contrato, con lo que Duguit denominaba “situación jurídica subjetiva” (p. 25). Pero bajo la concepción de ese derecho subjetivo, en realidad Kelsen lo que entendía era el derecho subjetivo prerrogativa, que se trataba de un derecho objetivo en el sentido de norma, con la particularidad de que la norma resultante de la declaración de voluntad sería individual y concreta, mientras que la norma establecida por el legislador se presentaba general y abstracta. Kelsen analizaba de forma distinta a Duguit el papel de la voluntad en el ordenamiento jurídico: en lugar de intervenir simplemente, la voluntad creaba.

En palabras de J. Dabin, “la negación del concepto del derecho subjetivo no significa la eliminación de golpe de los valores que encierra la idea tradicional de derecho subjetivo” (p. 28). En opinión de Dabin, Duguit erraba al elaborar la teoría de los derechos del hombre, considerando que el hombre, en estado aislado, no podía tener derechos subjetivos, ya que el mismo sólo existía en sociedad y porque el derecho subjetivo requería, por definición, un sujeto activo y un sujeto pasivo, lo que suponía la sociedad. De ahí se deducía que la individualidad estaba en el principio del derecho subjetivo y de su personalidad, y que sin esa individualidad no tendría derechos porque nada podía oponerse a los demás.

En general, desde el s. XIX se han ofrecido entre los juristas definiciones del derecho subjetivo que se han agrupado en tres escuelas: la clásica, que pretendía descubrir en la voluntad del sujeto (Windscheid) el elemento esencial característico del derecho subjetivo; como reacción a esta doctrina apareció otra concepción que se inclinaba hacia el objeto y veía en el derecho un “interés jurídicamente protegido” (Ihering); y, finalmente, una tercera teoría intentaba realizar la síntesis de ambos elementos: voluntad e interés (Jellinek, Michoud, Ferrara y Saleilles) (pp. 68-94).

Tras el análisis de las distintas teorías, J. Dabin define el derecho subjetivo con una palabra compuesta que descubre las dos caras de una misma realidad: “el derecho subjetivo es esencialmente una pertenencia-dominio, en la que la pertenencia es la causa y determina el dominio” (p. 95). En otras palabras, el derecho subjetivo sería la prerrogativa, concedida a una persona por el derecho objetivo y garantizado con vías de derecho, de disponer como dueño de un bien que se reconocería que le pertenece, bien como suyo, bien como debido. En efecto, todo derecho subjetivo supondría un bien o valor ligado al sujeto-persona por un lazo de pertenencia, consagrado por otra parte por el derecho objetivo, de suerte que esa persona puede decir que ese bien o valor es suyo. Y puesto que la cosa pertenece al sujeto, éste tendría poder sobre ella, en cuanto dueño. Este aspecto subjetivo sucedería, en realidad, al aspecto objetivo. Naturalmente, esta

pertenencia y ese dominio sólo existirían en los límites más o menos estrictos, de extensión o incluso de finalidad, que les asignaría el derecho objetivo. Pero dentro de estos límites el titular del derecho subjetivo tendría el pleno dominio de su bien. En cuanto a la posibilidad de que la asociación de personas humanas gozase de algún derecho, Ihering afirmaba que el destinatario de todo derecho era el hombre. Eran los miembros aislados los verdaderos destinatarios de la persona jurídica.

Los derechos subjetivos se han clasificado de varias formas. Según su objeto, en derechos de la personalidad, derechos sobre las cosas materiales (derechos reales), o inmateriales (derechos intelectuales), y derechos sobre las personas de otro (derecho de crédito u obligación) (pp. 195-24). Algunos autores han rechazado esta clasificación atendiendo al objeto con el pretexto de que sólo sería inteligible aplicada a los derechos reales, ya que era más difícil la distinción de los derechos que se aplicaban sobre la persona de otro (derecho de crédito), o de los derechos de la personalidad. Si la distinción de los derechos según su objeto ofrecía gran importancia, apenas tenía interés, desde el punto de vista filosófico, clasificar los derechos según el sujeto, persona física o persona moral (pp. 229-247). Otro criterio para su clasificación sería la distinción entre derechos con fin egoísta y derechos-función, para distinguir cuando los derechos tenían un fin individual o social. Este último concepto ha sido utilizado especialmente en la familia y en el Estado (pp. 248-268).

Es más adecuado hablar de uso de los derechos en vez del ejercicio de los mismos para evitar equívocos, en la medida en que la expresión ejercicio de un derecho se ha utilizado, por oposición, a “goce de un derecho”. En realidad, en el caso de los derechos-función, la dificultad se refería menos al principio del control, cuya justificación era bastante fácil, que a las condiciones y las modalidades de su aplicación, que ocultaban muchas dificultades (p. 274). Las características del derecho-función han sido las siguientes: este derecho no podía ser utilizado más que con vistas a ese fin para el que ha sido instituido; conferido con vistas al cumplimiento de una función, el derecho debía ser puesto en obra; y, finalmente, por el mismo motivo, la utilización del derecho debía tener lugar de tal manera que la función a la que estuviese ordenado fuese convenientemente cumplida. En los derechos-función normalmente ha existido un control por parte de una autoridad encargada de juzgar sobre el buen o mal uso del derecho en relación con la función. Pues de no ser así, el derecho en cuestión caería al rango de un derecho ordinario, y nada impediría que fuera utilizado, como los derechos ordinarios, al servicio y para el provecho del titular, que lo sería su perversión. Pero la realidad se presenta bien distinta, han existido dificultades prácticas del control en derecho privado (familia y asociaciones), así como en derecho público (pp. 279-303).

Esta obra es una continuación de otros trabajos de este autor, que tratan sobre la regla del Derecho y sobre el Estado: *La Philosophie de l'ordre juridique positif* (París, 1929), *La technique de l'elaboration du droit positif* (París-Bruselas, 1935), *Théorie générale du Droit* (Bruselas, 1944), y *Doctrine générale de l'État* (París-Bruselas, 1939).

GUILLERMO HIERREZUELO CONDE

Rubén Carnerero Castilla, *La inmunidad de jurisdicción penal de los jefes de Estado extranjeros*, Ed. Iustel. Madrid. 2007 (271 pp.).

El profesor de Derecho internacional en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid y miembro del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional doctor Rubén Carnerero Castilla es el autor de una espléndida monografía sobre la inmunidad de jurisdicción de los jefes de Estado extranjeros, de indudable interés multidisciplinar y de obligada consulta para los especialistas, en particular penalistas, procesalistas, abogados, jueces y profesores, como afirma el prologoísta, todos los cuales se encuentran hoy ante la importante variación que está sufriendo un tradicional privilegio de los jefes de Estado que es la inmunidad de jurisdicción penal, en particular con los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc* creados, con distintos matices, por la Organización de Naciones Unidas (ex Yugoslavia, Ruanda, Sierra Leona, Camboya) y ya de forma permanente con el artículo 27 del Estatuto de la Corte Penal Internacional. Esa absoluta inmunidad de jurisdicción de la que vinieron disfrutando los jefes de Estado ante los órganos jurisdiccionales penales de su propio Estado y de Estados distintos al suyo, ha sufrido desde hace aproximadamente dos décadas una fuerte sacudida al tomar conciencia la comunidad internacional de que las graves violaciones de los derechos humanos y la comisión de concretos *delicta iuris gentium* no podían seguir manteniéndose, como hasta ahora (así fue, por ejemplo, el caso del ugandés Idi Amín Dadá), en la más absoluta impunidad.

La monografía del profesor Carnerero Castilla es, pues, oportunísima al aparecer en un momento en el que varios jefes de Estado (en muchos casos ya ex jefes) han sido juzgados bien en sus propios países, o se ha intentado su enjuiciamiento ante jurisdicciones penales internacionales, o internas, invocándose en este último caso el llamado principio de *universalidad*, sobre el que, desde luego, podría plantearse un amplísimo debate; pero, advertido esto, baste recordar, sin ánimo de exhaustividad, casos como los de los ya ex jefes de Estado juzgados por sus propias jurisdicciones penales nacionales (sin entrar en la cuestión del desarrollo del proceso justo o injusto) Ceacescu (Rumanía), Sadam Hussein (Irak) o el reciente proceso de Fujimori (Perú), por cierto primero en ser condenado en América. Por lo que respecta a la Audiencia Nacional de España se ha intentado el enjuiciamiento de los componentes de la Junta Militar Argentina, del presidente chileno Augusto Pinochet, del guatemalteco Ríos Montt, del entonces jefe de Estado cubano Fidel Castro, del que fuera monarca marroquí Hassan II, y más recientemente pretende enjuiciar al ex presidente chino Jiang Zemin en relación al Tíbet. En fin, recordar también el caso del liberiano Charles Taylor y el reciente e inconcluso proceso de Slobodan Milosevic ante el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, o el caso del jefe en activo de Estado de Sudán, Omar Hassan al Bashir, reclamado por la Corte Penal Internacional sin que por el momento el requerimiento haya surtido el efecto deseado.

