

IUS PUBLICUM

Nº 27 / 2011



Escuela de Derecho
Universidad Santo Tomás

IUS PUBLICUM

Nº 27 / 2011

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).

SECRETARIO DE REDACCIÓN:

Prof. Aníbal Rodríguez Letelier

REPRESENTANTE LEGAL:

Patricio Cepeda Silva

Redacción y Administración de Ius Publicum
Avenida Ejército 146 - 6º piso - Edificio Rectoría
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 - 6º piso (edificio Rectoría) - Santiago de Chile.

Los puntos de vista manifestados en IUS PUBLICUM expresan el concepto de los autores
que en esta revista escriben, y no representan necesariamente la opinión de la Institución.

IUS PUBLICUM se publica semestralmente por la Dirección de Publicaciones Jurídicas
de la Universidad Santo Tomás.

Vol. 13 N° 27

SEPTIEMBRE 2011

ÍNDICE

ESTUDIOS

CARLOS I. MASSINI CORREAS. <i>La cuestión de la ley injusta, de Tomás de Aquino a algunos iusfilósofos contemporáneos</i>	11
MACIEJ GIERTYCH. <i>Criando personas</i>	21
MARIANO R. BRITO. <i>Singularización de los principios generales en el Derecho Administrativo</i>	29
RAMIRO MENDOZA ZÚÑIGA. <i>El Derecho Público y sus claves en el año del Bicentenario</i>	39
JOSÉ LUIS LARA ARROYO. <i>La responsabilidad del Estado por su actividad jurídica bilateral: El caso de las licitaciones en materia de Contrato de Suministro y Prestación de Servicios bajo la Ley N° 19.886</i>	51
EDUARDO SOTO KLOSS. <i>1891. Chile bajo dos gobiernos y dos administraciones (Segunda Parte)</i>	71
DOMINGO VALDÉS PRIETO. <i>Potestad informativa del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia</i>	85

IN MEMORIAM

AICA: <i>Pedro J. Frías (1919-2011)</i>	103
---	-----

CRÓNICA

<i>Reflexiones éticas:</i> MAX SILVA ABBOTT, JORGE H. SARMIENTO GARCÍA, VICENTE MORRO, ÁLVARO FERRER DEL VALLE, CAROLYN MOYNIHAN, CARLOS FRONTAURA R., IGNACIO SÁNCHEZ CÁMARA. <i>Reflexiones tomistas:</i> MONS. HÉCTOR AGUER. <i>Reflexiones fuertes:</i> GONZALO ROJAS SÁNCHEZ, JOAQUÍN REYES BARROS, MARIO CORREA BASCUÑÁN	107-144
--	---------

DOCUMENTOS

S.S. BENEDICTO XVI: <i>Discurso al cuerpo diplomático acreditado ante la Santa Sede. Homilía en la Vigilia Pascual en la Noche Santa. Audiencia general (11 de mayo de 2011) - Discurso a los participantes en la Asamblea General de la Academia Pontificia para la Vida - Mensaje con ocasión del 150º Aniversario de la unificación política de Italia - Palabras en su visita al Mausoleo de Las Fosas Ardeatinas/Roma. - Discurso a los participantes en la asamblea plenaria de la Congregación para la Educación Católica - Mensaje para la XIV Jornada Mundial de las Comunicaciones Sociales. Verdad, anuncio y autenticidad de vida en la era digital - Discurso en presentación de credenciales de la nueva embajadora de España ante la Santa Sede - Discurso a la comunidad de la Universidad Católica del Sagrado Corazón.</i> ALFONSO CARDENAL LÓPEZ TRUJILLO (†) FRANCISCO GIL HELLÍN: <i>Declaración del Pontificio Consejo para la Familia sobre la llamada "reducción embrionaria".</i> AICA: <i>No es discriminatorio negar la adopción a los homosexuales. Declaración de los obispos de Colombia.</i> TERESA GARCÍA-NOBLEJAS: <i>Condenados por negarse a llevar a sus hijos a clase de educación sexual.</i> TEREIXA CONSTENLA: <i>Las atrocidades de la Stasi al descubierto</i>	147-188
--	---------

JURISPRUDENCIA

Lautsi y otros c/Italia [GC], Nº 30814/06, CEDH (18.3.2011) y comentario. "El viraje producido por la CEDH en el caso del crucifijo en las escuelas públicas de Italia: La puesta en escena de dos modelos jurídico-políticos irreconciliables" (DÉBORA RANIERI DE CECHINI)	191
Tribunal Constitucional (27.1.2011) sobre "solve et repete", comentario E. Soto Kloss	246

RECENSIONES Y RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

RECENSIONES

HÉCTOR H. HERNÁNDEZ (DIRECTOR), CAMILO TALE, RICARDO DIP, SIRO DE MARTINI, GERARDO BONASTRE: <i>Fines de la pena. Abolicionismo. Impunidad</i> (Sergio Raúl Castaño (CONICET))	257
RAÚL LETELIER WARTENBERG: <i>Nulidad y restablecimiento en procesos contra normas</i> (Gabriel Bocksang Hola)	258
RESEÑA DE REVISTAS	262
NOTICIAS	267
EDICIONES IUS PUBLICUM	269

ESTUDIOS

LA CUESTIÓN DE LA LEY INJUSTA, DE TOMÁS DE AQUINO A ALGUNOS IUSFILÓSOFOS CONTEMPORÁNEOS

Carlos I. Massini Correas*

SUMARIO: 1. Una imputación al iusnaturalismo tomista. 2. ¿Tiene fundamento esta impugnación? 3. Respuestas a las impugnaciones: la cuestión semántica. 4. Conclusiones.

1. UNA IMPUTACIÓN AL IUSNATURALISMO TOMISTA

Una de las imputaciones más difundidas dirigidas contra las versiones clásicas del iusnaturalismo, es la que consiste en sostener que la que sería una de sus tesis centrales, la que se expresa paradigmáticamente en la fórmula *lex injusta non est lex*, encierra una contradicción insalvable, que la priva de todo contenido significativo. De este modo, al suponer que esa tesis resulta central en la sistemática del iusnaturalismo clásico, una argumentación acerca de su sinsentido la privaría definitivamente de consistencia epistémica¹.

Esta argumentación ha sido desarrollada explícitamente por varios notorios representantes del iuspositivismo contemporáneo, entre ellos, Hans Kelsen, Herbert Hart, Norbert Hoerster y el argentino Carlos Niño. Limitándonos solamente a H. L. A. Hart y Norbert Hoerster, corresponde recordar que el primero explicita esta doctrina en un conocido acápite (“Legal validity and resistance to law”) del más difundido de sus libros, *The Concept of Law*, donde sostiene que frente a la tesis positivista según la cual todo lo puesto positivamente debe identificarse como derecho, por más que se reconozca claramente su injusticia, “es posible que aparezca tentador decir que las disposiciones que obligaban o permitían la iniquidad no deben ser reconocidas como válidas”²; y más adelante afirma que “de

*Profesor de filosofía del derecho, Universidad de Mendoza/Argentina.

¹Sobre la noción de “consistencia”, vide Blanché, R., *La axiomática*, trad. A. Pulido, México. FCE, 2002, 47-51.

²Hart, H. L. A., *The Concept of Law*. Oxford. Oxford. U.P. 1994, 208 (para la versión castellana se emplea la traducción de Cenaro Carrió. Buenos Aires. Abeledo-Perrot. 1963).

la proposición de que una regla es demasiado inicua para ser obedecida no se sigue que no sea una regla válida de derecho”³. Y puesto a valorar ambas posiciones, el antiguo profesor de Oxford expresa que la posición iusnaturalista, que negaría carácter de derecho a todo sistema normativo que resulte claramente inicuo, es menos práctica a los fines de la valoración moral de las conductas, toda vez que no sólo esconde el peligro de una anarquía social, sino que puede conducir a simplificaciones toscas, que confunden los términos de la problemática –en especial el ético y el semántico– y no arrojan ningún resultado positivo.

Y en lo referente a la impugnación de Hoerster, es conveniente partir de su afirmación tajante de que la tesis central del positivismo jurídico es la “*tesis de la neutralidad*: el concepto de derecho tiene que ser definido prescindiendo de su contenido”⁴. Y unas páginas más adelante impugna la afirmación de que la ley injusta no es ley, señalando que ella es tan poco funcional como lo sería utilizar el concepto de “clima” no en un sentido valorativamente neutro sino en uno valorativo, con la significación de “buen clima”, con lo cual sólo podría hablarse de “clima”, por ejemplo, cuando brillase el sol y no cuando lloviera, lo que resulta claramente un sinsentido⁵. En un sentido similar, reservar la calificación de “derecho” solamente para el que resulta justo en los hechos significaría la absurdidad de que no podrían estudiarse por la ciencia jurídica aquellos órdenes normativos que, como el de la Alemania nazi o la Rusia comunista, resultarían radicalmente inmorales. Se estaría entonces en estos casos frente a una realidad distinta del derecho, que debería designarse con un nombre diferente para evitar confusiones, lo que resultaría palmariamente erróneo.

En definitiva, según estos autores, la afirmación lisa y llana de que una ley injusta no es –en cualquier sentido relevante– ley, no sólo es falsa en sus términos, sino que resulta inútil, simplista y confusa. Estaría claro, entonces, que todo iusnaturalismo que sostuviera esa tesis como central en su sistemática no sólo se vería decisivamente debilitado como doctrina, sino que resultaría claramente refutado o invalidado como teoría explicativa y normativa del derecho.

2. ¿TIENE FUNDAMENTO ESTA IMPUGNACIÓN?

Frente a esta impugnación, que se presenta como contundente y definitiva, corresponde analizar con cierto detalle su valor argumentativo y su

³Hart, H. L. A., o.c., 209. Unas páginas antes, Hart ha atribuido la expresión textual *lex injusta non est lex*, a la “tradicón tomista de la ley natural” (156).

⁴Hoerster, K, *En defensa del positivismo jurídico*, trad. E. Garzón Valdés. Barcelona. Gedisa, 2000, 11.

⁵Hoerster, N., o.c., 21.

fuerza racional, a los efectos de establecer adecuadamente si, luego de este cuestionamiento, es posible seguir manteniendo razonablemente la doctrina –al menos en la versión de Tomás de Aquino– de la ley natural. A esos efectos, resulta conveniente estudiar, en primer término, la textualidad de la afirmación tomista, para pasar luego a un análisis conceptual de sus contenidos y establecer finalmente su vulnerabilidad –o invulnerabilidad– al mencionado argumento refutatorio.

Para comenzar con la primera de las cuestiones, corresponde destacar que la expresión cuestionada, *lex injusta non est lex*, no se encuentra literalmente en los textos de Tomás de Aquino^{6, 7}. Sí es posible hallar en el Aquinate una cita –textualmente incompleta– del *De libero arbitrio* de San Agustín, según la cual “no parecería que fuera ley, la que no sea justa”⁸ y algunas otras afirmaciones similares del Aquinate, como las siguientes: “si verdaderamente en algún punto [la ley positiva] resulta discordante con la ley natural, ya no será ley sino una corrupción (*corruptio*) de la ley”⁹; o bien: “toda ley se ordena al bien común de los hombres y en esa medida tiene fuerza y carácter de ley, y en la medida en que se aparta (*déficit*) de ese fin carece de fuerza obligatoria”¹⁰; o bien, que las leyes injustas “son más violencia (*violentiae*) que leyes [...] y por eso no obligan en el foro de la conciencia”¹¹; o bien, finalmente, que “la ley tiránica, que no es conforme a la razón, no es ley pura y simplemente (*simpliciter*), sino más bien una cierta perversión (*perversitas*) de la ley”¹².

Además, en un texto de la segunda sección de la segunda parte de la *Summa Theologiae*, y al tratar concretamente de la definición del derecho, el Aquinate se refiere al uso analógico del término “derecho” y entre estos usos analógicos –y por lo tanto legítimos– de ese término, incluye el siguiente: “finalmente, es llamado también derecho lo establecido u otorgado (*redditur*) por aquel a cuyo ministerio pertenece administrar

⁶Vide: Murphy, M.C., *Philosophy of Law. The fundamentals*. Malden-Oxford-Carlton. Blackwell Publishing, 2007, 38.

⁷Para verificarlo, basta con indagar en el *Index Thomisticus* de Robertus Busa, donde no se registra esa frase en toda la obra del Aquinate (la respuesta a la búsqueda por internet es “no cases found”); vide: <http://www.eorpitsthomisiicum.org/it/index.age>

⁸San Agustín, *De libero arbitrio*, I, 1, 11. Allí Agustín escribe que “...a mí me parece que no es ley la que no es justa” (“Nam mihi lex esse non videtur, quae iusta non fuerit”); es evidente que el “mihi”, que el Aquinate omite al citarla, le otorga a la frase un claro sentido opinativo y subjetivo que no tiene en la versión tomista. Esta inexactitud en la cita es reiterada por otros autores contemporáneos, como v.gr. Ernesto Garzón Valdés, quien en su trabajo “Derecho y moral”, atribuye al de Hipona la frase “no es ley la que no es justa”, omitiendo la primera parte del texto, que es la que relativiza la afirmación posterior; vide: Garzón Valdés, E., “Derecho y moral”, en AA.VV., *Derecho y moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*, ed. R. Vázquez. Barcelona. Gedisa. 1998, 20.

⁹Tomás de Aquino, *Summa Theologiae* (en adelante *STh*), I-II, q. 95, a. 2 c.

¹⁰*STh*, I-II, q. 96, a. 6 c.

¹¹*STh*, I-II, q. 96, a. 4 c.

¹²*STh*, I-II, q. 92, a1, ad. 4.

justicia, aun cuando lo que resuelva sea inicuo (*iniquum*)”¹³. Este texto reviste particular importancia, toda vez que en él Tomás de Aquino defiende expresa e inequívocamente la legitimidad de denominar con el nombre “derecho” a las sentencias u otras resoluciones, aunque sean claramente injustas.

Como es posible ver con bastante claridad en lo afirmado precedentemente, los propios textos de Tomás de Aquino no sólo no reproducen literalmente la fórmula cuestionada, sino que proponen formulaciones bastante más complejas y matizadas, en las cuales se precisa que la ley claramente injusta “no [me] parece” que sea ley, o bien, no es ley “en sentido propio”, o “pura y simplemente”, o bien “son más violencia que leyes”, o “cierta perversión de la ley”, o bien, finalmente, que “no obligan en conciencia”. De esta *discordantia sententiarum* es posible inferir que la mayoría de los que impugnan la fórmula habitual, especialmente si la atribuyen a Tomás de Aquino, no han realizado una lectura atenta y que haga justicia a la letra y espíritu de los textos del Aquinate.

Por otra parte, si, más allá de la literalidad de esos textos, se intenta indagar el sentido preciso que ellos tienen en la obra de Aquinate, es conveniente hacer algunas aclaraciones complementarias. La primera y principal es que Tomás de Aquino hablaba generalmente de modo *analógico*, es decir, utilizando ciertos términos para designar realidades distintas con una significación similar¹⁴. De este modo, el Aquinate usa la palabra “justo” para designar varias entidades: el objeto de la virtud de justicia¹⁵, cualquier cualidad positiva de las realidades jurídicas¹⁶, al que cumple la voluntad de Dios¹⁷ y a varias realidades más. Otro tanto ocurre con la expresión “ley” del pasaje debatido: en él la palabra se utiliza en dos sentidos analógicos, es decir, semejantes pero no idénticos¹⁸, lo que evita la contradicción y el sinsentido que se le atribuye. Volveremos de inmediato sobre este punto.

La segunda de las aclaraciones es que, contrariamente a lo sostenido por numerosos positivistas, la tesis de la defectibilidad de la ley injusta no es un tema central del iusnaturalismo clásico sino sólo una tesis subordinada. Escribe en este sentido John Finnis, que “una teoría de la ley natural

¹³*STh*, II-II, q. 57, a.1, ad. 1.

¹⁴Sobre la noción de analogía en Tomás de Aquino existe una muy amplia bibliografía; de ella, puede citarse: Montagnes, B., *La doctrine de l’analogie de l’être d’après saint Thomas d’Aquin*. Louvain-Paris. PUL-Béatrice-Nauwelaerts. 1963 y McInerny, R., *Studies in Analogy*. The Hague. Martinus Nijoff. 1968.

¹⁵*STh*, II-II, 57, 1.

¹⁶*STh*, I-II, 95, 2; II-II, 57, 1 ad 1; II-II, 69, 3c.

¹⁷*STh*, II-II, 58, 2 ad 1; *Veritate*, q. 27, a. 3 ad 25; a. 5 ad 17, etc.

¹⁸En rigor, en el caso de la analogía se está en presencia de una significación semejante, aunque no idéntica, y de una designación única; en otras palabras, se designa la misma realidad con una significación parcialmente diversa; vide: Mondin, B., *Il sistema filosofico di Tommaso D’Aquino*. Milano. Massimo. 1985, 126-141.

no necesita tener como principal preocupación, ni teórica ni pedagógica, la afirmación de que “las leyes injustas no son leyes”. En realidad, no sé de ninguna teoría de la ley natural en la que esa afirmación, o cualquier cosa parecida, sea algo más que un teorema subordinado¹⁹. Por lo tanto, cualquiera que sea el resultado del debate acerca de la significación y corrección de la frase, en ningún caso podría sostenerse que el iusnaturalismo en cuanto teoría general haya sido refutado o desmontado en alguna de sus afirmaciones centrales en virtud de la falsedad que se atribuye a la afirmación *lex injusta non est lex*.

3. RESPUESTAS A LAS IMPUGNACIONES: LA CUESTIÓN SEMÁNTICA

Una vez aclarado someramente el planteamiento de la cuestión, corresponde entrar en el análisis semántico de la expresión cuestionada, recordando siempre que no se trata en ningún caso de la formulación elaborada por sus impugnadores, sino sólo de algunas expresiones semejantes²⁰. En este sentido, la aclaración central que corresponde hacer, a los efectos de evitar cualquier ambigüedad en los términos y la subsiguiente confusión en los significados, es que la expresión “ley” de las formulaciones tomistas –v. gr., la que afirma que “la ley tiránica, que no es conforme a la razón, no es ley pura y simplemente (*simpliciter*), sino más bien una cierta perversión de la ley”– es asumida claramente en dos sentidos diferentes: (i) en la primera parte de la expresión (*lex tyrannica*) “ley” es tomada en el sentido de “norma jurídica sancionada positivamente y que pertenece al derecho positivo” (“ley humana”, en la terminología aquiniana); y (ii) en la segunda parte de la frase (*non est simpliciter lex*), “ley” es tomada en el sentido de “norma que obliga en conciencia a su obediencia”.

Por lo tanto, es posible inferir fácilmente que, luego de esta aclaración semántica, no se descubre ninguna contradicción en la frase, la que podría reformularse –evitando la ambigüedad del uso analógico de “ley”– del siguiente modo: “una norma positiva clara y gravemente injusta (*tyrannica*) no merece ser obedecida en conciencia”, o bien, “las normas que claramente se desvían de su ordenación al bien común no generan una obligación moral directa de obedecerlas”. Ahora bien, el término “directa” de la frase anterior resulta especialmente pertinente toda vez que, en el caso de la ley tiránica, es decir, radicalmente desviada de su orientación

¹⁹Finnis, J., *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1984, 351. Hay una excelente traducción castellana: *Ley natural y derechos naturales* [trad. C. Orrego]. Buenos Aires. Abeledo-Perrot. 2000.

²⁰Vide: San Agustín. *De libero arbitrio*, libro I, c. 5, Tomás de Aquino, *S. Th.*, I-II, q. 96, art. 4, y sus antecedentes, como Platón, *Leyes*, 715b y Cicerón, *Leyes*, libro II, c. 5.

constitutiva al bien común, puede existir una obligación –que Finnis denomina “obligación colateral”– de obedecerla en los hechos, cuando la desobediencia traiga como consecuencia un grave desorden público o algún otro efecto seriamente negativo para el bien común. En este sentido, Tomás de Aquino escribe que “las leyes injustas [...] no obligan en el foro de la conciencia, si no es para evitar el escándalo y el desorden, por cuya causa el hombre debe ceder (*cedere*) su propio derecho (*iuri suo*)”²¹. Estos daños no tienen que ver necesariamente con el individuo que padece la injusticia, sino con el perjuicio que se produce al bien común cuando las leyes no son obedecidas, por causa del mal ejemplo o del desorden que se podría producir. Hay que tener en cuenta que para muchos hombres –en rigor, para la mayoría– no hay una clara distinción entre legalidad y moralidad, de modo que el incumplimiento de la ley por parte de ciudadanos notoriamente honestos puede ser motivo para que se generalice el desprecio por la legalidad ética y jurídica²²⁻²³.

Visto lo anterior, es preciso distinguir en el caso de una ley injusta y de la obligación moral de obedecer la ley, dos situaciones principales: (i) la de las leyes que se desvían del bien común en cuanto imponen la necesidad de *sufrir* un mal o *verse privado* de un bien, en cuyo caso es razonable que, dadas ciertas circunstancias y para evitar un mal común más grave, exista una obligación “colateral” de cumplir con la norma. Como ya se ha visto, estos daños no tienen que ver necesariamente con el individuo que padece la injusticia, sino con el perjuicio que se produce al bien común cuando las leyes no son obedecidas, por causa del mal ejemplo o del desorden que podría producir; (ii) la de las leyes que mandan positivamente *realizar* un mal grave, o dicho en otras palabras, infringir un “absoluto moral”, en cuyo caso Tomás de Aquino afirma claramente que “nunca es lícito observar estas leyes”²⁴. En este último caso, cuando se trata de hacer positivamente un mal, resulta obligatorio no cumplirla.

Por otra parte, si la ley que es en algún sentido injusta también puede ser llamada “ley”, es evidente que deberá ser tenida en cuenta cuando se trata de estudiar el sistema jurídico de un determinado país, aunque en muchos aspectos pueda ser inícuo. De ahí que ningún iusnaturalista relevante piense que a la hora de describir las instituciones jurídicas y normas vigentes en una sociedad debe dejar fuera aquellas que no cumplen con las exigencias de la justicia por el hecho de que entonces no serían ley, tal como lo haría suponer la argumentación desarrollada en este punto por Hoerster y resumida anteriormente. En rigor, la dificultad de algunos

²¹ *STh*, I-II, q. 96, a. 4 c.

²² *Vide*: Trigg, R., *Morality Matters*. Malden-Oxford-Carlton. Blackwell Publishing. 2005, 58 ss.

²³ George, R.P., “Ley natural”, en id., *Moral Pública. Debates actuales*, trad. M. Rabinovich. Santiago de Chile. IES, 2009, 34-35.

²⁴ *STh*, I-II, q. 96, a. 4 c.

autores, como Hart y Hoerster, para entender la fórmula clásica, se debe a que ella se da en un esquema de pensamiento donde la analogía juega un papel fundamental. Si, como dice Aristóteles, “el ser [y “lo justo”]²⁵ se dice de muchas maneras”²⁶, entonces es posible predicar un mismo término con sentidos parcialmente diferentes. Esto sucede de continuo en el lenguaje ordinario, pero gran parte de la filosofía de los últimos siglos ha buscado utilizar un lenguaje meramente unívoco²⁷, como un intento –condenado radicalmente al fracaso– de adquirir para el pensamiento ético-jurídico la precisión que es propia de las ciencias empíricas o exactas²⁸. Esta tendencia también ha repercutido en el campo de la teoría jurídica y explica por qué Hart y varios otros autores leen las afirmaciones tomistas de manera deficiente y sesgada.

4. CONCLUSIONES

Una vez realizadas las precisiones ya expuestas estamos en condiciones de sacar algunas conclusiones acerca del alcance y sentido de la máxima *lex injusta non est lex*: en Tomás de Aquino:

a) La expresión *lex injusta non est lex* ni se encuentra de modo textual en las obras del Aquinate, ni constituye el núcleo de las doctrinas iusnaturalistas más significativas. Sí se hallan algunas expresiones semejantes, aunque mucho más matizadas, que apuntan a mostrar que la ley injusta no es ley en sentido pleno y por esta razón no engendra por sí misma la obligación moral de seguirla. En algunos casos existe una obligación colateral de prestarle obediencia, siempre que al seguirla no se esté realizando positiva e intencionalmente algo malo, sino sólo sufriendolo, como puede ser el caso del pago de un impuesto excesivo o discriminatorio.

b) Desde el punto de vista lógico, las objeciones planteadas a la máxima en cuestión desatienden un tema de fundamental importancia, a saber, que el término “ley” puede tomarse, en la expresión cuestionada, al menos en dos sentidos, según se atiende (i) al contenido y finalidad de la norma, o bien (ii) según esa norma tenga una forma legal y se encuentre contenida dentro del conjunto del orden jurídico. Es perfectamente posible, entonces, que una norma sea ley en sentido formal pero tenga serias deficiencias de contenido, que lleven a afirmar que no cumple la función

²⁵Vide: EN V 1, 1129a25-27.

²⁶Met. 4, 2 1003a34.

²⁷Vide: Ghiretti, H., *La metáfora en el pensamiento político. Una exploración*. Mendoza-Argentina. CEFIC. 2009, 15-19.

²⁸Vide Albert, H., *Razón crítica y práctica social*. Barcelona. Paidós. 2002, 116 ss. Vide, también: Massini Correas, C.I., *Filosofía del Derecho - III - El Conocimiento y la Interpretación Jurídica*. Buenos Aires. Abeledo-Perrot. 2008, 47-82.

propia de las leyes y, en ese sentido, no puede llamarse ley (derecho) de manera integral.

c) En lo referente a la impugnación desarrollada al comienzo, ha quedado en claro que ella resulta radicalmente insuficiente, ya que se basa en una comprensión anacrónica y descontextualizada de un texto clásico; en efecto, al interpretar una afirmación analógica y práctica en un sentido unívoco y descriptivo-sistemático, los impugnadores yerran el blanco; si, por el contrario, se interpreta el texto en un sentido analógico y práctico-moral, se observa que no existen inconsistencias en la máxima estudiada, la cual, por otra parte, no reviste el carácter de tesis central del iusnaturalismo tomista, sino solamente el de una mera afirmación colateral y subordinada.

d) Ahora bien, más allá de la impugnación de algunos autores iuspositivistas, vale la pena poner de relieve que el punto de vista propio y privilegiado del iusnaturalismo del Aquinate es principalmente el práctico-moral, por lo cual la cuestión central en la temática desarrollada no es la de la inclusión o no de una determinada norma injusta en la clase de las normas jurídicas o derecho normativo, menos aún en un sistema normativo producto de fuentes sociales, sino más bien la de la existencia o no de un deber moral de obedecer al derecho; y la respuesta clásica, en este punto, es compleja y matizada, arribándose en definitiva a la conclusión de que, al menos en ciertos casos, *lex injusta est lex*, por supuesto que en sentido analógico y no univocista.

e) Pero además existen ciertos casos donde el carácter jurídico-moral de algunas normas injustas resultaría diluido hasta un límite tal que, prácticamente, las excluiría de la categoría de lo jurídico, al privarlas completamente de la posibilidad de generar cualquier deber de obediencia: es el caso de las normas que Tomás de Aquino afirma que se oponen al bien divino (*bonum divinum*)²⁹, y que pueden traducirse, en términos de los autores iusnaturalistas contemporáneos, como aquellas que se oponen a los *absolutos morales*, i.e., a aquellos principios que prohíben sin excepción atentar directa e intencionadamente en contra de un bien humano básico³⁰; en estos casos, resulta evidente que el carácter jurídico de las normas mencionadas se ha reducido a un mínimo casi absoluto, no obstante lo cual, en un sentido meramente formal (*secundum quid*) aun pueden ser denominadas “derecho”.

f) Finalmente, cabe señalar que desde el punto de vista metodológico la aproximación a las cuestiones jurídicas desde la perspectiva práctica y analógica ofrece algunas posibilidades que no se dan cuando se pretende vanamente alcanzar una precisión y certeza similares a las desarrolladas

²⁹*STh*, I-II, q. 96, a. 4.

³⁰*Vide*: Finnis, J., *Moral Absolutes. Tradition, Revision, and Truth*. Washington D.C. The Catholic University of America Press. 1991.

en las ciencias empiriológicas o exactas; esta opción por el punto de vista práctico y analógico ha sido también una de las características de Tomás de Aquino y de todos los representantes consecuentes de la Tradición de la Filosofía Práctica³¹, y ofrece la posibilidad de una perspectiva no-reductiva y de una enorme riqueza conceptual, que debe ser asumida al abordar en nuestros días el estudio de las realidades éticas y jurídicas.

³¹Vide: Massini Correas, C.I., "Entre la analítica y la hermenéutica: la filosofía jurídica como filosofía práctica", en *Persona y Derecho*, N° 56. Pamplona. 2007, 205-243.

CRIANDO PERSONAS*

Maciej Giertych**

Richard Dawkins, el famoso profesor de Oxford, ateo declarado y devoto defensor de la teoría de la evolución, se ha proclamado recientemente a favor de la eugenesia (www.lifesite.net/ldn/2006/nov/06112103.html).

En carta al periódico escocés *Sunday Herald* (19 de noviembre de 2006), Dawkins escribió que nadie quiere estar de acuerdo con una opinión de Hitler, pero que sin embargo es tiempo de rechazar la siguiente posición: “Si se pueden criar vacas de leche, caballos de carreras y perros de arreo, ¿por qué sería imposible criar hombres para la matemática, la música o el atletismo? Me pregunto si, sesenta años después de la muerte de Hitler, debiéramos aventurarnos a preguntar cuál es la diferencia moral entre criar músicos y obligar a los niños a recibir lecciones de música. O por qué es aceptable entrenar velocistas o saltadores pero no criarlos”.

Por supuesto que para ateos y evolucionistas el *homo sapiens* no es diferente de otro animal y podemos hacer con él lo mismo que hacemos con los demás animales. Juan XXIII escribió en *Mater et magistra*: “Y como la vida humana se propaga a otros hombres de una manera consciente y responsable, se sigue de aquí que esta propagación debe verificarse de acuerdo con las leyes sacrosantas, inmutables e inviolables de Dios, las cuales han de ser conocidas y respetadas por todos. Nadie, pues, puede lícitamente usar en esta materia los medios o procedimientos que es lícito emplear en la genética de las plantas o de los animales”.

Recientemente vimos en el número de 28 de enero de 2007 del semanario polaco *Wprost* que ya han nacido los primeros “super-polacos”. Se refieren a la selección de embriones con el procedimiento de fecundación *in vitro*, selección no sólo para la vida, sino también para rasgos heredables según un análisis de ADN. Ciertamente que el procedimiento no implica

**Breeding people* en el original: criando personas como si fueran ganado (nota del traductor).

**Profesor y eurodiputado polaco. (N.R.) Con la debida autorización del *Verbo/Madrid/* N^{os}. 471-472 (2009) se incluye este parágrafo 3 del artículo de M. Giertych, “La enseñanza sobre la evolución en las escuelas europeas”.

criar seres humanos ideales, pero se basa sobre dar muerte a aquellos que no se conforman con el ideal. Éstos son arrojados. En muchos países, lamentablemente, también en el mío, se permite abortar embriones con defectos. Es lo mismo. Una selección que apunta a matar los seres humanos que no alcanzan los niveles aceptables. Lo que equivale a discriminar al discapacitado¹.

Viviendo en comunidades cristianas a veces no nos damos cuenta de hasta qué punto la civilización de la muerte se basa en la eugenesia. He aquí otro ejemplo. El profesor australiano Peter Singer obtuvo la prestigiosa cátedra de bioética en la Universidad de Princeton, en los Estados Unidos. Singer es famoso por promover matar a los niños y a los viejos imposibilitados que son una carga para sus familias y los servicios de salud de los Estados. Sus órganos, por supuesto, podrían además ser usados para trasplantes. Por otro lado, Singer es un defensor de los derechos de los animales y del medio ambiente. Muchas de sus conferencias en Europa coinciden con manifestaciones de organizaciones pro vida y de ayuda a los minusválidos.

Ha aparecido un nuevo derecho humano, el derecho a no existir. El Tribunal Constitucional alemán convirtió a los médicos en responsables por no haber acertado con los test genéticos. Decidió que una persona nacida con un defecto genético tiene título para reclamar una compensación. Esta persona tenía la posibilidad de no haber nacido, en cuanto una persona con taras podría haber sido matada en el seno materno. Se trataría, pues, del derecho de la persona a no existir. Y en cuanto una persona fue obligada a existir, merece esa compensación. Sentencias semejantes se han dictado en los Estados Unidos: "El demandante existe y sufre a consecuencia de la negligencia de otros" (véase *Gazeta Wyborcza*, 25 de abril de 1998).

No se trata de una novedad. Ya en la antigua Esparta los niños nacidos con defectos y toda suerte de enfermos y minusválidos eran arrojados desde el monte Taigeto a una gran gruta, para eliminarlos de la sociedad. En la actualidad este procedimiento se asocia fuertemente a la Alemania hitleriana y su política racial de eliminar los enfermos mentales. Los alemanes tenían un programa de supresión de los seres desprovistos de valor vital (*lebensunwertes Leben*), particularmente los enfermos mentales.

La Alemania de Hitler introdujo leyes eugenésicas. Se decidió que quien no tuviera origen ario o estuviera casado con un no-ario no accederían al trabajo en los organismos del gobierno. Quien quiera que se uniese a

¹Hace poco los medios de comunicación (por ejemplo *Rzeczpospolita* de 28 de agosto de 2007) informaban que en un aborto practicado en Italia, de dos gemelos, se mató al sano en lugar del que tenía síndrome de Down. La abortista Dra. Anna Maria Marconi alegó que los niños cambiaron de posición entre el diagnóstico y la práctica del aborto. Acusada de prácticas eugenésicas, replica: "La ley lo permite".

una de esas personas perdería su trabajo. Y las personas se definían como no-arias cuando alguno de los padres o de los abuelos era un extranjero y, en particular, judío. Se trataba de una promoción de la raza aria a través de las uniones entre arios. También se empleó una selección positiva de los rasgos considerados más deseables. Los hijos de los inferiores con pelo rubio y ojos azules eran separados de sus padres y destinados a ser desnacionalizados y educados luego como super-alemanes. Entre otros, esto se aplicó a los niños nacidos en Auschwitz. Stanislaw Leszczynska, en su famoso “Informe de una comadrona en Auschwitz”, describe cómo todos los niños nacidos en el campo fueron ahogados excepto los que por tener rasgos arios se destinaban a la desnacionalización.

La ciencia de la eugenesia apareció de resultados de la adopción de la *teoría darwiniana de la evolución*. Si el avance de la evolución depende de la supervivencia de los mejores, entonces debe asegurarse que los menos aptos no se reproduzcan. Lo que es una aplicación práctica de la teoría de la evolución junto con su definición atea del hombre. Los evolucionistas de hoy preferirían olvidar el lazo que liga darwinismo y eugenesia. Yo, en cambio, trataré de recordarlo.

En 1871 Darwin publicó un libro titulado “*El descenso del hombre*”. En el capítulo 5 escribe:

“Entre los salvajes la debilidad de cuerpo o mente es rápidamente eliminada; y los que sobreviven gozan por lo general de un vigoroso estado de salud. Nosotros, los civilizados, hacemos lo posible por controlar el proceso de eliminación: construimos asilos para los imbeciles, los mutilados y los enfermos; instituímos beneficencias; y nuestros médicos se esfuerzan para salvar la vida de todos hasta el último momento. Hay razón para creer que la vacuna ha salvado a miles que, por su constitución débil, habrían sucumbido a la viruela. Así, los débiles se propagan en las sociedades civilizadas. Nadie que haya criado animales domésticos dudará que esto injuria gravemente a la raza humana. Sorprende ver con cuánta frecuencia el exceso de cuidados o los equivocadamente dispensados llevan a la degeneración de la raza; pero excepto en el caso del hombre, nadie es tan ignorante como para permitir que sus peores animales se reproduzcan”.

Como es obvio, se trata de una justificación científica de la eugenesia. En el mismo libro, ahora en el capítulo 6, escribe Darwin:

“En un futuro no muy lejano, si lo contamos por siglos, las razas civilizadas de hombres sin duda estarán a punto de exterminar y reemplazar por todo el mundo a las razas salvajes. Al tiempo que los monos antropomorfos, como ha destacado el profesor Schaaffhausen (*Anthropological Review*, abril 1867, p. 236), sin duda serán exterminados. La ruptura entre los hombres y sus aliados más cercanos se ensanchará, pues podemos esperar que se extienda entre los hombres más civilizados, incluso más

que los caucásicos, y los simios más bajos como los babuinos, en vez de de cómo ahora entre los negros o los australianos y los gorilas”.

Ignorando que estas dos citas son contradictorias (lo que, por cierto, ocurre con frecuencia en el pensamiento de Darwin), ya que en la primera se sugiere que los salvajes sustituirán a los civilizados, mientras que en la segunda se predice lo contrario, nótese por favor no sólo el evidente carácter racial de la última cita, sino también la predicción de una inevitable exterminación de las razas inferiores. Para el inglés Darwin éstas eran los negros y los aborígenes australianos. Para el alemán Hitler, en primer lugar, judíos y polacos.

No se trató de una coincidencia accidental entre el pensamiento de Darwin y el de Hitler. El ligamen llegó a través de la comunidad de científicos que se ocupaban de eugenesia. He aquí algunos ejemplos.

Leonard Darwin (1850-1943), hijo de Charles Darwin, fue presidente de la Sociedad Inglesa de Educación Eugenésica, miembro del consejo editorial de *The Eugenical News* (Noticias Eugenésicas) y desde 1927 presidente de la Federación Internacional de Organizaciones Eugenésicas. En los años treinta del siglo XX el profesor Ernst Rüdin, de Munich, fue el presidente de la Federación.

Leonard Darwin escribió (*The Eugenics Review*, vol. 31-32, 1939-1941) un artículo en memoria del dermatólogo alemán Dr. Friedrich Schallmeyer (1857-1919), pionero de la eugenesia. En 1903 ganó un premio organizado y financiado por Friedrich Krupp AG para responder la pregunta: “*Was lernen wir aus den Prinzipien der Deszendenztheorie in Beziehung auf die innerpolitische Entwicklung und Gesetzgebung der Staaten?*” (“¿Qué podemos aprender de la teoría de los orígenes en relación con el desarrollo político interno y la legislación estatal?”). Resulta obvio que Krupp quería utilizar la teoría de la evolución para fines políticos. Estamos hablando de tiempos bien anteriores a Hitler. Schallmeyer ganó el premio entre sesenta concursantes con su libro *Vererbung und Auslese* (Herencia y elección). Describía las consecuencias de las inadvertidas selecciones hechas que el hombre hace constantemente en la elección de compañero para la vida, al tiempo que postulaba que el Estado debería influir en dicho proceso, de modo particular a través de la propaganda, para influir en la mejora de la raza tanto en términos de calidad como de número. Postulaba “higiene racial”. Advertía también que un obstetra que ayuda en una entrega difícil causa un aumento del problema en las generaciones siguientes. Leonard Darwin termina su artículo con la afirmación de que no es su papel decidir quién contribuyó más al desarrollo de la eugenesia alemana “en la correcta dirección”, si Schallmeyer o el Dr. Alfred Ploetz. Es necesario señalar que este texto fue escrito en 1939. Ahora sabemos qué fruto produjo esa “correcta dirección”.

El recién mencionado Dr. Ploetz fue un empleado del Instituto del Kaiser Guillermo de Berlín, presidente de la *Deutsche Gesellschaft für*

Rassenhygiene (Sociedad Alemana para la Higiene Racial) y representante de esta organización en la Federación Internacional de Organizaciones Eugénicas. Fue director del *Archiv für Rassen-und Gesellschaftsbiologie*, revista que incluía al también citado profesor Ernst Rüdin. Rüdin era director (junto con Heinrich Himmler) del mensual *Volk und Rasse*.

El Dr. Josef Mengele, que dirigía la investigación genética de los prisioneros del campo de concentración de Auschwitz, recibió financiación para tal fin del *Deutsche Forschungsgemeinschaft* (Consejo Científico Alemán) a través del profesor Otmar von Verschuer (1896-1969), director del *Kaiser-Wilhelm- Institut für Anthropologie, menschliche Erblehre, und Eugenik* (Instituto Kaiser Guillermo de Antropología, Herencia Humana y Eugenesia). En su informe al Consejo Científico escribió más tarde Verschuer (cfr. Gerald Astor, "The Last Nazi", 1989):

"Mi compañero en la presente investigación es mi asistente el antropólogo y médico Mengele. Está destinado como *Hauptsturmführer* y médico del campo de concentración de Auschwitz. Con el permiso del *Reichsführer SS* [Himmler], se está emprendiendo una investigación antropológica respecto de los varios grupos raciales que hay en el campo y las muestras de sangre se van a enviar para estudio a mi laboratorio".

De acuerdo con los datos biográficos reunidos sobre el profesor Otmar von Verschuer (http://en.wikipedia.org/wiki/Ottmarvon_Verschuer), Mengele le proporcionó en 1944 cuerpos de gitanos, esqueletos de judíos, muestras de sangre de gemelos idénticos infectados experimentalmente con fiebres tifoideas, ojos de personas con diferencias de color entre el izquierdo y el derecho, etc.

El profesor, Barón, Otmar von Verschuer, antes de la guerra fue ayudante de patología hereditaria en la Universidad de Berlín y en 1951 obtuvo la cátedra de genética humana en la Universidad de Münster. Después de la Segunda Guerra Mundial el Barón von Verschuer se convirtió en un respetado científico. De acuerdo con el *Science Citation Index* de los años 1945-69 se le citaba en la literatura científica 350 veces, lo que es mucho. Por tanto, pese a sus conexiones nazis, no desapareció de la comunidad científica.

Oficialmente la eugenesia se convirtió en tabú durante un breve período. En 1960 apareció una nueva revista científica, editada en Edimburgo con el nombre *The Mankind Quarterly* (El Cuatrimestral de la Humanidad). Y como subtítulo: "*An International Quarterly Journal dealing with Race and Inheritance in the Fields of Ethnology, Ethno-and Human Genetics, Ethno Psychology, Racial History, Demography and Anthro-Geography*" (Una revista internacional cuatrimestral que trata de la raza y la herencia en los campos de la etnología, genética étnica y humana, etnopsicología, historia racial, demografía y antropogeografía). Sir Charles Galton Darwin (1887-1962), nieto de Charles, era miembro del comité editorial. En los años 1953-1959 fue presidente de la Sociedad Británica de Eugenesia. No

había, por motivos obvios, ningún alemán en el comité editorial, aunque estaban presentes la mayoría de los países occidentales. Sin embargo, pronto se incorporó Otmar von Verschuer y ahora aparece como uno de los fundadores. En 1979 la revista se trasladó a los Estados Unidos, estableciéndose en Washington, donde continúa publicándose. Trata de temas tales como la necesidad de la segregación racial en las escuelas de los Estados Unidos, la relación entre raza y nivel intelectual, etc.

Merece la pena mencionar que Sir Charles Galton Darwin llevaba su segundo nombre en recuerdo del precursor de la eugenesia en Escocia, Sir Francis Galton (1822-1911), quien acuñó el término "eugenesia", entendido como la evolución dirigida del hombre, y lo puso en circulación entre los científicos. Publicó en 1869 el libro *Hereditary genius* y compiló sus artículos sobre eugenesia en 1909 en el volumen titulado *Essays in eugenics*. Fue él quien instituyó con una donación testamentaria la cátedra de eugenesia en la Universidad de Londres. También en 1909 creó, bajo su presidencia, la Sociedad de Educación Eugénica que en 1926 se transformó en la Sociedad Eugénica y en 1989 en el Instituto Galton. Hoy este Instituto es famoso por la promoción de la contracepción y la organización de las "conferencias Darwin". Galton era primo de Darwin.

Esta información debiera bastar para mostrar el vínculo entre darwinismo y eugenesia.

Un gran promotor de la eugenesia y del darwinismo fue el filósofo agnóstico, liberal y socialista Bertrand Russell. En 1929, en su libro *Marriage and Morals* escribió :

"Las ideas eugénicas se basan en la asunción de que los hombres son desiguales, mientras la democracia se basa en la asunción de que son iguales. Es, por tanto, muy difícil políticamente defender nuestras ideas eugénicas en una sociedad democrática, cuando éstas no sugieren tanto que hay una minoría de gente inferior, como si fueran imbéciles, sino más bien que hay una minoría de gente superior. La primera agrada a la mayoría mientras que la segunda le desagrada. Así, las medidas que dan cuerpo a la primera pueden triunfar con el apoyo de la mayoría, mientras que las que lo hacen a la segunda no".

Aquí encuentra apoyo político acabar con los enfermos mentales (en la Alemania de Hitler) o abortar los no nacidos discapaces (en la Europa de hoy y, lamentablemente, también en Polonia). Sin embargo, no se produce generalmente la cría de genios (esto es, de la superior raza aria).

La propuesta que ha hecho en nuestros días el profesor Richard Dawkins viene a ser lo mismo que la cría de genios. Si es posible aumentar los rasgos deseados en el ganado, ¿por qué no habría de ser posible hacer crecer la habilidad para la música del hombre? ¿O mejorar los caracteres físicos para el deporte o la pasarela o lo que quiera que sea? Si el hombre es sólo un animal altamente evolucionado, ¿qué podría frenarnos de un programa de cría? Aparentemente nada.

Hoy, con la ayuda de Internet (www.ronsangels.com/index2.html) es posible comprar células huevo humanas o esperma de modelos. El agente de venta es Ron Harris, que provee de fotos a la revista *Playboy*. La venta se hace por subasta: "Esta es la verdadera 'selección natural' darwiniana. El mejor postor compra juventud, belleza y don de gentes. 'Selección natural' es elegir genes saludables y hermosos", escribe Ron Harris en la introducción a su sitio web. El anuncio de los artículos incluye fotografías de los donantes, información sobre su edad, origen, edad de sus abuelas vivas, etc. Harris sólo se lleva el 20% del remate. El resto es para el donante. El costo de la fecundación *in vitro*, implante, entrega, etc., tiene que ser cubierto por el comprador. Es una oferta habitual en el negocio.

SINGULARIZACIÓN DE LOS PRINCIPIOS GENERALES EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

Mariano R. Brito*

SUMARIO: I. De una cuestión semántica preliminar. II. De la singularidad de los principios generales en el derecho administrativo.

I. DE UNA CUESTIÓN SEMÁNTICA PRELIMINAR

¿De qué hemos de ocuparnos según el título de este artículo? Sabido que sea que “Singularizar es distinguir o particularizar una cosa entre otras” y que “Distinguirse, es particularizarse o apartarse del común”¹ podrá examinarse en qué consiste la peculiaridad de los principios generales en el derecho administrativo.

Si así fuere cuando se trata del título que me ha de ocupar, es innegable una dificultad primaria o de sus orígenes, porque como bien expuso Meilan Gil²,

“La teoría de los principios generales del Derecho es deudora de planteamientos civilistas. Muchas de las construcciones técnicas del Derecho tienen su fundamento en el Derecho Privado. Lo testimonia una historia que arranca del Derecho Romano ... Durante siglos el Derecho romano será sólo Derecho privado, aunque en el Código Teodosiano se encuentran numerosas disposiciones –si se acepta el nombre– sobre asuntos que hoy corresponden al Derecho Administrativo. El Derecho es el *ius civile*. La tradición académica contribuyó a la identificación entre Derecho y Derecho privado.

... Desde este predominio civilista se ha construido mucho tiempo la teoría jurídica de los principios generales del Derecho. El Código Civil proporcionaba

*Profesor emérito de derecho administrativo de la Universidad de la República/Uruguay, y ex Rector de la Universidad de Montevideo. Profesor extraordinario de la Universidad Santo Tomás/Chile.

¹Singularizar: Diccionario Esencial de la Lengua Española. Real Academia Española. Espasa Calpe. 2006, 1368.

²Meilan Gil, José Luis, *Los principios generales del Derecho desde la perspectiva del Derecho Público en España*, en *Los Principios en el Derecho Administrativo Iberoamericano, Actas del VII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo*, Valladolid y Salamanca, septiembre 2008, t. 3, 409 y s.

el fundamento, basado en la tradición. Puede comprobarse en la doctrina administrativa y en la legislación cuando se manifiestan claramente a favor de la aplicación de los principios generales en el orden jurídico administrativo.

... La historia del Derecho Administrativo hasta su madurez está dominada por la sombra del Derecho Civil en un mecanismo que califico hace muchos años de imitación y complejo, no sólo en España. Al Derecho Civil se acude para construir categorías jurídicas del Derecho Administrativo³.

Para Uruguay, la norma del Código Civil, art. 16, trasunto de derecho común, expresó cabalmente el criterio reseñado⁴.

Sin embargo, ya décadas antes, en el siglo XX, la jurisprudencia captaba cabalmente la configuración-significación de unos criterios fundamentales o principios generales de derecho en el Derecho Administrativo, diciendo:

“en razón de no existir ley alguna que determine cuáles son los efectos que producen los actos administrativos viciados de nulidad, ni tampoco leyes análogas cuyos fundamentos puedan ser aplicados al caso, es preciso para determinar el efecto que produce entre nosotros un acto administrativo nulo, ocurrir a los principios generales de derecho que rigen la materia y a las doctrinas más recibidas⁵.”

También por sentencia se dijo:

“Teniendo en cuenta la compleja naturaleza de los asuntos administrativos respecto a los cuales muchas veces faltan normas expresas, o son oscuras, o deficientes o de difícil interpretación, debe resolverse, que si bien es legítimo acudir a las leyes citadas en materia civil, por vía supletoria, ello sólo debe hacerse cuando con tal proceder no se perjudique la finalidad perseguida administrativamente⁶.”

Tal vez esa remisión al origen y a la tradición civilista plantee y mantenga contemporáneamente la cuestión de la relación entre Derecho Privado y Derecho Administrativo, o más ampliamente, ¿Derecho Público y Derecho Privado? De la que me ocupara abriendo las puertas a una interrogante fundamental: “¿opción adversativa o regulación concurrente?”, para la que aun entendí procedente concluir diciendo:

³*Ibidem*, 410, citando también del mismo autor *El proceso de la definición del Derecho Administrativo*. ENAP. Madrid. 1967.

⁴Código Civil de Uruguay, art. 16: “Cuando ocurra un negocio civil, que no pueda resolverse por las palabras, ni por el espíritu de la ley de la materia, se acudirá a los fundamentos de las leyes análogas; y si todavía subsistiese la duda, se ocurrirá a los principios generales de derecho y a las doctrinas más recibidas, consideradas las circunstancias del caso”.

⁵S. 1ª – Pérez, 23-5-913; jurisprud., N° 2275, en Código Civil anotado por Orestes Araújo, Óscar Arias Barbé, Saúl D. Cestau, Manuel O. López, Montevideo, 1949, 61.

⁶S. 1ª Garicoits, 25-7-938; L-J.U.N°65, cit. nota 6, *ibidem*.

“Fuera de la regla de la sujeción necesaria al Derecho Público en el campo del quehacer esencial y para la satisfacción del bien común supraordenado, la operación del Estado no tiene por qué revestir notas o caracteres de privilegios de poder, procediendo el reclamo de sujeción al Derecho Privado o común”⁷.

También, como índice revelador de esa mentada relación de regulación concurrente antes bien que adversativa, me llevaba a constatar:

“Los avances del Derecho Público reclaman abrirse a la revisión de la teoría de los privilegios, prerrogativas e inmunidades del poder. ¿Es posible ya –decía–, a esta altura de los tiempos, sostener la presunción de legitimidad de la operación administrativa o la ejecutoriedad de las decisiones y la coacción administrativa, en términos de regla de principio? Antes bien, ¿no será necesario el debido acatamiento para someter la acción estatal a unas reglas de derecho común de principio?”⁸.

Y agregaba:

“La atención de los privilegios se halla en las instancias de contralor jurisdiccional, el que ha de expandirse con reducción de sus cortapisas tradicionales –el acto de gobierno y la directiva política, y el quehacer discrecional– a partir de una cuidada y limitadora regulación de la presunción de legitimidad y su secuela, que más bien que general debe volverse restringida y excepcional”⁹.

En actitud intelectual coincidente, Augusto Durán Martínez, honrando mi opinión, concluye que la respuesta a la pregunta que yo formulara en la obra citada, es no.

“Es más, dice, puede afirmarse que la presunción de legitimidad no existe. Es un mito, un mito innecesario y peligroso”¹⁰.

En las recientes III Jornadas Académicas Tribunal de lo Contencioso Administrativo – Fundación Konrad Adenauer (11 y 12 de noviembre de 2008), el autor citado extendió con singular precisión su opinión reseñada.

Baste para la reflexión alentadora de la regulación concurrente de Derecho Administrativo y Derecho Privado, observar alguna manifesta-

⁷ Brito, Mariano R., ¿Derecho Público y Derecho Privado?, en *Derecho Administrativo –su permanencia – contemporaneidad y prospectiva*. Ed. Universidad de Montevideo. 2004. 273-283.

⁸ *Ibidem*, 282.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ Durán Martínez, Augusto, *Estudios de Derecho Administrativo*. Montevideo. 2008. Vol. II, 252.

ción reciente en la legislación nacional: la defensa de la competencia¹¹ constituye muestra acabada del “Principio General”, según el cual “Todos los mercados estarán regidos por los principios y reglas de la libre competencia, excepto las limitaciones establecidas por ley, por razones de interés general” (art. 20). También, el inc. 3º del mismo artículo, por el cual:

“La conquista del mercado resultante del proceso natural fundado en la mayor eficiencia del agente económico en relación con sus competidores no constituye una conducta de restricción de la competencia. El ejercicio de un derecho, facultad o prerrogativa otorgada o reconocida no se considerará práctica anticompeticitiva ni abuso dominante”.

Con no menor intensidad de afirmación de la regulación concurrente según principios generales de Derecho Público y Derecho Privado, véase: el Artículo 1º “(Objeto).– La presente ley es de orden público y tiene por objeto fomentar el bienestar de los actuales y futuros consumidores y usuarios, a través de la promoción y defensa de la competencia, el estímulo a la eficiencia económica y la libertad e igualdad de condiciones de acceso de empresas y productos a los mercados”.

Artículo 3º (Ámbito subjetivo).– Todas las personas físicas y jurídicas, públicas y privadas, nacionales y extranjeras, que desarrollen actividades económicas con o sin fines de lucro, en el territorio uruguayo, están obligadas a regirse por los principios de la libre competencia. Quedan también obligados en idénticos términos, quienes desarrollen actividades económicas en el extranjero, en tanto éstas desplieguen total o parcialmente sus efectos en el territorio uruguayo”.

Se advierte también muy nítidamente la concurrencia del derecho de propiedad y la defensa de la competencia, en las cuestiones de relación Derecho Público y Derecho Privado que se señalan¹².

II. DE LA SINGULARIDAD DE LOS PRINCIPIOS GENERALES EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

El ámbito singular supone advertir los caracteres peculiares del ordenamiento jurídico administrativo uruguayo¹³.

Ya atento al desarrollo efectuado en el parágrafo I de este trabajo se puede afirmar que para la reflexión intelectual en la materia no se han de

¹¹Ley Nº 18.159, de 20-VII-2007 y Decreto reglamentario Nº 404/007, de 29-X-2007.

¹²Vázquez, Cristina, *Régimen Jurídico de la defensa de la competencia en Uruguay*, en Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Mariano R. Brito. Montevideo. Ed. FCU, 2008, 355 ss.

¹³Brito, Mariano R., *Los caracteres de los principios generales de Derecho en el Derecho Administrativo uruguayo*, en obra cit. nota 2, supra, 643 ss.

restablecer los muros doctrinales que separaban rígidamente Derecho Público y Derecho Privado¹⁴.

“Antes bien, se reconoce la vinculación estrecha y la penetración recíproca, alimentadas desde las relaciones entre el Estado y las personas humanas y personas jurídicas en las que se desenvuelven situaciones jurídicas activas y auténticos derechos subjetivos, que implican también reconocer las correlativas obligaciones ... Y en unas y otras situaciones jurídicas, y en las relaciones en que se instalan, se advierte la operación sí del Derecho Público, pero también del Derecho Privado, especialmente por la frecuente génesis de la relación jurídica en la voluntad (autonomía) y consentimiento concurrente (contrato)”¹⁵.

Pero, aun debo destacar, en el esfuerzo de razón singularizante del objeto de conocimiento, mucho de lo que sigue.

Con Juan Pablo Cajarville,

“Los principios generales de Derecho son el medio por el cual el ordenamiento jurídico formal del Estado uruguayo admite, incorpora y atribuye eficacia jurídica formal a los valores, jerarquizaciones de valores y concepciones sociales sobre los fenómenos jurídicos, predominantes en la colectividad asentada en su territorio no incluidos en una regla de derecho escrita”¹⁶.

La coincidencia apuntada con la reflexión del querido colega circula por los andariveles de la dimensión fenoménica aun cuando textos de derecho positivo acojan los valores y extremos que él señala, así como los propios de la historicidad del derecho, que se hace presente en aquellas concepciones sociales predominantes en la colectividad, como digo parafraseando el texto citado de Cajarville.

Pero, más aún: el examen de los principios generales de derecho administrativo nos adentra en su base conceptual constitucional (arts. 72 y 332), y también su “eventual existir y valer sin texto”. Enseñaba Hauriou: “En Francia, como en cualquier otro pueblo, existen principios fundamentales susceptibles de constituir una legitimidad constitucional superior a la Constitución escrita y, a posteriori, superior a las leyes ordinarias. Sin referirnos a la forma republicana de gobierno, para la que existe un texto expreso, hay otros principios que no necesitan texto, porque lo característico de los principios es existir y valer sin texto”¹⁷.

¹⁴Montoro Chiner, María Jesús, *El Estado ambiental de derecho. Bases Constitucionales*, en *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Prof. Dr. Ramón Martín Mateo*. Valencia. 2000, 3437.

¹⁵Mariano R. Brito, ob. cit., nota 7, 282.

¹⁶Cajarville, Juan P., *Relaciones de los “Principios Generales” con otras fuentes del Derecho Administrativo*, en *El Derecho Positivo Uruguayo*, ob. cit. nota 12, 640.

¹⁷Hauriou, Maurice, *Principios de derecho público constitucional*. Madrid. 2ª ed., trad. de C. Ruiz del Castillo, 327.

El criterio citado da lugar, legítimamente, a una interrogante: ¿de dónde se extraen los principios de lo que Hauriou llamó “el contenido de la superlegalidad constitucional”?¹⁸.

Visto el texto que se acaba de citar, teniendo en cuenta nuestro ordenamiento jurídico, se veía que cuando de éste se ocupa el intérprete, juez, administrador o administrado, ciudadano, o mejor aún, persona, debe atender a la proyección fundamental emergente de los arts. 72 y 332 de la Carta. Y decíamos entonces:

“Recordábamos antes de ahora, que bien decía Arturo Sampay comentando la fórmula del art. 72 que ella “atesora una magnífica tradición teórica y constituye el alma de la cultura jurídica de Occidente. Trae su origen de Aristóteles que la enuncia en la *Ética* a Nicómaco y en la *Retórica*; Cicerón en *De Officiis* y en *De Legibus*, la repite con frases tajantes: ‘*iuris natura font est*’; ‘*lex est ratio summa insit in natura...*’¹⁹.

Para nuestro ordenamiento jurídico, también del orden administrativo, la enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno.

Sólo entonces a la luz de una raíz óptica –ser, realidad– puede decirse aquello que afirmara Hauriou, ya citado:

“La característica de los principios es existir y valer sin texto”.

Como sostuviera Real,

“En nuestro derecho ningún escrúpulo positivista puede hacer vacilar en cuanto a la naturaleza racional de dichos principios, ni en cuanto a su fundamento, derivado del iusnaturalismo humanista y de la forma republicana de gobierno, porque esa solución surge directamente de la norma vigente. Y la ‘superlegalidad’ (Hauriou) de los principios generales tampoco es dudosa, puesto que tienen rango constitucional y por lo tanto están protegidos contra los ataques legislativos por el contralor judicial de constitucionalidad de las leyes”²⁰.

Aun Cajarville, honrando a su maestro, Alberto Ramón Real, dijo: “Real puso de relieve la suprema importancia de esos principios en la configuración jurídica del individuo frente al Estado, basada en la con-

¹⁸*Ibidem*.

¹⁹Sampay A., *La declaración de inconstitucionalidad en el Derecho uruguayo*, cit. por Real, *op. cit.*, nota 12, 22.

²⁰Real, A. R., *Los principios generales de Derecho en la Constitución uruguaya. Vigencia de la estimativa iusnaturalista*, en *Los principios generales de Derecho en el derecho uruguayo y comparado*, *op. cit.*, 35, nota 1.

cepción del hombre como un valor en sí, de principio acogido por el derecho, pero que no encuentra en el derecho la fuente de su existencia y actividad ni el impulso motor, sino el límite de su esfera reservada". Igualmente añadió:

“Como el de Real, es éste un estudio de derecho positivo, que no pretende incursionar en los dominios de la filosofía ni de la teoría general del Derecho, aunque deba rozarlos en la medida necesaria para interpretar las normas en cuestión”²¹.

Más aún, cabe aumentar o ampliar las referencias de compromiso de los contenidos y fuentes de los principios generales de Derecho, particularmente en su parte o especie singular (los principios del ordenamiento jurídico administrativo), atendiendo a las condiciones históricas, políticas, sociales, morales y culturales que actúan en la red de las relaciones inter-humanas y en la convivencia de los hombres, con énfasis en los reclamos y postulación de la universalidad de la jurisdicción –la complitud de la tutela– o ausencia de lagunas, de un lado, y la efectividad de la tutela, de otro^{22, 23}.

La enumeración de los principios generales en los textos positivos de la Constitución, contentivos de derechos, deberes y garantías, “no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno”^{24, 25}.

Se comprende así que las categorías apuntadas radican en una constelación de principios –fundamentos, expresivos de la igualdad radical, por exigencia de naturaleza, de todos los hombres. Se halla tejida una urdimbre de valores, presentes *per se*, en el contexto del ser-instrumento que el Estado Social de Derecho es con su obrar, en procura de la efectividad de los derechos fundamentales, individuales y colectivos de los ciudadanos y habitantes todos.

²¹Cajarville, J. P., “Reflexiones sobre los principios generales de derecho en la Constitución uruguaya”, en el libro cit. nota 7, 138.

²² El Código General del Proceso, Ley N° 15.982, de 18.X.1988, Art. 11 –Derecho al Proceso– “11.1 Cualquier persona tiene derecho a acudir ante los tribunales, a plantear un problema jurídico concreto u oponerse a la solución reclamada y a ejercer todos los actos procesales concernientes a la defensa de una u otra posición procesal y el Tribunal requerido tiene el deber de proveer sobre sus peticiones”.

²³ Brito, M. R., *Aplicación de leyes y reglamentos por la Administración –Aplicación de leyes y reglamentos por los jueces*, en Memorias del VI Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Universidad del Externado de Colombia. Bogotá. 2007, 47.

²⁴ Art. 72 de la Constitución Uruguaya vigente.

²⁵ Flores Dapkevicius, R., *Constitución de la República Oriental del Uruguay de 1967*. Montevideo. Ed. AMF (1ª ed.), noviembre 2004, nota al art. 72, 25.

Como se ha dicho bien,

“De la misma manera (que) el mercado no es la fuente, sólo faltaría, de los derechos y libertades por la sencilla razón de que son previos al Estado y al mercado: los tiene el ciudadano por el hecho de serlo, de manera que las instituciones políticas y sociales lo que tienen que hacer es facilitar el libre desarrollo de la persona desde los postulados que he denominado de la libertad solidaria”²⁶.

Con radicalidad expresiva la Constitución Uruguaya determina la igualdad –trasunto de la dignidad humana– cuando por su art. 8 preceptúa:

“Todas las personas son iguales ante la ley no reconociéndose otra distinción entre ellas sino los talentos o las virtudes”.

Con certeza de conocimiento y de opinión, consiguientemente reconocemos tal radicación de raíz ontológica, sin perjuicio de advertir que la normatividad positiva opera frecuentemente consagrando el principio con grado de concreción, y como tal expresa una ventaja en orden a la praxis.

Pero ya no podría ser de recibo entre nosotros aquel enunciado –lejano en el tiempo– que, en un trabajo que tuvo mucha influencia en la doctrina posterior, sostuvo que los principios generales del derecho

“son los presupuestos lógicos necesarios de las distintas normas legislativas, de las cuales, por abstracción deben inducirse y que tienen valor de tales en cuanto han informado efectivamente el sistema positivo del Derecho Nacional y han llegado a ser de este modo principios de Derecho positivo vigente”²⁷.

No puede hoy extrañar, ante la inequívoca recepción del derecho natural en el art. 72 de la Constitución y “vigencia de la estimativa iusnaturalista”, como expresara Real²⁸, que las categorías de reflexión afinquen los principios generales de Derecho en la legislación, doctrina y jurisprudencia nacional reconocedora de la dignidad humana y su correlato, los derechos fundamentales, por un lado y, por otro, la caracterización del Estado Social de Derecho del presente, en el bien llamado “Estado social dinámico”, en

²⁶ Rodríguez-Arana Muñoz, J., en “Prefacio” al libro Gesta Leal, R., *Estado, Administração Pública e Sociedade: novos paradigmas*. Porto Alegre. 2006.

²⁷ Jiménez De Aréchaga, E., en *Revista de Derecho Público y Privado* en los tomos IX, pág. 229, X págs. 159 y 271 y XI, pág. 67, cit. Por D. H. Martins, en “Introducción”, a la obra *Los principios generales de derecho en el derecho uruguayo y comparado*, nota 6.

²⁸ Real, A.R., *Los principios generales de derecho en la Constitución Uruguaya*. Vigencia de la estimativa iusnaturalista, supra nota 20.

“...la idea del interés general desde los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y compatible, la matriz desde la cual se pueden entender los profundos cambios que se están operando en el seno del Derecho Administrativo moderno como puede ser el alumbramiento del concepto del servicio de interés general o la reconsideración de la autotutela y ejecutividad administrativa”²⁹.

²⁹ Rodríguez-Arana Muñoz, J., *Aproximación al derecho administrativo constitucional*. Caracas. 2007, 61.

EL DERECHO PÚBLICO Y SUS CLAVES EN EL AÑO DEL BICENTENARIO

*Ramiro Mendoza Zúñiga**

SUMARIO: I. Introducción. 1. ¿Cómo estaba Chile en 1910?, ¿cómo está el Chile jurídico del 2010? 2.100 años después: 1910-2010, ¿qué cambios se han producido? II. Las claves esenciales.

I. INTRODUCCIÓN

El Derecho Público se ha convertido en un derecho de nichos... que posee al parecer una semilla valiosa que muchos quieren hoy poseer y plantar. Parece que da sus frutos interesantes, cuando sale de la función pública y pisa el fértil terreno de la regulación económica. Se transformó en un derecho de nichos, donde está primando el culto al especialista y derogándose el sentido común, del derecho común y de los principios generales del derecho.

Es curioso que cuando algunos siguen creyendo que hay demasiada libertad y reclaman escenarios de intervención, olvidan la numerosa regulación que se ha establecido, que da cuenta de más intervención, en ocasiones bajo la tímida y pálida protección del Reglamento –cuando Contraloría no repara ni impide el acceso al ordenamiento de estatutos que exceden el ámbito de la ley que dicen ejecutar–, o de la norma técnica, último expediente de intervención administrativa que los destinatarios sólo conocen cuando reciben noticia de su existencia al momento de la aplicación de la misma. Intervención que también, en variadas ocasiones, se blindó a través del escenario de una sostenida discrecionalidad, en una legislación y reglamentación más difícil de capturar de manera sistemática y, a todo ello se une, una más compleja redacción de leyes, decisiones jurisprudenciales e incluso decisiones dictaminantes o interpretativas, todas siempre más difíciles de entender tanto por los ciudadanos, como incluso por los propios órganos a quienes va dirigida, o de quienes emana –¡vaya paradoja!–.

*Profesor titular de derecho administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Chile. Este texto, con agregado de notas, corresponde a la conferencia dictada el 18.10.2010 en el Aula Magna de la Universidad Santo Tomás.

Como dice un autor¹ a propósito de este incremento del rol interpretativo de algunos servicios de la Administración activa, “a pretexto de una interpretación “finalista” de la ley, se torturan los textos hasta hacerlos confesar aquello que conviene al gobierno de turno, poniendo la norma al servicio del Estado y no de la persona humana, como manda la Constitución” (art. 1º, inc. 4º), agregando que “a excusa de darle eficacia práctica a la norma y de explotar todas sus potencialidades, se extienden sus disposiciones hasta cubrir actuaciones administrativas que, en rigor, no encuentran respaldo expreso alguno en la ley, lo que también infringe la Constitución (art. 1º incisos 1º y 4º)”, y advierte que “lejos de esclarecer una situación, crean mayor confusión con sus pronunciamientos que –más atentos a la coyuntura política que al recto sentido de la ley– un día entienden una cosa y al siguiente otra, con grave quebranto para la seguridad jurídica”, y de los derechos de las personas, agregaríamos nosotros.

Como se trata del Bicentenario y dado que tras los años de independencia hay ya 200 años de vida jurídica estatal, cuyo asiento fundamental encontramos en la Carta de 1833, es decir, hace ya 177 años: la invitación hecha es un gran desafío.

1. *¿CÓMO ESTABA CHILE EN 1910?, ¿CÓMO ESTÁ EL CHILE JURÍDICO DEL 2010?*

Los cambios jurídicos fundamentales del primer siglo de vida institucional no se abordaron en el primer siglo de vida. Si la celebración del primer centenario fue generosa en obras públicas, no hubo innovaciones jurídicas fundamentales en dicho año, ni en los anteriores, ni en los inmediatamente posteriores.

Es así como en el año 1910 se dictaron 200 leyes, las cuales se refieren, principalmente, al otorgamiento de pensiones de gracia, montepíos, autorizaciones de gastos y otras materias. Podemos citar como ejemplos las siguientes normas legales: Ley N° 2239, que autoriza al cobro de las contribuciones; Ley N° 2.287, que aprueba los presupuestos del sector público; Ley N° 2.340 que autoriza al Presidente de la República para que haga acuñar hasta cinco millones de pesos en monedas de plata de cincuenta y cien centavos; Ley N° 2.369 que concede indulto a diversos reos en conmemoración al centenario de la independencia nacional; Ley N° 2.379 que fija el feriado de septiembre desde el 16 hasta el 22 inclusive, y Ley N° 2.434 que fija el sueldo anual del Presidente de la República y de los Ministros de Estado.

¹I. Aróstica M., *Los dictámenes y la interpretación de la ley en sede administrativa*, en Actualidad Jurídica 14/2006, 149ss.

Lo cierto es que la “olla” en la cual hervían los conflictos sociales que vendrían, aún no daba cuenta de las necesarias intervenciones que se requerían.

El fin del parlamentarismo, el robustecimiento de los poderes del Presidente de la República y la creación de nuevas instituciones que se harían cargo de un camino que da inicio al rol activo del Estado en la solución de los grandes problemas sociales y laborales, sólo acontece en la segunda parte de los años 20, principalmente con el cambio constitucional –la Carta de 1925, que reforma la de 1833– y la frondosa legislación que esencialmente por la vía de los Decretos con Fuerza de Ley, terminan por modelar una Administración que inicia un período que podríamos señalar como de la institucionalidad descentralizada, en concordancia con el artículo 107 de la Constitución de 1925 (instituciones semifiscales, servicios personificados de la más variada denominación, empresas públicas, municipios) que junto al centro-fisco (Ministerios, Intendencias, Gobernaciones), confluyen en la satisfacción de más y más necesidades públicas que el Estado entiende son de su competencia y que paulatinamente van transformando al ciudadano en dependiente o funcionario, al empresario en permisionario o concesionario, al emprendedor en rogador, al universitario en revolucionario, y a todo ello se une una fuerte impronta de una burocracia muchas veces entrabante que como hiedra termina por atravesar los muros de la paciencia y hace ganar entonces el clientelismo de muchos políticos que entienden que allí está la fortaleza de su labor, antes que en la buena legislación.

2. *100 AÑOS DESPUÉS: 1910-2010, ¿QUÉ CAMBIOS SE HAN PRODUCIDO?*

Cambios poderosos se han producido en las últimas décadas, que dicen relación con la Administración, su organización (incentivando fuertemente la descentralización, incluso en su vertiente territorial, como se ve en la existencia de los Gobiernos Regionales y Municipalidades cuya autonomía constitucional les otorgó la Carta de 1980), su manejo presupuestario y la materialización del gasto y, particularmente, la justiciabilidad de sus actos. Así hoy existe una administración financiera que descentraliza el gasto y plantea el principio de flexibilidad presupuestaria dentro del principio de legalidad del presupuesto (D.L. 1263/75); tenemos una ley que –aunque desconocida– produce una gran sanidad en el ahorro estructural de hacienda del país (Ley de Responsabilidad Fiscal, 20.128/2006); una ley que ha ordenado las compras públicas (19.886/2003); una ley que ha regulado las Bases del Procedimiento Administrativo (19.880/2003); un Estatuto Jurídico dedicado a la probidad administrativa, cuya coronación se encuentra en el artículo 8°, de la Carta Fundamental, a propósito de la dictación de la Ley de Reforma Constitucional 20.050, de 2005; el D.F.L.

Nº I/19.653, de 2001, que incorpora un capítulo relativo a la probidad en la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado; la Ley Nº 20.088, de 2005, que exige las declaraciones de patrimonio de ciertas autoridades, entre otras; una Ley de Transparencia, que dio paso a un nuevo órgano fiscalizador y dictaminador (20.285/2008); una Ley que regula a los Gobiernos Regionales (19.175/ 1992, cuyo texto refundido está contenido en el D.F.L. Nº I-19.175, del 2005); y un estatuto para las Municipalidades (18.695/ 1988, cuyo texto refundido está contenido en el D.F.L. WI/2006, del Ministerio del Interior).

No obstante todo ello, tal como decía hace años el profesor Soto Kloss, cabe preguntarse “¿Por qué el Derecho Público es tan desconocido?”². Puesto que aún hoy sigue siéndolo, si bien no en tan gran medida como en aquel entonces. El cambio de Gobierno fue un buen test. Conseguir un administrativista, o un publicista con experiencia, fue un verdadero test ácido. Una alternativa: a) son todos de izquierda o eran todos de la orientación del gobierno anterior; o, b) realmente nuestras escuelas no han podido formar persistente y regularmente una inquietud vocacional por el servicio público. Parece que se ha transformado en un nicho de manutención, no de vocación. Tratemos de ver entonces ¿por qué debe ser conocido el Derecho Público?

Primero, porque hay conocimiento jurisdiccional. Lo convocante, lo desafiante es la posibilidad cierta de que los tribunales hoy conozcan los conflictos en que se encuentra presente la Administración. No hay derecho sin tribunales. La paradoja es que el desarrollo de lo administrativo pasó de ser un derecho de pretor –desde 1977, como más adelante destacaremos– a un derecho de autor. Ello ha conllevado una dificultad cierta, cual es que muchos de los autores nacionales han desaprovechado una oportunidad única de construir o detectar –con crítica, o elogio– los basamentos dogmáticos que esta disciplina –lo público– encuentra en nuestro país, y han preferido, muchos de ellos, bregar por la importación de regímenes e ideas de otras latitudes, muchas veces a través del expediente de copias de dudosa creatividad, o de malas ironías o pedanterías intelectuales que impiden el avance de la disciplina en beneficio de quien corresponde: la persona, eje central de toda actuación estatal, como lo recuerda con tanta elegancia el artículo 1º de la Carta Fundamental³.

²Soto Kloss, E., *El derecho público ¿Por qué tan desconocido?*, conferencia de noviembre de 1993 en el Seminario “Principios orientadores de las diversas ramas del derecho”, organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, publicado en *Revista de Ciencias Sociales* (Univ. de Valparaíso) 39/1994, 405-413, revisado y aumentado en *Derecho Administrativo. Bases Fundamentales*. (2 vols.). Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1996, vol. 1, 21-34.

³Vid. los trabajos de Soto Kloss, E.; entre otros, comentario a *Parada Toloza c/Servicio de Salud de Concepción*, en *Ius Publicum* 16/2006, 241-267, espec. 255-267; últimamente, Núñez, M. A., *Sobre “presentes griegos” e “injertos extranjerizantes”. Uso y límites de la*

Conviene recordar que sólo desde el 1° de abril de 1977, el juez decidió conocer de las decisiones administrativas, por disponerlo el Acta Constitucional N° 3(13.9.1976, art. 2°), que estableció el Recurso de Protección, supeditando la vigencia del mismo a la dictación de un Autoacordado que la Corte Suprema publicó ese día en el Diario Oficial y que permitió el control pleno de las decisiones (y omisiones) de la Administración del Estado, poniendo término a 52 años de ausencia jurisdiccional común. La acción común pasó a ser una acción de cautela constitucional, otra paradoja⁴.

Respuesta que cierra un largo período, abierto con el artículo 87 de la Carta de 1925, que se aplica y ejecuta con el entendimiento que los Tribunales Ordinarios de Justicia hicieron de ese precepto, en cuanto carecían de jurisdicción para conocer de esas materias, y la aceptaban, en cambio, cuando uno de sus miembros era convocado a integrar tribunales colegiados, que conformaban una cuasijurisdicción, y que eran de muy dudosa constitucionalidad en cuanto los otros miembros eran, normalmente, funcionarios administrativos de confianza exclusiva y que no tenían el carácter de “permanentes” que el propio texto constitucional que los estableció exigía. Período que, dicho de paso, permitió no sólo la creación de la Contraloría General de la República en 1927, sino que fomentó su robustecimiento institucional, en cuanto que a través de su función jurídica expresada en el control de la toma de razón de los decretos y resoluciones administrativas o en el ejercicio de la función dictaminante, fue durante mucho tiempo el único lugar donde el funcionario o el ciudadano, encontraron amparo frente a la actuación administrativa irregular⁵.

II. LAS CLAVES ESENCIALES

Después de todo este periplo jurídico, resulta pertinente detenerse en aquellos aspectos que pueden individualizarse como “claves esenciales” de nuestro Derecho Público. Y digo nuestro, porque quiero referirlas como

aplicación del derecho no nacional en la jurisprudencia constitucional. El recurso al derecho comparado, en Arancibia, A. y Martínez, J. I. (coordinadores), *La primacía de la persona* (Estudios en homenaje al profesor Eduardo Soto Kloss). LegalPublishing-Abeledo Perrot. Santiago de Chile. 2009, 1139-1158.

⁴Vid. Soto Kloss, *El recurso de protección. Origen, doctrina y jurisprudencia*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1981.

⁵Vid. *La Contraloría General de la República. 50 años de vida institucional*. Facultad de Derecho. Universidad de Chile. Santiago de Chile. 1977; *La Contraloría General de la República y el estado de derecho*. Conmemoración por su 75° aniversario de vida institucional. Imprenta Contraloría. Santiago de Chile. 2002; *La Contraloría General de la República. 80 años de vida*. Revista de Derecho (Universidad Finis Terrae/Santiago de Chile) N° 11/2007; también Aróstica M., I. *El gobierno de la unidad popular y la Contraloría General de la República*, en Revista de Derecho Público 53/54 (1993) 97-116.

sacadas de nuestra propia experiencia histórica, característica de vernacularidad esencial del derecho administrativo, que al fin de cuentas da muestra del modo como los países logran resolver esa esencial ecuación de libertad, persona, derecho y poder. Sin duda que el derecho comparado es una herramienta fundamental, de comprensión y de mejora, y no se trata de que nos haya capturado la historia, ni la patria; no se trata de un derecho administrativo nacionalista y chovinista, se trata de ese delgado y fino equilibrio de querer lo propio, corregirlo en lo debido, y aceptar el cambio como una regla de vida. Debo advertir que se trata de identificar claves, no de capturarlas y congelarlas. Con seguridad deben existir muchas otras, eso es lo que la Academia debe decidir, lo que debe estudiar, lo que debe aportar.

1. Una de estas claves es sin duda la noción chilena del “*principio de juridicidad*”, que para muchos es la piedra angular del Estado de Derecho chileno. Instalado en nuestro ordenamiento jurídico a partir del artículo 160 de la Constitución de 1833, consolidándose en el artículo 4° de la Carta del año 1925, y en idénticos términos consignado en los incisos 2° y 3° del artículo 7° de la Carta de 1980, reza así: “Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes”. Agrega el inciso 3°: “Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale”. En esta perspectiva, el principio consagra una regla de habilitación de poderes que son conferidos (utilizando términos actuales) a esa “autoridad o derechos”; se refiere a la habilitación potestativa y su regla de origen: sólo la Constitución y las leyes son las normas conducentes a esta habilitación, excluyéndose así toda otra posibilidad de intervención de fuentes distintas, tales como las decisiones reglamentarias o normativas sean del Presidente de la República o de cualquier otra autoridad. Sólo la Constitución y las leyes tienen en Chile idoneidad normativa para crear potestades y otorgar competencias administrativas, máxime cuando ellas pueden incidir en los derechos y las libertades de los ciudadanos⁶. Es por ello, no por capricho académico, que resulta imposible de aceptar en el régimen chileno la incorporación de aquellos poderes que algunos señalan como potestades implícitas o inherentes⁷.

⁶Debe hacerse presente la diferencia existente entre “principio de legalidad” (con un ámbito reducido) y “principio de juridicidad”, comprensivo de todo el ordenamiento jurídico y no sólo ley; al respecto Soto Kloss, *Derecho Administrativo* cit. vol. 2, 20-23, quien desarrolla este principio a través de todo el volumen.