Todo ello es prueba de que la regla de la inmunidad total (que sufría excepciones muy puntuales, como por ejemplo en el Convenio para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, de 9 de diciembre de 1948) ha entrado en una clara fase de modificación o transformación en el tránsito del siglo XX al XXI y en ese contexto se sitúa la obra a la que aquí hacemos referencia. La monografía del profesor Carnerero Castilla está dividida en cuatro capítulos cuya exposición se articula sobre una amplísima base bibliográfica; estudia el autor primeramente el

concepto y fundamento de la inmunidad de jurisdicción penal respecto de los jefes de Estado extranjeros (cap. I), para después referirse al alcance material, personal y espacial de la inmunidad (cap. II), dedicando el capítulo III al estudio del alcance temporal de la inmunidad, así como al material de la inmunidad de los antiguos jefes de Estado, para terminar ocupándose (cap. IV) de las excepciones a dicha inmunidad, es decir, la renuncia y acciones promovidas ante tribunales penales internacionales: antecedentes, tribunales *ad hoc* y la Corte Penal Internacional, para cerrar con una referencia a la Constitución Española y a la figura del Rey de España ante la ratificación por nuestro país del Estatuto de dicha Corte de 24 de octubre de 2000, cuestión que, por cierto, suscitó en su día nuestro interés en la prensa madrileña (El Rey y el Tribunal Penal Internacional, diario "El Mundo" de 20 de abril de, pp. 8-9). La obra finaliza con una relación de sentencias extranjeras y una prácticamente exhaustiva relación bibliográfica que se citan a lo largo del denso e interesante texto, así como una serie de conclusiones, divididas en siete apartados, a través de las cuales podemos apreciar sintetizado el pensamiento del autor sobre el tema que ha desarrollado, a nuestro entender y sin hipérbole alguna, de modo auténticamente magistral. Intentando nosotros la difícil tarea de llegar a la quintaesencia de la síntesis que el profesor Carnerero Castilla construye en las citadas conclusiones podemos extraer las siguientes ideas en las que sostiene: 1) la carencia de jurisdicción de los tribunales nacionales, en virtud del Derecho internacional consuetudinario vigente, sobre los jefes de Estado extranjeros, si bien estos han de respetar el ordenamiento jurídico del Estado del extranjero cuando se encuentre fuera de su propio Estado; 2) que la titularidad de la inmunidad corresponde al Estado aunque el beneficiario último es quien detenta su jefatura como tal, con exclusión de otras personas (cómplices, inductores, encubridores, etc.); 3) la inmunidad de jurisdicción no es un privilegio arbitrario, sino que responde a un derecho plenamente justificado en el marco de las actividades de las relaciones internacionales del jefe de Estado; 4) la inmunidad del jefe de Estado extranjero debería verse reducida frente a delitos especialmente execrables; 5) se mantiene la inmunidad respecto de los actos públicos llevados a cabo en el ejercicio de su cargo; 6) cabe la renuncia unilateral de la inmunidad o en el marco de un tratado; 7) en fin, la inmunidad de jurisdicción penal es una histórica institución vinculada a la acción de los tribunales penales nacionales, internos, y, en consecuencia, ajena a la competencia de los tribunales internacionales.

La obra sobre tema tan sugerente como de actualidad desarrollado por el autor merece sin duda un comentario mucho más amplio que aquí resulta imposible llevar a cabo habida cuenta de los límites propios de toda recensión, pero aun contando con que toda recensión es un comentario crítico de una obra, en este caso la crítica necesariamente ha de tornarse en alabanza, puesto que nos encontramos ante una investigación verdaderamente ejemplar cuyo resultado es una monografía de exposición clara y completa que supone, además, una contribución fundamental a la bibliografía existente sobre la inmunidad de jurisdicción penal de las personas que desempeñan, o desempeñaron, la más alta magistratura de un Estado. Nuestra sincera y merecida felicitación, pues, al profesor Carnerero Castilla por el acierto con el que ha ejecutado esta nada fácil tarea de investigación que culmina en un libro, como ya hemos dicho, de obligado estudio.

JOSÉ ANTONIO TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE

Nena Ossa, *Allende, thank you!* Editorial Maye. Santiago de Chile. 2009 (243 pp.).

Yo creía saberlo casi todo sobre el régimen de la Unidad Popular. Lo viví íntegro y lo comenté casi a diario, de palabra (radio) y por escrito (diario y revista). Pero ahora, leyendo a Nena Ossa, me doy cuenta de que ella, mucho más que yo y que, estoy cierto, casi todos los que vivimos esos años acá, estuvo más profunda y directamente comprometida con lo que sucedió. Pues los demás éramos, salvo contados casos, testigos de oídas; ella fue un frecuente testigo presencial.

Por ejemplo, todos nos horrorizamos cuando un extremista de izquierda, perfectamente identificable, pero que entonces quedó impune –ojalá no después–, hirió gravemente en la cabeza con una cadena dentada, en plena calle, sin mediar provocación y hasta dejarlo irreconocible, al periodista Jaime Valdés. Pero Nena Ossa estuvo ahí, al lado suyo, procurando restañar la sangre de sus heridas. Ésa es la diferencia.

Todos hablábamos del comandante Pepe, el guerrillero de Neltume. Comentábamos sus fechorías. Las autoridades sostenían que se trataba de invenciones o exageraciones opositoras y hasta más de una negaba su existencia. Pero Nena Ossa buscó y encontró al “Comandante Pepe”, José Gregorio Liendo, y habló con el hombre de carne y hueso. Y le oyó responder a su pregunta de si su meta era “tomarse todo Chile violentamente”, en la siguiente forma y de sus propios labios:

–Claro que violentamente. Tiene que morir un millón de chilenos para que el pueblo se compenetre de la revolución y ésta se convierta en realidad. Con menos muertos no va a resultar.

Mientras Nena se internaba en los barrocos caminos de Liqueñe, acompañada del escritor y periodista inglés Alistair Horne, que más tarde publicaría su *Small Earthquake in Chile*, y ambos intentaban llegar al fundo “Carranco”, “tomado” por Pepe, seguramente acá nosotros comentábamos esa “toma” desde detrás de nuestros respectivos escritorios, y no sin alguna duda, dado el desmentido oficial de que tales cosas fueran ciertas. Pues Nena Ossa y Alistair Horne, antes de partir, habían entrevistado al propio ministro de Agricultura de Allende, Jacques Chonchol, quien les había “informado” así acerca de “Pepe”:

–Dudo de que exista, pero si existiera no tendría ninguna importancia.

Nena Ossa consiguió envidiable información porque tuvo y tiene la virtud de cultivar amistades a todo lo ancho del espectro político. Ello le permitió recibir las más inimaginadas confesiones sobre la desilusión de los propios elementos de la Unidad Popular acerca del resonante fracaso del “experimento marxista chileno”. Residentes de izquierda en Europa se lo manifestaron. Por ello la impresionó más que a otros el “efecto rebaño” provocado allá por la propaganda izquierdista, tras el pronunciamiento de 1973, cuando los mismos que días antes compartían con ella la idea de que era ineludible –y hasta deseable– poner rápido fin al antidemocrático régimen de Allende, cambiaron de opinión al tener lugar ese preciso desenlace y rasgaron vestiduras, escandalizados por la imagen propagandística, forjada desde la URSS, de militares “fascistas” deponiendo a un supuesto “presidente demócrata”. El “lavado de cerebros” y la “vuelta de chaqueta” no son exclusividades chilenas.

La pluma amena, bien entrenada y objetiva de Nena Ossa, quien fuera por años columnista de PEC, además de corresponsal acá de *National Review*, nos hace difícil soltar este libro de directos testimonios –tanto de la autora como de personalidades significativas– acerca de lo que realmente sucedió en Chile durante “los mil días”.

No estamos ante una proclama ni un panfleto. Estamos ante un testimonio histórico diáfano, respetuoso y fundado, de alguien que supo, en esos difícilísimos tiempos, investigar por su cuenta y departir con todos, comenzando, en su momento, con el propio Salvador Allende, para formarse un juicio propio. Y que después ha sabido mantenerlo.

Entonces, a quien crea saberlo todo sobre la UP, este libro con seguridad le pondrá a prueba su certeza.

HERMÓGENES PÉREZ DE ARCE*

Autores Varios, La Primacía de la Persona. Estudios en homenaje al profesor Eduardo Soto Kloss (J. Arancibia Mattar, José Ignacio Martínez Estay, editores). Universidad de los Andes. Legal Publishing/Abeledo Perrot. Santiago de Chile. 2009 (1.178 pp.).

Hace ya casi dos años, mientras conversábamos sobre los enormes cambios experimentados por el Derecho Público chileno en los últimos cuatro decenios, nació la idea de coordinar este libro homenaje a quien en gran medida se deben dichas transformaciones, el profesor Eduardo Soto Kloss. Pensábamos, además, que sus cuarenta años de trayectoria académica eran una muy buena ocasión para que esta obra viera la luz.

La idea no cayó en tierra yerma: la respuesta a la convocatoria a participar en esta obra fue rápida y numerosa. En esta iniciativa han contribuido más de setenta profesores de diferentes nacionalidades y disciplinas jurídicas, que han querido agradecer al profesor Soto Kloss su valioso aporte al estudio y ejercicio del Derecho. Se trata de un justo reconocimiento a su excelencia docente e investigadora, como también a su constante defensa y protección de los derechos de las personas, labores que ha acometido no sólo desde una perspectiva puramente jurídica, sino que además histórica y filosófica.

El título del libro, *La Primacía de la Persona*, resume el elemento central de la enseñanza de don Eduardo: la persona humana como centro y raíz del Derecho, merecedora de la servicialidad del Estado en razón de sus atributos esenciales y superiores de dignidad, vida, libertad, igualdad y sociabilidad.

Nuestro homenajeado ha tenido el mérito de desarrollar estos principios no sólo a nivel teórico sino también práctico. Así, sus ideas han sido tan ricas en consecuencias para legisladores, jueces, autoridades administrativas y abogados,

*Publicado en *El Mercurio*/Santiago el 19.4.2009, E-8.

que han dado lugar a un cambio significativo en el modo de concebir y aplicar el Derecho Público en Chile.

En efecto, la escuela de Eduardo Soto Kloss ha inspirado avances notables para el Derecho nacional, como el mayor control jurisdiccional de órganos públicos a través de la acción de nulidad de derecho público y el recurso de protección; el debido proceso como garantía fundamental frente a la autoridad; la responsabilidad del Estado y el justo intercambio de prestaciones en la contratación administrativa. La labor científica de esta escuela ha significado también el reconocimiento de la plenitud jurisdiccional de los tribunales ordinarios para conocer de litigios públicos, y de la separación efectiva de funciones estatales respecto de los derechos fundamentales. Sus estudios sobre la expresión jurídica de la dignidad humana lo destacan además como un referente en materias de derecho a la vida y subsidiariedad.

Después de apreciar el extenso registro de temas en que el profesor Soto Kloss ha influido en el devenir del Derecho Público chileno, resulta difícil no aplicar a su magisterio la constatación del insigne Juan Bautista Alberdi, cuando decía que una buena cátedra de Derecho Público puede hacer más servicios a la unidad nacional y a la integridad de la República que todos los trabajos de la guerra y de la diplomacia. Y don Eduardo ciertamente lo ha logrado, a través de su prosa viva y estilo agudo, que invita de manera constante a valorar primero la riqueza de nuestro propio acervo jurídico.

Quisiéramos agradecer especialmente a las personas e instituciones que han contribuido generosamente a financiar este libro homenaje: Editorial Legal Publishing-Abeledo-Perrot, Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Universidad Santo Tomás, Estudio Jurídico Allende & Bascuñán, Estudio Jurídico Correa y Gubbins, Estudio Jurídico Philippi, Yrarrázaval, Pulido & Brunner, abogados Enrique Alcalde Rodríguez, Iván Aróstica Maldonado, Raúl Bertelsen Repetto, Juan Ignacio Correa Amunátegui, Vicente de la Fuente Montané y Alfonso Silva Cubillos.

Asimismo, nuestro reconocimiento se extiende hacia los ayudantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Nicolás Santana Hernández, Nicolás Maturana Sanhueza y Fernanda Torres Villarubia, por su abnegado trabajo de sistematización de textos y citas, y a la Universidad de los Andes, en especial a la Facultad de Derecho, por su constante apoyo.

JAIME ARANCIBIA MATTAR, JOSÉ IGNACIO MARTÍNEZ ESTAY*
Julio 2009

*Del Prólogo de la obra, julio 2009.

Eduardo Soto Kloss, *Derecho Administrativo. Temas fundamentales*. Legal Publishing. Santiago de Chile (788 pp.)

Frisando la conmemoración de sus primeros cuarenta años de cátedra relevante, el decano Soto Kloss ha correspondido los presentes (entre ellos un coincidente libro homenaje lanzado por una universidad amiga)¹ con una obra mayor: *Derecho Administrativo. Temas fundamentales*.

Un trabajo de 788 páginas que, sin abandonar la profundidad que es marca de fábrica en el autor, trata e hilvana con claridad meridiana todos los aspectos esenciales que componen el curso de pregrado del mejor Derecho Administrativo. Y que él mismo articulara allá por el año 1975 como programa de estudios en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, al punto que hasta hoy sigue sirviendo de guía en la mayoría de las universidades privadas donde se imparte la carrera.

Lejos de ser esto una nonada, lo dicho importa reconocer a Eduardo Soto Kloss cual artífice de un cambio de paradigma en el derecho administrativo contemporáneo, puesto que a partir de temas traídos desde la periferia, rescatados de los extramuros de una concepción que tenía por protagonista principal al Estado y sus prerrogativas, es él quien los sitúa como temas gravitantes de una nueva visión, centrada ahora en los fueros y la dignidad de la persona humana.

Muchos de estos temas don Eduardo los había abordado antes, en una generosa producción que abarcaba dos obras completas (ya agotadas e imposibles de hallar en las librerías del ramo)² y un sinfín de artículos repartidos en revistas especializadas (muchas de ellas de difícil acceso). Otros tópicos que aparecen en esta obra, o permanecían inéditos o eran de circulación restringida como apuntes de clases. Siendo de agradecer, por consiguiente, que ahora se publiquen ordenados bajo una perspectiva de conjunto.

No delataré su contenido. Pero si un libro vale por el número y la novedad de los problemas que crea, anima o recrea (Paul Valery), entonces es de destacar cómo al compás de aquella óptica personalista, nervio central de la obra, van desfilando aquí desde los principios generales que informan el derecho público chileno hasta aspectos vinculados con la organización y la actividad jurídica de la Administración del Estado. Y no faltan por supuesto aquellos temas en que nuestro autor ha sido pionero, como su noción sustancial de acto administrativo, la idea del debido procedimiento administrativo, la clarificación de las fronteras que separan la arbitrariedad de la discrecionalidad administrativa, la cuestión relativa a la estabilidad de las decisiones oficiales, la nulidad de derecho público, el recurso de protección y la responsabilidad del Estado, por mencionar algunas contribuciones suyas.

¹*La Primacía de la Persona humana. Estudios en Homenaje al profesor Eduardo Soto Kloss*, Legal Publishing Chile-Universidad de los Andes (2009) varios autores (Jaime Arancibia Mattar y José Ignacio Martínez Estay, editores), 1.178 páginas.

²*El Recurso de Protección. Orígenes, doctrina y jurisprudencia* (1982), Editorial Jurídica de Chile. 582 páginas, y *Derecho Administrativo. Bases Fundamentales* (1996), Editorial Jurídica de Chile, 2 volúmenes.