⁷Vid. amparo económico, acogido, *Asociación Nacional de la Prensa c/Metro S.A.*, en RDJ, t. 97/2000, 2.5, 8-19, en la cual expresamente la Corte Suprema reconoce la inexistencia

A esta visión originaria, la Carta que hoy nos rige ha determinado el cierre del principio que comentamos, *sobre la base de dos pivotes fundamentales*, uno es la determinación de la actuación válida del órgano del Estado, advirtiendo que ello acontece cuando exista investidura regular, ella se produzca dentro de la competencia del mismo y conforme al procedimiento –la “forma”– que prescriba la ley; y el otro, es la consagración de la supremacía constitucional, que se establece en el artículo 6° de la Constitución, que se materializa en dos vertientes, una, en cuanto impone que la Carta deba ser aplicada: reza este último precepto que “Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella”, sometimiento que, como señala el precepto, se refleja incluso en las normas que se dicten conforme a ella, las que a partir de este precepto traducen su misma imperatividad. Dicho de otro modo, la imperatividad normativa –de cualquier fuente– en cuanto sea conforme a la Constitución, es la misma de aquélla. Una segunda vertiente, íntimamente relacionada con lo señalado, es la consagración de la obligatoriedad directa de la Carta Fundamental, obligatoriedad que se extiende no sólo al Estado. Los preceptos de esta Constitución, dice el inciso 2° del artículo 6, obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos (“Los órganos del Estado...” a que alude el inciso 1°) como a toda persona, institución o grupo. De allí esa sugerente y silenciosa nueva denominación de la Carta: desde la Constitución Política del Estado –como era conocida la de 1925–, a la Constitución Política de la República –como se presenta la de 1980–, que en armonía con su artículo 4° nos quiere indicar que Chile es una República, con todo lo que ello conlleva, un lugar donde gobernantes y gobernados son regidos por el Derecho.

Conforme a lo señalado, se debilita el ordenamiento cuando vías normativas distintas a las exigidas por el mismo bregan por incorporar regulaciones que son de resorte exclusivo de la ley. Así sucede cuando se pretende que una “ordenanza” alcaldicia pueda erigirse como una norma legal que regule una actividad empresarial, dando paso a entender que las referencias a “normas legales” que indica y sanciona el constituyente son términos ambiguos que pueden subsumir fuentes de distinta naturaleza, ya sea tratándose del caso de una ordenanza municipal que determina el modo y la actividad comercial que pueden emprender los titulares de permisos de ocupación de bienes en la comuna, reglando incluso el tipo de bien que puede ser comercializado al amparo del permiso, o de un Reglamento que pretende reglar la forma de venta de ciertos productos, bajo el pretexto de una competencia sanitaria determinada, apartándose de la ley que ampara su emisión, o peor aún cuando muchos organismos

en Chile de “poderes implícitos” o “inherentes”, dado el claro tenor del artículo 7° inciso 2° de la Constitución.

bajo la recepción generosa de facultades interpretativas terminan ejerciendo verdadera actividad reglamentaria bajo los rótulos de circulares, instrucciones, oficios, las más de las veces sin control preventivo alguno de la Contraloría, menos todavía del Tribunal Constitucional y, con dificultades del juez ordinario, quien, además, es esquivo al conocimiento jurisdiccional de estas  rritas fuentes, bajo la creencia que pueden ser reprimidos en sede administrativa⁸.

2. Una segunda clave está de la mano de una consecuencia que constituye el verdadero cierre de la supremacía constitucional, cual es la “*cláusula de seguridad*” que el mismo ordenamiento construye en el numeral 26 del artículo 19. Dispone este precepto que “La seguridad de que los preceptos legales –enfatiso la lectura: preceptos legales– que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”. De donde se advierte que el constituyente siempre ha tenido claro que es el “precepto legal” el único instrumento idóneo que regula o complementa las garantías que ella otorga, o reconoce, mandato que se extiende a todos quienes deben cumplir con la Carta, desde el órgano que materializa concretamente la aplicación ejecutiva del ordenamiento, hasta el juez que decide su correcta aplicación y, desde luego, por el órgano que debe velar por el ingreso preciso de los actos administrativos singulares o reglamentarios al ordenamiento.

3. Otra clave puede estar en el modelo de control y el establecimiento de mecanismos que lo hagan efectivo, que incide en las determinaciones que el legislador establece. Nos referimos al modelo de “*control difuso*”, que es la consecuencia natural del modelo indiano-hispánico. La llegada del modelo francés de control, que exige el agotamiento de la fase administrativa y promueve el paso a una jurisdicción especializada que en nuestro caso no existe, resulta una verdadera y cruel paradoja. Muchas veces quien litiga debe sortear la labor educativa de un Tribunal Superior que al rechazar la acción interpuesta –normalmente el Recurso de Protección o, en ocasiones, el Recurso de Amparo Económico– le anuncia o enseña que debió escoger tal o cual acción, distinta a la que interpuso el temerario abogado, en razón de un principio de especialidad –que ignoro donde se consigna– y que se conjuga para estos efectos como

⁸Aqu  habría de agregarse las llamadas “remisiones normativas”, las que contrariando la Constitución efectúa el legislador en materias que son propias suyas y que omite regular enviando a la Administración dicha regulación, en circunstancias que se produce una “delegación legislativa” disfrazada, la cual cuando incide en derechos y garantías fundamentales est  expresamente prohibida por la Constitución (art. 61/64 inc. 2 ).

una causal de exclusión del conocimiento jurisdiccional otorgado por el propio constituyente y de manera expresa al asentar en su texto el principio de inexcusabilidad (art. 76 inciso 2°, de la Constitución), precisamente como una respuesta directa a esa omisión jurisdiccional que caracterizó el llamado conflicto de lo contencioso administrativo en nuestro país, y todo ello, aunque sea palmaria la actuación contraria a derecho por parte de la Administración.

4. Esto nos lleva a una cuarta clave: el acceso a la “*justiciabilidad de los actos de la Administración*”, cualquiera que ella sea, no debe ser pavimentado con el cruel expediente de medidas que atentan contra el mismo, que lo dificultan, que entorpecen innecesariamente el derecho a la acción y de paso, el derecho al Estado de Derecho. Me refiero fundamentalmente a la desmedida aparición del expediente del *solve et repete* (el famoso “paga y reclama después”) que como posible medida de seriedad formal en otra época, termina ahora por afectar directamente la “esencia” de este peculiar y sustantivo derecho⁹. Cauciones desmedidas frente a decisiones de órganos reguladores que valorizan el ejercicio del derecho en porcentajes de ganancias calificadas previamente de espurias, terminan por hacer trizas el control judicial, cuando parece ser que la fórmula al desincentivo del litigio temerario debe estar en las responsabilidades inherentes al castigo procesal que supone el establecimiento de costas justas para el temerario, antes que la configuración anticipada de consignaciones que terminan por desamparar a quien sufre el agravio de la administración y que con certeza tiene derecho al juicio justo, como se encarga de advertirlo la propia Carta Fundamental en el artículo 19 N° 3. Ejemplos de esta dificultad de justiciabilidad también se encuentran en la generosa configuración de “presunciones” establecidas en beneficio de la Administración y, especialmente, respecto de entes que ejercen funciones fiscalizadoras de actividades de los privados (como sucede en beneficio de la Dirección del Trabajo y sus fiscalizadores, o de las diferentes Superintendencias); o también, en aquellas disposiciones que impiden ejercer cautelas en contra de los servicios, o en que sientan como principio la inembargabilidad de los bienes de algunos entes personificados de la Administración; o incluso el castigo al recurrente, como acontece con el Decreto Ley N° 3538, que suspendida la aplicación de la multa de la

⁹Sobre el *solve et repete* vid. voto disidente (E. Soto Kloss) en la sentencia del Tribunal Constitucional rol 185 (28.4.1994), recaída en el control preventivo de constitucionalidad del proyecto de ley de bases generales del medio ambiente (posteriormente Ley N° 19.300), y desarrollado en *La impugnación de sanciones administrativas y el derecho fundamental de acceso a la justicia*, en “Sanciones administrativas y derechos fundamentales”. Conferencias Santo Tomás de Aquino 2005. Universidad Santo Tomás. Santiago de Chile. 2006, 97-117 (ahora en *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales* (2ª edición), LegalPublishing-Abeledo Perrot. Santiago de Chile. 2010, 555-573).

Superintendencia de Valores y Seguros, cuando se reclama judicialmente, hace efectivos los intereses a monto fiscal cuando el particular pierde el litigio, transformándose la sanción en un doble castigo, sólo por ejercer la acción que entrega el ordenamiento.

5. Una quinta clave: parece haberse olvidado que es “*la persona*” el eje central del derecho que regula al Estado Administración y eso configura el modo como debe aplicarse. Esto supone una opción, estamos ante un derecho que es *pro persona* o es *pro fisco*. Toda disciplina hace una opción, que rige la interpretación de los preceptos que le son atingentes. El derecho laboral, que es el derecho privado con los correctores de orden público que terminan por rescatar la asimetría que impide el ejercicio pleno de la conmutatividad entre el trabajador y la empresa, está teñido de un principio prooperario. El penal, qué duda cabe, frente al ejercicio de la potestad sancionadora penal estatal, que ejerce el papel distributivo de la pena, da garantías que atienden a quien va ser sancionado, mediante resguardos que atienden a la calidad del proceso, la irretroactividad de sus normas, entre otras. El derecho de familia, que también es privado, gira en torno a la protección del menor, es él quien se encuentra en el deber de ser protegido, es a él a quien protegen las normas. Y el Derecho Público administrativo, que concreta en los hechos el más propio rol distributivo de bien común que al Estado corresponde, ¿bajo qué reglas debe ser aplicado? Una lectura atenta y sincera del artículo 1° de la Constitución, particularmente de su inciso 4°, aparta toda duda: “El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”¹⁰. Es decir, no puede prosperar una interpretación que impida, desaliente, agravie o prescinda de los derechos y garantías que la Carta establece, y ello para cualquier órgano del Estado, que como ya hemos dicho deben someter su acción –primerísimamente– a la Constitución¹¹.

Lo realmente paradójico, y para terminar, es que con todo este andamiaje jurídico, resulte en ocasiones tan difícil darnos cuenta del valor que aporta a la paz social el Derecho Público. Que después de tantas normas, tan complejas redacciones, tan promiscuas interpretaciones, aún muchos continúen viendo este derecho como el derecho del poder, para el poder

¹⁰Sobre “servicialidad del Estado” vid. los diferentes trabajos contenidos en Revista de Derecho Público 57/58 (1995) dedicados al tema (Soto Kloss, Aguerrea Mella, Moreno Valencia, Salazar Sánchez, Silva Bascañán, Cerda Medina, Molina Guaita, Meyson-Renoux, entre otros).

¹¹Sobre “primacía de la persona humana” vid. especialmente *Estudios en homenaje* cit en nota 3 precedente.

y sin el ciudadano. Cuánta falta hace entonces darnos vuelta y buscar y conocer lo nuestro, en circunstancias donde incluso sin leyes, el sentido común del derecho llegaba a soluciones armónicas en resguardo del ciudadano. Baste ver antiguos criterios jurisprudenciales que ha aplicado Contraloría General desde antes de su instalación, nacidos muchos de ellos, allá por la época de don Jorge Huneeus Zegers y Valentín Letelier (en la década de los años 1880-1890), y que pregonaban el control de juridicidad íntegro de los actos administrativos y no meramente contables, o la prohibición de aplicar como pena criminal a los funcionarios públicos la privación de la pensión (actualmente recogida a nivel constitucional con rango general); o la importancia de la responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos en el estado de derecho; o la estricta sujeción a las bases, la igualdad de los proponentes y la cautela del patrimonio público en materia de contratación administrativa, entre tantas otras decisiones jurisprudenciales. Rescatar esos principios, es deber del estudioso del Derecho Público, aplicarlos correctamente, es deber de los órganos del Estado.

LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR SU ACTIVIDAD JURÍDICA BILATERAL: EL CASO DE LAS LICITACIONES EN MATERIA DE CONTRATO DE SUMINISTRO Y PRESTACIÓN DE SERVICIOS BAJO LA LEY N° 19.886

*José Luis Lara Arroyo**

SUMARIO: I. Introducción. II. Acerca del funcionamiento y operación del Sistema de Compras y Contratación Pública chileno. III. Incumplimiento de las obligaciones de la entidad licitante y sus efectos: Responsabilidad del Estado: Su recepción Jurisprudencial. IV. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

El Estado y sus organismos actúan materialmente ya sea a través de su actividad jurídica unilateral (mediante la dictación de los correspondientes actos administrativos), o bien sea por medio de su actuar bilateral, esto es, por intermedio de la suscripción de contratos administrativos encaminados a la satisfacción de necesidades públicas concretas.

Es precisamente en el ejercicio de dicha actividad administrativa –sea unilateral o bilateral– que la Administración puede irrogar un daño a los particulares originando de suyo la obligación de repararlo, en cuanto la víctima de dicho daño no estaba jurídicamente obligada a soportarlo. De esta manera, se ha desarrollado a partir de la propia Carta Fundamental un régimen de responsabilidad del Estado de base constitucional y centrado en la víctima, que ha ido permeando las distintas formas de actuación de la Administración del Estado atendiendo al órgano y a la materia respecto de la cual recae, centrando su estudio principalmente respecto a la actividad unilateral prescindiendo la doctrina de un mayor análisis en la esfera bilateral.

*Abogado. Profesor Asistente de Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Actualmente cursa su Doctorado en Derecho en dicha Universidad.

Por lo anterior, nos abocaremos a intentar delinear las directrices del régimen de responsabilidad del Estado en materia de contratación pública (contratos de aprovisionamiento y prestación de servicios) bajo la Ley N° 19.886 y más propiamente en su etapa precontractual, que, como advertiremos, no ha sido objeto de una mayor atención por parte ni de la doctrina ni de la jurisprudencia, contrastando con el desarrollo que ha experimentado esta esfera de actuación pública durante los últimos años, circunstancia que demanda iniciar esta investigación.

Con tal objeto, identificaremos el régimen general aplicable a la contratación pública, las obligaciones de la entidad licitante, las prácticas susceptibles de irrogar un daño y, en definitiva, esbozar las particularidades de este régimen de responsabilidad conforme a la normativa aplicable y por cierto a una revisión jurisprudencial. Así, el análisis de la responsabilidad del Estado en esta especial esfera del quehacer jurídico bilateral de la Administración pasa inicialmente por precisar ciertas máximas que suelen ser invocadas por la propia Administración como vía para exonerarse de responsabilidad, como en la especie acontece cuando se sostiene que el oferente en un proceso de licitación carece de todo derecho para demandar perjuicios, toda vez que su “derecho” debe entenderse subordinado únicamente a la simple o mera expectativa de adjudicarse la licitación¹, afirmación que bajo nuestro sistema de responsabilidad constitucional, en modo alguno podría importar la exoneración de responsabilidad de la entidad licitante por los daños causados producto de su obrar, y que en definitiva devinieron en una afectación ya sea de la posibilidad de participar en el proceso licitatorio, la exclusión de un oferente, o bien lisa y llanamente la imposibilidad del adjudicatario de suscribir un determinado contrato por irregularidades o errores incurridos por la Administración licitante. En todo caso, previo a ello, efectuaremos un breve repaso acerca de la naturaleza, características y funcionamiento de la institucionalidad de las compras públicas en nuestro ordenamiento.

¹En tal sentido, se ha sostenido por la jurisprudencia que “*El demandante sabía o debía saber que él sólo tenía una posibilidad en relación a la citada licitación y no un supuesto derecho adquirido como lo ha planteado en autos, el que al no ser respetado le habría causado perjuicios. Planteamiento que esta Corte no acoge por cuanto el actor, por lo precedentemente señalado, conocía o debió conocer que sólo tenía una mera expectativa de llegar a adjudicarse la citada licitación y que el factor “menor valor” de su oferta no era determinante. Consta del proceso, además, que el demandante obtuvo el segundo lugar en el plazo y costo y tercer lugar en currículo, obteniendo el último lugar en el ranking de empresas*”. Sentencia Corte Suprema, 20 de septiembre de 2004, rol N° 5274-2003, Sammy Liberman Zelonka; con l. Municipalidad de Pedro Aguirre Cerda. Considerando 9°. LegalPublishing: 30896.

II. ACERCA DEL FUNCIONAMIENTO Y OPERACIÓN DEL SISTEMA DE COMPRAS Y CONTRATACIÓN PÚBLICA CHILENO

En cuanto al funcionamiento del Sistema de Compras y Contratación Pública en Chile, éste se estructura sobre la base de proveedores y órganos públicos demandantes de bienes y servicios, quienes convergen en un sistema electrónico denominado Portal de Compras, administrado y gestionado por la Dirección de Compras y Contratación Pública (Chilecompras), servicio público descentralizado de la Administración del Estado y vinculado con el Presidente de la República a través del Ministerio de Hacienda².

La referida Dirección de Compras asesora a organismos públicos en la planificación y gestión en los procesos de compras tanto individuales como a través de la celebración de Convenios Marcos, no siendo responsable respecto de la regularidad de los mismos, desde que asume un rol de coordinador y administrador del sistema, recayendo la responsabilidad tanto respecto del proceso licitatorio como de la ejecución del contrato en la entidad licitante-demandante del bien o servicio.

Por otra parte, Chilecompras permanentemente emite instrucciones denominadas directrices sobre buenas prácticas en materia de compras públicas, instruyendo especialmente a los servicios licitantes³. Asimismo, el

²En cuanto al marco regulatorio de la Contratación Pública, éste se funda en la Ley N° 19.886 sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios (en adelante, “Ley de Compras”), así como su Reglamento, contenido en el DS N° 250 de 2004, que aprueba Reglamento de la Ley N° 19.886 de bases sobre contratos administrativos de suministros y prestación de servicios (en adelante “El reglamento”), que constituyen el marco jurídico principal regulador de los contratos de adquisición de bienes y servicios por parte del Estado. Asimismo, existen una serie de otras disposiciones coadyuvantes de la Regulación de las compras públicas en Chile. Tal es el caso, por cierto, de la Constitución Política de la República, de la Ley N° 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, la Ley N° 19.880 sobre Procedimiento Administrativo, la Ley N° 20.285 sobre Acceso a la Información, etc.

³Así, entre las directivas emitidas podemos encontrar: i) Directiva N° 1 sobre Instrucciones de uso, Tipos de Adjudicación y Emisión de Órdenes de Compra, de 2 de septiembre de 2005; ii) Directiva de Contratación Pública N° 6, Plan Anual de Compras, enero de 2007; iii) Directiva de Contratación Pública N° 7, instrucciones para uso de garantías en procesos de compras, 11 de octubre de 2007; iv) Directiva de Contratación Pública N° 8, instrucciones para la Contratación de bienes y servicios relacionados con tecnologías de la información y Comunicaciones de 3 de julio de 2008; v) Directiva de Contratación Pública N° 9, instrucciones para la Contratación de bienes y servicios incorporando criterios de eficiencia energética, 14 de mayo de 2008; vi) Directiva de Contratación Pública N° 10, imparte instrucciones para la utilización del trato directo, 2 de octubre de 2008; vii) Manual Jurídico de compras públicas para las Municipalidades, octubre de 2005; viii) Guía de Apoyo a Evaluación de la Gestión de Compras Institucional indicadores de transparencia, 2006; ix) Guía Práctica de Ayuda Plan Anual de Compras; x) Guía Básica para la elaboración y Publicación del Manual de Procedimiento de Adquisición; xi) Guía Práctica de Eficiencia Energética; xii) Manual de Compras Energéticamente eficientes, marzo de 2008; xiii) Guía Rápida Contratación de Servicios Personales Especializados, febrero de 2010; xiv) Manual de Contratación de

Sistema de Compras ha dispuesto la existencia de un Registro Electrónico Oficial de Proveedores del Estado (Chileproveedores), que comprende a todos aquellos proveedores que luego de un proceso de certificación se encuentran habilitados para contratar con el Estado, no siendo esto un requisito indispensable, aun cuando es cada vez más recurrente que se exija detentar dicha condición al momento de la suscripción del contrato administrativo respectivo⁴.

Así, Chilecompras se erige en la entidad pública encargada de administrar y coordinar un sitio electrónico que permite que órganos demandantes de bienes y servicios puedan ingresar sus solicitudes o requerimientos de adquisición de bienes al portal electrónico (www.mercadopublico.cl), a través de un proceso licitatorio y transparente contenido en bases de licitación (administrativas y técnicas), que como tal se inicia a través del llamado, contenido en el acto administrativo respectivo, por el cual la entidad licitante comunica a través del portal de compras la apertura de la licitación, frente al cual los oferentes de dichos bienes o servicios pueden formular consultas, las que son debidamente contestadas, todo ello, con el objeto que dentro de un plazo preestablecido se proceda a formular las ofertas tanto técnicas como económicas, acompañándose la respectiva boleta de garantía de seriedad de la oferta.

Una vez ingresadas electrónicamente las ofertas, se procede a la validación de los antecedentes administrativos y, acto seguido, la evaluación técnica y económica a objeto de escoger al contratante que efectúe la mejor oferta tanto desde el punto de vista económico como técnico, siguiendo los criterios de ponderación fijados en las bases. Una vez escogido el co-contratante, por parte de la entidad pública demandante del bien o servicio (que es efectivamente la responsable de conducir el proceso licitatorio), se efectúa la adjudicación electrónica a través del portal electrónico, la que debe ser aceptada por el proveedor adjudicatario.

Servicios Personales Especializados compradores, febrero de 2010; xv) Guía Rápida Consultas al Mercado-RFI, febrero de 2010. De esta manera, Chilecompras funda su facultad para emitir normas orientadoras para el sistema de compras y contratación pública en el artículo 30 letra h) de la Ley N° 19.886 al disponer entre las funciones del Servicio, “Establecer las políticas y condiciones de uso de los sistemas de información y contratación electrónicos o digitales que se mantengan disponibles”. Como se advertirá, es un mandato bastante acotado, sin perjuicio de lo cual ha sido invocado para la dictación de una serie de directivas y otras manifestaciones normativas no contenidas propiamente en acto administrativos. Como se podrá advertir, se trata de instrumentos normativos denominados “Guías” que en principio y como bien lo señala su referencia, se trataría de actos internos de la Administración, asimilándose a la institución del “instructivo” ya visto y que como tal reconoce existencia en nuestro ordenamiento en la medida que sólo produzcan efectos *intra* administración.

⁴Ello, en virtud de la disposición facultativa prevista en el artículo 66 inciso 3 del Reglamento de Compras Públicas al disponerse que “Las Entidades podrán exigir a los Adjudicatarios su inscripción en el Registro de Proveedores para poder suscribir los contratos definitivos”.

Verificada la adjudicación electrónica, la entidad licitante dictará el acto administrativo formal de adjudicación que se traducirá en una resolución adjudicatoria que dará paso a la firma del contrato administrativo correspondiente, momento a partir del cual se originará la sustitución de las boletas de garantía (entregándose la boleta de fiel cumplimiento), y comenzará la ejecución material del instrumento contractual correspondiente.

II.1. OBLIGACIONES DE LA ENTIDAD LICITANTE

Revisado ya el funcionamiento de los procesos de contratación pública, como hemos señalado, la entidad licitante ejerce potestades públicas, entendidas ellas como poderes jurídicos finalizados encaminados a la satisfacción de una determinada necesidad pública concreta⁵, y es precisamente el ejercicio de dicha potestad (en beneficio de las personas) la que debe subordinarse en todo momento al ámbito de actuación y potestades conferidas por la Constitución o en la mayoría de las veces por la ley.

De ahí, los órganos o entidades licitantes deben inexorablemente sujetarse al principio de juridicidad que implica una sujeción plena e integral –tanto en el ser como en el obrar– a Derecho, esto es, tanto a la Constitución como a las normas dictadas conforme a ella⁶.

En tal sentido, conviene tener presente que la propia Ley N° 19.886 establece una serie de obligaciones a las entidades licitantes tales como: i) respetar la prevalencia del convenio marco y la licitación pública como mecanismos de contratación; ii) propender a la eficacia, eficiencia y ahorro en las contrataciones; iii) obligación de requerir las garantías correspondientes; iv) obligación de motivar las resoluciones; v) elaboración de un manual sobre procedimiento de adquisiciones; vi) exigencia de contenidos mínimos de las bases.

Y es precisamente el incumplimiento de algunas de estas obligaciones las que, de causar un daño al oferente, originarán de suyo la responsabilidad del Estado. A continuación, pasaremos revista de algunos de los casos que pudieren suscitarse en el contexto de la precontratación pública:

- i. *Selección del Mecanismo de Contratación: se insta trato directo en circunstancias que procedía licitación pública o privada*

Como ya señalábamos, el principio de la licitación pública viene a ser la regla general en la contratación pública, desde que asegura la libre concurrencia de oferentes en los procesos de adquisición y, como ya vimos,

⁵En tal sentido, vid. Soto Kloss, *Derecho Administrativo. Bases Fundamentales. Tomo II. El principio de Juridicidad*. Editorial Jurídica de Chile, 1996, 149.

⁶Adviértase el desarrollo del principio de juridicidad en Soto Kloss, cit. nota 5 precedente.

se encuentra consagrado en la propia Ley N° 18.575. Sin perjuicio de lo anterior y para el caso concreto que nos ocupa, la Ley N° 19.886 vino a profundizar y especificar los mecanismos de contratación pública al disponer la existencia de un Convenio Marco, Licitación Pública y sólo en casos debidamente calificados permitir a la entidad licitante recurrir a la licitación privada o al trato directo, mediando una resolución debidamente fundada al efecto.

Por lo anterior, especialmente grave resulta cuando la Administración del Estado, no obstante existir las condiciones para originar un proceso competitivo de selección de ofertas (convenio marco y licitación pública), pone en movimiento los mecanismos de licitación privada o trato directo, con el objeto, sea de acelerar el proceso o lisa y llanamente formalizar una licitación que en definitiva ya estaba pre adjudicada y en muchos casos ya su respectivo contrato en ejecución.

Este actuar “*torcido*” de la Administración importa contravenir precisas normas, constituyendo el acto administrativo (resolución) que contiene la decisión del trato directo o llamamiento a una licitación un acto espurio y, como tal, ilícito que si genera daño originará de suyo la responsabilidad del Estado de repararlo, desde que dicho actuar originó la pérdida de una legítima expectativa de negocio para todos aquellos potenciales oferentes que fueron excluidos de un proceso concursal competitivo.

ii. *Incumplimiento de obligaciones financieras. La entidad licitante debe contar con el presupuesto correspondiente para poder licitar*

Resulta a todas luces evidente la necesidad de que la entidad licitante deba contar con el presupuesto suficiente para iniciar el procedimiento licitatorio. Es más, la propia reglamentación sobre compras públicas hace necesario que la autoridad administrativa cuente con los recursos necesarios para solventar el pago que constituirá la debida contraprestación del bien o servicio que va a ser suministrado o provisto por un particular⁷.

Es por ello, que si la entidad licitante insta un procedimiento de contratación pública no puede, durante el suceder del mismo, finalizar dicho *iter* procedimental mediante la declaración de deserción o, más grave aún, mediante la no formalización del correspondiente contrato, argumentando la entidad licitante o la entidad superior de control que no cuenta con los recursos financieros necesarios⁸. Más grave aún resultaría si, en

⁷En tal sentido, el artículo 3 del Reglamento sobre Compras dispone expresamente las denominadas “*Autorizaciones presupuestarias*”, afirmando que “*Las Entidades deberán contar con las autorizaciones presupuestarias que sean pertinentes, previamente a la resolución de adjudicación del contrato definitivo en conformidad a la Ley de Compras y al Reglamento*”.

⁸Contraloría ha sido enfática en este tema y ha representado la ilegalidad en materia presupuestaria como se advierte en Dictamen N° 48.093 de 2010 que “*Finalmente, es del caso anotar –en armonía con el Dictamen N° 40.000, de 2010, de esta Entidad de Control–,*

definitiva, se adjudica la licitación no pudiendo formalizarse el contrato administrativo correspondiente por no contar el licitante con los medios económicos suficientes para afrontar su cumplimiento.

Esta circunstancia implica en definitiva no sólo teñir el acto administrativo respectivo de un vicio de ilegalidad por infracción de texto expreso, sino además causar un grave daño a los interesados y/o adjudicatarios del respectivo procedimiento licitatorio, dado que seguramente incurrieron en gastos para la preparación de la propuesta (estudios, costos financieros de las respectivas boletas de garantía, etc.), desviaron y comprometieron recursos para afrontar la ejecución del contrato, etc.

iii. *Situación de las declaraciones de deserción sin motivación*

Resulta ser lastimosamente una práctica habitual de la Administración y constitutiva, bajo nuestro parecer, de una cláusula y/o práctica abusiva en las respectivas bases, la inserción de la posibilidad de declarar desiertos los procesos licitatorios prescindiendo de la debida fundamentación⁹.

Dicha práctica importa desde ya desconocer la naturaleza del acto administrativo de dicha declaración (contenida en una resolución) y como tal la necesaria razonabilidad que debe subyacer a dicha declaración que, por lo demás, ya le viene impuesta por la propia Ley N° 19.880 en su

que en lo sucesivo se deberá acompañar la autorización presupuestaria pertinente a los actos administrativos como el de la especie, con el objeto de acreditar la existencia de recursos suficientes para solventar el gasto que irroga el cumplimiento del contrato respectivo”.

Así también, la Contraloría ha debido incursar bases de licitación por contravenir disposiciones presupuestarias. Así el Dictamen N° 61.981 de 18 de octubre de 2010 ha dispuesto que: *“Esta Entidad de Control ha debido abstenerse de dar curso a la resolución N° 567, de 2010, de la Dirección de Salud de Carabineros de Chile, que regulariza las bases de licitación pública para el suministro e implementación de la plataforma tecnológica RIS-PACS para el Hospital de Carabineros de Chile y aprueba el contrato respectivo suscrito con la empresa Tecnoimagen Ltda., por cuanto no se ajusta a derecho. En otro orden de ideas, cabe señalar que no procede imputar la totalidad del gasto que irroga el presente contrato al presupuesto del año 2008, toda vez que, de conformidad con el artículo 12 del Decreto Ley N° 1.263, de 1975, y en armonía con el criterio sustentado por la jurisprudencia de esta Contraloría General en los oficios N°s. 53.113, de 2008 y 40.996, de 2009, entre otros, el ejercicio presupuestario tiene carácter anual y debe coincidir con el año calendario y, en consecuencia, a partir del 1 de enero de cada año no puede efectuarse pago alguno con cargo a un presupuesto fenecido, sino al que esté vigente y de conformidad con las normas de ejecución contempladas en la respectiva ley del ramo, las que, por ende, deben aplicarse en el ejercicio”.*

⁹Contraviniendo el texto expreso del artículo 9 de la Ley N° 19.886 al señalarse: *“El órgano contratante declarará inadmisibles las ofertas cuando éstas no cumplieren los requisitos establecidos en las bases. Declarará desierta una licitación cuando no se presenten ofertas, o bien, cuando éstas no resulten convenientes a sus intereses. En ambos casos la declaración deberá ser por resolución fundada”.*

artículo 11 inciso 2¹⁰ y como corolario, en su artículo 41 inciso 4¹¹, todo ello sin perjuicio de la abundantísima jurisprudencia de la Contraloría General de la República¹².

De lo anterior, se desprende de manera irredargüible la imposibilidad de la Administración de resolver por mero *capricho* (voluntarismo administrativo) declarar desierta una determinada licitación sin exponer las motivaciones fácticas y jurídicas de dicha decisión¹³.

Cómo ya hemos señalado, no cabe duda alguna que dicho actuar importaría avasallar los derechos de los interesados en el procedimiento licitatorio. Quienes participaron y en la última etapa del mismo, se en-

¹⁰Al señalarse que *“Los hechos y fundamentos de derecho deberán siempre expresarse en aquellos actos que afectaren los derechos de los particulares, sea que los limiten, restrinjan, priven de ellos, perturben o amenacen su legítimo ejercicio, así como aquellos que resuelvan recursos administrativos”*.

¹¹Disponiendo que *“Las resoluciones contendrán la decisión, que será fundada”*.

¹²Así, la jurisprudencia administrativa de la Contraloría ha dispuesto, mediante Dictamen N° 24.887 de 2009, que *“En este contexto, hace presente la necesidad que, en lo sucesivo, tratándose de actos administrativos, deben indicarse en su texto, de manera expresa, los motivos o razones que sirven de fundamento a la decisión que en ellos se adopta, en armonía con lo prescrito en los artículos 13 de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado; 16 y 41, inciso 4°, de la Ley N° 19.880, que establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los órganos de la Administración del Estado, tal como se ha concluido, entre otros, en los dictámenes N°s 7.453 y 19.080, ambos de 2008, de este Organismo Contralor, aspecto el cual, como puede apreciarse, ha sido omitido en la especie”*. Vid en la misma línea Dictamen N° 27.893 de 2008, Dictamen N° 62.113 de 2006, Dictamen N° 31.951 de 2006, Dictamen N° 52.295 de 2004. En idéntico sentido, pero en un contexto jurisdiccional, adviértase Sentencia Corte Suprema, 4 de mayo de 2005, rol 838-2005. Recurso de Protección. N° Identificador LexisNexis N° 32076.

¹³En tal sentido, valga tener presente lo resuelto por el Tribunal de la Contratación Pública al señalar *“9° Que, analizando el mérito de los antecedentes expuestos en los considerandos que antecede no cabe duda que la exclusión por el órgano contratante de la oferta de Diseño y Producción Mugarte Limitada, en la primera etapa de evaluación, aduciendo que no cumplía con los requisitos establecidos en las bases de la licitación, corresponde a una declaración de inadmisibilidad, la que según los términos señalados en el artículo 9° de la Ley N° 19.886, de Bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios, debió haber sido efectuada por resolución fundada, dictada en su momento por la autoridad, lo que en la especie no se hizo”*. Sentencia Tribunal de la Contratación Pública, rol N° 11-2007, Diseño y Producción Mugarte Limitada con Consejo Nacional para el Control de Estupefaciente (CONACE)”, 14 de diciembre de 2007, Rol N° 11-2007. En la misma línea, se ha sostenido *“7°.- Que, de las normas señaladas en los considerandos precedentes cabe concluir que la resolución que declara el desistimiento de todas las ofertas presentadas en una licitación debe ser necesariamente fundada; esto es, debe contener los razonamientos, motivaciones y explicaciones necesarias que justifiquen suficientemente la dictación de dicho acto administrativo; puesto que en materia de licitaciones, rigen las normas especiales establecidas por la Ley N° 19.886 y lo dispuesto por las Bases de la respectiva propuesta pública que la regulan; las que establecen que la resolución, que en este caso ha sido impugnada, debe ser fundada”*. Sentencia Tribunal de la Contratación Pública con fecha 6 de julio de 2010, caratulada Zañartu Ingenieros Consultores con Dirección General de Obras Públicas, rol 14-2010. Confirmada por la I. Corte de Apelaciones de Santiago con fecha 7 de septiembre de 2010.

cuentran con una decisión de la Administración de no perseverar en el mismo y más grave aún, sin siquiera exponer las razones de su actuar, que son precisamente las que deberán ser ponderadas por el destinatario del acto a objeto, de estimarlo, impugnar dicho acto decisorio si no se aviene con la normativa vigente.

iv. *Prácticas abusivas de la Administración*

La selección del cocontratante de la Administración en los procesos de contratación pública se funda en una serie de principios que en definitiva tienden a la igualdad entre los oferentes evitando toda discriminación arbitraria. Es por ello que no le es lícito a la entidad licitante incurrir en prácticas que importen un abuso de su posición de preeminencia desde el punto de vista del control del proceso licitatorio.

Por lo anterior, llama la atención cómo en determinados casos la entidad licitante efectúa un ejercicio abusivo de su potestad de diseño y conducción del proceso licitatorio incurriendo en una serie de prácticas tales como: (i) Establecimiento de requisitos que sólo pueden ser cumplidos por un actor del mercado; (ii) Reducciones de plazos para la presentación de las ofertas; (iii) Imposición de reuniones informativas de carácter obligatorio¹⁴; (iv) Imposibilidad de impugnar la licitación o alguna fase/etapa de la misma; (v) Establecimiento de multas injustificadas o desproporcionadas; (vi) Imposición de prohibiciones o inhabilidades no previstas en la ley; (vii) Imprecisiones en las descripciones de los factores/criterios a evaluar; (viii) Falta de motivación en las actas de evaluación; (ix) Exigencia de boletas de garantía por montos excesivos¹⁵.

Pues bien, la concurrencia de cláusulas abusivas por parte de la Administración, sin duda viene a afectar los derechos de los interesados en los procesos licitatorios, ya sea entorpeciendo su participación como llegando en algunos casos incluso a privarles del legítimo ejercicio de concurrir a la licitación misma, generando un daño que debe ser reparado.

¹⁴Al respecto es menester señalar que durante 2009 se impugnó el rechazo de una oferta presentada, entre otros, por incumplimiento de la obligación de haber asistido a una reunión obligatoria. A instancias del Tribunal de la Contratación Pública, las partes llegaron a conciliación, y la licitación fue dejada sin efecto, estableciéndose expresamente en la ficha de la nueva licitación que la reunión tenía el carácter de voluntaria. En tal sentido, es posible revisar ficha de Licitación N° 610-75-LP09 en contraposición con Licitación 610-51-LP09. Acta de Conciliación consta en P.H.Y.P.B Abogados Ltda. con Comisión Nacional de Energía (2009).

¹⁵Sobre este punto, Lara, José Luis y Helfmann, Carolina. *Sobre las Cláusulas Abusivas en la Contratación Pública: Su Establecimiento e Impugnación*, en Revista de Derecho de la Empresa de la Universidad Adolfo Ibáñez, N° 19, 2009.

v. *Faltas a la probidad/corrupción en licitaciones*

Como es sabido, la probidad administrativa resulta un principio transversal en el ejercicio de la función pública recogido generosamente en nuestro ordenamiento¹⁶ y que en líneas generales importa la preeminencia del interés general por sobre intereses particulares.

De ahí que concurriendo una irregularidad en un proceso licitatorio cuyo antecedente resulte ser una falta a la probidad incurrida por un determinado funcionario público, como podría acontecer con la recepción de dádivas para favorecer a un determinado oferente en la etapa de evaluación, no reparar defectos en la oferta de un interesado, suministrar las bases de licitación a un interesado con anterioridad a su publicación en el portal electrónico, de suyo importarán un trato discriminatorio en detrimento de los restantes oferente afectando la legalidad de las bases, igualdad entre los oferentes y constituyendo conductas que al generar un daño originarán no sólo la responsabilidad disciplinaria del funcionario, sino en definitiva la responsabilidad del servicio/entidad licitante, esto es, la responsabilidad del Estado.

vi. *Imprecisiones en los términos de referencia*

Los términos de referencia importan la exteriorización por parte de la entidad licitante de las características de los bienes y servicios que se pretenden adquirir y, como tales, deben ser lo suficientemente precisas como para orientar a los interesados en participar en la licitación para la elaboración de sus correspondientes propuestas.

Los señalados términos de referencia se contienen propiamente en las bases de licitación, sean éstas administrativas o técnicas. La imprecisión en el contenido de las mismas puede perfectamente impedir la participación de interesados o afectar la oferta de los mismos y en definitiva causar un daño.

vii. *La imposibilidad de la toma de razón por causas imputables a la Administración*

Como es sabido, en atención a las características del contrato y en especial de sus montos, una vez adjudicada una determinada licitación se procede a la suscripción del correspondiente contrato el que puede quedar afecto a toma de razón por parte de la Contraloría General de la República¹⁷.

¹⁶Tanto en nuestra Constitución como en la Ley N° 18.575 de Bases Generales de la Administración del Estado, la Ley N° 19.880 sobre procedimiento administrativo y el Estatuto Administrativo.

¹⁷Ello, conforme a las normas previstas en la Resolución N° 1600 de Contraloría General de la República que determina los actos afectos al trámite de toma de razón.

Es precisamente en esta última fase del *iter* procedimental licitatorio donde la entidad superior de control deberá proceder a efectuar un control de la juridicidad del acto administrativo y el momento en que revisará en definitiva el proceso licitatorio pudiendo encontrar determinados vicios que de resultar sustanciales originarán que se abstenga de tomar razón del acto administrativo que contiene el contrato correspondiente.

En tal sentido, pudiese ocurrir que Contraloría se abstenga de tomar razón del contrato correspondiente por un vicio imputable a la Administración generando el consecuencial daño al adjudicatario¹⁸, no pudiendo imputarse a este la impericia de la Administración (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*).

¹⁸En efecto, mediante Dictamen N° 43.322 de 2009, Contraloría General ha debido abstenerse de tomar razón de la resolución N° 107, de 2009, de la Junta Nacional de Auxilio Escolar y Becas, que aprueba el contrato de prestación de servicios para la “habilitación, administración y soporte de una red WAN, telefonía, Internet y video conferencia”, suscrito entre la Junta Nacional de Auxilio Escolar y Becas y la empresa Telmex Servicios Empresariales S.A., por las razones que a continuación se indican, “*Sobre el particular, debe hacerse presente que según consta de los antecedentes acompañados, la apertura de las propuestas se produjo el día 18 de diciembre de 2007, designándose la comisión evaluadora con posterioridad a esa fecha –el día 2 de enero de 2008, mediante la resolución exenta N° 27–, circunstancia que no resulta conciliable con las bases administrativas –contenidas en la resolución N° 194, de 2007, de la Junta Nacional de Auxilio Escolar y Becas–, las que en su punto VIII, párrafo primero, dispusieron que una comisión evaluadora se debía designar, a través de resolución exenta del Secretario General del citado Servicio, “en forma previa a la fecha de apertura de las ofertas”. Añadiéndose que “En otro orden de consideraciones, cabe observar que el artículo 2° de la resolución en trámite contiene una doble imputación presupuestaria del gasto, al subtítulo 22, ítem 05, asignación 008, Enlaces de Telecomunicaciones, por un lado, y al subtítulo 22, ítem 05, asignación 005, Telefonía Fija, por otro, sin identificar la parte del precio y los servicios específicos que se imputarán a una u otra asignación, circunstancia que altera el principio de legalidad del gasto. Asimismo, cabe observar que los montos que ese Servicio deba pagar a la empresa adjudicada durante los años 2010 y 2011, de acuerdo a lo establecido en la cláusula octava del convenio en estudio, deberán materializarse en el entendido que exista la correspondiente disponibilidad presupuestaria, cuestión que debe indicarse expresamente en la referida cláusula”. En la misma línea anterior, cabe citar el Dictamen N° 20.043 de 2008, por el cual Contraloría establece que “esta Entidad Fiscalizadora cumple con hacer presente que mediante Dictamen N° 11.788, del presente año, cuya copia se acompaña, se devolvió sin tramitar la citada resolución N° 6.952, de 2007, por cuanto no se ajustaba a derecho, atendidas las consideraciones expuestas en el referido pronunciamiento, razón por la cual, mientras no se subsanen las observaciones formuladas, no es posible convocar válidamente a la licitación de que se trata y, en consecuencia, proceder a la suscripción del respectivo contrato, acto administrativo este último que sí se encuentra afecto al control preventivo de legalidad, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 3° de la resolución N° 520, de 1996, de esta Contraloría General. Consecuente con lo anterior, corresponde que ese Servicio deje sin efecto el aludido procedimiento concursal y convoque a una nueva licitación, debiendo aprobarse, al efecto, las bases administrativas pertinentes que se ajusten a derecho, conforme los criterios contenidos en el citado Dictamen N° 11.788, sin perjuicio de hacerse efectivas las eventuales responsabilidades que pudieren afectar a los funcionarios que convocaron a dicho procedimiento licitatorio. Por las consideraciones expuestas, se devuelve sin tramitar el acto administrativo”.*

Como hemos tenido la oportunidad de reseñar brevemente, todas estas prácticas contravienen, en mayor o menor entidad, los principios de: i) libre concurrencia; ii) legalidad de las bases; y, iii) igualdad entre los oferentes, deviniendo en un actuar ilícito que al provocar un daño a los oferentes en los procesos licitatorios origina de suyo la obligación de reparar a la víctima (oferente) mediante la consecuencial responsabilidad del Estado.

III. INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DE LA ENTIDAD LICITANTE Y SUS EFECTOS: RESPONSABILIDAD DEL ESTADO: SU RECEPCIÓN JURISPRUDENCIAL

Lastimosamente, como ya hemos referido, son abundantes los casos en que la entidad licitante incurre en actos ilegales y arbitrarios que en definitiva importan impedir la participación de un determinado interesado en un proceso licitatorio, la exclusión de un oferente del procedimiento o lisa y llanamente la privación de los efectos patrimoniales de una adjudicación con motivo de infracciones o torpezas incurridas por las entidades licitantes originando un daño.

Lo cierto es que dicho daño irrogado a un interesado, oferente o adjudicatario de un proceso licitatorio es susceptible de ser reparado en sede de responsabilidad del Estado, es decir y conforme a lo ya señalado en capítulos precedentes, constatado el actuar dañoso de la entidad licitante, la víctima puede concurrir directamente a la sede ordinaria a demandar la responsabilidad del Estado.

No obstante lo manifiesto de los daños originados por las entidades licitantes, llama la atención la ausencia de un tratamiento doctrinario respecto de la misma¹⁹ refrendado por la escasez de jurisprudencia judicial

¹⁹En efecto, en materia de contratación administrativa véase Soto Kloss, *La Contratación Administrativa. Un retorno a las fuentes clásicas del Contrato*, en Derecho Administrativo. Temas Fundamentales. Editorial Jurídica de Chile, Editorial LegalPublishing, segunda edición 2010; *La Contratación Administrativa en el Derecho Público Chileno (ideas básicas y principios)*, en Derecho Administrativo cit., Aróstica Maldonado, Iván, *La Teoría de la Imprevisión en la Contratación Administrativa*, en Actualidad Jurídica N° 6 /2002, 191-201; Moraga Klenner, Claudio, *Los Contratos Administrativos en la Doctrina Chilena (1859-2009)*, en Derecho Administrativo. 150 años de Doctrina. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Editorial Jurídica de Chile, 2009. 379-427. Por su parte, lentamente el contrato de suministro y prestación de bienes y servicios bajo la Ley N° 19.886 ha comenzado a ser objeto de atención en nuestra doctrina, encontrando hoy día algunos trabajos, a saber: Barra, Nancy y Celis, Gabriel, *Contratación Administrativa bajo la ley de Compras*. Editorial LegalPublishing, 2008. Camacho Céspedes, Gladys, *Los Contratos Administrativos en especial el Contrato de Suministro*, en Derecho Administrativo, 120 años de Cátedra cit., 357-391; Lara, José Luis (et al.) (2009): *Sobre las Cláusulas Abusivas en la Contratación Pública: Su Establecimiento e Impugnación*, Revista de Derecho de la Empresa de la Universidad Adolfo Ibáñez, 19; Lara,

en sede de responsabilidad del Estado existente²⁰, circunstancia que podría deberse, en nuestra opinión, principalmente tanto al desincentivo de las partes interesadas para demandar la responsabilidad del Estado como a lo intrincado del diseño del mecanismo de solución de controversias en materia de Contratación Pública.

Primeramente, cabe señalar que dada la frecuencia de los llamados a licitación existentes al interior de la Administración, resulta habitual que los oferentes frente a irregularidades acaecidas dentro de los procesos de contratación se abstengan de gatillar procedimientos de impugnación bajo la convicción de que ello podría condicionar y afectar su participación en futuras licitaciones, circunstancias que afortunadamente, como veremos, se han ido modificando a la luz de los ingresos al Tribunal de Contratación²¹.

En segundo término, la Ley N° 19.886 vino a trastocar el sistema de impugnación en materia de compras públicas, al establecer un órgano jurisdiccional especial denominado Tribunal de la Contratación Pública²² para conocer de los actos arbitrarios o ilegales producidos entre la aprobación de las bases y la adjudicación, ambas etapas inclusive. Ello va a importar la coexistencia de diversos órganos competentes para conocer de las impugnaciones suscitadas en los procesos de compras, encontrándonos primeramente con la Contraloría General de la República en el control de la juridicidad de las bases de licitación (de estar afectas), luego, resulta competente el Tribunal de Compras y una vez adjudicada, nuevamente el acto correspondiente queda afecto a toma de razón y con posterioridad, en lo que a ejecución del contrato refiere, se mantiene vigente la competencia tanto de los tribunales ordinarios como de la Contraloría General.

Por lo anterior, no cabe duda acerca de la competencia de los tribunales ordinarios de justicia para conocer de acciones de responsabilidad

José Luis (*et al.*), *Principios Generales del Derecho aplicables a la Contratación Pública*, en Revista de Derecho Administrativo N° 3/2009, Editorial LegalPublishing. Sin perjuicio de la literatura nacional existente, lamentablemente y como se advertirá, el suscrito hace eco de este cuestionamiento, toda vez que no ha existido una mayor atención por esbozar un estudio respecto de la responsabilidad del Estado por los daños ocasionados con motivo de este especial tipo de contratación pública.

²⁰En efecto, hemos efectuado una exhaustiva revisión de las bases de datos electrónicas LegalPublishing, Microjuris y de las revistas Gaceta Jurídica y Revista de Derecho y Jurisprudencia sin advertir un fallo sobre responsabilidad del Estado en materia de licitaciones públicas bajo la Ley N° 19.886.

²¹Así, de acuerdo a información pública proporcionada por Chilecompras el año 2005 se ingresaron 46 acciones de impugnación, el año 2006 se ingresaron 100, el año 2007, 90; el año 2008 tan sólo 37. En el año 2009 los ingresos del Tribunal ascendieron a 166, mientras que en 2010 fueron de 169 causas, lo que demuestra un aumento permanente de ingresos al Tribunal.

²²Siendo que en realidad dada su esfera competencial debiese ser más bien un Tribunal de la Precontratación.

del Estado por actos acaecidos durante los procesos licitatorios, conforme lo ha reconocido la propia jurisprudencia judicial ordinaria en materia de licitaciones en general, al señalar que: “ (...) para que se configure esta especie de responsabilidad y la necesidad de indemnización que le es inherente, se requiere la existencia de un acto proveniente de un órgano de la administración según el concepto amplio previsto en la citada disposición de la Ley N° 18.575 y que, en lo que interesa a esta litis, abarca, según antes se indicó, a las municipalidades y de un perjuicio que sea consecuencia directa de ese acto en una relación de causa a efecto”²³.

Es más, ahora también en sede de procesos licitatorios bajo la Ley N° 19.886 se ha dispuesto por la jurisprudencia que: “lo anterior no significa eximir de responsabilidad al órgano de la Administración del Estado y a los agentes que han obrado en su representación, ejecutando el acto administrativo que ha merecido la calificación de arbitrario e ilegal, puesto que, según lo que se expresará en lo resolutivo de este fallo, y las demás disposiciones legales que regulan estas materias, aquellos interesados que con ocasión del agravio han sufrido perjuicios podrán entablar, ante el tribunal que sea competente, las acciones indemnizatorias que crean corresponderles; y además, recabar a las autoridades que ejercen el control jerárquico o jurisdiccional sobre los mismos, adopten las medidas correctivas que procedan y las que puedan ser conducentes a sus particulares intereses”²⁴.

En lo que refiere al Tribunal de Contratación Pública, como es sabido, la competencia del tribunal se acota al periodo comprendido entre la aprobación de las bases de licitación y la adjudicación, correspondiendo al tribunal: “En la sentencia definitiva, el Tribunal se pronunciará sobre la legalidad o arbitrariedad del acto u omisión impugnado y ordenará, en su caso, las medidas que sean necesarias para restablecer el imperio del derecho”, conforme a lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley N° 19.886. Sin perjuicio de lo anterior, la jurisprudencia del Tribunal ha sido clara en orden a reconocer la posibilidad de demandar responsabilidad del Estado por actos incurridos por las entidades licitantes.

En efecto, el aludido Tribunal de la Contratación ha señalado que: “²⁴ Que lo anterior no significa eximir de responsabilidad a los órganos de la Administración del Estado y a los agentes que han obrado en su representación ejecutando el acto administrativo que ha merecido la calificación

²³Sentencia pronunciada por la Excma. Corte Suprema con fecha 20 de septiembre de 2009, en sede de casación, autos caratulados “Sammy Liberman Zelonka; con I. Municipalidad de Pedro Aguirre Cerda”, rol 5274-2003, Considerando 15°, N° Identificador LegalPublishing: 30896.

²⁴Sentencia Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, de 24 de noviembre de 2009 que Acoge parcialmente reclamación Fiscal, en autos caratulados, “AGA S.A. con Central de Abastecimiento del Sistema Nacional de Servicios de Salud CENABAST” N° Identificador LegalPublishing: 42949.

de ilegal, puesto que, según lo que se expresará en lo resolutivo de este fallo, y las demás disposiciones legales que regulan estas materias, aquellos interesados que con ocasión del agravio han sufrido perjuicios podrán entablar, ante el tribunal que sea competente, las acciones indemnizatorias que crean corresponderles; y además, recabar a las autoridades que ejercen el control jerárquico o jurisdiccional sobre los mismos, adopten las medidas correccionales que procedan y las que sean conducentes a sus particulares intereses”²⁵. Asimismo, se reitera en el resuelvo primero: “Que se acoge la demanda de fojas 1 presentada por doña Mónica Ugarte Salcedo, en representación de Diseño y Producción Mugarte Limitada, y corregida a fojas 41, y deducida en contra del Ministerio del Interior sólo en cuanto se declara ilegal lo decidido en el acta de apertura técnica incorporada al portal informático de Chilecompras con fecha 28 de marzo de 2007, mediante la cual se rechaza la oferta técnica presentada por la demandante en el proceso licitatorio ID-623-34-LE07, para la contratación de servicios de diseño, diagramación, ilustración y producción de originales de difusión masiva, para el Consejo Nacional para el Control de Estupefacientes, sin perjuicio de otros derechos que a la demandante puedan corresponder para reclamar las indemnizaciones que estime procedentes, en la sede jurisdiccional que la ley establece”²⁶.

En la misma línea anterior, se ha sostenido: “Que, como ha reflexionado este Tribunal en otras sentencias (Roles 62-2007 y 3-2008), según se desprende del artículo 26 de la Ley N° 19.886, la declaración judicial de arbitrariedad e ilegalidad de una acción u omisión no produce por sí misma un efecto anulatorio, ya que dicho precepto establece que es el Tribunal, quien, en su caso, ordenará las medidas que sean necesarias para restablecer el imperio del Derecho. Es decir, ha quedado entregado al juez la facultad de disponer las providencias o medidas que estime procedentes, según las circunstancias de cada caso, para el restablecimiento del orden jurídico”²⁷. Añadiéndose: “Que, aparte de lo anteriormente expuesto, también es posible afirmar que, tratándose de situaciones reguladas por el Derecho Público, no resulta posible la aplicación lisa y llana de las normas que rigen los efectos de la declaración de nulidad de los actos y contrato de orden privado. En efecto, en el caso sublite, ha sido un órgano de la Administración del Estado el que ha intervenido como parte en los contratos de servicios, y, aparece de manifiesto que la necesidad pública que se pretendía satisfacer estuvo referida a un período ya transcurrido

²⁵Sentencia Tribunal de la Contratación Pública, pronunciada con fecha 14 de diciembre de 2007, rol N° 11-2007, caratulados “Diseño y Producción Mugarte Limitada con Consejo Nacional para el Control de Estupefaciente (CONACE)”, Considerando 24°. Extraída desde base de datos jurisprudencial del Tribunal de Contratación Pública.

²⁶Idem, Resuelvo 1°.

²⁷Sentencia Tribunal de la Contratación Pública de 22 de junio de 2010, rol N° 13-2010, Considerando 14°.

a la fecha de esta resolución judicial”²⁸. Agregándose, “Que, lo anterior no significa eximir de responsabilidad a los órganos de la Administración del Estado y a los agentes que han concurrido a la ejecución de los actos administrativos que han merecido la calificación de arbitrarios e ilegales, puesto que, según lo que se expresará en lo resolutivo de este fallo, y conforme a lo que previenen las demás disposiciones legales que, dentro de nuestro ordenamiento jurídico regulan estas materias, aquellos interesados que, con ocasión de un agravio, han sufrido perjuicios podrán entablar, ante el tribunal competente, las acciones indemnizatorias que crean corresponderles, y además, recabar a los organismos que ejercen el control sobre los mismos, adopten las medidas que procedan y las que sean conducentes a sus particulares intereses”²⁹.

Asimismo, en otro caso, no obstante la afectación de derechos adquiridos que podría originar el retrotraimiento de un determinado procedimiento licitatorio, igualmente la jurisprudencia del Tribunal de Contratación ha efectuado expresa declaración en cuanto a que ello no obsta la consecuen- cial responsabilidad del Estado, al sostener: “Que lo anterior no significa eximir de responsabilidad a los órganos de la Administración del Estado y a los agentes que han concurrido a la dictación del acto administrativo que ha merecido la calificación de ilegal y arbitrario, puesto que de acuerdo a las disposiciones constitucionales y legales que rigen la actuación de dichas instituciones, en especial las relativas a su responsabilidad administrativa y civil, y, según lo que se expresará en lo resolutivo de este fallo, aquellos interesados que con ocasión del agravio han sufrido perjuicios podrán entablar, ante el tribunal que sea competente, las acciones indemnizato- rias que crean corresponderles, y además, recabar a las autoridades que ejercen control jerárquico o jurisdiccional sobre los mismos, adopten las medidas correccionales que procedan y las que sean conducentes a sus particulares intereses”³⁰.

Por su parte, el mismo Tribunal ha sentenciado que “si se acreditare el íntegro cumplimiento del contrato de prestación de servicios que debió suscribirse con motivo de la propuesta pública en que incide la demanda, y no pudiese, por tal motivo, cumplirse con lo dispuesto por el tribunal, se reconoce a la demandante el derecho a entablar en la sede respectiva las acciones jurisdiccionales indemnizatorias que estime pertinentes, en resguardo de los derechos que crea corresponderle”³¹.

Con todo, resulta interesante hacer presente el rol que ha asumido la Contraloría General de la República tanto en el contexto de la toma de

²⁸*Idem*. Considerando 15°.

²⁹*Idem*. Considerando 16°.

³⁰Sentencia Tribunal de la Contratación Pública de 22 de junio de 2010, rol N° 19-2010, Considerando 24°.

³¹Sentencia Tribunal de la Contratación Pública de 29 de mayo de 2009, rol 61-2008 Mago Chic S.A. con Universidad de Santiago de Chile (2008).

razón como de sus funciones dictaminantes y de auditoría al constatar una serie de irregularidades verificadas en los procesos de selección del cocontratante bajo la Ley N° 19.886, circunstancias que la han llevado en oportunidades a abstenerse de tomar razón representando la ilegalidad en razón de ilícitos incurridos por los funcionarios durante los procesos de compras³². Todas estas circunstancias han irrogado un daño a oferentes y adjudicatarios con motivo de no cursarse los actos administrativos correspondientes en la sucesión procedimental, lo que hace pregonar la procedencia de la responsabilidad del Estado.

En consecuencia, no cabe duda de que la víctima podrá demandar directamente la responsabilidad del Estado en sede judicial bastando la acreditación del daño causado por la Administración, sea directamente o habiendo mediado previamente una sentencia que así lo declare por parte del Tribunal de Compras o un dictamen de la Contraloría General de la República.

IV. CONCLUSIONES

Resulta interesante advertir cómo el desarrollo de la contratación pública en Chile y más precisamente el contrato de suministro (aprovisionamiento) y prestación de servicios, se han desarrollado notablemente los últimos años a partir de la entrada en vigencia de la nueva institucionalidad sobre compras públicas instaurada por la Ley N° 19.886 de 2003. En tal sentido, se ha incrementado y profundizado la relación entre demandantes (entidades de la Administración del Estado) y oferentes de bienes y servicios (particulares) a fin de satisfacer necesidades públicas concretas.

Sin perjuicio de lo anterior, advertimos cómo las entidades licitantes incurren a menudo en el desarrollo de sus procesos de compras, en ilícitos e irregularidades que en definitiva irrogan un daño a los particulares, sean estos potenciales interesados en concurrir a los procesos electrónicos de adquisición, oferentes que participan efectivamente y son excluidos, o derechamente adjudicatarios que no pueden formalizar los respectivos contratos administrativos como consecuencia de los efectos de dichos vicios e irregularidades o lisa y llanamente de la mera voluntad de la Administración.

Así, estas prácticas abusivas de la Administración irrogan un daño a los interesados, oferentes y adjudicatarios en el contexto de los procesos de licitación y compras públicas que al no estar jurídicamente obligados a soportar, hacen surgir el derecho de estos a requerir en sede jurisdiccional ordinaria su reparación conforme a las normas de responsabilidad

³²Tal es el caso de una serie de pronunciamientos como el Dictamen N° 45.271 de 2010.

del Estado de base y contenido constitucional. Lo planteamos así, dado que no obstante la exhaustiva revisión jurisprudencial efectuada, no encontramos jurisprudencia pronunciada en sede de responsabilidad del Estado, no obstante que existirían demandas ya ingresadas.

Los motivos justificantes de la escasez jurisprudencial radicarían en el tiempo transcurrido desde la entrada en vigencia de la Ley N° 19.886, lo intrincado del sistema de solución de controversias con el advenimiento del Tribunal de Contratación Pública, pero, en especial, por la dinámica de la contratación pública, en cuanto importa mantener vinculados a los entes licitantes y a los oferentes de manera continua en futuros procesos de contratación que origina un efecto inhibitorio que se apreció en un comienzo en la exigua interposición de acciones de impugnación ante el Tribunal de Compras y hoy en el ejercicio de acciones de responsabilidad del Estado.

Sin perjuicio de lo anterior, la escasa jurisprudencia pronunciada en sede ordinaria y emanada del propio Tribunal de Contratación Pública es clara en orden a dejar siempre abierta la posibilidad de demandar la responsabilidad del Estado en la sede correspondiente, esto es, la ordinaria, y no podía ser de otra manera dado que la propia Constitución establece un régimen de carácter general y autosuficiente para amparar a la víctima –en este caso interesado, oferentes o adjudicatarios– de los daños causados por el Estado y sus organismos.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Lara Arroyo, José Luis y Helfmann Martini, Carolina. *Sobre las Cláusulas Abusivas en la Contratación Pública: Su Establecimiento e Impugnación*, en Revista de Derecho de la Empresa de la Universidad Adolfo Ibáñez, 19, 2009.
- Soto Kloss, Eduardo. *La Contratación Administrativa. Un retorno a las fuentes clásicas del Contrato*, en *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales* (2ª ed.), LegalPublishing-Abeledo. 2010.
- Soto Kloss, Eduardo. *La Contratación Administrativa en el Derecho Público Chileno (ideas básicas y principios)*, en *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales*, cit.
- Soto Kloss, Eduardo. *Derecho Administrativo* (2 vols.), t. 2º. *El principio de juridicidad*. Editorial Jurídica de Chile. 1996.

Constitución Política de la República de Chile
Ley N° 19.886
Reglamento
Directivas de la Dirección de Compras y Contratación Pública

JURISPRUDENCIA CITADA

- Corte Suprema con fecha 20 de septiembre de 2009, en sede de casación, autos caratulados “Sammy Liberman Zelonka; con I. Municipalidad de Pedro Aguirre Cerda”, rol 5274-2003, Considerando 15°, N° Identificador LegalPublishing: 30896.
- Sentencia Corte Suprema, 4 de mayo de 2005, rol 838-2005. Recurso de Protección. N° Identificador LexisNexis 32076.
- Sentencia Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, de 24 de noviembre de 2009 que acoge parcialmente reclamación fiscal, en autos caratulados, “AGA S.A. con Central de Abastecimiento del Sistema Nacional de Servicios de Salud CENABAST” N° Identificador LegalPublishing: 42949.
- Sentencia Tribunal de la Contratación Pública, rol N° 11-2007, Diseño y Producción Mugarte Limitada con Consejo Nacional para el Control de Estupefaciente (CONACE)”, 14 de diciembre de 2007, rol N° 11-2007.
- Sentencia Tribunal de la Contratación Pública con fecha 6 de julio de 2010, caratulada Zañartu Ingenieros Consultores con Dirección General de Obras Públicas, rol 14-2010. Confirmada por la I. Corte de Apelaciones de Santiago con fecha 7 de septiembre de 2010.
- Sentencia Tribunal de la Contratación Pública de 22 de junio de 2010, rol N° 13-2010, Considerando 14°.
- Sentencia Tribunal de la Contratación Pública de 22 de junio de 2010, rol N° 19-2010, Considerando 24°.
- Sentencia Tribunal de la Contratación Pública de 29 de mayo de 2009, rol 61-2008 Mago Chic S.A. con Universidad de Santiago de Chile (2008).

DICTÁMENES DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

- | | |
|--------------------|-------------------|
| N° 61.981 de 2010 | N° 48.093 de 2010 |
| N° 45.271 de 2010 | N° 43.322 de 2009 |
| N° 24.887 de 2009 | N° 52.295 de 2007 |
| N° 27.893 de 2008 | N° 62.113 de 2006 |
| N° 31.951 de 2006. | |

1891. CHILE BAJO DOS GOBIERNOS Y DOS ADMINISTRACIONES (Segunda Parte)

*Eduardo Soto Kloss**

SUMARIO. Introducción. La jurisprudencia. Conclusiones.

El Fisco debe pagar en 1907 el valor de los animales, materia de una requisición hacia el año 1891, previo decreto de un Gobernador, aunque no hayan residido en dicha localidad cuerpos armados, porque tal requisición es un acto legítimo al que no cabe oponer la prescripción del artículo 2332 del Código Civil, y que reúne las condiciones exigidas por el artículo 141 de la Constitución¹.

Tomando pie de obras extranjeras –especialmente francesas²– algunos han sostenido y aún sostienen, sin haber, al parecer, estudiado la propia jurisprudencia judicial chilena, que en una primera etapa –anterior a la Constitución de 1980– la responsabilidad del Estado por los daños producidos por su actividad (o inactividad) de los organismos de la Administración estatal se habría regido por el Código Civil en sus normas referentes a delitos y cuasidelitos civiles (arts. 2314 ss.).

Como ello nos pareciera carente de racionalidad y, por ende, de veracidad, ya en 1976³ comencé a indagar en la Gaceta de los Tribunales (GT) si había casos en la materia y si era cierto que era aplicable dicho Código a un tema tan típicamente de derecho público; al efecto, dirigí cerca de una docena de memorias de licenciados, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. A raíz de ello, fue posible advertir que tal afirmación

*Profesor de Derecho Administrativo. Director de *Ius Publicum*.

¹*Portales y otros c/Fisco*, en RDJ t. 6/1908, 2.1, 74 (Corte Suprema, 3.1.1907).

²Tomando pie en P. Duez, *La responsabilité de la puissance publique (en dehors du contrat)* nouvelle édition. Dalloz. Paris. 1938, que escribe, obviamente, sobre la base del derecho francés.

³Vid. *La responsabilidad del Estado, un principio general del derecho chileno*, en RDJ t. 73/1976, Primera Parte, sección Derecho, 35-42.

era y es falsa ya que la jurisprudencia recaída entre los años 1860 y 1925 revela que la Constitución de 1833 ha sido aplicable en la materia y que, por lo tanto, ya desde los primeros años de nuestra vida republicana en que hay publicados fallos judiciales, las soluciones de derecho público son aplicables a la responsabilidad del Estado, e incluso –¡oh, sorpresa para los afrancesados!– esta responsabilidad estatal tiene el carácter de “imprescriptible”, como lo establece el caso *Portales y otros con Fisco*, que hemos indicado en el epígrafe que inicia estas líneas.

El presente trabajo concierne un tiempo bien acotado, pero de singularísima importancia, desde que aborda la responsabilidad del Estado por los daños producidos por los beligerantes de la guerra civil de 1891, daños que fueron perseguidos al Fisco por los afectados, ante los tribunales de justicia y que, en general, fueron decididos, en su inmensa mayoría (de lo que aparece en la referida Gaceta de los Tribunales), dentro de los diez a quince años posteriores al término de dicho conflicto armado. Son dichos fallos los que analizaremos.

LA JURISPRUDENCIA

1. Siguiendo un orden cronológico, *Marcos King y Cía. c/Fisco* (Corte Suprema, 2.12.1892, GT 1892, tomo II, N° 2641, pp. 725-726) concierne la demanda de esta Compañía por un valor de \$ 1.582,95, correspondiente a galpones y pesebreras mandados construir “por los agentes de la dictadura” (dice así el fallo refiriéndose a los empleados del gobierno de Balmaceda en 1891) y que sirvieron con posterioridad a distintos cuerpos del ejército constitucional.

Las consideraciones del tribunal de la instancia son ejemplares: que los demandantes sostienen que dichas construcciones fueron hechas por orden de la autoridad dictatorial, y se encuentra comprobado que las fuerzas constitucionales también las ocuparon y utilizaron e incluso “hacen aún uso de ellas”. Se agrega: que “no es legal ni equitativo que el Estado se sirva de ellas sin que una ley lo autorice declarándolas de utilidad pública y sin que se pague su valor, como lo declara terminantemente el N° 5 del artículo 10 de la Constitución de la República”. La Corte Suprema confirma la sentencia apelada (de 31.8.1892, del Juzgado de Copiapó, juez Ossa, secretario A. Vallejo), que ha dado lugar a la demanda, con declaración, debiendo el Fisco demandado pagar a los actores el valor de dichos galpones y pesebreras, según lo fije el juez oyendo el dictamen de peritos⁴.

⁴“Tómese razón en el Tribunal de Cuentas i en la Tesorería Fiscal de Copiapó. Publíquese i devuélvase. Barceló. Alfonso. Sanhueza. Flores. L. Urrutia. Montt. Secretario.”, dice el fallo a su término.

Se notará que el fallo hace precisa mención de la Constitución (1833) en su artículo 10 N° 5, que transcribimos en nota para su mejor comprensión⁵, y esta disposición se refiere justamente a que el daño que las fuerzas beligerantes han producido y siguen produciendo, incluso a la fecha de la dictación de la sentencia del tribunal de primera instancia (31.8.1892, confirmada luego por la Corte Suprema), dado que el Fisco sigue haciendo uso de los inmuebles indicados, es el “daño” producido a los demandantes en su “derecho de propiedad” (12 N° 5), como lo señala de modo expreso dicho tribunal de Copiapó; es decir, su vulneración debidamente comprobada en el proceso en cuestión. Una lesión en lo suyo de los demandantes, afectados por una actividad ilícita del Estado Administrador que ha violado un derecho fundamental de las víctimas, derecho reconocido por la propia Constitución.

Debe señalarse que la referencia que hace dicha sentencia del Código Civil, artículo 1689, no concierne al tema de la responsabilidad del Estado, sino a la “prueba de las obligaciones”, en cuanto incumbe probar las obligaciones (o su extinción) al que alega aquéllas (o ésta) y a que esas pruebas consisten en instrumentos públicos o privados, testigos, presunciones, confesión de parte, juramento deferido o inspección personal del juez, según la citada disposición rezaba a la fecha del fallo. Por otra parte, en cuanto a la cita que se hace de la Partida Tercera, ella se trata “de la justicia y como se ha de hacer ordenadamente en cada lugar, por palabra de juicio y por obra de hecho para desembargar los pleitos”, su Título XVI se refiere a los testigos y su Ley XXXII a “Cuántos testigos ha menester para probar cada pleito”⁶.

Bien se ve, pues, que en 1892 y en estos casos de responsabilidad del Estado (Estado/Fisco) por los daños producidos por la revolución de 1891, ella es primeramente tratada sobre la base de la Constitución Política de la República, esto es, una típica regulación de derecho público; en segundo lugar, en razón de la vulneración del derecho de propiedad de los demandantes afectados por los actos y hechos de los beligerantes, y finalmente, con aplicación directa de las normas de la Constitución, y sin que tengan aplicación alguna las normas de la responsabilidad extra-contractual del Código Civil.

⁵“Artículo 10 (12).- La Constitución asegura a todos los habitantes de la República: N° 5. La inviolabilidad de todas las propiedades, sin distinción de las que pertenezcan a particulares o comunidades i sin que nadie pueda ser privado de la de su dominio, de ni de una parte de ella por pequeña que sea, o del derecho que a ella tuviere, sino en virtud de sentencia judicial; salvo el caso en que la utilidad del Estado, calificada por una lei, exija el uso o enajenación de alguna, lo que tendrá lugar dándose previamente al dueño la indemnización que se ajustase con él, o se avaluase a juicio de hombres buenos.”.

⁶Uso *Las Siete Partidas* (glosadas por el Licenciado Gregorio López), edición anastática de la de Andrea de Portinariis. Salamanca. 1555 (3 volúmenes, tomo II); señalamos el texto en castellano actual.

2. *Zanelli Hnos. c/Fisco* (Juzgado de Letras de Iquique, 11.2.1893, Cisternas Peña juez. Cordero, secretario, confirmada por la Corte Suprema el 27.4.1894/ Risopatrón, Amunátegui, Barceló, Alfonso, Flores y Urrutia, GT 1894, I, 243, 157-158), es el caso de la demanda de estos comerciantes de la plaza de Iquique que solicitan se les indemnice de los perjuicios producidos por un decreto de la Junta de Gobierno, de 30.8.1891 (sic), que ordenó al vapor *Arequipa* que partiera con rumbo directo a Valparaíso, “sin dejar ni tomar carga”, eximiéndolo de toda responsabilidad y asumiendo dicho Gobierno “la que pudiere afectarle por los reclamos de los pasajeros o despachadores de carga en razón de la alteración del itinerario i los gastos que esto ocasionare”.

Sólo recién el 23.9.1891 pudieron los demandantes recibir la mercadería por ellos encargada y que traía dicho vapor *Arequipa* (500 cajones de jabón) que debían vender, sufriendo una pérdida que avalúan en dos mil pesos, provenientes de la diferencia de precio del referido artículo entre esas dos fechas (31.8. y 23.9.1891); de allí que los demandantes persiguen el pago de dicha suma más los intereses correspondientes.

Considerando el tribunal debidamente probados la fecha en que los demandantes pudieron desembarcar la mercadería (462 cajones) del referido barco, que la demora en ello se debió al decreto expedido por la citada Junta de Gobierno, el perjuicio por la diferencia de precio del artículo indicado y que tal decreto declara que el Gobierno hace suya la responsabilidad por los reclamos de pasajeros y despachadores de la carga del aludido navío, y teniendo en cuenta que la ley no ha limitado la indemnización del perjuicio al solo daño emergente, sino también al lucro cesante que es lo demandado en estos autos, el juez declara que ha lugar a la demanda “solo en cuanto en ella se pide que se declare que el Fisco está obligado a indemnizar los perjuicios que los demandantes reclaman”, lo que la Corte Suprema confirma “con declaración de que el juez de la causa debe fijar el monto de los perjuicios oyendo el dictámen de un perito si lo estimare necesario”.

Al revisar la fundamentación normativa del fallo de la instancia se lee que se tiene presente lo preceptuado en la Partida Tercera, pero ahora el Título XIV, que concierne a “De las pruebas y de las sospechas que los hombres aducen en juicio sobre las cosas negadas y dudosas”, y su Ley I, sobre “Qué cosa es prueba y quién la puede hacer”. También se refieren los artículos 1437, 1556 y 1698 del Código Civil, esto es, respectivamente, de la fuente de las obligaciones, lo que comprende la indemnización de perjuicios y la prueba de las obligaciones. De acuerdo del texto del fallo aludido, de las dos primeras resulta que la obligación de indemnizar nace de la propia decisión de la autoridad gubernativa de Iquique, la cual expresamente declaró en el decreto referido que ella asumía la responsabilidad por los daños que su orden originara, y que esa indemnización también comprende el lucro cesante, como que ello es de justicia elemental.

Ninguna mención –como se advierte– a una fuente civil de la responsabilidad del Estado, lo que, en verdad, aparece impensable a la época, pues se invoca en estos casos la propia Constitución (art. 10 N° 5), como lo hemos visto recién en *King y otros* y como en otros casos diferentes de estos de 1891 también ha sucedido, como en *Abalos c/Fisco*, el caso de los sandiales de Aconcagua, que hemos comentado en otro lugar⁷.

3. *Amora c/Fisco* (Juzgado de Letras de Taltal, juez Zañartu, secretario suplente Darrigrandi, Corte Suprema, 18.7.1894, GT 1894, I, 1527, 1169) nos presenta la demanda del actor, don Tomás Amora, para que el Fisco le pague el valor de rifles y municiones que debió entregar a una Comisión designada por la Comandancia de Armas en cumplimiento del decreto de la dictadura de Balmaceda, de 5.2.1891, el cual disponía la obligación para toda persona nacional o extranjera de entregar al Gobierno las armas de que dispusiere⁸.

La Corte Suprema al conocer de la apelación del demandante, a quien el tribunal de primer grado había rechazado su pretensión, advierte que se encuentra probada dicha entrega a través del recibo correspondiente, agregado en autos, emitido por la mencionada Comisión, y que el propio decreto aludido establecía que debía pagarse su valor “en tiempo oportuno...”, por lo cual revoca la sentencia apelada declarando que ha lugar a la demanda interpuesta, debiendo el juez fijar el valor de las armas y municiones indicadas.

El fallo solamente cita en su fundamentación normativa el decreto presidencial referido y la Partida Tercera, Título IV, Ley 1a., antes explicada.

4. En *Aramayo, Frank y Cía. c/Fisco* (Juzgado de Letras de Antofagasta, 29.10.1894, juez Caldera, Concha, secretario, Corte Suprema, 19.6.1895, GT 1895, I, 1677, 1249-1250) se demanda el valor de 70 fardos de pastos y 70 sacos de cebada, que fueron desembarcados en el puerto de Antofagasta y mandados a Calama por orden de las fuerzas constitucionales. La so-

⁷Véase por la misma época y sobre daños producidos por causas diferentes de las del conflicto bélico que reseñamos en este trabajo, entre otros, v.gr. *Abalos c/Fisco*, el caso de los sandiales (sentencia del Juzgado de Letras de San Felipe, 5.6.1898 juez Barros, Santos, secretario, confirmada por la Corte Suprema el 10.12.1898, en GT 1890, II, sentencia 1585, p. 1835 que hemos comentado en nuestro *Derecho Administrativo. Bases Fundamentales* (2 vols.). Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile, 1996, t. 2°, 385-389; también *S. Aracena c/Fisco*, GT 1868, 1373, p. 614; *Urrutia c/Fisco*, GT 1892, 1282, p. 837 ss.; y *Dellinger c/Fisco*, GT 1896, 1618, p. 1101 s.

⁸Por Decreto de 9.1.1891 Balmaceda había dispuesto la prohibición de la venta de armas de fuego y municiones, y quienes tenían comercio de ellas debían entregarlas inmediatamente a las autoridades respectivas” y “pagadas en su justo valor”. Del mismo modo, se disponía, para quienes infringieren estas disposiciones, el cierre inmediato de sus establecimientos y sus dueños procesados considerándose tal infracción como “cuasidelito militar” y “serán juzgados según la Ordenanza Jeneral del Ejército”.

ciudad demandante había comprado esa mercadería y en la estación del ferrocarril de Antofagasta la embarcó el 14.3.1891 con destino a Uyuni, en los carros 363, 222 y 349. En la estación de Calama el ex Intendente Villegas hizo descargar esos tres carros del forraje que llevaba y de igual modo otros que pertenecían al ejército que estaba a sus órdenes, con el objeto de utilizar dichos carros para su fuga a Bolivia. Luego “llegó la tropa constitucional al mando del coronel Holley i dicho jefe creyendo que el forraje de los demandantes fuese propiedad del ejército de Villegas, los remitió a la delegación de la Intendencia Jeneral del Ejército en este puerto”. Tales hechos debidamente probados por antecedentes y declaraciones reunidos en el proceso, llevan al tribunal a la convicción de encontrarse justificada la pretensión del actor, ordenándose el pago del valor de tales objetos. La Corte Suprema confirma el fallo de la instancia y ordena el pago que se indica en su sentencia.

La fundamentación normativa del caso sigue las normas de la aludida Partida Tercera y agrega los artículos 1698 (sobre fuentes de las obligaciones) y 1711 (sobre la existencia de un principio de prueba por escrito), preceptos del Código Civil que no se refieren al tema de los daños y perjuicios producidos por la actividad de los beligerantes estatales, como eran el Ejecutivo dictatorial y el Congreso rebelado, órganos ambos del Estado.

5. *Chinchilla Hermanos c/Municipalidad de Iquique* (Juzgado de Letras de Iquique, 25.11.1893, juez Ahumada M., Castro Díaz, secretario; Corte de Apelaciones de Iquique, 14.6.1894, GT 1894, I, 1146, 686-687) demanda el pago de \$ 14.787 de mercaderías perdidas en un almacén de depósito acompañándose los pagos hechos por dicho almacenaje y recibos de los depósitos efectuados. Mientras el Procurador de la Municipalidad alegaba “caso fortuito o calamidad pública imposible de prever o evitar”, el Promotor Fiscal era de parecer de dar lugar a la demanda, avaluándose las especies por perito en la forma ordinaria. Las pérdidas ocurrieron con ocasión “de los actos bélicos de que fue teatro esta ciudad [Iquique] al ser ocupados por las fuerzas constitucionales”, combates entre éstas y las fuerzas balmacedistas al mando del coronel don José María Soto y en los que se produjeron incendios en dicha ciudad.

El tribunal acoge la demanda sólo en lo que se refiere a la mercadería de que da cuenta el recibo de la autoridad municipal, cuyo valor será determinado oyendo a perito condenándose a la demandada al pago de los intereses legales.

La Corte de Apelaciones de Iquique revoca dicho fallo ya que entiende que toca a la demandada probar su alegación de haberse producido “caso fortuito o calamidad pública”, y que fueran consumidas por incendios del almacén de depósitos o que “fueran saqueados o robados por el pueblo durante el desorden producido por aquel acontecimiento”, lo que no ha

hecho; en virtud de ello hace lugar también a la demanda en lo referente al pago del resto de las mercaderías, más los intereses legales “desde la notificación de la demanda”.

Basa su fundamento el fallo en la Ordenanza de Aduana, art. 72, en la consabida Partida Tercera, Título XVI (prueba de testigos) y Ley XXXII (número de testigos que se exigen para probar); se citan, además, los artículos 1698, ya indicado, y 2222 (sobre el depósito y responsabilidad del depositario) del Código Civil.

Se comprueba que el Estado/Fisco responde y debe indemnizar los perjuicios producidos a los particulares por la actividad de fuerzas armadas beligerantes en una guerra civil, si bien fundamenta esa obligación en normas civiles concernientes al depósito pero de un organismo estatal como es una Municipalidad; curiosamente no se hace mención, como en *King* y en *Zanelli Hnos*, la norma de la Constitución, art. 10 N° 5, en circunstancia que ese daño sufrido por la sociedad *Chinchilla Hermanos* afectaba precisamente su derecho de propiedad.

6. *De Veer c/Fisco* (Juzgado de Letras de Santiago, 25.5.1894, juez Henríquez, Arce, secretario; Corte Suprema, 10.10.1895, GT 1895, 2829, 725-728). Don Alcibíades Roldán a nombre de don Enrique G. De Veer demanda al Fisco por la ocupación que el llamado ejército constitucional hizo el 24.8.1891 de su Hotel, en el cual se habría proveído a jefes y oficiales de dichas fuerzas beligerantes de alojamiento y comida, al mismo tiempo que habría servido de hospital para los heridos del ejército en derrota [es decir, de Balmaceda]. La defensa fiscal –Dirección del Tesoro– plantea el rechazo de la demanda, por cuanto “solamente el Jeneral en jefe de un ejército en campaña es la autoridad lejitima para espedir las órdenes que obliguen al Estado”, no existiendo en este caso tales órdenes. Dicha ocupación fue realizada por orden de la autoridad correspondiente y ello se encuentra debidamente comprobado. El Juzgado de Letras de Santiago rechaza la demanda, por cuanto entiende que dicho Hotel fue ocupado “por heridos del Ejército llamado dictatorial”, lo que se encuentra probado, por lo que no aparece veraz que también haya podido “ser ocupado al mismo tiempo por el ejército contrario”.

La Corte Suprema revoca el fallo apelado y luego de nueve considerandos en los que da por probado que hubo petición expresa del delegado de la Intendencia del Ejército para proceder a tal ocupación (Ordenanza del Ejército, artículo 1°, título 70, y decreto de 5.5.1879 que organiza dicha Intendencia) acoge la demanda, condena al Fisco y declara que debe pagar al demandante la suma de \$ 3.000 “por toda indemnización”; sentencia acordada con el voto de los ministros Alfonso, Amunátegui, Risopatrón y Urrutia, y con el voto en contra de los ministros Barceló, Sanhueza y Flores. En este caso se indica como único fundamento normativo la Ordenanza del Ejército, artículo 1°, título 70, sin más.

7. En *Perramon c/Fisco* (Juzgado de Letras de Santiago, 15.9.1896, juez Henríquez, Foster R., secretario; Corte Suprema, 5.1.1897, GT 1896, III, 5126, 519) don Salvador Perramon demanda al Fisco a raíz de la orden superior e irresistible de la autoridad gubernativa de Iquique (autoridad balmacedista) que obligó a la casa “Perramon i Puig” y le exigió la entrega de artículos de guerra y mercaderías por disposición de la Intendencia de Tarapacá, para su provisión, y de lo que hizo uso, todo lo cual se ha justificado en el proceso, por lo que el tribunal declara que el monto de lo que cobra el actor “es moderado”, acogiendo la pretensión deducida. Como la Dirección del Tesoro alegara que no correspondía pago alguno porque si bien las requisiciones estaban previstas en la Constitución, ella no habría sido efectuada conforme a sus disposiciones, por lo cual tal acto sería nulo conforme a la propia Constitución [art. 161], el tribunal de la instancia señala “3°.- Que el Gobierno Constitucional siguiente al del señor Balmaceda se aprovechó de todos esos objetos”, agregándose luego muy certeramente “Que aun en el supuesto de que la administración del señor Balmaceda se estime, a contar del 1° de enero de 1891, como simple Gobierno de hecho, los actos i contratos ejecutados por él han obligado al Estado en virtud de la lei constitucional que rije las asociaciones civiles y políticas; máxime cuando esos actos aprovecharon al Gobierno Constitucional en vijencia i a nadie le es lícito enriquecerse en perjuicio de tercero”. En tal virtud acoge la pretensión del demandante declarando que el monto que cobra como perjuicios “es moderado”. La Corte Suprema confirma dicha sentencia teniendo presente “que al ordenar el Intendente de Tarapacá, que ejercía legítimamente el gobierno superior de aquella provincia, el secuestro de las armas del demandante con el fin de servirse de ellas para sofocar el movimiento revolucionario que se había producido en la República o para impedir que llegaran a poder del bando enemigo, ejecutó un acto que se halla naturalmente comprendido en las facultades de la autoridad administrativa que entendía resguardar de este modo el orden público de cuya conservación está encargado por la Constitución i las leyes”.

En este caso se cita la Partida Tercera, Título XIV (referido a las pruebas), y la Ley I (qué cosa es prueba y quién la debe hacer), como se ha visto en casos anteriores, y del Código Civil se hace mención de los arts. 1698 citado, 1443, sobre los tipos de contratos (real, solemne, consensual), debiéndose entender que el tribunal de la instancia ha estimado que “la orden de autoridad” exigiendo la entrega de ciertos bienes muebles es más una “venta forzada” y por ende un “contrato real” (tradición de la cosa vendida); se cita también el artículo 1445 de dicho Código. Pudiera resultar extraña esta solución que da el tribunal de tratarse en el caso de un “contrato forzado”, pero ha de tenerse presente que a veces son los propios actores quienes invocan en sus demandas normas de Código Civil, accediendo el tribunal a seguir esa vía y adoptan su decisión en

ese campo normativo (olvidando que toca al juez decir el Derecho y, por tanto, soslayar la invocación que haga un actor, si no corresponde)⁹.

8. En *Zegers c/Fisco* (Juzgado de Letras de Valparaíso, 11.5.1895, juez Vergara, Lemus, secretario, Corte Suprema, 26.7.1897, GT 1897, II, 2242, 57; hay discordancia en la fecha de la sentencia de primera instancia: en p. 57 de la GT citada aparece como 11.5.1895 pero el fallo de la Corte Suprema la refiere como de 31.5.1895) el demandante don Fernando Zegers Recasens persigue la responsabilidad del Fisco por la ocupación del predio Concon Alto en Concón para acampar las tropas del ejército constitucional, la incautación y muerte de vacunos, 100 ovejas para alimentación de la tropa allí acampada, y de 10 caballos y 10 mulas para transporte, todo ello de su propiedad, animales que fueron utilizados por el ejército constitucional después de la batalla de Concón; las casas fueron ocupadas para establecer las ambulancias que atendieron a 450 heridos y dieron albergue a cuantos llegaron a ellas; además, se persigue la responsabilidad por los perjuicios causados por el incendio ocurrido con posterioridad. El tribunal de primer grado rechaza la demanda, por cuanto no se habrían probado los hechos alegados y se agrega “Que a mayor abundamiento los daños ocasionados en la propiedad particular por una acción de guerra o a consecuencia de ella se deben a fuerza mayor, i para hacer responsable de ésta al Fisco sería necesario que dicha fuerza mayor se produjera por culpa del mismo Fisco, lo que en el presente caso es inadmisibile” [sic] (considerando último).

La Corte Suprema, que revoca el fallo referido, señala consideraciones de verdadero interés. Así, en su considerando 1° establece “Que el artículo 11, título 68 de la Ordenanza Jeneral del Ejército dispone expresamente que la curación de los enfermos, i con especialidad de los heridos, es uno de los más dignos objetos de la atención del general en jefe y comisario general;” su considerando 2° agrega “Que por consiguiente, el pago de los gastos ocasionados por la instalación i mantenimiento de la tercera ambulancia del ejército constitucional, que se situó en las casas del fundo Concon Alto i que permaneció en ellas el día de la batalla de Concon [21.8.1891] y en los siguientes, corresponde al tesoro público;” su considerando 3° deja constancia de la declaración del Ministro de Guerra, entonces general Adolfo Holley, en el mismo sentido, y su considerando 5° señala “Que de la prueba testimonial rendida en este juicio resulta: Primero.– Que el día de la batalla de Concon las casas del fundo denominado Concon Alto

⁹Aún hoy –a comienzos del siglo XXI– es posible encontrar también en el tema de la responsabilidad del Estado por los daños producidos por la actividad de sus servicios u organismos, esta invocación civilista planteando la aplicación de los artículos 2314ss. del Código Civil, nada menos que respecto de servicios típicamente estatales, como Ejército y Gendarmería de Chile.

fueron ocupadas por el ejército constitucional para instalar en ellas la tercera ambulancia que atendió durante ocho días a más de cuatrocientos cincuenta heridos;”. En tal virtud declara que se acoge la demanda en cuanto a indemnizar al actor por las especies empleadas que se señalan y los animales beneficiados para alimentar durante 8 días a 450 heridos que allí permanecieron, remitiéndose al juez a quo la determinación y regulación del monto a pagar al demandante¹⁰.

El fallo de la Corte Suprema invoca el artículo 140 de la Constitución (149 en el texto originario de 1833), que disponía que “No puede exigirse ninguna especie de servicio personal, o de contribución, sino en virtud de un decreto de autoridad competente, deducido de la lei que autoriza aquella exacción, y manifestándose el decreto al contribuyente en el acto de imponer el gravamen”.

No obstante constar en el proceso con prueba testimonial tal ocupación del predio por la fuerza militar combatiente, la matanza de los referidos animales para la alimentación de la tropa, no existió acto alguno en que constare la orden de tal ocupación del predio arrendado por el demandante, como lo exigía la disposición del aludido artículo 140, así como tampoco podría haberse asilado en el art. 150 desde que las requisiciones o auxilios para un cuerpo armado de la República sólo cabía hacerlos “por medio de las autoridades civiles i con decreto de éstas”. De allí que parecería no ser muy pertinente haber fundamentado el fallo en tal precepto (si bien se dio por acreditado el hecho con la prueba testimonial), ya que más bien la situación correspondía a la afectación ilícita del bien incorporal / derecho del actor (arrendatario), lo que incidía propiamente en la vulneración del art. 12 N° 5 de la Constitución.

9. *Sucesión Solar c/Fisco* (Juzgado de Letras de Talcahuano, 21.6.1895, juez Bustos, Henríquez, secretario; Corte Suprema, 5.8.1897, GT 1897, II, 2343, 121-122) nos muestra el caso de una Sucesión que demanda al Fisco la devolución de terrenos de su propiedad que fueron ocupados por las fuerzas de la dictadura balmacedista, mediante orden de la autoridad militar, construyendo en él un fuerte, y haciendo un camino desde el camino público atravesando todo el predio por su mitad para permitir el paso de la tropa a fin de pertrecharse en dicho fuerte. Pero no sólo se demanda la devolución del predio sino también que se paguen los perjuicios que toda esta situación ha causado a la referida Sucesión. Probados el dominio del predio por la demandante, la construcción por parte de la autoridad militar ocupante de un fuerte en él y de un camino que parte en dos dicho predio y la inexistencia de autorización de los

¹⁰Recuérdese que las batallas decisivas fueron las de Concón el 21.8.1891 y luego la de Placilla el 28.8.1891, en la cual el ejército balmacedista fuera derrotado completamente; vid. el desenlace de esta lucha fratricida en *Ius Publicum* 26/2011, 93-94 y bibliografía.

dueños para el uso o servidumbre de ese camino como también los perjuicios que le han sido causados a raíz del conflicto bélico de 1891, el tribunal de primer grado acoge las pretensiones deducidas ordenándose al demandado la restitución del predio referido (“Morro Solar”) a la Sucesión actora, herederos de don Bernardo Solar, como asimismo del fuerte y camino mencionados; en cuanto a los perjuicios, la Corte Suprema, al confirmar el fallo apelado, ordena al tribunal a quo que fije el monto de ellos “oyendo el dictámen de un perito nombrado por las partes o por el juzgado en su desacuerdo”.

Respecto de su fundamentación normativa el fallo confirmado cita los artículos 582 (noción de dominio), 880 (servidumbres voluntarias), 882 (servidumbres continuas y discontinuas, aparentes e inaparentes) y 2329 (responsabilidad extracontractual originada por malicia o negligencia de una persona) del Código Civil, el artículo 12 de la Constitución (derechos de las personas) y las Partidas, tanto la Tercera (Título XI, “de los juramentos que las partes hacen en los pleitos, después que son comenzados por demanda y por respuesta”, Ley II, “cuantas maneras son de jura y como debe ser hecha”), como la Séptima (“de las acusaciones y maleficios que los hombres hacen y qué pena merecen haber por ende”; Título IX, “de las deshonras que sean hechas o dichas a los vivos o contra los muertos y de los famosos libelos”, Ley XIII, “como pueden demandar enmienda los herederos de la deshonra que hicieron a aquel que heredaron siendo muerto”) y la Sexta (“que habla de los testamentos y de las herencias”, Título III, “de cómo deben ser establecidos los herederos en los testamentos”, Ley I, “quien puede ser establecido por heredero de otro”).

Se podrá advertir de lo señalado que las referencias a las Partidas inciden en materia procesal, penal y de herencias y las del Código Civil a dominio, servidumbres (que incidían en el proceso) y a malicia o negligencia en la producción del daño demandado/delitos y cuasidelitos civiles (2329). Parecería impertinente esta última referencia desde que la ocupación del predio del *de cuius* fue obra de la autoridad estatal a través de una orden escrita suya (balmacedista), con motivo de la emergencia bélica, orden que se amparaba en el hecho de resistir una “sublevación armada” (cual era, según dicha autoridad, la del llamado “ejército constitucional”)¹¹. No cabía imputar malicia o negligencia en tal caso, simplemente había vulneración del derecho de propiedad del Sr. Solar y daños producidos, que los herederos demandan para su reparación. Siendo así, no suele imputarse ni dolo ni culpa al Estado, ya que carece de un sustrato psicológico; habrá “nulidad” de actos, “antijuridicidad” de los hechos y “responsabilidad”

¹¹Si bien la autoridad gubernativa (Balmaceda) se había colocado fuera de la Constitución al no convocar al Congreso para la dictación de las llamadas leyes periódicas y por simple decreto de enero de 1891 había asumido la plenitud del poder suspendiendo la aplicación de la Constitución; vid. la Introducción a este trabajo en *Ius Publicum* 26 cit. 80-82.

del Estado, pero no “delitos o cuasidelitos” cometidos por el “Estado”, ni “penas” con que se le pueda “castigar”. Y es que el pedir indemnización de perjuicios al Estado por sus actos o hechos dañosos no se trata de “sancionar” o “castigar” a un “culpable” sino de “restituir” a la víctima afectada en aquello en que ha sido privada de lo suyo (en el tener o en el ser). De allí la cita muy pertinente del artículo 12 de la Constitución, que indica la vulneración ilícita del derecho de propiedad del causante, ya que no se ha compensado a la víctima, que es propiamente lo que ha constituido el motivo, la causa y el fundamento de la demanda y de su acogimiento por los tribunales de justicia. Y esto es materia constitucional, de la garantía del derecho de propiedad (que está en la base de la idea de responsabilidad/tener, y en la Constitución de 1980 también el ser: art. 19 N° 1).

10. *Palma c/Fisco* (Juzgado de Letras de Tomé, 18.11.1898, juez Godomar, Alarcón, secretario, Corte Suprema, 17.3.1898, GT 1898, I, 165, 97-99) nos presenta el caso de una demanda cuya pretensión es que el Fisco le restituya al actor/don Manuel Palma un predio que tiene ocupado en el que se construyó un fuerte (batería llamada “Montecristo”) por las fuerzas balmacedistas, las cuales alojaron allí una compañía del batallón Yumbel para que se excavara un foso donde colocar aquella batería, habiéndose construido fosos, se han destruido cercos y se han abierto caminos en su predio. Se solicita también que se saquen del predio cañones y demás elementos bélicos allí instalados, se le indemnicen los perjuicios que dicha ocupación le ha provocado puesto que “desde entonces esa fortificación ha continuado siempre ocupada por oficiales i soldados, sirviendo a todas las exigencias de una defensa militar”, habiendo ya transcurrido más de cuatro años en esa situación; además, dicha ocupación le ha impedido explotar un yacimiento minero de carbón de piedra, habiendo tenido una extracción diaria de tres a seis toneladas, explotación que debió ser paralizada, paralización que se prolonga hasta la fecha de la demanda.

La Corte Suprema revoca el fallo de primer grado y, atendido que el Ministro de Guerra ha informado que la mencionada batería se encuentra desmantelada y en abandono, y que como no se expropiará el predio se efectuará la extracción de los cañones existentes tan pronto se expida la orden correspondiente, declara “que el Fisco está obligado a restituir enteramente desocupado” al demandante “el terreno donde se halla construida la batería Montecristo”; además, deberá “pagar al demandante la renta por el goce del terreno reclamado desde que entró en su tenencia (abril 1891) hasta su efectiva devolución, debiendo fijar el Juzgado la cuantía de esa renta”, no dándose lugar al resto de lo pedido. El tribunal supremo fundamenta su fallo en el artículo 889 del Código Civil, esto es, la “reivindicación”, lo que llama la atención si se tiene presente que en los fallos publicados no aparece que la acción deducida fuera la reivindi-

catoria, desde que lo que el actor ha pedido es que se saquen los aperos de guerra, cañones, etc., que quedaron en su predio y se le indemnicen los perjuicios que probara en el proceso, producidos por la ocupación militar balmacedista y luego por el gobierno posterior; cosa curiosa es que con fecha 12.2.1898 se dictó una ley para expropiar el terreno referido, la que no tuvo en concreto aplicación.

CONCLUSIONES

Luego de este recorrido jurisprudencial¹² aparece claro que –salvo el caso *Sucesión Solar c/Fisco*¹³– la responsabilidad que se persigue al Estado/Fisco no se estima ser una “responsabilidad extracontractual por delitos o cuasidelitos” que haya cometido sino que ha habido en la comisión de daños o perjuicios por su actuación bélica o con ocasión de ella una *vulneración del derecho de propiedad de los afectados*, sea en sus bienes muebles o inmuebles, derecho que la Constitución aseguraba (en aquel tiempo Constitución de 1833, art. 12 N° 5). Y esto sea así simplemente o por cuanto esos perjuicios tenían su origen en una requisición (que tenía expresa consagración en aquella/art. 150), todo lo cual requería, de justicia elemental, ser debidamente indemnizado (vid. v.gr. *King y Cía. y Zanelli Hnos.*).

Es de interés resaltar el rechazo que la Corte Suprema hace de la alegación de la defensa fiscal (Dirección del Tesoro) de ser improcedente toda indemnización en estos casos de daños producidos por hechos de guerra porque se trataría de “fuerza mayor” (vid. *Zegers c/Fisco*, sentencia de primera instancia) y en que tocaría probar a la víctima la culpa del Fisco en la incautación o destrucción de bienes, ocupación de terrenos, incautación de animales y beneficio de ellos, etc. (*Ídem*).

También debe señalarse el sentido de justicia que, en general, han adoptado los tribunales de justicia, en especial la Corte Suprema, para otorgar indemnización por esos daños producidos por la guerra civil de 1891; destaco en el caso *Zegers c/Fisco* cit. el hecho de dar por probada la ocupación del predio Concon Alto por la testimonial prestada por el propio general Holley, ministro de Guerra del gobierno constitucional/Junta de Gobierno, que declara que la ocupación de ese predio fue precedida de la orden de su delegado (conforme a la Ordenanza Jeneral del Ejército vigente).

¹²Que no pretendemos sea exhaustivo, dado lo farragoso que resulta la pesquisa, teniendo presente la forma de publicación de los fallos que tenía la Gaceta de los Tribunales, que en modo alguno la facilita.

¹³Corte Suprema/1897, en que se cita el art. 2329 del Código Civil pero sin que el fallo tenga en sus considerandos fundamento alguno para imputar el Fisco malicia o negligencia en la ocupación del fundo en Concón, a raíz de la batalla de Concón (21.8.1891).

Notable es el caso *Portales y otros c/Fisco*, citado en el epígrafe, en que se establece clarísimamente que la responsabilidad del Estado (Fisco en dicho caso) es “imprescriptible” y, por lo tanto, resulta improcedente pretender la aplicación del artículo 2332 del Código Civil, cosa que sería tan útil que la actual Corte Suprema tome nota y lo hubiera conocido al fallar *Aedo Torres* (2000/2001), caso en que se incurriera por los jueces supremos de aquel entonces en un error garrafal al sostener dicha aplicación, no obstante admitir al mismo tiempo la imprescriptibilidad de la nulidad de derecho público, causa del daño cuya indemnización se perseguía¹⁴.

Por último –para centrarse sólo en lo esencial– debe precisarse que si bien algunos de los fallos reseñados contienen citas de fundamentación de normas del Código Civil, no son referidas a la responsabilidad extracontractual civil (arts. 2314 ss.), sino a materias de prueba de las obligaciones, de servidumbres, de contratos de depósito e incluso de reivindicación, normas planteadas por los demandantes (como decíamos en el texto), o bien decidido por el tribunal de la instancia, porque incluso las pretensiones deducidas en tales casos eran de “cobro de pesos” y no de responsabilidad del Estado. De allí que no cabe admitir que la “responsabilidad del Estado” (como tal) hubiera sido decidida en aquella época sobre la base de normas civiles, porque no hay tal ya que si bien la pretensión es de “cobro de pesos” o de “restitución de bienes” (v.gr. inmueble, caso *Sucesión Solar*/reivindicación), aparece obvio que ello haya sido planteado sobre normas civiles, que regulan esas materias. Por el contrario, en la mayoría de los casos referidos se resuelve el tema por la vía del “derecho público”, ya en la Constitución directamente aplicable por la vulneración del derecho de propiedad del actor (art. 12 N° 5), o por aplicación de las normas de la requisición (art. 140), o bien por la aplicación de la Ordenanza Jeneral del Ejército o por directa aplicación de un decreto presidencial, o de una decisión de Intendente, o de un Gobernador o de un Delegado del general en jefe del ejército constitucional, normas particulares todas de “derecho público”. Y es que –aunque algunos no quieran aceptarlo, tal vez por intereses fiscalistas que no jurídicos– las normas civiles, por su naturaleza misma y su fundamento de protección de intereses particulares, son improcedentes para proteger el bien común, que es lo que se persigue en la responsabilidad del Estado, materia propísima e indiscutible de “derecho público”.

¹⁴*Aedo Torres c/Fisco* (Corte Suprema, 27.11.2000, rol 852-2000), en *Gaceta Jurídica* 245/2000, 17-27, y 248/2001, 250.252; comentario nuestro en *La Semana Jurídica* N° 7 (25.12.2000-1°.1.2001) 13-15.

POTESTAD INFORMATIVA DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

*Domingo Valdés Prieto**

SUMARIO: A. Naturaleza de la potestad informativa. B. Objeto y carácter vinculante de la potestad informativa. C. Atribuciones específicas en materia informativa. 1. Servicios sanitarios. 2. Telecomunicaciones. 3. Distribución eléctrica concesionada. 4. Ámbito portuario. 5. Servicios de suministro de gas a consumidores. 6. Libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo. D. Procedimiento. E. Conclusiones.

El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, al igual que la mayor parte de los tribunales de la República, puede conocer de asuntos contenciosos y de asuntos no contenciosos, y diferencia esta autoridad pública una y otra categoría al momento de asignar a cada causa un número de rol, puesto que a los primeros les coloca una C (contencioso) y a los segundos un NC (no contencioso)¹. Como es sabido, los asuntos no contenciosos o también denominados equívocamente de “jurisdicción voluntaria” no entrañan propiamente ejercicio de actividad jurisdiccional, en el sentido de satisfacer pretensiones procesales originadas en un conflicto intersubjetivo real o aparente de carácter jurídico, sino que tienen por finalidad la emisión de ciertas declaraciones o diligencias que los interesados no pueden realizar por sí, requiriendo del concurso de un tribunal. Por ello, prescribe el art. 817 del Código de Procedimiento Civil: *“Son actos judiciales no contenciosos aquellos que según la ley requieren la intervención del juez y en que no se promueve contienda alguna entre partes”*.

Así, estamos frente a una categoría de potestades públicas cuya naturaleza es administrativa y particular y que paradójicamente, por razones históricas y presupuestarias, hoy se encuentra radicada en el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Consecuencia de lo anterior es que esta mal denominada “jurisdicción voluntaria” no se rige por los arts. 19 a 29 del Decreto Ley N° 211, que fueron establecidos para la actividad

*Abogado, Universidad de Chile y Master of Laws, University of Chicago. Profesor Asociado de Derecho Económico y Libre Competencia, Universidad de Chile.

¹Auto Acordado N° 4/2004 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

propriadamente jurisdiccional, sino que se le aplica el procedimiento contemplado en el art. 31 del Decreto Ley N° 211.

Un significativo número de legislaciones que rigen las denominadas industrias reguladas, generalmente caracterizadas por la presencia de monopolios naturales, contempla disposiciones que confieren potestades no contenciosas al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, con la finalidad de que esta autoridad pública emita informes acerca de la estructura y forma de funcionamiento de determinados mercados relevantes que integran las industrias que rigen tales legislaciones. Muchas de aquellas industrias reguladas dan cuenta de servicios públicos que exhiben la particularidad de operar en ámbitos de monopolio natural, esto es, mercados relevantes cuya estructura reconoce fuertes economías de escala, economías de densidad o economías de ámbito, o bien mercados relevantes en los cuales se presentan externalidades negativas, graves asimetrías de información o se observa alguna grave imperfección en el funcionamiento del mismo. De allí que caractericemos estos informes como antimonopólicos, en el sentido que versan sobre aspectos vinculados al grado de competencia existente en dichos mercados.

A. NATURALEZA DE LA POTESTAD INFORMATIVA

La potestad pública informativa no es mencionada directamente por el art. 18 del Decreto Ley N° 211, que es la disposición llamada a enunciar el catálogo de atribuciones del Tribunal Antimonopólico, resultando menester inferirla del numeral 5) de dicho precepto. Prescribe dicho numeral: [El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia tendrá las siguientes atribuciones y deberes:] *“Las demás que le señalen las leyes”*.

Esta remisión genérica a las leyes debe entenderse realizada, entre otras, a ciertas legislaciones relativas a industrias reguladas². Lo anterior no ha constituido impedimento para que el propio Legislador Antimonopólico se haya ocupado de la potestad informativa a través del art. 31 del Decreto Ley N° 211. En efecto, el mencionado art. 31 tiene por objeto dar cuenta de un procedimiento diseñado para el ejercicio de ciertas potestades públicas no contenciosas que han sido conferidas al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia: la potestad para absolver consultas (art. 18, numeral 2), la

²En la Primera Cuenta Pública del Presidente del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (12 de mayo de 2005) se manifestó que “llama la atención el número y la dispersión de una serie de leyes especiales que se refieren o que establecen facultades, atribuciones o funciones que el Tribunal debe cumplir respecto de la industria o mercado referido, tratado o regulado por dichas normas especiales. Sería deseable que se pusiera término a tal dispersión por vía legal, ordenando y sistematizando en el propio Decreto Ley N° 211 las normas especiales antes referidas”.

potestad reglamentaria externa (art. 18, numeral 3) y “la emisión de los informes que le sean encomendados al Tribunal en virtud de disposiciones legales especiales”; esto es, la potestad informativa en comento.

La naturaleza de esta potestad informativa ya había sido calificada como administrativa por el propio Tribunal Antimonopólico en algunas de sus antiguas decisiones. Así, a modo de ejemplo, la Resolución N° 537, en su considerando quinto, estableció lo siguiente:

“Que en relación con las solicitudes presentadas por las empresas recurrentes, por las cuales formulan diversas observaciones y peticiones respecto de la procedencia o improcedencia de que Aguas Cordillera S.A. participe en estos procesos de licitación, esta Comisión Resolutiva [hoy Tribunal de Defensa de la Libre Competencia] debe señalar que no le corresponde pronunciarse sobre los planteamientos de fondo que señalan, toda vez que el informe que debe emitir esta Comisión conforme al art. 65 del D.F.L. 382, de 1988, no es una decisión que adopte en el marco de las facultades generales que le otorga el Decreto Ley N° 211, de 1973.

Que, en efecto, el informe en cuestión debe ser evacuado por esta Comisión, en cumplimiento de un encargo privativo y específico del legislador, de carácter administrativo y técnico, en conformidad a disposiciones legales particulares referidas a una determinada actividad económica, cuyo objeto preciso es informar directamente a las autoridades del sector sobre si Chilectra S.A. constituye o no un monopolio natural regulado, en determinadas áreas geográficas”³.

Esta misma naturaleza administrativa de la potestad informativa ha sido reconocida expresamente por el Tribunal Constitucional al conocer de la supuesta inconstitucionalidad del artículo 31, inciso final, del Decreto Ley N° 211:

“Que de la lectura de lo dispuesto en el artículo 18 del Decreto Ley N° 211 es posible concluir que –en principio– sólo el número uno dice relación con una atribución en que el órgano actúa propiamente como tribunal, ejerciendo jurisdicción, esto es, resolviendo conflictos externos de relevancia jurídica. Los demás numerales no establecen potestades propiamente jurisdiccionales, toda vez que en el ejercicio de ellas el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia no conoce de pretensiones procesales originadas en un conflicto de carácter jurídico, sino que por solicitud y no demanda de los interesados, se pronuncia sobre ciertas declaraciones y diligencias que, como es propio en los procedimientos no contenciosos, los particulares no pueden realizar por sí, requiriendo de la intervención de un tribunal al que expresamente se le han encomendado las atribuciones administrativas pertinentes. Algunas de ellas, como la de informar que motiva el presente requerimiento, se radicaban en las denominadas comisiones preventivas. Dicho de otro modo, se trata de ‘una

³En un sentido semejante, Resolución 529/1998 de la Comisión Resolutiva.

categoria de potestades públicas cuya naturaleza es administrativa y particular y que paradójicamente, por razones históricas y presupuestarias, hoy se encuentra radicada en el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia’;⁴.

La potestad para emitir informes si bien resulta excepcionalmente otorgada a un Tribunal de la República, es posible observarla en otros tribunales superiores de justicia⁵. Lo anterior no impide afirmar que el único tribunal de la República dotado de atribuciones para emitir informes antimonopólicos es el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

B. OBJETO Y CARÁCTER VINCULANTE DE LA POTESTAD INFORMATIVA

El objeto de esta potestad administrativa es la determinación del grado de competencia en un mercado relevante específico, en términos varios: si tal o cual competidor ostenta un monopolio natural, sea que éste se encuentre regulado o no; si ciertos servicios son prestados en condiciones de competencia que ameritan una libertad tarifaria o, por el contrario, aquéllos deben ser tarifados como consecuencia de que su oferta presenta características monopólicas; sobre las condiciones de competencia a que debe sujetarse una licitación pública para entregar en concesión un frente de atraque, etc.

Es importante advertir que no corresponde al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia la tarificación de servicio alguno, puesto que esta tarea pertenece a la respectiva autoridad pública sectorial. En este sentido, el informe antimonopólico tiene por finalidad –en aquellas legislaciones que lo refieren al régimen de competencia existente para un determinado servicio– permitir a la autoridad pública sectorial la tarificación o destarificación, según corresponda, de un determinado servicio.

Esta potestad informativa exhibe la particularidad de que versa sobre la descripción de un mercado relevante concreto o un competidor concreto, en un tiempo determinado y sobre la base de determinados antecedentes que le son allegados por la autoridad pública técnica tutelar de la respectiva industria regulada u otras autoridades públicas e interesados en entregar datos, de conformidad con lo previsto en el art. 31 del Decreto Ley N° 211. De allí que las conclusiones que obtiene el Tribunal Antimonopólico, con motivo del ejercicio de esta potestad informativa, son mutables en función

⁴Sentencia de 7 de septiembre de 2010 del Tribunal Constitucional, considerando decimosexto, Rol N° 1448-09-INA.

⁵Constitución Política de la República, artículos 77, inciso segundo; 80, inciso tercero y 93, inciso primero, N° 11, según lo constata la Sentencia de 7 de septiembre de 2010 del Tribunal Constitucional, considerando vigésimo segundo, Rol N° 1448-09-INA.

de las variaciones o cambios que experimenten los mercados relevantes y competidores objeto del respectivo análisis.

Las conclusiones a las que arriba el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia se traducen en la emisión de un *informe* que debe estar dotado de una adecuada fundamentación económica; de allí su carácter eminentemente técnico y su escaso contenido jurídico normativo. Dicho informe antimonopólico es vinculante y no puede ser desconocido por la autoridad pública sectorial destinataria del mismo, lo cual no es óbice para que, de conformidad con el procedimiento contemplado en el art. 31 del Decreto Ley N° 211, aquel informe pueda ser objeto del recurso de reposición que señala esa misma disposición. Bajo la hoy extinta Comisión Resolutiva el ejercicio de la potestad pública en análisis concluía con una *resolución*⁶; actualmente y con mayor precisión técnica el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ha determinado que el ejercicio de la referida atribución acaba en un *informe* y bajo esta denominación los ha procedido a numerar correlativamente⁷.

Se ha debatido si compete al Tribunal Antimonopólico, en ejercicio de esta potestad informativa, proponer fórmulas alternativas diversas de una declaración acerca de si en un mercado relevante determinado existen o no condiciones para la libre competencia y, sobre esa base, establecer si deben persistir regímenes tarifarios o no. Entre tales fórmulas alternativas se ha discutido si podría el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia proponer una alternativa consistente en sistemas tarifarios más flexibles o con mayores ámbitos disponibles para la autonomía privada. La conclusión, ciertamente, dependerá de la forma particular que asuma la potestad pública informativa a la luz de la respectiva ley sectorial que rija la industria regulada de que se trate.

Ha de recordarse que esta potestad pública es eminentemente técnica y descriptiva y carece este tribunal de atribuciones regulatorias con motivo del ejercicio de aquélla, salvo texto legal expreso que disponga lo contrario. Asunto diverso sería si el Tribunal Antimonopólico ejercitase su potestad reglamentaria externa, caso en el cual deberá emitir una norma de carácter general que tenga por objeto la tutela de la libre competencia y cuyos destinatarios constituyan una pluralidad de competidores que deberán recibir un trato que no sea arbitrariamente discriminatorio a través de aquélla.

⁶Resoluciones 394/1993, 515/1998, 686/2003 y 709/2003 emitidas por la Comisión Resolutiva.

⁷Informes N° 1/2008 y N° 2/2009 emitidos por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

C. ATRIBUCIONES ESPECÍFICAS EN MATERIA INFORMATIVA

A título meramente ilustrativo, y sin pretender mencionar todos los casos en los cuales una ley específica sectorial confiere atribuciones informativas al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, nos referiremos brevemente a lo que acontece en el ámbito de los servicios sanitarios, de los servicios de telecomunicaciones, de la distribución eléctrica concesionada, sector portuario, servicios de suministro de gas a consumidores y de las libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo.

1. SERVICIOS SANITARIOS

Cabe recordar lo establecido por los arts. 40 y 65, inciso segundo, de la Ley de Servicios Públicos Sanitarios. Dispone el art. 65, inciso segundo, de dicha ley: *“Corresponderá a la Comisión Resolutiva [hoy Tribunal de Defensa de la Libre Competencia], creada por el Decreto Ley N° 211, de 1973, determinar si las empresas concesionarias de servicios públicos referidas en el inciso precedente constituyen monopolio natural regulado o declarar que han dejado de serlo”*.

Esta atribución informativa específica guarda relación con una incompatibilidad que fue introducida a la Ley de Servicios Públicos Sanitarios mediante el artículo primero de la Ley N° 19.549. Dicha incompatibilidad se refiere, muy sintéticamente, a la posibilidad de una propiedad, control o influencia decisiva común entre una empresa prestadora de servicios sanitarios, por una parte, y una concesionaria de distribución eléctrica o de telefonía local o de gas de redes, en tanto éstas exhiban el carácter de monopolio natural regulado, por otra. Esta lamentable incompatibilidad da cuenta de una prohibición legislativa a las economías de ámbito, las cuales en vez de ser permitidas y adecuadamente reguladas para transferir sus beneficios a los consumidores han sido proscritas. Una adecuada regulación hubiere sido suficiente para evitar eventuales abusos de las posiciones monopólicas que se hubieran derivado de la administración conjunta de tales monopolios naturales.

Asimismo, debe recordarse que el Tribunal Antimonopólico resolvió que el servicio prestado por empresas concesionarias de servicios sanitarios consistente en la revisión de proyectos de construcción que signifiquen, de acuerdo con el artículo 46 de la Ley General de Servicios Sanitarios, una modificación de los servicios de las respectivas empresas concesionarias, constituye un servicio que éstas prestan bajo condiciones monopólicas. En consecuencia, de conformidad con el inciso segundo del artículo 12 A del DFL N° 70, sobre Tarifas de Servicios Sanitarios, de 1988, aquel servicio debe quedar sujeto a fijación de precios por la autoridad regulatoria del sector⁸.

⁸Resolución 667/2002 y Resolución 722/2003, ambas de la Comisión Resolutiva.

2. TELECOMUNICACIONES

Otro caso que ilustra la puesta en movimiento de esta potestad pública no contenciosa, en el ámbito de las telecomunicaciones, lo constituye la solicitud efectuada por la Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A. al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en orden a que declarase que los servicios calificados como “servicio público telefónico local” en la Resolución N° 515 se desarrollaban a la fecha de la solicitud en un mercado relevante competitivo y, por tanto, con el mérito de dicha declaración dejasen de estar afectos a fijación tarifaria⁹. Esta solicitud se fundó en el art. 29, inciso segundo, de la Ley N° 18.168, General de Telecomunicaciones que le confiere al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia la potestad de calificar las condiciones existentes en mercados correspondientes a servicios públicos telefónicos locales y de larga distancia nacional e internacional, así como a servicios de conmutación y/o transmisión de señales provistas como servicio intermedio o bien como circuitos privados, con la finalidad de determinar si es procedente en los mismos un régimen de libertad de precios o un régimen tarifario¹⁰. Basado en este mismo precepto se expidió el Tribunal Antimonopólico, a solicitud del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, concluyendo que existen condiciones de mercado suficientes para continuar el proceso de reducción gradual –comenzado por la Comisión Resolutiva– de las restricciones regulatorias que han regido respecto de las empresas calificadas como dominantes¹¹. En efecto, en el Informe N° 2 el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia concluyó que si bien CTC, Telsur, Telcoy y Entelphone aún ostentan una posición dominante en los mercados relevantes indicados por la Resolución 686 de la Comisión Resolutiva, bajo las actuales condiciones de esos mercados, *“no se hace imprescindible la regulación de tarifas máximas al cargo por conexión telefónica, al cargo fijo, servicio local medido (SLM) y servicio de teléfonos públicos”*¹².

⁹Resolución N° 611/2001, Comisión Resolutiva. Deben también considerarse las Resoluciones 686/2003 y 709/2003, ambas de la Comisión Resolutiva.

¹⁰Artículo 29, inciso segundo, de la Ley General de Telecomunicaciones: “No obstante, si en el caso de servicios públicos telefónicos local y de larga distancia nacional e internacional, excluida la telefonía móvil y en el de servicios de conmutación y/o transmisión de señales provistas como servicio intermedio o bien como circuitos privados, existiere una calificación expresa por parte de la Comisión Resolutiva, creada por el Decreto Ley N° 211 de 1973, en cuanto a que las condiciones existentes en el mercado no son suficientes para garantizar un régimen de libertad tarifaria, los precios o tarifas del servicio calificado serán fijados de acuerdo a las bases y procedimientos que se indican en este Título. En todo caso, si las condiciones se modificaren y existiere pronunciamiento en tal sentido por parte de dicha Comisión Resolutiva, el servicio dejará de estar afecto a la fijación tarifaria”.

¹¹Informe N° 2/2009 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Conclusiones, 135.

¹²Informe N° 2/2009 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Numeral 123.

3. DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA CONCESIONADA

Un procedimiento análogo al previsto para los servicios de telecomunicaciones se halla en el ámbito de la distribución eléctrica concesionada no sólo en relación con la tarificación de suministros eléctricos sino que también respecto de servicios anexos a la distribución eléctrica, v. gr., lectura de medidores, apoyos en postes, etc. Lo anterior queda ilustrado por los siguientes artículos de la Ley General de Servicios Eléctricos:

“Art. 147. Están sujetos a fijación de precios los suministros de energía eléctrica y los servicios que a continuación se indican: 4. Los servicios no consistentes en suministros de energía, prestados por las empresas sean o no concesionarias de servicio público que, mediante resolución del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, dictada a solicitud de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles o de cualquier interesado, sean expresamente calificados como sujetos a fijación de precios, en consideración a que las condiciones existentes en el mercado no son suficientes para garantizar un régimen de libertad tarifaria”¹³.

“Artículo 184. Los precios de los servicios a que se refiere el número 4 del art. 147 se calcularán sobre la base de los estudios de costos y los criterios de eficiencia a que se refiere el artículo anterior.

Los valores resultantes no formarán parte del valor agregado de distribución, se actualizarán mensualmente de acuerdo a la variación de los índices de precios u otros que se establezcan en el decreto que los fije.

Los precios así determinados serán sometidos a revisión y determinación de nuevos valores con ocasión del proceso de fijación de tarifas de suministros de distribución sin perjuicio de que, en cualquier momento, cuando el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia así lo determine, el Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, mediante decreto, formalice su descalificación como servicio sujeto a fijación de precios”.

Estos preceptos dejan en claro que corresponde al Tribunal Antimonopólico tanto la emisión de un informe que sirva de antecedente para que la autoridad pública sectorial proceda al establecimiento de tarifas de ciertos servicios, como la emisión de un informe que permita a dicha autoridad sectorial retornar aquellos servicios a un régimen de libertad tarifaria.

4. ÁMBITO PORTUARIO

En el ámbito portuario, regido por la Ley N° 19.542 que “Moderniza el Sector Portuario Estatal” también se observan funciones informativas

¹³Sobre este particular, véase Informe N° 1/2008 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en el cual esta autoridad pública se expidió acerca del servicio de reprogramación de medidores eléctricos y la procedencia de su tarificación.

encomendadas al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Así, el artículo 14 de dicho cuerpo normativo dispone en sus incisos segundo, tercero y cuarto lo siguiente:

“Tratándose de frentes de ataque, la participación de terceros sólo se efectuará a través de concesiones portuarias. Para que proceda otorgarlas, en los puertos o terminales estatales de la Región deberá existir otro frente de ataque capaz de atender la nave de diseño de aquel frente objeto de la concesión portuaria; de lo contrario, el directorio deberá contar con un informe de la Comisión Preventiva Central [actualmente Tribunal de Defensa de la Libre Competencia], establecida en el Decreto Ley N° 211, de 1973, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por Decreto Supremo N° 511 de 1980, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción. En este caso, las concesiones deberán realizarse en los términos que establezca el citado informe.

Para efectos de lo señalado en el inciso anterior, los concesionarios:

- 1. Deberán constituirse, dentro de los noventa días siguientes a la fecha de adjudicación de la concesión como sociedad anónima, cualquiera que sea el número de sus accionistas, de giro exclusivo, y se regirán por las normas de las sociedades anónimas abiertas. Su objeto será el desarrollo, mantención y explotación del frente de ataque respectivo;*
- 2. Sólo podrán relacionarse en los términos que señala el Título XV de la Ley N° 18.045, sobre Mercado de Valores, con otros concesionarios que desarrollen, conserven o exploten frentes de ataque dentro del mismo puerto o terminal, así como con aquellos concesionarios de una misma región que desarrollen, conserven o exploten un frente de ataque en que pueda operar la máxima nave de diseño en los puertos estatales de esa región, de conformidad y con estricta sujeción a las condiciones que para dicho efecto hayan sido previamente fijadas por la Comisión Preventiva [actualmente Tribunal de Defensa de la Libre Competencia] establecida en el Decreto Ley N° 211, de 1973, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por Decreto Supremo N° 511, de 1980, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción.*

El concesionario, por el solo ministerio de la ley, quedará obligado a destinar los bienes concesionados a la atención de naves y movilización de carga, mantenerlos adecuadamente, dar servicio y establecer tarifas públicas en condiciones no discriminatorias”.

Un grupo de empresas solicitó al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia reinterpretar el Dictamen N° 1280/2004 emitido por la Comisión Preventiva Central de conformidad con el artículo 14 N° 2 de la Ley N° 19.542 bajo la alegación de que aquél, no obstante hallarse ejecutoriado, lesionaba los derechos adquiridos de las solicitantes. El Tribunal Antimonopólico no concordó con dicho análisis, estimó que no se había

acompañado ningún nuevo antecedente a la luz del actual artículo 32 del Decreto Ley N° 211 y concluyó que de accederse a lo solicitado ello podría ser conducente a una discriminación arbitraria monopólica entre los diversos postulantes al proceso de licitación del Puerto de Arica¹⁴.

También debe considerarse el artículo 23 de la referida Ley N° 19.542 que “Moderniza el Sector Portuario Estatal” que dispone:

“Las labores de movilización de carga en los frentes de atraque existentes a la fecha de publicación de esta ley, sus extensiones o mejoramientos, así como en los nuevos frentes de atraque que sean construidos por las empresas directamente, en el caso de excepción previsto en el inciso primero del artículo 19, estarán sometidas a un esquema multioperador. Estos servicios deberán ser prestados por empresas de muellaje habilitadas.

No obstante lo señalado en el inciso anterior, el directorio de la empresa podrá mediante licitación pública, implementar un esquema monooperador en dichos frentes de atraque, concesionados de conformidad a lo dispuesto en esta ley. Para ello, en los puertos o terminales estatales de la región deberá existir otro frente de atraque capaz de atender la nave de diseño de aquel frente objeto de la licitación, operador bajo un esquema multioperador; de lo contrario, el directorio deberá contar con un informe de la Comisión Preventiva Central, establecida en el Decreto Ley N° 211, de 1973, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por decreto supremo N° 511, de 1980, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción. En este último caso, la licitación deberá realizarse conforme a los términos señalados en el respectivo informe (...)”¹⁵.

La ley exigió un informe antimonopólico para que la licitación se efectúe en los términos indicados por el Tribunal Antimonopólico y tratándose del sistema monooperador que presenta especiales riesgos para la libre competencia, la Ley N° 19.542 dispuso que además de los resguardos que deben adoptar las empresas portuarias, resulta necesario que el llamado a licitación para los frentes de atraque se efectúe en los términos que señale un informe del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia¹⁶.

Existen otros informes muy relevantes en materia de licitaciones de concesiones portuarias¹⁷.

¹⁴Sentencia N° 3/2004 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

¹⁵Sobre la base de estos preceptos del sector portuario estatal, se solicitó al TDLC el inicio de un procedimiento informativo que culminó en el Informe N° 4/2009 del 14 de mayo de 2009 y que versó sobre las condiciones de competencia a que debe sujetarse una licitación pública para entregar en concesión el frente de atraque del Puerto de Coquimbo.

¹⁶Sentencia de la Excma Corte Suprema, de 25 de marzo de 1999, Rol N° 514-1999.

¹⁷Informes N° 3/2009, N° 4/2009, N° 5/2009 y N° 6/2009 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

5. SERVICIOS DE SUMINISTRO DE GAS A CONSUMIDORES

En la industria de servicios de suministro de gas a consumidores corresponde recordar el artículo 31 contemplado en el Decreto N° 323, que contiene la Ley de Servicios de Gas y sus modificaciones. Dicho precepto dispone:

“No obstante lo señalado en el artículo anterior, la Comisión Resolutiva [hoy Tribunal de Defensa de la Libre Competencia] creada por el Decreto Ley N° 211, de 1973, podrá emitir una resolución solicitando al Ministerio de Economía, Fomento y Turismo la fijación de las tarifas del suministro de gas y servicios afines a todo consumidor de una determinada zona de concesión de servicio público de distribución de gas que individualmente consume mensualmente menos de 100 gigajoule. Esta solicitud sólo podrá ser invocada por la Comisión Resolutiva [hoy Tribunal de Defensa de la Libre Competencia] en una determinada zona de concesión cuando a lo menos se demuestre que con el sistema tarifario que haya establecido la empresa concesionaria para el servicio público de distribución de gas, los ingresos de explotación que se produzcan a lo largo de un año calendario le permiten obtener a los bienes de la zona de concesión una tasa de rentabilidad económica superior en cinco puntos porcentuales a la tasa de costo anual de capital definida en el artículo 32. Además de esta condición, la Comisión Resolutiva [hoy Tribunal de Defensa de la Libre Competencia] para emitir su resolución podrá considerar los antecedentes adicionales que estime pertinentes. En cualquier momento, si las condiciones o regulaciones del mercado fueran suficientes para volver a asegurar un régimen de libre competencia, la Comisión Resolutiva [hoy Tribunal de Defensa de la Libre Competencia] podrá emitir, de oficio o a petición de parte, una resolución dejando sin efecto la fijación de precios por parte del Ministerio para los suministros de gas que se encuentren en tal situación en virtud de una resolución anterior a ella. A las resoluciones de la Comisión Resolutiva [hoy Tribunal de Defensa de la Libre Competencia] señaladas en los incisos anteriores les será aplicable lo establecido en el artículo 19 del Decreto Ley N° 211, de 1973”.

Este precepto contempla la potestad informativa en una especial forma que refiere al suministro de gas y servicios afines al consumidor dentro de una determinada zona de concesión. La referencia al artículo 19 del Decreto Ley N° 211 debe entenderse hecha al actual artículo 32 del mismo cuerpo normativo.

6. LIBERTADES DE OPINIÓN E INFORMACIÓN Y EJERCICIO DEL PERIODISMO

Otra muestra de la creciente demanda por el uso de esta potestad informativa por parte del Tribunal Antimonopólico lo constituye lo dispuesto en el art. 38, inciso segundo, de la Ley N° 19.733 sobre Libertades de Opinión

e Información y Ejercicio del Periodismo. Dicha disposición motivó por parte del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia la emisión del Auto Acordado N° 6/2005 de fecha siete de julio de 2005 mediante el cual regló las solicitudes de informe en esta materia. Este Auto Acordado N°6/2005 fue dejado sin efecto por el Auto Acordado N° 14/2010 del Tribunal Antimonopólico como consecuencia de las modificaciones que la Ley N° 20.361 introdujo al artículo 21 del Decreto Ley N° 211 y al artículo 38 de la referida Ley N° 19.733. La experiencia ha mostrado que la potestad informativa en este ámbito fue la más demandada¹⁸.

D. PROCEDIMIENTO

La emisión de informes que sean encomendados al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia por disposiciones legales especiales se someterá al procedimiento previsto en el artículo 31 del Decreto Ley N° 211. Cabe advertir que no todos los preceptos integrantes del referido artículo resultan aplicables al ejercicio de la potestad pública informativa, según explicaremos.

Es preciso señalar que este procedimiento se ha de tramitar de forma tal de dar lugar a un expediente¹⁹ que contenga las actuaciones de quienes participan en aquél. Este expediente es identificado por un rol no contencioso (NC) que incluye el año de inicio de aquél²⁰.

Determinar a qué persona o grupos de personas corresponde la iniciativa de activar este procedimiento resulta del estudio del respectivo precepto contemplado en la ley sectorial de que se trate y que confiere potestad al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia para la emisión del correspondiente informe antimonopólico.

En este sentido, análogamente a lo que ocurre con el procedimiento de absolución de consultas, debe distinguirse quién se halla habilitado por ley para solicitar (*solicitante*) un informe y quién puede intervenir (*interviniente*) en este procedimiento informativo. En efecto, el solicitante del informe resulta determinado por el respectivo precepto de la ley sectorial, en tanto que los intervinientes son, por mandato del Decreto Ley N° 211, la Fiscalía Nacional Económica y aquellas autoridades que estén directamente concernidas. Adicionalmente, el Decreto Ley N° 211 confiere

¹⁸Desde la instalación del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, esto es, desde mayo de 2004 hasta mayo de 2010, dicha autoridad pública emitió 431 informes referidos a la modificación o cambio de propiedad en medios de comunicación social sometidos al sistema de concesiones. Dicha cifra contrasta con los siete informes antimonopólicos emitidos por el Tribunal Antimonopólico en aquel lapso de tiempo por mandato de leyes especiales o sectoriales.

¹⁹Artículo 31, numeral 1), inciso final, del Decreto Ley N° 211.

²⁰Auto Acordado N° 4/2004 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

discrecionalidad al TDLC para determinar aquellos agentes económicos que, a su juicio exclusivo, estén relacionados con la materia y quiénes tengan un interés legítimo, para que en un plazo no inferior a quince días hábiles puedan aportar antecedentes²¹. Esta discrecionalidad no es absoluta y el Tribunal Antimonopólico debe acreditar tanto la relación de un agente económico con la materia como el legítimo interés de un aportante de antecedentes, según corresponda, para que el ejercicio de esta facultad discrecional no devenga arbitrario.

El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia debe dictar un decreto a través del cual ordene la iniciación del procedimiento consultivo, el cual ha de ser publicado en el Diario Oficial y en el sitio de Internet de aquél. Asimismo, podrá ordenar la publicación de un aviso en periódicos locales siempre que se trate de materias que se relacionen especialmente con zonas determinadas.

El numeral 2) del artículo 31 da cuenta de una facultad que sólo refiere al procedimiento de absolución de consultas y, por tanto, no resulta aplicable al procedimiento informativo que nos ocupa; lo mismo acontece con el numeral 3), inciso segundo, de dicho precepto²².

Vencido el plazo de aportación de antecedentes, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia deberá citar a una audiencia pública, la cual se llevará a efecto dentro de un plazo no inferior a quince días ni superior a treinta días contado desde la notificación, la que se practicará mediante un aviso publicado en el Diario Oficial y en el sitio de Internet del Tribunal Antimonopólico, para que quienes hubiesen aportado antecedentes puedan manifestar su opinión²³.

Si las autoridades, organismos o personas referidos en los números anteriores no informaren en los plazos que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia les fijare al efecto, éste podrá prescindir del respectivo informe²⁴. No debe confundirse este informe solicitado por el Tribunal para resolver disponiendo de la mayor cantidad de antecedentes que requiera el caso *sub júdice* con el informe antimonopólico que es la finalidad del procedimiento informativo en estudio.

El Tribunal Antimonopólico, de oficio o a petición del interesado, podrá recabar y recibir los antecedentes que estime pertinentes²⁵. A nuestro juicio, el *interesado* a que alude este procedimiento informativo es precisamente el *solicitante* del informe y no cualquier *interviniente* en aquel procedimiento.

²¹Artículo 31, numeral 1), inciso primero, del Decreto Ley N° 211.

²²Artículo 31, numeral 2), inciso final, en relación con numeral 3), inciso segundo, del Decreto Ley N° 211.

²³Artículo 31, numeral 3), inciso primero, del Decreto Ley N° 211.

²⁴Artículo 31, numeral 4), del Decreto Ley N° 211.

²⁵Artículo 31, numeral 5), del Decreto Ley N° 211.

Los informes que emita el Tribunal Antimonopólico podrán ser objeto del recurso de reposición²⁶. Dichos informes no pueden ser objeto del recurso de reclamación por no hallarse éste contemplado expresamente por el artículo 31 del Decreto Ley N° 211 y ser dicho recurso de carácter excepcional²⁷; en efecto, el recurso de reclamación requiere texto expreso. La ausencia del recurso de reclamación en el procedimiento informativo no entraña una inconstitucionalidad, según ha resuelto el Tribunal Constitucional²⁸.

Los informes antimonopólicos pueden ser objeto de acciones constitucionales derivadas de que la Excm. Corte Suprema ejerce la superintendencia directiva, correccional y económica respecto de los Tribunales de la República, entre los cuales se cuenta el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Asimismo, existen precedentes de recursos de amparo económico conocidos por tribunales superiores de justicia respecto de informes emanados de la antigua Comisión Preventiva Central²⁹ y cuyo actual sucesor legal es el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Por último, hay antecedentes de recursos de protección contra informes antimonopólicos³⁰ y acciones de nulidad de derecho público relativas a las bases licitatorias³¹.

El procedimiento en comento acaba en un informe antimonopólico, cada uno de los cuales es numerado correlativamente por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Estos informes antimonopólicos resultan obligatorios para la autoridad pública o entidad destinataria³² y, por tanto, su desconocimiento generará las responsabilidades consiguientes.

²⁶Artículo 31, inciso final, del Decreto Ley N° 211.

²⁷Oficio Ordinario N° 296 del TDLC, emitido con fecha 3 de septiembre de 2009.

²⁸El Sindicato de Trabajadores de la Empresa Portuaria Coquimbo dedujo requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del inciso final del artículo 31 del Decreto Ley N° 211 de 1973 en el recurso de hecho pendiente ante la Corte Suprema bajo el Rol de ingreso N° 3.733-2009, interpuesto por su parte en contra de la resolución denegatoria del recurso de reclamación dictada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en procedimiento informativo solicitado por Empresa Portuaria de Coquimbo para Licitación del Frente de Atraque, sitios 1 y 2, del puerto del mismo nombre (Rol NC-303-2008). Esto fue resuelto por el Tribunal Constitucional en sentencia de 7 de septiembre de 2010, Rol N° 1448-09-INA.

²⁹Sentencias de la Excm. Corte Suprema, Roles N° 514-1999 y 1.469-1999.

³⁰Sentencias de la Corte de Apelaciones de Santiago, Roles N° 3617-1998 y 3594-1998.

³¹Requerimiento de Inaplicabilidad presentado ante el Tribunal Constitucional, Rol 467/2006.

³²Oficio Ordinario N° 296 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, emitido con fecha 3 de septiembre de 2009.

E. CONCLUSIONES

Esta potestad informativa exhibe una regulación substantiva que se halla dispersa y singularizada en multitud de normas legales especiales pertenecientes a diversas industrias reguladas, en tanto que su regulación adjetiva o procedimental se encuentra unificada por el artículo 31 del Decreto Ley N° 211.

La naturaleza administrativa de esta potestad pública no conspira contra su actual radicación en el Tribunal Antimonopólico, pero ello tiene incidencia en el régimen de recursos y acciones disponibles contra el informe antimonopólico, según se ha visto.

La actual radicación de la potestad informativa es consecuencia de que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia es sucesor legal de las antiguas Comisión Resolutiva y Comisión Preventiva Central.

El informe antimonopólico es eminentemente técnico, de escaso contenido normativo y de orden particular, esto es, versa sobre una situación concreta y determinada en un momento del tiempo y, por tanto, puede ser modificado por el Tribunal Antimonopólico a través del procedimiento contemplado en el artículo 31 del Decreto Ley N° 211 y como consecuencia de la aportación de nuevos antecedentes que justifiquen dicha enmienda.

En nuestra opinión, la creciente asignación de potestades administrativas al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y la cada vez mayor actividad asociada a las mismas, particularmente en lo tocante al ámbito de las industrias reguladas, debería llevar a considerar seriamente lo que hace algunos años propusimos: la división de este alto tribunal en dos salas, una dedicada exclusivamente a las industrias reguladas y otra destinada a los demás asuntos³³. En efecto, una cabal comprensión de las industrias reguladas es un requisito ineludible para dar razonable cumplimiento a las exigencias derivadas de la potestad informativa analizada; por lo cual estimamos urgente la creación de una sala especializada en la materia.

³³Esta propuesta la formulamos en la I Jornada de Derecho de la Empresa (2001), organizada por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, con motivo de nuestra ponencia "El monopolio de privilegio ante el Decreto Ley N° 211".

IN MEMORIAM

PEDRO J. FRÍAS (1919-2011)

El 2 de abril, a los 92 años, falleció el Dr. Pedro J. Frías, una de las grandes personalidades del Derecho argentino y un laico cabal comprometido con su fe desde su juventud cuando ingresó a la Acción Católica Argentina. Sus restos fueron velados en la Academia Nacional de Derecho de Córdoba e inhumados en la Colonia Tirolesa.

DE LA ACCIÓN CATÓLICA ARGENTINA

La Acción Católica Argentina emitió un comunicado, titulado “falleció un hombre ejemplar” en referencia al fallecimiento del Dr. Pedro J. Frías, quien fuera uno de sus miembros más antiguos y destacados.

“Mi pertenencia a la Acción Católica, desde los Niños a la Juventud fue riquísima no sólo para la vida diaria sino para mi espiritualidad... Hemos seguido fieles a la Acción Católica...”, recuerda la ACA escuchar muchas veces el Dr. Pedro J. Frías repetirlo.

Orador dispuesto e incansable de incontables congresos y asambleas, tuvo una larga militancia en la Acción Católica Argentina, particularmente en Córdoba, tal como él lo narrara en el libro que la Acción Católica Argentina editó para sus 75 años, hace sólo medio lustro. En la arquidiócesis de Córdoba integró el Consejo de la Juventud, fue vicepresidente, y luego, secretario de la Junta Arquidiocesana.

Este hombre íntegro, de gran fe, con el humor de los santos, estuvo siempre dispuesto a servir con una humildad conmovedora. Es difícil sintetizar su acción en favor del país y del sano desenvolvimiento de las instituciones. También actuó en la Democracia Cristiana que nació en su tierra.

Finalmente, la nota de la Acción Católica informa que este martes 5, con motivo de la misa en acción de gracias por los 80 años de la ACA, que se oficiará en Av. de Mayo 621, a las 20, se ofrecerá un particular pedido por él, en acción de gracia por todo lo que brindó y fue, por su vida ejemplar.

“Damos gracias a la Acción Católica (dijo Frías cerrando el citado testimonio) Queremos ser fieles a sus enseñanzas y a su espíritu evangelizador”.

DE LA ACADEMIA DEL PLATA

Con la firma de su presidente el Dr. Jorge Rodríguez Mancini y del Ing. Jorge Aceiro, secretario, la Academia del Plata emitió un comunicado donde rinden homenaje y agradecimiento al Dr. Frías, quien fuera uno de sus ilustres miembros. El comunicado expresa entre otros conceptos:

“La personalidad del doctor Frías que la Academia del Plata quiere destacar se proyecta más allá de esos desempeños distinguidos. Fue por sobre todo un hombre cristiano y ejemplar al que los miembros de nuestra institución rinden un homenaje y un recuerdo de afecto y respeto, acompañando a su familia en la oración y en la Eucaristía que celebraremos en su memoria”.

DR. PEDRO J. FRÍAS

Hijo del ex gobernador demócrata del mismo nombre, tuvo una larga trayectoria en los ámbitos académico, cultural y del derecho. Nació en Córdoba el 24 de mayo de 1919. Egresó del Colegio Nacional de Monserrat con el Premio Duarte Quirós, que se otorga al mejor alumno. Se graduó como abogado y doctor en Derecho en la Universidad Nacional de Córdoba (UNC), institución de la cual era profesor emérito y doctor honoris causa. De la Casa de Trejo egresó con el Premio Universidad.

Sus inquietudes en el campo académico lo llevaron a colaborar desde su fundación con la Universidad Católica de Córdoba, de la cual fue durante varios años profesor de Derecho Constitucional.

Su acción pública trascendió la provincia. Fue profesor extraordinario de varias universidades del país y del extranjero y participó en la elaboración de las constituciones provinciales de Chaco, Neuquén y Tierra del Fuego.

Frías fue miembro y presidente honorario de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, así como fundador del Instituto de Federalismo de la Academia. También se desempeñaba como presidente honorario de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, fue miembro de la Junta de Historia Eclesiástica Argentina y de la Academia del Plata.

Embajador en Bélgica y enviado extraordinario en Luxemburgo, en la década de 1960. También fue embajador ante la Santa Sede y la Soberana Orden Militar de Malta, desde 1966 hasta 1970, así como consultor de la mediación papal que entre 1979 y 1980 evitó la guerra con Chile a raíz del conflicto por el Canal Beagle. Fue miembro del Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales.

Su acción y reconocimiento en el ámbito del derecho lo llevaron a integrar entre 1977 y 1981 la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Firme defensor del federalismo, convicción que remarcó siempre en su extensa obra, publicó más de 20 libros e incontables artículos periodísticos, especialmente sobre temas institucionales, políticos, históricos y jurídicos. Entre otros libros, publicó en 1944 “El ordenamiento legal de los partidos políticos” (tesis de su doctorado); “El federalismo argentino, introducción al derecho público provincial” (1980); “La reforma de las constituciones provinciales” (1985, en colaboración); “Una experiencia diplomática en Bélgica, la Santa Sede y la Mediación Papal” (1999); “Protagonistas de un siglo que pasó” (2001), y “Aspectos fiscales y económicos del federalismo argentino” (2008, en colaboración). Consultado frecuentemente por el periodismo sobre temas sociales, jurídicos y políticos, fue miembro de los consejos de redacción de varias revistas nacionales, colaborador de *La Voz del Interior**.

*Publicado en *Aica*/Buenos Aires, 5.4.2011.

CRÓNICA

REFLEXIONES ÉTICAS

LA IDOLATRÍA DE LOS ACUERDOS

Puesto que vivimos en una sociedad en la cual muchos abogan por un politeísmo valórico absoluto, los acuerdos vendrían a ser la gran tabla de salvación para lograr pautas de conducta comunes, al menos en lo que se refiere a las relaciones con los demás.

De esta manera, los acuerdos adquirirían plena carta de ciudadanía para transformar nuestras vidas, en una constante adaptación y ajuste a las circunstancias del momento –muchas veces dictaminadas quién sabe por quién–, dándose así más importancia al procedimiento empleado para llegar a dichos resultados que a los resultados mismos.

Ahora bien, dadas así las cosas, ¿es lo anterior correcto? La pregunta puede parecer fuera de lugar, e incluso blasfema para los cánones actuales, fruto de esta verdadera idolatría de los acuerdos que estamos comentando. Sin embargo, si de verdad no se tienen dogmas, como muchos aseguran hoy, tal pregunta no debiera siquiera incomodar. Por tanto, y dicho de otra manera: ¿el acuerdo lo legitima todo? Una buena técnica para intentar responder lo anterior es llevar este argumento al absurdo.

De esta forma, ¿qué diría un furibundo partidario de los acuerdos si se le dijera que mediante un pacto, incluso alcanzado por unanimidad, se ha consensuado en eliminar a todos los cetáceos de los mares por las razones valóricas que sean? En una época tan preocupada por la ecología como la nuestra, hasta el más tolerante reaccionaría indignado ante un acuerdo semejante, y con razón. Se argumentaría que tal pacto no es razonable, que hay que tener en cuenta los equilibrios de la naturaleza, pensar en el mundo que queremos legarle a las generaciones futuras, y un largo etcétera.

El anterior ejemplo, claramente absurdo, tiene por objeto mostrar que los acuerdos, si bien necesarios, e incluso indispensables para una multitud de aspectos de la vida humana, no son, sin embargo, absolutos. Y no lo son, porque ellos deben basarse en la realidad, en lo que las cosas son, puesto que no poseen el poder de crearla. A lo sumo, pueden intentar evadirla, pretender que dicha realidad no existe; mas, tarde o temprano, tal como ocurre con la ecología (de ahí el ejemplo elegido), la propia realidad se encarga de mostrarnos sus reglas, generalmente de manera amarga.

En consecuencia, los acuerdos, para que sean realmente razonables y beneficiosos a la postre, deben tener en cuenta la realidad, tanto del mundo como del propio hombre, porque como señalaba hace poco Andrés Ollero, *“donde no hay verdad la opinión pierde todo sentido”*. En caso contrario, estaremos construyendo algo en el aire, dando origen a una entelequia, que por mucha apariencia de realidad que tenga o pretenda dársele –incluso por la fuerza–, al final terminará estrellándose contra los duros hechos..., probablemente con costos muy altos.

EL FIN DE LA DEMOCRACIA

Realmente, es como para no creerlo: la comisión respectiva del Senado ha aprobado el *“Proyecto de ley que establece medidas contra la discriminación”*, que queda así listo para ser votado en la Cámara Alta. Sin embargo, en caso de prosperar, ello significa lisa y llanamente el fin de nuestra democracia.

A primera vista no habría nada que objetar: a fin de cuentas, las discriminaciones arbitrarias (porque las hay también justas) deben ser evitadas en aras de la sana convivencia. Con todo, el proyecto resulta claramente totalitario.

En efecto, en él se busca *“prevenir y sancionar toda discriminación arbitraria en contra de cualquier persona o grupo de personas”* (art. 1º), entendiéndose por tal –y dado el lobby gay, pareciera ser lo único importante aquí– *“toda distinción, exclusión o restricción fundada en motivos de (...) sexo, género, orientación sexual, (...) o cualquiera otra condición social, que prive, perturbe o amenace el legítimo ejercicio de los derechos establecidos en el ordenamiento jurídico, incluidos los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”* (art. 3º). De este modo, *“El o los directamente afectados, por sí o cualquiera a su nombre, podrán denunciar los actos u omisiones que importen una discriminación arbitraria que se hubiere cometido en su contra”* dentro de los tres meses siguientes ante la Corte de Apelaciones respectiva (art. 4º), siendo una acción que *“gozará de preferencia en su vista y fallo”*, apelable ante la Corte Suprema, también con preferencia (art. 5º). Las sanciones son una indemnización (por daño moral o patrimonial, determinada en un procedimiento breve y sumario), *“una multa a beneficio fiscal no superior a 100 unidades tributarias mensuales”*, aumentable al doble de haber reincidencia (art. 6º), y hasta *“presidio menor en sus grados mínimo a medio”* (art. 10) en algunos casos.

En suma, se establece una especie de recurso de protección paralelo, más fácil y amplísimo, que atochará a nuestros tribunales con infinitud de demandas interpuestas por cualquiera que se sienta discriminado por lo que sea. Pero además, *equivale a colocar una lápida sobre la libertad de conciencia, de credo, de opinión, de información y de enseñanza*, entre otras muchas materias, haciendo así imposible el debate –incluso parlamentario– y, por tanto, la democracia.

En efecto: cualquiera podría ser juzgado por sus dichos, por expresarse en un *blog*, en la prensa, en el aula o incluso en el púlpito, imponiéndose así una mordaza y una *“verdad oficial”* totalitaria contra la cual estaría prohibido oponerse.

En síntesis, un *peligro extremo para nuestra democracia* (de hecho, es lo peor que me ha tocado ver), al crear un sistema inquisitorial, propiciado, curiosamente, por varios que se dicen defensores de esa misma democracia que este proyecto destruye.

¿HACIA UN SEXO ÚNICO?

Recientemente, el Supremo Tribunal Federal de Brasil ha dictaminado que las parejas homosexuales poseen los mismos derechos que las heterosexuales. Y si bien por ahora sólo están referidos a la comunión de bienes, la jubilación y los derechos hereditarios, lo anterior es un paso importante en pos del llamado matrimonio homosexual, con la posibilidad de adopción.

Ahora bien, suele decirse que no permitir casarse a parejas del mismo sexo sería una discriminación arbitraria, lo que se opondría a la igualdad ante la ley. Mas ¿es realmente así?

Parte de este problema puede enfocarse desde la siguiente perspectiva: si dos situaciones (las que fueren) son realmente similares, por simple lógica, ambas debieran ser capaces de realizar las mismas funciones, tareas o fines, al punto de que una podría sustituir totalmente a la otra para tal efecto.

Sin embargo, de inmediato se percibe que en este caso ello no es así, por la sencilla razón de que una pareja del mismo sexo es incapaz de concebir. Este solo dato, repetido hasta la saciedad, debiera ser más que suficiente para darnos cuenta que se trata de dos situaciones completamente diferentes, y que *lo verdaderamente arbitrario es pretender darles el mismo estatus*.

Tampoco la comparación con la adopción parece adecuada, puesto que desde hace milenios, y como dice un refrán jurídico, ella ha buscado “imitar a la naturaleza”, esto es, asignarle al menor un padre y una madre, pues –debemos recordarlo– esta institución existe en función del bien del adoptado, no del de los adoptantes, en virtud del principio del “interés superior del niño”.

En caso contrario, esto es, si de verdad no existiera ninguna diferencia entre parejas hetero u homosexuales, ello querría decir que una sociedad podría subsistir como tal a lo largo de las generaciones, sólo gracias a parejas del mismo sexo. También, que la organización que tenemos, que distingue entre hombres y mujeres, estaría errada, lo que significa que sería menester cambiarlo todo, desde los sistemas de salud hasta la división de los baños por sexo. Querría decir, en suma, que debiera instaurarse un sexo único (o si se prefiere, indiferenciado), con una completa homologación de todos, sin tomar en cuenta las más elementales diferencias naturales; con lo cual, lo lógico sería emplear la tecnología (como ya ocurre) para hacer tabla rasa con ellas, que, pese a nuestro empeño, existen y subsisten: el embarazo o la presencia de los órganos sexuales masculinos o femeninos.

No se trata de despreciar, estigmatizar o ridiculizar a nadie: a fin de cuentas, todos somos personas, con una dignidad inherente que está sobre la ley y las mayorías. Mas, superado este baremo mínimo, se imponen las diferencias naturales, a menos, claro está, que la naturaleza se haya equivocado groseramente con nosotros.

MAX SILVA ABBOTT*

*Abogado. Doctor en Derecho. Profesor de Filosofía del Derecho, Universidad Católica de la Santísima Concepción.

VERDAD Y FUNDAMENTALISMO

Cavilaba sobre cuál podría ser el tema de una charla, cuando recordé que una juez de la Nación primero se ha declarado “atea militante”, en muchas ocasiones se ha pronunciado a favor del aborto y propugna la supresión en los tribunales de los símbolos religiosos.

Ante ello se debe destacar que, entre otras cosas, olvida que *la Constitución Nacional*, culmen de la pirámide normativa que ella como miembro del Poder Judicial de la República debe conocer, acatar y respetar, *reconoce a Dios como fuente de toda razón y justicia* (Preámbulo), y que las acciones privadas de los hombres que no ofenden al orden y a la moral pública ni perjudican a terceros no están a su alcance como juez porque están reservadas a Dios (art. 19).

Y han surgido los siguientes interrogantes: ¿Podría ilustrarnos cuál es para ella la fuente de la razón? ¿Y la fuente de la justicia? Si no es Dios, ¿será en ambos casos su propio criterio personal? ¿Será el de la mayoría circunstancial? Ya que ella no cree en Dios, ¿se considerará habilitada para juzgar las conductas privadas de los hombres?

Lo que antecede es lo que me llevó la semana pasada a componer para ustedes lo que sigue.

En mis clases he enseñado que existen un orden natural trascendente y objetivo y verdades absolutas; entonces ustedes callaban y, aparentemente, aceptaban. Pero a esta altura tal vez no sean pocos los que se pregunten si aquello es compatible con la auténtica democracia*. Este es un tema de filosofía política.

En efecto, hay quienes piensan que en la democracia es “bueno” no albergar ninguna creencia firme, ninguna verdad objetiva, porque la creencia en tal tipo de verdades engendraría fanatismos, fundamentalismos o integristas; es más, la simple creencia sería ya una forma de fanatismo. Y el fanatismo es “malo” porque limita, violentamente también, la libertad de los demás, siendo que la libertad de todos sería el bien máximo.

Adviértase que esa postura es independiente de la cuestión de si el hombre puede o no dar con verdades objetivas; mas para el caso de que eso fuera posible, resultaría para tal posición igualmente malo, pues se darían en la práctica las siguientes equivalencias: verdad = no pluralidad = fanatismo = no libertad de los demás.

Mas en rigor la posición en trato suele ir indisolublemente unida a la otra, o sea, que no es posible la verdad ética objetiva, lo cual no deja de ser extraño, porque se teme constantemente a lo que se considera a la vez imposible.

Es que lo que ocurre en realidad es esto: que generalmente quienes temen el fanatismo, aunque no acepten la posibilidad de una verdad moral objetiva, piensan que hay gente que sí lo hace y, por lo mismo, que están dispuestos necesariamente a imponerla a los demás, mediante algún tipo de “guerra santa”.

No trataré ahora la posibilidad de la verdad objetiva en el orden ético cuando ya –verbalmente o por escrito– lo he afirmado continuamente ante ustedes, incluso

*Sobre lo que sigue, comp. y ampl. en Ollero Tassara, Andrés, *Verdad y consenso democrático* y en Gómez Pérez, Rafael, *Crear no es 'fundamentalismo'*, en la obra colectiva “Estudios sobre la Encíclica *Centesimus Annus*”. Madrid. 1992.

poniendo a Dios como fundamento de aquel orden. De lo que sí me ocuparé, por su inmediata relevancia en la vida política, es de la aseveración de que profesar una verdad –por tanto, una verdad objetiva– es todo uno con su imposición a los demás, es decir, equivalente al fanatismo, fundamentalismo o integrista.

Aclaro a esta altura que doy como sinónimos (prescindiendo de matices de génesis y contextos históricos) fundamentalismo e integrista; y también que entiendo por ese fenómeno la incapacidad de concebir una diferencia entre principios y verdades objetivamente válidos, y la libre actuación de los hombres, que pueden de hecho, con independencia del juicio moral que ello merezca, vivir de modo total, parcial, intermitente, o no vivir en absoluto, de acuerdo con esas verdades.

Se han dado y se dan casos históricos de fanatismo, en nombre de afirmaciones de todo tipo, étnicas, políticas, religiosas.

Piénsese en la guerra de los treinta años, concluida por el Tratado de Westfalia de 1648, donde en Europa los hombres lucharon y se dieron muerte recíprocamente por la confusión entre política y religión, y que puede considerarse en el escenario de la época como una verdadera guerra mundial.

También, que Hitler puso el idealismo alemán de una raza que tenía a su cargo la conducción del universo, unidad racial que descansaba en la comunidad de sangre y que daba contenido al Estado, medio para preservar la pureza de la raza, engrandecer a la comunidad nacional y hacer posible la dominación del mundo por el ario, todo lo cual coadyuva a la Segunda Guerra Mundial.

Pero a la derrota de los autoritarismos alemán e italiano, con lo que quedaron liquidadas las experiencias del nacionalsocialismo y del fascismo, sobrevivió el comunismo, que desde la Unión Soviética se expandió a numerosos Estados de Europa, Asia, África y América.

Y la revolución comunista, empezada en Rusia en 1917, conducida desde Moscú o auspiciada por nacionalismos independientes, llevada a cabo según los patrones soviéticos o por pluralidad de vías propias de otros Estados, es la negación de la libertad, de la democracia, de los derechos humanos, de la justicia.

El fanatismo es ciertamente malo, ya que si incluso la verdad más alta –la Verdad por esencia, Dios– ha de ser alcanzada en libertad y por la libertad, es siempre inmoral coaccionar la libertad del hombre.

Me ocuparé ahora de ver si el simple sostener una verdad moral implicaría fanatismo, respecto de lo cual se puede afirmar:

a) que se realiza un paso por lo menos temerario entre la posibilidad y la efectividad; claro está que caben posturas fanáticas que intentan imponer una verdad, pero (además de que el fanatismo casi siempre trata de imponer una falsedad o una verdad parcial) de la probabilidad no se puede inducir una necesidad; y

b) que si la tesis de que sostener algo con seguridad implica fanatismo, si ella se sostiene con seguridad implicaría fanatismo, y si no se sostiene con seguridad, no es más que una probabilidad sobre algo que ha ocurrido otras veces, siendo que lo que ha ocurrido muchas veces, incluso siempre, puede dejar de ocurrir.

Sigo actualmente afirmando la existencia de verdades objetivas y trascendentes, aún en materia política, pero abiertas al método de la libertad. Si ni siquiera la voluntad de Dios es en principio materia de imposición, ¿cómo por ejemplo podría forzarse –y menos en nombre de lo divino– una solución política posible entre varias, entre muchas?

La libertad ha de ser salvaguardada siempre; y debemos luchar, reitero que con el régimen de la libertad, para dar con convicciones positivas y para difundirlas como tales convicciones, o certezas que mueven a la acción, y que provienen de la experiencia, de la conclusión de un razonamiento o de la atención a la fe religiosa.

Mas en cualquier caso, *vivir una convicción no significa acoger la confusión entre certeza y fanatismo.*

Ahora bien, la crisis actual de la democracia consiste paradójicamente en la creencia de que el pluralismo de hecho trae consigo, de derecho, la imposibilidad de la verdad, lo que de algún modo explica que no seamos pocos los que sufrimos el desgarramiento entre lo que creemos y lo que suele ocurrir en la sociedad en que vivimos: materialismo práctico y consumismo, desprecio por la vida (con la extensión del aborto y la incoación de la eutanasia), olvido de los más pobres, obscenidad ambiental. Y la política parece limitarse a la justificación sucesiva de degradaciones del ser humano, degradaciones entendidas como normalidad, normalidad estadística (o supuesta como tal) que sustituye a la norma ética.

Detengámonos “*verbi gratia*” en la cuestión del aborto, no en el hecho de que haya abortos, sino en la aceptación social del mismo. No se trata aquí de una grave dificultad ante la que se encuentran algunas mujeres, de desgracias particulares, sino de un pensamiento sobre si la vida humana es un don de Dios o si es creación del hombre.

La aceptación del principio del aborto se convierte en un rasgo definitorio de una cultura –*la cultura de la muerte*–, de una civilización, *la civilización de la supresión.*

La mentalidad pro-abortista es incompatible, teórica y prácticamente, con una concepción humana y digna.

Además, el aborto, que en su esencia es una injusticia para el ser humano inocente e indefenso al que se mata, acostumbra culturalmente a las personas a las injusticias sociales. El principio del aborto no es sólo el acostumbramiento mental a una injusticia inicial, sino la desvalorización de la vida. Si el hombre justifica su intervención arrogándose un “*ius vitae et mortis*”, las demás injusticias sociales estarán justificadas. No es posible defender la justicia social, por ejemplo, a favor del marginado y defender, con la misma cara, el principio del aborto.

No obstante que la raíz democrática está exigiendo a las formas actuales de la misma una mejora cualitativa desde adentro, estando por ejemplo ya madura la idea de que el criterio de la mayoría no ha de ser empleado –por no ser digno– para popularizar tipos de comportamientos corrompidos; “Hoy se tiende a afirmar que el agnosticismo y el relativismo escéptico son la filosofía y la actitud fundamental correspondientes a las formas políticas democráticas, y que cuantos están convencidos de conocer la verdad y se adhieren a ella con firmeza no son fiables desde el punto de vista democrático, al no aceptar que la verdad sea determinada por la mayoría o que sea variable según los diversos equilibrios políticos... [mas] una democracia sin valores se convierte con facilidad en un totalitarismo visible o encubierto...”*.

*S.S. Juan Pablo II, Carta Encíclica *Centesimus Annus*, N° 46.

Pero no tengo vocación de profeta de desgracias. Tenemos a nuestra Argentina por heredad. Y hemos de tener el alma y la inteligencia despiertas; hemos de ser realistas, sin derrotismos, buscando la verdad, encontrándola y enseñándola, aunque siempre sin cerrar “los ojos ante el peligro del fanatismo, o fundamentalismo de quienes, en nombre de una ideología con pretensiones de científica o religiosa, creen que pueden imponer a los demás hombres su concepción de la verdad y del bien”.