Sí sea de advertir –para quienes traban primer conocimiento con él– que ni de cerca se parece Soto Kloss al personaje corriente, Vicente, que va donde se dirige la gente. De allí que la obra contenga varios pasajes escritos con tono crítico y militante, aun contracorriente, respecto a los cuales el lector puede levantar legítimas discrepancias.

Mas, precisamente esa su vocación de brindar pedagógica orientación la hace acreedora de estudio indispensable. No solo para estudiantes que allí podrán encontrar un faro de luz que dirige pero nunca enceguece. También para abogados, jueces, contralores y todo aquel que desee iniciarse en el Derecho Administrativo de la mano de un genuino educador.

IVÁN ARÓSTICA MALDONADO
Profesor de Derecho Administrativo

Santiago, octubre de 2009

Joaquín García-Huidobro, *Simpatía por la política*, Centro de Estudios Bicentenario, Santiago de Chile, 2007.

Leí casi de corrido este excelente nuevo libro de Joaquín García Huidobro. El autor comienza señalando en el prólogo una paradoja actual: la enorme profusión de libros de filosofía y teoría política en una época de marcada apatía por ésta. También nos cuenta algo sobre su objetivo: espera convencer al menos a algún estudiante universitario de que la política puede no ser algo sucio, sino un verdadero servicio.

El libro se estructura en tres capítulos. Mientras que el primero constituye una orientación más bien teórica, el segundo lo es predominantemente práctica. El capítulo primero contiene una síntesis muy bien lograda de teoría política. Se presentan dos grandes tradiciones milenarias: la sofista-liberal y la clásica-perfeccionista. Se muestra cómo la propuesta minimalista liberal se queda corta cuando intenta dar respuesta a los problemas de la sociedad civil. Se elaboran los problemas de una política entendida como técnica de obtención y conservación del poder. A pesar de que la *polis* aristotélica no es nuestra populosa sociedad actual, las enseñanzas del Estagirita cuentan con un núcleo perenne: se trata de una teoría positiva del bien del hombre que se alcanza en el marco de la comunidad política. Aunque en un estilo distinto, que va llevando amablemente al lector, consigue el mismo efecto que el ensayo de Charles Taylor “¿Cuál es el problema de la libertad negativa?: convencer acerca de su insuficiencia. Las constantes citas de obras filosóficas y tragedias griegas, de Shakespeare y de una vasta representación de la literatura clásica y contemporánea otorgan a esta obra, y especialmente a este primer capítulo, el peso de la sabiduría occidental.

El segundo capítulo es una reseña de los diversos modos que tienen los políticos de transmitir sus razones de modo convincente. Como en tantas cosas humanas, los mismos medios pueden ser usados honesta o deshonestamente, con verdad o simulación. Esta parte del libro acude a un sinnúmero de ejemplos tomados de acontecimientos políticos reales antiguos y contemporáneos. Aquí el autor demuestra una gran perspicacia para captar, recordar y clasificar diversas

situaciones reales. Aparecen los argumentos que actúan sobre la base de la dialéctica amigo-enemigo, los basados en los principios del régimen democrático, en la moderna invocación al progreso, en la defensa de la estabilidad, los estratégicos, el uso de metáforas, el subterfugio de la disminución de la responsabilidad, la apelación a las pasiones, y al bien común. García Huidobro tiene la sensibilidad necesaria para captar las variaciones en estos argumentos que surgen de la peculiar situación actual. Concluye el capítulo con un interesante apéndice en que aprecia la propaganda política y el papel de los medios de comunicación. La mayor parte de los ejemplos son de hechos acaecidos en Chile, Argentina y Estados Unidos. En este sentido, el libro puede ser de especial interés para los lectores del Cono Sur de América.

El capítulo final, “la fuerza de la conciencia”, es una breve y fundamentada exposición y alabanza de la actitud de Santo Tomás Moro en su conflicto con el Rey de Inglaterra, que se resuelve finalmente en su martirio. Moro nos enseña un modo coherente de comportarse siguiendo las reglas de la política, pero sin apartarse de los dictados de la conciencia.

Considero que el libro ha de ser de “lectura obligatoria” para todos aquellos que estén –o que deberían estar– interesados por la política.

RICARDO CRESPO
Universidad Austral y Conicet
Buenos Aires

Cuestiones fundamentales de derecho natural. Actas de las terceras jornadas hispánicas de derecho natural (Guadalajara/México, noviembre 2008). Editor Miguel Ayuso. Marcial Pons. Madrid. 2009 (231pp.).

En una cuidada edición de la colección “Prudentia Iuris” y con una prontitud admirable, aparecen los trabajos de estas Jornadas dirigidas por el Consejo de Estudios Hispánicos Felipe II, de Madrid y patrocinadas por varias instituciones. Estas Jornadas continúan las primeras de 1972, impulsadas por el profesor Francisco Elías de Tejada (de recordada memoria), y las segundas de 1998, ambas realizadas en España (Madrid y Córdoba, respectivamente); estas terceras han sido desarrolladas en México bajo la organización de la Universidad Autónoma de Guadalajara y con la participación de docentes de España, México, Norteamérica, Argentina, Italia y Chile.

La obra contiene trabajos de verdadera excelencia en un temario que aborda –como el título indica– cuestiones fundamentales del iusnaturalismo (se entiende de origen aristotélico tomista), esto es, de las bases ineludible de todo Derecho para que éste sea “justo” y configure una convivencia social en paz. Así D. Castellano (Univ. de Udine/Italia) expone Libertad y derecho natural; J. A. Widow (Univ. Adolfo Ibáñez/Viña del Mar-Chile) El derecho natural y la teología, una perspectiva clásica, tema que continúa B. Dumont (Univ. Católica de París) sobre Problemas actuales; G. Ibáñez (Univ. A. Ibáñez cit.) Ética y derecho natural; J. F. Segovia (Univ. de Mendoza/Argentina) El derecho natural católico y la política: del orden político natural al orden político artificial del Estado; R. Dip (Academia Paulista de Derecho/Sao Paulo-Brasil) Los derechos humanos y el derecho natural: de cómo el hombre “*imago Dei*” se tornó “*imago hominis*”; I. Barreiro (Human Life International/Roma) La familia y el derecho natural; C. Pérez del Valle (Univ. Abat Oliva/Barcelona) Derecho penal y derecho natural; J. Adasme (Instituto de Investigaciones Jurídicas/Unam-México) El derecho natural y los contratos, y M. Ayuso (Univ. de Comillas/Madrid) La tan necesaria como difícil rehabilitación del derecho natural.

Este volumen resulta indispensable para todo aquel que quiera respirar un aire fresco ante la polución intelectual de un positivismo que endiosa al Estado y transforma a la persona humana en un mero engranaje de su organización al servicio del poder como dominación y no como servicio (“El Estado está al servicio de la persona humana...” dispone nuestra Constitución Política en su artículo 1º inciso 3º, frase primera).

Francisco Gentile, *Inteligencia política y razón de Estado* (traducción de M. de Lezica y M. N. Bustos de Lezica). Editorial de la Universidad Católica Argentina. Buenos Aires. 2008 (223 pp.).

Del maestro de Padua/Italia las traductoras (doctora y licenciada en filosofía, respectivamente) han hecho un gran servicio al poner al alcance del lector hispanoparlante esta obra fundamental que versa (1) sobre el *concepto* de la política, el

cual puede abordarse como “cosa” (concepto relativo al Estado/polis, contrapuesto a las personas que lo conforman y relativo a la convivencia social, esto es, como bien común, que es lo básico y primordial) y como “saber” de esa cosa, y (2) a la *inteligencia* política, es decir, la filosofía política, en donde se analizan sus temas centrales como son el bien común, la concordia, el consenso y lo justo de la polis, junto con la idea de “naturaleza” tan golpeada por el positivismo (la “geometría legal”, como lo denomina Gentile).