Ello significa que hemos de ser tolerantes, pero no tener a la tolerancia como único fin, pues, al fin y al cabo, se es realmente tolerante no desde el vacío moral e ideológico, sino sólo desde la fortaleza que proporciona una verdadera identidad, lo que lleva a que en el diálogo con los demás hombres y estando atentos a la parte de verdad que se encuentra en la experiencia de la vida y en la cultura de las personas y de las naciones, no renunciemos a afirmar todo lo que nos han dado a conocer la fe y el correcto ejercicio de la razón*.

JORGE H. SARMIENTO GARCÍA**

*Ver op. y loc. cit. en nota anterior.

**Profesor de la Universidad Nacional de Cuyo/Mendoza-Argentina. Director del Instituto de Estudios de Derecho Administrativo/Mendoza.

DINERO DE SANGRE

Quienes tuvimos el privilegio de poder asistir el pasado domingo a la celebración del Domingo de Ramos escuchamos, al proclamarse la Pasión, el relato de la felonía de Judas. Acosado, demasiado tarde, por el remordimiento y la desesperanza, viendo que había traicionado a su amigo y a aquello que había vivido y en lo que creyó, Judas devolvió las treinta monedas y se ahorcó al no soportar su realidad: *“Pequé entregando sangre inocente”*.

Los sumos sacerdotes se apresuraron a recoger las monedas, no fueran a ‘perderse’, y dijeron: *“No es lícito echarlas en el tesoro de las ofrendas, porque son precio de sangre”*. Esto nos dice San Mateo (versículo seis del capítulo veintisiete) en su Evangelio. Precio de sangre, dinero sangriento.

Líbrenos Dios de vernos en similar tesitura. Siguiendo la máxima de *“conócete a ti mismo”*, no me atrevería a decir que yo no caería en el mismo pecado que Judas. El mismo San Pedro, lo leemos igualmente en el relato de la Pasión, tampoco conocía sus debilidades. No debe, pues, extrañarnos que en nuestra sociedad haya tanta gente dispuesta a traicionar aquello en lo que dice creer, vendiendo sus principios por un puñado de monedas, por unos cuantos votos, por la popularidad y la fama, por el ansia de conquistar o permanecer en el poder, por el afán de lucro, por el beneficio puro y duro. Poco importa si esas monedas están manchadas de sangre, de dolor, de muerte. Dinero sucio, precio de sangre inocente.

¡Cuántas situaciones encontramos actualmente con esa triste realidad! Dinero terriblemente sangriento es el que se mueve en el *lucrativo negocio del aborto*. Pingües beneficios obtienen los empresarios de tan macabro comercio, aprovechándose del sufrimiento, miedos y dificultades de miles de mujeres engañadas, abandonadas, traicionadas. Empresas, asociaciones y organismos internacionales colaboran con ese derramamiento de sangre inocente, la más inocente y desamparada que existe.

Dinero también muy sucio el que mueve *la prostitución*, con sus graves consecuencias de comercio y *trata de seres humanos y esclavitud*. Millones de víctimas inocentes, muchas de ellas niños en los paraísos del turismo sexual, negocio sucio y despreciable donde los haya. Los supuestamente civilizados occidentales somos cómplices de ello: por acción, al ser los principales consumidores, o por omisión, al callar y mirar hacia otro lado mientras nuestros pecados destrazan el futuro y las ilusiones de tantas víctimas. La banalización de la sexualidad en nuestras sociedades, con propuestas que exaltan el uso y disfrute aquí y ahora de todos los placeres, es condición necesaria para ese *triste negocio que cosifica a las personas*. Nadie que conociera y amara el verdadero valor y sentido de la sexualidad y la dignidad inalienable de todo ser humano participaría en tan nauseabundo comercio. *La pornografía y la contracepción*, que engaña aportando una falsa seguridad y ‘soluciones’ a todos los problemas que se puedan presentar, *mueven también miles de sucios millones*.

Dinero ensangrentado es el que se mueve con los negocios de la guerra y el comercio, legal e ilegal, de armas. Acabamos de conocer que bombas de racimo fabricadas en nuestro país y vendidas por nuestro gobierno, que supuestamente tenía un *“ansia infinita de paz”*, están siendo utilizadas por el tirano Gaddafi para masacrar a la población civil. ¡Terrible ironía que nuestras tropas tengan que

proteger a la población sublevada contra el dictador de las armas que nosotros mismos le vendimos! ¿Por qué no renunciamos a esas monedas manchadas de la sangre inocente? Gervasio Sánchez ya denunció, con sus fotografías y también en un valiente discurso, la hipocresía de nuestros gobiernos. Sangre inocente, dinero sucio, desprecio de la vida humana: prima la cuenta de resultados de las empresas y de los países “*exportadores de muerte*”. También los tráficos de diamantes, coltán y otras materias primas suponen un inhumano comercio.

También hay mucho dinero, sucio y manchado, en *los negocios de la experimentación con embriones, de la clonación, de la manipulación genética*. Mucho dinero y mucha hipocresía, de empresas y de administraciones públicas de todos los colores e ideologías. Se aducen razones supuestamente humanitarias, terapéuticas y de progreso social y científico para justificar algunas prácticas que tienen más que ver con *eugenesia pura y dura* (nazismo, Margaret Sanger, etc.) que con una ciencia al servicio del ser humano y la vida. ¿Es justo ‘*conseguir*’ un hijo a cualquier precio? ¿Se puede condenar a decenas de embriones para ‘*fabricar*’ uno con determinadas características?

Mucha sangre y muchas vidas cuesta *el inhumano negocio de la droga*. El desprecio de la persona y de su dignidad se manifiesta en este tráfico en toda su crudeza. Se engaña, se prometen falsos paraísos y falsas ilusiones, experiencias nuevas y excitantes. Al final lo único importante son los resultados: cuantas más monedas mejor, incluso adulterando la droga para multiplicar los beneficios. Dinero manchado de sangre engañada, de sangre traicionada.

Precio de sangre, dinero sucio. Todos los ‘*negocios*’ que hemos visto tienen en común su *absoluto desprecio por la persona y su dignidad, por la vida humana* en todas sus fases: *embrionaria, infancia, juventud, edad adulta, ocaso*. ¡Cuánto dinero empleado en hacer el mal, en aplastar a los inocentes, y qué poco en promover la justicia, la verdad y la libertad! Qué pena que la contumacia y obstinación ideológica de algunos impida a tantísima gente conocer que ese inocente vendido por treinta monedas, Jesús, es la respuesta, la única respuesta verdadera, al dolor y sufrimiento humanos.

VICENTE MORRO*

*Este artículo fue publicado originalmente por *Análisis Digital*, www.analisisdigital.com

SOCIEDAD DE AUTÓNOMOS

Semana tras semana somos espectadores (lectores) de sugerentes análisis y comentarios sobre la contingencia. Dichos análisis son verdaderas “*prédicas dominicales*”, que encuentran un sinnúmero de fieles que gozosos aplauden aquellas palabras que los exhortan a seguir viviendo tal como lo hacen y los confirman en su comodidad. El discurso que alaban no les resulta exigente, pues no pide a nadie que cambie de opinión, ni menos de conducta. Cuando mucho, les da la opción: elijan. Y con eso se los gana a todos.

En tales “*sermones*” encontramos siempre una particular y muy extendida visión sobre el modo en que ha de configurarse nuestra sociedad: cuáles han de ser los principios que la sostengan y las barbaridades que implica negar o alejarse de esos pilares fundacionales. Me arriesgo entonces a ser un bárbaro, pues no acepto ninguno de esos blandengues supuestos.

Pienso que la sociedad no se reduce a una simple agrupación de individuos que comparten un determinado espacio físico y hábitos de consumo. Creo que la sociedad requiere factores de unión de mayor peso específico. De mayor perfección intrínseca. Y *la arenga liberal, por popular que sea, no une a nadie. Separa. Carcome. Destruye.*

Desde el palco de la tolerancia se nos dice que somos autónomos: dueños de nuestra vida, señores del propio presente, protagonistas del futuro particular. Así, la sociedad se beneficia más con que cada uno escriba el guión de su vida que con que unos intenten corregir a otros. Este guión no admite más límite que el daño a terceros; tratándose de la propia existencia, incluye incluso el derecho a ponerle fin si se la considera muy pesada.

Ni pensar entonces en corregir. Jamás: de hacerlo se estaría violando aquel principio supremo del “no me meto, no te metas, déjame ser”. La frase parece reclamo de un adolescente aún víctima de la tiranía de sus hormonas. Como sea, es parte de la síntesis según la cual, domingo a domingo, se nos dice como hemos de vivir: cada cual preocupado de lo suyo, amo y señor de su metro cuadrado. Autónomo. Pero autónomo adulto, capaz de discernir sin intervención de terceros cuál es la mejor vida que quiere vivir. Luego, facultado para vivir en función del propio destino –el que autónomamente se ha discernido y elegido–, inhabilitado por lo mismo para inmiscuirse en el de los demás. Vivir y dejar vivir. Total, *el valor radica en elegir, no en elegir bien.* Tal cosa es sucedáneo de paternalismo.

¿Habrase visto mejor disfraz para el individualismo egoísta, para la indiferencia respecto del prójimo? ¿Qué unidad real cabe dentro de una comunidad en que cada parte se considera un todo en sí perfecto e independiente? ¿Qué comunidad puede servir al bien de sus miembros si la independencia entre ellos es el prerrequisito de la misma vida en común? ¿Qué lazos entre personas podrán subsistir, habida cuenta de las dificultades que necesariamente acompañan toda historia, si la voluntad está habituada a buscar solo el bien propio? ¿Cómo vivir en auténtica unión y fraternidad con los demás, sobre todo con los extraños, si todo otro, con su vida y pensamiento, resulta indiferente? ¿Cómo perseverar en cualquier servicio a los demás si inmiscuirse es políticamente incorrecto, si preocuparse en serio, al punto de intervenir y mostrar el error, constituye un atentado a la libre determinación del prójimo?

Con todo, quienes pontifican la doctrina de la autonomía no cesan de corregir a quien advierte cualquier error; le disparan sendos adjetivos y semanalmente lo condenan al exilio, pues consideran su disensión como dogmatismo inaceptable para el modelo de sociedad que ellos creen mejor. Es decir –era que no–, se *contradicen de principio a fin. Pero no lo reconocen*. Ni lo harán. Para eso habrían de reconocer este error y dar un mínimo paso hacia la rectificación. Esto es, tendrían que corregirse; ser mínimamente humildes o dejar de ser tan autosuficientes. Y la excepción a su regla da para corregir al resto, no para vivir coherentemente con ella.

Y es que abrir las puertas a la corrección implica aceptar que alguno pueda saber más y mejor que es lo bueno y conveniente para otro. Y eso es soberbia. ¿Quién puede osar erigirse como conocedor del auténtico bien? Ese tal, de existir, podría razonablemente pretender influir en la vida de los otros, desde la cuna hasta su muerte. Y ello es inaceptable. Podría preferir ciertos modos de vida antes que otros, sean estos mayoritarios o minoritarios, y así trataría a algunos con mayor consideración y respeto que al resto. ¡Qué injusto! Por lo demás, la hipótesis es absurda: pues conocer el auténtico bien supone conocerlo verdaderamente. Y la verdad no es la mejor compañera de la sociedad en que estamos viviendo. La verdad sería demasiado incómoda, pues mostraría el error de unos cuantos. Demasiado objetiva. Eso suena a metafísica, palabra prohibida. Por dura. Imagínese usted, eso de que las cosas son lo que son. ¡Qué dogmatismo más intolerante! No, nada de objetividad. Ni en las cosas, ni en el conocimiento, ni en el lenguaje.

Para el liberal es útil sostener que no podemos estar seguros de nada. Salvo de que no estamos seguros de nada. Y de que el Estado ha de ser laico. Y de que hay que repartir la píldora. Y dar a las mujeres la posibilidad de asesinar impunemente a sus hijos. Y que los jóvenes han de gozar ante todo, incluso por sobre la obediencia a sus padres. Y de quitar subsidios con cargo a rentas generales a todo establecimiento educacional que tenga un crucifijo. Y que no se debe indultar a militares. Y que hay derecho a creer pero no a que las creencias se sobrepongan a los deberes cívicos. Y podemos seguir. Pero *¿cómo se puede estar seguro de tanto, y a la vez predicar desde la filosofía de la sospecha? ¿Qué doctrina es esta que combina escepticismo, relativismo y dogmatismo?*

Conforme: ocurre que los clérigos liberales saben distinguir muy bien: tratándose de Dios son escépticos; hablando de moral son relativistas –pues el mínimo ético que encuentran en Rawls no da para verdades objetivas, por mínimas que se presenten–; predicando sobre derechos humanos –que sólo predicán de quienes ellos consideran personas según sus infalibles creencias– son dogmáticos. No hay coherencia, pero los ajustes funcionan. Y suenan bien.

Como cuando la homilía de la semana sustituye los términos varón y mujer por orientación sexual; sexo por género; matrimonio por pareja; mal gusto y tontera por humor o arte; familia por “uniones”, incoherencia y cobardía por pragmatismo. Y podemos seguir, pues los dueños de la verdad que agrada *saben manipular el lenguaje*. Con artificios llenos de elocuencia, y qué decir de sus abundantes citas de autoridad, impresionan y cautivan. No argumentan en serio. El terreno fértil de tal argumentación –si así pudiera llamarse– es la indeterminación total de contenido; mediante conceptos vacíos la función continua es *pan y circo*: cada cual los llena según su experiencia y discernimiento –dicen ellos–, como si ello fuera garantía de sensatez, sobre todo cuando el molde conceptual se llena más con

pasión y prejuicios que con estudio y conocimiento cierto. Les resulta útil llamar a las cosas como se les antoja, sin límite a la hora de predicar adjetivos, sobre todo si descalifican a la Iglesia. Poco se preocupan de respetar el lenguaje: abusan, separando los conceptos del ser y su uso de la comunicación de la verdad. Salvo de su verdad –sí, con minúscula bien clara–, pues bajo la consigna del ejercicio de su autonomía y el falso derecho a que cada cual piense y diga lo que quiera, en la práctica avanzan su agenda usando a los receptores como simples medios. *Cual sofistas*. Es decir, no dialogan, solo pontifican como amos y señores del bien personal y político. Otra excepción. Era que no.

Es que, según repiten insistentemente, las diversas concepciones sobre lo bueno y lo malo han de poder convivir en el espacio público con la debida igualdad; de ahí entonces la indeterminación y que cada cual decida. Luego, si a usted no le gusta, ha de tolerar. No en el sentido de sufrir con paciencia, pues ello asume que se reconoce algo como malo y, por graves razones, se lo deja de combatir por un rato. No. Tolerancia como virtud suprema, la cual se debe inculcar y fortalecer por anga y por manga. La tolerancia permite que las diversas concepciones sobre lo bueno y lo malo convivan pacíficamente en sociedad. Y en plano de igualdad, pues todas las personas son iguales en dignidad y derechos. ¿Pero no habíamos quedado en que no es posible encontrar algo verdadera y objetivamente bueno hacia lo cual exhortar los esfuerzos humanos? Bueno, es que *para el liberal hay curiosas excepciones en sus mismas premisas*.

Pero ¿cómo tolerar si algunas doctrinas son mutuamente excluyentes? Votemos, que la mayoría decida: así, la opción favorecida no representa en sí algo mejor, sino algo más deseado al momento. Punto. Total, la tortilla se puede dar vuelta más adelante y tal vez entonces les toque a los otros. La clave está en que nosotros decidamos. Nosotros y nadie por nosotros. Salvo que decidamos no arreglarnos más según la regla de la mayoría. Eso no; mejor que alguien o algo nos impida semejante mala y absurda decisión. En fin.

Puesto que nosotros decidimos, dice el liberal, es que el Estado debe ser neutro. Muy neutro, siempre presentando opciones para que los individuos escojan. Nada de mostrar un camino como mejor que otro. No señor. La autoridad no debe confundir sus creencias personales con sus deberes cívicos en razón del cargo –¡sea anatema si pone una imagen de María en el edificio público! Mire que el cargo se lo dio el pueblo; límitese entonces a administrar y respetar. No a conducir, menos a guiar. De hecho, y nuevamente en razón de otra curiosa excepción a sus principios, desde el palco de la tolerancia el predicador liberal dispara con un dogmatismo certero contra la autoridad, enseñándole semanalmente cómo ha de actuar. Y otro tanto hace con los católicos: los corrige apenas puede con una suave y delicada ironía que ni un pelo les deja encima. Neutra ironía, que de neutra no tiene nada, y de posible tampoco, pues ya es en sí una doctrina sobre lo bueno y lo malo. *Pero esta incoherencia poco importa*: las creencias personales deben guardarse en privado y siempre ajustarse a los deberes cívicos, frase que el liberal proclama obviamente sin reconocer que su concepción de tales deberes descansa en su creencia, aquella de la neutralidad. No importa, otra excepción. Es que se trata de excepciones excepcionales. No obstante, no autorizan a nadie, menos a la autoridad, a actuar contra el paradigma.

La neutralidad no neutra se ve con claridad en una de las materias en que el liberal presta una obsesiva atención: la libertad sexual. El sexo seguro por sobre

la vida inocente, el compromiso y la espera. Sí a todo, con quien sea, dónde y cuándo sea, cumpliendo dos requisitos: consentimiento libre y ausencia de daño a terceros. Es que para el liberal el consentimiento es, de suyo, garantía de corrección, candado inexpugnable ante la intervención de terceros y la autoridad. De ahí que aboguen por la derogación del artículo 365 del Código Penal. Y sobre el daño..., para el liberal el daño se mide de manera curiosa, por cierto sin atender a ninguna dimensión que no sea material o corpórea. De hecho, el liberal no excluye todo daño: acepta aquellos que la sociedad acepta, pues manda la mayoría (salvo si la mayoría decide algo que afecte directamente al liberal). En la misma línea, abre las puertas a variados riesgos asociados a la libertad sexual –como la potencial muerte de un inocente– pero las cierra cuando se trata de alimentos defectuosos o una ola desde Japón. Claro, ojos que no ven, corazón que no siente. Y para el liberal es muy importante sentir, al punto que el rato rico, el placer sensible, manda sobre la responsabilidad y la consideración del otro como fin, aunque frecuentemente el liberal cite a Kant (sí, el otro, aunque consienta, es una persona, no una cosa para la delectación de los sentidos).

¿Y qué decir de la función de la ley en sociedad? Aquí pasan cosas raras: pues algunos domingos se dice que la ley puede incluso determinar quién es persona y desde cuándo tiene derecho a la vida, y un par de semanas después se enseña que con la ley no basta, sobre todo cuando algunas autoridades se escudan en su letra para no enajenar su patrimonio. Así, para el liberal la ley es techo o piso según la materia; más bien, según sus creencias sobre tal o cual materia. Es que ser liberal –responden– es ser también librepensador. Abierto, con esa apertura que para ellos es sinónimo de cultura.

El discurso liberal pretende construir una sociedad indefinida, que no se identifica con nada salvo los mismos presupuestos liberales; de ahí que para discutir con un liberal haya que hacerlo en su cancha, con sus reglas y árbitro, so pena de ser considerado “interlocutor inválido”. El discurso cívico que usan tiene aires de civilidad, pero poco o nada conduce al Bien Común: la neutralidad y tolerancia serviles a la autonomía resultan incapaces de comprometer a alguien en un proyecto que supere sus metas individualistas y que, a ratos, requiera el sacrificio de las mismas por un bien mayor. Ciertamente se sigue hablando del Bien Común, ahora como saco dentro del cual cabe cualquier cosa, salvo aquellas relacionadas con la moral y el destino trascendente del hombre. Así, el Bien Común, tomado como fin, es en realidad el justificativo de los intocables medios y procedimientos: mercado y democracia. Fin de la historia.

Sin embargo, el liberal no llama explícitamente a que los individuos dejen de preocuparse de la cosa pública. Al contrario, fomenta su participación mientras esta no incomode al resto. Claro, a través del consumo, el pago de impuestos y el voto. Además del uso del control remoto: pues la tolerancia manda cambiar de canal o apagar, pero jamás criticar el espectáculo chabacano. Participamos mirando para el lado. Y para nuestro ombligo. “Preocúpese de sus cosas”, dicen. Ese es el animal político: el que no molesta.

*En este escenario el auténtico bien del hombre en sociedad se vuelve una utopía, un despropósito hacia el cual ni los expertos en *management*, siempre serviles a sus indicadores de cumplimiento, planillas Excel y cartas Gantt, pueden llevarnos, ello sin importar su *accountability* dentro del proceso. Es que desde la exagerada exaltación de la autonomía de los cuerpos intermedios, pasando por*

la irreal y absurda minimización a todo evento del Estado –sí, subsidiariedad mal entendida y a ratos pervertida–, no se evita la coronación del individuo aislado –no la persona naturalmente sociable– como centro y fin de todo. Menos aún cuando ese egoísta, buscando satisfacer sus necesidades, empuja el motor materialista y calma su conciencia mediante filantropía esporádica y la declaración de renta a fines de abril –que a su vez lo tranquiliza pues, según le enseñaron, elusión no implica evasión–. No, con tal discurso no basta. Tiene “buen lejos”, pero si se lo mira de cerca *se comprende su precariedad: no da para hacer patria; como diría Huidobro, a lo más alcanza para piara.*

El sentido común muestra que las premisas liberales son contradictorias, están llenas de excepciones; la existencia del liberal también: pues ninguno de ellos vive realmente según lo que pontifica, al menos cuando alguien les toca el bolsillo. Entonces nada de neutralidad ni tolerancia a la autonomía del otro. Rápidamente se olvida la teoría. Como dije al principio, se trata de una cosmovisión blandengue. Una ideología “reguleque”. Más claro aún: es una tontera. Pero políticamente correcta y de moda. Ante todo, cómoda por poco exigente. Así, en estos tiempos de “reality shows” y comida rápida –“todo, siempre y altiro”– la lleva.

Podría blindarme ahora con la armadura liberal –véase cómo quedo a salvo de toda crítica– usando la frase de rigor: que cada cual piense y diga lo que quiera, pues para ello tiene derecho. Pero no creo que los derechos sean facultades carentes de un fin proporcionado e indeterminadas. No creo en el derecho a lo absurdo, a comportarse irracionalmente, pero asumo que estos no son tiempos para dar la bienvenida a los que los antiguos llamaban recta razón y las facultades morales dirigidas por ella. Obvio: nadie quiere subordinar su discernimiento adulto a una regla o voluntad superior naturalmente cognoscible, aunque ésta sea objetivamente más perfecta y, aunque difícil, sea posible de cumplir en todos los casos. Ni hablar entonces de una Regla y Voluntad sobrenatural aún más desprendida del yo.

Conviene llamar la atención: lo que nos une, el liberalismo imperante, así entendido y vivido, es una doctrina que, además de absurda, es venenosa pues enferma el alma a punta de egoísmo, y así sienta las bases para la disgregación de la sociedad. El peor enemigo de aquella amistad cívica que enseñó Aristóteles es hoy el principal recurso declamatorio de cualquiera que pretenda ganar unos cuantos votos. Lo que nos une superficialmente, incluso elegido por consenso, impide que seamos amigos. Ni pensar en que seamos hermanos. *Nos separa. Nos aísla. Nos aliena. Nos amarga.* Donde la persona se sabe amada recibe y agradece la corrección para su bien. Aunque le duela. Mire usted una buena familia, modelo de sociedad: unos y otros se respetan, y prudentemente se preocupan, interesan e involucran. Se hacen parte, pues lo son. Se toleran sólo para evitar males mayores; ante todo, se procuran y realizan recíprocamente el mayor bien. Pero si el amor es sustituido permanentemente por autonomía... ¡no te metas, déjame solo! Hasta ahí llega la familia. Otro tanto pasa con la comunidad. Con esas premisas, adiós sociedad. Cambiemos de canal.

La sociedad de autónomos, en síntesis, está destruyendo a la persona al carcomer su capacidad y necesidad de amar. De amar en serio. Con sacrificio y desprendimiento. Pues reemplaza el recto amor a uno mismo –que encuentra el bien propio en y con el bien del otro– por el desorden del egoísmo a ultranza. De ahí que, al menos en mi experiencia, no he conocido un liberal coherente que, viviendo como piensa y predica, sea medianamente feliz. Todo lo contrario. Tal

vez por eso, muy en el fondo –ahí donde pocos se atreven a entrar por miedo a encontrarse vacíos y, paradójicamente, acompañados–, y tal como muestran sus excepcionales excepciones teóricas y prácticas, clamen por objetividad, bien, belleza y verdad. Irónico entonces que excluyan con tanta violencia a Dios. Con Él “se arreglaría el pastel”. Completo, en todo sentido: verdadera unidad y auténtica concordia; las partes ordenadas en el Todo. Comuni3n y amistad en el orden que no se detiene en la justicia sino que la supera. Porque el sentido de la vida y su realizaci3n no se alcanza si el otro no importa, aunque el liberal entronice la indiferencia al respetar y tolerar, instalando el egoísmo como regla y medida del ser y el obrar.

Ya volveremos al sentido com3n pues la verdad triunfa por su propio mérito y no queda est3mago para tanto sofisma; con Chesterton y Santo Tomás diremos que los huevos son huevos. Y que el amor es el remedio, sobre todo si es crucificado. Entonces seremos auténticos humanos: de esos que aman y hacen lo que deben.

ÁLVARO FERRER DEL VALLE*

*Profesor de Fundamentos del Derecho, Facultad de Derecho. Universidad Católica de Chile.

UNA VICTORIA EN FAVOR DE LA VERDAD: LA VIDA DE BERNARD NATHANSON

Durante las cuatro décadas de la guerra del aborto en los Estados Unidos se han producido muchos cambios de bando. Muchos que deberían estar en el lado pro-vida se posicionaron en las filas opuestas, el colectivo engañosamente llamado “*Catholics for a free Choice*” es el ejemplo más típico. Se trataba de seguir el camino fácil, ir con el flujo cultural dominado por las principales instituciones en los medios de comunicación y en la vida política.

Las deserciones desde el lado a favor del aborto, sin embargo, han sido mucho más dramáticas, por no decir heroicas. Norma McCorvey, la Jane Roe demandante de la causa del Tribunal Supremo que permitió la legalización del aborto en EE.UU., se convirtió en un oponente destacado del aborto y solicitó a la Corte Suprema que revocara su sentencia en el *Roe vs Wade*. Muchos otros la han seguido en la renuncia pública de la matanza de niños no nacidos; la más reciente Abby Johnson, una joven empleada de la clínica de Texas de *Planned Parenthood*, cuya historia apareció recientemente en *Mercatornet*.

Pero ninguna conversión a la causa pro-vida alcanza la importancia y resonancia de la del Dr. Bernard Nathanson, uno de los defensores activos de la legalización del aborto, que murió a la edad de 84 años. El Dr. Nathanson hizo tanto como el que más para poner en marcha el aborto como medio anticonceptivo habitual, pero por esa misma razón, cuando se dio cuenta de cuál era de verdad este “*procedimiento*”, empezó a escribir y a hablar intensamente para desacreditarlo.

Las guerras culturales –las que realmente importan– son siempre acerca de la verdad. Como obstetra y ginecólogo el Dr. Nathanson sabía que había un ser humano vivo en el vientre de una mujer embarazada, pero procuraba obviar este hecho científico. En primer lugar, tal vez, porque el aborto encajaba bien con su propio estilo de vida. En la universidad, en la década de los 40, dejó embarazada a su novia y utilizó dinero de su padre para pagar un aborto ilegal. “*Fue mi introducción en el mundo satánico del aborto*”, escribió más tarde. Después de instalarse en Nueva York dejó embarazada a otra novia y decidió abortar él mismo al niño, su hijo. ¡Cuántas veces la negación de la verdad viene motivada por las propias fechorías!

El hecho de que muchos practicaban abortos ilegales chapuceros le pareció una excusa para participar en la campaña a favor de su legalización en la década de los 60. “*El aborto ilegal es la causa principal de defunciones de mujeres embarazadas en 1967*”, escribió. Las justificaciones allanaron el camino a la mentira.

En *Aborting America* (1979), admitió: “*Despertamos suficiente simpatía para vender nuestro programa del aborto permisivo inventando el número de abortos ilegales que se hacían anualmente en los EE.UU. La cifra real se acercaba a 100.000, pero la cifra que se dio a los medios de comunicación en varias ocasiones fue de 1.000.000. Y la repetición de una gran mentira con suficiente frecuencia convenció al público. El número de mujeres que morían por abortos ilegales era de 200 a 250 al año. La cifra con la que alimentábamos constantemente los medios de comunicación era de 10.000. Estas cifras falsas echaron raíces en la conciencia de los americanos, convenciendo a muchos de que necesitábamos desmontar la ley contra el aborto*”.

Otra mentira –la que se dice a la hora de promover aborto– fue la del nombre dado a la clínica abortiva de Nueva York donde el Dr. Nathanson, como director y por su propia cuenta, “presidió más de 60.000 muertes” entre 1970 y 1972: *Centro de Salud Sexual y Reproductiva*. La “salud” en la frase insensibilizadora, ahora familiar, “salud sexual y reproductiva”, es válida quizá en el sentido de la prestación de abortos que no matan a las mujeres, pero viene acompañada necesariamente del cien por ciento en la tasa de mortalidad de los niños por nacer.

¿Qué hizo cambiar de opinión al cruzado defensor del derecho al aborto y, más importante, a su corazón? En parte fue la presión social: su perfil público como abortista hizo que fuera menospreciado en los círculos médicos legítimos y dañó seriamente su prestigio como obstetra. Sin duda, influyó también el fervor de los movimientos pro-vida que surgieron en oposición a la campaña a favor del aborto, de los que se hizo eco en un artículo publicado en 1974 en el *New England Journal of Medicine*.

En ese artículo el doctor Nathanson ya manifestó sus dudas acerca del aborto y del “slogan” que se utilizaba para justificarlo: “no puede ser vida humana lo que no puede existir de forma independiente”. Se levantaron “serias dudas en mi mente acerca de si la vida humana existía dentro de la matriz desde el comienzo mismo del embarazo...” ¿Por qué? Porque la tecnología estaba mostrando que eran unos mentirosos los que defendían otra cosa.

“La evidencia electrocardiográfica de la función cardíaca que se había encontrado en embriones de seis semanas. Los registros electroencefalográficos de la actividad cerebral humana que se habían observado en embriones de ocho semanas. Nuestra capacidad para medir señales de vida se hace cada día más sofisticada, y con el paso del tiempo seremos capaces sin duda de hallar señales de vida en las etapas más tempranas del desarrollo fetal”. Realizó su último aborto en 1979.

Los activistas pro-vida fueron los primeros en mostrar al Dr. Nathanson la verdad acerca del niño no nacido, la tecnología fue la segunda fuente de luz. Las imágenes por ultrasonido se desarrollaron rápidamente por aquel entonces, y fueron estas imágenes del niño en el vientre las que finalmente lo convencieron de que en un aborto muere un verdadero ser humano. En 1985 hizo el cortometraje famoso y electrizante “*El grito silencioso*”, utilizando imágenes de ultrasonido en tiempo real, en que se muestra cómo un niño de 12 semanas intenta defenderse de los instrumentos de los abortistas. En 1987 se produjo otra película, “*El Eclipse de la Razón*”, que muestra un aborto tardío (cinco meses) con sus detalles horripilantes y estremecedores. Esta última película contiene testimonios de varios ex abortistas.

En la presentación de “*El Eclipse de la Razón*” el actor Charlton Heston señaló que desde 1973 se habían realizado más de 20 millones de abortos en los EE.UU. Sin embargo, a pesar de la importancia de la cuestión y el gran debate público al respecto, nunca se ha mostrado un aborto completo en la televisión. Los medios de comunicación han omitido lo que dicen que es su trabajo: informar al público, en este caso sobre los hechos del aborto.

Hoy en día cualquiera puede ver los videos del Dr. Nathanson y otros acerca del aborto en “*YouTube*”, pero ninguna de las cadenas principales de televisión ha mostrado estas imágenes. Incluso la colocación de carteles por los manifestantes pro-vida es ocasión de problemas; como si ellos trataran de cometer una acción peor que la de las personas que hacen la matanza. Como el Dr. Nathanson observó, *hay una conspiración en las instituciones para ocultar la verdad.*

Fueron incansables sus esfuerzos para rectificar las mentiras. Además de sus películas, los libros –en particular, *Aborting America* (1979)– y ciclos de conferencias por todo el mundo. Perdió amigos de su período pro-aborto, y de entre sus antiguos colegas, pero encontró nuevos amigos en el movimiento pro-vida.

Joan Andrews, una ardiente defensora del niño no nacido, que pasó más de un año en la cárcel por bloquear las entradas de las clínicas abortivas, tuvo con él una amistad particularmente estrecha. Tenía más de 40 años antes de casarse con Chris Bell, y cuando quedó encinta le pidió al Dr. Nathanson que la atendiera en su gestación. Fue una decisión bien valiente la de Joan al tomar un ex abortista para que cuidara el desarrollo de su hijo. La confianza que ella mostró en el Dr. Nathanson fue una gran ayuda para reconciliarse consigo mismo por todo el daño que había hecho a madres y niños.

Joan actuó como madrina del Dr. Nathanson, cuando fue bautizado en la Iglesia Católica por el Cardenal John O'Connor en 1996. No era necesario, pero sí muy apropiado, que el médico que solía describirse a sí mismo como un “*judío ateo*” presentara en un libro titulado *La Mano de Dios* su itinerario pro-vida. El sacerdote que le instruyó en la fe católica, el Padre C. John McCloskey, calificó el libro como “*una de las autobiografías más importantes del siglo XX*”, que presenta “*la inhumanidad del hombre y la posibilidad de redención*”.

Todos aquellos asesinatos –de los 75.000 de los que se hizo responsable, 5.000 los ejecutó él mismo y 10.000 fueron realizados por sus internos en *St Lukes Hospital* en Manhattan– crearon una deuda de justicia de restitución imposible. La carga sobre su conciencia hubiera sido terrible, insoportable, sin una fe que le asegurara el perdón. La deuda estaba perdonada; quedaba compensar por el mal. Joan Andrews Bell dice “*se sometió a grandes privaciones*”.

Siempre se acusaba: “*Yo soy de los que ayudaron a marcar el comienzo de esta era de barbarie*”, escribió en *La Mano de Dios*. Y, “*Conozco bien cada faceta del aborto. Yo ayudé a alimentar la criatura en su infancia con grandes cantidades de sangre y dinero. La dirigí en su adolescencia hasta su desarrollo irresponsable y fuera de control*”.

El *New York Times* presentó esta última frase de manera crítica, como un mero recurso retórico del Dr. Nathanson para dejar boquiabierto a la audiencia. No es sin embargo más que una muestra de su profunda sinceridad y del heroísmo con que en su momento dio un vuelco completo a sus ideas y a su vida. Se ha ganado bien el derecho a ser tenido como uno de los héroes de la dignidad humana.

CAROLYN MOYNIHAN*

*Este artículo fue publicado originariamente en Mercator.net. La versión en castellano es de <http://www.almudi.org/>.

EL LEGADO INTELECTUAL DE JAIME GUZMÁN

A veinte años del alevoso asesinato de Jaime Guzmán, lo horrendo del hecho y el peregrinar de familiares y amigos en búsqueda de verdad y justicia pueden hacer pasar a un segundo plano el aporte que su pensamiento y obra, plenamente actuales, representan para el país. Entre las numerosas reflexiones que sobre esto se pueden realizar, parece indispensable detenerse en una de las más relevantes para una convivencia sana: su inquebrantable defensa de las autonomías sociales y el principio de subsidiariedad.

En su temprana juventud, Jaime Guzmán se encontró con una sociedad que estaba a las puertas de fracturarse irreconciliablemente. Las causas de ello eran muchas, pero jugaba un papel central la exacerbada ideologización del país. Dentro de ese proceso, los cuerpos intermedios –vehículo indispensable para el desarrollo integral de las personas– habían sido capturados, cuál más cuál menos, por esas mismas ideologías. Éstas, controladas por los partidos políticos, desnaturalizaban la función propia de esas agrupaciones.

De este modo, Chile, dominado por las opciones contingentes y partidistas, se veía privado del papel fundamental que en una sociedad auténticamente libre cumplen las asociaciones que están entre la familia y el Estado. Así, la política y sus debates asfixiaban las otras dimensiones de la vida en comunidad, dificultando, y muchas veces impidiendo, que florecieran las más variadas y legítimas iniciativas y objetivos. Esto mismo además empujaba a un constante crecimiento del aparato estatal, lo que contribuía a ahogar la acción de los cuerpos intermedios y de las personas.

En ese contexto, Jaime Guzmán concibió una corriente de pensamiento que, inspirada en el acervo cultural del occidente cristiano, articula libertad y solidaridad, derechos y obligaciones, todo con miras al bien común. Esa doctrina, respuesta coherente a nuestra época y sus desafíos, mira con desconfianza tanto las soluciones nostálgicas inspiradas en sociedades cerradas de base corporativa, como aquellas utopías que pregonan una autonomía moral anarquizante. De este modo, frente a la falsa disyuntiva de elegir entre las diversas formas de colectivismo –de origen racionalista o religioso– y el individualismo, imaginó una alternativa distinta y coherente con la dignidad trascendente del ser humano.

La convicción de que los cuerpos intermedios son expresión y ejercicio de la libertad responsable de los ciudadanos lo llevó a promoverlos, exigiendo que el Estado se apartara de los ámbitos en que aquellos cumplían eficiente y legítimamente objetivos sociales. Al mismo tiempo, comprendiendo que en una sociedad abierta la vinculación a estos cuerpos es voluntaria, rechazó su instrumentalización por loable que pareciera. Los dirigentes gremiales actúan indebidamente al usar la asociación en beneficio de sus opciones personales. Tenerlas, expresarlas y defenderlas es válido y natural, pero no puede hacerse manipulando la representación que ostentan, ya que de hacerlo se viola la dignidad humana de los asociados que, en lo contingente, pueden y tienen derecho a tener otras preferencias. La defensa de los bienes fundamentales nunca se podrá hacer sacrificando parte de ellos. Este fue el discurso gremialista que levantó en la Universidad Católica

y que luego inspiró su vida política, incluyendo, por cierto, su aporte a nuestra institucionalidad.

El riesgo de trastocar las organizaciones sociales y de que el Estado asuma, como “gran hermano”, una porción importante de las tareas que corresponden a las personas y las agrupaciones está siempre presente. Favorecer el paternalismo que genera clientes y no ciudadanos, y cuerpos intermedios dóciles a las ideologías de turno, es una tentación que tienen todos los sectores políticos. Por ello, la doctrina de Jaime Guzmán que armoniza subsidiariedad y autonomías sociales, dando una respuesta coherente a la realidad, no sólo está totalmente vigente, pues sirve para discernir las acciones concretas, sino que es un legado imperecedero para las futuras generaciones y fundamental para construir una sociedad auténticamente justa, libre y responsable.

CARLOS FRONTAURA R.*

*Profesor de Historia del Derecho, Facultad de Derecho, Universidad Católica de Chile.

TOTALITARISMO DÉBIL

La democracia, por sí sola, no vacuna contra el totalitarismo. Democracia se opone a autocracia o dictadura, pero no a totalitarismo. Talmon escribió un ensayo titulado *Rousseau y los orígenes de la democracia totalitaria*. Democracia y totalitarismo no son, pues, incompatibles.

Al final de *La democracia en América*, acaso el mejor libro que se haya escrito sobre la democracia, escribe Alexis de Tocqueville: “*Las naciones de nuestro tiempo no pueden evitar la igualdad de condiciones en su seno, pero de ellas depende que esta igualdad las conduzca a la servidumbre o a la libertad, a la civilización o a la barbarie, a la prosperidad o a la miseria*”.

Y Macaulay afirmó que “*las instituciones democráticas puras conducirán, tarde o temprano, a la destrucción de la libertad, de la civilización, o de ambas*”. No la democracia, sino la democracia pura o radical. La democracia no garantiza la libertad, la civilización ni la prosperidad. Por supuesto, tampoco las impide. De ella nacen dos caminos, y depende de cada nación cuál de los dos toma: el de la libertad, la civilización y la prosperidad, o el de la servidumbre, la barbarie y la miseria. Tal vez no sea impertinente preguntarnos cuál de estas dos vías está transitando hoy la democracia española.

No encuentro razón para negar que en España la libertad, la civilización y la prosperidad se encuentren amenazadas. Tenemos, sin duda, instituciones democráticas, aunque su funcionamiento sea muchas veces defectuoso. Pero ya sabemos que eso no garantiza la libertad. Un amo democrático y, más o menos, benevolente no deja de ser un amo. Y no hay libertad si existe un amo.

Tocqueville advirtió que en los tiempos democráticos la ciencia del despotismo, antaño mucho más compleja, se había simplificado. Bastaba al déspota con amar la igualdad o, al menos, aparentar que la ama. Los ciudadanos rechazarán cualquier atentado contra la igualdad, pero aceptarán sumisos la entrega de su libertad al poder democrático.

Tres ejemplos domésticos: la intromisión ilegítima del Gobierno en la educación; la imposición de la memoria histórica; y la invasión de las costumbres, como hace, por ejemplo, el nuevo proyecto de ley de *Igualdad de trato*. Corremos el peligro de la imposición estatal de una especie de “*religión*” laica y política.

Condorcet escribió: “*Los mismos que quisieron liberar a los hombres del yugo de la religión se arriesgan a convertirse en servidores de un culto no menos opresivo. A partir del momento en que es el poder el que dice al pueblo lo que hay que creer, nos encontramos con una especie de religión política, apenas preferible a la anterior*”. El poder temporal aspira así a imponer las creencias que le convienen. El poder podrá de este modo vigilarlo y controlarlo todo, hasta las conciencias. Es un camino, lento y seguro, hacia el despotismo. Se equivoca quien piense que los ciudadanos no necesitamos defender la libertad frente a nuestros representantes. La tradición liberal ha rechazado la pretensión de los Estados de determinar el contenido de la educación.

Por lo demás, un Estado educador es casi una contradicción en los términos. Una cosa es el poder y otra la verdad. John Stuart Mill afirmó que el Gobierno debe promover y exigir una buena educación para los niños, pero jamás propor-

cionársela por él mismo. La función del Estado en la educación es garantizar el ejercicio del derecho a ella, pero nunca determinar su contenido. A menos que uno opte por el totalitarismo.

La verdad no depende del sufragio universal. Un buen Gobierno no se opone a que el conocimiento aumente, pero jamás puede legítimamente determinar lo que es verdadero o bueno. Si el poder público impone como verdad sus opiniones, destruye la libertad.

Creo que lo ha sentenciado recientemente Tzvetan Todorov, en *El espíritu de la Ilustración*: *“No corresponde al pueblo pronunciarse sobre lo que es verdad o mentira, ni al parlamento deliberar sobre el significado de los hechos históricos del pasado, ni al gobierno decidir lo que debe enseñarse en la escuela. La voluntad colectiva o soberana del pueblo topa aquí con un límite, el de la verdad, sobre el cual no tiene influencia. Esta independencia de la verdad protege al mismo tiempo la autonomía del individuo, que puede apelar a la verdad ante el poder. La verdad está por encima de las leyes. Por su parte, las leyes del país no son fruto de una verdad establecida, sino expresión de la voluntad pública, siempre sujeta a variación. La búsqueda de la verdad no depende de la deliberación pública, ni esta de aquella”.*

A veces, se diría que algunos atacan a la religión (cristiana) o a la Iglesia Católica para ocupar su lugar como poder espiritual. Pero si el poder espiritual y el temporal llegaran a reunirse en las mismas manos, la libertad sucumbiría irremediablemente.

Por lo demás, la lógica del Estado del bienestar conduce en la práctica a invalidar el criterio de Mill para delimitar cuándo la sociedad puede interferir legítimamente en la libertad de una persona. Todo lo que hago o dejo de hacer puede, en alguna medida, afectar a otros. Por lo tanto, todo puede ser regulado o prohibido. Parece que en esas estamos. Lo mismo cabe decir de la intromisión en las costumbres. Como el Estado aspira a regularlo todo, no puede dejar fuera nada, ni siquiera lo que el buen sentido encomienda al civismo o a la buena educación.

Hay cosas que no se pueden imponer mediante el Derecho, o que, si se intenta, resulta contraproducente. Cedo la palabra a Amartya Sen, quien no es, creo, un ultraliberal: *“La importancia ética de la libertad de un tartamudo a no ser menospreciado o ridiculizado en público puede ser muy importante y merecer protección, pero no es probable que sea un buen tema para que la legislación punitiva (con multas o encarcelamientos para los desaprensivos) suprima la violación de la libertad de expresión de la persona afectada. La protección de ese derecho humano tendría que procurarse de otra manera, por ejemplo a través de la influencia de la educación y la discusión pública sobre la civilidad y la conducta social”.* Dejemos de lado el detalle de que si se trata de un derecho humano, entonces deberá intervenir el Derecho. Salvo en esto, Sen tiene razón.

La libertad, la civilización y la prosperidad se encuentran amenazadas entre nosotros, aunque la mayoría, algo miope, solo repare en la tercera. Nadie sensato comparará nuestra situación con la que impusieron los totalitarismos del siglo pasado. Pero existe un totalitarismo, acaso más débil y benigno, pero no menos totalitario, que oprime directamente las conciencias sin necesidad de violentar los cuerpos.

En este sentido, no es que la libertad nos esté siendo arrebatada; más bien la perdemos por desuso, por falta de afecto y apego a ella. Por eso, me parece mucho más urgente reivindicar hoy la libertad que la igualdad, pues está mucho más amenazada. En cualquier caso, no estamos ante un destino inexorable. De nosotros depende que la democracia nos lleve hacia la libertad, la civilización y la prosperidad, y no hacia la servidumbre, la barbarie y la miseria.

IGNACIO SÁNCHEZ CÁMARA*

*Este artículo fue publicado originalmente por ABC, <http://www.abc.es/>.

REFLEXIONES TOMISTAS

LA ACTUALIDAD DE SANTO TOMÁS

Iniciamos hoy otro año académico en el Seminario encomendándonos a la intercesión de Santo Tomás de Aquino, bajo cuyo patronazgo nos reconocemos. Mantenemos con este gesto la continuidad de una tradición platense que ha seguido con fidelidad los pasos de la Iglesia universal. No han faltado, en las últimas décadas, voces disonantes que proclamaban la caducidad de la inspiración tomasiana de los estudios eclesiásticos; la consideraban obsoleta, inadecuada a las exigencias científicas, culturales y pastorales de la actualidad. Sin embargo, el último Concilio ecuménico –que en esto ha sido el único en la historia– recomienda dos veces el recurso al Doctor de Aquino. En la declaración sobre la educación cristiana de la juventud se establece que en el cultivo de las disciplinas universitarias ha de señalarse la armonía entre la fe y la razón *siguiendo las huellas de los doctores de la Iglesia, principalmente de Santo Tomás de Aquino* (Gravissimum educationis momentum, 10). En el decreto sobre la formación sacerdotal se dispone que los estudiantes de teología deben empeñarse en profundizar en los misterios de la fe para descubrir la íntima conexión que los religa; tienen que iniciarse en la especulación teológica *bajo el magisterio de Santo Tomás* (Optatam totius, 16).

La actualidad permanente del Aquinate y la consiguiente pertinencia del estudio de sus obras y de la adopción de sus principios ha sido remarcada por la enseñanza reciente de los pontífices. Basta recordar la encíclica *Fides et ratio* de Juan Pablo II y varias intervenciones de Pablo VI, a quien le correspondió celebrar el séptimo centenario de la muerte de Santo Tomás. En esa oportunidad aseguró que *todos, todos los que somos hijos fieles de la iglesia podemos y debemos, por lo menos en alguna medida, ser discípulos suyos*. Además, aquel Papa preguntaba: *Maestro Tomás, ¿qué lección nos puedes dar?* Y se respondía: *la confianza en la verdad del pensamiento religioso católico, tal como él lo defendió, expuso y abrió a la capacidad cognoscitiva de la mente humana*. Benedicto XVI le ha dedicado a Santo Tomás las catequesis de tres audiencias generales, las de los miércoles 2, 16 y 23 de junio de 2010. Ha dicho: *incluso más de setecientos años después de su muerte, podemos aprender mucho de él*. El pontífice destaca sobre todo la valoración tomasiana de la razón y su capacidad para alcanzar la auténtica verdad sobre el hombre. Dice, sintéticamente: *Santo Tomás nos propone una visión de la razón humana amplia y confiada: amplia porque no se limita a los espacios de la llamada razón empírico-científica, sino que está abierta a todo el ser y por tanto también a las cuestiones fundamentales e irrenunciables del vivir humano; y confiada porque la razón humana, sobre todo si acoge las inspiraciones de la fe cristiana, promueve una civilización que reconoce la dignidad de la persona, la intangibilidad de sus derechos y la obligatoriedad de sus deberes*. En la catequesis de Benedicto XVI se refleja el altísimo concepto que Santo Tomás tenía de la

persona humana, *lo más perfecto que hay en toda la naturaleza* y la actualidad de su enseñanza sobre el obrar humano y la ley natural, en la que se expresan las exigencias de nuestra condición. *Cuando se niega la ley natural y la responsabilidad que implica* –afirma el Papa– *se abre dramáticamente el camino al relativismo ético en el plano individual y el totalitarismo del Estado en el plano político.*

Como sabemos, la obra del Doctor Angélico es vastísima. Ante todo, hay que mencionar las síntesis teológicas: el *Escrito sobre las Sentencias* de Pedro Lombardo no es un mero comentario, sino que suscita cuestiones sobre temas que emergen de aquel texto oficial de la enseñanza universitaria de la teología; la *Suma contra los Gentiles*, que ha sido llamada incorrectamente Suma Filosófica; su obra máxima, la *Suma Teológica*, interrumpida en la cuestión 90 de la tercera parte; y el *Compendio de Teología*, que también quedó inconcluso y en el cual intentó distribuir la materia utilizando como principio ordenador la fe, la esperanza y la caridad. El conjunto de los escritos tomasianos incluye disputas universitarias, comentarios a la Sagrada Escritura, comentarios a Aristóteles y a otros autores, escritos polémicos, tratados sobre asuntos particulares, respuestas a consultas sobre diversos temas, textos litúrgicos y predicaciones. Se le atribuye además una serie de escritos de dudosa autenticidad.

La *Suma contra los Gentiles*, compuesta entre 1259 y 1264, y la intención que le dio origen, manifiestan un flanco singular de la presentación de la verdad cristiana. En algunos manuscritos la obra recibe este título: *Libro sobre la verdad de la fe católica, contra los errores de los infieles*. El calificativo de infieles se refiere, en general, a quienes resisten a la fe, pero frecuentemente en el texto designa a musulmanes y paganos. Desde el comienzo, el autor advierte que el oficio del sabio es doble: proclamar la verdad que ha meditado y refutar los errores que se le oponen. La *Suma Contra los Gentiles* es una obra de sabiduría, pero no una síntesis teológica propiamente dicha, ya que se notan en ella muchas omisiones; parece más bien destinada al uso de los fieles que estaban en contacto con no cristianos y tenían que afrontar sus objeciones y responder a ellas con argumentos eficaces. Hoy diríamos que tiene un carácter misional, apologético. Es un testimonio del diálogo y la controversia entablada en el siglo XIII por los pensadores católicos con los sabios judíos y musulmanes, una especie de manual para esa importantísima tarea eclesial. Algunos sostienen que Santo Tomás lo compuso por encargo del maestro general de su Orden, para el uso de los misioneros dominicos que predicaban en España y en el norte de África. El Padre Patfoort la define como *una escuela de presentación de la fe cristiana a los infieles*.

El planteo metodológico del Aquinate es actualísimo. Se propone demostrar que las verdades de la fe no son imposibles, incongruentes, ilógicas; para manifestarlo toma en cuenta qué podría pensar de sus explicaciones la gente que no tiene fe o se broquea en prejuicios contra ella. Comprende que no se puede convencer a tales adversarios con las mismas razones que bastan a los fieles; la insuficiencia de esos argumentos los llevaría probablemente a creer que no tiene fuerza racional nuestra adhesión a la verdad y así quedarían confirmados en el error. El principio fundamental es que *la razón natural no puede ser contraria a la verdad de la fe*. Por eso, en los tres primeros libros de esta *Suma*, Santo Tomás se dedica a esclarecer puntos de la doctrina católica que son accesibles a la razón: lo que ésta es capaz de investigar acerca de Dios pero que la revelación aclara y refuerza. El diálogo entre cristianos e infieles implica que antes de abordar las diferencias se subrayen

los puntos de acuerdo. En el libro IV la temática es más propiamente teológica; al exponer los misterios de la fe que exceden a la razón, el Santo Doctor exhibe argumentos que permitan a los no creyentes reconocer que esas verdades no son contrarias a la idea que ellos tienen de Dios. Emplea para ese fin las autoridades que ellos aceptan: el Antiguo Testamento en la discusión con los judíos, el Nuevo con los herejes, la razón natural con los musulmanes y paganos. La discusión se apoya en la meditación, y supone la posibilidad de un encuentro armonioso entre la filosofía y la Sagrada Escritura, la razón y la revelación, los autores no cristianos y los Padres de la Iglesia y demás doctores católicos.

Me he detenido en la *Suma contra los Gentiles* porque constituye, *mutatis mutandis*, un modelo a seguir. También hoy el maestro de la verdad católica –como se decía en el siglo XIII–, el profesor de religión, el predicador ministro de la Palabra y aun los fieles ilustrados no pueden contentarse con una simple exposición de la doctrina, sin consideración de los errores contrarios que la oscurecen, de los prejuicios culturales que impiden su recta comprensión, del ambiente filosófico o más bien ideológico que se va tornando hegemónico en la opinión general. Es preciso elaborar un acompañamiento apologético de la difusión de la verdad y para eso estudiar el pensamiento contemporáneo, registrar sus puntos de acuerdo o de no oposición a la fe, para apoyarse en ellos y elaborar los argumentos racionales necesarios para desmontar los errores que la contradicen. Benedicto XVI en su obra personal como teólogo y en su magisterio como pontífice manifiesta el aprecio de la tradición católica por el papel de la razón en la búsqueda de la verdad natural y en la fascinante aventura del *intellectus fidei*, en el gozoso ejercicio de pensar la fe.

Al invocar a Santo Tomás en el comienzo de las lecciones del año tendríamos que advertir que esta referencia no puede ser meramente ceremonial. ¿Qué contacto efectivo con su pensamiento pueden establecer los alumnos en los cursos de filosofía y de teología? Reconozcamos que normalmente se estudia con manuales y que no es común en los programas la lectura directa de sus textos, más allá de algunas citas o fragmentos seleccionados. Es verdad que el Doctor Angélico no abordó todas las cuestiones de las materias que hoy integran el currículo; es necesario completar y actualizar su enseñanza para desarrollar nuevos temas y dar razón de enseñanzas más recientes del magisterio eclesial.

Pero los alumnos de esta época pueden tener que enfrentar dificultades de índole subjetiva y cultural para leer a Santo Tomás. Para hacerlo, en primer lugar hay que tener tiempo y querer dedicarlo a esa tarea. Estamos apremiados por muchos requerimientos, la imprescindible entrega al estudio se ve disipada por múltiples objetos de distracción. Las nuevas tecnologías no solo ofrecen maravillosas posibilidades para el empeño intelectual; también representan una trampa: basta pensar en el tiempo que pierden tantos jóvenes solazándose en gansadas mediante *facebook*, *twitter*, chateos y mensajitos telefónicos. Además, registremos esta paradoja: la simplicidad y la claridad de la *ratio* tomasiana abruma a quienes no están adiestrados en hábitos rigurosos de pensamiento. La desconexión lógica es –al decir de psicólogos y pedagogos– una deficiencia de muchos jóvenes de hoy que ya constituyen una generación digital. *Leer a Santo Tomás*, sin embargo, es un ejercicio costoso pero saludable, medicinal: ayuda a pensar según el dinamismo natural de la inteligencia y el que es propio de la fe; *ordena la cabeza*. Otro obstáculo es el idioma. Por cierto, existen muchas traducciones, pero es mejor leerlo

en latín –el suyo es accesible y podría proponerse como una meta en los cursos de esa lengua. Una posible solución sería ofrecer cursos optativos de lectura, en su original, de textos tomasianos; optativos, pero para algunos habría que aplicar el evangélico *compelle intrare*.

Las observaciones que acabo de presentar se refieren a la dimensión intelectual de la formación impartida en el Seminario, pero no exclusivamente a ella. La vida intelectual y la vida espiritual son realidades fraternas, vale decir: el estudio y la investigación por un lado, y por otro, el ejercicio de la oración y el cultivo de la comunión con Dios, están íntimamente vinculados en el hombre de fe. También en este aspecto de la personalidad cristiana resulta modélica la figura de Tomás. En una de las catequesis antes mencionadas, Benedicto XVI concluye así: *La profundidad del pensamiento de santo Tomás de Aquino brotaba –no lo olvidemos nunca– de su fe viva y de su piedad fervorosa*. Y cita una inspirada oración en la que el santo Doctor le pide humildemente a Dios: *Concédeme, te ruego, una voluntad que te busque, una sabiduría que te encuentre, una vida que te agrade, una perseverancia que te espere con confianza y una confianza que al final llegue a poseerte*. Oración que podemos hacer nuestra y que podemos adoptar como programa para este año, o mejor, como programa de toda la vida*.

MONS. HÉCTOR AGUER**

*Homilía en la misa de inauguración del año académico en el Seminario Mayor “San José” (7 de marzo de 2011).

**Arzobispo de La Plata.

REFLEXIONES FUERTES

I. CUANDO MUERE UN TERRORISTA

Sea quien sea el fallecido, nadie debe alegrarse, a nadie le conviene celebrar. Si el subversivo ha muerto en combate o en acción directa, no se ha marchado en paz: se ha ido en el medio de su odiosa vida. Al terrorista no le convenía vivir así ni morir así, y aunque él escogió libremente esa existencia, si hubiese humanos que se alegrasen por su triste final, ellos habrían entrado también por la senda del odio.

Es cierto que el mundo parece desde el momento de esa muerte un lugar más seguro y menos contaminado; pero eso no es verdad. El terrorista acribillado seguirá influyendo. La cadena que se ha conformado desde los jacobinos hasta Osama y cuyos eslabones han sido tan variados (anarquistas, leninistas, guevaristas, nacionalistas, maoístas, fundamentalistas, etcétera) no va a cortarse fácilmente.

La internacional terrorista sube y baja en los rankings de eficacia, pero sería ingenuo pensar que sus diversas ramas van a desaparecer así como así, por un revés aquí, por un muerto allá. Esa transnacional maneja perfectamente lo visible y lo oculto. Su visibilidad es siempre inocua; no agrede, sino que conmueve intentando convencernos de que el terrorista era una persona idealista y coherente, que fue reprimida y finalmente asesinada.

Si era figura mundial, cientos de miles de manifestantes recordarán al subversivo en el mundo entero. Y si era poco conocido, al menos unos cientos lo acompañarán hasta su tumba, encapuchados quizás. Calles y plazas, fundaciones y revistas, congresos y aniversarios recordarán su obra liberadora. Sobrarán los alcaldes, los líderes sociales y los comunicadores que quieran perpetuar la memoria de tan excelsa figura. Compañeros de ruta del terrorismo son...

El lenguaje, convenientemente deformado, se pondrá al servicio de su memoria: fue el amigo de los débiles, enfrentó a los poderosos, amó la justicia, siempre buscó la paz final –se dirá.

Se venderán sus poleras, no faltará la oferta de tazones para el café, el cine acogerá en documentales y ficción su vida heroica. ¡Qué bueno fue! Millones de jóvenes en el mundo entero recibirán su influjo poderoso, y de entre ellos, unos pocos miles decidirán incorporarse como eslabones a la cadena terrorista. Con apellidos irlandeses o árabes, vascos o iberoamericanos, tribales o urbanos, iniciarán la otra etapa, la de un ocultamiento que termina siendo siempre letal. Conocemos bien el proceso en nuestro propio Chile, porque lo vivimos desde mediados de los años 60 en adelante.

Reclutados por unos adultos apenas mayores que ellos, esos jóvenes dejarán de asistir a clases formales para matricularse en las escuelas del terror; en sus células leerán sobre Bakunin o Lenin, sobre Trotsky o Mao, sobre Guevara u Osama. Sus

familias –si las tienen– sospecharán que en algún carrito pesado están metidos los jovencitos, pero, faltos de voluntad o de medios, no lograrán alejarlos de esos ambientes.

Y un día –fatal para otros, para sus víctimas– darán su primer golpe, cometerán su primer crimen, engrosarán los listados de los buscados por los poderes a los que ellos mismos quieren derribar. Propiedad destruida, heridos, muertos. Ellos, por eso mismo, estarán así construyéndose desde el dolor ajeno.

El proceso nunca se detiene. Para validarse, irán arriesgándose más y más en la exposición de sus golpes, en la audacia de sus atentados. Y, entonces, otro día –esta vez, fatal para ellos– la inteligencia estatal los encontrará después de largo rastreo; los acorralará, morirán.

Es la historia visible y oculta del terrorismo: un cuento de nunca acabar. Veremos cómo empieza de nuevo esta vez.

II. ¿CÓMO MURIÓ ALLENDE?

Su deceso se produjo efectivamente el 11 de septiembre de 1973, pero la enfermedad que lo llevaría a la muerte era de larga data. Se llamó socialismo marxista e infectó a miles de dirigentes de las más variadas latitudes. Fue una auténtica pandemia, que causó cientos de miles de muertos por inoculación directa y otros 85 millones a causa de sus malas prácticas.

En Salvador Allende, la enfermedad presentó rasgos ya muy bien estudiados. Lo han hecho principalmente Gonzalo Vial en “El fracaso de una ilusión” y Víctor Farías en “Antisemitismo y eutanasia”; algunos aportes hemos hecho también en “La agresión del Oso”.

¿Qué rasgos presentaba esa antigua enfermedad que lo llevaría a su agonía y muerte entre noviembre de 1970 y septiembre de 1973?

Por una parte, su camaradería con los comunistas, vínculo que lo ayudó a centrarse en la mirada revolucionaria, a buena distancia de todo aburguesamiento excesivo. Momento clave de los síntomas pro comunistas fue su famoso discurso del 15 de marzo de 1953, recién muerto Stalin. En esa ocasión –con tonos pastorales– les aseguró a los camaradas del PC que debían consolarse con saber “que hay hombres que no mueren; Stalin es uno de ellos”. Casi 20 años después, de visita en la URSS, calificó al Estado soviético como “hermano mayor” y “pionero de la construcción de socialismo”.

Los análisis de su patología arrojan también altas dosis de castrismo y de guevarismo. Miembro del Comité permanente de OLAS (Organización Latinoamericana de Solidaridad), cuyo primer congreso se celebró en La Habana en abril de 1967, Allende firmó la declaración en la que se afirmaba que el objetivo de la revolución era “la toma del poder mediante la destrucción del aparato burocrático-militar del Estado y su reemplazo por el pueblo armado; dicho objetivo sólo es alcanzable a través de la lucha armada”. Y cuando en marzo de 1971 contestó la famosa entrevista de Régis Debray, calificó a la revolución cubana como portadora de “una lección extraordinaria” y al Che Guevara como ejemplo para la juventud chilena.

Una tercera anomalía se expresa en su continuo sectarismo, rasgo tan propio de la enfermedad del materialismo dialéctico: el polo revolucionario debe aniqui-

lar al polo burgués. En tiempos de juventud se manifestó, en primer lugar, en su memoria sobre “Higiene mental y delincuencia”. Ya en 1933, el doctor promovía un gravísimo antisemitismo, al sostener que los judíos presentaban una tendencia a la delincuencia, en particular a “la estafa, la falsedad, la calumnia y, sobre todo, la usura”. Poco después, en noviembre de 1939, proponía, en su calidad de ministro de Salubridad del Presidente Aguirre Cerda, el proyecto de ley de esterilización de los alienados, lleno de terribles coincidencias con la espantosa ley nazi de julio de 1933.

Pero, a pesar de sus aparentes moderaciones, la tendencia sectaria volvería a aparecer como un rasgo patológico muchos años después, siendo Allende ya el “Compañero Presidente”. ¿Existe alguien que no haya leído su famosa afirmación “Tampoco soy el Presidente de todos los chilenos”, frase de la que se cumplen esta semana los 40 años?

En fin, otros rasgos entregan también los exámenes históricos practicados al paciente: incompetencia, intransigencia, mesianismo, todos típicos de su ideología.

Los jueces han sido convocados a realizar una tarea de investigación sobre la muerte de Salvador Allende. Tendrán que destinarle un poco de tiempo para llegar a una conclusión ya consolidada: suicidio.

Pero, por nuestra parte, los historiadores llevamos décadas, decenas de miles de horas, estudiando al personaje. Bien se puede afirmar: murió de marxismo.

III. SIERVOS Y PUEBLOS ORIGINARIOS

A mediados de febrero de 1861, hace justo 150 años, Alejandro II, Zar de todas las Rusias, decretó la libertad de los siervos. Esas almas muertas que el personaje de Gogol compraba para dárselas de poderoso, en la medida en que eran hombre vivos, comenzaban a tener una vida distinta, al menos en el papel.

Desgraciadamente, casi todo quedó en el papel.

Los primeros en experimentar que no era nada de fácil integrar a los ex siervos en la vida rusa, fueron los populistas. Se lanzaron al campo, convencidos de que los mujiks constituían la clase revolucionaria por excelencia. Fracasaron.

Cincuenta años después, hacia 1906-7, Stolypin, ministro de Nicolás II, intentó una reforma agraria para hacer avanzar al campesinado ruso –más de cien millones de personas– hacia una verdadera vida digna. Fue asesinado.

Stalin, pasadas dos décadas largas desde ese nuevo fracaso, practicó otra fórmula, mucho más exitosa para “integrarlos” a la sociedad, ya soviética: *los aniquiló por la colectivización y el hambre*. Entre 7 y 11 millones perecieron a partir de 1928 y especialmente en los terribles años 1932 y 1933.

Ingeniería social, varias formas de ingeniería social, todas fracasadas o criminales, porque nunca hubo una pizca de trabajo humanitario fundamental con esos hombres, tan rústicos como crédulos, más allá de la tarea religiosa realizada por la Ortodoxia y por los Viejos creyentes.

Hoy se oye hablar en Chile de un eventual reconocimiento constitucional para los pueblos originarios.

Papel más o menos, si no se despliega una tarea de formación humana y cultural mucho más efectiva que la realizada hasta ahora, los indigenistas, los

reformistas y los violentistas se seguirán disputando el capital político de esos pueblos, sin que consigan otra cosa que usarlos como pretexto, mientras los mantienen sumidos en la miseria.

Por cierto, en Rusia hubo una pequeña cantidad de campesinos que dejó el campo para integrarse a las ciudades. Es lo que una gran mayoría de los indígenas ha hecho ya en Chile, porque son chilenos.

IV. EL POSNATAL QUE FALTA

Las relaciones entre los padres y sus hijos recién nacidos constituyen sólo la segunda etapa de un largo vínculo que ha comenzado nueve meses antes y que –en este tema sí que sí– sólo la muerte termina rompiendo.

El problema es que en muchas dimensiones sociales –en la familiar también– se vive en Chile de modo algo esquizofrénico. Pasa en la relación entre los días de estudio y el fin de semana de carrete en el alumno universitario; sucede en la comparación entre candidato simpático y parlamentario ya electo, pero totalmente apático; se aprecia en el afectuoso jefe de hogar vespertino, que se ha comportado durante el día como un despótico jefe laboral. Esquizofrenias.

Hay también otras fracturas, las que afectan específicamente la relación entre padres e hijos, ese vínculo tan claramente reforzado por el posnatal. Sea cual sea la mejor solución respecto de plazos y de montos, quienes discuten afirman buscar las mejores condiciones para el desarrollo de los afectos y de los cuidados parentales y maternos.

Pero eso no es completamente cierto. No lo es, porque la mayoría de los criterios y de las políticas vigentes afectan gravemente, de modo esquizofrénico, la adecuada relación entre padres e hijos.

El despliegue hace más de 40 años de una campaña de control de la natalidad –de la que se enorgullece el presidente actual de la DC– daña sutilmente el vínculo entre los padres y aquellos hijos estrictamente planificados, casi de planilla Excel.

A su vera, *el crecimiento estadístico de la mentalidad abortista* muestra cómo se incentiva a las madres a discriminar entre quiénes podrán ser finalmente amantados y quiénes irán al tarro de la basura. Por cierto, dentro de esa esquizofrenia, está aquella otra, más sutil: la hija, que fue criada por su madre, no necesita consultarle ni a ella si a su vez puede eliminar a su propia hija... el día después.

Y todo esto, bien adobado con el despliegue de *la campaña antimatrimonial*, porque no se trata ya sólo de una difusión del divorcio, sino de una promoción de la simple junta. En el “no te cases”, en el “no te comprometas”, en el “sólo convive mientras te guste”, está el llamado esquizofrénico a privar a tu hijo de la seguridad más elemental complementaria a su lactancia materna: la que dan un hombre y una mujer, quienes, después de procrearlo –y desde su propia debilidad–, se comprometen establemente a fortalecer al tercero más desvalido.

Y, por cierto, súmale *el divorcio*, gran progreso de la esquizofrenia, porque al mismo tiempo que llamas a los padres a implicarse más y más en los cuidados del

niño, más los animas también a mandarse cambiar en cuanto les parezca que esa misma carga –sí, la mujer o el marido y los hijos comunes– pueda disfrazarse de un “se nos acabó el amor”. Tienes que luchar durante meses por sacar adelante a tu hijo, pero en cuanto quieras estás autorizado a dejar de esforzarte para sacar adelante tu matrimonio –dentro del que están, vaya, tus mismos hijos.

Falta todavía. A ese mismo hijo que ha sido criado en su específica sexualidad, numerosas políticas y elaborados programas lo tratarán –a medida que se acerque a la pubertad– como un ser asexuado, simple materia de las *teorías del género*, y, en algunos casos, peor: lo promoverán como un manojito de instintos, emancipándolo tempranamente de sus padres, a los que en virtud de ese despliegue convertirá en abuelos a temprana edad.

Triste: cuando el niño tiene apenas seis meses, en las actuales condiciones de la sociedad chilena, ahí sí que comienza a sufrir de verdad.

O se corrigen las mentalidades descritas y se promueven políticas que configuren el posnatal que falta, o el nuevo es sólo una pomadita, casi un placebo.

En las actuales condiciones de la sociedad chilena, cuando el niño tiene apenas seis meses, ahí sí que comienza a sufrir de verdad.

V. EDUCACIÓN, LUCRO Y ENDEUDAMIENTO

Te comprendo, estimado dirigente estudiantil. Tienes que plantearte frente a la contingencia de la educación superior porque, efectivamente, hay problemas que afectan a tus compañeros, a tus profesores, a los administrativos, a las familias, a todo Chile. Pero hay inconsecuencias tuyas, estimado dirigente, que no ayudan para nada a que puedas hacer buenas proposiciones y a que consigas adecuadas soluciones.

Ante todo, el modo en que miras el lucro: lo describes como la lepra que se come el sano tejido educacional.

Si eres marxista, te entiendo: para ti todas y cada una de las acciones están regidas por la explotación a través de la plusvalía. No sacaré nada con argumentarte contra esa tesis marxiana, porque ya está en tu sistema de lugares comunes. Quizás, cuando trabajes, compruebes su falsedad.

Pero si eres simplemente un dirigente de buena voluntad, míralo así: en educación, el lucro está presente en todas las dimensiones de aquella actividad y es, casi siempre, necesario y legítimo. Lucramos los profesores al cobrar nuestros sueldos, obtener honorarios por proyectos de investigación, vender nuestros libros y patentes, dar conferencias o hacer asesorías. Lucran los administrativos a medida que suben por los peldaños de los escalafones burocráticos y consiguen mejores condiciones de sueldos y de beneficios. Y lucran todos tus compañeros, estimado dirigente. No sé si te vas a atrever a decírselo a la cara, pero todos y cada uno de ellos –tú también, por supuesto– tienen sus ojos puestos en niveles de ingresos actuales (mientras ya son alumnos, muchos trabajan) y futuros. Pregúntales si saben cuánto ganarán al egresar y cuánto al quinto año y cuánto al consagrarse. Lo saben perfectamente y eso los atrae. Es legítimo... y es lucro.

Y lucran las editoriales, y todos los proveedores de la educación, y los clientes que contratan profesionales. Todos lucramos: *déjate de eufemismos*.

Pero además, estimado dirigente, te engañas al creer que tú y tus compañeros son unos indigentes que al endeudarse se condenan al fracaso. Tú y tu familia –mira las estadísticas de los créditos de consumo– viven endeudados. Que si la ropa, que si los electrodomésticos, que si el supermercado, que si las cuotas de las últimas vacaciones. Lo que pasa es que la cultura del ahorro para educación se perdió, como en general se ha deteriorado la provisión de dineros familiares para las necesidades futuras.

Míralo así: pregunta en tu casa cuál es el nivel de endeudamiento por consumo y aplica esos montos a tu educación. Te va a cruzir la conciencia. Pero hay más. Analiza tu actual nivel de gasto mensual. ¿Te lo recuerdo? Seas del nivel que seas, logras gastar en todo esto (o, al menos, aspiras a hacerlo en cuanto obtengas unos pesos): celular, computador, música y equipos de música, carrete, megaeventos, deporte, transporte, fotocopias innecesarias, cine y video, comida que podrías llevar de tu casa, zapatillas y polerones en continua renovación, tus futuras vacaciones, revistas...

Suma, por favor, suma. Quizás argumentes que, estando en un mundo globalizado, necesitas todo eso. Pero se te puede contestar, entonces, que el que escoge en qué gastar eres tú, y que bienvenido el uso de tu libertad respecto de tus ingresos familiares y personales. Pero, recuérdalo, con esas mismas platas tendrás que pagar tus deudas a futuro.

Quizás ahora te beneficies de que el Estado te dé más. Pero después a ti mismo te cobrarán impuestos más altos para financiar esa tarea, y no tendrás ni la satisfacción de saber que pagaste directamente tus estudios ni la seguridad de que esos dineros efectivamente sean bien utilizados. Tú verás.

GONZALO ROJAS SÁNCHEZ*

VI. LOS LÍMITES DE LA MORAL...Y EL CIGARRILLO

Durante las últimas semanas he asistido a un ciclo de conferencias organizado por la Revista Humanitas y dictadas por el profesor Antonio Amado, acerca de la *“visión cristiana del mal”*. Las conferencias han tratado acerca de la naturaleza del mal y sus relaciones con Dios, la libertad y la Redención. No es mi propósito exponer lo que allí se ha dicho –ni siquiera me atrevería, considerando lo brillante que han sido las explicaciones del profesor Amado–, sino sólo poner énfasis en un aspecto acerca de la visión cristiana del mal que, por muy conocido, a veces perdemos de vista. Dicho aspecto tiene que ver con la *“naturaleza”* del mal: el mal NO EXISTE.

“El mal no existe”, nos ha enseñado claramente el conferencista, explicando a San Agustín y la doctrina cristiana. El mal, según se enseña, no es otra cosa que la privación de un bien debido por naturaleza, es decir, una ausencia de perfección en un sujeto que debiera poseerla. Si de algo se dice que es malo, es porque le falta algo, no por lo que sea o lo que tenga. Así, por ejemplo, decimos que la ceguera

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

es un mal, porque consiste en la ausencia de visión en quien debiera poseerla por naturaleza. La piedra no es ciega (porque no le compete ver). El hombre sí puede estar ciego, pues tiene la facultad para ver y, sin embargo, no ve.

Pues bien: si el mal no posee naturaleza propia –pues, aunque se da en un ser, el mal es una ausencia de ser, no es; y si no es, no posee naturaleza– no es ni accidente ni substancia. Es decir: todo lo que es, es bueno. No hay cosas malas. Y en esto quisiera detenerme.

Efectivamente, no hay cosas malas. La marihuana, la cocaína, el alcohol, el cigarro, y un largo etcétera, no son malos por naturaleza, a pesar de lo que pudiera pensarse. Por ello es que nadie peca por fumarse un cigarro, ni por tomar un vaso de vino. *La maldad está en el exceso*, en beber hasta perder la razón, en fumar fuera de los límites de lo razonable, en usar de la marihuana y la cocaína para exacerbar los sentidos y perder el control de las facultades (aunque en estos casos la intención que informa al acto del que fuma por motivos “recreacionales” está siempre viciada, lo que no ocurre con otras substancias), etc. Y es que la sociedad actual, tan liberal en lo moral, es también, y paradójicamente, puritana. El puritanismo actual tiene su raíz precisamente en esto: en considerar que existen substancias malas por naturaleza. Es la vieja herejía del maniqueísmo, que se encuentra todavía presente en el mundo, luchando contra la verdad cristiana.

Y es que pareciera que, en una sociedad donde se promueve la tesis teórica de que nada hay bueno o malo por naturaleza, igualmente la razón exige poner el límite entre lo bueno y lo malo en alguna parte. ¿Y dónde ponemos ese límite, si es que renegamos de la ley natural? Una opción es poner ese límite en la salud física, absolutilizándola. Así, cualquier cosa que produzca un efecto nocivo para la salud, bajo cualquier aspecto, se convierte en una substancia dañina, y su uso constituirá un mal. Y si la autoridad política ya no busca fomentar las virtudes de los ciudadanos (pues eso supondría que existe un bien moral objetivo que el hombre debe alcanzar), sí que busca promover que no fumen. Para una sociedad materialista, la muerte resulta el peor de los males: es mejor creer que podemos permanecer en esta vida para siempre. Así, creemos que viviremos para siempre si no fumamos. “*El cigarro mata*”, dicen algunas propagandas antitabaco. Ahora bien, si nos ponemos rigurosos, el cigarro no mata. Mejor dicho: si el cigarro mata, es porque todo mata en cierto sentido. Claramente puede producir un daño a la salud, pero ¿es que acaso el café no lo produce?, ¿y la carne?, ¿y las hamburguesas del McDonalds?, ¿y las pizzas?, etc. Si siguiéramos el mismo razonamiento según el cual se dice que fumar es de suyo algo malo, tendrían que prohibirse un sinnúmero de substancias que ingerimos diariamente y que a nadie se le ocurriría prohibir. Lo malo está en el exceso o el defecto, pero no en la substancia misma.

No se trata de hacer una apología del cigarro (yo ni siquiera fumo). Lo que digo del cigarrillo podría decirse también de este afán moderno por considerar como un mal moral cualquier atentado contra la “*naturaleza*”, la “*capa de ozono*” o cualquier cosa del estilo. En estos casos también existe un cambio en el criterio para discernir sobre lo bueno y lo malo: cualquier cosa que uno haga y produzca un daño al medio ambiente, será un mal moral, pues el único criterio para juzgar la bondad o maldad de un acto, será el beneficio o el daño que se le provoca a la naturaleza.

En resumidas cuentas, lo que intento hacer con estos ejemplos es llamar la atención sobre *dónde se pone el criterio para decidir acerca de la moralidad de un acto*, y cómo este criterio, que tradicionalmente ha sido el orden de la razón, la ley natural (y el análisis acerca del objeto, fin y circunstancias del acto), se va poniendo en otros lugares, que a veces poco tienen que ver con la moralidad. A veces ni siquiera nos damos cuenta de que el criterio que utilizamos para juzgar un acto es completamente alejado de la consideración recta del objeto moral, y sólo nos dejamos llevar por ciertas impresiones que se van repitiendo por todas partes. ¿Anticonceptivos? ¿Aborto? ¿Relaciones sexuales fuera del matrimonio? ¿Homosexualidad? Todo vale. ¿Un cigarrillo? ¡Por ningún motivo! *Es la salud física por sobre la salud moral. El animal por sobre el hombre.*

Curioso maniqueísmo el de la sociedad liberal. Pareciera que lo único que no tolera el liberalismo es el catolicismo (porque es de la esencia del catolicismo ser intolerante con la tolerancia absoluta), y el cigarrillo. Católico ya soy. Dan ganas de fumar...

JOAQUÍN REYES BARROS*

*Publicado en VivaChile.org. 27.1.2011.

¿EXISTE TODAVÍA EL DERECHO DE DEFENSA EN CHILE?

Hace unos días, una diligente ministra de la Corte de Apelaciones de Santiago, constituida como ministra en visita extraordinaria al juzgado que substancia la causa criminal contra el Padre Fernando Karadima, sorprendió a Chile entero al disponer y dirigir el allanamiento a la casa y a la oficina profesional del abogado Juan Pablo Bulnes, defensor en la causa canónica que se sigue contra el referido sacerdote, en busca de copia del expediente substanciado por la Iglesia, que concluyó con una categórica condena y una ejemplarizadora sanción.

Podría parecer sólo un exceso de celo de parte de la ministra; pero el asunto es mucho más grave, pues en realidad *constituye un verdadero torpedo a la línea de flotación de la profesión de abogado*, que tiene como uno de sus pilares el secreto profesional, que abarca lo que el abogado sabe, su despacho, sus documentos y todo lo necesario para la defensa de su representado en una causa civil o criminal, o para la defensa de los intereses de su cliente corporativo.

A mi juicio, *la señora ministro se ha excedido en sus atribuciones, vulnerando diversas disposiciones legales y afectando claramente el derecho a defensa.*

Analicemos la situación que se ha presentado.

En primer lugar, ¿qué es un secreto? Si consultamos el diccionario de la Real Academia Española, nos dirá que se trata de una cosa que cuidadosamente se tiene reservada y oculta; o, en una segunda acepción, reserva, sigilo; y en una tercera, conocimiento que exclusivamente alguien posee de la virtud o propiedades de una cosa o de un procedimiento útil en medicina o en otra ciencia, arte u oficio. Es el dominio de la verdad, conocido por unas pocas personas y desconocido del resto de la sociedad, existiendo la necesidad o conveniencia de que permanezca así. En suma, es el conocimiento de una verdad que, por su índole, por compromiso o por discreción, debe callarse.

El secreto admite una clasificación: Secreto natural, lo que, conocido por cualquier vía, no puede ser revelado sin causar perjuicio o disgusto a otra persona. Debe guardarse por ley natural, porque nuestra propia naturaleza humana nos manda hacer el bien y evitar el mal. Secreto prometido, en que luego de serle revelado a alguien, éste promete no darlo a conocer. Y secreto confiado, en que antes de revelarse, se exige promesa de no darlo a conocer. Estos dos últimos obligan, por lealtad a la promesa.

Y secreto profesional, es el deber que tienen los miembros de ciertas profesiones, como los médicos, los abogados, los notarios, etc., de no descubrir a terceros los hechos que han conocido en el ejercicio de su profesión.

En el caso de la profesión de abogado, la discreción es de su misma esencia, puesto que su secreto contribuye al bien común de la sociedad, que necesita satisfacer el orden público, la defensa de quien tiene que enfrentar un litigio y el decoro de la profesión; además, porque es necesaria para asegurar la intervención del abogado en la defensa de las partes, fundamental para el “*debido proceso*”; también porque asegura que las personas contraten abogados idóneos para su protección, por una parte, y por la otra, porque garantiza a los abogados la libertad y seguridad para atender los asuntos de sus clientes; y finalmente, por la necesidad de amparar los deberes morales en las actuaciones profesionales y en las relaciones humanas, en cuanto al respeto y al mantenimiento de la lealtad.

Este secreto profesional del abogado puede consistir en determinados hechos, documentos y circunstancias que le ha hecho saber su cliente; y comprende todo lo que el abogado ha podido ver, entender, comprender e inferir con ocasión del ejercicio de la profesión, es decir, el secreto natural, el confiado y el prometido.

Así lo establece el *Código de Ética Profesional* del Colegio de Abogados, que tiene fuerza de ley y que se aplica a todos los abogados, estén o no colegiados, en sus artículos 10, 11 y 12. En estas disposiciones, se establece que *el secreto profesional es un derecho y un deber del abogado*. Derecho ante los jueces, porque éstos no pueden obligarlo a revelar el secreto; y deber frente a su cliente, que perdura en lo absoluto, aun después que haya dejado de prestarle servicios. Sólo puede revelarlo cuando es indispensable para su propia defensa en juicio. Este derecho al secreto *comprende tanto la inmunidad personal*, porque los códigos de Procedimiento Civil y Penal y Procesal Penal lo relevan de su obligación de declarar en juicio, *como la inmunidad de la oficina profesional*, que lo libera de exhibir documentos, objetos y papeles que puedan servir para una investigación, de acuerdo con lo prescrito en el artículo 171 del Código de Procedimiento Penal.

Este Código tiene fuerza de ley y está vigente, respecto de todos los abogados de la república, porque fue dictado por el Consejo General del Colegio de Abogados, en virtud de la delegación que le hizo la Ley Orgánica del mismo Colegio, Ley N° 4.909; y porque, al terminar la colegiación obligatoria y transformarse a los colegios profesionales en asociaciones gremiales, mediante el Decreto-Ley N° 3621 de 1981, se le dieron facultades al Presidente de la República para dictar o modificar, dentro del término de seis meses, las normas que reglamentaban el ejercicio de las profesiones correspondientes a la ética profesional; y éste optó por no ejercerlas.

Ahora bien, el secreto profesional del abogado ampara a todo abogado en ejercicio, independientemente de si es o no patrocinante o apoderado de la persona que le ha hecho confidencias o le ha entregado antecedentes, pues comienza en el momento en que se plantea el asunto y no termina jamás, ya que la primera decisión del abogado es si atiende o no el asunto, a la luz de los antecedentes que se le proporcionan, los que obviamente están cubiertos por el secreto y no podría ser de otra manera.

Por otra parte, el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política, establece que toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida. No cabe duda de que *la actuación de la ministra referida ha violado la norma transcrita y, además, la del N° 4 del mismo artículo 19*, que protege el derecho a la intimidad, expresado como el respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia, pues las confidencias del cliente se encuentran dentro de esta protección constitucional.

Por último, cabe destacar que la violación del secreto profesional constituye delito, sancionado en el Código Penal, en los artículos 231 y 247.

Así las cosas, cualquier persona puede comprender la gravedad de la actuación de *la ministra* en cuestión, pues *ha atentado gravemente contra el derecho a defensa de una persona* cuya eventual participación en la comisión de un delito se investiga.

Si este fuera el *modus operandi* de todos los tribunales del país o si no se sanciona la conducta de esta ministra, por parte de la Corte Suprema, cohonestando

su actuación, querría decir que ningún abogado podría recibir confidencias de un cliente, ni investigar sus actuaciones, ni procurarse documentos y antecedentes de la causa que le ha sido confiada, pues estaría exponiendo a su cliente a quedar indefenso, a merced del tribunal.

Como si lo anterior fuera poco, los documentos que la ministra incautó corresponden a un juicio canónico, de un tribunal eclesiástico constituido en Roma, dentro del territorio de un Estado soberano con el cual Chile tiene relaciones diplomáticas, de manera que, además, se puede estar formando un conflicto internacional. La tradicional prudencia de la Santa Sede no ha dejado trascender su molestia, al menos por los medios de comunicación. Pero, además, los juicios canónicos están cubiertos por el secreto o sigilo, lo que permite que se proporcionen al tribunal documentos o testimonios que no se habrían dado a conocer si se supiera que van a ser conocidos por terceros o van a dar motivo para que a quienes los emiten los lleven a declarar a un tribunal ordinario. Me refiero a la posibilidad de que haya víctimas que han optado por no denunciar delitos de que han sido objeto, por diversas consideraciones; pero que sí han querido, amparados por el secreto canónico, poner los antecedentes del tribunal eclesiástico, para que se sancione en ese ámbito a su autor.

Llama la atención, eso sí, que los abogados que han criticado la actuación de la ministra lo hayan hecho con poca convicción; que haya abogados que han defendido el actuar del tribunal; y que varios abogados que otrora defendían con vehemencia estos principios, cuando se intentaron conductas similares, hoy justifican a la ministra.

Lo anterior lleva a sospechar que estamos presenciando el establecimiento de una nueva casta de parias de la sociedad, sin derecho a defensa (de otra ya he escrito en artículos anteriores): los sacerdotes.

No pretendo justificar ni amparar conductas ilícitas del sacerdote procesado. Si cometió delitos y éstos no están prescritos, debe ser condenado; pero como cualquier ciudadano tiene derecho a defensa. Mucho me temo que prontamente, en este y otros casos en que se esté procesando un clérigo católico, se opine que sus delitos son imprescriptibles, se los condene por presunciones o porque “no podía no haber sabido” de la comisión de delitos por otros religiosos.

Así, *paso a paso, se está transformando en letra muerta el debido proceso y se está vulnerando categóricamente la igualdad ante la ley*, mientras unas “discriminaciones positivas” crean grupos de privilegiados, cuyos delitos se tipifican de diversa manera y respecto de los cuales hay legislación que no se aplica, como aquella que condena el terrorismo.

Urge, entonces, que los Tribunales Superiores de Justicia pongan pronto atajo a este tipo de actuaciones, que crean sensación de impotencia e injusticia y que dificultan y hasta degradan el ejercicio de la noble profesión de abogado.

MARIO CORREA BASCUÑÁN

DOCUMENTOS

DISCURSO DEL SANTO PADRE BENEDICTO XVI
AL CUERPO DIPLOMÁTICO ACREDITADO
ANTE LA SANTA SEDE
(10 de enero de 2011)

Excelencias, señoras y señores:

Me alegra recibirlos, ilustres Representantes de tantos países, en este encuentro en el que, como cada año, os reunís con el Sucesor de Pedro. Este encuentro reviste un gran significado, ya que ofrece una imagen, al mismo tiempo que un ejemplo, del papel de la Iglesia y de la Santa Sede en la comunidad internacional. Saludo cordialmente a cada uno, en particular a los que participáis por primera vez. Os agradezco la dedicación y atención con que, en el ejercicio de vuestras delicadas funciones, seguís mis actividades, las de la curia romana y así, en cierta medida, la vida de la Iglesia católica en todo el mundo. Vuestro Decano, el Embajador Alejandro Valladares Lanza, se ha hecho portavoz de vuestros sentimientos, y le agradezco los deseos que me ha expresado en nombre de todos. Conociendo la unión de vuestra comunidad, estoy seguro de que en vuestro recuerdo estará hoy presente la Embajadora del Reino de los Países Bajos, la Baronesa van Lynden-Leijten, que hace unas semanas marchó a la casa del Padre. Me uno con la oración a vuestros sentimientos.

Al comienzo de un nuevo año, resuena en nuestros corazones y en el mundo entero el eco del anuncio gozoso que resplandeció en la noche Belén hace veinte siglos, noche que simboliza la condición humana en su necesidad de luz, de amor y de paz. A los hombres de entonces, así como a los de ahora, los ejércitos celestiales llevaron la buena nueva de la llegada del Salvador: “El pueblo que caminaba en tinieblas vio una luz grande; a los que habitaban en un país de sombras, una luz les brilló” (Is 9,1). El Misterio del Hijo de Dios que se hace hombre supera completamente cualquier expectativa humana. En su absoluta gratuidad, este acontecimiento de salvación es la respuesta auténtica y completa al deseo más profundo del corazón. De Dios viene la verdad, el bien, la bondad, la vida en plenitud que cada hombre busca consciente o inconscientemente. Aspirando a estos bienes, toda persona busca a su Creador, ya que “sólo Dios responde a la sed que hay en el corazón de todo ser humano” (Exhort. ap. Postsinodal *Verbum Domini*, 23). La humanidad, a través de sus creencias y ritos, ha manifestado a lo largo de su historia una búsqueda incesante de Dios, y “estas formas de expresión son tan universales que se puede llamar al hombre un ser religioso” (*Catecismo de la Iglesia Católica*, 28). La dimensión religiosa es una característica innegable e irreprimible del ser y del obrar del hombre, la medida de la realización de su destino y de la construcción de la comunidad a la que pertenece. Por consiguiente, cuando el mismo individuo, o los que están a su alrededor, olvidan o niegan este aspecto fundamental, se crean desequilibrios y conflictos en todos los sentidos, tanto en el aspecto personal como interpersonal.

Esta verdad primera y fundamental es la razón por la que, en el *Mensaje para la celebración de la Jornada Mundial de la Paz*, de este año, he señalado la libertad religiosa como el camino fundamental para la construcción de la paz. Ésta, en efecto, se construye y se conserva solo cuando el hombre puede buscar y servir a Dios libremente en su corazón, en su vida y en sus relaciones con los demás.

Señoras y Señores Embajadores, vuestra presencia en esta solemne circunstancia me invita a realizar un recorrido general por los países que representáis y por el mundo entero. En esta panorámica, ¿no se ven acaso numerosas situaciones en las que lamentablemente el derecho a la libertad religiosa ha sido lesionado o negado? Este derecho del hombre, que es en realidad el primer derecho, porque históricamente ha sido afirmado en primer lugar, y porque, por otra parte, tiene como objeto la dimensión constitutiva del hombre, es decir, su relación con el Creador, ¿no ha sido demasiadas veces puesto en discusión o violado? Me parece que hoy la sociedad, sus responsables y la opinión pública, son más conscientes, incluso aunque no siempre de manera exacta, de la gravedad de esta herida contra la dignidad y la libertad del *homo religiosus*, sobre la que he querido llamar la atención de todos en muchas ocasiones.

Lo he hecho en mis viajes apostólicos del último año, en Malta y Portugal, en Chipre, en el Reino Unido y en España. Más allá de las características diferentes de estos países, conservo de todos un recuerdo lleno de gratitud por la acogida que me han dispensado. La Asamblea Especial del Sínodo de los Obispos para el Medio Oriente, celebrada en el Vaticano en octubre pasado, ha sido un momento de oración y reflexión, en el que el pensamiento se ha dirigido con insistencia a las comunidades cristianas de esta región del mundo, tan probadas a causa de su adhesión a Cristo y a la Iglesia.

Sí, mirando hacia Oriente, nos han consternado los atentados que han sembrado la muerte, el dolor y la angustia entre los cristianos de Irak, hasta el punto de inducirlos a dejar la tierra de sus padres en la que han vivido desde siglos. Renuevo a las autoridades de ese País y a los jefes religiosos musulmanes mi apremiante llamamiento a trabajar para que sus conciudadanos cristianos puedan vivir con seguridad y puedan seguir dando su aportación a la sociedad de la que son miembros con pleno derecho. También en Egipto, en Alejandría, el terrorismo ha golpeado brutalmente a los fieles reunidos en oración en una iglesia. Esta sucesión de ataques es un signo más de la urgente necesidad de que los Gobiernos de la Región adopten, a pesar de las dificultades y amenazas, medidas eficaces para la protección de las minorías religiosas. Si es necesario lo diremos una vez más. En Oriente Medio, “los cristianos son ciudadanos originarios y auténticos, leales a su patria y, por ende, cumplen con sus deberes nacionales. Es normal que ellos puedan gozar de todos los derechos como ciudadanos, de la libertad de conciencia y de culto, de la libertad en el ámbito de la educación y de la enseñanza en el ámbito de los medios de comunicación” (*Mensaje al Pueblo de Dios del Sínodo de Obispos para Oriente Medio*, 10). A este respecto, aprecio la preocupación por los derechos de los más débiles y la clarividencia política que algunos países de Europa han demostrado en estos últimos días, pidiendo una respuesta concertada de la Unión Europea para que los cristianos sean protegidos en Oriente Medio. Quisiera recordar, en definitiva, que el derecho a la libertad religiosa no se aplica plenamente allí donde sólo se garantiza la libertad de culto, y además con limitaciones. Asimismo, animo a que se promueva la plena salvaguarda de la libertad

religiosa y de los demás derechos humanos, mediante programas que, desde la escuela primaria y en el marco de la enseñanza religiosa, enseñen a respetar a todos los hermanos en humanidad. Por lo que respecta a los Estados de la Península Arábiga, donde viven numerosos trabajadores cristianos inmigrantes, espero que la Iglesia católica pueda disponer de estructuras pastorales apropiadas.

Entre las normas que lesionan el derecho de las personas a la libertad religiosa, merece una mención especial la ley contra la blasfemia en Pakistán: Animo de nuevo a las autoridades de ese País a realizar los esfuerzos necesarios para abrogarla, tanto más cuanto es evidente que sirve de pretexto para cometer injusticias y violencias contra las minorías religiosas. El trágico asesinato del Gobernador del Punjab pone de manifiesto la urgencia de proceder en este sentido: la veneración a Dios promueve la fraternidad y el amor, no el odio o la división. Se pueden mencionar otras situaciones preocupantes, a veces violentas, en el Sur y Sureste del continente asiático, en países que tienen por otra parte una tradición de relaciones sociales pacíficas. El peso particular de una determinada religión en una nación jamás debería implicar la discriminación en la vida social de los ciudadanos que pertenecen a otra confesión o, peor aún, que se consienta la violencia contra ellos. A este respecto, es importante que el diálogo interreligioso favorezca un compromiso común para reconocer y promover la libertad religiosa de todas las personas y comunidades. Por último, como ya he recordado, la violencia contra los cristianos no perdona ni siquiera a África. Un triste testimonio de ello son los ataques contra dos lugares de culto en Nigeria, mientras se celebraba el Nacimiento de Cristo.

Por otra parte, en diversos países en que la Constitución reconoce una cierta libertad religiosa, la vida de las comunidades religiosas se hace, de hecho, difícil y a veces incluso insegura (cf. Conc. Vat. II, Decl. *Dignitatis Humanae*, 15), ya que el ordenamiento jurídico o social se inspira en sistemas filosóficos y políticos que postulan un estricto control, por no decir un monopolio, del Estado sobre la sociedad. Es necesario que cesen tales ambigüedades, de manera que los creyentes no tengan ya que debatirse entre la fidelidad a Dios y la lealtad a su patria. Pido de modo particular que todos garanticen a la comunidad católica la plena autonomía de organización y la libertad de cumplir su misión, conforme a las normas y estándares internacionales en este ámbito. En este momento, mi pensamiento vuelve de nuevo a las comunidades católicas de China continental y a sus Pastores, que viven un momento de dificultad y de prueba. Por otro lado, quisiera dirigir una palabra de ánimo a las autoridades de Cuba, país que en 2010 ha celebrado los 75 años de sus relaciones diplomáticas ininterrumpidas con la Santa Sede, para que el diálogo que felizmente se ha instaurado con la Iglesia se refuerce y amplíe todavía más.

Dirigiendo nuestra mirada de Oriente a Occidente, nos encontramos frente a otros tipos de amenazas contra el pleno ejercicio de la libertad religiosa. Pienso, en primer lugar, en los países que conceden una gran importancia al pluralismo y la tolerancia, pero donde la religión sufre una marginación creciente. Se tiende a considerar la religión, toda religión, como un factor sin importancia, extraño a la sociedad moderna o incluso desestabilizador, y se busca por diversos medios impedir su influencia en la vida social. Se llega así a exigir que los cristianos ejerzan su profesión sin referencia a sus convicciones religiosas o morales, e incluso en contradicción con ellas, como, por ejemplo, allí donde están en vigor leyes que

limitan el derecho a la objeción de conciencia de los profesionales sanitarios o de algunos profesionales del derecho.

En este contexto, es un motivo de alegría que el Consejo de Europa, en el mes de octubre pasado, haya adoptado una Resolución que protege el derecho del personal médico a la objeción de conciencia frente a ciertos actos que, como el aborto, lesionan gravemente el derecho a la vida.

Otra manifestación de marginación de la religión y, en particular, del cristianismo, consiste en desterrar de la vida pública fiestas y símbolos religiosos, por respeto a los que pertenecen a otras religiones o no creen. De esta manera, no sólo se limita el derecho de los creyentes a la expresión pública de su fe, sino que se cortan las raíces culturales que alimentan la identidad profunda y la cohesión social de muchas naciones. El año pasado, algunos países europeos se unieron al recurso del Gobierno italiano en la famosa causa de la exposición del crucifijo en los lugares públicos. Deseo expresar mi gratitud a las autoridades de esas naciones, así como a todos los que se han empeñado en este sentido, episcopados, organizaciones y asociaciones civiles o religiosas, en particular al Patriarcado de Moscú y a los demás representantes de la jerarquía ortodoxa, y a todas las personas, creyentes y también no creyentes, que han querido manifestar su aprecio por este símbolo portador de valores universales.

Reconocer la libertad religiosa significa, además, garantizar que las comunidades religiosas puedan trabajar libremente en la sociedad, con iniciativas en el ámbito social, caritativo o educativo. Por otra parte, se puede constatar por todo el mundo la fecunda labor de la Iglesia católica en estos ámbitos. Es preocupante que este servicio que las comunidades religiosas ofrecen a toda la sociedad, en particular mediante la educación de las jóvenes generaciones, sea puesto en peligro u obstaculizado por proyectos de ley que amenazan con crear una especie de monopolio estatal en materia escolástica, como se puede constatar por ejemplo en algunos países de América Latina. Mientras muchos de ellos celebran el segundo centenario de su independencia, ocasión propicia para recordar la contribución de la Iglesia católica en la formación de la identidad nacional, exhorto a todos los Gobiernos a promover sistemas educativos que respeten el derecho primordial de las familias a decidir la educación de sus hijos, inspirándose en el principio de subsidiariedad, esencial para organizar una sociedad justa.

Continuando mi reflexión, no puedo dejar de mencionar otra amenaza a la libertad religiosa de las familias en algunos países europeos, allí donde se ha impuesto la participación a cursos de educación sexual o cívica que transmiten una concepción de la persona y de la vida pretendidamente neutra, pero que en realidad reflejan una antropología contraria a la fe y a la justa razón.

Señoras y Señores Embajadores:

En esta solemne circunstancia, permitirme explicitar algunos principios que inspiran la actividad de la Santa Sede, y de toda la Iglesia católica, ante las Organizaciones Internacionales intergubernamentales, a fin de promover el pleno respeto de la libertad religiosa de todos. En primer lugar, está la convicción de que no se puede crear una especie de escala en la gravedad de la intolerancia contra las religiones. Desgraciadamente, una actitud semejante es frecuente, y los actos discriminatorios contra los cristianos son considerados precisamente como menos graves, menos dignos de atención por parte de los Gobiernos y de la opinión pública. Al mismo tiempo, se debe rechazar también el peligroso

contraste que algunos quieren establecer entre el derecho a la libertad religiosa y los demás derechos del hombre, olvidando o negando así el papel central que el respeto de la libertad religiosa tiene en la defensa y protección de la alta dignidad del hombre. Todavía menos justificables son los intentos de oponer al derecho a la libertad religiosa unos derechos pretendidamente nuevos, promovidos activamente por ciertos sectores de la sociedad e incluidos en las legislaciones nacionales o en directivas internacionales, pero que no son, en realidad, más que la expresión de deseos egoístas que no encuentran fundamento en la auténtica naturaleza humana. Por último, es necesario afirmar que no es suficiente una proclamación abstracta de la libertad religiosa: esta norma fundamental de la vida social debe ser aplicada y respetada en todos los niveles y ámbitos; de otra manera, a pesar de justas afirmaciones de principio, se corre el riesgo de cometer profundas injusticias contra los ciudadanos que desean profesar y practicar libremente su fe.

La promoción de una plena libertad religiosa de las comunidades católicas es también el objetivo que persigue la Santa Sede cuando establece concordatos u otros acuerdos. Me alegra el que algunos Estados de diversas regiones del mundo y de tradiciones religiosas, culturales y jurídicas distintas elijan el instrumento de las convenciones internacionales como medio para organizar las relaciones entre la comunidad política y la Iglesia católica, estableciendo a través del diálogo el cuadro de una colaboración en el respeto de las competencias recíprocas. El año pasado se ha concluido y ha entrado en vigor un Acuerdo para la asistencia religiosa de los fieles católicos de las fuerzas armadas en Bosnia-Herzegovina, y actualmente hay negociaciones en curso en diversos países. Esperamos un resultado positivo que asegure una solución que respete la naturaleza y la libertad de la Iglesia, para el bien de toda la sociedad.

La actividad de los representantes pontificios en los Estados y Organizaciones internacionales está igualmente al servicio de la libertad religiosa. Quisiera señalar con satisfacción que las autoridades vietnamitas han aceptado la designación de un Representante mío que, visitando las queridas comunidades católicas de ese País, manifestará la solicitud del Sucesor de Pedro. Quisiera igualmente recordar que, durante el año pasado, la red diplomática de la Santa Sede se ha reforzado en África, desde ahora una presencia estable se ha asegurado en tres países donde el nuncio no era residente. Si Dios quiere, me acercaré una vez más a ese continente, a Benin, el próximo noviembre, para entregar la Exhortación apostólica que recogerá el fruto de los trabajos de la segunda Asamblea especial para África del Sínodo de los Obispos.

Ante este ilustre auditorio, quisiera reafirmar con fuerza que la religión no constituye un problema para la sociedad, no es un factor de perturbación o de conflicto. Quisiera repetir que la Iglesia no busca privilegios, ni quiere intervenir en cuestiones extrañas a su misión, sino simplemente cumplirla con libertad. Invito a cada uno a reconocer la gran lección de la historia: “¿Cómo negar la aportación de las grandes religiones del mundo al desarrollo de la civilización? La búsqueda sincera de Dios ha llevado a un mayor respeto de la dignidad del hombre. Las comunidades cristianas, con su patrimonio de valores y principios, han contribuido mucho a que las personas y los pueblos hayan tomado conciencia de su propia identidad y dignidad, así como a la conquista de instituciones democráticas y a la afirmación de los derechos del hombre con sus respectivas obligaciones. También hoy, en una sociedad cada vez más globalizada, los cristianos están llamados a

dar su aportación preciosa al fatigoso y apasionante compromiso por la justicia, al desarrollo humano integral y a la recta ordenación de las realidades humanas, no sólo con un compromiso civil, económico y político responsable, sino también con el testimonio de su propia fe y caridad" (*Mensaje para la celebración de la Jornada Mundial de la Paz*, 1 enero 2011, 7).

En este sentido, la figura de la Beata Madre Teresa de Calcuta es emblemática: el centenario de su nacimiento se ha celebrado en Tirana, en Skopje, en Pristina, así como en India; le han rendido un vibrante homenaje, no sólo la Iglesia, sino también las autoridades civiles y los jefes religiosos, sin contar personas de todas las confesiones. Ejemplos como el suyo muestran al mundo cuánto puede beneficiar a la sociedad el compromiso que nace de la fe.

Que ninguna sociedad humana se prive voluntariamente de la contribución fundamental que constituyen las personas y las comunidades religiosas. Como recuerda el Concilio Vaticano II, la sociedad, asegurando plenamente a todos la justa libertad religiosa, podrá así gozar "de los bienes de la justicia y de la paz que dimanar de la fidelidad de los hombres a Dios y a su santa voluntad" (*Decl. Dignitatis Humanae*, 6).

Por eso, mientras formulo votos para que este nuevo año sea rico en concordia y en un progreso real, exhorto a todos, responsables políticos, jefes religiosos y personas de toda clase, a emprender con determinación el camino hacia una paz auténtica y estable, que pase por el respeto del derecho a la libertad religiosa en toda su amplitud.

Sobre este compromiso, que para hacerse realidad necesita del empeño de toda la familia humana, invoco la Bendición de Dios Todopoderoso, que por su Hijo Jesucristo, nuestra paz, llevó a cabo nuestra reconciliación con él y entre nosotros (*Ef. 2*, 14).

Feliz año a todos.

DESAFÍO A LA BANALIDAD DEL MAL

Un discurso libre y valiente, cargado de realismo y racionalidad, lo que no impide pasajes de evidente dramatismo y verdadera pasión humana. Un discurso que denuncia el fanatismo integrista y el nihilismo occidental como enemigos de la paz y de la convivencia. Pero sobre todo, un discurso que sitúa a la libertad religiosa como la clave de bóveda del edificio de los derechos y libertades fundamentales, como fuente de convivencia y de vida buena.

Le escuchaban los diplomáticos, pero no concedió un solo gesto a la galería. El Papa entiende la historia de la humanidad como una búsqueda incesante del *Misterio* que ha hecho el mundo y el corazón del hombre, por eso "*la dimensión religiosa es una característica innegable e irreprímible del ser y del obrar del hombre, la medida de la realización de su destino y de la construcción de la comunidad a la que pertenece*". De ahí la gravedad de la herida que suponen las múltiples violaciones, brutales o sutiles, que se dirigen contra la libertad religiosa en nuestro mundo. Benedicto XVI ha asumido de esta forma la defensa del núcleo más profundo de lo humano, y su discurso es un grito llamado a resonar en este océano de banalidad en que generalmente se ha convertido nuestro debate público.

Palabras duras, casi metálicas, las que ha dirigido para describir la situación de Oriente Medio, donde los cristianos (¡digámoslo una vez más!) "*son ciudadanos originarios y auténticos, leales a su patria y, por ende, cumplen con sus deberes nacionales. Es normal que ellos puedan gozar de todos los derechos como ciudadanos, de la libertad de conciencia y de culto, de la libertad en el ámbito de la educación y... de los medios de comunicación*".

Y sin embargo sufren asesinato y extorsión para que abandonen la que es su tierra desde hace siglos. El Papa se ha dirigido a las autoridades, pero también a los *“jefes religiosos musulmanes”* para que garanticen la seguridad y el derecho de sus conciudadanos cristianos. Se acuerda también de los miles de trabajadores inmigrantes cristianos en la península arábiga, abogando por que reciban la adecuada atención pastoral, y pide a los líderes de Pakistán que abroguen la injusta ley contra la blasfemia, convertida en punta de lanza contra las minorías religiosas. Apenas se concede el Papa un instante de sosiego para recordar con suavidad que *“la veneración a Dios promueve la fraternidad y el amor, no el odio o la división”*. Por último, y a pesar de las amenazas del régimen chino para que se mantenga al margen, recuerda la dura situación de los fieles y pastores de China continental, reclamando a sus autoridades que *“los creyentes no tengan ya que debatirse entre la fidelidad a Dios y la lealtad a su patria”*, y que *“se garantice a la comunidad católica la plena autonomía de organización y la libertad de cumplir su misión”*.

Pero Benedicto XVI habla también de Occidente, donde *“se tiende a considerar la religión, toda religión, como un factor sin importancia, extraño a la sociedad moderna o incluso destabilizador, y se busca por diversos medios impedir su influencia en la vida social”*. El Papa denuncia las leyes que limitan el derecho a la objeción de conciencia, el intento de desterrar de la vida pública fiestas y símbolos religiosos, especialmente el crucifijo (a pesar de ser un símbolo portador de valores universales), así como la tentación de crear un monopolio estatal educativo y la imposición de *“cursos de educación sexual o cívica que transmiten una concepción de la persona y de la vida pretendidamente neutra, pero que en realidad reflejan una antropología contraria a la fe y a la justa razón”*. Alguno se rasgará las vestiduras.

El Papa tampoco esquiva un debate especialmente relevante para la sociedad española: *“los intentos de oponer al derecho a la libertad religiosa unos derechos pretendidamente nuevos, promovidos activamente por ciertos sectores de la sociedad e incluidos en las legislaciones nacionales o en directivas internacionales, pero que no son, en realidad, más que la expresión de deseos egoístas que no encuentran fundamento en la auténtica naturaleza humana”*. Por el contrario, la libertad religiosa tiene un papel central en la defensa y protección de la dignidad inviolable de cada ser humano. Bien reconocía un filósofo laico y de izquierdas como Habermas que la gran teología medieval y la Escuela de Salamanca estaban en el origen de la conquista de las instituciones democráticas y de la afirmación de los derechos del hombre.

El discurso concluye con un crescendo de afirmación positiva, retomando las intervenciones en Londres (Westminster Hall) y en la sede de Naciones Unidas. En ellas el Papa rechaza con firmeza que la religión constituya un problema para la sociedad, que sea un factor de perturbación o de conflicto. Por el contrario, el hombre que busca sinceramente a Dios no puede sino sentirse hermano de quienes recorren junto a él el camino la vida, y por tanto se siente invitado siempre al perdón, a la reconciliación y a la construcción trabajosa del bien común. Y viceversa, quien se embarca con sinceridad y nobleza en el servicio de la justicia y de la paz no podrá sino acercarse de una u otra forma al *Misterio*, no podrá sentir como enemigos a los creyentes, aunque no comparta plenamente su patrimonio de experiencia y de valores. Y así se entiende una laicidad abierta y un diálogo vivo entre todos los caminos religiosos. Un discurso para la historia.

JOSÉ LUIS RESTÁN*

*Este artículo fue publicado originalmente por *PaginasDigital*, www.paginasdigital.es.

VIGILIA PASCUAL EN LA NOCHE SANTA

Homilía del Santo Padre Benedicto XVI

(Sábado Santo 23 de abril de 2011)

Queridos hermanos y hermanas:

Dos grandes signos caracterizan la celebración litúrgica de la Vigilia pascual. En primer lugar, el fuego que se hace luz. La luz del cirio pascual, que en la procesión a través de la iglesia envuelta en la oscuridad de la noche se propaga en una multitud de luces, nos habla de Cristo como verdadero lucero matutino, que no conoce ocaso, nos habla del Resucitado en el que la luz ha vencido a las tinieblas. El segundo signo es el agua. Nos recuerda, por una parte, las aguas del Mar Rojo, la profundidad y la muerte, el misterio de la Cruz. Pero se presenta después como agua de manantial, como elemento que da vida en la aridez. Se hace así imagen del Sacramento del Bautismo, que nos hace partícipes de la muerte y resurrección de Jesucristo.

Sin embargo, no sólo forman parte de la liturgia de la Vigilia Pascual los grandes signos de la creación, como la luz y el agua. Característica esencial de la Vigilia es también el que ésta nos conduce a un encuentro profundo con la palabra de la Sagrada Escritura. Antes de la reforma litúrgica había doce lecturas veterotestamentarias y dos neotestamentarias. Las del Nuevo Testamento han permanecido. El número de las lecturas del Antiguo Testamento se ha fijado en siete, pero, según las circunstancias locales, pueden reducirse a tres. La Iglesia quiere llevarnos a través de una gran visión panorámica por el camino de la historia de la salvación, desde la creación, pasando por la elección y la liberación de Israel, hasta el testimonio de los profetas, con el que toda esta historia se orienta cada vez más claramente hacia Jesucristo. En la tradición litúrgica, todas estas lecturas eran llamadas profecías. Aun cuando no son directamente anuncios de acontecimientos futuros, tienen un carácter profético, nos muestran el fundamento íntimo y la orientación de la historia. Permiten que la creación y la historia transparenten lo esencial. Así, nos toman de la mano y nos conducen hacia Cristo, nos muestran la verdadera Luz.

En la Vigilia Pascual, el camino a través de los sendas de la Sagrada Escritura comienzan con el relato de la creación. De esta manera, la liturgia nos indica que también el relato de la creación es una profecía. No es una información sobre el desarrollo exterior del devenir del cosmos y del hombre. Los Padres de la Iglesia eran bien conscientes de ello. No entendían dicho relato como una narración del desarrollo del origen de las cosas, sino como una referencia a lo esencial, al verdadero principio y fin de nuestro ser. Podemos preguntarnos ahora: pero, ¿es verdaderamente importante en la Vigilia Pascual hablar también de la creación? ¿No se podría empezar por los acontecimientos en los que Dios llama al hombre, forma un pueblo y crea su historia con los hombres sobre la tierra? La respuesta debe ser: no. Omitir la creación significaría malinterpretar la historia misma de Dios con los hombres, disminuirla, no ver su verdadero orden de grandeza. La

historia que Dios ha fundado abarca incluso los orígenes, hasta la creación. Nuestra profesión de fe comienza con estas palabras: “Creo en Dios, Padre Todopoderoso, Creador del cielo y de la tierra”. Si omitimos este comienzo del *Credo*, toda la historia de la salvación queda demasiado reducida y estrecha. La Iglesia no es una asociación cualquiera que se ocupa de las necesidades religiosas de los hombres y, por eso mismo, no limita su cometido sólo a dicha asociación. No, ella conduce al hombre al encuentro con Dios y, por tanto, con el principio de todas las cosas. Dios se nos muestra como Creador, y por esto tenemos una responsabilidad con la creación. Nuestra responsabilidad llega hasta la creación, porque ésta proviene del Creador. Puesto que Dios ha creado todo, puede darnos vida y guiar nuestra vida. La vida en la fe de la Iglesia no abraza solamente un ámbito de sensaciones o sentimientos o quizás de obligaciones morales. Abraza al hombre en su totalidad, desde su principio y en la perspectiva de la eternidad. Puesto que la creación pertenece a Dios, podemos confiar plenamente en Él. Y porque Él es Creador, puede darnos la vida eterna. La alegría por la creación, la gratitud por la creación y la responsabilidad respecto a ella van juntas.

El mensaje central del relato de la creación se puede precisar todavía más. San Juan, en las primeras palabras de su Evangelio, ha sintetizado el significado esencial de dicho relato con una sola frase: “En el principio existía el Verbo”. En efecto, el relato de la creación que hemos escuchado antes se caracteriza por la expresión que aparece con frecuencia: “Dijo Dios...”. El mundo es un producto de la Palabra, del *Logos*, como dice Juan utilizando un vocablo central de la lengua griega. “*Logos*” significa “razón”, “sentido”, “palabra”. No es solamente razón, sino Razón creadora que habla y se comunica a sí misma. Razón que es sentido y ella misma crea sentido. El relato de la creación nos dice, por tanto, que el mundo es un producto de la Razón creadora. Y con eso nos dice que en el origen de todas las cosas estaba no lo que carece de razón o libertad, sino que el principio de todas las cosas es la Razón creadora, es el amor, es la libertad. Nos encontramos aquí frente a la alternativa última que está en juego en la discusión entre fe e incredulidad: ¿Es la irracionalidad, la ausencia de libertad y la casualidad el principio de todo, o el principio del ser es más bien razón, libertad, amor? ¿Corresponde el primado a la irracionalidad o a la razón? En último término, ésta es la pregunta crucial. Como creyentes respondemos con el relato de la creación y con San Juan: en el origen está la razón. En el origen está la libertad. Por esto es bueno ser una persona humana. No es que en el universo en expansión, al final, en un pequeño ángulo cualquiera del cosmos se formara por casualidad una especie de ser viviente, capaz de razonar y de tratar de encontrar en la creación una razón o dársela. Si el hombre fuese solamente un producto casual de la evolución en algún lugar al margen del universo, su vida estaría privada de sentido o sería incluso una molestia de la naturaleza. Pero no es así: la Razón estaba en el principio, la Razón creadora, divina. Y puesto que es Razón, ha creado también la libertad; y como de la libertad se puede hacer un uso inadecuado, existe también aquello que es contrario a la creación. Por eso, una gruesa línea oscura se extiende, por decirlo así, a través de la estructura del universo y a través de la naturaleza humana. Pero no obstante esta contradicción, la creación como tal sigue siendo buena, la vida sigue siendo buena, porque en el origen está la Razón buena, el amor creador de Dios. Por eso el mundo puede ser salvado. Por eso podemos y debemos ponernos de parte de la razón, de la libertad y del amor; de parte de Dios

que nos ama tanto que ha sufrido por nosotros, para que de su muerte surgiera una vida nueva, definitiva, saludable.

El relato veterotestamentario de la creación, que hemos escuchado, indica claramente este orden de la realidad. Pero nos permite dar un paso más. Ha estructurado el proceso de la creación en el marco de una semana que se dirige hacia el Sábado, encontrando en él su plenitud. Para Israel, el Sábado era el día en que todos podían participar del reposo de Dios, en que los hombres y animales, amos y esclavos, grandes y pequeños se unían a la libertad de Dios. Así, el Sábado era expresión de la alianza entre Dios y el hombre y la creación. De este modo, la comunión entre Dios y el hombre no aparece como algo añadido, instaurado posteriormente en un mundo cuya creación ya había terminado. La alianza, la comunión entre Dios y el hombre, está ya prefigurada en lo más profundo de la creación. Sí, la alianza es la razón intrínseca de la creación así como la creación es el presupuesto exterior de la alianza. Dios ha hecho el mundo para que exista un lugar donde pueda comunicar su amor y desde el que la respuesta de amor regrese a Él. Ante Dios, el corazón del hombre que le responde es más grande y más importante que todo el inmenso cosmos material, el cual nos deja, ciertamente, vislumbrar algo de la grandeza de Dios.

En Pascua, y partiendo de la experiencia pascual de los cristianos, debemos dar aún un paso más. El Sábado es el séptimo día de la semana. Después de seis días, en los que el hombre participa en cierto modo del trabajo de la creación de Dios, el Sábado es el día del descanso. Pero en la Iglesia naciente sucedió algo inaudito: El Sábado, el séptimo día, es sustituido ahora por el primer día. Como día de la asamblea litúrgica, es el día del encuentro con Dios mediante Jesucristo, el cual en el primer día, el Domingo, se encontró con los suyos como Resucitado, después de que hallaran vacío el sepulcro. La estructura de la semana se ha invertido. Ya no se dirige hacia el séptimo día, para participar en él del reposo de Dios. Inicia con el primer día como día del encuentro con el Resucitado. Este encuentro ocurre siempre nuevamente en la celebración de la Eucaristía, donde el Señor se presenta de nuevo en medio de los suyos y se les entrega, se deja, por así decir, tocar por ellos, se sienta a la mesa con ellos. Este cambio es un hecho extraordinario, si se considera que el Sábado, el séptimo día como día del encuentro con Dios, está profundamente enraizado en el Antiguo Testamento. El dramatismo de dicho cambio resulta aún más claro si tenemos presente hasta qué punto el proceso del trabajo hacia el día de descanso se corresponde también con una lógica natural. Este proceso revolucionario, que se ha verificado inmediatamente al comienzo del desarrollo de la Iglesia, sólo se explica por el hecho de que en dicho día había sucedido algo inaudito. El primer día de la semana era el tercer día después de la muerte de Jesús. Era el día en que Él se había mostrado a los suyos como el Resucitado. Este encuentro, en efecto, tenía en sí algo de extraordinario. El mundo había cambiado. Aquel que había muerto vivía de una vida que ya no estaba amenazada por muerte alguna. Se había inaugurado una nueva forma de vida, una nueva dimensión de la creación. El primer día, según el relato del *Génesis*, es el día en que comienza la creación. Ahora, se ha convertido de un modo nuevo en el día de la creación, se ha convertido en el día de la nueva creación. Nosotros celebramos el primer día. Con ello celebramos a Dios, el Creador, y a su creación. Sí, creo en Dios, Creador del cielo y de la tierra. Y celebramos al Dios que se ha hecho hombre, que padeció,

murió, fue sepultado y resucitó. Celebramos la victoria definitiva del Creador y de su creación. Celebramos este día como origen y, al mismo tiempo, como meta de nuestra vida. Lo celebramos porque ahora, gracias al Resucitado, se manifiesta definitivamente que la razón es más fuerte que la irracionalidad, la verdad más fuerte que la mentira, el amor más fuerte que la muerte. Celebramos el primer día, porque sabemos que la línea oscura que atraviesa la creación no permanece para siempre. Lo celebramos porque sabemos que ahora vale definitivamente lo que se dice al final del relato de la creación: “Vio Dios todo lo que había hecho, y era muy bueno” (*Gen 1, 31*). Amén.

BENEDICTO XVI

Audiencia general

(11 de mayo de 2011)

Queridos hermanos y hermanas:

Hoy quiero seguir reflexionando sobre cómo la oración y el sentido religioso forman parte del hombre a lo largo de toda su historia.

Vivimos en una época en la que son evidentes los signos del laicismo. Parece que Dios ha desaparecido del horizonte de muchas personas o se ha convertido en una realidad ante la cual se permanece indiferente. Sin embargo, al mismo tiempo vemos muchos signos que nos indican un despertar del sentido religioso, un redescubrimiento de la importancia de Dios para la vida del hombre, una exigencia de espiritualidad, de superar una visión puramente horizontal, material, de la vida humana. Analizando la historia reciente, se constata que ha fracasado la previsión de quienes, desde la época de la Ilustración, anunciaban la desaparición de las religiones y exaltaban una razón absoluta, separada de la fe, una razón que disiparía las tinieblas de los dogmas religiosos y disolvería el “mundo de lo sagrado”, devolviendo al hombre su libertad, su dignidad y su autonomía frente a Dios. La experiencia del siglo pasado, con las dos trágicas guerras mundiales, puso en crisis aquel progreso que la razón autónoma, el hombre sin Dios, parecía poder garantizar.

El *Catecismo de la Iglesia católica* afirma: “Por la creación Dios llama a todo ser desde la nada a la existencia... Incluso después de haber perdido, por su pecado, su semejanza con Dios, el hombre sigue siendo imagen de su Creador. Conserva el deseo de Aquel que lo llama a la existencia. Todas las religiones dan testimonio de esta búsqueda esencial de los hombres” (n. 2566). Podríamos decir –como mostré en la catequesis anterior– que, desde los tiempos más antiguos hasta nuestros días, no ha habido ninguna gran civilización que no haya sido religiosa.

El hombre es religioso por naturaleza, es *homo religiosus* como es *homo sapiens* y *homo faber*: “El deseo de Dios –afirma también el *Catecismo*– está inscrito en el corazón del hombre, porque el hombre ha sido creado por Dios y para Dios” (n. 27). La imagen del Creador está impresa en su ser y él siente la necesidad de encontrar una luz para dar respuesta a las preguntas que atañen al

sentido profundo de la realidad; respuesta que no puede encontrar en sí mismo, en el progreso, en la ciencia empírica. El *homo religiosus* no emerge sólo del mundo antiguo, sino que atraviesa toda la historia de la humanidad. Al respecto, el rico terreno de la experiencia humana ha visto surgir diversas formas de religiosidad, con el intento de responder al deseo de plenitud y de felicidad, a la necesidad de salvación, a la búsqueda de sentido. El hombre “digital”, al igual que el de las cavernas, busca en la experiencia religiosa los caminos para superar su finitud y para asegurar su precaria aventura terrena. Por lo demás, la vida sin un horizonte trascendente no tendría un sentido pleno, y la felicidad, a la que tendemos todos, se proyecta espontáneamente hacia el futuro, hacia un mañana que está todavía por realizarse. El concilio Vaticano II, en la declaración *Nostra aetate*, lo subrayó sintéticamente. Dice: “Los hombres esperan de las diferentes religiones una respuesta a los enigmas recónditos de la condición humana que, hoy como ayer, conmueven íntimamente sus corazones. ¿Qué es el hombre? [–¿Quién soy yo?–] ¿Cuál es el sentido y el fin de nuestra vida? ¿Qué es el bien y qué el pecado? ¿Cuál es el origen y el fin del dolor? ¿Cuál es el camino para conseguir la verdadera felicidad? ¿Qué es la muerte, el juicio y la retribución después de la muerte? ¿Cuál es, finalmente, ese misterio último e inefable que abarca nuestra existencia, del que procedemos y hacia el que nos dirigimos?” (n. 1). El hombre sabe que no puede responder por sí mismo a su propia necesidad fundamental de entender. Aunque se haya creído y todavía se crea autosuficiente, sabe por experiencia que no se basta a sí mismo. Necesita abrirse a otro, a algo o a alguien, que pueda darle lo que le falta; debe salir de sí mismo hacia Aquel que pueda colmar la amplitud y la profundidad de su deseo.

El hombre lleva en sí mismo una sed de infinito, una nostalgia de eternidad, una búsqueda de belleza, un deseo de amor, una necesidad de luz y de verdad, que lo impulsan hacia el Absoluto; el hombre lleva en sí mismo el deseo de Dios. Y el hombre sabe, de algún modo, que puede dirigirse a Dios, que puede rezarle. Santo Tomás de Aquino, uno de los más grandes teólogos de la historia, define la oración como “expresión del deseo que el hombre tiene de Dios”. Esta atracción hacia Dios, que Dios mismo ha puesto en el hombre, es el alma de la oración, que se reviste de muchas formas y modalidades según la historia, el tiempo, el momento, la gracia e incluso el pecado de cada orante. De hecho, la historia del hombre ha conocido diversas formas de oración, porque él ha desarrollado diversas modalidades de apertura hacia el Otro y hacia el más allá, tanto que podemos reconocer la oración como una experiencia presente en toda religión y cultura.

Queridos hermanos y hermanas, como vimos el miércoles pasado, la oración no está vinculada a un contexto particular, sino que se encuentra inscrita en el corazón de toda persona y de toda civilización. Naturalmente, cuando hablamos de la oración como experiencia del hombre en cuanto tal, del *homo orans*, es necesario tener presente que es una actitud interior, antes que una serie de prácticas y fórmulas, un modo de estar frente a Dios, antes que de realizar actos de culto o pronunciar palabras. La oración tiene su centro y hunde sus raíces en lo más profundo de la persona; por eso no es fácilmente descifrable y, por el mismo motivo, se puede prestar a malentendidos y mistificaciones. También en este sentido podemos entender la expresión: rezar es difícil. De hecho, la oración es el lugar por excelencia de la gratitud, del tender hacia el Invisible, el Inesperado

y el Inefable. Por eso, para todos la experiencia de la oración es un desafío, una “gracia” que invocar, un don de Aquel al que nos dirigimos.

En la oración, en todas las épocas de la historia, el hombre se considera a sí mismo y su situación frente a Dios, a partir de Dios y en orden a Dios, y experimenta que es criatura necesitada de ayuda, incapaz de conseguir por sí misma la realización plena de su propia existencia y de su propia esperanza. El filósofo Ludwig Wittgenstein recordaba que “orar significa sentir que el sentido del mundo está fuera del mundo”. En la dinámica de esta relación con quien da sentido a la existencia, con Dios, la oración tiene una de sus típicas expresiones en el gesto de ponerse de rodillas. Es un gesto que entraña una radical ambivalencia: de hecho, puedo ser obligado a ponerme de rodillas –condición de indignidad y de esclavitud–, pero también puedo arrodillarme espontáneamente, confesando mi límite y, por tanto, mi necesidad de Otro. A él le confieso que soy débil, necesitado, “pecador”. En la experiencia de la oración la criatura humana expresa toda la conciencia de sí misma, todo lo que logra captar de su existencia y, a la vez, se dirige toda ella al Ser frente al cual está; orienta su alma a aquel Misterio del que espera la realización de sus deseos más profundos y la ayuda para superar la indignidad de su propia vida. En este mirar a Otro, en este dirigirse “más allá” está la esencia de la oración, como experiencia de una realidad que supera lo sensible y lo contingente.

Sin embargo, la búsqueda del hombre sólo encuentra su plena realización en el Dios que se revela. La oración, que es apertura y elevación del corazón a Dios, se convierte así en una relación personal con él. Y aunque el hombre se olvide de su Creador, el Dios vivo y verdadero no deja de tomar la iniciativa llamando al hombre al misterioso encuentro de la oración. Como afirma el *Catecismo*: “Esta iniciativa de amor del Dios fiel es siempre lo primero en la oración; la iniciativa del hombre es siempre una respuesta. A medida que Dios se revela, y revela al hombre a sí mismo, la oración aparece como un llamamiento recíproco, un hondo acontecimiento de alianza. A través de palabras y de acciones, tiene lugar un trance que compromete el corazón humano. Este se revela a través de toda la historia de la salvación” (n. 2567).

Queridos hermanos y hermanas, aprendamos a permanecer más tiempo delante de Dios, del Dios que se reveló en Jesucristo; aprendamos a reconocer en el silencio, en lo más íntimo de nosotros mismos, su voz que nos llama y nos reconduce a la profundidad de nuestra existencia, a la fuente de la vida, al manantial de la salvación, para llevarnos más allá del límite de nuestra vida y abrirnos a la medida de Dios, a la relación con él, que es Amor Infinito. Gracias.

BENEDICTO XVI

DISCURSO DEL SANTO PADRE BENEDICTO XVI A
LOS PARTICIPANTES EN LA ASAMBLEA GENERAL DE
LA ACADEMIA PONTIFICIA PARA LA VIDA
(26 de febrero de 2011)

Señores cardenales; venerados hermanos en el episcopado y en el sacerdocio; queridos hermanos y hermanas:

Os acojo con alegría con ocasión de la asamblea anual de la Academia pontificia para la vida. Saludo en particular al presidente, monseñor Ignacio Carrasco de Paula, y le agradezco sus amables palabras. Os doy a cada uno mi cordial bienvenida. En los trabajos de estos días habéis afrontado temas de relevante actualidad, que interrogan profundamente a la sociedad contemporánea y la desafían a encontrar respuestas cada vez más adecuadas al bien de la persona humana. La temática del *síndrome post-aborto* –es decir, el grave malestar psíquico que con frecuencia experimentan las mujeres que han recurrido al aborto voluntario– revela la voz irreprimible de la conciencia moral, y la herida gravísima que sufre cada vez que la acción humana traiciona la innata vocación al bien del ser humano, que ella testimonia. En esta reflexión sería útil también prestar atención a la conciencia, a veces ofuscada, de los padres de los niños, que a menudo dejan solas a las mujeres embarazadas. La conciencia moral –enseña el Catecismo de la Iglesia católica– es el “juicio de la razón, por el que la persona humana reconoce la cualidad moral de un acto concreto que piensa hacer, está haciendo o ha hecho” (n. 1778). En efecto, es tarea de la conciencia moral discernir el bien del mal en las distintas situaciones de la existencia, a fin de que, basándose en este juicio, el ser humano pueda orientarse libremente al bien. A quienes querrían negar la existencia de la conciencia moral en el hombre, reduciendo su voz al resultado de condicionamientos externos o a un fenómeno puramente emotivo, es importante reafirmar que la calidad moral de la acción humana no es un valor extrínseco u opcional, ni tampoco una prerrogativa de los cristianos o de los creyentes, sino que es común a todo ser humano. En la conciencia moral Dios habla a cada persona e invita a defender la vida humana en todo momento. En este vínculo personal con el Creador está la dignidad profunda de la conciencia moral y la razón de su inviolabilidad.

En la conciencia, el hombre en su integridad –inteligencia, emotividad, voluntad– realiza su vocación al bien, de modo que la elección del bien o del mal en las situaciones concretas de la existencia acaba por marcar profundamente a la persona humana en toda expresión de su ser. Todo el hombre, en efecto, queda herido cuando su actuación va contra el dictamen de su conciencia. Sin embargo, incluso cuando el hombre rechaza la verdad y el bien que el Creador le propone, Dios no lo abandona, sino que precisamente mediante la voz de la conciencia, sigue buscándolo y sigue hablándole, a fin de que reconozca el error y se abra a la Misericordia divina, capaz de sanar cualquier herida.

Los médicos, en particular, no pueden descuidar la grave tarea de defender del engaño la conciencia de numerosas mujeres que piensan que en el aborto encontrarán la solución a dificultades familiares, económicas, sociales, o a problemas de salud de su niño. Especialmente en esta última situación, con frecuencia se convence a la mujer –a veces lo hacen los propios médicos– de que el aborto no sólo representa una opción moralmente lícita, sino que es incluso un acto “terapéutico” debido para evitar sufrimientos al niño y a su familia, y un peso “injusto” para la sociedad. En un marco cultural caracterizado por el eclipse del sentido de la vida, en el cual se ha atenuado mucho la percepción común de la gravedad moral del aborto y de otras formas de atentados contra la vida humana, se exige a los médicos una fortaleza especial para seguir afirmando que el aborto no resuelve nada, sino que mata al niño, destruye a la mujer y ciega la conciencia del padre del niño, arruinando a menudo la vida familiar.

Esta tarea, sin embargo, no concierne sólo a la profesión médica y a los agentes sanitarios. Es necesario que toda la sociedad se alinee en defensa del derecho a la vida del concebido y del verdadero bien de la mujer, que nunca, en ninguna circunstancia, podrá realizarse en la opción del aborto. Igualmente, será necesario –como se ha indicado en vuestros trabajos– proporcionar las ayudas necesarias a las mujeres que lamentablemente ya han recurrido al aborto y ahora están viviendo todo su drama moral y existencial. Son múltiples las iniciativas, a nivel diocesano o de parte de organismos de voluntariado que ofrecen apoyo psicológico y espiritual, para una recuperación humana completa. La solidaridad de la comunidad cristiana no puede renunciar a este tipo de corresponsabilidad. Al respecto quiero recordar la invitación que el venerable Juan Pablo II dirigió a las mujeres que han recurrido al aborto: “La Iglesia conoce cuántos condicionamientos pueden haber influido en vuestra decisión, y no duda de que en muchos casos se ha tratado de una decisión dolorosa e incluso dramática. Probablemente la herida aún no ha cicatrizado en vuestro interior. Es verdad que lo sucedido fue y sigue siendo profundamente injusto. Sin embargo, no os dejéis vencer por el desánimo y no perdáis la esperanza. Antes bien, comprended lo ocurrido e interpretadlo en su verdad. Si aún no lo habéis hecho, abrid con humildad y confianza al arrepentimiento: el Padre de toda misericordia os espera para ofrecer os su perdón y su paz en el sacramento de la Reconciliación. Podéis confiar con esperanza a vuestro hijo a este mismo Padre y a su misericordia. Con la ayuda del consejo y la cercanía de personas amigas y competentes, podréis estar con vuestro doloroso testimonio entre los defensores más elocuentes del derecho de todos a la vida” (*Evangelium vitae*, 99).

La conciencia moral de los investigadores y de toda la sociedad civil está íntimamente implicada también en el segundo tema objeto de vuestros trabajos: el uso de bancos de cordón umbilical con finalidades clínicas y de investigación. La investigación médico-científica es un valor y, por tanto, un compromiso, no sólo para los investigadores, sino para toda la comunidad civil. De aquí el deber de promover investigaciones éticamente válidas por parte de las instituciones y el valor de la solidaridad de los individuos en la participación en investigaciones encaminadas a promover el bien común. Este valor, y la necesidad de esta solidaridad, se evidencian muy bien en el caso del uso de células madre procedentes del cordón umbilical. Se trata de aplicaciones clínicas importantes y de investigaciones prometedoras en el plano científico, pero que en su realización dependen mucho

de la generosidad en la donación de sangre del cordón umbilical en el momento del parto, y de la adecuación de las estructuras, para hacer efectiva la voluntad de donación por parte de las parturientas. Os invito, por tanto, a todos a haceros promotores de una verdadera y consciente solidaridad humana y cristiana. A este propósito, numerosos investigadores médicos miran justamente con perplejidad el creciente florecimiento de bancos privados para la conservación de la sangre del cordón umbilical para uso exclusivamente autólogo. Esta opción –como demuestran los trabajos de vuestra asamblea–, además de carecer de una superioridad científica real respecto a la donación del cordón umbilical, debilita el genuino espíritu solidario que debe alentar constantemente la búsqueda de ese bien común al cual tienden, en última instancia, la ciencia y la investigación médica.

Queridos hermanos y hermanas, renuevo la expresión de mi reconocimiento al presidente y a todos los miembros de la Academia pontificia para la vida por el valor científico y ético con el que realizáis vuestro compromiso al servicio del bien de la persona humana. Mi deseo es que mantengáis siempre vivo el espíritu de auténtico servicio que hace que las mentes y los corazones sean sensibles para reconocer las necesidades de los hombres contemporáneos nuestros. A cada uno de vosotros y a vuestros seres queridos os imparto de corazón la bendición apostólica.

MENSAJE DEL SANTO PADRE
BENEDICTO XVI CON OCASIÓN DEL
150º ANIVERSARIO DE LA UNIFICACIÓN
POLÍTICA DE ITALIA
(17 de abril de 2011)

Ilustrísimo señor Giorgio Napolitano, Presidente de la República Italiana

El 150º aniversario de la unificación política de Italia me brinda la feliz ocasión de reflexionar sobre la historia de este amado país, cuya capital es Roma, ciudad en la que la divina Providencia puso la sede del Sucesor del apóstol san Pedro. Por tanto, al formularle a usted y a toda la nación mi más cordial felicitación, me alegra compartir con usted estas consideraciones, como signo de los profundos vínculos de amistad y colaboración que unen a Italia y a la Santa Sede.

El proceso de unificación que tuvo lugar en Italia durante el siglo XIX y que ha pasado a la historia con el nombre de *Risorgimento*, constituyó el desenlace natural de un desarrollo de la identidad nacional comenzado mucho tiempo antes. En efecto, la nación italiana, como comunidad de personas unidas por la lengua, la cultura y los sentimientos de una misma pertenencia, aunque en la pluralidad de comunidades políticas articuladas en la península, comienza a formarse en la Edad Media. El cristianismo contribuyó de manera fundamental a la construcción de la identidad italiana a través de la obra de la Iglesia, de sus instituciones educativas y asistenciales, fijando modelos de comportamiento, configuraciones institucionales, relaciones sociales, pero también mediante una riquísima actividad artística: la literatura, la pintura, la escultura, la arquitectura, la música. Dante, Giotto, Petrarca, Miguel Ángel, Rafael, Pierluigi de Palestrina, Caravaggio, Scarlatti, Bernini y Borromini son sólo algunos nombres de una lista de grandes artistas que, a lo largo de los siglos, han dado una aportación fundamental a la formación de la identidad italiana. También las experiencias de santidad, que han constelado la historia de Italia, han contribuido fuertemente a construir esta identidad, no sólo bajo el perfil específico de una realización peculiar del mensaje evangélico, que ha marcado en el tiempo la experiencia religiosa y la espiritualidad de los italianos (piénsese en las grandes y múltiples expresiones de la piedad popular), sino también bajo un perfil cultural e incluso político. San Francisco de Asís, por ejemplo, se distingue también por su contribución a forjar la lengua nacional; santa Catalina de Siena, a pesar de ser una sencilla mujer del pueblo, ofrece un estímulo formidable a la elaboración de un pensamiento político y jurídico italiano. La aportación de la Iglesia y de los creyentes al proceso de formación y de consolidación de la identidad nacional continúa en la edad moderna y contemporánea. Incluso cuando partes de la península fueron sometidas a la soberanía de potencias extranjeras, fue precisamente gracias a esta identidad ya clara y fuerte como, a pesar de la persistencia en el tiempo de la fragmentación geopolítica, la nación italiana pudo seguir subsistiendo y siendo consciente de sí misma. Por ello,

la unidad de Italia, llevada a cabo en la segunda mitad del siglo XIX, pudo tener lugar no como una construcción política artificiosa de identidades diversas, sino como el desenlace político natural de una identidad nacional fuerte y arraigada, subsistente desde hacía tiempo. La comunidad política unitaria que nació como conclusión del ciclo del *Risorgimento*, tuvo, en definitiva, como nexo que mantenía unidas las diferencias locales que aún subsistían, precisamente la identidad nacional preexistente, a cuyo moldeamiento el cristianismo y la Iglesia dieron una contribución fundamental.

Por razones históricas, culturales y políticas complejas, el *Risorgimento* ha pasado como un movimiento contrario a la Iglesia, al catolicismo, a veces incluso contrario a la religión en general. Sin negar el papel de tradiciones de pensamiento diferentes, algunas marcadas por trazos jurisdiccionalistas o laicistas, no se puede desconocer la aportación del pensamiento –e incluso de la acción– de los católicos en la formación del Estado unitario. Desde el punto de vista del pensamiento político bastaría recordar todas las vicisitudes del neogüelfismo, que tuvo en Vincenzo Gioberti un ilustre representante; o pensar en las orientaciones católico-liberales de Cesare Balbo, Massimo d'Azeglio y Raffaele Lambruschini. Por el pensamiento filosófico, político y también jurídico resalta la gran figura de Antonio Rosmini, cuya influencia se ha mantenido en el tiempo, hasta dar forma a puntos significativos de la Constitución italiana vigente. Y por la literatura que tanto contribuyó a “hacer a los italianos”, es decir, a darles su sentido de pertenencia a la nueva comunidad política que el proceso del *Risorgimento* estaba plasmando, cómo no recordar a Alessandro Manzoni, fiel intérprete de la fe y de la moral católica; o a Silvio Pellico, que, con su obra autobiográfica sobre las dolorosas vicisitudes de un patriota, supo testimoniar la conciliabilidad del amor a la Patria con una fe inquebrantable. Y también figuras de santos, como san Juan Bosco, impulsado por la preocupación pedagógica a componer manuales de historia patria, que modeló la pertenencia al instituto por él fundado sobre un paradigma coherente con una sana concepción liberal: “ciudadanos ante el Estado y religiosos ante la Iglesia”.

La construcción político-institucional del Estado unitario implicó a diversas personalidades del mundo político, diplomático y militar, entre ellas algunos exponentes del mundo católico. Este proceso, al tener que afrontar inevitablemente el problema de la soberanía temporal de los Papas (pero también porque llevaba a extender a los territorios adquiridos poco a poco una legislación en materia eclesiástica de orientación fuertemente laicista), tuvo efectos desgarradores en la conciencia individual y colectiva de los católicos italianos, divididos entre los sentimientos opuestos de fidelidades nacientes de la ciudadanía, por un lado, y la pertenencia eclesial por otro. Pero debe reconocerse que, si bien fue el proceso de unificación político-institucional el que produjo ese conflicto entre Estado e Iglesia que ha pasado a la historia con el nombre de “Cuestión romana”, suscitando en consecuencia la expectativa de una “Conciliación” formal, no se produjo ningún conflicto en el cuerpo social, marcado por una profunda amistad entre la comunidad civil y la comunidad eclesial. La identidad nacional de los italianos, tan fuertemente arraigada en las tradiciones católicas, constituyó en verdad la base más sólida de la unidad política conquistada. En definitiva, la Conciliación debía producirse entre las instituciones, no en el cuerpo social, donde la fe y la ciudadanía no estaban en conflicto. Incluso en los años del desgarramiento, los

católicos trabajaron por la unidad del país. La abstención de la vida política, que siguió al “*non expedit*”, dirigió las realidades del mundo católico hacia una gran toma de responsabilidad en lo social: la educación, la instrucción, la asistencia, la salud, la cooperación, la economía social, fueron ámbitos de compromiso que hicieron crecer una sociedad solidaria y fuertemente unida. La controversia que se entabló entre Estado e Iglesia con la proclamación de Roma como capital de Italia y con el fin del Estado Pontificio, era particularmente compleja. Se trataba sin duda de un caso totalmente italiano, en la medida en que sólo Italia tiene la singularidad de hospedar la sede del Papado. Por otra parte, la cuestión tenía también indudable relevancia internacional. Debe observarse que, terminado el poder temporal, la Santa Sede, aun reclamando la más plena libertad y la soberanía que le corresponde en su orden, rechazó siempre la posibilidad de una solución de la “Cuestión romana” a través de imposiciones desde el exterior, confiando en los sentimientos del pueblo italiano y en el sentido de responsabilidad y de justicia del Estado italiano. La firma de los Pactos lateranenses, el 11 de febrero de 1929, marcó la solución definitiva del problema. A propósito del final de los Estados pontificios, en el recuerdo del beato Papa Pío IX y de sus sucesores, retomo las palabras del cardenal Giovanni Battista Montini, en el discurso que pronunció en el Campidoglio el 10 de octubre de 1962: “El papado retomó con inusitado vigor sus funciones de maestro de vida y de testimonio del Evangelio, hasta llegar a gran altura en el gobierno espiritual de la Iglesia y en la irradiación en el mundo, más que nunca”.

La aportación fundamental de los católicos italianos a la elaboración de la Constitución republicana de 1947 es bien conocida. Aunque el texto constitucional fue el fruto positivo de un encuentro y una colaboración entre distintas tradiciones de pensamiento, no cabe ninguna duda de que sólo los constituyentes católicos se presentaron en la histórica cita con un proyecto preciso sobre la ley fundamental del nuevo Estado italiano; un proyecto madurado dentro de la Acción católica, en particular de la FUCI y del movimiento *Laureati*, y de la Universidad católica del Sagrado Corazón, y objeto de reflexión y de elaboración en el *Código de Camaldoli* de 1945 y en la *XIX Semana social de los católicos italianos* del mismo año, dedicada al tema “Constitución y Constituyente”. De ahí derivó un compromiso muy significativo de los católicos italianos en la política, en la actividad sindical, en las instituciones públicas, en las realidades económicas, en las expresiones de la sociedad civil, dando así una contribución muy relevante al crecimiento del país, demostrando absoluta fidelidad al Estado y dedicación al bien común, y situando a Italia en proyección europea. Luego, en los dolorosos y oscuros años del terrorismo, los católicos dieron su testimonio de sangre: ¿cómo no recordar, entre las diversas figuras, las del honorable Aldo Moro y del profesor Vittorio Bachelet? Por su parte, la Iglesia, gracias a la amplia libertad que le aseguró el Concordato lateranense de 1929, siguió dando, con sus propias instituciones y actividades, una contribución efectiva al bien común, interviniendo de modo especial en apoyo de las personas más marginadas y sufrientes, y sobre todo alimentando el cuerpo social con los valores morales que son esenciales para la vida de una sociedad democrática, justa y ordenada. El bien del país, entendido en su integridad, siempre se ha perseguido y expresado particularmente en momentos muy significativos, como en la “gran oración por Italia” convocada por el venerable Juan Pablo II el 10 de enero de 1994.

La conclusión del Acuerdo de revisión del Concordato lateranense, firmado el 18 de febrero de 1984, marcó el paso a una nueva fase de las relaciones entre Iglesia y Estado en Italia. Ese paso fue claramente advertido por mi predecesor, el cual, en el discurso pronunciado el 3 de junio de 1985, en el acto de intercambio de los instrumentos de ratificación del Acuerdo, observó que, como “instrumento de concordia y colaboración, el Concordato se encuadra ahora en una sociedad caracterizada por la competición libre de ideas y el engranaje pluralista de los varios sectores sociales; y puede y debe constituir un factor de promoción y de crecimiento fomentando una profunda unidad de ideales y sentimientos mediante la que todos los italianos se vean como hermanos en una misma patria” (*L'Osservatore Romano*, edición en lengua española, 4 de agosto de 1985, p. 14). Y añadía que en el desempeño de su diaconía en favor del hombre, “la Iglesia se propone actuar con pleno respeto de la autonomía del orden político y de la soberanía del Estado. Igualmente, está atenta a que se salvaguarde la libertad de todos, condición indispensable para la construcción de un mundo digno del hombre; sólo dentro de la libertad puede este buscar plenamente la verdad y adherirse a ella sinceramente, sacando de la misma motivo e inspiración para comprometerse solidaria y unitariamente en favor del bien común” (*ib.*). El Acuerdo, que ha contribuido en gran medida a delinear la sana laicidad que denota al Estado italiano y su ordenamiento jurídico, ha puesto de manifiesto los dos principios supremos que están llamados a presidir las relaciones entre Iglesia y comunidad política: el de la distinción de ámbitos y el de la colaboración. Una colaboración motivada por el hecho de que, como enseñó el concilio Vaticano II, ambas, es decir, la Iglesia y la comunidad política, “aunque por diverso título, están al servicio de la vocación personal y social de los mismos hombres” (*Gaudium et spes*, 76). La experiencia madurada en los años de vigencia de las nuevas disposiciones de los pactos, ha mostrado una vez más a la Iglesia y a los católicos comprometidos de diversos modos en favor de la “promoción del hombre y del bien del país” que, respetando la independencia y la soberanía recíprocas, constituye un principio inspirador y orientador del Concordato en vigor (art. 1). La Iglesia es consciente no sólo de la contribución que ofrece a la sociedad civil para el bien común, sino también de lo que recibe de la sociedad civil, como afirma el concilio Vaticano II: “Quienes promueven la comunidad humana en el orden de la familia, de la cultura, de la vida económica y social, y de la vida política tanto nacional como internacional, aportan, según el designio de Dios, también una gran ayuda a la comunidad eclesial, en la medida en que esta depende de las realidades externas” (*Gaudium et spes*, 44).

Al repasar el largo desarrollo de la historia, hay que reconocer que la nación italiana siempre ha sentido la carga, pero al mismo tiempo el singular privilegio que supone la situación peculiar por la que la sede del sucesor de Pedro, y por tanto el centro de la cristiandad, se encuentra en Italia, en Roma. Y la comunidad nacional ha respondido siempre a esta conciencia expresando cercanía afectiva, solidaridad, ayuda a la Sede apostólica para su libertad y para secundar la realización de las condiciones favorables al ejercicio del ministerio espiritual en el mundo por parte del Sucesor de Pedro, que es Obispo de Roma y Primado de Italia. Pasadas las turbulencias causadas por la “Cuestión romana”, y habiendo llegado a la anhelada Conciliación, también el Estado italiano ha ofrecido y

sigue ofreciendo una valiosa colaboración, de la que la Santa Sede goza y que conscientemente agradece.

Al presentarle, señor presidente, estas reflexiones, invoco de corazón sobre el pueblo italiano la abundancia de los dones celestiales, para que siempre lo guíe la luz de la fe, fuente de esperanza y de compromiso perseverante por la libertad, la justicia y la paz.

Vaticano, 17 de marzo de 2011.

VISITA AL MAUSOLEO DE LAS FOSAS ARDEATINAS/ROMA Palabras del Santo Padre Benedicto XVI (27 de marzo de 2011)

Queridos hermanos y hermanas:

De buen grado he aceptado la invitación de la “Asociación nacional entre las familias italianas de los mártires caídos por la libertad de la patria” para peregrinar a este mausoleo, querido por todos los italianos, en particular por el pueblo romano. Saludo al cardenal vicario, al rabino jefe, al presidente de la asociación, al comisario general, al director del mausoleo y, de manera especial, a los familiares de las víctimas, así como a todos los presentes.

“Creo en Dios y en Italia, creo en la resurrección de los mártires y de los héroes, creo en el renacimiento de la patria y en la libertad del pueblo”. Estas palabras fueron grabadas en la pared de una celda de tortura, en la calle Tasso, en Roma, durante la ocupación nazi. Son el testamento de una persona desconocida, que estuvo encarcelada en aquella celda, y demuestran que el espíritu humano sigue siendo libre incluso en las condiciones más duras. “Creo en Dios y en Italia”: esta expresión me ha impresionado, además, porque en este año se celebra el 150° aniversario de la unidad de Italia, pero sobre todo porque afirma la primacía de la fe, de la que se obtiene la confianza y la esperanza para Italia y para su futuro. Lo que sucedió aquí el 24 de marzo de 1944 es una ofensa gravísima a Dios, porque se trata de la violencia deliberada del hombre contra el hombre. Es el efecto más execrable de la guerra, de toda guerra, mientras que Dios es vida, paz, comunión.

Al igual que mis predecesores, he venido aquí para orar y renovar la memoria. He venido a invocar la Misericordia divina, la única que puede llenar los vacíos, los abismos abiertos por los hombres cuando, arrastrados por la ciega violencia, reniegan de su dignidad de hijos de Dios y hermanos entre sí. Yo también, como Obispo de Roma, ciudad consagrada por la sangre de los mártires del Evangelio del amor, vengo a rendir homenaje a estos hermanos, asesinados a poca distancia de las antiguas catacumbas.

“Creo en Dios y en Italia”. En ese testamento grabado en un lugar de violencia y de muerte, el vínculo entre la fe y el amor a la patria aparece en toda su pureza, sin retórica alguna. Quien escribió esas palabras lo hizo sólo por íntima convicción, como último testimonio de la verdad en que creía, que hace regio el espíritu humano incluso en la máxima humillación. Cada hombre está llamado a realizar de este modo su propia dignidad: testimoniando esa verdad que reconoce con su propia conciencia.

Me ha impresionado otro testimonio, que se encontró precisamente aquí, en las Fosas Ardeatinas. Una hoja de papel en la que un caído escribió: “Dios mío, Padre grande, te rogamos que protejas a los judíos de las bárbaras persecuciones. Un padrenuestro, diez avemarías, un Gloria al Padre”. En ese momento tan trágico, tan inhumano, en el corazón de esa persona surgió la invocación más elevada: “Dios mío, Padre grande”. ¡Padre de todos! Como en los labios de Jesús poco antes de morir en la cruz: “Padre, en tus manos encomiendo mi espíritu”. En ese nombre, “Padre”, está la garantía segura de la esperanza; la posibilidad de un futuro diferente, libre del odio y de la venganza, un futuro de libertad y de fraternidad para Roma, para Italia, para Europa, para el mundo. Sí, en todo lugar, en todo continente, sea cual sea el pueblo al que pertenezca, el hombre es hijo del Padre que está en los cielos, es hermano de todos en humanidad. Pero ser hijo y hermano no es algo que se puede dar por descontado. Lo demuestran, por desgracia, también las Fosas Ardeatinas. Hay que quererlo, hay que decir sí al bien y no al mal. Es necesario creer en el Dios del amor y de la vida, y rechazar cualquier otra falsa imagen divina, que traiciona su santo Nombre y traiciona, por consiguiente, al hombre, hecho a su imagen.

Por eso, en este lugar, memorial doloroso del mal más horrendo, la respuesta más verdadera es la de tomarse de la mano, como hermanos, y decir: Padre nuestro, creemos en ti, y con la fuerza de tu amor queremos caminar juntos, en paz, en Roma, en Italia, en Europa, en todo el mundo. Amén.

DISCURSO DEL SANTO PADRE BENEDICTO XVI
A LOS PARTICIPANTES EN LA ASAMBLEA
PLENARIA DE LA CONGREGACIÓN PARA LA
EDUCACIÓN CATÓLICA
(7 de febrero de 2011)

Señores cardenales; venerados hermanos en el episcopado y en el sacerdocio; queridos hermanos y hermanas:

Os dirijo a cada uno mi cordial saludo por esta visita con ocasión de la reunión plenaria de la Congregación para la educación católica. Saludo al cardenal Zenon Grocholewski, prefecto del dicasterio, agradeciéndole sus amables palabras, así como al secretario, al subsecretario, a los oficiales y a los colaboradores.

Las temáticas que afrontáis en estos días tienen como común denominador la educación y la formación, que hoy constituyen uno de los desafíos más urgentes que la Iglesia y sus instituciones están llamadas a afrontar. Parece que la obra educativa cada vez es más ardua porque, en una cultura que con demasiada frecuencia adopta el relativismo como credo, falta la luz de la verdad, es más, se considera peligroso hablar de la verdad, insinuando así la duda sobre los valores básicos de la existencia personal y comunitaria. Por esto es importante el servicio que prestan en el mundo las numerosas instituciones formativas que se inspiran en la visión cristiana del hombre y de la realidad: educar es un acto de amor, ejercicio de la “caridad intelectual”, que requiere responsabilidad, entrega y coherencia de vida. El trabajo de vuestra Congregación y las decisiones que toméis en estos días de reflexión y de estudio contribuirán ciertamente a responder a la actual “emergencia educativa”.

Vuestra Congregación, creada en 1915 por Benedicto XV, lleva a cabo desde hace casi cien años su valiosa obra al servicio de las diversas instituciones católicas de formación. Entre ellas, sin duda, el seminario es una de las más importantes para la vida de la Iglesia y exige, por tanto, un proyecto formativo que tenga en cuenta el contexto al que acabo de referirme. He subrayado varias veces que el seminario es una etapa muy valiosa de la vida, en la que el candidato al sacerdocio hace experiencia de ser “un discípulo de Jesús”. Para este tiempo destinado a la formación, se requiere una cierta distancia, un cierto “desierto”, porque el Señor habla al corazón con una voz que se oye si hay silencio (cf. *1 R* 19, 12); pero se requiere también la disponibilidad a vivir juntos, a amar la “vida de familia” y la dimensión comunitaria que anticipan la “fraternidad sacramental” que debe caracterizar a todo presbiterio diocesano (cf. *Presbyterorum ordinis*, 8) y que recordé también en mi reciente *Carta a los seminaristas*: “no se llega a ser sacerdote solo. Hace falta la “comunidad de discípulos”, el grupo de los que quieren servir a la Iglesia de todos”.

En estos días estudiáis también el borrador del documento sobre “Internet y la formación en los seminarios”. Internet, por su capacidad de superar las distancias

y de poner en contacto recíproco a las personas, presenta grandes posibilidades también para la Iglesia y su misión. Con el discernimiento necesario para su uso inteligente y prudente, es un instrumento que puede servir no sólo para los estudios, sino también para la acción pastoral de los futuros presbíteros en los distintos campos eclesiales, como la evangelización, la acción misionera, la catequesis, los proyectos educativos y la gestión de las instituciones. Asimismo, en este campo es de extrema importancia contar con formadores adecuadamente preparados para que sean guías fieles y siempre actualizados, a fin de acompañar a los candidatos al sacerdocio en el uso correcto y positivo de los medios informáticos.

Este año celebramos el LXX aniversario de la Obra pontificia para las vocaciones sacerdotales, instituida por el venerable Pío XII para favorecer la colaboración entre la Santa Sede y las Iglesias locales en la valiosa obra de promoción de las vocaciones al ministerio ordenado. Este aniversario podrá ser la ocasión para conocer y valorar las iniciativas vocacionales más significativas organizadas en las Iglesias locales. Es preciso que la pastoral vocacional, además de subrayar el valor de la llamada universal a seguir a Jesús, insista más claramente en el perfil del sacerdocio ministerial, caracterizado por su específica configuración con Cristo, que lo distingue esencialmente de los demás fieles y se pone a su servicio.

Asimismo, habéis iniciado una revisión de lo que prescribe la constitución apostólica *Sapientia christiana* sobre los estudios eclesiásticos, respecto al derecho canónico, a los institutos superiores de ciencias religiosas y, recientemente, a la filosofía. Un sector sobre el cual conviene reflexionar especialmente es el de la teología. Es importante lograr que sea cada vez más sólido el vínculo entre la teología y el estudio de la Sagrada Escritura, de modo que esta última sea realmente el alma y el corazón de la teología (cf. *Verbum Domini*, 31). Pero el teólogo no debe olvidar que él es también quien habla a Dios. Es indispensable, por tanto, mantener estrechamente unidas la teología con la oración personal y comunitaria, especialmente litúrgica. La teología es *scientia fidei* y la oración alimenta la fe. En la unión con Dios, de algún modo, el misterio se saborea, se hace cercano, y esta proximidad es luz para la inteligencia. Quiero subrayar también la conexión de la teología con las demás disciplinas, considerando que se enseña en las universidades católicas y, en muchos casos, en las civiles. El beato John Henry Newman hablaba de “círculo del saber”, *circle of knowledge*, para indicar que existe una interdependencia entre las varias ramas del saber; pero sólo Dios tiene relación con la totalidad de lo real; por consiguiente, eliminar a Dios significa romper el círculo del saber. Desde esta perspectiva las universidades católicas, con su identidad muy precisa y su apertura a la “totalidad” del ser humano, pueden realizar una obra valiosa para promover la unidad del saber, orientando a estudiantes y profesores a la Luz del mundo, la “luz verdadera que alumbr a todo hombre” (*Jn* 1, 9). Son consideraciones que valen también para las escuelas católicas. Es necesaria, ante todo, la valentía de anunciar el valor “amplio” de la educación, para formar personas sólidas, capaces de colaborar con los demás y dar sentido a su vida. Hoy se habla de *educación intercultural*, objeto de estudio también en vuestra plenaria. En este ámbito se requiere una fidelidad valiente e innovadora, que sepa conjugar una clara conciencia de la propia identidad y una apertura a la alteridad, por las exigencias de vivir juntos en las sociedades multiculturales. También con este fin emerge el papel educativo de la *enseñanza de la religión católica* como disciplina escolar en diálogo interdisciplinar con las demás. De

hecho, contribuye ampliamente no sólo al desarrollo integral del estudiante, sino también al conocimiento del otro, a la comprensión y al respeto recíproco. Para alcanzar estos objetivos se deberá prestar especial atención a la formación de los directores y de los formadores, no sólo desde un punto de vista profesional, sino también religioso y espiritual, para que, con la coherencia de la propia vida y con la implicación personal, la presencia del educador cristiano sea expresión de amor y testimonio de la verdad.

Queridos hermanos y hermanas, os agradezco lo que hacéis con vuestro competente trabajo al servicio de las instituciones educativas. Tened siempre la mirada fija en Cristo, el único Maestro, para que con su Espíritu haga eficaz vuestro trabajo. Os encomiendo a la materna protección de María santísima, *Sedes Sapientiae*, y os imparto de corazón a todos la bendición apostólica.

MENSAJE DEL SANTO PADRE BENEDICTO XVI PARA LA XLV JORNADA MUNDIAL DE LAS COMUNICACIONES SOCIALES Verdad, anuncio y autenticidad de vida en la era digital (5 de junio 2011)

Queridos hermanos y hermanas:

Con ocasión de la XLV Jornada Mundial de las Comunicaciones Sociales, deseo compartir algunas reflexiones, motivadas por un fenómeno característico de nuestro tiempo: la propagación de la comunicación a través de *internet*. Se extiende cada vez más la opinión de que, así como la revolución industrial produjo un cambio profundo en la sociedad, por las novedades introducidas en el ciclo productivo y en la vida de los trabajadores, la amplia transformación en el campo de las comunicaciones dirige las grandes mutaciones culturales y sociales de hoy. Las nuevas tecnologías no modifican sólo el modo de comunicar, sino la comunicación en sí misma, por lo que se puede afirmar que nos encontramos ante una vasta transformación cultural. Junto a ese modo de difundir información y conocimientos, nace un nuevo modo de aprender y de pensar, así como nuevas oportunidades para establecer relaciones y construir lazos de comunión.