Cinco capítulos, breves pero llenos de contenido sustancial, posee el libro: lo privado y lo público, la política como inconveniente, el juego de la máquina política, la política como justa medida, y lo diverso y lo común; termina el volumen con unas lúcidas conclusiones. No más de 26 páginas conforman esta parte de la obra, pero lo original del volumen son las “Notas” que lo acompañan (en número de XV) y que suman 150 páginas, además de las bien abundantes referencias bibliográficas que las acompañan. Estas “Notas” son verdaderos trabajos monográficos que completan el texto de los mencionados capítulos y son de gran interés, v. gr., entre otras, El único y los otros, La selva de los derechos del hombre y sus caminos, El partidario divino, La estructura utópica, Gobierno y administración, Comunidad y régimen, La ambigüedad de la “Grundnorm”, La estructura ideológica, La justicia politizada, La aporía del individualismo, etc.

Se trata, sin duda, de una obra “germinal”, de gran riqueza intelectual y que aborda la política desde un punto de vista no ideologizado ni utópico sino en un sano realismo que “purifica” esta actividad de la corrupción conceptual y práctica con que es asumida frecuentemente –por desgracia– por quienes no tienen la estatura moral para entenderla como una de las más altas actividades humanas a que puede dedicarse el ser humano en pro de sus semejantes para hacerles el bien.

Joaquín García-Huidobro, *El anillo de Giges. Una introducción a la tradición central de la ética*. Editorial Andrés Bello. Santiago de Chile. 2005 (252 pp.).

De quien es una de las principales figuras chilenas de la filosofía jurídica y de la filosofía política, doctor en filosofía por la Universidad de Navarra/España y profesor en la Universidad de los Andes/Chile, y autor de varias obras que le han valido un merecido prestigio nacional e internacional, este volumen –como el subtítulo lo indica– es una excelente introducción a la ética, muy clara y, además, didáctica.

Aun cuando pudiera pensarse que está dirigida a estudiantes por la forma coloquial que adopta (forma en la cual García-Huidobro es, ciertamente, maestro), la obra es muy provechosa para quien quiera tener conocimientos claros y precisos sobre una materia que afecta a todo ser humano, a toda persona que piense sobre lo que es el hombre, su naturaleza, su actividad, su fin y la convivencia con sus semejantes. Todo ello abordado sobre un planteamiento realista, sin falsas utopías ni ideologías que parten de prejuicios que niegan esa realidad, que niegan esos “porfiados hechos” que son irreductibles a una pretendida nefasta y perversa “ingeniería social”.

Dividido el volumen en catorce capítulos se inicia con uno referente al desafío del relativismo ético, luego explica el conocimiento de la ética, la finalidad del hombre, las virtudes, las normas morales, las normas jurídico-positivas, conciencia y moralidad, los criterios de la moralidad, ética y naturaleza, y Dios en la ética; termina la obra con un capítulo a modo de conclusión en el cual se resume la herencia ética de la tradición central, y en donde se refiere al bien físico y bien moral: una diferencia fundamental, de la polis a la comunidad universal, y la superación del relativismo. Una guía bibliográfica final en castellano muy útil puede servir de muy buen estímulo para quien quiera introducirse en el riquísimo acervo cultural del occidente judeo-griego-romano-cristiano de la moral.

Un servicio relevante de García-Huidobro a la literatura chilena, que se agrega a tantas obras que nos ha deparado en los últimos años*.

Carlos Amunátegui Perelló, *Orígenes de los poderes del paterfamilias. El paterfamilias y la patria potestas*. Editorial Dykinson. Madrid. 2009 (411 pp.).

Estando hoy la familia en el centro del ataque neomarxista gramsciano que han ideado los autoproclamados “progresistas” con el fin de desarticularla y con ello destruir el matrimonio como institución natural, y la convivencia familiar, resulta de interés la tesis doctoral del profesor Amunátegui (guiada por el conocido romanista español Juan Miquel, recientemente fallecido), que estudia de modo muy exhaustivo, sobre la base de fuentes jurídicas y literarias romanas, a la familia romana. Ello en la Roma regia (hasta los Tarquinos), arcaica (hasta el fin de las guerras con Aníbal), preclásica (hasta la victoria de Augusto) y clásica (el principado).

Estructurada sobre la base de cuatro capítulos ellos versan sobre (1) unos conceptos fundamentales sobre la familia romana arcaica (gens y familia, familia económica y como grupo de parientes); (2) el *paterfamilias* y la *patria potestas* (el poder sobre la existencia de los hijos y su disciplina/*vita necisque potestas* en el cual se citan quince casos históricos), y sus límites; el poder de venderlos/*ius vendendi*, sus límites, y las relaciones entre el padre y el adquirente; y el poder de evadir el padre su responsabilidad delictual o cuasidelictual por los actos de quienes están bajo su potestad/*ius noxae dandi*; (3) la *manus* y el *paterfamilias* (*manus* y matrimonio, y *manus* y *patria potestas*) y (4) la relación de *loco filiae* (término que utiliza Gayo) con la *patria potestas*, asunto que dice referencia al poder del *paterfamilias* sobre la mujer *in manu*, o sea de la que ha realizado la *conventio in manus* con su marido: debe recordarse que Gayo clasifica a las personas según si son libres o esclavos, si son independientes o bajo derecho ajeno y a éstas si están sujetas a potestad, a *manus* o a *mancipio*. En esta parte el autor realiza un agudo análisis de la *manus* gayana.

*Recuérdense su *La tentación del poder, Objetividad y ética, Naturaleza y política, Razón y praxis, Razón práctica y derecho natural, Una locura razonable*, y recientemente *Simpatía por la política*.

Esta obra revela un manejo muy seguro de las fuentes jurídicas romanas (con conocimientos probados de latín y griego) como asimismo de la bibliografía en la materia, especialmente alemana e italiana, que es la que ha trabajado especialmente el tema, pero también de las fuentes literarias romanas que traen a menudo referencias al derecho, y en este caso particular a las instituciones familiares (como Terencio y Plauto).

A través de esta obra Amunátegui ya al inicio de su carrera académica muestra a las claras su promisorio futuro entre los romanistas chilenos, los que a partir de Samper y Guzmán Brito han ido adquiriendo particular importancia y ha entusiasmado a varios jóvenes para profesar esta disciplina, que los ignaros de siempre han tratado –afortunadamente en vano– de suprimir de la enseñanza del Derecho. Y es que quien no sabe de dónde viene difícilmente sabrá a dónde va.

Víctor Farías, *La muerte del camaleón*. Editorial Maye Ltda. Santiago de Chile. 2008 (260 pp.).

Con el subtítulo de “La democracia cristiana chilena y su descomposición”, el autor –muy conocido por obras como Heidegger y el nazismo (París. 1987), Los nazis en Chile (Santiago. 2006), La izquierda chilena 1969-1973 (Santiago. 2001), Salvador Allende, antisemitismo y eutanasia (Santiago. 2005, con ediciones en Brasil, España y Francia), y Allende, el fin de un mito (Santiago. 2007, con ediciones en Italia y Polonia)– realiza una investigación en que se deja al descubierto, sobre la base de documentación que da a conocer (y no siempre a mano), los vaivenes constantes en que se ha movido este partido político, que en constante desarrollo en las décadas de los años 50 y 60 del siglo pasado, alcanzó el poder gubernamental en 1964 con Frei Montalva (1964-1970) y tuviera que entregarlo en 1970 nada menos que al marxismo leninismo, dada su notoria izquierdización que experimentara en su seno cuando fue gobierno; de allí que al propio Frei Montalva se le llamara el “Kerenski chileno”.

Inicia el autor la obra exponiendo en su capítulo I las causas ideológicas e históricas de la descomposición del populismo cristiano: la agresión al origen y su distorsión de la modernidad, en el cual se muestra a este partido como movimiento internacional, y las razones históricas y filosóficas de su descomposición. En su capítulo II se trata de lo característico en el origen de este movimiento: la falange nacional y sus visiones corporativistas, criptofascista, antisemita y antinorteamericano; se analiza la figura de su líder, Frei Montalva, y su ideario: una adhesión a Maritain, a Mussolini y a Maurras; los artículos periodísticos escritos en los años 1936 y 1937, sus críticas al fascismo y al comunismo y su antinorteamericanismo; la revista Lircay; el falangismo y su fuente española. Una nueva mutación: Tomic y hacia el criptomarxismo; Garretón Walker y un escándalo; Castillo Velasco y la colaboración y apertura al marxismo. El capítulo III Farías lo dedica a lo que llama la “traición”, la ruptura con Maritain y la nueva izquierda fundamentalista, la desintegración del populismo cristiano, la “revolución en libertad” y su fracaso económico, el control de la natalidad, el antiimperialismo pro cubano, el fracaso de la reforma agraria, las disputas internas y la rebelión marxista de su juventud.

Su capítulo IV y final se refiere a los desencuentos de Frei, Maritain y la Mistral. En Anexos se incluyen reproducciones fotostáticas de artículos de Frei, de 1936 el diario El Tarapacá, de Iquique, escritos sobre el caso Garretón Walker, una carta profética de Monseñor Errázuriz Larraín, obispo de Talca, de 1966, sobre los peligros de una ley de reforma agraria y otra carta de 1966, de Jorge Rogers Sotomayor a W. Thayer Arteaga.

Para quien ha vivido la época de la cual trata la obra de Farías, la investigación realizada por él resulta muy útil para esclarecer muchas cosas, y se advierte la veracidad de sus dichos sobre la base de los hechos ocurridos. Aun cuando termina su trabajo respecto de hechos de hace treinta años, aparece muy cierto el notorio viraje a la izquierda que sufriera este partido y que hasta ahora se mantiene, llegándose en el actual 2009 a un acuerdo parlamentario con el partido comunista, que como es sabido es un partido que jamás ha sido democrático y mucho menos cristiano (al punto de mantenerse hasta hoy aquello de que “la religión es el opio del pueblo”).

Un trabajo desmitificador y contundente que no dejará de producir polémica, si bien su documentación aparece indesmentible.

Francisco José Pinochet Cantwell, *El derecho de Internet*. Editorial de Derecho de Chile. Santiago de Chile. 2006 (539 pp.).

Versa este novedoso estudio sobre un tema de actualísima realidad como es el Internet, que hace posible no sólo la conexión instantánea con cualquiera persona en dondequiera físicamente se encuentre, sino también la creación de relaciones jurídicas precisas entre sujetos que ni siquiera se conocen personalmente, pero que actúan basados en la mutua confianza.

Tomando pie del prólogo escrito por el profesor Rodrigo Alvarez (hoy presidente de la Cámara de Diputados) uno se encuentra con una nueva rama del Derecho, la cual une en su temario materias de un nutrido conglomerado de disciplinas, que van de lo constitucional, administrativo, económico, financiero, comercial, etc. hasta derecho del consumidor, civil, internacional, propiedad intelectual, bancario y un largo etc.

Advierte el autor que el derecho informático –poco o nada integrado a los programas de los cursos de Derecho que se imparten en las diversas Facultades del país– está dejando paso a un “derecho de internet” propiamente tal, constituido por una regulación jurídica muy dispersa y que integra en su seno no sólo lo nacional sino también lo internacional de muy variada naturaleza, a través de tratados, acuerdos de libre comercio, y regulaciones que exceden las instituciones clásicas del derecho internacional; piénsese en el registro y la asignación de nombres de dominio, los procedimientos de mediación y arbitraje, la regulación de la entidad “reguladora” en Chile (NIC-Chile), etc.

Hay todo un mundo jurídico nuevo en el tema, como la protección de los datos personales, datos sensibles, acceso a la información, la formación del consentimiento, los derechos electrónicos, la firma electrónica, el teletrabajo, el pago de tributos por vía electrónica, las facturas y boletas electrónicas, las transferen-

cias bancarias efectuadas por este medio, el valor probatorio de los documentos con firma digital, las licitaciones públicas de bienes y servicios por parte de los organismos estatales (“compras públicas”), etc. Qué decir de los llamados delitos informáticos, de la afectación al derecho a la intimidad, o a la honra, el acoso y las injurias a través de Internet, la libertad de expresión, etc. Temas que esta obra analiza con pormenor.

Construido el volumen en una introducción (del derecho informático al derecho de Internet), y diez capítulos, se abordan sucesivamente el marco regulatorio de la inscripción de nombres de dominio, los conflictos producidos a raíz de ello, la libertad de expresión y de contenidos (con referencia a la pornografía en Internet), la protección de la propiedad intelectual en esta vía (y tratados que la regulan), la protección legal de los sitios web, el derecho a la intimidad, el comercio electrónico y la firma digital, y los delitos penales en Internet.

Debe felicitarse al profesor Pinochet Cantwell por esta obra que constituye un muy significativo aporte al conocimiento y práctica de esta verdadera nueva rama del Derecho, rama que sin duda debiera incluirse prontamente en los programa de enseñanza en las Escuelas de Derecho del país, dada su cada vez más frecuente aplicación en el tráfico jurídico actual, tanto más que Chile, hoy, se encuentra a la cabeza de los países de América Latina en las telecomunicaciones electrónicas.

Autores Varios, *Testimonio de verdad. Libro homenaje a Fernando Moreno Valencia*. (J. P. Conejeros M. y otros, editores). Fundación Domus. Ril Editores. Santiago de Chile. 2009 (429 pp.).

De muy reciente aparición este libro homenaje al profesor Moreno Valencia es un muy justo reconocimiento a la labor pedagógica y de testimonio como hijo de la Iglesia que discípulos y amigos (entre los que me cuento) le han ofrecido con ocasión de sus setenta años (2006), obra cuya elaboración durara algunos años por diversas circunstancias.

Aunque comenzara estudiando medicina ha sido la filosofía su dedicación desde siempre y especialmente a través de Maritain (“el verdadero”, suele decir, no el que tergiversaran algunos en Chile, por motivos políticos contingentes), llegó a la filosofía perenne (Aristóteles y Santo Tomás de Aquino), de los que ha permanecido discípulo fiel y entusiasta maestro, siendo distinguido hace algunos años como miembro de la Pontificia Academia Santo Tomás de Aquino. Hijo fiel de la Iglesia merece destacarse el hecho de haber sido uno de los primeros, si no el primero, que en Chile hizo frente a la llamada “teología de la liberación”, movimiento formado por sacerdotes que influidos notoriamente por el marxismo pretendía una nueva iglesia y con muy claras intenciones políticas: no cabe duda que era una herejía temible para la Iglesia puesto que incidía en una visión inmanentista enteramente contraria a la fundamentalidad de la trascendencia que significa el cristianismo, una mera horizontalidad no es cristiana, puesto que olvida la verticalidad que significa la relación del hombre con Dios, y que la cruz (de Cristo) tan bien representa. Su extensa labor de conferencias y de producción literaria en este aspecto le ha valido con posterioridad un justo reconocimiento.

Este homenaje contiene 26 colaboraciones de filósofos, teólogos, médicos, profesores de derecho y de filosofía, pudiendo señalarse materias como cristianismo y humanismo (Monseñor Antonio Moreno y los Padres A. Lobato y P. de la Noi); sobre fe y cultura (M. Spieker, E. Yáñez, J. Aldunate, J. Ginés, L. Elders, M. Echeverría, E. Soto Kloss y Gómez de Pedro); sobre filosofía política (A. Merino y J. García-Huidobro) y sobre cuestiones de conocimiento (J. P. Conejeros, G. Vidal, F. Escandón, R. Vicuña, J. C. Aguilera, K. Droste, M. Bártoli, A. Pérez, F. Palma, C. Vidal y J. I. Rodríguez). En anexo se incluye del maestro homenajeado "El papel de los cristianos en el mundo según J. Maritain".

Una cuidada edición para un maestro de verdad, profundamente cristiano, y profesor atrayente, amigo del prójimo y luchador incansable por los fueros de la razón y de la fe*.

*Esta sección está a cargo del profesor E. Soto Kloss.

I. CHILE

Actualidad jurídica – Universidad del Desarrollo, N° 20/2009.

Destacamos del tema central referente a “Principales reformas jurídicas del decenio” las concernientes a La reforma constitucional del año 2005, contexto, impacto y tópicos pendientes (J. M. Díaz de Valdés); Reforma al sistema de integración de las Cortes de Apelaciones y Corte Suprema (P. Rodríguez); Retrospectiva y perspectivas de la reforma procesal penal (R. Tavolari); Tendencias legislativas en el derecho del trabajo y de la seguridad social (C. Halpern - H. Humeres); Diez años de reforma tributaria (C. Blanch). En la sección Estudios, de interés Ley de matrimonio civil: interpretación, efectos e insuficiencias (P. Rodríguez); Constitucionalismo chileno y su evolución (C. Cruz-Coke); ¿Dónde van Superintendencias y Fiscalías? (I. Aróstica); El derecho administrativo sancionador en el Tribunal Constitucional (C. Boettiger); Tolerancia y estado laico en John Locke: un desposorio incómodo (J. Alvear) y en Jurisprudencia, Prescripción de la acción tributaria en el caso de sentencias de los “jueces delegados” (J. García - R. Ugalde).