Se presentan a nuestro alcance objetivos hasta ahora impensables, que asombran por las posibilidades de los nuevos medios, y que a la vez exigen con creciente urgencia una seria reflexión sobre el sentido de la comunicación en la era digital. Esto se ve más claramente aún cuando nos confrontamos con las extraordinarias potencialidades de *internet* y la complejidad de sus aplicaciones. Como todo fruto del ingenio humano, las nuevas tecnologías de comunicación deben ponerse al servicio del bien integral de la persona y de la humanidad entera. Si se usan con sabiduría, pueden contribuir a satisfacer el deseo de sentido, de verdad y de unidad que sigue siendo la aspiración más profunda del ser humano.

Transmitir información en el mundo digital significa cada vez más introducirla en una red social, en la que el conocimiento se comparte en el ámbito de intercambios personales. Se relativiza la distinción entre el productor y el consumidor de información, y la comunicación ya no se reduce a un intercambio de datos, sino que se desea compartir. Esta dinámica ha contribuido a una renovada valoración del acto de comunicar, considerado sobre todo como diálogo, intercambio, solidaridad y creación de relaciones positivas. Por otro lado, todo ello tropieza con algunos límites típicos de la comunicación digital: una interacción parcial, la tendencia a comunicar sólo algunas partes del propio mundo interior, el riesgo de construir una cierta imagen de sí mismos que suele llevar a la autocomplacencia.

De modo especial, los jóvenes están viviendo este cambio en la comunicación con todas las aspiraciones, las contradicciones y la creatividad propias de quienes se abren con entusiasmo y curiosidad a las nuevas experiencias de la vida. Cuanto más se participa en el espacio público digital, creado por las llamadas redes sociales, se establecen nuevas formas de relación interpersonal que inciden en la imagen que se tiene de uno mismo. Es inevitable que ello haga plantearse no sólo la pregunta sobre la calidad del propio actuar, sino también sobre la autenticidad del propio ser. La presencia en estos espacios virtuales puede ser expresión de una búsqueda sincera de un encuentro personal con el otro, si se evitan ciertos riesgos, como buscar refugio en una especie de mundo paralelo, o una excesiva exposición al mundo virtual. El anhelo de compartir, de establecer “amistades”, implica el desafío de ser auténticos, fieles a sí mismos, sin ceder a la ilusión de construir artificialmente el propio “perfil” público.

Las nuevas tecnologías permiten a las personas encontrarse más allá de las fronteras del espacio y de las propias culturas, inaugurando así un mundo nuevo de amistades potenciales. Ésta es una gran oportunidad, pero supone también prestar una mayor atención y una toma de conciencia sobre los posibles riesgos. ¿Quién es mi “prójimo” en este nuevo mundo? ¿Existe el peligro de estar menos presentes con quien encontramos en nuestra vida cotidiana ordinaria? ¿Tenemos el peligro de caer en la dispersión, dado que nuestra atención está fragmentada y absorta en un mundo “diferente” al que vivimos? ¿Dedicamos tiempo a reflexionar críticamente sobre nuestras decisiones y a alimentar relaciones humanas que sean realmente profundas y duraderas? Es importante recordar siempre que el contacto virtual no puede y no debe sustituir el contacto humano directo, en todos los aspectos de nuestra vida.

También en la era digital, cada uno siente la necesidad de ser una persona auténtica y reflexiva. Además, las redes sociales muestran que uno está siempre implicado en aquello que comunica. Cuando se intercambian informaciones, las personas se comparten a sí mismas, su visión del mundo, sus esperanzas, sus ideales. Por eso, puede decirse que existe un estilo cristiano de presencia también en el mundo digital, caracterizado por una comunicación franca y abierta, responsable y respetuosa del otro. Comunicar el Evangelio a través de los nuevos medios significa no sólo poner contenidos abiertamente religiosos en las plataformas de los diversos medios, sino también dar testimonio coherente en el propio perfil digital y en el modo de comunicar preferencias, opciones y juicios que sean profundamente concordes con el Evangelio, incluso cuando no se hable explícitamente de él. Asimismo, tampoco se puede anunciar un mensaje en el mundo digital sin el testimonio coherente de quien lo anuncia. En los nuevos contextos y con las nuevas formas de expresión, el cristiano está llamado de nuevo a responder a quien le pida razón de su esperanza (cf. 1 P 3,15).

El compromiso de ser testigos del Evangelio en la era digital exige a todos el estar muy atentos con respecto a los aspectos de ese mensaje que puedan contrastar con algunas lógicas típicas de la red. Hemos de tomar conciencia sobre todo de que el valor de la verdad que deseamos compartir no se basa en la “popularidad” o la cantidad de atención que provoca. Debemos darla a conocer en su integridad, más que intentar hacerla aceptable, quizá desvirtuándola. Debe transformarse en alimento cotidiano y no en atracción de un momento.

La verdad del Evangelio no puede ser objeto de consumo ni de disfrute superficial, sino un don que pide una respuesta libre. Esa verdad, incluso cuando se proclama en el espacio virtual de la red, está llamada siempre a encarnarse en el mundo real y en relación con los rostros concretos de los hermanos y hermanas con quienes compartimos la vida cotidiana. Por eso, siguen siendo fundamentales las relaciones humanas directas en la transmisión de la fe.

Con todo, deseo invitar a los cristianos a unirse con confianza y creatividad responsable a la red de relaciones que la era digital ha hecho posible, no simplemente para satisfacer el deseo de estar presentes, sino porque esta red es parte integrante de la vida humana. La red está contribuyendo al desarrollo de nuevas y más complejas formas de conciencia intelectual y espiritual, de comprensión común. También en este campo estamos llamados a anunciar nuestra fe en Cristo, que es Dios, el Salvador del hombre y de la historia, Aquél en quien todas las cosas alcanzan su plenitud (cf. *Ef* 1, 10). La proclamación del Evangelio supone una forma de comunicación respetuosa y discreta, que incita el corazón y mueve la conciencia; una forma que evoca el estilo de Jesús resucitado cuando se hizo compañero de camino de los discípulos de Emaús (cf. *Lc* 24, 13-35), a quienes mediante su cercanía condujo gradualmente a la comprensión del misterio, dialogando con ellos, tratando con delicadeza que manifestaran lo que tenían en el corazón.

La Verdad, que es Cristo, es en definitiva la respuesta plena y auténtica a ese deseo humano de relación, de comunión y de sentido, que se manifiesta también en la participación masiva en las diversas redes sociales. Los creyentes, dando testimonio de sus más profundas convicciones, ofrecen una valiosa aportación, para que la red no sea un instrumento que reduce las personas a categorías, que intenta manipularlas emotivamente o que permite a los poderosos monopolizar las opiniones de los demás. Por el contrario, los creyentes animan a todos a mantener vivas las cuestiones eternas sobre el hombre, que atestiguan su deseo de trascendencia y la nostalgia por formas de vida auténticas, dignas de ser vividas. Esta tensión espiritual típicamente humana es precisamente la que fundamenta nuestra sed de verdad y de comunión, que nos empuja a comunicarnos con integridad y honradez.

Invito sobre todo a los jóvenes a hacer buen uso de su presencia en el espacio digital. Les reitero nuestra cita en la próxima Jornada Mundial de la Juventud, en Madrid, cuya preparación debe mucho a las ventajas de las nuevas tecnologías. Para quienes trabajan en la comunicación, pido a Dios, por intercesión de su Patrón, san Francisco de Sales, la capacidad de ejercer su labor conscientemente y con escrupulosa profesionalidad, a la vez que imparto a todos la Bendición Apostólica.

Vaticano, 24 de enero 2011, fiesta de san Francisco de Sales.

DISCURSO DEL SANTO PADRE BENEDICTO XVI A LA
EXCMA. SRA. MARÍA JESÚS F. LÓPEZ-PALOP,
NUEVA EMBAJADORA DE ESPAÑA
ANTE LA SANTA SEDE
(16 de abril de 2011)

Señora Embajadora:

Al recibir las cartas credenciales que acreditan a Vuestra Excelencia como Embajadora Extraordinaria y Plenipotenciaria de España ante la Santa Sede, le agradezco cordialmente las palabras que ha tenido a bien dirigirme, así como el deferente saludo que me trasmite de Sus Majestades los Reyes, del Gobierno y el pueblo español. Correspondo gustosamente expresando mis mejores deseos de paz, prosperidad y bien espiritual para todos ellos, a quienes tengo muy presentes en el recuerdo y en la oración. Reciba la más cordial bienvenida al iniciar su importante quehacer en esta Misión diplomática, que cuenta con siglos de brillante historia y tantos ilustres predecesores suyos.

He visitado recientemente Santiago de Compostela y Barcelona, y recuerdo con gratitud tantas atenciones y manifestaciones de cercanía y afecto al Sucesor de Pedro por parte de los españoles y sus Autoridades. Son dos lugares emblemáticos, en los que se pone de relieve tanto el atractivo espiritual del Apóstol Santiago, como la presencia de signos admirables que invitan a mirar hacia lo alto aun en medio de un ambiente plural y complejo.

Durante mi visita he percibido muchas muestras de la vivacidad de la fe católica de esas tierras, que han visto nacer tantos santos, y que están sembradas de catedrales, centros de asistencia y de cultura, inspirados por la fecunda raigambre y fidelidad de sus habitantes a sus creencias religiosas. Esto comporta también la responsabilidad de unas Relaciones diplomáticas entre España y la Santa Sede que procuren fomentar siempre, con mutuo respeto y colaboración, dentro de la legítima autonomía en sus respectivos campos, todo aquello que suscite el bien de las personas y el desarrollo auténtico de sus derechos y libertades, que incluyan la expresión de su fe y de su conciencia, tanto en la esfera pública como en la privada.

Por su significativa trayectoria en la actividad diplomática, Vuestra Excelencia conoce bien que la Iglesia, en el ejercicio de su propia misión, busca el bien integral de cada pueblo y sus ciudadanos, actuando en el ámbito de sus competencias y respetando plenamente la autonomía de las autoridades civiles, a las que aprecia y por las que pide a Dios que ejerzan con generosidad, honradez, acierto y justicia su servicio a la sociedad. Este marco en el que confluyen la misión de la Iglesia y la función del Estado, además, ha quedado plasmado en acuerdos bilaterales entre España y la Santa Sede sobre los principales aspectos de interés común, que proporcionan ese soporte jurídico y esa estabilidad necesaria para que las respectivas actuaciones e iniciativas beneficien a todos.

El comienzo de su alta responsabilidad, Señora Embajadora, tiene lugar en una situación de gran dificultad económica de ámbito mundial que atenaza también a España, con resultados verdaderamente preocupantes, sobre todo en el campo de la desocupación, que provoca desánimo y frustración especialmente en los jóvenes y las familias menos favorecidas. Tengo muy presentes a todos los ciudadanos, y pido al Todopoderoso que ilumine a cuantos tienen responsabilidades públicas para buscar denodadamente el camino de una recuperación provechosa a toda la sociedad. En este sentido, quisiera destacar con satisfacción la benemérita actuación que las instituciones católicas están llevando a cabo para acudir con presteza en ayuda de los más menesterosos, a la vez que hago votos para una creciente disponibilidad a la cooperación de todos en este empeño solidario.

Con esto, la Iglesia muestra una característica esencial de su ser, tal vez la más visible y apreciada por muchos, creyentes o no. Pero ella pretende ir más allá de la mera ayuda externa y material, y apuntar al corazón de la caridad cristiana, para la cual el prójimo es ante todo una persona, un hijo de Dios, siempre necesitado de fraternidad, respeto y acogida en cualquier situación en que se encuentre.

En este sentido, la Iglesia ofrece algo que le es connatural y que beneficia a las personas y las naciones: ofrece a Cristo, esperanza que alienta y fortalece, como un antídoto a la decepción de otras propuestas fugaces y a un corazón carente de valores, que termina endureciéndose hasta el punto de no saber percibir ya el genuino sentido de la vida y el porqué de las cosas. Esta esperanza da vida a la confianza y a la colaboración, cambiando así el presente sombrío en fuerza de ánimo para afrontar con ilusión el futuro, tanto de la persona como de la familia y de la sociedad.

No obstante, como he recordado en el *Mensaje para la celebración de la Jornada Mundial de la Paz 2011*, en vez de vivir y organizar la sociedad de tal manera que favorezca la apertura a la trascendencia (cf. n. 9), no faltan formas, a menudo sofisticadas, de hostilidad contra la fe, que “se expresan a veces renegando de la historia y de los símbolos religiosos, en los que se reflejan la identidad y la cultura de la mayoría de los ciudadanos” (n. 13). El que en ciertos ambientes se tienda a considerar la religión como un factor socialmente insignificante, e incluso molesto, no justifica el tratar de marginarla, a veces mediante la denigración, la burla, la discriminación e incluso la indiferencia ante episodios de clara profanación, pues así se viola el derecho fundamental a la libertad religiosa inherente a la dignidad de la persona humana, y que “es un arma auténtica de la paz, porque puede cambiar y mejorar el mundo” (cf. n. 15).

En su preocupación por cada ser humano de manera concreta y en todas sus dimensiones, la Iglesia vela por sus derechos fundamentales, en diálogo franco con todos los que contribuyen a que sean efectivos y sin reducciones. Vela por el derecho a la vida humana desde su comienzo a su término natural, porque la vida es sagrada y nadie puede disponer de ella arbitrariamente. Vela por la protección y ayuda a la familia, y aboga por medidas económicas, sociales y jurídicas para que el hombre y la mujer que contraen matrimonio y forman una familia tengan el apoyo necesario para cumplir su vocación de ser santuario del amor y de la vida. Aboga también por una educación que integre los valores morales y religiosos según las convicciones de los padres, como es su derecho, y como conviene al desarrollo integral de los jóvenes. Y, por el mismo motivo, que incluya también

la enseñanza de la religión católica en todos los centros para quienes la elijan, como está preceptuado en el propio ordenamiento jurídico.

Antes de concluir, deseo hacer una referencia a mi nueva visita a España para participar en Madrid, el próximo mes de agosto, en la celebración de la XXVI Jornada Mundial de la Juventud. Me uno con gozo a los esfuerzos y oraciones de sus organizadores, que están preparando esmeradamente tan importante acontecimiento, con el anhelo de que dé abundantes frutos espirituales para la juventud y para España. Me consta también la disponibilidad, cooperación y ayuda generosa que tanto el Gobierno de la Nación como las autoridades autonómicas y locales están dispensando para el mejor éxito de una iniciativa que atraerá la atención de todo el mundo y mostrará una vez más la grandeza de corazón y de espíritu de los españoles.

Señora Embajadora, hago mis mejores votos por el desempeño de la alta misión que le ha sido encomendada, para que las relaciones entre España y la Santa Sede se consoliden y progresen, a la vez que le aseguro el gran aprecio que tiene el Papa por las siempre queridas gentes de España. Le ruego así mismo que se haga intérprete de mis sentimientos ante los Reyes de España y las demás Autoridades de la Nación, a la vez que invoco abundantes bendiciones del Altísimo sobre Vuestra Excelencia, su familia que hoy la acompaña, así como sobre sus colaboradores y el noble pueblo español.

DISCURSO DEL SANTO PADRE BENEDICTO XVI
A LA COMUNIDAD DE LA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL SAGRADO CORAZÓN
(Sábado 21 de mayo de 2011)

*Señores cardenales, rector magnífico, ilustres docentes,
distinguidos representantes del personal, queridos estudiantes:*

Me alegra mucho tener este encuentro con vosotros que formáis la gran familia de la Universidad Católica del Sagrado Corazón, surgida hace noventa años por iniciativa del Instituto Giuseppe Toniolo de estudios superiores, entidad fundadora y garante del Ateneo, y por la feliz intuición del padre Agostino Gemelli. Agradezco al cardenal Tettamanzi y al profesor Ornaghi las cordiales palabras que me han dirigido en nombre de todos.

Vivimos en un tiempo de grandes y rápidas transformaciones, que se reflejan también en la vida universitaria: la cultura humanista parece afectada por un deterioro progresivo, mientras se pone el acento en las disciplinas llamadas “productivas”, de ámbito tecnológico y económico; hay una tendencia a reducir el horizonte humano al nivel de lo que es mensurable, a eliminar del saber sistemático y crítico la cuestión fundamental del sentido. Además, la cultura contemporánea tiende a confinar la religión fuera de los espacios de la racionalidad: en la medida en que las ciencias empíricas monopolizan los territorios de la razón, no parece haber ya espacio para las razones del creer, por lo cual la dimensión religiosa queda relegada a la esfera de lo opinable y de lo privado. En este contexto, las motivaciones y las características mismas de la institución universitaria se ponen en tela de juicio radicalmente.

Noventa años después de su fundación, la Universidad Católica del Sagrado Corazón vive en esta época histórica, en la que es importante consolidar e incrementar las razones por las que nació, llevando la connotación eclesial que se evidencia con el adjetivo “católica”; de hecho, la Iglesia, “experta en humanidad”, es promotora de humanismo auténtico. En esta perspectiva, emerge la vocación originaria de la Universidad, nacida de la búsqueda de la verdad, de toda la verdad, de toda la verdad de nuestro ser. Y con su obediencia a la verdad y a las exigencias de su conocimiento se convierte en escuela de *humanitas* en la que se cultiva un saber vital, se forjan notables personalidades y se transmiten conocimientos y competencias de valor. La perspectiva cristiana, como marco del trabajo intelectual de la Universidad, no se contrapone al saber científico y a las conquistas del ingenio humano, sino que, por el contrario, la fe amplía el horizonte de nuestro pensamiento, y es camino hacia la verdad plena, guía de auténtico desarrollo. Sin orientación a la verdad, sin una actitud de búsqueda humilde y osada, toda cultura se deteriora, cae en el relativismo y se pierde en lo efímero. En cambio, si se libera de un reduccionismo que la mortifica y la limita, puede abrirse a una interpretación verdaderamente iluminada de lo real, prestando así un auténtico servicio a la vida.

Queridos amigos, fe y cultura son realidades indisolublemente unidas, manifestación del *desiderium naturale videndi Deum* que está presente en todo hombre. Cuando esta unión se rompe, la humanidad tiende a replegarse y a encerrarse en sus propias capacidades creativas. Es necesario, entonces, que en la Universidad haya una auténtica pasión por la cuestión de lo absoluto, la verdad misma, y por tanto también por el saber teológico, que en vuestro Ateneo es parte integrante del plan de estudios. Uniendo en sí la audacia de la investigación y la paciencia de la maduración, el horizonte teológico puede y debe valorizar todos los recursos de la razón. La cuestión de la Verdad y de lo Absoluto –la cuestión de Dios– no es una investigación abstracta, alejada de la realidad cotidiana, sino que es la *pregunta crucial*, de la que depende radicalmente el descubrimiento del sentido del mundo y de la vida. En el Evangelio se funda una concepción del mundo y del hombre que sin cesar promueve valores culturales, humanísticos y éticos. El saber de la fe, por tanto, ilumina la búsqueda del hombre, la interpreta humanizándola, la integra en proyectos de bien, arrancándola de la tentación del pensamiento calculador, que instrumentaliza el saber y convierte los descubrimientos científicos en medios de poder y de esclavitud del hombre.

El horizonte que anima el trabajo universitario puede y debe ser la pasión auténtica por el hombre. Sólo en el servicio al hombre la ciencia se desarrolla como verdadero cultivo y custodia del universo (cf. *Gn 2, 15*). Y servir al hombre es hacer la verdad en la caridad, es amar la vida, respetarla siempre, comenzando por las situaciones en las que es más frágil e indefensa. Esta es nuestra tarea, especialmente en los tiempos de crisis: la historia de la cultura muestra que la dignidad del hombre se ha reconocido verdaderamente en su integridad a la luz de la fe cristiana. La Universidad católica está llamada a ser un espacio donde toma forma de excelencia la apertura al saber, la pasión por la verdad, el interés por la historia del hombre que caracterizan la auténtica espiritualidad cristiana. De hecho, asumir una actitud de cerrazón o de alejamiento frente a la perspectiva de la fe significa olvidar que a lo largo de la historia ha sido, y sigue siendo, fermento de cultura y luz para la inteligencia, estímulo a desarrollar todas las potencialidades positivas para el bien auténtico del hombre. Como afirma el concilio Vaticano II, la fe es capaz de iluminar la existencia: “La fe ilumina todo con una luz nueva y manifiesta el plan divino sobre la vocación integral del hombre, y por ello dirige la mente hacia soluciones plenamente humanas” (*Gaudium et spes*, 11).

La Universidad católica es un ámbito donde esto debe realizarse con singular eficacia, tanto bajo el perfil científico como bajo el didáctico. Este peculiar servicio a la Verdad es don de gracia y expresión característica de caridad evangélica. La profesión de la fe y el testimonio de la caridad son inseparables (cf. *1 Jn 3, 23*). En efecto, el núcleo profundo de la verdad de Dios es el amor con que él se ha inclinado hacia el hombre y, en Cristo, le ha ofrecido dones infinitos de gracia. En Jesús descubrimos que Dios es amor y que sólo en el amor podemos conocerlo: “Todo el que ama ha nacido de Dios y conoce a Dios (...), porque Dios es amor” (*1 Jn 4, 7-8*) dice san Juan. Y san Agustín afirma: “*Non intratur in veritatem nisi per caritatem*” (*Contra Faustum*, 32). El culmen del conocimiento de Dios se alcanza en el amor; en el amor que sabe ir a la raíz, que no se contenta con expresiones filantrópicas ocasionales, sino que ilumina el sentido de la vida con la Verdad de Cristo, que transforma el corazón del hombre y lo arranca de los egoísmos que generan miseria y muerte. El hombre necesita amor, el hombre necesita verdad,

para no perder el frágil tesoro de la libertad y quedar expuesto a la violencia de las pasiones y a condicionamientos abiertos y ocultos (cf. Juan Pablo II, *Centesimus annus*, 46). La fe cristiana no hace de la caridad un sentimiento vago y compasivo, sino una fuerza capaz de iluminar los senderos de la vida en todas sus expresiones. Sin esta visión, sin esta dimensión teologal originaria y profunda, la caridad se contenta con la ayuda ocasional y renuncia a la tarea profética, propia suya, de transformar la vida de la persona y las estructuras mismas de la sociedad. Este es un compromiso específico que la misión en la Universidad os llama a realizar como protagonistas apasionados, convencidos de que la fuerza del Evangelio es capaz de renovar las relaciones humanas y penetrar en el corazón de la realidad.

Queridos jóvenes universitarios de la "Católica", sois la demostración viva de este carácter de la fe que cambia la vida y salva al mundo, con los problemas y las esperanzas, con los interrogantes y las certezas, con las aspiraciones y los compromisos que el deseo de una vida mejor genera y la oración alimenta. Queridos representantes del personal técnico-administrativo sentíos orgullosos de las tareas que se os han asignado en el contexto de la gran familia universitaria para apoyar la múltiple actividad formativa y profesional. Y a vosotros, queridos docentes, se os ha encomendado un papel decisivo: mostrar cómo la fe cristiana es fermento de cultura y luz para la inteligencia, estímulo para desarrollar todas las potencialidades positivas, para el bien auténtico del hombre. Lo que la razón percibe, la fe lo ilumina y manifiesta. La contemplación de la obra de Dios abre al saber la exigencia de la investigación racional, sistemática y crítica; la búsqueda de Dios refuerza el amor por las letras y por las ciencias profanas: "*Fides ratione adiuvatur et ratio fide perficitur*", afirma Hugo de San Víctor (*De sacramentis* I, III, 30: pl 176, 232). Desde esta perspectiva, la capilla es el corazón que late y el alimento constante de la vida universitaria, a la que está unido el Centro pastoral donde los capellanes de las distintas sedes están llamados a realizar su valiosa misión sacerdotal, que es imprescindible para la identidad de la Universidad católica. Como enseña el beato Juan Pablo II, la capilla es "es un lugar del espíritu, en el que los creyentes en Cristo, que participan de diferentes modos en el estudio académico, pueden detenerse para rezar y encontrar alimento y orientación. Es un gimnasio de virtudes cristianas, en el que la vida recibida en el bautismo crece y se desarrolla sistemáticamente. Es una casa acogedora y abierta para todos los que, escuchando la voz del Maestro en su interior, se convierten en buscadores de la verdad y sirven a los hombres mediante su dedicación diaria a un saber que no se limita a objetivos estrechos y pragmáticos. En el marco de una modernidad en decadencia, la capilla universitaria está llamada a ser un centro vital para promover la renovación cristiana de la cultura mediante un diálogo respetuoso y franco, unas razones claras y bien fundadas (cf. 1 P 3, 15), y un testimonio que cuestione y convenza" (*Discurso a los capellanes europeos*, 1 de mayo de 1998: *L'Osservatore Romano*, edición en lengua española, 8 de mayo de 1998, p. 8). Así dijo el Papa Juan Pablo II en 1998.

Queridos amigos, espero que la Universidad Católica del Sagrado Corazón, en sintonía con el Instituto Toniolo, prosiga con confianza renovada su camino, mostrando eficazmente que la luz del Evangelio es fuente de verdadera cultura capaz de poner en acción energías de un humanismo nuevo, integral, trascendente. Os encomiendo a María *Sedes Sapientiae* y con afecto os imparto de corazón mi bendición apostólica.

DECLARACIÓN DEL PONTIFICIO CONSEJO PARA LA FAMILIA SOBRE LA LLAMADA "REDUCCIÓN EMBRIONARIA"

El Pontificio Consejo *para la Familia*, invitado a expresar su posición sobre la llamada "reducción embrionaria", tras haber consultado la *Congregación para la Doctrina de la Fe* publica la siguiente Declaración.

Hoy son menos raros los casos de embarazos múltiples, esto es, cuando el seno materno es compartido por varios embriones. Suelen presentarse ya sea por la aplicación de la estimulación ovárica en caso de infertilidad o por la fecundación artificial, sobre lo cual el Magisterio se ha ya pronunciado (Cong. Doct. *Fe*, Inst. *Donum vitae*, II). Hay que tener en cuenta las situaciones difíciles y aún dramáticas que el uso de tales técnicas pueden originar. No se puede omitir una llamada a la responsabilidad a aquellos médicos que ponen en riesgo la vida de la madre y de los hijos concebidos por falta de pericia y precaución o en la aplicación de las técnicas de fecundación artificial.

Es frecuente la afirmación, por parte de algunos, de que los embarazos múltiples no pueden llegar a término, sea por la muerte espontánea en el útero de los embriones o por su nacimiento prematuro no viable. Añaden además que si los nascituros llegan al parto, la dificultad obstétrica (con el consiguiente peligro *para la madre*) es mayor. Con estos presupuestos ellos concluyen que podría justificarse la selección y eliminación de algunos embriones *para salvar a los otros*, al menos uno de ellos. Por este motivo se ha introducido la técnica denominada "reducción embrionaria".

En relación a lo anterior, es preciso señalar lo siguiente. Como todo embrión debe ser considerado y tratado como persona humana (Cong. Doct. *Fe*, Inst. *Donum vitae*, I, 1), con la eminente dignidad que esto implica, el nascituro es sujeto de derechos fundamentales desde el primer momento de la concepción, y en primer lugar del derecho a la vida, que de ninguna manera puede ser violado. Por tanto hay que afirmar claramente evitando cualquier confusión o ambigüedad que la "reducción embrionaria" es un *aborto selectivo*. Es la eliminación directa y voluntaria de un ser humano inocente (Juan Pablo II, Enc. *Evangelium vitae*, n. 57). Por tanto, querida *como fin o usada como medio*, es siempre un *desorden moral grave* (Juan Pablo II, Enc. *Evangelium vitae*, n. 62). Tratándose de una verdad naturalmente accesible a la razón, la ilicitud de tal comportamiento es una norma *para todos válida* y también *para los no creyentes* (Juan Pablo II, Enc. *Evangelium vitae*, n. 101). La prohibición moral permanece también en el caso en que la prosecución del embarazo comportara riesgo *para la vida de la madre* y de los otros hermanos gemelos. En efecto, no es lícito jamás hacer el mal, ni siquiera *para alcanzar con ello un bien* (Juan Pablo II, Enc. *Evangelium vitae*, n. 57).

La vida del hombre proviene de Dios, es su don, su imagen e impronta, participación de su soplo vital (Juan Pablo II, Enc. *Evangelium vitae*, n. 39). La selección embrionaria no puede ser justificada en base al llamado principio de

mal menor, porque se elimina una vida humana y tampoco puede ser justificada en base al principio de doble efecto; ninguno de los dos pueden ser aplicados en este caso. La selección embrionaria puede conducir además mediante las técnicas de diagnóstico prenatal a una mentalidad eugenésica, es decir, medir el valor de una vida humana y seleccionarla, siguiendo sólo parámetros de “normalidad” y de bienestar físico (Juan Pablo II, Enc. *Evangelium vitae*, n. 63), invocando *para* ello el concepto de “calidad de vida” de modo reductivo. Esta posibilidad no debería ser minusvalorada.

Que el Señor de la vida acompañe a los padres, en el cumplimiento de su eximia misión sosteniéndolos en el compromiso de respetar el derecho a la existencia del nascituro, y a los hijos, guiando a quienes están al servicio de la vida a hacer todo lo posible *para* salvar a la madre y los niños, en medio de dificultades, a veces dramáticas. Gracias a Dios, merced a los considerables avances científicos no son pocos los casos en los que los embarazos múltiples pueden ser conducidos a buen término. Sigue siendo verdad que, aunque la limitación humana comporta a veces que se deba asistir impotentes a la muerte anticipada de criaturas inocentes, jamás es moralmente lícito provocar voluntariamente su muerte.

Ciudad del Vaticano, 12 de julio de 2000

Alfonso Cardenal López Trujillo
Presidente

† Francisco Gil Hellín
† Secretario

NO ES DISCRIMINATORIO NEGAR LA ADOPCIÓN A LOS HOMOSEXUALES

Declaración de los obispos de Colombia

(25.2.2011)

Los obispos de Colombia hicieron pública una nota en la que se declaran contrarios a la adopción de niños por parte de convivientes homosexuales, y advierten que adoptar “no es un derecho” y que por tanto no hay “discriminación”.

En una extensa nota, fechada el 25 de febrero y firmada por el secretario general de la Conferencia Episcopal de Colombia, monseñor Juan Vicente Córdoba, se explican las razones de la postura de la Iglesia, basadas en el bien del menor adoptado.

Comienza asegurando que la Iglesia “reconoce los legítimos derechos de todos los colombianos, sin discriminación alguna”, y que “deplora que las personas homosexuales sean en ocasiones objeto de un trato social inadecuado y, mucho más de acciones violentas”.

“Toda persona, independientemente de su orientación y comportamiento sexual, es criatura e hija de Dios con dignidad”, afirma el texto.

Luego, los obispos, “con profundo respeto”, señalan que no consideran discriminatorio “el hecho de que el actual ordenamiento jurídico nacional no contemple la posibilidad de que las parejas del mismo sexo puedan adoptar niños”.

No lo es porque “los requisitos para la adopción valen tanto para parejas heterosexuales o del mismo sexo, teniendo en cuenta el bien del adoptando y sus necesidades más que de los adoptantes”.

Además, recuerdan que “la mayoría de los colombianos se han manifestado contrarios a la adopción de niños por parte de parejas del mismo sexo, según estadísticas publicadas por los medios de comunicación”.

La adopción, añade la nota, “consiste en crear entre dos personas una relación jurídica de filiación, es decir, una relación jurídica y socialmente semejante a la que existe entre un hombre y una mujer y sus hijos biológicos”.

“Dicha semejanza pone en evidencia no solo el alcance jurídico y social de la adopción sino también sus propios límites: lo que la naturaleza permite pero también lo que la naturaleza impide, constituyen el marco jurídico de la adopción. En definitiva, no es la Iglesia ni el Estado ni la sociedad quienes niegan a los homosexuales la posibilidad de adoptar, sino la naturaleza misma de las cosas”.

El interés del menor “es la motivación y el fundamento de la adopción como figura jurídica”. La adopción “solo puede ser acordada en aras de las necesidades y el respeto del adoptando”.

En resumen, afirman los obispos, “la adopción no es un derecho de los adoptantes, sean estos homosexuales o heterosexuales, y por eso no se puede hablar de vulneración de un derecho fundamental”.

“Plantear la cuestión como un problema de discriminación supone, incluso de modo inconsciente, hacer pasar por delante del interés del menor, que debe ser respetado, las aspiraciones y deseos de quienes los quieren adoptar”, añaden.

Por otro lado, los obispos afirman que “numerosos estudios científicos han manifestado ciertas dudas y reservas respecto a la idoneidad de las parejas del mismo sexo para adoptar”.

En este sentido, citan a la Asociación Española de Pediatría: “Un núcleo familiar con dos padres o dos madres, o con un padre o madre de sexo distinto al correspondiente a su rol, es, desde el punto de vista pedagógico y pediátrico, claramente perjudicial para el armónico desarrollo de la personalidad y adaptación social del niño”.

“Procesos mal logrados en este campo traen consecuentes dificultades en la identidad de rol sexual de género, en el niño y la niña, con consecuencias como la homosexualidad, la bisexualidad, la apatía sexual o las dificultades para la relación de pareja”, advierten.

Por último, los obispos concluyen reafirmando “la importancia de la familia, célula primordial de la sociedad y sacramento de amor, fundada y vivificada por el amor entre un varón y una mujer, y cuya estabilidad y natural configuración jurídica debe ser respetada y preservada”.

“En el contexto de nuestra fe católica exhortamos a todos los colombianos a respetar y promover a la familia como Iglesia doméstica y tesoro de la humanidad y por excelencia transmisora de la fe y de las buenas costumbres”*.

*Publicado en *Aica*/Buenos Aires, 7.3.2011.

CONDENADOS POR NEGARSE A LLEVAR A SUS HIJOS A CLASE DE EDUCACIÓN SEXUAL

En los últimos días se ha difundido en los medios de comunicación el caso de una madre alemana de Salzkotten (Renania del Norte-Westfalia), Irene Wiens, que ha sido condenada a prisión durante 43 días por negarse a que sus hijos asistiesen a clase de educación sexual en la escuela primaria.

La defensa jurídica de este increíble asunto, que ya ha llegado al Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo, la dirige Alliance Defense Fund (ADF), una entidad de ámbito supranacional especializada en la protección de libertad religiosa y de conciencia. Como explica el asesor legal de ADF, Roger Kiska, *“son los padres, no el Gobierno, los responsables últimos de la educación de sus hijos. Encarcelar a unos padres por ejercer derechos universalmente aceptados es impensable. La familia Wiens fundamenta sus derechos en la Convención Europea de Derechos Humanos, que protege el derecho de los padres a transmitir a sus hijos la visión de la sexualidad que esté de acuerdo con sus creencias. Por tanto, es perfectamente legal que los padres decidan no llevar a sus hijos a las clases y actividades de la educación estatal. Irene Wiens está encarcelada por proteger a sus 4 hijos (entre 10 y 16 años) de una educación sexual interactiva que no coincide con su visión de la sexualidad”*.

Lamentablemente, el caso de la familia Wiens no es el primero. Resulta sorprendente que desde 2006 ADF haya contabilizado en Alemania 35 casos de padres condenados por no llevar a sus hijos a este tipo de actividades estatales que se introducen de lleno en la moral y creencias de los padres y afectan a niños. Las condenas incluyen multas (entre 200 y 1.200 euros) y/o prisión (que oscilan entre unos días y mes y medio de duración).

Con motivo de estos casos, Profesionales por la Ética (asociación que colabora estrechamente con ADF en la defensa de los derechos de los padres europeos) ha difundido una Declaración por el reconocimiento del derecho de los padres a educar a sus hijos según sus convicciones; este documento califica de *“inaceptable”* la represión sufrida por esta madre alemana y recuerda que la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, así como el pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos garantizan el derecho de los padres a educar a sus hijos según sus convicciones. A esta declaración se están sumando miles de ciudadanos anónimos; también ha sido suscrita por asociaciones de 9 países y 4 continentes (Europa, África, Asia y América).

“Esta declaración”, explica Leonor Tamayo, responsable del Área Internacional de Profesionales por la Ética, “será enviada al Gobierno federal alemán y a los gobiernos de los diferentes estados alemanes, al resto de gobiernos de países de la UE y a las instituciones europeas con competencia en derechos y libertades fundamentales. La libertad de educación está siendo dramáticamente vulnerada en Europa, el derecho de los padres a educar a sus hijos según sus convicciones

no se respeta en España desde el año 2007 cuando se implantó Educación para la Ciudadanía, y hace años ya que tampoco se respeta en Alemania donde, además, los padres que se niegan a aceptar la intromisión del Estado en la educación de sus hijos tienen que pagar elevadas multas o ir a la cárcel”.

Y es que, una vez más, es la sociedad civil la que tiene que alzar la voz y denunciar los abusos del poder, la indiferencia y la complicidad de los gobiernos, la indefensión de los ciudadanos y reclamar y exigir el respeto a los derechos fundamentales.

TERESA GARCÍA-NOBLEJAS*

*Este artículo fue publicado originalmente por *Diario Ya*, <http://www.diarioya.es/>.

LAS ATROCIDADES DE LA STASI, AL DESCUBIERTO

Ulrich Mühe murió en 2007, tras haber rozado una sarcástica gloria. Un año antes había sido encumbrado por su interpretación de un eficaz capitán de la *Stasi*, la ubicua policía secreta de la República Democrática Alemana, que debía espiar a una pareja de artistas. En el filme, *La vida de los otros*, el capitán lograba convertir a la espiada en espía del régimen. Una más. La película logró el *Oscar* y miles de aplausos. Mühe estaba impresionante. Hasta aquí la gloria. ¿Cuál era el sarcasmo? Que la primera esposa del actor había colaborado con la *Stasi* en el pasado.

Lo único bueno de los archivos de la *Stasi* es que existen. Cualquier alemán tiene derecho a consultar si hay información sobre él y quién la proporcionó. Y vaya si quieren. Más de 2,6 millones de personas han escrutado los fondos para averiguar si fueron espiados y por quiénes desde que se abrieron los archivos del régimen comunista, en 1992. Contra algunos temores apocalípticos, el ansia de saber no iba de la mano del afán de venganza. “*No conocemos ni un solo acto violento de una víctima contra su acusador*”, dijo ayer Helge Heidemeyer, representante del *Comisionado Federal de Documentos de la Stasi*, en el *II Encuentro Internacional de Centros de Memoria Histórica*, que se celebró en Salamanca.

La *Stasi* fue puntillosa, obsesiva. Puestos en fila, sus archivos ocuparían 51 kilómetros. En aquel universo cerrado que todo lo oía, la desconfianza se convirtió en un arma de supervivencia. “*Enfrentarse al pasado a veces es doloroso y emotivo, pero pone su vida en sus manos. Ahora ya saben quién espiaba y quién no, pueden probar si han sido víctimas de la Stasi y rehabilitar su nombre si no colaboraron*”, contó Heidemeyer.

Porque *Alemania oriental* pareció durante unos años *un país de espías*. Hasta 174.000 personas colaboraron con la policía comunista en 1989, justo antes de la caída del muro de Berlín. Ese mismo año, en Polonia, los “*soplones*” no llegaban a los 100.000, según datos aportados por Krzysztof Persak, del *Instituto Nacional de la Memoria* de Polonia.

El encuentro, que organiza por segunda ocasión el *Centro Documental de la Memoria Histórica*, pone en su sitio a los archivos, un arma incontestable contra la reescritura histórica o la tentación del silencio. Ya lo avisó el poeta Juan Gelman: “*Desaparecen los dictadores de la escena y aparecen inmediatamente los organizadores del olvido*”. En las oficinas de la *Stasi* lo hicieron a la carrera destruyendo documentos y grabaciones con cualquier método. “*Los quemaron, le echaron agua y también los hicieron trizas con las manos, pero no fueron destruidos por completo*”, contó Heidemeyer. Son el grupo de los “*predestruidos*”. Ocupan unas 15.500 cajas. Ya han logrado rehacerse 40.000 páginas. Gracias a lo recuperado se ha desenmascarado algún cargo parlamentario que negaba haber colaborado con la policía secreta.

La transparencia del *Comisionado Federal de Documentos de la Stasi* sirvió de guía para otros países de pasado comunista como Polonia, que comenzó a ajustar cuentas con su historia reciente en 2000, con la creación del *Instituto Nacional de la Memoria*. “Durante la transición se consideró agitadores a quienes pedían abrir los archivos y se destruyeron muchos documentos”, contó Krzysztof Persak, investigador e integrante de la *Comisión para la Persecución de Crímenes contra la Nación Polaca*.

El *Instituto Nacional de la Memoria*, además de custodiar 89 kilómetros de archivos de servicios represivos de la era comunista, promueve investigaciones penales y ha acusado a 400 personas por crímenes, torturas o detenciones. “El problema es llevar ante la justicia a los jueces militares que firmaron condenas de muerte, porque se tapan entre ellos”, lamentó Persak.

Las deportaciones masivas a la URSS o las limpiezas étnicas contra polacos cometidas por nacionalistas ucranios son algunos de los asuntos que investiga el instituto, cuyo director falleció en el accidente aéreo en el que perecieron numerosas autoridades de Polonia, incluido su presidente Lech Kaczynski, justo cuando viajaban hacia Rusia para participar en un acto de desagravio por la matanza de Katyn. La URSS, responsable de aquella matanza de 22.000 polacos, negó su participación e incluso permitió que el tribunal de Nuremberg juzgase por ello a varios oficiales nazis, finalmente, absueltos.

La farsa se destapó en 1990 gracias al presidente Mijail Gorbachov, que entregó a su colega polaco Jaruzelski la lista de los fusilados y otros documentos. Las investigaciones iniciadas entonces se cortaron en seco en 2004, bajo el mandato de Putin, cuando se ordenó declarar secreto de Estado 116 de los 183 tomos de la investigación. De nuevo, los organizadores de olvido.

A veces reaparecen sobre terreno ganado. El *Tribunal Constitucional* de Rumania declaró inconstitucional la ley que desnudaba la represión del régimen de Nicolae Ceausescu. “Contenía veneno”, opinó el tribunal. Dragos Petrescu, del *Consejo Nacional para el Estudio de los Archivos de la Securitate*, desveló la clave: “Los jueces del Constitucional necesitan tener más de 15 años de experiencia. ¡Habían accedido durante el antiguo régimen!”. En Rumania, la colaboración con la *Securitate* no era obligatoria, pero se incentivaba gracias al chantaje y a las prebendas como la autorización para viajar a Occidente. Lo vital y complejo que resultaba salir del país se aprecia con nitidez en la película *Cómo celebré el fin del mundo* (2006), en la que un niño de siete años, Lalalilu, planea asesinar al dictador para impedir que su hermana huya de Bucarest en 1989.

REPRESIÓN CON NOMBRES Y APELLIDOS

- **República Democrática Alemana.** El Comisionado Federal de Documentos de la Stasi, que tiene 90 millones de euros y una plantilla de 1.700 trabajadores, guarda 31.000 grabaciones y 1,4 millones de documentos gráficos captados por la Stasi.
- **Polonia.** El Instituto Nacional de la Memoria dispuso de 53 millones de euros en 2009. Emplea a 2.170 personas. Unas 200.000 personas han consultado los archivos de la represión.

- **Rumania.** El Consejo Nacional para el Estudio de los Archivos de la Securitate custodia 1,8 millones de volúmenes de los servicios secretos de entre 1945 y 1989.

TEREIXA CONSTENLA*

*Publicado originalmente por *El País*.

JURISPRUDENCIA

LAUTSI Y OTROS C/ITALIA¹ [GC], N° 30814/06, CEDH, 18 marzo 2011²

“Esta Sentencia es definitiva, sólo podrá ser sometida a correcciones formales”.

En el caso “Lautsi y otros c. Italia”, la Corte Europea de Derechos Humanos, a través de la “Gran Sala”³ compuesta por Jean-Paul Costa, Presidente; Christos Rozakis; Nicolás Bratza; Peer Lorenzen; Josep Casadevall; Giovanni Bonello; Nina Vajić; Rait Maruste; Anatoly Kovler; Sverre Erik Jebens; Päivi Hirvelä; Giorgio Malinverni; George Nicolaou; Ann Power, Zdravka Kalaydjieva; Mihai Poalelungi; Guido Raimondi, jueces, y d’Erik Fribergh, Secretario; tras haber deliberado en privado el 30 de junio de 2010 y el 16 de febrero de 2011, procede a dar la siguiente sentencia:

PROCEDIMIENTO

1. El caso se originó en la demanda (N° 30814/06) interpuesta contra la República de Italia por una ciudadana italiana, la señora Solie Lautsi (“la demandante”), el 27 de julio de 2006, en virtud del artículo 34 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (“el Convenio”). En tal demanda, indica que actúa tanto en su nombre como en el de sus hijos menores, Dataico y Sami Albertin. Al llegar a la mayoría de edad, los mismos decidieron seguir siendo demandantes (“el segundo y el tercer demandante”).
2. Los demandantes fueron representados por el Sr. N. Paoletti, abogado de Roma. El gobierno italiano (“el Gobierno”) fue representado por su agente, la Sra. E. Spatafora, y por sus coagentes adjuntos, los sres. N. Lettieri y P. Accardo.

¹Traducción realizada por la prof. Débora Ranieri de Cechini, Universidad Católica Argentina.

²N. del T.: citamos el fallo conforme a como el mismo Consejo de Europa ha sugerido, cfr. *Texte expliquant la manière de citer les arrêts et décisions de la Cour (ancienne et nouvelle), et de s’y référer*, CEDH, disponible en www.heymanns.com. El texto original de la sentencia se encuentra en inglés y francés en el sitio del Consejo de Europa, cfr. <http://www.echr.coe.int>. Para la presente traducción hemos seguido ambas versiones.

³N. del T.: el texto francés del Protocolo utiliza los términos “Grande Chambre” para denominar a la Sala Especial que se instituye. Para ser fieles a la traducción del texto francés, no habiendo todavía traducción oficial en español, seguimos a la doctrina que acostumbra a utilizar los términos “Gran Sala” para referirse a esta Sala Especial, cfr. Salado Osuna, Ana, “El Protocolo de Enmienda Número 11 al Convenio Europeo de Derechos Humanos”, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Revista de Instituciones Europeas*, Vol. 21, 1994, 943-965.

3. La demanda ha sido asignada a la II sección de la Corte (artículo 52 §1 del Reglamento). El 1 de julio de 2008, una Sala de esta sección, compuesta por los jueces Françoise Tulkens, Antonella Mularoni, Vladimiro Zagrebelsky, Danutė Jočienė, Dragoljub Popović, András Sajó y Işıl Karakaş, comunicó la demanda al Gobierno conforme al artículo 29 § 3 del Convenio y decidió que serían examinados al mismo tiempo su admisibilidad y fundamentos.

4. El 3 de noviembre de 2009, una Sala de esta misma sección, compuesta por los jueces Françoise Tulkens, presidente, Irenu Cabral Barreto, Vladimiro Zagrebelsky, Danutė Jočienė, Dragoljub Popović, András Sajó y Işıl Karakaş, declaró admisible la demanda y concluyó por unanimidad que se había infringido el art. 2 del Protocolo N° 1, examinado conjuntamente con el art. 9 del Convenio, y rechazó, en cambio, el pedido semejante respecto al art. 14 del Convenio.

5. El 28 de enero de 2010, el Gobierno apeló la demanda a la Gran Sala en virtud de los artículos 43 del Convenio y 73 del reglamento de la Corte. El 1 de marzo de 2010, un sector de la Gran Sala hizo lugar a esa apelación.

6. La composición de la Gran Sala ha sido determinada de acuerdo a los artículos 26 §§ 4 y 5 del Convenio y 24 del reglamento.

7. Tanto los demandantes como el Gobierno han presentado observaciones escritas complementarias sobre cuestiones de fondo en el caso.

8. Se ha autorizado a intervenir en el proceso escrito (art. 36 § 2 del Convenio y art. 44 § 2 del Reglamento) a treinta y tres miembros del Parlamento Europeo presentados de manera conjunta, a la organización no gubernamental *Greek Helsinki Monitor*, la cual ya había intervenido ante la Corte, a la organización no gubernamental *Associazione nazionale del libero pensiero*, a la organización no gubernamental *European Centre for Law and Justice*, a la organización no gubernamental *Eurojuris*, a las organizaciones no gubernamentales *Commission internationale de juristes*, *Interights* et *Human Rights Watch*, presentadas conjuntamente, a las organizaciones no gubernamentales *Zentralkomi der deutschen Katholiken*, *Semaines sociales de France*, *Associazioni Cristiane Lavoratori italiani*, presentadas conjuntamente, así como también a los gobiernos de Armenia, Bulgaria, Chipre, Federación Rusa, Grecia, Lituania, Malta, Mónaco, Rumania y República de San Marino. Los gobiernos de Armenia, Bulgaria, Chipre, Federación Rusa, Grecia, Lituania, Malta y República de San Marino han sido autorizados asimismo a intervenir de modo conjunto en el proceso oral.

9. Una audiencia se desarrolló en el Palacio de los Derechos Humanos, en Estrasburgo, el 30 de junio de 2010 (art. 59 § 3 del Reglamento). Han comparecido:

- por el gobierno demandado: MM. Nicola Lettieri, coagente, Giuseppe Albenzio, asesor;
- por los demandantes: Me. Nicolò Paoletti, consejero, Me. Natalia Paoletti, Mme. Claudia Sartori, consejeros;

- por los gobiernos de Armenia, Bulgaria, Chipre, Federación Rusa, Grecia, Lituania, Malta y la República de San Marino, terceros intervinientes: M.M. Joseph Weiler, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de New York, *consejero*; Stepan Kartashyan, representante permanente de Armenia en la sede del Consejo de Europa; Andrey Tehov, embajador, representante permanente de Bulgaria en la sede del Consejo de Europa; Yannis Milchides, representante permanente adjunto de Chipre en la sede del Consejo de Europa; Mme. Vasileia Pelekou, adjunta al representante permanente de Grecia en la sede del Consejo de Europa; M.M. Darius Šimaitis, representante permanente adjunto de Lituania en la sede del Consejo de Europa; Joseph Licari, embajador, representante permanente de Malta en la sede del Consejo de Europa; Georgy Matyushkin, agente del gobierno de la Federación de Rusia; Me. Guido Bellatti Ceccioli, coagente del gobierno de la República de San Marino, *consejeros*.

La Corte ha oído a Me. Nicolò Paoletti y Me. Natalia Paoletti, así también como a MM. Lettieri, Albenzio y Weiler.

HECHOS

I. LAS CIRCUNSTANCIAS DEL CASO

10. La demandante y sus dos hijos, Dataico y Sami Albertin –asimismo demandantes– nacidos respectivamente en 1957, 1988 y 1990, son residentes italianos. Estos últimos eran alumnos de la escuela pública *Istituto comprensivo statale Vittorino da Feltre*, ubicada en Abano Terme, durante el período escolar 2001-2002. En las paredes de cada aula de clase del establecimiento se encuentra colgado un crucifijo.

11. El 22 de abril de 2002, durante una reunión del consejo escolar, el esposo de la demandante planteó el problema de la presencia de los símbolos religiosos en las aulas de clase, en particular los crucifijos, y propuso si podían proceder a retirarlos. El 27 de mayo de 2002, por diez votos contra dos, más una abstención, el consejo de la escuela decidió mantener los símbolos religiosos en las salas de clase.

12. El 23 de julio de 2002, la demandante apeló esa decisión ante el Tribunal Administrativo de Véneto, por violación del principio de laicidad⁴ –fundamentándose al respecto en los arts. 3 (principio de igualdad) y 19 (libertad de religión) de la Constitución italiana y en el art. 9 del Convenio– así como el principio de imparcialidad de la administración pública (art. 97 de la Constitución).

13. El 3 de octubre de 2002, el Ministro de Educación, Universidad e Investigación adoptó una Directiva (Nº 2666) a través de la cual los servicios competentes de

⁴N. del T.: la versión en inglés no utiliza la palabra laicidad sino “secularismo”.

su ministerio debían tomar las disposiciones necesarias con el fin de garantizar la presencia de los crucifijos en las aulas de las escuelas públicas (ver párrafo 24).

El 30 de octubre de 2003, el Ministro se constituyó como parte del proceso iniciado por la demandante. Él concluyó que la demanda estaba mal fundamentada, argumentando que la presencia de los crucifijos en las aulas de clase de las escuelas públicas se fundaba en el art. 118 del decreto real N° 965 del 30 de abril de 1924 (Reglamento interior de los establecimientos de instrucción media) y el art. 119 del decreto real N° 1297 del 26 de abril de 1928 (Aprobación del reglamento general de las regulaciones de enseñanza primaria; ver párrafo 19).

14. Por una ordenanza del 14 de enero de 2004, el Tribunal Administrativo derivó a la Corte Constitucional la cuestión de la constitucionalidad, en virtud del principio de laicidad del Estado⁵ y de los artículos 2, 3, 7, 8, 19 y 20 de la Constitución, de los artículos 159 y 190 del decreto-ley N° 297 del 16 de abril de 1994 (aprobación del texto único de disposiciones legislativas en vigor en materia de instrucción y escuelas), y en sus ‘especificaciones’ que resultan de los arts. 118 y 119 de los decretos reales mencionados anteriormente, así como del art. 676 del mismo decreto-ley.

Los artículos 159 y 190 del decreto-ley establecen que el suministro y el financiamiento del mobiliario escolar tanto de primaria como de nivel secundario corresponde al poder municipal, mientras que el art. 119 del decreto de 1928 incluye al crucifijo entre los objetos que deben estar en las aulas, y el art. 118 del decreto de 1924 especifica que cada clase deberá ser provista del retrato del rey y de un crucifijo. En cuanto al art. 676 del decreto-ley, establece que las disposiciones no incluidas en el texto único permanecen vigentes, “a excepción de las disposiciones contrarias o incompatibles con el texto único, las cuáles deben ser derogadas”.

Por una ordenanza del 15 de diciembre de 2004 (N° 389), la Corte constitucional declaró manifiestamente inadmisibile la cuestión de inconstitucionalidad, argumentando que tratándose de textos que no poseen el rango de ley sino un rango reglamentario (los arts. 118 y 119 mencionados), no pueden ser objeto de un control de constitucionalidad.

15. El 17 de marzo de 2005, el Tribunal Administrativo rechazó el recurso. Después de haber concluido que el art. 118 del decreto real del 30 abril de 1924 y el art. 119 del decreto real del 26 de abril de 1928 se encuentran todavía vigentes, destacó que el “principio de laicidad del Estado forma parte del patrimonio jurídico europeo y de las democracias occidentales”, asimismo juzgó que la presencia de los crucifijos en las aulas de clase de las escuelas públicas, más allá del significado que pueda atribuírsele, no ofende ni contradice al principio de laicidad.

Asimismo estimó que, si bien el crucifijo constituye incontestablemente un símbolo religioso, se trata también de un símbolo del cristianismo en general, no sólo del catolicismo, de manera que es punto de referencia de otras confesiones religiosas. Consideró luego que se trata por encima de todo de un símbolo histórico-cultural, entendiendo por tal un “valor de identidad” para el pueblo italiano por lo

⁵N. del T.: la versión en inglés, en lugar de laicidad, dice “principio del carácter secular del Estado”.

que “representa de una cierta manera el transcurso histórico y cultural característico de Italia y en general de toda Europa, e incluso constituye una buena síntesis del mismo”. Más adelante también afirma que el crucifijo debe ser considerado como el símbolo de un sistema de valores que nutre⁶ a la Constitución italiana. La sentencia está motivada del modo siguiente⁷:

“(…) 11.1. Debemos constatar, aún siendo conscientes que nos estamos dirigiendo hacia un camino impracticable y a veces resbaladizo, que el cristianismo al igual que el judaísmo, su hermano mayor –al menos después de Moisés y ciertamente en la interpretación talmúdica– ha colocado en el centro de la fe a la tolerancia del otro y a la protección de la dignidad humana.

De manera singular, el cristianismo –haciendo referencia al conocido dicho muchas veces mal entendido “Dadle al César lo que es del César, y a ...”– con su fuerte acento en el precepto del amor al prójimo, y aún más por el explícito predominio otorgado a la caridad sobre la misma fe, contiene en esencia esas ideas de tolerancia, de igualdad y de libertad que se encuentran en la base del Estado laico moderno, y del Estado italiano en particular.

11.2. Mirar más allá de las apariencias permite discernir el hilo que une la revolución cristiana de hace dos mil años, la afirmación en Europa del *habeas corpus*⁸, los elementos claves del movimiento del iluminismo (a pesar de que históricamente se hayan opuesto fuertemente a la religión), es decir, la libertad y la dignidad de todo hombre, la declaración de los derechos humanos, y por último, el Estado laico moderno. Todos los fenómenos históricos mencionados reposan de manera significativa –aunque ciertamente no de manera exclusiva– sobre el concepto cristiano del mundo. Se ha observado con agudeza que el conocido dicho de “libertad, igualdad y fraternidad” puede ser compartido con naturalidad por un cristiano, con una clara acentuación del tercer término.

En conclusión, no parece azaroso afirmar que, a través de los hechos tortuosos y accidentados de la historia europea, la laicidad del Estado moderno⁹ ha sido duramente conquistada, y además –aunque no de manera exclusiva– en relación más o menos consciente con los valores fundacionales del cristianismo. Ello explica por qué en Europa y en Italia muchos juristas de fe cristiana han figurado entre los más ardientes defensores del Estado laico (...).

11.5. El vínculo entre cristianismo y libertad implica una coherencia histórica lógica que no se percibe de manera inmediata –como la imagen de un río profundo que sólo ha sido explorado en época reciente precisamente porque contiene una gran parte subterránea– y esto debido a que en el recorrido tormentoso de las relaciones entre los Estados y las Iglesias de Europa se ve con más facilidad las

⁶N. del T.: la versión en inglés utiliza la palabra “underpinning”.

⁷N. del T.: el texto que sigue es una transliteración del fallo del Tribunal Administrativo italiano que la sentencia de Estrasburgo cita sólo algunos párrafos seleccionados que considera relevantes. Para este texto, hemos cotejado además la versión original del texto en italiano, cfr. Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto, Sezione III, Sentenza 22 marzo 2005, n. 1110.

⁸N. del T.: el texto en inglés dice “right to liberty of the person”.

⁹N. del T.: el texto en inglés dice: “the secular nature of the modern State has been achieved at a high price”.

numerosas tentativas de éstas últimas de interferir en las cuestiones de Estado y viceversa, también ha sido frecuente el abandono de ideales cristianos, a pesar de haber sido proclamados, por razones de poder y por los enfrentamientos algunas veces violentos entre gobiernos y autoridades religiosas.

11.6. Y además, si adoptamos una óptica prospectiva, en el núcleo central y constante de la fe cristiana, a pesar de la Inquisición, el antisemitismo y las cruzadas, podemos fácilmente identificar los principios de dignidad humana, de tolerancia y de libertad, incluyendo a la libertad religiosa, y por último, el fundamento del Estado laico.

11.7. Si miramos bien la historia, desde lo alto y no quedándonos en el fondo del valle, distinguimos una perceptible afinidad (pero no un identidad) entre el “núcleo duro”¹⁰ del cristianismo que coloca la caridad por encima de todo otro aspecto, aún de la fe, y pone el acento en la aceptación de la diferencia y el “núcleo duro” de la Constitución republicana que consiste en la valoración solidaria de la libertad de cada uno y en la garantía jurídica del respeto del otro. La armonía persiste a pesar de que alrededor de estos núcleos –ambos centrados en la dignidad humana– se hayan incrustado con el tiempo numerosos elementos, algunos tan grandes que disimulan sus núcleos, en particular el del cristianismo (...).

11.9. Podemos sostener que en la realidad social actual, el crucifijo se debe considerar no sólo como un símbolo de una evolución histórica y cultural, y por tanto de la identidad de nuestro pueblo, sino también como símbolo de un sistema de valores –libertad, igualdad, dignidad humana y tolerancia religiosa como también laicidad del Estado–, principios que nutren nuestra Constitución.

En otras palabras, los principios constitucionales de libertad poseen numerosas raíces, entre las cuales figura de manera incontestable el cristianismo en su total esencia. Sería entonces ligeramente paradójico excluir un signo cristiano de una estructura pública en nombre de la laicidad, ya que una de sus fuentes más antiguas es precisamente la religión cristiana.

12.1. Este tribunal no ignora que en el pasado se le haya otorgado al símbolo del crucifijo otros valores como, tal lo sucedido en la época del estatuto Albertin, el signo de una religión de Estado, utilizado para cristianizar un poder y consolidar una autoridad.

Este Tribunal sabe bien, por otro lado, que aún hoy suelen podemos encontrar diferentes interpretaciones al símbolo de la cruz, antes que nada una interpretación estrictamente religiosa que nos reenvía al cristianismo en general y al catolicismo en particular. También somos conscientes que algunos alumnos en la escuela pública pueden libre y legítimamente atribuir a la cruz valores diferentes, como el signo de una inaceptable preferencia por una religión en relación con otras, o de un atentado a la libertad individual o a la laicidad del Estado, al límite de una referencia al cesaro-papismo o a la Inquisición, o incluso un bono gratis de catecismo tácitamente distribuido a los mismos no creyentes en un lugar no apropiado, o en fin de una propaganda subliminal a favor de confesiones cristianas. Si bien todos esos puntos de vista son respetables, son impertinentes en el caso a analizar. (...)

¹⁰N. del T.: la versión en inglés dice “hard core”.

12.6. Se hace necesario enfatizar que el símbolo del crucifijo así entendido reviste, por sus referencias a los valores de tolerancia, un ámbito particular de aplicación considerando que las escuelas públicas italianas son actualmente frecuentadas por numerosos alumnos extracomunitarios, hacia los cuales es relativamente importante transmitirles los principios de apertura a la diversidad y de rechazo de todo fundamentalismo –religioso o laico– que permea nuestro sistema. Nuestra época se caracteriza por un encuentro burbujeante con otras culturas, y para evitar que tal encuentro no se transforme en un enfrentamiento, es indispensable reafirmar tanto simbólicamente nuestra identidad, como también aquello que precisamente nos caracteriza por los valores de respeto de la dignidad de todo ser humano y del universalismo solidario. (...)

13.2. De hecho, los símbolos religiosos en general implican un mecanismo lógico de exclusión; en efecto, el punto de partida de toda fe religiosa es precisamente la creencia en una entidad superior, razón por la cual los creyentes, o los fieles, se consideran por definición y convicción como parte de la verdad. En consecuencia y de manera inevitable, la actitud de aquellos que creen frente a los que no creen, y especialmente hacia aquellos que se oponen explícitamente a un ser superior, es de exclusión. (...)

13.3. El mecanismo lógico de exclusión del infiel es inherente a toda convicción religiosa, aún cuando los interesados no sean conscientes, la única excepción se encuentra en el cristianismo para el cual la fe misma en un ser omnisciente es secundaria en relación con la caridad, es decir, el respeto al prójimo. Por lo que el rechazo de un no creyente por un cristiano implica la negación radical del mismo cristianismo, una abjuración sustancial; pero no sucede lo mismo con las otras confesiones religiosas, para las cuales una actitud parecida, en el peor de los casos, violaría un precepto importante.

13.4. La cruz, símbolo del cristianismo, no puede excluir a nadie sin negarse a sí misma; ella constituye al mismo tiempo el signo universal de aceptación y de respeto de todo ser humano como tal, independientemente de toda creencia, religiosa o no.

14.1. Además es necesario agregar que la cruz en la clase, correctamente interpretada, hace abstracción de las libres convicciones de cada uno, no excluye a nadie ni tampoco se impone ni prescribe nada a nadie, pero implica simplemente, en el núcleo de las finalidades de la educación y de la enseñanza de la escuela pública, una reflexión –necesariamente guiada por los maestros– sobre la historia italiana y sus valores comunes de nuestra sociedad jurídicamente transcritos en la Constitución, en la cual se encuentra en primer lugar la laicidad del Estado(...)"

16. La demandante apeló al Consejo de Estado (Corte Suprema Administrativa) quien confirmó que la presencia de los crucifijos en las aulas de clase de las escuelas públicas toma su fundamento legal en el art. 118 del decreto real del 30 de abril de 1924 y en el art. 119 del decreto real del 26 de abril de 1928 y, más allá del significado que se le desee otorgar, es compatible con el principio de laicidad. Sobre esta cuestión, juzgó que particularmente en Italia, el crucifijo simboliza el origen religioso de los valores (la tolerancia, el respeto mutuo, la valoración de la persona, la afirmación de sus derechos, la consideración por su libertad, la autonomía de la conciencia moral frente a la autoridad, la solidaridad humana, el

rechazo a toda discriminación), los cuales caracterizan a la civilización italiana. En tal sentido, expuestos de las aulas, los crucifijos pueden completar –incluso desde una perspectiva ‘laica’ distinta de la perspectiva religiosa que le es propia– una función simbólica altamente educativa, independientemente de la religión profesada por los alumnos. Según el Consejo de Estado, es un símbolo capaz de reflejar las fuentes de los valores civiles mencionados, valores que definen a la laicidad en el orden jurídico actual del Estado.

En la sentencia (N° 556) datada el 13 de abril de 2006, el Consejo de Estado argumentó de la siguiente manera¹¹:

“(…) la Corte Constitucional muchas veces ha reconocido en la laicidad el principio supremo de nuestro orden constitucional, capaz de resolver ciertas cuestiones de legitimidad constitucional (entre las numerosas sentencias, ver aquellas que se refieren a las normas relativas del carácter obligatorio de la enseñanza religiosa en las escuelas o en la competencia jurisdiccional sobre los asuntos concernientes a la validez del vínculo matrimonial contraído según el derecho canónico y consignados en los registros civiles del Estado).

Este es un principio que no se encuentra proclamado de modo expreso en nuestra Constitución, principio que, lleno de resonancias ideológicas y de una historia controvertida, reviste al menos una importancia jurídica que pueden deducirse de las normas fundamentales de nuestro sistema. En realidad, la Corte toma tal principio específicamente de los arts. 2, 3, 7, 8, 19 y 20 de la Constitución.

Tal principio utiliza un símbolo lingüístico (“laicidad” “secularismo”) para indicar de manera abreviada ciertos aspectos significativos de las disposiciones mencionadas, cuyo contenido establecen las condiciones de uso según las cuales ese símbolo debe entenderse y funcionar. Si tales condiciones específicas de uso no están establecidas, el principio de laicidad será confinado a los conflictos ideológicos y podrá difícilmente ser utilizado en el ambiente jurídico.

En tal ámbito, las condiciones de uso se encuentran bien determinadas por referencia a las tradiciones culturales y a las costumbres de cada pueblo, siempre que tales tradiciones y costumbres se reflejen en el orden jurídico. Tales tradiciones pueden diferir de una nación a otra. (...)

En esta instancia jurisdiccional y el problema, a saber la legitimidad de la exposición de los crucifijos en las aulas de clase, establecida por las autoridades competentes en aplicación de normas reglamentarias, ...consiste simplemente en verificar si tal prescripción alcanza o no al contenido de las normas fundamentales de nuestro orden constitucional, el cual otorga una forma y sustancia al principio de laicidad que caracteriza hoy al Estado italiano.

Es evidente que el crucifijo es en sí mismo un símbolo que puede revestir diversas significaciones y servir a fines diversos, todo depende del lugar en que ha sido emplazado.

En un lugar de culto, el crucifijo es justa y exclusivamente un “símbolo religioso”, por lo que tiene por objetivo suscitar una adhesión respetuosa hacia el fundador de la religión cristiana.

En un lugar no religioso como la escuela, la cual está destinada a la educación de los jóvenes, el crucifijo puede sin embargo revestir para los creyentes

¹¹N. del T.: cfr. Sentenza della VI Sezione del Consiglio di Stato n. 556/2006.

los valores religiosos mencionados, pero para los creyentes como para los no creyentes, su exposición se justifica y posee una significación no discriminatoria desde el punto de vista religioso si es capaz de representar y evocar de manera sintética e inmediatamente perceptible y previsible (como todo símbolo), valores civilmente importantes, en particular los valores que sustentan e inspiran nuestro orden constitucional, fundamento de nuestra vida civil. En tal sentido, el crucifijo puede llenar –tanto en una perspectiva “laica” distinta de la perspectiva religiosa que le es propia– una función simbólica altamente educativa, independientemente de la religión profesada por los alumnos.

También es evidente que en Italia el crucifijo es capaz de expresar, desde el punto de vista simbólico justamente pero de manera adecuada, el origen religioso de los valores que caracterizan a la civilización italiana tales como la tolerancia, el respeto mutuo, la valoración de la persona, la afirmación de sus derechos, la consideración de su libertad, la autonomía de la conciencia moral frente a la autoridad, la solidaridad humana, el rechazo de toda discriminación.

Tales valores, que han impregnado las tradiciones, un modo de vida, la cultura del pueblo italiano, son la base y el resorte de las normas fundamentales de nuestra Constitución –contenidos en los “Principios fundamentales” y en la primera parte– y especialmente aquellos que han sido recordados por la Corte Constitucional y que delimitan la laicidad propia del Estado italiano.

La referencia, a través del crucifijo, al origen religioso de tales valores y a su plena y entera correspondencia con las enseñanzas cristianas pone en evidencia las fuentes trascendentales de tales valores, sin respaldo o mediante la confirmación, de la autonomía (pero no la oposición, implícita en una interpretación ideológica de la laicidad que no encuentra lugar en nuestra Constitución) del orden temporal frente al orden espiritual, sin menoscabo de su “laicidad” particular, adaptada al contexto cultural propio del orden fundamental del Estado italiano y manifestado por él. Tales valores...en la sociedad civil de manera autónoma (de manera no contradictoria) con respeto a la sociedad religiosa, de suerte que ellos pueden ser consagrados “laicamente” por todos, independientemente de la adhesión a la confesión que los ha inspirado y defendido.

Como todo símbolo, podemos imponer o atribuir al crucifijo significaciones diversas y contrarias; o podemos al mismo tiempo negarle valor simbólico para considerarlo un simple objeto sin ningún valor artístico. Sin embargo, no podemos concebir un crucifijo expuesto en un aula de clase como un objeto de decoración, ni como un objeto de culto. Allí más bien podemos concebirlo como un símbolo capaz de reflejar las fuentes destacables de los valores civiles mencionados aquí, valores que definen la laicidad en el orden jurídico actual del Estado. (...).”.

II. DESARROLLO DEL DERECHO Y COSTUMBRES ITALIANAS PERTINENTES

17. La obligación de colocar un crucifijo en las aulas de clase de las escuelas primarias se encuentra previsto en el art. 140 del decreto real N° 4336 del 15 de septiembre de 1860 del Reino de Piamonte-Cerdeña, promulgado de acuerdo con la ley N° 3725 del 13 de noviembre de 1859 según la cual “cada escuela deberá sin falta ser provista (...) de un crucifijo” (art. 140).

En 1861, año del nacimiento del Estado italiano, el estatuto del Reino de Piamonte-Cerdeña 1848 se convirtió en la Constitución del Reino de Italia; el cual declaraba entre otras cosas que “la religión católica, apostólica y romana era la única religión del Estado y que los otros cultos existentes serán tolerados en conformidad con la ley”.

18. La toma de Roma por el ejército italiano, el 20 de septiembre de 1870, siendo ella anexada y proclamada capital del nuevo Reino de Italia, provocó una crisis en las relaciones entre el Estado y la Iglesia Católica. Por la ley N° 214 del 13 de mayo de 1871, el Estado italiano reglamentó unilateralmente las relaciones con la Iglesia y acordó con el Papa un cierto número de privilegios para el desarrollo regular de la actividad religiosa. Según los demandantes, la exposición de los crucifijos en las aulas escolares cayó poco a poco en desuso.

19. En el período fascista, el Estado tomó una serie de medidas para hacer respetar la obligación de exponer el crucifijo en las aulas escolares.

De este modo, el Ministerio de Instrucción Pública estableció, el 22 de noviembre de 1922, una circular en los siguientes términos: “(...) durante los últimos años, en muchas escuelas primarias del Reino la imagen de Cristo y el retrato del Rey han sido retirados. Ello constituye una infracción manifiesta y no tolerable de una disposición reglamentaria y especialmente un atentado contra la religión dominante del Estado como asimismo contra la unidad de la Nación. Intimamos a todas las administraciones municipales de Reino restablecer en las escuelas que han sido desprovistas de los símbolos sagrados de la fe y del sentimiento nacional”.

El 30 de abril de 1924 se adoptó el decreto real N° 965 estableciéndose el reglamento interior de los establecimientos de instrucción media (*ordinamento interno delle giunte e dei regi istituti di istruzione media*) en cuyo art. 118 estableció:

“En cada establecimiento escolar debe haber la bandera nacional, en cada aula de clase el crucifijo y el retrato del rey”.

En cuanto al decreto real N° 1297 del 26 de abril de 1928, el cual aprobó el reglamento general de los servicios de enseñanza primaria (*approvazione del regolamento generale sui servizi dell'istruzione elementare*) estableció en el art. 119 que el crucifijo se encuentra entre los “equipamientos y materiales necesarios de las aulas de clase”.

20. Los Pactos de Letrán, firmados el 11 de febrero de 1929, significaron la “Conciliación” del Estado italiano y de la Iglesia Católica. El catolicismo fue confirmado como la religión oficial del Estado italiano estableciendo el art. 1:

“Italia reconoce y reafirma el principio consagrado en el art. 1° de Estatuto Albertino del Reino del 4 de marzo de 1848, según el cual la religión católica, apostólica y romana es la única religión del Estado”.

21. En 1948 el Estado italiano adoptó su Constitución republicana en cuyo art. 7 estableció que “el Estado y la Iglesia católica son, cada uno en su orden, independientes y soberanos, siendo sus relaciones reglamentadas por los pactos de Letrán, y que las modificaciones de los pactos, aceptadas por las dos partes, no requieren del proceso de revisión constitucional”. Luego, el artículo 8 establece que “todas las confesiones religiosas son igualmente libres frente a la ley, las confesiones religiosas diferentes a la católica tienen el derecho a organizarse

según sus propios estatutos en tanto no se opongan al orden jurídico italiano y sus relaciones con el Estado son establecidas por ley sobre la base de acuerdos con sus respectivos representantes”.

22. El protocolo adicional al nuevo Concordato del 18 de febrero de 1984 ratificó por ley N° 121 del 25 de marzo de 1985, declaró que el principio establecido por los pactos de Letrán según el cual la religión católica es la única religión del Estado no se encuentra ya más vigente.

23. En una sentencia del 12 de abril de 1989 (N° 203), dada en el contexto sobre el examen de la cuestión del carácter no obligatorio de la religión católica en las escuelas públicas, la Corte Constitucional concluyó que el principio de laicidad posee valor constitucional, precisando no que el Estado sea indiferente a las religiones sino más bien que debe garantizar la salvaguarda de la libertad de religión en el pluralismo confesional y cultural.

24. El 3 de octubre de 2002, el Ministro de Educación, Universidad e Investigación adoptó la directiva (N° 2666) siguiente:

“(...) El Ministro

(...) Considerando que la presencia del crucifijo en las aulas de clase se fundamenta en las normas vigentes, que no viola ni el pluralismo religioso y los objetivos de formación pluricultural de la escuela italiana y que no debe ser considerado como una limitación de la libertad de conciencia garantizada por la Constitución ya que no evoca una confesión específica sino que constituye únicamente una expresión de la civilización y de la cultura cristiana y que forma parte del patrimonio universal de la humanidad;

Luego de evaluar la oportunidad, en el respeto de las diferentes tradiciones, convicciones y creencias que todo establecimiento escolar, en el marco de su propia autonomía y en la decisión de sus órganos colegiados competentes, deja disponible un lugar especialmente reservado, fuera de toda obligación y horarios de servicio, para el recuerdo y la meditación de los miembros de la comunidad escolar que lo deseen;

Toma la siguiente directiva:

El servicio competente del Ministerio (...) tomará las disposiciones necesarias para que:

1) los responsables escolares aseguren la presencia del crucifijo en las aulas escolares;

2) todos los establecimientos escolares, en el marco de su propia autonomía y según la decisión de los miembros de sus órganos colegiados, pongan a disposición un lugar especialmente reservado, fuera de toda obligación y horarios de servicio, para el recuerdo y meditación de los miembros de la comunidad escolar que lo deseen(...).”.

25. Los artículos 19, 33 y 34 de la Constitución establecen:

Artículo 19

“Todo individuo tiene el derecho de profesar libremente su fe religiosa en cualquier forma que sea, individual o colectivamente, de hacer propaganda y de

ejercer el culto en privado o en público, con la condición que no realice actos contrarios a las buenas costumbres”.

Artículo 33

“El arte y la ciencia son libres como asimismo su enseñanza.

La República establece las reglas generales concernientes a la educación y crea escuelas públicas para todos los niveles y grados (...)”.

Artículo 34

“La enseñanza está abierta a todos.

La instrucción elemental, realizada al menos durante ocho años, es obligatoria y gratuita (...)”.

III. DERECHO Y COSTUMBRE DE LOS ESTADOS MIEMBROS DEL CONSEJO
DE EUROPA SOBRE LA PRESENCIA DE LOS SÍMBOLOS RELIGIOSOS
EN LA ESCUELAS PÚBLICAS

26. En la gran mayoría de los Estados miembros del Consejo de Europa, la cuestión de la presencia de los símbolos religiosos en las escuelas públicas no es objeto de una reglamentación específica.

27. La presencia de los símbolos religiosos en las escuelas públicas sólo se encuentra expresamente prohibida en pocos Estados miembros: en la ex-República yugoslava de Macedonia, en Francia (salvo Alsacia y Moselle) y en Georgia. Se encuentra expresamente permitida –además de Italia– en los siguientes Estados miembros: en Austria, en ciertas *Länder* de Alemania y comunas suizas, y en Polonia. Hay países en los que se encuentran símbolos religiosos en las escuelas públicas, pero no se encuentra específicamente reglamentado, tales como en España, Grecia, Irlanda, Malta, San Marino y Rumania.

28. Las altas jurisdicciones de un cierto número de Estados miembros han sido traídas a examinar la cuestión.

En Suiza, el Tribunal federal ha juzgado una ordenanza comunal que prevé la presencia de un crucifijo en las aulas de clase de las escuelas primarias como incompatible con las exigencias de la neutralidad confesional consagrada por la Constitución federal, pero sin condenar tal presencia en otros lugares diferentes a los establecimientos escolares (26 de septiembre 1990; ATF 116 1a 252).

En Alemania, la Corte Constitucional Federal ha juzgado una ordenanza similar a la de Baviera como contraria al principio de neutralidad del Estado y difícilmente compatible con la libertad de religión de los niños que no son católicos (16 de mayo de 1995; BVerfGE 93,1). El Parlamento bávaro dictó luego una ordenanza manteniendo tal medida pero proporcionando la posibilidad a los padres de invocar sus convicciones religiosas o laicas para oponerse a la presencia de los crucifijos en las aulas escolares donde asisten sus hijos, y colocando un mecanismo destinado a llegar a una solución para cada caso o una solución individualizada.

En Polonia, al sancionar el *Ombudsman* la ordenanza del Ministerio de Educación del 14 de abril de 1992 proporcionando notablemente la posibilidad de exponer los crucifijos en las salas de clase de las escuelas públicas, la Corte Constitucional concluyó que tal medida era incompatible con la libertad de conciencia y de religión y con el principio de separación de Iglesia y Estado garantizados por el art. 82 de la Constitución...(20 de abril 1993; N° U 12/32).

En Rumania, la Corte Suprema anuló una decisión del Consejo Nacional por la lucha contra la discriminación del 21 de noviembre de 2006 que recomendaba al Ministerio de Educación que reglamentase la cuestión de la presencia de los símbolos en los establecimientos públicos de enseñanza y, en particular, que no autorice la exposición de tales símbolos durante las clases de religión o en las aulas destinadas a la enseñanza religiosa.

En España, situado en el marco de un proceso iniciado por una asociación militante para una escuela laica que había pedido que retiren los símbolos religiosos de los establecimientos escolares, el tribunal superior de Justicia de Castilla y León juzgó que tales establecimientos debían proceder a retirar los símbolos en caso de pedido explícito por los padres de un alumno (14 diciembre 2009; N° 3250).

DERECHO

I. SOBRE LA VIOLACIÓN ALEGADA DEL ART. 2 DEL PROTOCOLO N° 1 Y EL ART. 9 DEL CONVENIO

29. Los demandantes se quejan por el hecho de los crucifijos que se encuentran colgados en las aulas de la escuela pública donde el segundo y tercer demandante se hallan escolarizados. Ellos aducen una violación del derecho a la educación que según el art. 2 del Protocolo N° 1 se garantiza en los siguientes términos:

“A nadie puede negársele el derecho a la instrucción. El Estado, en el ejercicio de las funciones que asuma en el campo de la educación y de la enseñanza, respetará el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas”.

Ellos deducen asimismo de tales hechos un desconocimiento de su derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión protegido por el artículo 9 del Convenio, el cual estipula:

“1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicción, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones, individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y las observancias de los ritos.

2. La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas o la protección de los derechos o las libertades de los demás”.

A. LA SENTENCIA DE LA SALA

30. En su sentencia del 3 de noviembre de 2009, la Sala concluyó la violación del art. 2 del Protocolo N° 1 examinado conjuntamente con el art. 9 del Convenio.

31. En primer lugar, la Sala dedujo los principios relativos a la interpretación del art. 2 del Protocolo N° 1 que emergen de la jurisprudencia de la Corte, la obligación por parte del Estado de abstenerse de imponer creencias, incluso indirectamente, en los lugares en los que las personas dependen de él o también en los lugares en los que son particularmente vulnerables, señalando que la escolarización de los niños representa un sector particularmente sensible en ese sentido.