Revista de Derecho – Universidad Católica del Norte, N° 1/2008.

De interés: El recurso de nulidad en el Código Procesal Penal desde la perspectiva de la Constitución (M. A. Fernández); Las potestades públicas de la Administración del Estado (J. C. Ferrada), y Estado no confesional y laicismo (C. Salinas).

Revista de Derecho – Universidad Católica de la Santísima Concepción, N° 18/2008-2.

Destacamos: Reflexiones en torno al derecho a la vida y la “píldora del día después” a la luz de tres precedentes judiciales (P. Zambrano - S. M. Castro); La pena de muerte en el orden constitucional (F. Jiménez); Las disputas por las denominaciones políticas entre fracciones partidistas, 1925-2007 (J. Etchepare - D. Monsálvez), y Comentario al fallo del Tribunal Constitucional sobre la “píldora del día después” (F. Saenger).

Revista de Derecho – Universidad de Concepción, N°s. 221-222/2007.

De interés: Matrimonio y divorcio en la nueva ley de matrimonio civil chilena (J. Samtleben); Un desastre procesal (H. Oberg); Reparación y prevención de daños derivados de deficiencias viales en Chile: panorama normativo y jurisprudencial

(J. L. Díaz); Los principios estructurales del derecho administrativo chileno, análisis comparativo (J. C. Ferrada); ¿Hay sanciones por no ingresar al sistema de evaluación de impacto ambiental? (V. Delgado); El caso “Diane Baker”, un significativo precedente de tutela ambiental en la Unión Europea (M. H. Novelli), y derechos fundamentales y personas jurídicas en el derecho español (C. A. Larraín).

Revista de Derecho y Ciencias Penales – Universidad San Sebastián, N° 10/2008.

De interés: El carácter dispositivo de la compensación económica (C. Céspedes); El conflicto entre el debido reconocimiento de la libertad sindical y el limitado objeto de la negociación colectiva en Chile (E. Caamaño); El origen de los principios del derecho internacional público moderno (J. Jara); Los incendios forestales en el Código Penal Español (C. Blanco), y Análisis jurisprudencial del delito de microtráfico (H. Silva).

Ius et Praxis – Universidad de Talca, N° 2/2008.

Destacamos: El principio de proporcionalidad en el derecho penal (H. Fuentes); Crímenes internacionales y la imprescriptibilidad de la acción penal y civil, referencias al caso chileno (G. Aguilar); El derecho a la educación y sus regulaciones básicas en el derecho constitucional chileno e internacional de los derechos humanos (H. Nogueira); Control judicial de los actos políticos, recurso de protección ante “cuestiones políticas” (F. Zúñiga); La (im)posibilidad de construir un concepto científico de constitución (J. P. Beca); Introducción al concepto de identidad constitucional y a su función frente al derecho supranacional e internacional de los derechos de las personas (M. Núñez), y El proceso legislativo sin romance, implicancias para el derecho constitucional chileno (J. F. García).

Revista de Derecho Público – Universidad de Chile, N° 70/2008.

De interés: La suspensión del procedimiento como medida cautelar en la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ley (J. Colombo); Notas sobre principios del derecho constitucional tributario (E. Navarro); Participación ciudadana y plebiscitos constitucionales (L. Bulnes y M. Verdugo); Contenido esencial del debido proceso, criterios de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional (P. Alfonso); Conflicto entre derechos fundamentales en el Tribunal Constitucional (M. A. Fernández); Protección de la dignidad de los privados de libertad en el bloque de constitucionalidad (D. Ibaceta); Derechos colectivos de carácter religioso (R. Huidobro); Principio de legalidad y nulidad de derecho público (J. Bermúdez); La potestad normativa del Presidente de la República: los decretos con fuerza de ley (C. Moraga); El deber constitucional del Presidente de la República de ejecutar la ley y su infracción (C. Román), y Videovigilancia e intervención administrativa, cuestiones de legitimidad (L. Cordero).

Revista de Ciencias Sociales – Universidad de Valparaíso, N° 53/2008.

Destacamos: La acción constitucional de protección en el ordenamiento jurídico chileno (L. Ríos); Los principios rectores de la contratación electrónica en Chile (C. Cozzani); El control de constitucionalidad del reglamento (C. Dorn), y La Constitución de Cádiz, sus causas, ideas e influjo en la formación de la República de Chile (A. Balbontín).

Revista de Derecho – Universidad Católica de Valparaíso, N° XXXI-2/ 2008.

De interés: La acción temeraria en la ley sobre protección del consumidor (J. L. Guerrero); El permiso parental y del padre en la armonización del trabajo y la vida familiar (E. Caamaño); El control de constitucionalidad desde la teoría del derecho (H. Andaluz); El acceso a la información pública como base para el control social y la protección del patrimonio público (J. Bermúdez y C. Mirosevic), y De la propiedad a las propiedades. La evolución de la concepción liberal de la propiedad (E. Cordero).

Lex et Veritas – Universidad Internacional SEK, N° 5/2008.

De interés: Reflexiones en torno a la nacionalidad chilena de Andrés Bello (J. G. Prado); Chile, Perú y Bolivia, una hermandad compleja (A. Torre); Comentarios a la Ley N° 20.256 sobre pesca recreativa (G. Muñoz); Principio de proporcionalidad y ley francesa que restringe uso de símbolos religiosos (J. Albornoz, E. González y R. Salazar); Jurisprudencia en Policía Local: materia tributaria y protección a los consumidores (S. Villalobos); Estudio sobre algunos aspectos que deben considerarse en contratos celebrados por las Municipalidades (C. Rojas); La protección del consumidor inmobiliario (L. Téllez), y Semblanza de la personalidad del capitán de fragata y abogado don Arturo Prat Chacón (G. Muñoz).

Nomos – Universidad de Viña del Mar, N° 2/2008.

Destacamos: Responsabilidad de los Estados miembros por incumplimiento del derecho comunitario, normación y jurisprudencia (C. Aedo); El derecho urbanístico chileno y la garantía constitucional de la propiedad (E. Cordero); Consideraciones sobre el equilibrio entre la información pública y los datos personales (R. Herrera), y La emergencia de los derechos sociales en el sistema constitucional chileno (C. Viera).

Revista Chilena de Derecho – Universidad Católica de Chile, N°s. 1 y 2/2009.

Del N° 1: La definición de matrimonio del artículo 102 del Código Civil después de la introducción del divorcio vincular por la Ley N° 19.947 de 2004 (H. Corral);

protección jurídica de los adultos mayores en Chile (F. Lathrop); Subsidios, permisos y condiciones: la doctrina de las condiciones inconstitucionales en Estados Unidos y su aplicación en Chile (S. Soto), y Vigencia de la ley italiana en el Estado de la ciudad del Vaticano (J. Ranson). Del N° 2: El presupuesto procesal de la capacidad en las personas jurídicas, en especial las de derecho público (J. R. Gutiérrez S.); Origen del presidencialismo chileno (A. Fernandois - J. F. García); Propiedad intelectual, dominio público y equilibrio de intereses (C. Schmitz), y Negativa de menor de edad y su familia a recibir terapia desproporcionada o con pocas garantías de efectividad (A. Vivanco).

Revista de Derecho – Universidad Austral, Volumen XXII, N° 1/2009.

De interés: El derecho y la obligación de votar (P. Marshall); Consideraciones al requisito de identidad subjetiva del principio “non bis in idem” en el ámbito del derecho administrativo español (M. L. Ramírez), y Los biocombustibles desde la perspectiva del comercio internacional (J. P. Aristegui).

Revista de Derecho – Universidad Central de Chile, 3ª época, N° 2/ 2008.

Destacamos: Imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad en la jurisprudencia chilena (J. Faúndez V.); Responsabilidad extracontractual del Estado. Panorámica conceptual e histórica (G. Ossorio F.), y La persona, tratamiento jurídico conceptual y alcances desde el derecho considerado como fenómeno (A. Robledo R.).

Revista Bérit Internacional – Instituto de Familia/Universidad Santo Tomás, N° 9/julio 2008.

De interés: De su sección Estudios, Informe sobre la llamada “anticoncepción de emergencia” (M. Silva y otros); Feminizar el mundo (T. Melendo); Actualidad de la voluntad de sentido (A. Polaino); L’embrione umano preimpianto é segnato da termini di significato ambiguo (G. Bozzatto); Edith Stein, maestra de valores (E. Gómez de Pedro), y Es un hombre ya quien está en camino de serlo (B. Vidal). De la sección Magisterio, se incluyen varios textos de SS. Benedicto XVI (sobre la tarea urgente de la educación, la importancia de los abuelos, su presencia y testimonio, y una homilía a los jóvenes sobre la confesión) y de Conferencias Episcopales (de Brasil, sobre rechazo del aborto; de Chile, la persona su dignidad; de México, sobre el documento de Aparecida, y de España, sobre el derecho a la vida: siempre un bien). Las secciones Crónica del mundo, Oro viejo y oro nuevo (con un texto de San Isidro de Sevilla), Crónica Bérit, y Libros (reseñas bibliográficas) completan el volumen.

II. EXTRANJERO

Revista de Derecho – Universidad de Montevideo, N° 15/2009.

Destacamos: Una consideración dialéctica del “Principio de la soberanía” en el pensamiento de Félix A. Lamas (M. de Lezica); Motivación del acto administrativo, criterios jurisprudenciales y admisibilidad de su omisión (V. Pérez); Instrumentos jurídicos del sistema educativo uruguayo (F. Rotondo), y La ética del asesor letrado de la Administración: la independencia técnica como poder-deber ético (C. Faget).

Actualidad Jurídica – Universidad Fasta/Mar del Plata, Argentina, N° 6/ 2009.

De interés: La voz y la escucha judicializada del niño, adolescente y joven (C. A. Obligado); La pena de muerte en Argentina ¿está abolida? (H. Caruso); Autarquía, autarjía y soberanía (sobre la justificación del Estado y del poder político) (S. R. Castaño); El ambiguo concepto de “salud” y sus peligrosas derivaciones ético jurídicas (M. Morelli); La ética del abogado del Estado en el marco de la relación de empleo público (C. Druck), y Convención internacional de los derechos del niño en la legislación latinoamericana (E. I. Viñas).

Revista de Informação Legislativa – Senado del Brasil, N^{os}. 179 y 180/2009 y 181/2009.

Destacamos del N° 179: Veinte años de la Constitución de 1998, la reconstrucción democrática (L. R. Barroso); La tutela constitucional de la propiedad intelectual en la Constitución de 1998 (M. Basso); El Ministerio Público en la Constitución de 1998 (P. Braga); La acción directa de inconstitucionalidad (C. M. Cleve); El medio ambiente en la Constitución de 1998, algunos temas (M. Dias Varella - M. Dieguez L.), y El Poder Judicial, de la difusión a la concentración de poder (F. Wendpap - R. Kolote-lo). Del N° 180: Una dimensión económica del medio ambiente (P. J. Leite Farías); Tráfico de seres humanos (L. M. de Morais - E. Cardoso); El derecho a la intimidad en la sociedad técnica, hacia una política pública en el tratamiento de datos personales (J. Barrientos - E. C. Vilela), y Garantías procesales de los derechos humanos en el sistema jurídico brasileiro (J. B. Herkenhoff - A. Córtes da Paixao). Del N° 181: Omisiones administrativas y control concentrado de constitucionalidad (R. Pereira e Silva); La efectividad de los derechos de los ciudadanos en la protección del ambiente, un derecho fundamental (E. Bianchi - B. A. Amorim); El Brasil y el combate internacional de la corrupción (S. Ribeiro - V. E. Tavares); Las cláusulas pétreas como protección de los derechos fundamentales (F. Martins de Andrade), y Prácticas restrictivas verticales: contribución de la experiencia europea para el derecho de la concurrencia en Brasil (D. Rocha Correa).

International Law – Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia, N^{os.} 11, 12 y 13/2008.

Del N° 11 de interés: Expropiación mediante regulación: inversión extranjera, tratados de promoción de inversión y el poder de policía de la Administración (C. P. Márquez-Escobar); La noción de servicio de interés general: un elemento jurídico de base para la construcción de un derecho global (J. Rincón-Salcedo), y Reflexiones sobre la reparación de daños en el derecho de las inversiones internacionales contemporáneas (J. E. Viñuelas). Del N° 12: El protagonismo de las organizaciones no gubernamentales en las relaciones internacionales (A. F. Amaya-Villarreal); El derecho a guardar silencio, visión comparada y caso colombiano (J. D. Riveros-Barragán), y El derecho a la verdad en situaciones de postconflicto bélico de carácter no internacional (D. A. González-Salzberg). Del N° 13: La protección del ambiente y su jerarquía normativa en derecho internacional (J. E. Viñuelas); ¿Cuál es el estado del derecho consuetudinario relacionado con la sucesión de Estados en materia de tratados (A. L. Pinto); Salud pública, patentes de productos farmacéuticos y licencias obligatorias: una mirada desde el tercer mundo (M. Castro - C. Acosta); El deber de coherencia en los contratos y la regla del *venire contra factum proprium* (M. Bernal); Beligerancia, terrorismo y conflicto armado: no es un juego de palabras (J. M. Valcárcel), y El uso del precedente extranjero por la Corte Constitucional Colombiana (L. M. Escobar - Martínez).

Empresas Políticas – Universidad de Murcia, N° 1/2009.

Destacamos: Sobre el pensamiento político de Angel López-Amo (F. J. Guillamon); López-Amo y Jouvenel (A. Zerolo) y del maestro español se publican Sobre la constitución de España, y Las dictaduras. Los gobiernos de hecho y el problema de la legitimidad; El Estado nacional español de J. Conde (J. Molina); Saavedra Fajardo y la razón de Estado (D. Pérez Guilhou); La ciencia política y la política de la ciencia (A. E. Sampay), y Las tinieblas de Occidente (V. Risco).

Ius Canonicum – Universidad de Navarra, N° 97/2009.

De interés: La situación actual de la ciencia canónica (O. Condorelli); Presente y futuro de la justicia administrativa en la Iglesia (J. Canosa); La *ratio* en las fuentes normativas del derecho canónico (J. Otaduy), y Derecho divino y derecho constitucional canónico (E. Molano).

Icade – Universidad de Comillas, Madrid, N^{os.} 76 y 77/2009.

Destacamos del N° 76: Estrategia de Lisboa: la sociedad de la información en la Unión Europea (V. M. González - S. de los Ríos); Protección europea y española

de los derechos de autor (R. M. de Couto), y La naturaleza jurídico-constitucional de las instrucciones previas (F. de Montalvo). Del N° 77: El humanismo y el derecho (M. Grande), y La problemática delimitación del ámbito competencial de las jurisdicciones constitucional y ordinaria (L. A. Méndez).

Dereito – Universidad de Santiago de Compostela, N° 1/2008.

Destacamos: La sociedad de profesionales en el derecho italiano (P. Morlupo); Algunas cuestiones de derecho sancionador relacionadas con las sociedades profesionales y principio de culpabilidad (S. Nogueira); La gestión indirecta de los servicios sociales de titularidad autonómica en Galicia, en especial el concierto (M. Almeida), y Una introducción al tema de los riesgos sicosociales (G. Loi).

Prudentia Iuris – Universidad Católica Argentina, N^{os}. 64-65/2008.

Destacamos: Michel Villey, destructor de ídolos, creador de íconos (C. R. Sanz); La racionalidad al rescate de la naturaleza y la ley natural (M. C. Maggi de Gandolfo); La justicia y el derecho en el pensamiento de Santo Tomás de Aquino y Hans Kelsen (A. S. Pestalardo); San Agustín, Dante y la globalización, una invitación a la reflexión sobre la globalización y la laicidad (C. A. Gabriel Maino), y La esclavitud en la doctrina aristotélico-tomista (S. Pierpaulli).

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
Familia, sociedad y vida	2009 (192 pp.)	Murúa, Gómez de Pedro, Hernández, Castaño, Ortiz Quiroga y Soto Kloss	\$ 18.500

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