A continuación, sostiene que entre todas las significaciones que se le pueden atribuir al crucifijo, el significado religioso es el predominante. En consecuencia, la presencia obligatoria u ostentadora del crucifijo en las aulas escolares no sólo heriría las convicciones laicas de la demandante donde sus hijos asisten en la escuela pública, sino también que podría perturbar emocionalmente a los alumnos que profesan otra religión diferente de la cristiana o que no profesan ninguna. Sobre este último aspecto, la Sala subraya que la libertad de religión “negativa” no se limita a la ausencia de servicios religiosos o de enseñanza religiosa: ella se extiende a las prácticas y a los símbolos que expresan, en particular o en general, una creencia, una religión o el ateísmo. Añade que tal “derecho negativo” merece una protección particular si es el Estado el que expresa una creencia y si la persona es colocada en una situación donde no puede sustraerse o solamente a través de un gran esfuerzo o de un sacrificio desproporcionado.

Según la Sala, el Estado debe tener neutralidad confesional en el marco de la educación pública, donde la presencia en los cursos se requiere sin consideración de la religión y donde se debe buscar inculcar a los alumnos un pensamiento crítico. Agrega que no puede ver cómo la exposición, en las aulas de clase de las escuelas públicas, de un símbolo que es razonablemente asociado a la religión mayoritaria en Italia, pueda ayudar al pluralismo educativo que es esencial para la preservación de “una sociedad democrática” tal como la concibe el Convenio.

32. La Sala concluyó que “la exposición obligatoria de un símbolo de una confesión determinada en el ejercicio de la función pública en relación con unas situaciones particulares que dependen del control gubernamental, en concreto, en las aulas escolares, restringe el derecho de los padres a educar a sus hijos según sus convicciones así como el derecho de los niños escolarizados a creer o no creer”. Luego, considera que esta medida conlleva la violación de estos derechos porque “las restricciones son incompatibles con el deber que incumbe al Estado de respetar la neutralidad en el ejercicio de la función pública, en particular en el ámbito de la educación” (§ 57 de la sentencia).

B. LOS ARGUMENTOS DE LAS PARTES

1. El Gobierno

33. El Gobierno no planteó ninguna excepción de inadmisibilidad.

34. El Gobierno lamentó que la Sala no haya dispuesto de un estudio del derecho comparado respecto a las relaciones entre el Estado y las religiones y sobre la cuestión de la exposición de los símbolos religiosos en las escuelas públicas. Tal estudio habría demostrado que no existe un enfoque común en Europa y habría conducido por consecuencia a constatar que los Estados miembros disponen de un margen de apreciación particularmente importante: asimismo, la sentencia de la Sala omitió poner en consideración ese margen de apreciación, eludiendo de esta manera un aspecto fundamental del problema.

35. Reprocha asimismo a la sentencia de la Sala el deducir del concepto de “neutralidad” confesional un principio que excluiría toda relación entre el Estado y una religión en particular, mientras que la neutralidad sólo requeriría que las autoridades de la administración pública tengan en cuenta a todas las religiones. La sentencia reposaría así en una confusión entre “neutralidad” (un “concepto inclusivo”) y la “laicidad” (un “concepto exclusivo”). Mas, según el Gobierno, la neutralidad implica que los Estados se abstengan de promover no solamente una religión dada sino también el ateísmo, por lo que el “laicismo” estatal no sería menos problemático que el proselitismo estatal. La sentencia de la Sala reposaría así sobre un mal entendido, tendiendo a favorecer un enfoque arreligioso o antirreligioso donde la demandante, miembro de la unión de ateos y agnósticos racionalistas, es militante.

36. El Gobierno luego analiza el hecho que un mismo símbolo puede ser interpretado de modo diferente de una persona a otra. Y ello se aplica en particular a la “cruz”, que puede ser percibida no solamente como un símbolo religioso, sino también como un símbolo cultural y de identidad nacional, como los principios y valores que fundamentan la democracia y la civilización occidental; asimismo figura en las banderas de muchos países europeos. El Gobierno añade que, cualquiera sea su fuerza evocadora, una “imagen” es un “símbolo pasivo”, donde el impacto sobre los individuos no es comparable a aquel de un “comportamiento activo”; nadie pretende en el caso que el contenido de la enseñanza impartida en Italia sea influenciada por la presencia del crucifijo en las aulas de clase.

Precisa que tal presencia es la expresión de una “particularidad nacional”, caracterizada notablemente por las relaciones estrechas entre el Estado, el pueblo y el catolicismo, que se explica por la evolución histórica, cultural y territorial de Italia y por un enraizamiento profundo y antiguo de los valores del catolicismo. Mantener el crucifijo en esos lugares sería por consiguiente preservar una tradición secular. El derecho de los padres que se respete su “cultura familiar” no debe contrariar aquel el derecho de la comunidad de transmitir su cultura ni el de los menores de descubrirla. Es más, al afirmar que de un “riesgo potencial” de perturbación emocional se puede concluir una violación de los derechos a la instrucción y a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, la Sala habría alargado considerablemente el campo de aplicación de tal derecho.

37. Refiriéndose en particular a la causa *Otto-Preminger-Institut c. Austriche* del 20 de septiembre de 1994 (serie A N° 295-A), el Gobierno señala que tomar en consideración el hecho que la religión católica sea de la gran mayoría de los

italianos, no se puede concluir de allí una circunstancia agravante como lo ha hecho la Sala. La Corte debería por el contrario reconocer y proteger las tradiciones nacionales así como el sentimiento popular dominante, y dejar a cada Estado la tarea de equilibrar los intereses opuestos. Se sigue por otra parte de la jurisprudencia de la Corte que los programas escolares o las disposiciones que contemplan una preponderancia de la religión mayoritaria no significa una influencia inducida por el Estado o una tentativa de adoctrinamiento, por lo que la Corte debe respetar las tradiciones y los principios constitucionales relativos a las relaciones entre el Estado y las religiones –en el caso la interpretación particular de la laicidad que realiza Italia– y tener en consideración el contexto de cada Estado.

38. Estima luego que la segunda frase del art. 2 del protocolo N° 1 sólo se aplicaría para los programas escolares, y critica la sentencia de la Sala al concluir una violación sin indicar por qué la sola presencia de un crucifijo en las aulas escolares asistidas por los hijos de la demandante posee la propiedad de reducir sustancialmente sus posibilidades de educarlos según sus convicciones, fundamentando sólo en que los alumnos se sentirán educados en un ambiente escolar marcado por una religión dada. Considera que tal explicación es errónea según la misma jurisprudencia de la Corte, como lo demuestra notablemente, que el Convenio no obstaculiza a aquellos Estados miembros que poseen una religión de Estado, ni a aquellos que muestran una preferencia por una religión determinada, ni a aquellos que proporcionan a sus alumnos una enseñanza religiosa más extendida sobre el contenido de la religión dominante y, de otra parte, que debería tener en cuenta el hecho que la influencia educativa de los padres es mucho más grande que la de la escuela.

39. Según el Gobierno, la presencia del crucifijo en las aulas escolares contribuye legítimamente a que los alumnos comprendan la comunidad nacional en la cual ellos tienen deseo de integrarse. Una “influencia del medio ambiente” sería improbable porque los alumnos en Italia reciben una educación que los ayuda a desarrollar un pensamiento crítico en cuestiones de religión, en una atmósfera desapasionada en la que se excluye toda forma de proselitismo. Por otro lado, Italia ha optado por un acercamiento benévolo y amable hacia las religiones minoritarias en el medio escolar: el derecho positivo permite llevar el velo islámico u otros elementos o símbolos de connotación religiosa; el principio y el fin del ramadán son tenidos como feriados en las escuelas; la enseñanza religiosa es admitida para todas las confesiones reconocidas; los deseos de los alumnos pertenecientes a confesiones minoritarias son tenidas en cuenta y los alumnos judíos, por ejemplo, tienen derecho a no rendir exámenes los sábados.

40. Por último, el Gobierno coloca el acento sobre la necesidad de tener en cuenta el derecho de los padres que consideran que debe mantenerse el crucifijo en las aulas escolares. Tal es la voluntad de la mayoría en Italia; tal es también aquel deseo expresado democráticamente en el caso por los miembros del consejo escolar. Proceder a retirar los crucifijos de las aulas en tales circunstancias significaría un “abuso de la posición minoritaria”. Sería además contradecir el deber del Estado de dejar a los individuos satisfacer sus deseos religiosos.

2. Los demandantes

41. Los demandantes sostienen que la exposición del crucifijo en las aulas de clase de la escuela pública en la que el segundo y tercero de ellos frecuentan constituye una injerencia ilegítima en su derecho a la libertad de pensamiento y de conciencia y viola el principio de pluralismo educativo en la medida en que es expresión de una preferencia por parte del Estado hacia una religión dada en un lugar donde se forman las conciencias. Con ello, el Estado no tendría en cuenta otra obligación que es la de proteger particularmente a los menores contra toda forma de propaganda o de adoctrinamiento. Además, según los demandantes, el ambiente educativo estaría marcado por la presencia de un símbolo de la religión dominante, la exposición del crucifijo muestra desconocer el derecho del segundo y tercer demandante a recibir una educación abierta y pluralista tendiente al desarrollo de una capacidad de juicio crítica. Por último, la demandante favorable a la laicidad, verá infringido el derecho a que sus hijos sean educados conforme a sus propias convicciones filosóficas.

42. Según los demandantes, el crucifijo es sin lugar a duda un símbolo religioso por lo que atribuirle un valor cultural es una tentativa de defensa última e inútil. Nada en el sistema jurídico italiano permite afirmar que se trata de un símbolo de identidad nacional: desde la Constitución, es la bandera la que simboliza tal identidad.

Además, como lo ha señalado la Corte Constitucional federal alemana en su sentencia del 16 de mayo de 1995 (ver párrafo 28 anterior), otorgar al crucifijo un significado profano, implica enajenarlo de su significación de origen y contribuir a su desacralización. Considerarlo como un simple “símbolo pasivo” sería negar que todos los símbolos –y unos más que otros– materializan una realidad cognitiva, intuitiva y emocional que va más allá de lo que es inmediatamente perceptible. La Corte Constitucional federal alemana constata que la presencia del crucifijo en las aulas escolares posee un carácter evocador de aquello que representa el contenido de la fe cuyo símbolo hace “público”. Por último, los demandantes recuerdan que, en la decisión *Dahlab c. Suisse* del 15 de febrero de 2001 (N° 42393/98, CEDH 2001-V), la Corte ha señalado la presencia particular que los símbolos religiosos adquieren en el medio escolar.

43. Los demandantes señalan que todo Estado democrático debe garantizar la libertad de conciencia, el pluralismo, la igualdad de trato a todas las creencias y la laicidad de las instituciones. El principio de laicidad implica ante todo la neutralidad del Estado, por lo que debe distanciarse de la esfera religiosa y adoptar una actitud idéntica frente a todas las orientaciones religiosas. De otro modo afirma que la neutralidad obliga al Estado a colocar espacios neutros, en el marco del cual cada uno pueda libremente vivir sus convicciones. Exponiendo los símbolos religiosos como los crucifijos en las aulas escolares el Estado italiano haría lo contrario.

44. El enfoque que defienden los demandantes se distingue también claramente del ateísmo del Estado, el cual niega la libertad de religión imponiendo autoritariamente una visión laica. Visto en términos de imparcialidad y de neutralidad del

Estado, la laicidad es a la inversa un instrumento que permite afirmar la libertad de conciencia religiosa y filosófica de todos.

45. Los demandantes añaden que es indispensable proteger particularmente las creencias y convicciones minoritarias, a fin de preservar a sus partidarios de un “despotismo de la mayoría”, por lo que este sería otro argumento para solicitar se retiren los crucifijos de todas las aulas escolares.

46. En conclusión, los demandantes señalan que si, como lo pretende el Gobierno, retirar los crucifijos de las aulas de las escuelas públicas podría atentar contra la identidad cultural italiana, mantenerlo sería contrariar los principios del Estado liberal y de una democracia pluralista y abierta, y el respeto de los derechos y libertades individuales consagrados tanto por la Constitución italiana como por el Convenio.

3. *Las observaciones de los terceros intervinientes*

- 1) Los gobiernos de Armenia, Bulgaria, Chipre, Federación Rusa, Grecia, Lituania, Malta y la República de San Marino.

47. En las observaciones comunes que han presentado en la audiencia, los gobiernos de Armenia, Bulgaria, Chipre, Federación Rusa, Grecia, Lituania, Malta y la República de San Marino han indicado que, según estos, el razonamiento de la Sala se basó en una comprensión errónea del concepto de “neutralidad”, ya que lo ha confundido con el de “laicidad”. En tal sentido, señalan que las relaciones entre el Estado y la Iglesia son reguladas de manera variable de un país a otro en Europa y que la mayoría de la población europea vive en un país no laico. Agregaron que, inevitablemente, los símbolos del Estado están presentes en los lugares de la educación pública y que muchos de tales símbolos poseen un origen religioso, la cruz –que es tanto un símbolo nacional además de religioso– es el ejemplo más visible. Según estos, en los Estados europeos no laicos, la presencia de los símbolos religiosos en el espacio público es ampliamente tolerada por los defensores de la laicidad, como parte de la identidad nacional; los Estados no podrían renunciar a un elemento de su identidad cultural simplemente porque tiene un origen religioso. El razonamiento de la Sala no es conforme a la expresión del pluralismo que alimenta al sistema del Convenio, sino tan sólo aquellos valores del Estado laico; aplicarlo a toda Europa supondría una “americanización” del continente en la medida en que se impondría una sola y misma regla para todos y una rígida separación de Iglesia y de Estado.

Aprecian estos, que optar por la laicidad es un punto de vista político, respetable ciertamente, pero no neutro; así, en la esfera de la educación, un Estado que apoya lo laico por oposición a lo religioso no es neutro. Paralelamente, retirar los crucifijos de las aulas escolares donde se encuentran no podrá realizarse sin consecuencias educativas. En realidad, el factor importante más que si el Estado deja o prohíbe la presencia de crucifijos en aulas escolares, consiste en cómo y en qué grado los programas escolares contextualiza y enseña a los alumnos la tolerancia y el pluralismo.

Los gobiernos intervinientes no excluyen la posibilidad que puedan presentarse situaciones en las que la elección de un Estado en este dominio pueda ser inaceptable. Corresponderá entonces a los individuos de cada caso demostrarlo, y la Corte no debería intervenir más que en esos casos extremos.

2) El gobierno del Principado de Mónaco

48. El gobierno interviniente declara compartir el punto de vista del gobierno demandado según el cual, ubicado en las escuelas, el crucifijo es un “símbolo pasivo”, que se encuentra sobre las armas o banderas de numerosos Estados y que, en el caso, es testimonio de una identidad nacional arraigada en la historia. Además, indivisible, el principio de neutralidad del Estado obliga al Estado a abstenerse de imponer un símbolo religioso dónde nunca ha estado como así también retirar a aquellos de donde siempre han estado.

3) El gobierno de Rumania

49. El gobierno interviniente estima que la Sala no ha tenido suficientemente en cuenta el largo margen de apreciación que disponen los Estados parte en aquellas cuestiones sensibles y en las que no existe un consenso a escala europea. La jurisprudencia de la Corte ha reconocido a dichos Estados un importante margen de apreciación en la cuestión sobre aquellos que llevan símbolos religiosos a los establecimientos públicos de enseñanza; considera que debería hacer lo mismo respecto a la exposición de símbolos religiosos en tales lugares. Señala luego que la sentencia de la Sala reposa sobre el postulado según el cual la exposición de los símbolos religiosos en las escuelas públicas contradice los arts. 9 del Convenio y 2 del Protocolo N° 1, lo cual entraría en conflicto con el principio de neutralidad ya que obligaría a los Estados a intervenir para retirar tales símbolos. En su opinión, este principio ha servido mejor cuando las decisiones de este tipo fueron tomadas por la comunidad formada por profesores, alumnos y padres. En cualquier caso, si bien no estaba asociado a obligaciones particulares relativas a la religión, la presencia del crucifijo en las salas de clase no afectaba suficientemente los sentimientos religiosos de uno u otro que estaba amparado por las disposiciones evocadas.

4) La organización no gubernamental Greek Helsinki Monitor

50. Según la organización interviniente, no puede verse en el crucifijo otra cosa que no sea un símbolo religioso, de tal suerte que su exposición en las salas de clase de las escuelas públicas puede ser percibido como un mensaje institucional a favor de una determinada religión. Cita especialmente la jurisprudencia de la Corte en la sentencia *Folgero* según la cual la participación de los alumnos en las actividades religiosas pueden tener una influencia sobre ellos y considera que sucede lo mismo cuando los alumnos están expuestos a los símbolos religiosos. Por último agrega que los padres de otros alumnos que se encuentren en la misma solución podrían renunciar a este reclamo por temor a las represalias.

5) La organización no gubernamental *Associazione nazionale del libero pensiero*

51. La organización interviniente, estima que la presencia de los símbolos religiosos en las salas de clase de las escuelas públicas es incompatible con los arts. 9 del Convenio y 2 del Protocolo N° 1, aduciendo que las restricciones impuestas a los derechos de los demandantes no están “previstas por la ley” en el sentido de la jurisprudencia de la Corte. Señala en tal sentido que la exposición de los crucifijos en las salas de clase de las escuelas públicas está autorizada no por una ley sino por un texto reglamentario adoptado durante el período fascista, textos que ha sido tácitamente derogados por la Constitución de 1947 y por la ley 1985 que ratificaron los acuerdos que modificaron los pactos de Letrán de 1929. Precisa que la cámara criminal de la Corte de casación había asimismo juzgado en la sentencia del 1ro de marzo de 2000 (N° 4273) relativa a un caso similar de la exposición de los crucifijos en las salas de votación, enfoque que fue reiterado en la sentencia del 17 de febrero de 2009 relativa a la exposición de los crucifijos en las salas de audiencia de los tribunales (sin todavía haberse pronunciado sobre el fondo de la cuestión). Existe una divergencia de jurisprudencia entre el Consejo de Estado –que, a la inversa, juzga que los textos reglamentarios son aplicables– y la Corte de Casación, para la cual se afecta el principio de seguridad jurídica, pilar del Estado de Derecho. Mientras la Corte Constitucional se juzgue incompetente, no habrá en Italia un mecanismo que permita reglamentar este problema.

6) La organización no gubernamental *European Centre for Law and Justice*

52. La organización interviniente estima que la Sala ha respondido inadecuadamente a la cuestión que se plantea en el caso, que consiste en saber si los derechos que toma la demandante del Convenio han sido en la especie violados por el solo hecho de la presencia del crucifijo en las aulas. Considera que una respuesta negativa se impone. Por un lado, porque el “fuero externo” de los hijos de la demandante no han sido forzados ni constreñidos a actuar contra su conciencia ni impedidos de actuar según la conciencia. Por otro lado, porque su “fuero interno” como el derecho de la demandante de asegurar su educación conforme a sus convicciones filosóficas no ha sido infringido ya que no se los ha obligado ni a creer ni a dejar de no creer; no han sido adoctrinados por un proselitismo intempestivo. Considera que la Sala ha cometido un error al juzgar que la voluntad del Estado de mantener los crucifijos en las aulas es contrario al Convenio (tal no era la cuestión que se había puesto en consideración): por ello, la Sala ha creado “una nueva obligación, relativa no a los derechos de la demandante, sino a la naturaleza del ‘ambiente educativo’”. Según la organización interviniente, esta es la razón por la cual ha sido incapaz de establecer que el “fuero interno o externo” de los hijos de la demandante no ha sido violentado por la presencia del crucifijo en las aulas de clase y que la Sala ha creado una obligación nueva de secularización completa del ambiente educativo, traspasando así el campo de la demanda y los límites de su competencia.

7) La organización no gubernamental *Eurojuris*

53. La organización interviniente señala su conformidad con las conclusiones de la Sala. Después de haber recordado al derecho positivo italiano pertinente –y marcadamente subrayar el valor constitucional del principio de laicidad– se remite a la jurisprudencia de la Corte según la cual la escuela no puede ser el teatro del proselitismo o de la predicación; también se refiere a los casos en los que la Corte examinó la cuestión del velo islámico en los lugares destinados a la educación. Agrega que la presencia de los crucifijos en las aulas de las escuelas públicas italianas está prescrita no por una ley, sino por reglamentaciones heredadas del período fascista que reflotarían una concepción confesional del Estado hoy incompatible con el principio de laicidad consagrado por el derecho constitucional positivo. Considera erróneo el razonamiento del juez administrativo italiano según el cual la prescripción de la presencia de los crucifijos en las aulas públicas sería compatible en principio con la de aquellos símbolos que representan valores laicos. Por un lado, se opone porque se trata de un símbolo religioso en el cual los no cristianos no se identifican. Por otro lado, al conferirle un espacio público a esa exposición, el Estado estaría confiriendo una dimensión particular a una religión determinada, en detrimento del pluralismo.

8) La organizaciones no gubernamentales Commission international de juristes, *Interights* et *Human Rights Watch*

54. Las organizaciones intervinientes consideran que la prescripción que autoriza la exposición de los crucifijos en las aulas públicas es incompatible con el principio de neutralidad y los derechos que los arts. 9 del Convenio y 2 del Protocolo N° 1 garantizan a los alumnos y a los padres. Consideran que el pluralismo educativo es un principio consagrado, puesto de relieve no solamente por la jurisprudencia de la Corte sino también por la jurisprudencia de varias jurisdicciones supremas y por diversos textos internacionales. Por otra parte, ellos deducen de la jurisprudencia de la Corte un deber de neutralidad y de imparcialidad del Estado frente a las creencias religiosas especialmente en los servicios públicos como la educación. Precisan que tal principio de imparcialidad es reconocido no solamente por la Corte constitucional italiana, española y alemana sino también por el Consejo de Estado francés y por el Tribunal Federal suizo. Agregan que, como lo han juzgado numerosas altas jurisdicciones, la neutralidad del Estado frente a las religiones se impone en el medio escolar ya que, teniendo que asistir a clase, los alumnos se encuentran indefensos frente al adoctrinamiento cuando la escuela está actuando. Recuerdan que la Corte ha juzgado que, si el Convenio no impide que los Estados puedan dar educación o conocimientos de carácter religioso o filosófico, si deben asegurar que tal enseñanza se imparta de manera objetiva, crítica y pluralista, exenta de adoctrinamiento; señalan que esto vale para todas las funciones que los Estados asuman en el dominio de la educación y de la enseñanza incluyendo la organización del ambiente educativo.

- 9) Las organizaciones no gubernamentales *Zentralkomi der deutschen Katholiken*, *Semaines sociales de Frances*, *Associazioni cristiane Lavoratori italiani*

55. Las organizaciones intervinientes declaran compartir el punto de vista de la Sala según la cual, si el crucifijo posee muchos significados, es antes que nada el símbolo central de la cristiandad. Pero agregan estar en desacuerdo con su conclusión, ya que no advierten de qué modo la presencia del crucifijo en la aulas pueda ser “perturbador emocionalmente” para los alumnos o afectar el desarrollo de su espíritu crítico. Consideran que tal presencia no puede asimilarse sólo a un mensaje religioso o filosófico: de una manera pasiva transmite valores morales básicos. La cuestión, luego consideran, es análoga a la competencia que tienen los Estados en materia de definición de los programas escolares; los padres deben aceptar que ciertos aspectos de la enseñanza pública pueden no coincidir totalmente con sus convicciones. Además afirman que no puede deducirse de la sola decisión del Estado de mantener los crucifijos un fin de adoctrinamiento prohibido por el art. 2 del Protocolo N° 1. Es necesario en el caso hacer un balance entre los derechos e intereses de los creyentes y no creyentes, entre los derechos fundamentales de los individuos y los intereses legítimos de la sociedad, y entre la edición de normas en materia de derechos fundamentales y la preservación de la diversidad europea. Además de ello, la Corte debería en ese contexto reconocer un largo margen de apreciación a los Estados en tanto que la organización de las relaciones entre el Estado y la religión varía de un país a otro y que tal organización –en particular el lugar que ocupa la religión es las escuelas públicas– hunde sus raíces en la historia, la tradición y la cultura de cada uno.

- 10) Treinta y tres miembros del Parlamento Europeo presentados conjuntamente

56. Los intervinientes expresan que la Corte no es una Corte constitucional y que debe respetar el principio de subsidiariedad y reconocer el margen de apreciación particularmente importante a los Estados parte no solamente en cuanto a la definición de las relaciones entre el Estado y las religiones sino también en el modo como deben ejercer sus funciones en el dominio de la instrucción y de la educación. Consideran que, si la Gran Sala llegase a tomar la decisión de obligar a retirar los símbolos religiosos de las escuelas públicas, enviará un mensaje ideológico radical. Tal margen de apreciación no es traspasado según la jurisprudencia de la Corte cuando un Estado, por razones ligadas a su historia y a su tradición, muestra una preferencia por una determinada religión. Por eso consideran que tal exposición no se opone al Convenio ni puede considerarse un adoctrinamiento sino tan solo la expresión de una unidad e identidad culturales. Por último afirman que en este contexto específico, los símbolos religiosos poseen una dimensión laica por lo que no deberían ser suprimidos.

C. LA APRECIACIÓN DE LA CORTE

57. En primer lugar, la Corte precisa que la única cuestión que debe atenderse es el de la compatibilidad, dadas las circunstancias del caso, de la presencia del

crucifijo en las aulas de las escuelas públicas italianas con las exigencias de los arts. 2 del Protocolo N° 1 y 9 del Convenio.

De este modo, en el caso, por un lado, la Corte no está llamada a examinar la cuestión de la presencia del crucifijo en otros lugares que no sean el de las escuelas públicas. Por otro lado, no le compete pronunciarse sobre la compatibilidad de la presencia del crucifijo en las aulas de las escuelas públicas con el principio de laicidad tal como se encuentra consagrado en el derecho italiano.

58. En segundo lugar, la Corte señala que los partidarios de la laicidad pueden hacer su reclamo teniendo en cuenta “el grado de fuerza, de seriedad, de coherencia y de importancia” requeridos para que se trate de “convicciones” en el sentido que establecen los artículos 9 del Convenio y 2 del Protocolo N° 1 (sentencia *Campbell et Cosans c. Royaume-Uni*, 25 de febrero de 1982, serie A N° 48, § 36). Más precisamente, hay que ver en las “convicciones filosóficas” en el sentido de la segunda frase del art. 2 del Protocolo N° 1 que merecen “respeto ‘en una sociedad democrática’”, no sean incompatibles con la dignidad de la persona ni contraríen el derecho fundamental del niño a la educación.

1. *El caso de la demandante*

a) Principios generales

59. La Corte recuerda que en materia de educación y de enseñanza, el art. 2 del Protocolo N° 1 es en principio *lex specialis* respecto del art. 9 del Convenio. Es de esta manera cuando, como en el caso, está en juego la obligación de los Estados parte –de acuerdo a lo establecido en la segunda frase del art. 2– de respetar, en el marco del ejercicio de las funciones que asumen en ese dominio el derecho de los padres de asegurar esa educación y enseñanza conforme a sus convicciones filosóficas y religiosas (sentencia *Folgero et autres c. Norvège* [GC], del 29 de junio de 2007, N° 15472/02, CEDH 2007-VIII, § 8).

Conviene entonces examinar el reclamo en cuestión principalmente bajo el ángulo de la segunda frase del art. 2 del Protocolo N° 1 (ver también *Appel-Irrgang et autres c. Allemagne* (dec.), N° 452106/07, 6 de octubre de 2009, CEDH).

60. Hay que, por lo menos, leer esta disposición a la luz no sólo de la primera frase del mismo artículo sino también sobre todo del art. 9 del Convenio (ver por ejemplo la sentencia *Folgero* citada) que garantiza la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, como también el de no adherir a ninguna religión, y que obliga a los Estados parte al “deber de neutralidad y de imparcialidad”.

En este sentido, conviene recordar que los Estados tienen la misión de garantizar, permaneciendo neutros e imparciales, el ejercicio de diversas religiones, cultos y creencias. Su rol es el de contribuir a asegurar el orden público, la paz religiosa y la tolerancia en una sociedad democrática y sobre todo entre grupos opuestos (ver, por ejemplo, la sentencia *Leyla Sahin c. Turquie* [GC] del 10 de diciembre de 2005, N° 44774/98, CEDH 2005-XI, § 107). Esto concierne las relaciones entre creyentes y no creyentes como también a las relaciones entre los adeptos a diversas religiones, cultos y creencias.

61. La palabra “respetar” colocada en la segunda frase del art. 2 del Protocolo N° 1 significa más que reconocer o poner en consideración, además de un compromiso negativo, este verbo implica la responsabilidad del Estado de una determinada obligación positiva (sentencia *Campbell et Consans* citada, § 37).

Siendo así, las exigencias de la noción de “respeto” que también encontramos en el art. 8 del Convenio varían mucho de un caso a otro dada la diversidad de prácticas seguidas y de condiciones existentes en los Estados parte. De modo que implica que los diferentes Estados gozan de un amplio margen de apreciación para determinar, en función de las necesidades y recursos de la comunidad y de los individuos, las medidas que se deben tomar con el fin de asegurar el cumplimiento del Convenio. En el contexto del art. 2 del Protocolo N° 1 esta noción significa en particular que esta disposición no puede interpretarse como que autoriza a los padres el derecho de exigir al Estado que organice la enseñanza de un determinado modo (ver *Bulski c. Pologne* (déc.), nros. 46254/99 y 31888/02).

62 Conviene también recordar la jurisprudencia sobre el lugar que ocupa la religión en los programas escolares (ver esencialmente las sentencias *Kjelsen, Busk Madsen et Pedersen c. Danemark*, del 7 de diciembre de 1976, serie A N° 23, §§ 50-53, *Folgero*, citada § 84, y *Hasan et Eylem Zengin c. Turquie*, del 9 de octubre de 2007, N° 1448/04, CEDH 2007-XI, §§ 51-52).

Según esta jurisprudencia, la definición y la estructuración de los programas de estudio pertenece a la competencia de los Estados parte. No es de competencia, en principio, de la Corte pronunciarse sobre tales cuestiones de manera que la solución que se le pueda otorgar puede legítimamente variar según el país y las épocas.

En particular, la segunda frase del art. 2 del Protocolo N° 1 no impide a los Estados impartir a través de la enseñanza o la educación informaciones o conocimientos que contengan directamente o no un carácter religioso o filosófico; esta no autoriza tampoco a los padres a oponerse a la integración de tal enseñanza o educación en el programa escolar.

Por el contrario, desde el momento que ella apunta a salvaguardar la posibilidad de un pluralismo educativo implica que el Estado, en el ejercicio de sus funciones en materia de educación y enseñanza, cuide que las informaciones o conocimientos contenidos en los programas sean difundidas de manera objetiva, crítica y plural y que permita a los alumnos desarrollar un sentido crítico a instancias sobre todo del hecho religioso en una atmósfera serena, preservada de todo proselitismo. La misma le prohíbe impartir un adoctrinamiento que podría ser considerado como irrespetuoso de las convicciones filosóficas o religiosas de los padres. Es allí donde se sitúa el límite para los Estados (sentencias citadas en este mismo párrafo, §§ 53, 84 h) y 52 respectivamente).

b) Apreciación de los hechos de la causa a la luz de tales principios.

63. La Corte no comparte la tesis del Gobierno según la cual la obligación que pesa sobre los Estados parte en virtud de la segunda frase del art. 2 del Protocolo N° 1 se aplica únicamente sobre el contenido de programas escolares, de manera que la cuestión de la presencia del crucifijo en las aulas de clase de las escuelas públicas está fuera de su alcance de aplicación.

Si bien es cierto que en numerosos casos la Corte se ha pronunciado sobre esa disposición concerniente al contenido o aplicación de los programas escolares, ello no impide que, como la Corte ya lo ha resaltado, la obligación de los Estados parte de respetar las convicciones religiosas y filosóficas de los padres no vale solamente para el contenido de la instrucción y la manera de impartirla sino también se impone a ellos “en el ejercicio’ del conjunto de “funciones” –según los términos de la segunda frase del art. 2 del Protocolo N° 1– que asumen en materia de educación y de enseñanza (ver especialmente las sentencias *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen*, citadas, § 50, *Valsamis c. Grèce*, del 18 de diciembre de 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-VI, § 27, y *Hasan et Eylem Zengin*, citada, § 49, y *Folgero*, citada, § 84). Esto incluye sin ninguna duda, el arreglo del entorno escolar cuando el derecho interno prevé que esta función incumbe a las autoridades públicas.

Ahora bien, es en este marco que se inscribe la presencia del crucifijo en las aulas de las clases de los colegios públicos italianos (ver art. 118 del decreto real N° 965 del 30 de abril de 1924, 119 del decreto real N° 1297 del 26 de abril de 1928, 159 y 190 del decreto-ley N° 297 del 16 de abril de 1994, párrafos 14 y 19).

64. Desde un punto de vista general, la Corte estima que cuando el arreglo del ambiente escolar corresponde a la competencia de las autoridades públicas, hay que ver allí una función asumida por el Estado en el dominio de la educación y la enseñanza, en el sentido de la segunda frase del art. 2 del Protocolo N° 1.

65. Se deduce que, la decisión relativa a la presencia del crucifijo en las aulas de las escuelas públicas compete a las funciones asumidas por el Estado demandado en el dominio de la educación y de la enseñanza y cae por ese mismo hecho bajo el imperio de la segunda frase del art. 2 del Protocolo N° 1. Nos encontramos entonces en un dominio donde entra en juego la obligación del Estado de respetar el derecho de los padres de asegurar la educación y la enseñanza de sus hijos conforme a las convicciones religiosas y filosóficas.

66. Luego, la Corte considera que el crucifijo es antes que nada un símbolo religioso. Las jurisdicciones internas lo han igualmente resaltado y, además, el Gobierno acuerda con ello. Que la simbolización religiosa agote o no la significación del crucifijo no importan algo decisivo en esta etapa del razonamiento.

No hay en la Corte elementos que muestren la eventual influencia que la exposición de un crucifijo en las paredes de las aulas podría tener sobre los alumnos; no podríamos entonces afirmar razonablemente que tenga o no un efecto sobre los jóvenes cuyas convicciones no están aún arraigadas.

Podemos al menos comprender que la demandante pueda ver en la exposición de un crucifijo en las aulas de la escuela pública donde sus hijos estaban escolarizados una falta de respeto por parte del Estado del derecho de asegurar la educación y la enseñanza de estos conforme a sus convicciones filosóficas. Sin embargo, la percepción subjetiva de la demandante no es suficiente para configurar una violación del art. 2 del Protocolo N° 1.

67. Según el Gobierno la presencia del crucifijo en las aulas de las escuelas públicas, fruto de la evolución histórica de Italia, lo que le otorga una connota-

ción no sólo cultural sino también de identidad nacional, corresponde hoy a una tradición que el mismo juzga importante perpetuar. Agrega que más allá de su significación religiosa, el crucifijo simboliza los principios y valores que fundan la democracia y la civilización occidental, su presencia en las aulas está justificada por ello mismo.

68. Según la Corte, la decisión de perpetuar una tradición compete en principio según el margen de apreciación del Estado demandado. La Corte debe además tener en cuenta el hecho que Europa está caracterizada por una gran diversidad entre los Estados que la componen, sobre todo en plano de la evolución cultural e histórica. La misma señala asimismo que la evocación de una tradición no podría exonerar al Estado parte de su obligación de respetar los derechos y libertades consagrados por el Convenio y sus Protocolos.

Desde el punto de vista del Gobierno respecto a la significación del crucifijo la Corte constata que el Consejo de Estado y la Corte de Casación tienen al respecto posiciones divergentes y que la Corte Constitucional no se ha pronunciado (ver párrafos 16 y 23). Ahora bien, no le compete a la Corte tomar una posición en el debate entre las jurisdicciones internas.

69. Lo cierto es que los Estados parte gozan de un margen de apreciación cuando se trata de conciliar el ejercicio de las funciones que ellos asumen en el campo de la educación y de la enseñanza y el respeto al derecho de los padres de asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas (párrafo 61-62).

Esto se aplica tanto para el arreglo del entorno escolar como para la definición y confección de programas (ya señalado por la Corte: ver esencialmente, citadas, *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen*, §§ 50-53, *Folgero*, § 84, y *Zengin*, §§ 51-52; párrafo 62). La Corte debe entonces en principio respetar las elecciones de los Estados parte en sus campos e incluso el lugar que le den a la religión en la medida que esas elecciones no conduzcan a una forma de adoctrinamiento (ibídem).

70. La Corte deduce en el caso que la elección de la presencia del crucifijo en las aulas de las escuelas públicas compete en principio al margen de apreciación del Estado demandado. La circunstancia de una ausencia de consenso europeo sobre la cuestión de la presencia de símbolos religiosos en las escuelas públicas (párrafos 26-28) permite colocar este caso dentro del margen apreciación.

Este margen de apreciación va de la mano de un control europeo (ver, por ejemplo, *mutatis mutandi*, *Leyla Şahin*, citada, § 110), la tarea de la Corte consiste en asegurar que el límite mencionado en el párrafo 69 citado no ha sido transgredido.

71. En este sentido, es verdad que al prescribir la presencia del crucifijo en las aulas de clase de las escuelas públicas –el cual, se le reconoce o no por demás un valor simbólico-laico, remite indudablemente al cristianismo- el reglamento otorga a la religión mayoritaria del país un lugar preponderante en el ámbito escolar.

Asimismo esto no es suficiente en sí para caracterizar un enfoque de adoctrinamiento por parte del Estado demandado y para establecer una falta a las prescripciones del art. 2 del Protocolo N° 1.

La Corte se remite en este punto, *mutatis mutandis*, a las sentencias *Folgero* y *Zengin* citadas. En el caso *Folgero*, el Tribunal, al examinar el contenido del programa de un curso de “Cristianismo, religión y filosofía” (“KRL”), consideró que el hecho que tal programa otorgaba una muy larga parte al conocimiento del cristianismo más que a otras religiones y filosofías no por ello significaba traspasar los límites de los principios del pluralismo y de la objetividad considerándolo como un adoctrinamiento. La Corte precisó que, visto el lugar que ocupa el cristianismo en la historia y en la tradición del Estado demandado –Noruega– tal cuestión compete al margen de apreciación por el cual el Estado puede definir y extender el programa de estudios (sentencia citada, § 89). Del mismo modo llegó a una conclusión similar en el contexto de un curso de “cultura religiosa y conocimiento moral” impartido en las escuelas de Turquía en los que el programa otorgaba una gran parte al conocimiento del Islam, en base a que la religión musulmana es la mayoritariamente practicada en Turquía, no obstante el carácter laico del Estado (sentencia *Zengin* citada, § 63).

72. Además, el crucifijo expuesto sobre una pared es un símbolo esencialmente pasivo, y tal aspecto es importante a los ojos de la Corte, visto en particular el principio de neutralidad (párrafo 60 ut supra). No puede atribuírsele una influencia sobre los alumnos comparable a que le puede generar un discurso didáctico o la participación en actividades religiosas (ver en este punto las sentencias *Folgero* y *Zengin* citadas, §94 y § 64, respectivamente).

73. La Corte observa que, en la sentencia del 3 de noviembre de 2009, la Sala había, a la inversa, sostenido la tesis según la cual la exposición del crucifijo en las aulas de clase tendría un impacto notable sobre el segundo y tercer demandante, de doce y trece años en la época de los hechos. Según la Sala, en el contexto de la educación pública, el crucifijo, que es imposible no notarlo en el aula, es necesariamente percibido como parte integrante del ambiente escolar y puede por ello ser considerado como un “signo exterior fuerte” en el sentido de la decisión *Dahlab* citada (ver los párrafos 54 y 55 de la sentencia).

La Gran Sala no comparte este enfoque. Por el contrario estima que las circunstancias de ambos casos eran totalmente diferentes por lo que *Dahlab* no es apropiada para fundamentar esa solución.

La Sala consideró en efecto que en el asunto *Dahlab* concerniente a la prohibición impuesta a una institutriz de llevar el velo islámico en el marco de su actividad de enseñanza, interdicción que se motivó por la necesidad de preservar los sentimientos religiosos de los alumnos y de sus padres y de aplicar el principio de neutralidad confesional de la escuela consagrado en el derecho interno. Después de observar que las autoridades habían debidamente puesto en una balanza los intereses en juego, la Corte juzgó, en vista de la corta edad de los niños donde la demandante ejercía, que las autoridades no habían traspasado el margen de apreciación.

74. También, los efectos que la mayor visibilidad por la presencia del crucifijo se otorga al cristianismo en el espacio escolar merece sin embargo ser relativizado teniendo en cuenta los siguientes elementos. Por un lado, tal presencia no se asocia a una enseñanza obligatoria del cristianismo (ver los elementos del de-

recho comparado expuestos en la sentencia *Zengin* citada, § 33). Por otro lado, según las indicaciones del Gobierno, Italia abre paralelamente el espacio escolar a otras religiones. El Gobierno indica que el velo islámico llevado por alumnas u otros símbolos o vestimentas de connotación religiosa no están prohibidos, medidas previstas para facilitar la convivencia escolar y las prácticas religiosas no mayoritarias, el principio y fin del Ramadán son tenidas “como feriados” en la escuela y una enseñanza religiosa facultativa puede encontrar lugar en los establecimientos “para todas las confesiones religiosas reconocidas” (párrafo 39 ut supra). También, nada indica que las autoridades se muestren intolerantes con respecto a los alumnos de otras religiones, no creyentes o que poseen convicciones filosóficas que no pertenecen a ninguna religión.

Además, los demandantes no adujeron que la presencia del crucifijo en las aulas de clase había incitado un desarrollo de prácticas de enseñanza con connotación proselitista, ni tampoco el segundo y tercer demandante sostuvieron que habían sido expuestos a una clase con referencias tendenciosas hasta ese presente a través de los maestros en el ejercicio de sus funciones.

75. Por último, la Corte observa que la demandante ha conservado entero su derecho, en su calidad de madre, de iluminar y aconsejar a sus hijos, de ejercer hacia ellos sus funciones naturales de educación, y de orientarlos en una educación conforme a sus propias convicciones filosóficas (ver las citadas sentencias *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen* y *Valsamis*, §§ 54 y 31 respectivamente).

76. Resulta entonces de lo que precede que la decisión de mantener los crucifijos en las aulas de clase de la escuela pública frecuentada por los hijos de la demandante, las autoridades han actuado dentro de los límites del margen de apreciación del que dispone el Estado demandado en el marco de su obligación de respetar, en el ejercicio de las funciones que asume en el campo de la educación y de la enseñanza, el derecho de los padres de asegurar tal educación y tal enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas.

77. La Corte deduce que no existe violación del artículo 2 del Protocolo N° 1 en el caso de la demandante. Luego considera que lo mismo se aplica en el caso sobre el terreno del art. 9 del Convenio.

2. *El caso del segundo y tercer demandante*

78. La Corte considera que, a la luz del art. 9 del Convenio y de la segunda frase del art. 2 Protocolo N° 1, la primera frase de tal disposición garantiza a los alumnos el derecho a la instrucción en el respeto de su derecho de creer o no creer. En consecuencia los alumnos defensores de la laicidad ven en la presencia del crucifijo en las aulas de clase de las escuelas públicas donde cursan un menoscabo de los derechos que se siguen de esas disposiciones.

Sin embargo, la Corte estima que, por las razones indicadas en el marco del examen del caso de la demandante, no existe violación del art. 2 del Protocolo N° 1 en el caso del segundo y tercer demandante. Considera también que no existe ninguna diferencia en el caso respecto al marco del art. 9 del Convenio.

II. SOBRE LA VIOLACIÓN ALEGADA DEL ARTÍCULO 14 DEL CONVENIO

79. Los demandantes estiman que, al estar el segundo y tercer demandante expuestos a los crucifijos colocados en las salas de las clases de la escuela pública en la cual estaban escolarizados y además siendo ellos no católicos, sufrieron una diferencia de trato discriminatorio en relación a los padres católicos y sus hijos. Subrayando que “los principios consagrados en los arts. 9 del Convenio y 2 del Protocolo N° 1 son reforzados por las disposiciones del art. 14 del Convenio”, ellos denuncian una violación de este último artículo en términos del cual:

“El goce de los derechos y libertades reconocidos en el (...) Convenio debe ser asegurado, sin distinción alguna, fundada en el sexo, la raza, el color, la lengua, la religión, las opiniones políticas o toda otra opinión, el origen nacional o social, la pertenecía a una minoría nacional, la fortuna, el nacimiento o toda otra situación”.

80. La Sala ha juzgado que de acuerdo a las circunstancias del caso y el razonamiento según el cual había constatado la violación del art. 2 del Protocolo N° 1 interpretado conjuntamente con el art. 9 del Convenio, sin embargo, en cuanto al art. 14 no podía afirmar lo mismo.

81. La Corte, al notar que tal reclamo está muy poco justificado, recordó que el art. 14 de la Convención no posee existencia independiente ya que se aplica sólo para el goce de los derechos y libertades garantizados en otras cláusulas normativas de la Convención y de los Protocolos.

Suponiendo que los demandantes desean poner fin a una discriminación en el goce de los derechos garantizados por los arts. 9 del Convenio y 2 del Protocolo N° 1 resultando del hecho que ellos no son católicos y que el segundo y tercer demandante han sido expuestos a los crucifijos que se encuentran en las aulas de clase de la escuela pública en la que se encuentran escolarizados, la Corte no advierte ninguna cuestión diferente de aquellas que se han analizado en el campo del art. 2 del Protocolo N° 1. Por lo tanto, no hay necesidad de examinar esta parte de la solicitud.

POR TALES MOTIVOS, LA CORTE,

1. Declara, por quince votos contra dos, que no existe violación del art. 2 del Protocolo N° 1 y que sucede lo mismo respecto al art. 9 del Convenio.
2. Declara, por unanimidad, que no es necesario examinar el reclamo respecto al artículo 14 del Convenio.

Hecho en francés y en inglés, pronunciado en audiencia pública en el Palacio de los Derechos Humanos, Estrasburgo, 18 de marzo de 2011.

Jean-Paul Costa, Presidente.
Erik Fribergh, Secretario.

A continuación se adjunta, conforme a los artículos 45 § 2 del Convenio y 74 § 2 del reglamento, la exposición de las siguientes opiniones:

- a) Opinión concordante del juez Rozakis a la que se une la juez Vajić.
- b) Opinión concordante del juez Bonello.
- c) Opinión concordante de la juez Power.
- d) Opinión disidente del juez Malinverni a la que se une la juez Kalaydjieva.

OPINIÓN CONCORDANTE DEL JUEZ ROZAKIS A LA CUAL SE UNE LA DE LA JUEZ VAJIĆ

La principal cuestión a resolver en el caso es el efecto de la aplicación del criterio de proporcionalidad a los hechos concretos. La proporcionalidad entre, por un lado, el derecho de los padres de asegurar la educación y la enseñanza de sus hijos conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas y, por otro lado, el derecho o interés de la sociedad a exponer los símbolos religiosos que manifiestan una religión o una convicción. Los dos valores concurrentes que se encuentran en juego en este caso son simultáneamente protegidos por el Convenio: a través del art. 2 del Protocolo N° 1 (*lex specialis*) leído a la luz del art. 9 del Convenio, aquello que concierne a los padres; y a través del art. 9 en el que se encuentran protegidos los derechos de la sociedad.

Respecto al derecho de los padres, la sentencia de la Corte señala que la palabra “respetar” colocada en la segunda frase del art. 2 del Protocolo N° 1 “significa más que reconocer o poner en consideración, además de un compromiso negativo, este verbo implica la responsabilidad del Estado de una cierta obligación positiva” (párrafo 61 de la sentencia). Sin embargo, el respeto a los padres, incluso sobre la forma de una obligación positiva, “no impide a los Estados impartir a través de la enseñanza o la educación informaciones o conocimientos que contengan directamente o no un carácter religioso o filosófico; esta no autoriza tampoco a los padres a oponerse a la integración de tal enseñanza o educación en el programa escolar” (párrafo 62 de la sentencia).

Esta última referencia a la jurisprudencia fundada sobre el Convenio merece ser analizada más en detalle. Incontestablemente, el art. 2 del Protocolo N° 1 consagra el derecho fundamental a la educación, un derecho individual sacro-santo –probablemente también puede ser considerado como un derecho social– que parece crecer constantemente en nuestras sociedades europeas. Sin embargo, si el derecho a la educación es una de las piedras angulares de la protección del individuo por el Convenio, no puede afirmarse en mi opinión con la misma fuerza el derecho subordinado de los padres de asegurar la educación de sus hijos conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas. Las cosas aquí son muy diferentes, y por un cierto número de razones:

- i) ese derecho, aunque vinculado con el derecho a la educación, no remite directamente al destinatario esencial del derecho, es decir, al destinatario de la educación, aquel que posee el derecho a ser educado. Este concierne a los padres –en los que el derecho a la educación no está en juego en las circunstancias del caso– y se limita a un solo aspecto de la educación, a salvaguardar “sus” convicciones religiosas y filosóficas.

- ii) sin duda existe una conexión evidente entre la educación que reciben los niños en el seno de la escuela y las ideas y opiniones religiosas y filosóficas –derivadas de convicciones– que prevalecen en el círculo familiar, un vínculo que requiere una cierta armonización de tales cuestiones entre el medio escolar y el círculo doméstico; sin embargo, Europa ha evolucionado de manera espectacular, en tal dominio como en otros, después de la adopción del Protocolo N° 1. En nuestros días, la mayoría de nosotros vivimos en sociedades multiculturales y multiétnicas en el seno de los Estados nacionales –característica hoy común a las sociedades– y los niños que crecen en esos ambientes están cada día en contacto con ideas y opiniones que provienen más allá de la escuela y de sus padres. Las relaciones humanas fuera del hogar parental y los medios modernos de comunicación contribuyen sin duda a tal fenómeno. En consecuencia, los niños están acostumbrados a recibir toda una variedad de ideas y de opiniones, a menudo en conflicto, por lo que la influencia de la escuela tanto como la de los padres en la materia ha sido hoy relativamente reducida.
- iii) la composición de nuestras sociedades ha cambiado, por lo que el Estado cada vez menos puede corresponder a los deseos individuales de los padres en el ámbito de la educación. Conviene decir que su principal preocupación –que es una preocupación de fondo– debería ser la de ofrecer a los niños una educación que garantice su plena y entera integración en el seno de la sociedad dónde viven, y de prepararlos lo mejor posible para responder de manera efectiva a las expectativas de esa sociedad de cara a sus miembros. Si esa característica de la educación no tiene nada de nuevo –ella es inmemorial– recientemente ha adquirido una importancia más marcada en razón de las particularidades de nuestra época y de la composición de las sociedades actuales. Sin embargo, las funciones del Estado se han desplazado bastante, deslizándose desde las preocupaciones de los padres hacia las preocupaciones de toda la sociedad, restringiéndose así la capacidad de los padres para determinar, más allá del medio familiar, el tipo de educación que desean otorgar a sus hijos.

En conclusión, me parece que, contrariamente a otras garantías consagradas por el Convenio para las cuales la jurisprudencia de la Corte otorga protección –tal es el caso del derecho a la educación– el derecho de los padres según la segunda frase del art. 2 del Protocolo N° 1 no parece que de manera realista pueda adquirir mayor protección o ganar peso cuando se lo coloca en balance a los fines del examen de proporcionalidad.

En el otro extremo, representado por el siguiente elemento de la ecuación de proporcionalidad, se encuentra el derecho de la sociedad, ilustrado por las medidas de las autoridades orientadas a mantener los crucifijos sobre las paredes de las escuelas públicas, de manifestar sus convicciones religiosas (mayoritarias). Tal derecho, en las circunstancias del caso, ¿prevalecería sobre el derecho de los padres de educar a sus hijos conforme a su religión –y más específicamente en este caso– a sus convicciones filosóficas?

Para responder, se debe interpretar la jurisprudencia de la Corte fundada sobre el Convenio y aplicarla a las circunstancias particulares del caso. La primera cuestión a resolver es la del consenso europeo. ¿Existe en la materia un consenso

europeo –sobre la exposición de los símbolos religiosos cristianos en las escuelas públicas– que debe determinar la posición de la Corte en este asunto?

La respuesta surge claramente de la sentencia misma de la Corte, en la parte que da una visión general del derecho y la costumbre de los Estados miembros del Consejo de Europa sobre la presencia de los símbolos religiosos en las escuelas públicas (párrafo 26 y sgtes.): entre los Estados europeos, no existe un consenso para prohibir la presencia de tales símbolos religiosos, ya que pocos Estados lo prohíben expresamente. Por supuesto, podemos observar una tendencia creciente a proscribir –especialmente a través de las decisiones de las altas jurisdicciones nacionales– la posibilidad de exponer los crucifijos en las escuelas públicas; sin embargo, el número de los Estados que han adoptado tales medidas de prohibición y la extendida actividad judicial interna en la materia, no le permite a la Corte presumir la existencia de un consenso contra tal exposición. Esto se explica particularmente si se tiene en cuenta el hecho que en Europa existe un cierto número de Estados donde la religión cristiana sigue siendo la religión oficial y predominante, e igualmente, como he señalado, por el hecho que ciertos Estados autoricen claramente, por su derecho y costumbre, la exposición de crucifijos en los lugares públicos.

Mientras nos referimos al consenso, conviene tener en cuenta que la Corte es una jurisdicción y no un órgano parlamentario. Cada vez que ésta comienza a apreciar los límites de la protección acordada por el Convenio, pone atención en cuidar el grado de protección existente a nivel de los Estados europeos; tiene la posibilidad de aumentar tal protección a un nivel superior de aquel que otorga tal o cual Estado demandado, pero con la condición sin embargo que existan sólidos indicios que atestigüen que un gran número de otros Estados europeos ya han adoptado tal grado de protección, o que existe una tendencia manifiesta a elevar el nivel de protección. Tal principio no puede de manera positiva aplicarse al caso, aún cuando haya comenzado una tendencia a favor de prohibir la exposición de los símbolos religiosos en las instituciones públicas.

Dado que en la materia la costumbre sigue siendo desigual entre los Estados europeos, las únicas indicaciones que pueden ayudar a la Corte a encontrar un justo equilibrio entre los derechos en juego emanan de su jurisprudencia anterior. Las palabras claves que surgen de aquella son “neutralidad e imparcialidad”. Como la Corte lo nota en la presente sentencia, “los Estados tienen la misión de garantizar, permaneciendo neutros e imparciales, el ejercicio de diversas religiones, cultos y creencias. Su rol es el de contribuir a asegurar el orden público, la paz religiosa y la tolerancia en una sociedad democrática y sobre todo entre grupos opuestos” (párrafo 60 in fine).

Considero que es innegable que la exposición del crucifijo en las escuelas públicas italianas constituye un simbolismo religioso que tiene un impacto sobre la obligación de neutralidad y de imparcialidad del Estado, aunque en la sociedad europea moderna los símbolos parecen gradualmente perder el peso tan importante que poseían en otras épocas y enfoques más pragmáticos y racionalistas definen hoy, para gran parte de la población, los verdaderos valores sociales e ideológicos.

La cuestión que se pone delante de este Tribunal consiste en saber no solamente si la exposición del crucifijo afecta a la neutralidad y a la imparcialidad, este es claramente el caso, sino más bien si el alcance de la transgresión justifica

una constatación de la violación del Convenio en las circunstancias del caso. Concluyo aquí –no sin algunas vacilaciones– por la negativa, suscribiendo por tanto al razonamiento principal de la Corte, y más particularmente a su enfoque concerniente al rol de la religión mayoritaria en la sociedad italiana (párrafo 71), el carácter esencialmente pasivo del símbolo, que no puede ser analizado como una forma de adoctrinamiento (párrafo 72), e igualmente el contexto educativo en el cual se sitúa la presencia del crucifijo sobre las paredes de las escuelas públicas. Como lo indica la sentencia, “por un lado, tal presencia no se asocia a una enseñanza obligatoria del cristianismo (...). Por otro lado (...) Italia abre paralelamente el espacio escolar a otras religiones. El Gobierno indica que el velo islámico llevado por alumnas u otros símbolos o vestimentas de connotación religiosa no están prohibidos, medidas previstas para facilitar la convivencia escolar y las prácticas religiosas no mayoritarias (...) y una enseñanza religiosa facultativa puede encontrar lugar en los establecimientos ‘para todas las confesiones religiosas reconocidas’” (párrafo 74). Demostrando una tolerancia religiosa que se expresa por un enfoque liberal permitiendo a todas las confesiones manifestar libremente sus convicciones religiosas en las escuelas públicas, tales elementos constituyen a mis ojos un factor crucial de “neutralización” del ámbito de aplicación simbólico de la presencia del crucifijo en las escuelas públicas.

Agrego igualmente que este enfoque liberal es el concepto mismo de “neutralidad”; que es la otra cara, por ejemplo, de una política que prohíba la exposición de todo símbolo religioso en un lugar público.

OPINIÓN CONCORDANTE DEL JUEZ BONELLO

1.1. Una Corte de Derechos Humanos no puede dejarse ganar por un Alzheimer histórico. No tiene derecho a ignorar la continuidad cultural del transcurso de una Nación a lo largo del tiempo, ni dejar de lado aquello que a lo largo de los siglos ha contribuido a modelar y definir el perfil de un pueblo. Ningún tribunal supranacional ha de sustituir con sus propios modelos éticos a aquellas cualidades que la historia ha imprimido a la identidad nacional. Una Corte de Derechos Humanos tiene el rol de proteger los derechos fundamentales, pero jamás sin perder de vista que: “las costumbres no son caprichos que pasan. Evolucionan con el tiempo, se solidifican a través de la historia para formar un cimiento cultural. Estas devienen símbolos extremadamente importantes que definen la identidad de las naciones, de las tribus, de las religiones y de los individuos”¹².

1.2. Una Corte europea no debe ser invitada a arruinar siglos de tradición europea. Ningún tribunal, y ciertamente esta Corte, puede robar¹³ a los italianos una parte de su personalidad cultural.

1.3. Antes de adherirnos a toda cruzada tendiente a demonizar el crucifijo, creo que debemos colocar en su justo contexto histórico la presencia de tal símbolo

¹²Marozzi, Justin, *The Man Who Invented History*, John Murray, 2009, p. 97.

¹³*N del T.*: La versión francesa dice aquí “ne doit voler” (hacer pedazos) y la inglesa “should rob”.

en el seno de las escuelas italianas. Durante siglos, prácticamente toda la educación impartida en Italia era realizada por la Iglesia, a través de sus órdenes y organizaciones religiosas y en mucho menor medida a través de otras entidades. Numerosas –incluso la mayoría– escuelas, colegios, universidades y otras instituciones de enseñanza de Italia fueron fundados, financiados o gestionados por la Iglesia, sus miembros o sus ramificaciones. Las grandes etapas de la historia han hecho de la educación y del cristianismo nociones prácticamente intercambiables; por ello, la presencia antigua del crucifijo en las escuelas italianas no tiene nada de impactante o sorpresa. En realidad, sería más bien su ausencia lo chocante o sorprendente.

1.4. Hasta hace muy poco, el Estado “laico” casi no se preocupaba por la educación, misión esencial que delegaba, por defecto, a las instituciones cristianas. Sólo de forma gradual el Estado comenzó a asumir las responsabilidades de educar a la población y de ofrecer otras alternativas al cuasi-monopolio religioso en la educación. La presencia del crucifijo en las escuelas italianas no hace más que testimoniar esa realidad histórica irrefutable y milenaria; casi se podría decir que el crucifijo se encuentra desde el mismo inicio de la escuela. Y ahora, un Tribunal en una caja de cristal a cientos de kilómetros de distancia, de la mañana a la noche, ha puesto su veto a aquello que ha sobrevivido a innumerables generaciones. La Corte ha sido invitada a hacerse cómplice de un acto mayor de vandalismo cultural. En mi opinión, William Faulkner ha tocado el corazón del problema: el pasado nunca está muerto. En realidad, nunca ha pasado¹⁴. Nos guste o no, los perfumes y las pestilencias de la historia nos acompañarán siempre.

1.5. Es una aberración y una falta de información¹⁵ afirmar que la presencia del crucifijo en las escuelas italianas testimonia una medida fascista reaccionaria impuesta, entre sorbo y sorbo de aceite de ricino¹⁶, por el Sr. Mussolini. Las circulares de Mussolini no han hecho otra cosa que colocar de manera formal una realidad histórica que ha nacido hace muchos siglos y que, no obstante la crítica virulenta anti-crucifijo lanzada por la Sra. Lautsi, podría sobrevivir por mucho más tiempo. El Tribunal siempre debe tener cautela cuando se toma libertades con la libertad de otros pueblos, como aquella de valorar su propia impronta cultural. Cualquiera que esta sea, tal es única. Las naciones no forman su historia con el impulso del momento.

1.6. El ritmo del calendario escolar italiano testimonia los vínculos históricos inextricables que existen en Italia entre la educación y la religión, enlaces persistentes que han sobrevivido durante siglos. Aún hoy, las escuelas trabajan durante las jornadas consagradas a los dioses paganos (Diane/Luna, Mars, Hercule, Jupiter, Vénus, Saturne) y descansa el domingo (domenica, el día del Señor). El calendario

¹⁴*Requiem pour une nonne*, 1951. (Requiem para una monja).

¹⁵*N. del T.*: las versiones originales dicen “une aberration et un manque d’information”, “uninformed nonsense” (ignorancia sin sentido).

¹⁶*N. del T.*: la metáfora literal dice “entre les gorgées d’huile de ricin”, “in between gulps of castor oil” que traducido significa entre sorbo y sorbo de un purgante y que en el contexto se entiende como si hubiese dado esa reglamentación “a las apuradas”.

escolar imita el calendario religioso, los días feriados se calculan según las fiestas cristianas, Pascuas, Navidad, Cuaresma, carnaval (carnevale, período en el que la disciplina religiosa permite consumir la vianda –no hacer ayuno de carne), la Epifanía, Pentecostés, la Asunción, *Corpus Christi*, el Adviento, Todos los Santos, el Día de todos los fieles difuntos: un ciclo anual que –es obvio– está desprovisto de laicidad mucho más que cualquier crucifijo en cualquier pared. Podría la Sra. Lautsi solicitar los servicios del Tribunal, en su propio nombre o en nombre de la laicidad, la eliminación del calendario escolar italiano, este otro elemento del patrimonio cultural cristiano que ha sobrevivido con el paso de los siglos sin que exista ninguna evidencia que ha habido un daño irreparable al progreso de la libertad, de la emancipación, de la democracia y de la civilización.

¿QUÉ DERECHOS? ¿LIBERTAD DE RELIGIÓN Y DE CONCIENCIA?

2.1. Las cuestiones planteadas en este caso han sido eludidas en razón de una deplorable falta de claridad y de definición. El Convenio se consagra a la protección de la libertad de religión y de conciencia (art. 9). Nada más que eso, obviamente, pero nada más ni nada menos que eso.

2.2. Paralelamente a la libertad de religión, hemos visto constituirse en las sociedades civilizadas un catálogo de valores notables (a menudo loables) que están relacionados con la libertad de religión pero que se distinguen de la misma: la laicidad, el pluralismo, la separación de Iglesia y Estado, la neutralidad confesional o la tolerancia religiosa. Todos esos valores representan materias primas democrática superiores hacia las cuáles los Estados parte son libres de adoptar o no, lo que de hecho muchos hacen. No son, sin embargo, valores protegidos por el Convenio¹⁷, y es un error fundamental hacer malabarismos con diferentes conceptos como si fuesen perfectamente intercambiables con la libertad de religión. Lamentablemente, la jurisprudencia de la Corte también ha dejado rastros en varios casos de ese desbordamiento que no tiene nada de riguroso.

2.3. El Convenio ha confiado a la Corte la tarea de hacer cumplir el respeto a la libertad de religión y de conciencia, pero no le ha otorgado el poder de constreñir a los Estados a la laicidad o de forzarlos a adoptar un régimen de neutralidad confesional. Corresponde a cada Estado optar o no por la laicidad y decidir si –y, en tal caso, en qué medida– tiene la intención de separar a la Iglesia de la esfera pública. Lo que el Estado no puede hacer es privar a alguien de su libertad de religión y de conciencia. Un abismo axiomático separa un concepto prescriptivo de otros conceptos no prescriptivos.

2.4. La mayor parte de los argumentos formulados por la demandante invitan a la Corte a garantizar la separación de Iglesia y de Estado y a asegurar un régimen de laicidad aséptico en el seno de las escuelas italianas. Para hablar sin ambigüedades, este no es asunto que le concierna a la Corte. Sólo le incumbe velar para que la

¹⁷N. del T.: Merece destacarse que la versión en inglés coloca en cursiva esta afirmación con las siguientes palabras: "But there not values protected by the Convention".

Sra. Lautsi y sus hijos gocen plenamente de su derecho fundamental a la libertad de religión y de conciencia, eso es todo.

2.5. El Convenio resulta muy útil, con su inventario detallado y exhaustivo qué es lo que significa realmente la libertad de religión y de conciencia, y haríamos bien en tener en cuenta estas limitaciones institucionales. Libertad de religión no significa laicidad. Libertad de religión no significa separación de Iglesia y de Estado. Libertad de religión no significa equidistancia en materia religiosa. Todas esas nociones son ciertamente seductoras, pero nadie hasta ahora ha nombrado a esta Corte para que sea ella misma la guardiana. En Europa, la laicidad es facultativa; la libertad de religión no.

2.6. La libertad de religión y la libertad de no tener religión consiste en realidad en el derecho de profesar libremente la religión que elija cada individuo, el derecho de cambiar libremente de religión, el derecho de no adherir a ninguna religión, y el derecho de manifestar su religión por los creyentes, el culto, la enseñanza y el adherente. El catálogo del Convenio se detiene aquí, muy lejos de defender el Estado laico.

2.7. El rol más modesto de la Corte consiste en determinar si la exposición en las escuelas públicas italianas de aquellos que algunos ven como un símbolo cristiano y otros como un objeto cultural, cualquiera de éstos que sea, atenta o de algún modo interfiere en el derecho fundamental de la Sra. Lautsi y sus hijos a la libertad de religión, tal como se encuentra definida por el mismo Convenio.

2.8. Creo que nadie podría, de manera convincente, esforzarse en sostener que la presencia de los crucifijos en las escuelas públicas italianas puede ofender la doctrina de la laicidad y la de separación de Iglesia y Estado. Al mismo tiempo, considero que nadie podrá argumentar de manera concluyente que la presencia de un crucifijo, de cualquier manera que sea, puede ofender al derecho de los miembros de la familia Lautsi de profesar cualquier religión que elijan, de cambiar de religión, de no adherir a ninguna o de manifestar sus creencias a través del culto, la enseñanza o las observancias, o de su derecho a rechazar de plano todo objeto que pueda considerarlo como una superstición.

2.9. Con o sin crucifijo sobre la pared de un aula escolar, los Lautsi gozan de la libertad de conciencia y de religión del modo más absoluto e ilimitado, tal como está definido por el Convenio. Es concebible que la presencia de un crucifijo en un aula escolar pueda ser percibida como una traición a la laicidad o una falla injustificable del régimen de separación de Iglesia y de Estado; tales doctrinas, sin embargo, que son atractivas y seductoras, no están prescritas en ninguna parte por el Convenio, y tampoco son elementos constitutivamente necesarios a la libertad de conciencia y a la libertad de religión. Corresponde a las autoridades italianas, y no a la Corte, a las que compete garantizar la laicidad si consideran que forma parte de la arquitectura constitucional italiana.

2.10. Dada las raíces históricas de la presencia del crucifijo en las escuelas italianas, retirarlo de allí dónde se encuentra discreta y pasivamente después de tantos

siglos, podría difícilmente ser considerado como un signo de neutralidad del Estado. Retirarlo constituiría una adhesión positiva y agresiva al agnosticismo o a la laicidad, nada más lejos que un acto neutro. Mantener un símbolo en aquellos lugares donde siempre ha estado no es un acto de intolerancia de los creyentes o de las culturas tradicionalistas. Descolocararlo sería un acto de intolerancia de los agnósticos y los laicistas (secularistas en inglés).

2.11. A través de los siglos, millones de niños italianos han sido expuestos a los crucifijos en las escuelas. Eso no ha convertido a Italia en un Estado confesional, ni a los italianos ciudadanos de una teocracia. Los demandantes no han presentado a la Corte ningún elemento que pruebe que las personas expuestas a los crucifijos han, de cualquier manera que sea, perdido su libertad total de manifestar sus creencias religiosas individuales y personales o su derecho de negar toda religión. La presencia de un crucifijo en las salas de clase no parece haber obstaculizado a ningún italiano en su libertad de creer o no creer, de adherir al ateísmo, al agnosticismo, al anticlericalismo, a la laicidad, al materialismo, al relativismo o a la irreligión doctrinaria, de abjurar, de apostatar, o de adherir al credo o a la “herejía” de su elección que le parezca suficientemente atrayente, con el mismo vigor y de la misma manera como otros adhieren libremente a una confesión cristiana. Si tales elementos de prueba hubieran sido presentados, habría con vehemencia votado a favor de la violación del Convenio.

¿QUÉ DERECHOS? ¿EL DERECHO A LA EDUCACIÓN?

3.1. El art. 2 del Protocolo N° 1 garantiza el derecho de los padres a que la enseñanza otorgada a sus hijos sea conforme a sus propias convicciones religiosas y filosóficas. La tarea de la Corte es controlar y garantizar el respeto de tal derecho.

3.2. La simple presencia silenciosa y pasiva de un símbolo en una sala de clase de una escuela italiana ¿corresponde a una “enseñanza”? ¿Pone ello obstáculo al ejercicio del derecho a garantizar? Lo busco, pero no veo cómo ello pueda ser así¹⁸. El Convenio prohíbe específica y exclusivamente toda enseñanza escolar que no sea adecuada a los padres por motivos religiosos, éticos o filosóficos. La palabra clave de esa norma es evidentemente “enseñanza”, y yo me pregunto en qué medida la presencia muda de un símbolo de la continuidad cultural europea podría ser analizada como una enseñanza, en el sentido de esta palabra no carente de ambigüedad.

3.3. En mi opinión, lo que el Convenio prohíbe, es todo adoctrinamiento, flagrante o insidioso, la confiscación agresiva de los jóvenes espíritus, el proselitismo invasivo, el establecimiento por el sistema educativo público de todo obstáculo a la confesión del ateísmo, del agnosticismo o la elección a favor de otra fe. La simple exposición del testimonio silencioso de un símbolo histórico, que forma parte incontestablemente del patrimonio europeo, no constituye una “enseñanza”,

¹⁸N. del T.: la versión en inglés dice “try hard as I might, I fail to see how”.

y no afecta seriamente al derecho fundamental de los padres a determinar aquella orientación religiosa, que en su caso, los hijos deben seguir.

3.4. Aunque admitamos que la simple presencia de un objeto mudo debe ser interpretada como una “enseñanza”, los demandantes no han respondido a la cuestión muy importante de la proporcionalidad –estrechamente relacionados con el ejercicio de los derechos fundamentales cuando están en conflicto con los derechos del otro– en otras palabras, el equilibrio que debe realizarse entre los diversos intereses concurrentes.

3.5. Los padres de treinta alumnos que se encuentran en un aula de clase italiana gozan del mismo derecho fundamental, garantizado por el Convenio, a que sus hijos reciban una enseñanza conforme a sus propias convicciones religiosas y filosóficas, derecho al menos equivalente del que gozan los niños Lautsi. Los padres de un solo alumno quieren una instrucción “sin crucifijo”, y los padres de los otros veintinueve alumnos, ejerciendo su no menos fundamental libertad de decisión, quieren una instrucción “con crucifijo”. Hasta ahora, no se ha encontrado ninguna razón para que la voluntad de los padres de un solo alumno deba prevalecer y la de los veintinueve restantes deba capitular. Los padres de estos veintinueve alumnos tienen un derecho fundamental, equivalente por su fuerza e intensidad, a que sus hijos reciban una enseñanza conforme a sus propias convicciones religiosas y filosóficas, tanto que sean favorables al crucifijo o simplemente indiferentes a él. La Sra. Lautsi no podrá arrogarse la autorización de aniquilar el derecho de los padres de los otros alumnos de la clase, los cuales desearían ejercer el mismo derecho por el que ella solicitó a esta Corte para inhibir a otros de su ejercicio.

3.6. La caza del crucifijo animada por la Sra. Lautsi no puede de ningún modo constituir una medida que permita asegurar la neutralidad en las aulas. Sería entonces hacer prevalecer la filosofía “hostil al crucifijo” de los padres de un solo alumno en relación a la filosofía “receptiva del crucifijo” de los padres de los otros veintinueve alumnos. Si los padres de un solo alumno reivindica el derecho de ver educar a su hijo en la ausencia del crucifijo, los padres de los restantes veintinueve alumnos deberían tener la posibilidad de reivindicar un derecho equivalente a la presencia del crucifijo, ya sea como símbolo cristiano tradicional o simplemente como recuerdo cultural.

PEQUEÑO APARTADO

4.1. Recientemente, la Corte ha sido apelada a determinar si una prohibición pronunciada por las autoridades turcas respecto a la difusión de la novela *Les onze mille verges*, de Guillaume Apollinaire, puede justificarse en una sociedad democrática. Esta novela sólo podría ser calificada como de pornografía violenta si contiene un gran desprecio por los principios morales contemporáneos¹⁹. Sin

¹⁹Wikipedia califica a esta obra como “novela erótica” en la cual el autor “explora todas las facetas de la sexualidad (...): sadismo alternado con masoquismo, ondinisme/scatophilie

embargo, la Corte rescató la difusión de este montón de obscenidades, con el pretexto que tal obra forma parte del patrimonio cultural europeo²⁰.

4.2. Hubiera sido muy extraño²¹, en mi opinión, que la Corte defendiera y rescatara este montón bastante mediocre de obscenidades nauseabundas fundándose sobre una vaga pertenencia del “patrimonio europeo”, y que al mismo tiempo negara el valor de patrimonio europeo a un emblema que para millones de europeos han reconocido a lo largo de los siglos como un símbolo intemporal de redención por el amor universal.

OPINIÓN CONCORDANTE DEL JUEZ POWER

Este caso plantea cuestiones concernientes al ámbito de aplicación de ciertas disposiciones del Convenio, y la rectificación que era a la vez necesaria y prudente por la Gran Sala de un cierto número de errores contenidos en la sentencia de la Sala. La corrección esencial reside en encontrar que la elección de la presencia de los crucifijos en las aulas de clase de las escuelas públicas pertenece, en principio, al margen de apreciación del Estado demandado (párrafo 70). En el ejercicio de su función de control, la Corte confirma su jurisprudencia anterior²² según la cuál la “visibilidad preponderante” en el ambiente escolar que un Estado puede conferir a la religión mayoritaria de un país no es suficiente en sí mismo para indicar un enfoque de adoctrinamiento por parte del Estado demandado y de allí deducir una infracción a las prescripciones del art. 2 del Protocolo N° 1 (párrafo 71).

La Gran Sala rectifica igualmente la conclusión más especulativa de la sentencia de la Sala (párrafo 55 de la sentencia de la Sala) relativa al riesgo “particularmente presente” que la exposición de un crucifijo puede ser perturbador emocionalmente para los alumnos de las religiones minoritarias o para aquellos que no profesan ninguna religión. Dado el rol crucial de la “prueba” en todo proceso judicial, la Gran Sala señala con razón que la Corte no dispone de elementos que muestren la eventual influencia que la exposición de un crucifijo en las paredes de las aulas podría tener sobre los alumnos (párrafo 66). Reconociendo al mismo tiempo que “puede (...) comprenderse” la impresión que la demandante señala de una falta de respeto de sus derechos, la Gran Sala confirma que la percepción subjetiva de la interesada no es suficiente para caracterizar una violación del art. 2 del Protocolo N° 1. La demandante puede sentirse ofendida por la presencia del crucifijo en las aulas, pero la existencia de un “derecho a no ser ofendido” no ha sido jamás reconocido en el marco del Convenio. En la reversión de la sentencia de la Corte, la Gran Sala no ha hecho otra cosa que confirmar una jurisprudencia constante (en particular en relación

con vampirismo, pedofilia con gerontofilia, onanismo con sexualidad grupal, saphisme con pédérastie, etc (...). La novela otorga una impresión de «alegría infernal». (...)).

²⁰*Akdaş c. Turquie*, N° 41056/04, 16 febrero 2010.

²¹*N. del T.*: la expresión literal es “quite bizarre”.

²²*Folgero et autres c. Norvège* [GC], N° 15472/02, § 89, CEDH 2007-VIII; ver igualmente *Hasan et Eylem Zengin c. Turquie*, N° 1448/04, § 63, CEDH 2007-XI.

con el art. 10) que ha reconocido que la “simple” ofensa no es algo contra lo cual un individuo pueda ser inmunizado por el derecho.

Sin embargo, el fallo de la Sala contiene otra conclusión fundamental, a mi entender errónea, respecto de la cual la Gran Sala no ha hecho comentarios por lo que merece que realicemos algunas aclaraciones. La Sala ha indicado con justo título que el Estado debe respetar la neutralidad confesional en el marco de la educación pública (párrafo 56 de la sentencia de la Sala). Pero a continuación ha concluido, de manera incorrecta, que tal deber exige que se prefiera a una ideología (o conjunto de ideas) por encima de todo otro punto de vista religioso y/o filosófico o de toda otra visión del mundo. La neutralidad reclama un enfoque pluralista, y no laico, por parte del Estado. Alienta el respeto de todas las visiones del mundo y no la preferencia por una sola. A mi entender, la sentencia de la Sala fue sorprendente en su falta de reconocimiento que la laicidad (convicción o visión del mundo preferida por la demandante) es, en sí, una ideología como otras. Preferir la laicidad a otras visiones del mundo –ya sean religiosas, filosóficas u otras– no sería una opción neutra. El Convenio exige que se respeten las convicciones de la demandante siempre que la educación y la enseñanza impartida a sus hijos se encuentren en juego. No exige que esas convicciones sean la opción preferida y aprobada en relación a todas las demás.

En su opinión separada, el juez Bonello señala que, en la tradición europea, la educación (y a mi entender los valores como la dignidad humana, la tolerancia y el respeto del individuo, sin los cuáles no podría haber ningún fundamento durable para la protección de los derechos humanos) en sus raíces, históricamente, se incluye en la tradición cristiana. Prohibir en las escuelas públicas, sin consideración de los deseos de la nación, la exposición de un símbolo representativo de esa tradición –...– y exigir que el Estado continúe un programa no más pluralista sino laico, corremos el riesgo de deslizarnos hacia el terreno de la intolerancia, noción contraria a los valores del Convenio.

Los demandantes alegan la violación de su derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. No veo ningún atentado a su libertad de manifestar sus convicciones personales. El criterio para determinar si existe una violación respecto al art. 9, no es la existencia de una “ofensa” sino la de una “coerción”²³. Este artículo no crea un derecho a no ser ofendido por la manifestación de las convicciones religiosas de otro, aún cuando el Estado confiera un “visibilidad preponderante” a esas convicciones. La exposición de un símbolo religioso no obliga ni constriñe a nadie a hacer o dejar de hacer algo. No exige un compromiso con alguna actividad cualquiera, aún cuando sea concebible que pueda llamar o estimular la discusión y el intercambio abierto de los puntos de vista. No impide a ningún individuo seguir aquello que le dicte su conciencia y no descarta toda posibilidad para él de manifestar sus propias convicciones e ideas religiosas.

La Gran Sala estima que la presencia del crucifijo es esencialmente un símbolo pasivo y considera que este aspecto reviste una gran importancia teniendo en cuenta el principio de neutralidad. Coincido con este enfoque de la Corte dado que el

²³*Buscarini et autres c. Saint-Marin* [GC], N° 24645/94, CEDH 1999-I; ver igualmente *Haut Conseil spirituel de la communauté musulmane c. Bulgarie*, N° 39023/97, 16 de diciembre de 2004.

símbolo, por su carácter pasivo, no es coercitivo. Debo sin embargo admitir que, en principio, los símbolos (ya sean religiosos, culturales u otros) son portadores de sentidos. Pueden permanecer silenciosos mientras se habla, y no por ello implicar coerción o adoctrinamiento. Los elementos incontestables donde intenta la Corte mostrar que Italia abre el espacio escolar a todo abanico de religiones y que nada indica que exista intolerancia hacia los alumnos no creyentes o que poseen conocimientos filosóficos que no se corresponden con ninguna religión. Se permite llevar el velo islámico. El inicio y fin del Ramadán son “feriados”. En este contexto de pluralismo y de tolerancia religiosa, un símbolo cristiano apoyado sobre un muro de un aula sólo representa otra visión diferente del mundo. La presentación a tener en cuenta de los diferentes puntos de vista es parte integrante del proceso educativo. Estimula el diálogo. Una educación realmente pluralista implica que los alumnos estén en contacto con una gama de ideas diferentes incluyendo aquellas que no son las propias. El diálogo es posible cuando se produce el intercambio sincero de ideas. Si se acompaña de un espíritu de apertura, de curiosidad, de tolerancia y de respeto, tal encuentro puede ayudar a una mejor claridad y representación, porque favorece el desarrollo del pensamiento crítico. La educación será disminuida si los alumnos no pueden confrontarse a diferentes visiones sobre la vida y no tendrán, en tal proceso, la posibilidad de aprender la importancia del respeto por la diversidad.

OPINIÓN DISIDENTE DEL JUEZ MALINVERNI A LA CUAL SE UNE LA DE LA JUEZ KALAYDJIEVA

1. La Gran Sala ha llegado a la conclusión que no existe violación del art. 2 del Protocolo N° 1 fundamentando que “la elección de la presencia del crucifijo en las aulas de las escuelas públicas compete en principio al margen de apreciación del Estado demandado” (párrafo 70; ver también el párrafo 69).

Me resulta difícil seguir esa argumentación. Útil o conveniente, la teoría del margen de apreciación es una técnica de una manipulación delicada, porque la amplitud de ese margen depende de un gran número de parámetros: derecho en cuestión, gravedad de la afectación, existencia de un consenso europeo, etc. La Corte ha asimismo afirmado que “la amplitud del margen de apreciación no es igual para todos los casos ya que varía en función de su contexto (...). Entre los elementos pertinentes encontramos la naturaleza del derecho convencional en juego, su importancia para el individuo y el tipo de actividades relacionadas”²⁴. La justa aplicación de tal teoría es en función de la importancia respectiva que se le atribuye a los diferentes factores. La Corte había señalado que cuando el margen de apreciación es cerrado (estrecho o limitado), la sentencia conducirá seguramente a la constatación de una violación del Convenio; al contrario, cuando es alargado, el Estado demandado por lo general será el que se beneficie.

En el presente caso, fundándose principalmente en la ausencia de consenso europeo la Gran Sala ha sido autorizada a invocar la teoría del margen de apreciación (párrafo 70). En este sentido, comparto que la presencia de símbolos

²⁴Buckley c. Royaume-Uni, 25 de septiembre 1996, § 74, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-IV.

religiosos en las escuelas públicas se encuentra expresamente permitido –además de Italia– en un número muy restringido de Estados miembros del Consejo de Europa (Austria, Polonia, en ciertas *Länder* de Alemania; párrafo 70). Por el contrario, en la gran mayoría de los Estados tal cuestión no ha sido objeto de reglamentación específica. Me parece difícil, en estas condiciones, llegar de este estado de los hechos a conclusiones seguras en cuanto al consenso europeo.

En cuanto a la reglamentación relativa a tal cuestión, la presencia de los crucifijos en las escuelas públicas italianas reposa sobre una base legal extremadamente falible: un decreto real muy antiguo de 1860, una circular fascista de 1922, y dos decretos reales de 1924 y 1928. Son textos muy antiguos, que no han emanado del Parlamento, por lo que se encuentran desprovistos de toda legitimidad democrática.

Me parece por el contrario muy importante que, algunas instancias judiciales han sido apeladas a pronunciarse sobre tal cuestión, y las cortes supremas o constitucionales europeas cada vez más y sin excepción hacen prevalecer el principio de la neutralidad confesional del Estado: la Corte constitucional alemana, el Tribunal Federal Suizo, la Corte Constitucional polaca y, en un contexto ligeramente diferente, la Corte de Casación italiana (párrafos 28 y 23).

Cualquiera que sea, una cosa es cierta: la teoría del margen de apreciación en ningún caso dispensa a la Corte de ejercer sus funciones que le incumben en virtud del art. 19 del Convenio, que es asegurar el respeto de los compromisos asumidos por los Estados del Convenio y sus Protocolos. Según la segunda frase del art. 2 del Protocolo N° 1 ha creado una carga para los Estados de una obligación positiva de respetar el derecho de los padres de asegurar la educación de sus hijos conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas.

Semejante obligación positiva se deduce del verbo “respetar” contenido en el art. 2 del Protocolo N° 1. Como lo nota a justo título la Gran Sala, “significa más que reconocer o poner en consideración, además de un compromiso negativo, este verbo implica la responsabilidad del Estado de una determinada obligación positiva” (párrafo 61). Tal obligación positiva puede igualmente deducirse del art. 9 del Convenio el cual puede interpretarse como la carga para los Estados de una obligación positiva de crear un clima de *tolerancia* y de *respeto mutuo* en el seno de su población.

¿Podemos entonces afirmar que los Estados realizan verdaderamente esa obligación positiva aunque sólo tengan en consideración las creencias de la mayoría? Además, el margen de apreciación ¿posee la misma amplitud cuando las autoridades nacionales realizan la *obligación positiva* teniendo simplemente una obligación *de abstención*? No creo que sea así. Considero por el contrario que cuando los Estados poseen obligaciones positivas, su margen de apreciación disminuye.

De todos modos, según la jurisprudencia, el margen de apreciación va de la mano con un control europeo. La tarea de la Corte consiste entonces en asegurar que el límite del margen de apreciación no sea traspasado. En el presente caso, mientras se reconoce que en la reglamentación que prescribe la presencia de crucifijos en las aulas de las escuelas públicas se otorga a la religión mayoritaria una visibilidad preponderante en el ambiente escolar, la Gran Sala advierte que “ello no es suficiente sin embargo para poder afirmar una infracción al art. 2 del Protocolo N° 1”. No comparto tal punto de vista.

2. Vivimos actualmente en una sociedad multicultural, en la cual la protección efectiva de la libertad religiosa y del derecho a la educación requieren una estricta *neutralidad* del Estado en la enseñanza pública, esforzándose en favorecer el pluralismo educativo como elemento fundamental de la una sociedad democrática tal como la concibe el Convenio²⁵. El principio de neutralidad del Estado por otro lado ha sido expresamente reconocido por la misma Corte Constitucional italiana, para la cual el mismo se deduce del principio fundamental de igualdad de todos los ciudadanos y de la prohibición de toda discriminación por lo que el Estado debe adoptar una actitud de imparcialidad respecto a las creencias religiosas²⁶.

La segunda frase del art. 2 del Protocolo N° 1 implica que en el desarrollo de las funciones que asume en materia de educación y de enseñanza, el Estado cuide a tal fin que los conocimientos sean difundidos de manera objetiva, crítica y pluralista. La escuela debe ser un lugar de encuentro de diferentes religiones y convicciones filosóficas, donde los alumnos puedan adquirir los conocimientos de sus pensamientos y tradiciones respectivas.

3. Tales principios son válidos no solamente para la elaboración y la planificación de los *programas escolares*, que no están siendo cuestionados en el caso, sino igualmente para el *ambiente escolar*. El art. 2 del Protocolo N° 1 precisa bien que el Estado respetará el derecho de los padres de asegurar la educación y la enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas en el ejercicio de *sus funciones* (en inglés: *any functions*) que el mismo asumen en el campo de la educación y de la enseñanza. Así el principio de neutralidad confesional del Estado vale no solamente para el *contenido* de la enseñanza, sino también para *todo el sistema educativo*. En el caso *Folgero*, la Corte había señalado a justo título que el deber que incumbe a los Estados en virtud de tal disposición “es de aplicación extendida porque debe velar por el *contenido* de la instrucción y la manera de impartirla en el ejercicio de *todas las ‘funciones’* asumidas por el Estado”²⁷.

Tal punto de vista es igualmente compartido por otras instancias, tanto internas como internacionales. Así, en su Observación General N° 1, el Comité de los Derechos del Niño ha afirmado que el derecho a la educación se refiere “no solamente al contenido de los programas escolares, sino también al proceso educativo, a los métodos pedagógicos y al *medio* en el cual la educación es impartida, ya sea una casa, la escuela o algún otro lugar”²⁸. Y el Comité de las Naciones Unidas agrega que “el *mismo medio escolar* debe (...) ser el lugar donde se expresa la libertad y el espíritu de comprensión, de paz, de tolerancia,

²⁵*Mannoussakis et autres c. Grèce*, 26 de septiembre de 1996, § 47, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-IV; *Kokkinakis c. Grèce*, 25 de Mayo de 1993, § 31, série A N° 260-A.

Corte Constitucional italiana, sentencia N° 508/2000.

²⁷*Folgero et autres c. Norvège* [GC], N° 15472/02, CEDH 2007-VIII. La cursiva es nuestra.

²⁸Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 1, 4 de abril 2001, “Los fines de la educación”, § 8. La cursiva es nuestra.

de igualdad entre los sexos y de amistad entre todos los pueblos y grupos étnicos, nacionales y religiosos”²⁹.

La Corte Suprema de Canadá ha notado que el ambiente en el cual la enseñanza es impartida hace parte integrante de una educación libre de toda discriminación: “En orden a asegurar un *ambiente* educativo libre de toda discriminación, *el medio* debe propiciar a todos el mismo trato y fomentar una total participación”³⁰.

4. Los *símbolos religiosos* forman parte incontestablemente del ambiente escolar. Como tales no pueden contradecir el deber de neutralidad del Estado e incidir sobre la libertad de religión y el derecho a la educación. Ello es así además porque el símbolo religioso se impone a los alumnos, aún contra su voluntad. Como lo ha notado la Corte Constitucional alemana en su célebre sentencia: “Ciertamente, en una sociedad que hace lugar a convicciones de diferentes religiones, el individuo no tiene derecho a oponerse de otras manifestaciones de fe, actos de culto o símbolos religiosos. Esto sin embargo debe distinguirse de la situación creada por el Estado cuando el individuo es expuesto sin posibilidad de escapar a la influencia de una fe particular, por actos a través de los cuales se manifiesta o por los símbolos que la representan”³¹. Este punto de vista es compartido por otras cortes supremas o constitucionales.

Asimismo, el Tribunal Federal suizo ha notado que el deber de neutralidad confesional al cual se encuentra obligado el Estado reviste una importancia particular en las escuelas públicas, especialmente donde la enseñanza pública es obligatoria. Agregó que, garante de la neutralidad confesional de la escuela, el Estado no puede manifestar, en el marco de la enseñanza, su propia adhesión a una determinada religión, sea mayoritaria o minoritaria, ya que debe evitar que ciertas personas se sientan heridas en sus convicciones religiosas por la presencia constante en la escuela de un símbolo de una religión a la cual no pertenecen³².

5. El *crucifijo* es sin duda un símbolo religioso. Según el gobierno demandado, cuando se encuentra en un ambiente escolar, el crucifijo siendo un símbolo de origen religioso a partir de ahora representa a valores laicos, tales como la tolerancia y el respeto mutuo. Cumplirá una función simbólica altamente educativa, independientemente de la religión profesada por los alumnos, porque es la expresión de una civilización entera y de valores universales.

Según mi opinión, la presencia del crucifijo en las aulas se entiende más allá del uso de símbolos en un contexto histórico específico. La Corte ha por otro lado juzgado que el carácter tradicional de un texto utilizado por los parlamen-

²⁹*Idem*, §19. La cursiva es nuestra.

³⁰Corte Suprema de Canadá, *Ross v. New Brunswick School District N° 15*, § 100.

³¹Corte Constitucional alemana, BVerfGE 93, I 1 BvR 1097/91, sentencia del 16 de mayo de 1995, § C (II) (1), traducción no oficial.

³²Tribunal Federal suizo, ATF 116 la 252, *Comune di Cadro*, sentencia del 26 de septiembre 1990, cons. 7.

tarios para prestar juramento no priva a éste de su naturaleza religiosa³³. Como lo ha resaltado la sala, la libertad negativa de religión no se limita a la ausencia de servicios religiosos o de enseñanza religiosa. Se extiende igualmente a los símbolos que expresan una creencia o religión. Tal libertad negativa merece una protección particular cuando es el Estado el que expone un símbolo religioso y los individuos son colocados en una situación de la que no se pueden excusar³⁴. Aún admitiendo que el crucifijo puede tener una pluralidad de significados, la significación religiosa es predominante. En el contexto de la educación pública, es necesariamente percibido como parte integrante del ambiente escolar y puede también ser considerado como un signo exterior fuerte. Constatamos que la misma Corte de casación italiana ha rechazado la tesis según la cual el crucifijo simbolizaría un valor independiente de una confesión específica (párrafo 67).

6. La presencia del crucifijo en las escuelas tiene la capacidad de infringir la libertad de religión y el derecho a la educación de los alumnos del mismo modo como los signos de vestimenta con connotación religiosa, como por ejemplo el velo islámico. En esta última hipótesis, la enseñanza en cuestión puede en efecto prevalecer a su propia libertad de religión, que debe ser igualmente puesta en consideración, y que el Estado debe asimismo respetar. Los poderes públicos sin embargo, por el contrario, no pueden invocar tal derecho. Desde el punto de vista de la gravedad del alcance al principio de la neutralidad confesional del Estado, el mismo tiene un grado menor cuando los poderes públicos toleran el velo en la escuela que cuando este impone la presencia del crucifijo.

7. El impacto que puede producir la presencia del crucifijo en las escuelas es inconmensurable respecto a la influencia que puede ejercer su exposición en otros establecimientos públicos, como una sala de votación o un tribunal. En efecto, como lo ha señalado de manera pertinente la Sala, en las escuelas “el poder vinculante del estado impuesto a los espíritus que carecen todavía de la capacidad crítica que les permita tomar distancia en relación al mensaje derivado de una elección preferencial manifestada por el Estado” (párrafo 48 de la sentencia de la Sala).

8. En conclusión, una protección efectiva de los derechos garantizados por el art. 2 del Protocolo N° 1 y por el art. 9 del Convenio exige por parte del Estado que observe de la manera más estricta la neutralidad confesional. Tal no se limita a los programas escolares, sino que se extiende igualmente al “ambiente escolar”. La instrucción primaria y secundaria siendo obligatoria, no puede el Estado imponer a sus alumnos, contra su voluntad y sin que se puedan sustraer, un símbolo de una religión en la cual ellos no se reconocen. Al hacerlo, el Gobierno demandado ha violado el art. 2 del protocolo N° 1 y el art. 9 del Convenio.

³³*Buscarini et autres c. Saint-Marin* [GC], N° 24645/94, CEDH 1999-I.

³⁴*Lautsi c. Italie*, N° 30814/06, § 55, 3 de noviembre de 2009.

“EL VIRAJE PRODUCIDO POR LA CEDH EN EL CASO DEL CRUCIFIJO
EN LAS ESCUELAS PÚBLICAS DE ITALIA: LA PUESTA EN ESCENA DE DOS
MODELOS JURÍDICO-POLÍTICOS IRRECONCILIABLES”¹

DÉBORA RANIERI DE CECHINI²

Aclaraciones preliminares

La sentencia pronunciada el pasado 18 de marzo por la Gran Sala de la Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH) –en el caso *Lautsi y otros c. Italia*³– a través de la cual se consideró que la voluntad del Estado italiano de mantener los crucifijos en las aulas de las escuelas públicas no contradice el sistema del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, además de constituir un verdadero cambio o vuelta atrás en el rumbo que la jurisprudencia de esa Corte había emprendido en el fallo de noviembre de 2009⁴, ha puesto de manifiesto dos modos contrapuestos de concebir el orden jurídico-político, dos *forma mentis* que se nutren de principios cuya lógica conduce a consecuencias totalmente dispares.

Si bien tal pronunciamiento permite varias lecturas en diferentes niveles que podrían ir desde lo más superficial y técnico en el análisis de cada párrafo hasta un desentrañamiento hermenéutico que nos permita “leer entre líneas” aquello que no se dice explícitamente –quizá para tal fin los argumentos sin ambigüedades dados por la opinión concordante del juez Giovanni Bonello puedan servir de guía– también podríamos hacer un recorrido cronológico de los hitos jurídicos más importantes en el decurso del caso que nos lleve a constatar las similitudes y diferencias entre diferentes principios –a través de un método comparativo– que se hallan presentes en las discusiones de la intelectualidad europea desde hace varias décadas.

De allí que, previo recorrido por la historia del caso, intentaremos delimitar cuál es el trascendente cambio producido por esta sentencia que, a modo de síntesis, podrían centrarse en dos diferencias significativas⁵: en primer lugar, de

¹Comentario publicado también en *El Derecho*, Buenos Aires, martes 12 de abril de 2011, pp. 5-7.

²Abogada (UCA), profesora Pro-titular de Historia de la Cultura, Introducción al Derecho, Formación del pensamiento jurídico-político e Historia del Derecho (UCA), Miembro de la Academia de Ciencias Morales y Políticas (Instituto de Bioética), Miembro de la Corporación de Abogados Católicos.

³*Lautsi et autres c. Italie* [GC], N° 30814/06, CEDH, 18 mars 2011 (en adelante *Lautsi*, 2011).

⁴*Lautsi c. Italie*, N° 30814/06 (Sect. 2), CEDH, 3 novembre 2009 (en adelante *Lautsi*, 2009).

⁵Sin duda, la presente sentencia ofrece numerosos matices con consecuencias jurídicas importantes que merecerían ser analizados tales como las relaciones entre Estado y religión, especialmente en los países de tradición católica, como así también el aporte innegable que el cristianismo otorgó a la civilización europea, como ha indicado un historiador, “enume-

una sentencia con tenor “político” se pasó a una decisión con matices marcadamente jurídicos (tema que se encuadra en la cuestión del Estado laico, neutral y democrático y en la interpretación del constitucionalismo moderno); en segundo lugar, de una fundamentación subjetivista del derecho se trasladó el centro de la cuestión hacia un objetivismo realista (el tema concerniente aquí es el de la libertad de pensamiento y de conciencia).

Breve contextualización del caso

Si nos remontamos al inicio del problema, tendríamos que retrotraernos hacia ese conjunto de reclamos que hacia fines de la década del 90 se suscitaron contra las autoridades e instituciones públicas de Italia para solicitar –siempre bajo el argumento de la laicidad y neutralidad estatal– la remoción de los crucifijos presentes en las salas de votación electorales, los tribunales judiciales y las aulas de las escuelas públicas, solicitudes que algunas veces provenían de particulares pero que, en su gran mayoría, eran organizadas desde grupos no gubernamentales, tales como la *Unione Musulmani* y la *Unione degli atei e degli agnostici razionalisti* (UARR), esta última presente en el caso a analizar.

Lo cierto es que, a partir de una sentencia del 2000 –el caso Montagnana–, los diferentes tribunales⁶ –casi todas las clases de jurisdicciones tuvieron que expedirse al respecto (tribunales administrativos, civiles, Consejo de Estado, Corte de Casación y Constitucional)– comenzaron a rechazar con diferentes argumentos tales solicitudes orquestadas. Lo mismo sucedió con el caso *Lautsi* con la única diferencia de que, agotadas todas las instancias nacionales, el reclamo llegó a la Corte del Consejo de Europa. De allí que un hito ineludible en la comprensión de la problemática lo constituya el análisis de toda esa jurisprudencia, paso que de algún modo ha intentando dar la Gran Sala al detenerse extensamente en la transcripción de algunos párrafos de las decisiones provenientes del Tribunal Administrativo de Véneto y la sentencia del Consejo de Estado en el apartado dedicado a los hechos⁷. Esta firme decisión de las autoridades judiciales fue

rar y considerar el sentido de los componentes de la cultura europea debido al espíritu del cristianismo constituye una tarea inabarcable; su ineludible consideración histórica requeriría un elevado número indeterminado de volúmenes”, Negro Pavón, Dalmacio, “Lo que debe Europa al cristianismo”, *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, Año LV, Nº 80, Madrid, 2003, 289-343.

⁶Las sentencias que los tribunales italianos han dado a lo largo de la última década sobre el tema, exceptuando las relacionadas con *Lautsi*, fueron: Corte di Cassazione, Quarta Sezione Penale, Sentenza 01 marzo 2000, n. 439; Tribunale Civile di Bologna, Prima Sezione, Ordinanza 24 de marzo 2005; Tribunale Penale di Padova, Sentenza 14 giugno 2005; Sentenza 23 luglio 2003, n. 8128; Tribunale Civile di L’Aquila, Ordinanza 23 ottobre 2003; Tribunale di Napoli, X Sezione Civile, Ordinanza 26 marzo 2005; Tribunale Civile dell’Aquila, Ordinanza 31 marzo 2005; Corte di Cassazione, Sezione III Penale, Ordinanza 18 novembre 2005; TAR Lombardia, Sezione di Brescia, Sentenza 22 maggio 2006, n. 603; Tribunale Civile di Terni, Ordinanza 24 giugno 2009; Tribunale Amministrativo del Lazio, Sez. III Bis; Tribunale Amministrativo Marche, Sezione I, Sentenza 22 marzo 2006, n. 94; Corte Costituzionale, Ordinanza 24 marzo 2006, n. 127; Consiglio Superiore della Magistratura, Ordinanza 23 novembre 2006; Corte di Cassazione, Sezione Sesta Penale, Sentenza 10 luglio 2009, n. 28482.

⁷Cfr. *Lautsi*, 2011, párrafos 15 y 16.

incluso reforzada por directivas ministeriales concretas que ordenaban asegurar tal presencia del símbolo⁸.

El nudo de la cuestión, más allá algunas diferencias entre esos pronunciamientos, consistió en dilucidar si las reglamentaciones que colocaban al crucifijo como elemento obligado en las aulas escolares eran compatibles con la laicidad estatal que, a criterio de los demandantes, constituiría un valor amparado por la Constitución italiana, secularidad que es asociada por sus defensores a “tolerancia, neutralidad y no discriminación”. Conviene destacar aquí que la fundamentación del reclamo ha adolecido de cierta pobreza argumental, ya que, so pretexto de neutralidad estatal, se adujo el derecho a “no ser perturbado emocionalmente”, encuadrándose tal supuesto derecho –según los reclamantes– en la libertad de pensamiento y conciencia como en el derecho de los padres de educar a sus hijos en sus propias convicciones, derechos amparados por los arts. 9 del Convenio y 2 del Protocolo N° 1 como así también el de no discriminación del art 14 del Convenio.

El segundo momento de ese recorrido lo constituye la sentencia dada por 7 jueces de la CEDH por unanimidad el 3 de noviembre de 2009. Allí la Corte hizo lugar al reclamo respecto al encuadre en la libertad de pensamiento y derecho de los padres de educar a sus hijos conforme a sus convicciones, con el reiterado argumento de la obligatoriedad por parte del Estado de ser “laico, aconfesional y neutral” y rechazó el pedido respecto al art 14 del Convenio. Esta sentencia suscitó en la doctrina jurídica un fuerte rechazo e incluso la realización de sendas Jornadas con juristas que intentaron comprender el por qué de tal pronunciamiento⁹. Las críticas no pudieron pasar inadvertidas –durante semanas la noticia de la sentencia ocupó los titulares o primeras planas de los principales diarios de Europa– especialmente por las múltiples contradicciones que presentaba la resolución del Tribunal.

Así la doctrina señaló que, además de los errores formales, como por ejemplo una cita inexistente de un fallo anterior de la Corte¹⁰, o la omisión a toda una doctrina consolidada por el Tribunal como es la del “margen de apreciación estatal” en casos análogos, la principal refutación consistió en afirmar que el tribunal se

⁸Cfr. Directiva del Ministerio de Educación, Universidad e Investigación N° 2666, transcrita en *Lautsi*, 2011, párrafo 24.

⁹Cfr. Ruotolo, Marco, “La questione del crocifisso e la rilevanza della sentenza della Corte europea dal punto di vista del diritto costituzionale”, en *Convegno “Crocifisso ‘di Stato’ e rispetto della libertà personale. Riflessioni a margine della sentenza della Corte europea dei diritti dell’uomo”*, Università degli Studi di Camerino, 13 gennaio 2010; ver especialmente “Valori e diritto. Il caso del crocifisso”, Roma, 23 de giugno de 2010, Tavola rotonda promossa in occasione dell’inminente sentenza della Corte europea dei diritti dell’uomo di Strasburgo sull’esposizione dei crocefissi negli enti pubblici italiani.

¹⁰“...la única vez que la sentencia cita un principio general seguido de la cita jurisprudencial, es en relación a *Folgero*. Así afirma: «En el contexto de la enseñanza, la neutralidad deberá garantizar el pluralismo», y menciona el párrafo 84 de la sentencia *Folgero*. Pero «neutralidad» no aparece en dicho párrafo”, Borrego, Javier, “Estrasburgo y el crucifijo en las escuelas”, *El Mundo*, 17 de diciembre de 2009.

estaba arrogando la potestad de imponer a un Estado-parte un modelo concreto de organización política: el de un Estado “laico, neutro y antirreligioso”¹¹.

El tercer momento relevante fue la apelación a la Gran Sala presentada por el Estado italiano el 28 de enero de 2010¹², como así también la audiencia pública realizada el 30 de junio en la que las partes presentaron sus argumentos¹³. Al mismo tiempo, durante ese medio año se produjeron varias reacciones contrarias a la sentencia en toda Europa¹⁴, tales como la queja hacia la Corte en ocasión de la *Declaración Interlaken*¹⁵, la presentación como *amicus curiae* de varias organizaciones, entre ellas, *European Centre for Law and Justice* que a través de un extenso alegato defendió al gobierno italiano¹⁶; también 20 Estados europeos manifestaron su expreso rechazo y 10 de ellos se presentaron como terceros intervinientes¹⁷.

Por último, el caso ha tenido su cierre jurisdiccional definitivo en el pronunciamiento que comentamos, el cual tampoco ha pasado desapercibido, ya sea por ser la primera vez que la *Grande Chambre* revierte por una gran mayoría (15 contra 2) un fallo unánime de la instancia inferior¹⁸, como también por las múltiples consecuencias jurídicas que se seguirían de la misma, especialmente para el resto de Europa cuyos estrados judiciales han ido recibiendo reclamos

¹¹Se ha señalado que el Estado “antirreligioso” es aquel que “parte del principio según el cual la religión constituye un obstáculo para el normal desarrollo de los fines políticos del Estado”, Ziulu, Adolfo G., “Las relaciones entre el Estado y la Iglesia”, LL-1991-E, 1527.

¹²Repubblica Italiana, Ministero degli Affari Esteri, “*Lautsi c. Italia*”, Saisine de la Grande Chambre, Roma, 28 de enero de 2010. Un análisis sobre los argumentos del Estado italiano hemos realizado en “Notable reacción europea ante otro intento laicista. El crucifijo en las escuelas italianas y la Corte de Estrasburgo (a propósito de la sentencia ‘*Lautsi c. Italy*’”, en *Prudentia Iuris*, Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina, 68-69/2010, también en *Ius Publicum* 26/2011, 53-78.

¹³Esta audiencia pública puede verse en el sitio del Consejo de Europa www.echr.coe.int.

¹⁴Cfr. Le Nir, Anne, “Les Italiens ne veulent pas se séparer des crucifix à l’école”, en *La Croix*, 4 de noviembre de 2009, y Puppink, Grégor, “Europa y el crucifijo. Una alianza contra el laicismo”, en *L’osservatore romano*, N° 31, edición en lengua española, domingo 1 de agosto de 2010, 5-7.

¹⁵Cfr. Discours du Président de la Cour européenne des droits de l’homme, *Conférence d’Interlaken*, 18 et 19 février 2010. Durante esta conferencia ministerial organizada en Suiza, los 47 Estados miembros del Consejo de Europa a través de una declaración conjunta establecieron medidas para asegurar la sobrevivencia de la Corte y entre los principales reclamos se mencionó la sentencia de *Lautsi* 2009, cfr. “Por la reforma de la Corte Europea de Derechos Humanos”, 17 de febrero de 2010, en <http://www.swissinfo.ch>.

¹⁶Cfr. *ECLJ Legal memorandum*, April 2010, disponible en <http://www.eclj.org/Resources/lautsi/>.

¹⁷Cfr. *Lautsi*, 2011, párrafo. 47.

¹⁸Javier Borrego, ex-juez del Tribunal de Estrasburgo, afirma que «ha sido un éxito de la sociedad civil y de los Estados que se han personado como parte en el proceso...es una sentencia histórica, porque no es normal que una sentencia unánime de una sección del Tribunal sea revocada por una sentencia casi unánime de la gran sala. Se trata de algo excepcional y muy llamativo”, cfr. “Bajo el signo de la libertad. Reacciones ante la sentencia definitiva del Tribunal de Estrasburgo sobre el Crucifijo”, 24 de marzo de 2011, en <http://vael-valenciaeducaenlibertad>.

similares¹⁹. Conviene destacar lo sucedido en el Tribunal Constitucional austríaco que, una semana antes de esta sentencia, rechazó un pedido análogo a este caso, adelantándose a la Corte europea²⁰.

1. Desde una sentencia politizada ideológicamente hacia una sentencia jurídica

Uno de los principales cambios que pueden advertirse ante una primera lectura de ambos pronunciamientos es el traslado del eje o cuestión central que los jueces consideran capital para resolver el problema. Mientras que en *Lautsi*-2009 la centralidad para el Tribunal se hallaba en el denominado principio de “neutralidad e imparcialidad” del Estado, para los jueces de *Lautsi*-2011 el tema principal reside en analizar si en el caso concreto los demandantes han sido obstaculizados en su libertad de pensamiento y conciencia. Ambos enfoques conducen a soluciones totalmente diversas.

De este modo, consideramos que el primer pronunciamiento estuvo influenciado por cierta ideología, de matriz liberal, según la cual todo Estado debería ser “neutral” en lo moral y religioso. El tópico de “neutralidad” se ha mostrado en este caso en su misma falacia ya que si el Estado optase por retirar los crucifijos, estaría optando por el ateísmo de Estado. Abundante doctrina en la última década se ha encargado de mostrar que la “neutralidad” es un mito irrealizable ya que las normas jurídicas y las decisiones políticas consisten precisamente en ordenar las conductas humanas sociales de acuerdo a valores, principios y opciones morales²¹.

De allí que, por ejemplo, los treinta y tres miembros del Parlamento Europeo que se presentaron como terceros intervinientes consideraron que, “si la Gran Sala llegase a tomar la decisión de obligar a retirar los símbolos religiosos de las escuelas públicas, enviará un mensaje ideológico radical”²².

¹⁹También en América se han ido presentando casos similares; vid. Tribunal Constitucional del Perú. 22.3.2011.

²⁰Cfr. Verfassungsgerichtshof G 287/09-25, 9 März 2011, disponible en <http://www.vfgh.gv.at/>. Este caso ha estado muy vinculado a los efectos de la sentencia *Lautsi* 2009, ya que luego de ésta, un padre cuyo hijo pequeño concurría a un jardín de infantes situado en la Baja Austria, demandó judicialmente al Estado para que ordenase a la maternidad retirar los crucifijos de sus salas oponiéndose a la normativa de Austria, que, al igual que Italia, reglamenta los elementos del ambiente escolar. El Tribunal Constitucional rechazó la demanda, aclarando que tal decisión era firme más allá de lo que decidiese la CEDH, cfr. *Comunicado de Prensa de la Corte Constitucional de Austria* en Presseinformation: Anbringen des Kreuzes im Kindergarten ist nicht verfassungswidrig, 16 März 2011.

²¹ Cfr. Venter, François, “Can a Constitutional State really be secular?”, en *VIIIth World Congress of The International Association of Constitutional Law*, Atenas, 11-15 junio 2007; Olazabal, Eduardo, “La imposible neutralidad moral estatal”, en ED, 20 de abril de 2010, pp. 13-14; Koppelman, Andrew, “The Fluidity of Neutrality”, *Review of Politics*, 2004, pp. 633-648. -Ladeur, Karl-Heinz and Augsberg, Ino, “The Myth of the Neutral State: The relationship between state and religion in the face of new challenges”, en *German Law Journal*, Vol. 08, N° 2, pp. 143-152. Ver especialmente sobre la neutralidad como falacia argumental Wojtyczek, Krzysztof, “La neutralité religieuse de l’État et le droit constitutionnel”, en *VIIIth World Congress of The International Association of Constitutional Law*, Atenas, 11-15 junio 2007.

²² Cfr. *Lautsi*, 2011, párrafo 56.

También la cuestión de la laicidad fue defendida por la Corte en el 2009 entendiéndola como laicismo²³ el cual supondría que el Estado demandado debe adherir sí o sí organizarse a la manera de un Estado laico. Resulta en tal sentido atinada la afirmación al respecto realizada por el juez Giovanni Bonello al afirmar que “el Convenio ha confiado a la Corte la tarea de hacer cumplir el respeto a la libertad de religión y de conciencia, pero no le ha otorgado el poder de constreñir a los Estados a la laicidad o de forzarlos a adoptar un régimen de neutralidad confesional. Corresponde a cada Estado optar o no por la laicidad y decidir si –y, en tal caso, en qué medida– tiene la intención de separar a la Iglesia de la esfera pública”²⁴. Así en el exordio a sus argumentos afirma que “no le compete pronunciarse sobre la compatibilidad de la presencia del crucifijo en las aulas de las escuelas públicas con el principio de laicidad tal como se encuentra consagrado en el derecho italiano”²⁵. Del mismo, el voto concordante de la juez Ann Power afirma que “la sentencia de la Sala fue sorprendente en su falta de reconocimiento que la laicidad (convicción o visión del mundo preferida por la demandante) es, en sí, una ideología como otras. Preferir la laicidad a otras visiones del mundo –ya sean religiosas, filosóficas u otras– no sería una opción neutra. El Convenio exige que se respeten las convicciones de la demandante siempre que la educación y la enseñanza impartida a sus hijos se encuentren en juego. No exige que esas convicciones sean la opción preferida y aprobada en relación a todas las demás”²⁶.

El modo como la CEDH logró salir del eje neutralidad-laicidad ha sido recurriendo a dos mecanismos jurídicos. En primer lugar, tener en cuenta la jurisprudencia anterior sobre la doctrina del “margen de apreciación estatal”²⁷. Corresponde así al Estado determinar, de acuerdo a su tradición y valores milenarios, el lugar que ocupa la religión cristiana, tanto en el contenido de los programas escolares como en el ambiente educativo²⁸. Este margen de apreciación ni siquiera había sido mencionado por la Corte en el 2009.

²³Resulta interesante que en la versión en inglés de la sentencia nunca aparece la palabra laicidad o laicismo, sino secularismo o secularización.

²⁴Lautsi, 2011, Opinión concordante del juez Bonello, punto. 2.3.

²⁵Lautsi, 2011, párrafo 57.

²⁶ Lautsi, 2011, Opinión concordante de la juez Power, 3er. párrafo in fine.

²⁷Sobre la doctrina del margen de apreciación estatal cfr. Rasilla del Moral, Ignacio de la, “The Increasingly Marginal Appreciation of the Margin of Appreciation Doctrine”, *German Law Journal*, vol. 7, N° 6/1, June 2006, pp. 611-624; Arai-Takahashi, Yutaka, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Oxford, Intersentia, 2001; Benvenisti, Eyal, “Margin of Appreciation, Consensus and Universal Standards”, *International Law and Politics*, Vol. 31, 1999, pp. 843-854. García Roca, Javier, “La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración”, en *Teoría y realidad constitucional*, Universidad Complutense de Madrid, N° 20, 2007.

²⁸ El Tribunal realiza un análisis analógico ya que aplica al tema de los crucifijos en las escuelas públicas su jurisprudencia anterior sobre la potestad del Estado de confeccionar los programas escolares pudiendo legítimamente otorgar preeminencia a la educación moral de una determinada religión, cfr. Lautsi, 2011, párrafos 70 y 71. Allí expresa que “en el caso *Folgero*, el Tribunal, al examinar el contenido del programa de un curso de “Cristianismo, religión y filosofía” (“KRL”), consideró que el hecho que tal programa otorgaba una muy larga parte al

El segundo modo de resolver la cuestión consistió en analizar qué se entiende por “respetar las convicciones religiosas y filosóficas” de los padres en la educación de sus hijos. Aquí el Tribunal realiza una aclaración que merece no pasar inadvertida cuando expresa que los partidarios de la laicidad pueden hacer su reclamo teniendo en cuenta “el grado de fuerza, de seriedad, de coherencia y de importancia” requeridos para que se trate de “convicciones” en el sentido que establecen los artículos 9 del Convenio y 2 del Protocolo N° 1²⁹. Justamente el parámetro para medir cuándo una convicción puede estar lesionada en su derecho la Corte, dejando el criterio subjetivista, analiza de modo objetivo el reclamo. Es lo que pasamos a analizar en el siguiente apartado.

Desde el punto de vista del derecho constitucional se ha planteado también, a través de la sentencia del 2009, la contradicción entre el modelo constitucional defendido por el Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo y el defendido por la República italiana basado en la tradición, cultura e historia de un pueblo milenario. La doctrina ha planteado esta cuestión a través de la distinción entre Constitución material y Constitución formal³⁰.

La herencia positivista y racionalista que sirvió de contexto al constitucionalismo moderno desmereció el nivel fáctico de la realidad constitucional de una Nación. Pero como ha señalado Sagües, “el estudio de la dimensión fáctica es imprescindible, so pena de no enseñar o no entender siquiera al derecho constitucional”³¹. De allí que el sector existencial del derecho constitucional es imprescindible para conocer a la Constitución real o material. Aquí se plantea la cuestión sobre si la Constitución real de Italia es de acuerdo a su historia y tradición, favorable al reconocimiento del catolicismo como religión privilegiada y, por ende, si la valoración sobre la aconfesionalidad del Estado impuesta por el Tribunal europeo colisiona o no con esa constitución real. Los diferentes argumentos analizados precedentemente muestran claramente la contradicción irresoluble.

Por otro lado, también conviene destacar la incidencia que una ideología puede tener en la interpretación del texto constitucional, especialmente cuando esa ideología choca con la Constitución real. Así, por ejemplo, “la idea de reservar el título de Constitución a los textos constitucionales liberales y de negárselo a los no liberales fue una estrategia ideológica bastante exitosa en su momento”³².

2. Desde el subjetivismo e individualismo jurídicos hacia el realismo objetivo

Otro de los cambios significativos producidos en las valoraciones de los jueces ha sido poner en evidencia el peligro, permitido en la sentencia del 2009, de justificar el derecho de la demandante en su “perturbación emocional” que causaría la presencia del crucifijo. Incluso se había llegado al extremo de exigir al Estado italiano una indemnización por “daño moral”. Esto había sido claramente puesto

conocimiento del cristianismo más que a otras religiones y filosofías no por ello significaba traspasar los límites de los principios del pluralismo y de la objetividad considerándolo como un adoctrinamiento”.

²⁹Lautsi, 2011, párrafo 58.

³⁰Cfr. Sagües, Néstor, *Teoría de la Constitución*, Buenos Aires, Depalma, 2001.

³¹*Ibid.*, p. 212.

³²*Ibid.*, p. 240.

en evidencia a través de la apelación italiana cuando afirmó que “la sentencia alargó de manera considerable el margen de aplicación de los derechos invocados al establecer que el solo riesgo potencial de ser perturbado emocionalmente sería suficiente para causar una violación de la libertad religiosa y la libertad de educación. Tal criterio altamente subjetivo e impreciso, si llegase a ser confirmado por la Gran Sala, sería fuente de gran inseguridad jurídica y se establecería un derecho a la protección de la emotividad”³³.

Esta cuestión es sumamente importante desde el punto de vista jurídico ya que frente a toda una valoración o fundamentación de los derechos desde las posturas subjetivas, en las últimas décadas, el criterio judicial se ha ido tornando inasible. El subjetivismo jurídico que consiste principalmente en fundamentar el derecho en voluntades individuales, muchas veces arbitrarias o caprichosas, sin un correlato real ha producido cierto daño en las sociedades actuales en las que parecería que el simple sentimiento individual puede erigirse como causa de un reclamo legítimo³⁴.

En tal sentido, la doctrina ya había advertido el peligro de condenar a un Estado por daño moral sin fundamentación real y entonces la sentencia de la Gran Sala³⁵, en varios de sus párrafos retoma esa advertencia. Así afirma que “no hay en la Corte elementos que muestren la eventual influencia que la exposición de un crucifijo en las paredes de las aulas podría tener sobre los alumnos; no podríamos entonces afirmar razonablemente que tenga o no un efecto sobre los jóvenes cuyas convicciones no están aún arraigadas”³⁶. Este criterio de interpretación más objetivo por parte de la Corte también explica el rechazo *in limine* del reclamo de discriminación de los demandantes cuando analiza lo atinente al art. 14 del Convenio³⁷.

En la misma línea de argumentación, la opinión concordante del juez Bonello afirma que “nadie podría, de manera convincente, esforzarse en sostener que la presencia de los crucifijos en las escuelas públicas italianas puede ofender la doctrina de la laicidad y la de separación de Iglesia y Estado. Al mismo tiempo, considero que nadie podrá argumentar de manera concluyente que la presencia

³³Repubblica Italiana, Ministero degli Affari Esteri, “*Lautsi c. Italia*”, Saisine de la Grande Chambre, Roma, 28 de enero de 2010, punto 3. C).

³⁴Recuérdese toda la valiosa argumentación realizada por los pensadores iusnaturalistas (Graneris, Villey, Hervada, Lachance, etc) sobre los peligros de ese subjetivismo jurídico que desde Ockam ha viciado a la fundamentación del derecho e incluso ha *inflado* los llamados “derechos humanos” generando paulatinamente una pérdida de la concordia política dentro de las sociedades y una distorsión en la búsqueda del bien común, causa final del derecho y la política.

³⁵Cfr. el exhaustivo análisis sobre el tema realizado en Maratea, Lorenzo, “Il crocifisso nelle aule scolastiche. Un illecito senza danno? Quache riflessione in margine al caso *Lautsi c. Italia*”, en Convegno “*Crocifisso ‘di Stato’ e rispetto della libertà personale. Riflessioni a margine della sentenza della Corte europea dei diritti dell’uomo*”, Università degli Studi di Camerino, 13 gennaio 2010.

³⁶*Lautsi*, 2011, párrafo 66. Por ello más adelante concluye que “la Corte observa que la demandante ha conservado entero su derecho, en su calidad de madre, de iluminar y aconsejar a sus hijos, de ejercer hacia ellos sus funciones naturales de educación, y de orientarlos en una educación conforme a sus propias convicciones filosóficas”, párrafo 75.

³⁷*Lautsi*, 2011, párrafos 79 y 80.

de un crucifijo, de cualquier manera que sea, puede ofender al derecho de los miembros de la familia Lautsi de profesar cualquier religión que elijan, de cambiar de religión, de no adherir a ninguna o de manifestar sus creencias a través del culto, la enseñanza o las observancias, o de su derecho a rechazar de plano todo objeto que pueda considerarlo como una superstición³⁸.

Por último, también el voto concordante de la juez Ann Power resalta que “la percepción subjetiva de la interesada no es suficiente para caracterizar una violación del art. 2 del Protocolo N° 1. La demandante puede sentirse ofendida por la presencia del crucifijo en las aulas, pero la existencia de un “derecho a no ser ofendido” no ha sido jamás reconocido en el marco del Convenio. En la reversión de la sentencia de la Corte, la Gran Sala no ha hecho otra cosa que confirmar una jurisprudencia constante (en particular en relación con el art. 10) que ha reconocido que la “simple” ofensa no es algo contra lo cual un individuo pueda ser inmunizado por el derecho³⁹.”

Conclusiones

Mucho quedaría todavía por analizar y posiblemente múltiples y variadas serán las consecuencias que esta sentencia de la CEDH producirá en las jurisdicciones locales de los Estados, dentro y fuera de Europa. Numerosas serán también las explicaciones que intentarán justificar el por qué de tal cambio en el modo de interpretar las compatibilidades entre el derecho nacional y convenios internacionales, en la cuestión de la laicidad en sus diferentes formas⁴⁰. Más allá de esos caminos que quedan por recorrer e investigar, podemos afirmar, entre las consecuencias más importantes que a partir de esta sentencia:

- el modelo laicista, liberal e indiferente a la moral y religión católica que desde siglos algunos Estados europeos buscan hacer realidad, ha sido detenido por una parte de Europa (Italia y los países que la apoyaron) que no sólo no reniega

³⁸Lautsi, 2011, Opinión concordante del Juez Bonello, punto 2.8. Más adelante afirmará con mayor claridad que “los demandantes no han presentado a la Corte ningún elemento que pruebe que las personas expuestas a los crucifijos han, de cualquier manera que sea, perdido su libertad total de manifestar sus creencias religiosas individuales y personales o su derecho de negar toda religión. La presencia de un crucifijo en las salas de clase no parece haber obstaculizado a ningún italiano en su libertad de creer o no creer, de adherir al ateísmo, al agnosticismo, al anticlericalismo, a la laicidad, al materialismo, al relativismo o a la irreligión doctrinaria, de abjurar, de apostatar, o de adherir al credo o a la “herejía” de su elección que le parezca suficientemente atrayente, con el mismo vigor y de la misma manera como otros adhieren libremente a una confesión cristiana. Si tales elementos de prueba hubieran sido presentados, habría con vehemencia votado a favor de la violación del Convenio”, *Ibid.*, punto 2.11.

³⁹Lautsi, 2011, Opinión concordante de la juez Power, 2do. párrafo in fine.

⁴⁰En menos de un mes desde la sentencia ya se han escrito varios argumentos que buscan explicar las causas del cambio, entre ellos, por ejemplo, donde un sector de la doctrina italiana encuentra en el modelo norteamericano de laicidad aquella forma en la que se pudo haber inspirado la Corte, en contraposición al modelo de laicidad francés, cfr. Witte, John, “Crucifix: Six Lessons from the Lautsi case: An American Perspective”, lunedì 21 marzo 2011, en www.ilussidario.net.

de su identidad cristiana sino incluso la considera inescindible de su mismo ser. Italia ha vuelto a realizar una verdadera confesión de fe con su reacción al Tribunal de Estrasburgo.

- el subjetivismo jurídico que fomenta “derechos subjetivos” inconsistentes ha encontrado límites, comenzando a pasarlo por el tamiz de la racionalidad.

Advertimos, por tanto, que una mirada objetiva sobre la situación jurídica de los Crucifijos en los lugares públicos de Italia nos muestra que la mencionada contradicción entre libertad de pensamiento y exposición de la Cruz esconde la intención de instalar el ateísmo social enarbolado como valor laico en desprecio de todo lo cristiano; que la laicidad estatal ha mostrado sus reales intenciones: el laicismo; que la libertad religiosa ha derivado –quizá en su misma lógica– en una defensa de la negación de Dios; que el cristianismo y la Iglesia Católica son el blanco de ataque ante los reiterados intentos del hombre de colocarse como única fuente de verdad, intentos disfrazados de tolerancia, neutralidad, autonomía, libertad.

Por último, a manera de exordio, transcribimos una valoración bastante poco frecuente en la jurisprudencia sobre los Crucifijos que nos ayuda a no olvidar lo esencial en tanta confusión de ideas y que, por ser un texto valioso, lo dejamos en su lengua original para no desfigurarlo:

“La croce è un simbolo primordiale che indica la vita e la divinità. La particolare valorizzazione che ne ha fatto il cristianesimo è nel legame con il crocifisso, nella simbiosi con il destino di un dio fatto uomo. Il crocifisso simboleggia il Cristo che ha patito, ma anche il Cristo risorto e vittorioso sulla morte. E’ vero che la rappresentazione di Cristo crocifisso suscitava alle origini della storia del cristianesimo perplessità, perché era l’immagine di un dio inchiodati su di una croce, costretto ad una punizione vergognosa, facile motivo di derisione per i pagani. Ma è vero anche che già nel corso dei primi secoli il crocifisso s’impose come uno dei fondamentali simboli della religione cristiana. Per i credenti rappresenta il simbolo della partecipazione concreta di Dio alla sofferenza dell’uomo, un simbolo non di morte, perché Dio vince la morte. E’ l’espressione della salvezza conseguita attraverso la sofferenza”⁴¹.

⁴¹Tribunale Penale de Padova, Sentenza 14 giugno 2005.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Inconstitucionalidad del “solve et repete” (27.1.11)

VISTOS:

Don Sergio Rojas Barahona, en representación de Farmacias Cruz Verde S.A., ha deducido requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del inciso tercero del artículo 474 del Código del Trabajo, en la causa sobre reclamo de multa entablado por esa sociedad en contra de la Inspección Comunal del Trabajo Santiago Norte, de la cual conoce el 7º Juzgado del Trabajo de Santiago, Rol Nº 1215-2008.

Como antecedentes del conflicto que se encuentra radicado ante el mencionado tribunal de justicia se indica que la requirente interpuso el reclamo judicial previsto en dicho artículo 474, vigente a esa fecha, en contra de la multa administrativa aplicada por la mencionada Inspección. El tribunal competente dio curso al reclamo y encontrándose la causa en estado de citar a oír sentencia, el 23 de octubre de 2009, de oficio, ordenó a la reclamante acompañar el comprobante de pago de la consignación prevista en el precepto impugnado en autos, bajo apercibimiento de tener por no interpuesto el reclamo. Se dedujo reposición en contra de la mencionada resolución, recurso que fue rechazado, el 17 de noviembre de 2009, atendido que a la fecha del reclamo el aludido inciso tercero del artículo 474 se encontraba vigente y por no constar en el expediente haberse efectuado la consignación prevista en dicha norma. Luego, por resolución de 21 de diciembre de 2009, se hizo efectivo el apercibimiento, teniéndose por no interpuesto el reclamo. El día 23 del mismo mes y año, la reclamante interpuso reposición con apelación subsidiaria en contra de tal resolución judicial. Por resolución de 19 de enero de 2010, la reposición fue rechazada y concedida la apelación, disponiéndose elevar los autos a la Corte de Apelaciones de Santiago.

La requirente manifiesta que la situación que motiva y justifica la interposición de esta acción constitucional radica en que el tribunal de la causa *sub lite* ha aplicado a su parte, de manera extemporánea, a su juicio, el inciso tercero del artículo 474 del Código del Trabajo y esa circunstancia vulneraría, en su esencia, la garantía de igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos asegurada por el Nº 3º del artículo 19 de la Constitución; situación que la misma Carta Fundamental repudia, conforme a lo preceptuado en el numeral 26º del mismo artículo recién aludido. También recuerda que esta Magistratura ya ha declarado inaplicable la norma legal cuestionada, citando al efecto las sentencias roles 1.382 y 1.418, ambas de 2009.

A mayor abundamiento, sostiene que la aplicación de la norma impugnada infringiría, asimismo, el principio de inexcusabilidad reconocido en el artículo 76 de la Carta, ya que el juez de fondo estaría “condicionando” la dictación de la

respectiva sentencia a un pago, como sería la consignación del tercio de la multa administrativa reclamada.

Adicionalmente, hace notar que “el error” en que incurriría el precepto legal impugnado ha sido corregido por el legislador en cuanto suprimió la exigencia de la consignación previa, en el actual artículo 503 del Código del ramo.

Con fecha 30 de marzo de 2010, la Primera Sala de esta Magistratura, junto con acoger a tramitación el requerimiento deducido, dispuso la suspensión del procedimiento en el que incide y declaró su admisibilidad. Pasados los autos al Pleno, el Tribunal puso el requerimiento en conocimiento de los órganos constitucionales interesados, del tribunal de la gestión *sub lite* y de la Inspección Comunal del Trabajo Santiago Norte, en su calidad de parte recurrida en la aludida causa judicial, a los efectos de que pudieran formular observaciones y acompañar los antecedentes que estimaren pertinentes. Consta en autos que ninguno de esos organismos solicitó intervenir en este proceso constitucional.

Habiéndose traído los autos en relación, el día 11 de noviembre de 2010 se procedió a la vista de la causa, oyéndose la relación y el alegato del abogado Carlos Zamora Velásquez, por la sociedad requirente.

CONSIDERANDO:

CONFLICTO SOMETIDO A ESTA MAGISTRATURA

PRIMERO: Que, en la especie, se impugna la figura del “solve et repete” (“paga primero y reclama después”), esto es, aquella exigencia legal por la cual se condiciona el reclamo ante un juez, en razón de la imposición de una multa administrativa, al pago anticipado del todo o parte de ésta.

Específicamente, se cuestiona el inciso tercero del artículo 474 del Código del Trabajo, que dispone: “*La resolución que aplique la multa administrativa será reclamable ante el Juez de Letras del Trabajo, dentro de quince días de notificada por un funcionario de la Dirección del Trabajo o de Carabineros de Chile, previa consignación de la tercera parte de la multa.*”;

SEGUNDO: Que si bien la norma transcrita fue derogada por el artículo único, N° 17, de la Ley N° 20.087, a partir del mes de agosto de 2009, en el territorio jurisdiccional en que tiene lugar la gestión pendiente, de todos modos ella recibió aplicación, desde que el indicado reclamo jurisdiccional de la multa se interpuso en diciembre de 2008. Es por ello que esta Magistratura se encuentra compelida a analizar su constitucionalidad;

INAPLICACIÓN DEL “SOLVE ET REPETE”

TERCERO: Que este Tribunal Constitucional, mediante varias sentencias de inaplicabilidad, desde el año 2008, sostenidamente ha privado de validez particular a esa exigencia del “solve et repete”.

Así, las sentencias recaídas en autos roles N°s 946, 968, 1.332, 1.356, 1.382, 1.391, 1.418 y 1.470 declararon inaplicable el inciso tercero del artículo 474 del Código del Trabajo. Si bien por sentencia Rol N° 1.173 se rechazó un requeri-

miento, en orden a declarar inconstitucional esta norma, ello únicamente lo fue por no haberse reunido el quórum constitucional a ese efecto;

CUARTO: Que, análogamente, esta Magistratura, en sentencia pronunciada a propósito del control preventivo de la Ley N° 20.123, justamente declaró inconstitucional la imposición de consignar “la tercera parte de la multa aplicada, en caso que correspondiere” por parte del Director del Trabajo (Rol N° 536). Igualmente, las sentencias roles N°s 792, 1.046, 1.061, 1.253, 1.262 y 1.279 declararon invariablemente inaplicable la misma figura, contenida en la frase final del inciso primero del artículo 171 del Código Sanitario, hasta que, por sentencia de inconstitucionalidad Rol N° 1.345, se privó de validez general a esta traba puesta por el Código Sanitario;

QUINTO: Que los diversos motivos que han llevado a esta Magistratura a impedir la aplicación particular o general de esta exigencia, se relacionan con la violación de los N°s. 3° y 26° del artículo 19 de la Constitución.

En cuanto al primero de los preceptos fundamentales referidos, el Tribunal ha expresado que el “*solve et repete*” “*constituye una barrera injustificada y carente de razonabilidad al derecho de acceso a la justicia, que forma parte de la garantía de la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos y del derecho a un procedimiento racional y justo, que consagra la Carta (...)*” (Rol N° 1345, considerando decimoséptimo). En cuanto al segundo, ha señalado que “*la limitación al derecho a la tutela judicial efectiva que impone el precepto legal impugnado aparece despojada de la razonabilidad y justificación que precisaría para ser aceptada como constitucionalmente admisible a la luz de lo dispuesto en el N° 26 del artículo 19 de la Carta (...)*” (entre otras, sentencia Rol N° 1470, considerando décimo);

SEXTO: Que, adicionalmente, el inciso tercero del artículo 474 del Código del Trabajo se revela como un obstáculo infundado al inmediato cumplimiento de funciones jurisdiccionales que le asisten a los tribunales, sin ley orgánica constitucional mediante;

SÉPTIMO: Que, por lo demás, siguiendo esta tendencia, el legislador ha ido derogando expresamente dicho injustificado condicionamiento procesal, por no ser conciliable con un régimen de Estado de Derecho. Así, en el Mensaje que dio origen a la aludida Ley N° 20.087, sobre reforma al procedimiento laboral, y en la que –entre otros aspectos– se eliminó el referido inciso tercero del artículo 474 del Código del ramo, se dejó explícita constancia de que, a este respecto, su objetivo fue “*materializar en el ámbito laboral el derecho a la tutela judicial efectiva, que supone no sólo el acceso a la jurisdicción sino también que la justicia proporcionada sea eficaz y oportuna*” (Boletín 3.367-13, Mensaje Presidencial, septiembre de 2003, p. 4).

Ha primado idéntica disposición al derogarse esta figura en diversos cuerpos legales, como el N° 14 del artículo 1° de la Ley N° 20.361, de 2009, que la eliminó del Decreto Ley N° 211, vigente desde el año 1973. Sirviendo de ejemplo,

también, el N° 59 del artículo 1° de la Ley N° 20.417, de 2010, que la excluyó de la normativa vigente desde el año 1994, en la Ley N° 19.300;

OCTAVO: Que, en razón de los motivos expuestos en las sentencias precedentes y por los argumentos vertidos en esta oportunidad, procede declarar que el inciso tercero del artículo 474 del Código del Trabajo es inaplicable a la gestión *sub lite*, comoquiera que siendo en sí mismo inconstitucional, en su aplicación concreta se ha revelado, asimismo, como contrario a los numerales 3° y 26° del artículo 19 de la Carta Fundamental.

Y TENIENDO, ADEMÁS, PRESENTE las disposiciones pertinentes de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el Decreto con Fuerza de Ley N° 5, de 2010, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia,

SE RESUELVE:

QUE SE ACOGE EL REQUERIMIENTO DEDUCIDO A FOJAS UNO, sólo en cuanto se declara inaplicable la parte del inciso tercero del artículo 474 del Código del Trabajo que exige la “previa consignación de la tercera parte de la multa”.

Se previene que la Ministra señora Marisol Peña Torres concurre a la decisión contenida en la presente sentencia y a sus fundamentos con excepción de la frase contenida en el considerando octavo –“*comoquiera que siendo en sí mismo inconstitucional*”–, pues si bien representa su posición particular en la materia, alude a una inconstitucionalidad, con efectos *erga omnes*, que no prosperó por falta de quórum en esta Magistratura Constitucional, como da cuenta la sentencia recaída en el Rol N° 1.173, aludida en el considerando tercero.

El Ministro señor José Antonio Viera-Gallo Quesney concurre a lo resuelto, pero sin compartir lo expresado en el considerando 6° de la sentencia.

Acordada con el voto en contra de los Ministros señores Hernán Vodanovic Schnake y Francisco Fernández Fredes, quienes estuvieron por declarar improcedente el requerimiento en razón de que la norma legal impugnada ya recibió aplicación en el caso concreto *sub lite*, *toda vez que, por efecto de la propia resolución judicial que lo dispuso, ya operó el apercibimiento de tener por no presentado el reclamo por no haberse consignado el tercio de la multa impuesta a la requirente.*

Acordada con el voto en contra del Ministro Carlos Carmona Santander, quien estuvo por rechazar el requerimiento fundado en las siguientes razones:

1. Que consta en el expediente (fs. 85) que el 7° Juzgado Laboral de Santiago, por resolución de 23 de octubre del año 2009, apercibió al reclamante de la multa, y requirente en estos autos, para que acreditara la consignación, bajo apercibimiento de tenerle por no interpuesto el reclamo para todos los efectos legales. El reclamante no consignó, por lo que se hizo efectivo el apercibimiento. Contra esa decisión se repuso, la que fue rechazada por el Tribunal (sentencia de 19.01.2010, fs. 104), concediéndose la apelación, que es la gestión pendiente de este requerimiento.

La resolución que hizo efectivo el apercibimiento se dictó cuando la causa estaba para oír sentencia;

2. Que en todos los casos anteriores en que esta Magistratura acogió requerimientos de inaplicabilidad contra la consignación impugnada, la causa no se había iniciado; estaba sólo presentada y el tribunal respectivo había exigido la consignación (STC roles 946/2008, 968/2008, 1332/2009, 1356/2009, 1470/2009, 1391/2009, 1418/2009 y 1382/2009). Distinta es la situación en el presente requerimiento;

3. Que, en efecto, la resolución que dictó el tribunal laboral implica retrotraer el juicio al estado anterior a la admisibilidad del reclamo, como si este no se hubiera presentado. Ello originará tres tipos de problemas: si el reclamo se presentó dentro de plazo; si operó o no la prescripción, y si se aplica el artículo 2° transitorio de la Ley N° 20.260, que exige que las causas se hubieran iniciado para seguir sustanciándose conforme a la normativa antigua;

4. Que así las cosas, la gestión pendiente implica la resolución de varios asuntos. El más importante de ellos es la nulidad procesal que el Tribunal de primera instancia dispuso;

5. Que, por lo mismo, el precepto que se impugna no resulta decisivo, pues lo que se está discutiendo en la apelación –en la gestión pendiente– es si por efecto de la no consignación, el Tribunal puede disponer la nulidad en los términos que lo hizo. Es decir, si dado el estado procesal en que se encontraba la causa, se pudo pedir, a esa altura, que se consignara. En esa decisión, la norma impugnada no es relevante;

6. De ahí que para este disidente, deba rechazarse el presente requerimiento.

Redactó la sentencia el Ministro señor Iván Aróstica Maldonado. Las preven- ciones y las disidencias fueron redactadas por los Ministros que las suscriben.

Notifíquese, regístrese y archívese.

Rol 1580-09-INA.

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por los Ministros señores Marcelo Venegas Palacios (Presidente), Raúl Bertelsen Repetto, Hernán Vodanovic Schnake, señora Marisol Peña Torres y señores Enrique Navarro Beltrán, Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander, José Antonio Viera-Gallo Quesney e Iván Aróstica Maldonado.

Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olguín.

EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LA LUCHA
CONTRA RESABIOS ABSOLUTISTAS

Buenas noticias, sin duda, nos depara el Tribunal Constitucional (TC) para la defensa de los derechos de las personas, con las últimas sentencias acerca de la patente inconstitucionalidad del llamado “solve et repete” (paga primero, después reclama), fatídico mecanismo estatista que no obstante aún subsiste en varios ordenamientos específicos de la actividad administrativa estatal en nuestro país.

El rol 1580, de 27.1.2011 –que incide en una inaplicabilidad del artículo 474, inciso 3° del Código del Trabajo–, presenta en este aspecto una importancia más que relevante pues viene a completar un ciclo iniciado hace más de diecisiete años, allá en 1994 (a través de un voto disidente nuestro en el fallo rol 185, de 28.2.1994, recaído en el proyecto de ley que fuera con posterioridad ley 19.300, de 9.3.1994, ley del ambiente), en que por vez primera se planteaba la intrínseca inconstitucionalidad del “solve et repete”, por varias razones que incidían en la vulneración directa e irrefragable de más de cuatro derechos fundamentales reconocidos, además, por tratados o pactos internacionales vigentes, y hasta por la propia razón de ser del Derecho¹. También otros votos disidentes se sumaron después a este predicamento². Con posterioridad el tema cobró presencia jurisdiccional a través de “acciones de inaplicabilidad” ante el TC (luego de la reforma constitucional de la ley 20.050, del 2005) en gestiones, juicios o procesos seguidos ante la jurisdicción ordinaria en los cuales se exigía el pago de las multas impuestas por una autoridad administrativa a una persona (natural o jurídica) para poder recurrir impugnando dicho acto administrativo sancionador.

Sin entrar al pormenor de los distintos pronunciamientos del TC que han recaído en los últimos cuatro o cinco años en el tema³, nos interesa ahora mostrar sólo uno o dos puntos que aparecen relevantes en este rol 1580/2011, puesto que viene a ser un hito fundamental en este recorrido que ha hecho el “solve et repete” desde aquel ya lejano 1994.

1. Dejando de lados criterios cuantitativos –enteramente ajenos al tema– que aparecieron en otros fallos (que, creemos, no hicieron honor al tribunal)– justificando este arbitrio estatista inaceptable en nuestro régimen de estado constitucional de derecho y republicano, esta sentencia ha venido a afirmar, *en plena concordancia con la Constitución*, que la exigencia que una determinada disposición

¹Vid. RDJ t. 91/1994, 2.6. 5-17.

²Otras disidencias nuestras en roles N°s. 248/22.10.1996 (en RDJ t. 93/1996, 2.6, 125-131) y 320/16.2.2001 (no publicada); disidencia de los ministros sres. M. Verdugo M. y L. Bulnes A. en rol 287/27.5.1999 (en RDJ t. 96/1999, 2.6, 155-159).

³Sobre el último caso en el tema puede ser de interés nuestro comentario al rol N° 1518-09, de 21.10.2010, en *Lus Publicum* 26/marzo 2011, la sentencia en 224-230, comentario en 230-234.

legal pretende imponer a un afectado por una sanción administrativa de multa, en cuanto debe pagarla –sea en su totalidad o en una parte de ella– para poder recurrir en su contra, “es en sí inconstitucional” (considerando 8°), esto es, “de suyo”, “per se”, “por su misma existencia”, “intrínsecamente”; en otros términos, el solo plantearse en una disposición de ley⁴ esa exigencia, la convierte en nula/inexistente, por cuanto contraría frontalmente la Constitución (art. 7° en relación con el art. 6°), vulnerando derechos tan fundamentales como la igual protección de los derechos, el acceso a la justicia, el derecho a la acción, el derecho al debido proceso, la igualdad ante la ley, el derecho de propiedad, y la protección del contenido esencial de los derechos (art. 19 N°s. 3, 2, 24 y 26), como, asimismo, la plenitud jurisdiccional de los tribunales de justicia (art. 73/76)⁵.

2. Otro punto importantísimo aparece en este fallo rol 1580/2011, cual es el plantear en su exacta perspectiva lo que “es” la acción de inaplicabilidad en nuestro actual ordenamiento y teniendo en cuenta que no es sino la aplicación de los artículos 6° y 7° de la Constitución, esto es, de la “supremacía constitucional”, principio que no es sino el medio para asegurar la primacía y efectividad de la misma, lo que a su vez es medio para asegurar la sujeción a Derecho de todos los órganos del Estado y, así, asegurar el pleno respeto de los derechos de las personas (arts. 1° inciso 4° y 5° inciso 2°), ya que son las personas –todas sin excepción⁶– las que poseen la “primacía” sobre el Estado (art. 1° inc. 4° cit.: “El Estado está al servicio de la persona humana...”) ⁷, y es en razón de ellas, exclusiva y únicamente en razón de ellas, del ser humano, que existe el Derecho, pues ellas son el sujeto, el principio y el fin de toda sociedad, de todo Estado, de todo Derecho.

Ahora bien, no cabe olvidar ni menos desconocer que esta “acción de inaplicabilidad” no es sino una acción cuya pretensión procesal es la declaración de inconstitucional, por el juez constitucional, de un determinado precepto de ley, esto es, su “nulidad” por no ser conforme con la Constitución, pero que tiene un efecto reducido (no erga omnes) en cuanto que si es acogida viene a ser consi-

⁴Si lo fuera en un DFL, la propia Constitución se encarga de prohibirlo de manera expresa y perentoria en su art. 61 inciso 2°, en cuanto “carece” el Congreso Nacional de “atribuciones legislativas” para delegar en el Presidente de la República el ejercicio de ellas que “puedan afectar” el ejercicio de los derechos fundamentales; desde que existe expresa prohibición de ello, significa en puridad que el Congreso Nacional “carece de competencia” en ese aspecto, y de hacerlo su pretendido acto delegatorio es ipso iure nulo y de nulidad de derecho público, o sea, además, insanable e imprescriptible (art. 7° inc. 3° de la Constitución y jurisprudencia concorde de la Corte Suprema: vid nuestro *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales*. (2a. edición). LegalPublishing-Abeledo. Santiago de Chile. 2010, 469-483.

⁵Para la explicación del por qué este arbitrio procesal vulnera esos derechos puede verse nuestro *Derecho Administrativo* cit. 561-565; el rol 792/3.1.2008 (redacción ministro sr. Venegas) se exploya también sobre ello adicionándolo con la cita textual de considerandos de fallos de tribunales constitucionales extranjeros.

⁶Incluso “las que están por nacer” (art. 19 N° 1) como quedó expresa constancia en la historia fidedigna del establecimiento de la reforma constitucional ley 19.611/16.6.1999; vid al respecto *Los derechos de la persona que está por nacer*. Conferencias Santo Tomás de Aquino 2000. Universidad Santo Tomás. Santiago de Chile, 2001, trabajos de M. A. Fernández G. y nuestro, 77-97 y 99-112, respectivamente.

⁷Y ante cualquiera jurisdicción especial, obviamente.

derada “inexistente”, pero sólo para el caso específico de un litigio o gestión que pende ante la jurisdicción ordinaria; de allí su denominación de “inaplicabilidad”, inaplicable ese precepto de ley declarado inconstitucional en dicho litigio o gestión pendiente.

Se advertirá, pues, que esta “acción de inaplicabilidad” es propiamente una acción de nulidad de derecho público, es una de las concreciones del artículo 7° de la Constitución (“Todo acto en contravención a este artículo es nulo”), si bien específicamente para tener por nulo/inexistente un determinado precepto de ley en un determinado juicio o gestión pendiente. En consecuencia, ocurre que no puede tener sino el mismo tratamiento que las demás especies que concretan dicha “regla de oro del derecho público chileno”, o sea, *se traduce en un juicio abstracto de desconformidad* de un precepto de ley con la Constitución, que es lo que se solicita al TC por el requirente, sea persona natural o jurídica, o incluso un juez a través del requerimiento de oficio que éste haga al efecto en un proceso de que actualmente conozca.

Otra cosa es que en la práctica resulte finalmente que ese precepto no fuere aplicado por el juez en ese litigio o gestión, pero ello es ya típica competencia del propio juez de esa causa o gestión y no del TC⁸; a éste se le solicita específicamente si un determinado precepto de ley (o DFL o DL) es o no contrario a la Constitución porque se prevé por el requirente que dicho precepto pudiese ser aplicado en ese litigio o gestión pendiente. De no ser así y pretender el TC otro criterio es simplemente interferir en la competencia propia, exclusiva y privativa del tribunal que conoce del litigio o gestión, que en ese aspecto posee atribuciones –como decimos– *exclusivas* para aplicar el Derecho, o sea, ejercer la jurisdicción que le ha sido conferida como juez y la competencia para conocer de ese específico litigio o gestión, ciertamente que sin perjuicio de lo que decidan las instancias superiores dentro de la misma jurisdicción ordinaria que pudieren tener un criterio diferente (pero, obviamente, respetándose la cosa juzgada del fallo del TC en cuanto éste ya ha determinado la inconstitucionalidad de ese precepto de ley y su consecuencia: la inaplicabilidad en el caso pendiente).

Este punto aparece muy relevante para la mejor y efectiva defensa de los derechos de las personas, en cuanto a que la Constitución realmente tenga la supremacía que ella ha establecido, sin lo cual aquéllos se verán deprimidos o desconocidos y éstas vulneradas en sus situaciones litigiosas.

3. Aun cuando aparezca como un punto tangencial para nuestro propósito aquí, no está de más hacer alusión –brevemente– al voto disidente en cuanto afirma que no procedería entrar a declarar la inaplicabilidad referida –y, por tanto, debe rechazarse la pretensión deducida– porque el asunto estaría ya decidido atendido a que el tribunal ordinario laboral habría aplicado ya el precepto de ley

⁸Caso del requerimiento de la Corte de Apelaciones de Santiago (ministro sr. Lamberto Cisternas) al TC cuando conocía en apelación de una causa sobre multas impagas de “tag” a una determinada sociedad concesionaria de obra pública/autopista; la referida Corte, de oficio, ocurrió ante el TC para que éste se pronunciara sobre la constitucionalidad de un precepto de ley que imponía multas verdaderamente exorbitantes, carentes de toda proporcionalidad, por ese no pago; vid. sentencia del TC rol 541/26.1.2006, pronunciándose por la conformidad del precepto legal impugnado con la Constitución.

impugnado de inconstitucional (art. 474, inc. 3° del Código del Trabajo), cosa que en realidad no es así porque si bien el juez de la instancia habría dictado una resolución en tal sentido (apercibiendo al reclamante de la multa a “tener por no presentado el reclamo por no haberse consignado el tercio de la multa impuesta al requirente”) cuando la causa estaba para oír sentencia, ella no se encuentra ejecutoriada y, por ende, sigue, por una parte, “pendiente” el asunto, y por otra, precisamente ha requerido al afectado el pago de la consignación que si bien regía al momento de recurrirse en contra de la aludida multa ante dicho tribunal no está vigente al decidir tal resolución por haber sido derogada. De allí que es “inaplicable”, porque el referido precepto es contrario a la Constitución cuando se ocurre al tribunal laboral para impugnar dicha multa, que sería el momento en que se anuda y perfecciona la relación procesal, conforme a la legislación vigente en dicho momento.

Un muy importante fallo es este recaído en el rol 1580, de 27.1.2011, que esperamos marque el rumbo en lo sucesivo, ya que todavía subsisten, por desgracia, varias normas de leyes (también DFL y DL) que establecen este resabio absolutista del “solve et repete”, arbitrio que es incompatible per se, de suyo, *en sí*, con nuestra Constitución y con nuestro régimen republicano⁹.

EDUARDO SOTO KLOSS*

⁹Vid., entre otros, L 18.840, orgánica constitucional del Banco Central (art. 69); L 19.300, ley del ambiente (art. 64); L 19.613, sobre legislación eléctrica (art. 19); DL 3538/1980, sobre Superintendencia de Seguros y Valores, modificado por L 18.876 (art. 46 inciso 4°); DL 3.500/1980 (art. 8°); DL 1.094/1975 (art. 79); L 18.455/1985 (art. 63); L 17.374/1970 (arts. 24 y 25); etc.

*Este comentario ha sido publicado en Gaceta Jurídica 370/2011, 57-60, pero lamentablemente con confusión en las citas quedando inutilizado como referencia; de allí su publicación en este volumen.

RECENSIONES
Y
RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

Héctor H. Hernández (director), Camilo Tale, Ricardo Dip, Siro De Martini, Gerardo Bonastre, *Fines de la pena. Abolicionismo. Impunidad*. Buenos Aires. Cathedra Jurídica. 2010 (890 pp.).

Ha aparecido una aportación científica de primer nivel a la filosofía del Derecho Penal. Se trata de la obra dirigida por Héctor H. Hernández, ex investigador del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad Católica Argentina, que cuenta con colaboraciones de los distinguidos iusfilósofos Camilo Tale, de la Universidad Nacional de Córdoba, y Ricardo Dip, de la Facultad de Derecho de Alphaville (Brasil), así como de los profesores Siro De Martini y Gerardo Bonastre, ambos de la Universidad Católica Argentina.

La importancia substantiva y la especificidad de los temas abordados en este libro, unidas a la portentosa dimensión de la obra (de casi 1.000 páginas), nos eximen, en este lugar, de hacer una reseña en sentido propio de *Fines de la pena ...*, que dé cuenta pormenorizada de sus desarrollos en el terreno de los fundamentos del Derecho Penal. Con todo, dada la trascendencia y la originalidad de un trabajo de estas características, resulta obligatorio para nosotros contribuir a poner en conocimiento de la comunidad científica europea y americana el contenido básico de sus páginas –de interés para juristas, filósofos, sociólogos y teólogos–.

La primera parte, a cargo del profesor Tale, está consagrada al axial tema de los fines de la pena. Consta de seis capítulos, a saber, “La cuestión del fin de la pena en la historia del pensamiento de Occidente (sinopsis)”; “Los varios fines legítimos de las penas y su relación con los diversos males del delito”; el capítulo III –central por su determinación del fin principal–: “El fin retributivo”; “Los fines preventivos de las penas”; “Los demás fines legítimos de las penas”; y, por último, el extenso capítulo VI: “Breve exposición y consideración crítica de las doctrinas penales divergentes”.

La segunda parte, a cargo del profesor Hernández, se ocupa de la relación entre la pena jurídica y la virtud del hombre. Está integrada por dos capítulos: “Derecho penal y dignidad humana” (dedicado al papel de la pena y la coacción en la educación del hombre) y “El fin educativo (discusión)”, en el que analiza y debate el problema del fin pedagógico del Derecho Penal.

La tercera parte, también a cargo de Hernández, se titula “Minimalismo y abolicionismo (garantoabolicionismo)”. En ella, el catedrático argentino desarrolla su doctrina crítica de algunas posiciones protagónicas en el derecho penal contemporáneo, como las de Ferrajoli y Zaffaroni. La primera sección está dedicada al análisis y la impugnación del “garantismo minimalista” de Luigi Ferrajoli. Esta sección consta de seis capítulos: “Sentido común y fines de la pena en Ferrajoli”; “El principio del derecho penal”; “Garantías ¿para quién?”; “Penal de papel”; “¿Qué es la ‘defensa del débil’?”; “Doble vara”. La segunda sección de esta tercera parte se ocupa del iuspenalista y miembro de la Suprema Corte argentina Eugenio Zaffaroni, de quien estudia y desmenuza sus tesis y su praxis abolicionistas, fundadas

en posiciones antropológicas y filosófico-políticas. Sus siete capítulos se titulan: “Sentido del derecho penal en Zaffaroni”; “Primeras observaciones”; “La discusión con Nino”; “Estrategia y táctica”; “Propuestas delictivas (crítica de su estrategia y de su táctica garantoabolicionistas)”; “Freud y Zaffaroni (su argumentación contra el fin retributivo)”; “Pena y sentido común (reflexión sobre los fines preventivos en la posición investigada)”.

La cuarta parte, después del interludio crítico de la tercera, representa una nueva *pars construents* de la obra. Está dedicada al pensamiento iuspenalista del pontífice Pío XII, y se titula precisamente “Pío XII y la alternativa penal católica”. Sus capítulos se refieren a “Pena y culpa (recordando párrafos iniciales de *Accogliete, illustri*)” y “Algunas enseñanzas penales de un papa”, y son de autoría, respectivamente, de los profesores Ricardo Dip y Gerardo Bonastre.

En la quinta parte Hernández estudia, debate, devela y esclarece la tan controvertida *doctrina del árbol venenoso*, un caso ejemplar de “Las virtualidades dogmáticas de la negación de los fines de la pena”, como la categoriza el iusfilósofo argentino. Sus tres capítulos son: “Aproximación a la doctrina”; “Una primera observación (en torno de las excepciones a la doctrina)”; y “Análisis de la doctrina del fruto del árbol venenoso”.

Por último, en la sexta parte (“Doctrina de los fines, impunidad e inseguridad”), el profesor Siro De Martini concluye este verdadero tratado de filosofía del Derecho Penal con un capítulo sobre “Pena, justicia y sociedad”. Cierra finalmente el libro una Bibliografía de 25 páginas.

Creemos que la sola enumeración de los temas abordados en *Fines de la pena ...*, a la cual nos hemos circunscripto aquí, bastará para suscitar el interés de los especialistas por la consulta y el estudio de esta valiosa obra, infrecuente en la bibliografía internacional.

SERGIO RAÚL CASTAÑO (CONICET)

Raúl Letelier Wartenberg, *Nulidad y restablecimiento en procesos contra normas*. Editorial Civitas Thomson Reuters. Cizur Menor (España). 2011 (460 pp.).

La aparición de un libro de derecho administrativo emanado de la pluma de algún académico nacional merece siempre atención, dada la escasez de obras de esta naturaleza que engalanan nuestro discreto mundo editorial. El trabajo aquí comentado del profesor Letelier, docente de la Universidad Alberto Hurtado, goza además del mérito de haber sido publicado en tierras españolas, habiéndose desprendido de su tesis doctoral, defendida en la Universidad Carlos III.

El tema sobre el que versa la tesis es de una importancia superlativa. En ella se examinan los *efectos* de la invalidez, aspecto de particular interés en derecho administrativo chileno contemporáneo. Habiéndose fijado en sus rasgos generales las características de la nulidad de los actos administrativos a través de dos sentencias fundamentales de la Corte Suprema, *Pérsico Paris* de 1997 y *Aedo Alarcón* de 2000, el empeño más importante hoy en día es precisamente el de fijar las líneas del régimen que han de seguir los *efectos* de los no-actos.

En ello, ha de lamentarse que el autor se haya consagrado exclusivamente al examen del derecho español, sin siquiera rozar, a modo de contrapunto, el caso del derecho chileno. Aun así, resulta importante poner de relieve ciertos aspectos, tanto generales como específicos.

En cuanto a lo general, en primer lugar ha de subrayarse el *normativismo* propugnado por el autor, quien llega a calificar el amparo de ciertos efectos emanados del no-acto como un caso de “legalización” (p. 208) y a sostener que “lo ilegal no puede sobrevivir, sólo lo que tiene un soporte normativo puede ser reconocido por el Derecho” (p. 317). Esta posición de Letelier no es *per se* criticable –por lo demás, es frecuentemente sostenida hoy en día– y, de hecho, ha de elogiarse la sinceridad con que la propugna, pues facilita el acercamiento a su forma de tratar los temas en la obra; pero no nos parece que sea la forma adecuada de enfrentar el problema de la nulidad. El movimiento, a nuestro juicio, es el inverso, tal como lo describieron los romanos. *Non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat* (D. 50.17.1): no se desprende el derecho a partir de la regla, sino que de lo que es derecho se hace la regla. Esta oposición de las dos formas de entender el derecho no debiera sorprender a nadie: está presente desde los orígenes de esta disciplina, y probablemente se perpetuará hasta el fin de los tiempos. Letelier, legítimamente, sigue una de ellas, la que sencillamente no compartimos; una explicación más vasta sobre esta preferencia excedería largamente los propósitos de esta recensión.

La segunda observación general es bastante más delicada y merece ser advertida con particular atención: la obra de Letelier *parece ser impermeable* –y probablemente indiferente– a la *construcción dogmática de la teoría de la invalidez*, que data al menos desde la Antigüedad grecorromana (hay esbozos históricos en la obra –v. gr., pp. 89 y 289-294– pero tienden a restringir el alcance de esta estructura, que ha sido crucial en el desarrollo del derecho occidental hasta nuestros días). Desde aquellos tiempos, dos tipos fundamentales de invalidez han caracterizado a los regímenes jurídicos occidentales: la *nulidad*, consistente en una *invalidez actual* por la que *ipso iure* un pretendido acto no pertenece al ordenamiento jurídico, y la *anulabilidad*, una *invalidez potencial* por la que un acto, habiéndose integrado al mentado ordenamiento, puede ser desvinculado de él en razón de algún vicio. Los regímenes jurídicos de ambas son substancialmente diferentes, por ejemplo en cuanto a la prescriptibilidad y a la posibilidad de convalidar el pretendido acto. Empero, Letelier los funde a todos misceláneamente bajo la categoría de la “nulidad” a secas (ver por ejemplo pp. 42, 50 y 97), incluso contra la doctrina española más autorizada (Santamaría Pastor y García Luengo, en sus notables publicaciones de 1972 y 2002, respectivamente), y acercándose claramente al desorden dogmático propugnado por Pasquau Liaño (1997) en el área del derecho privado, el que –de manera llamativa– no aparece como consultado por el autor en la bibliografía de esta publicación.

Un ejemplo particularmente notable consiste en el empleo de la expresión *restitutio in integrum* para expresar ciertos efectos de la “nulidad” (v. gr. pp. 40, 102, 155, 172, 200), pues la *r.i.i.* nació como una de las formas pretorianas para *suplir los casos en que la nulidad no operaba* y que, sin embargo, atentaban contra la justicia: así, la *r.i.i.* fue concebida como un caso de *anulabilidad*, y no de *nulidad*.

La simplificación en el tratamiento de la invalidez nos parece de particular gravedad, pues es susceptible de conducir a distorsiones en el tratamiento de los actos jurídicos. Del texto de la tesis pueden resaltarse algunos casos.

Por ejemplo, a nivel del derecho de las instituciones de la Unión Europea, la obra se enfasca en destacar como “nulidad” a los casos de *anulabilidad* que, en efecto, son descritos como tales por la propia bibliografía citada (ver pp. 204-206), sin hacer mención de la nulidad *stricto sensu* –es decir, de pleno derecho, inexistencia o cualquiera sea la fórmula que se prefiera– que la CJCE sí ha tenido la posibilidad de examinar (ver, v. gr., las conclusiones Roemer sobre *Société anonyme Cimenteries C.B.R. Cementsbedrijven N.V.*, de 1967, y las sentencias del 8 de julio de 1999, *Hüls AG, Hoechst AG, Shell International Company, Montecatini SpA y Chemie Linz GmbH*).

Mas los ejemplos pueden ser multiplicados, en aspectos de índoles bien diversas. Así se comprende también que el autor, respecto de la *nulidad*, emplee erróneamente el término “supresión” (p. 160) y sugiera una validación que en realidad no existe (p. 162); y proponga, respecto de la *anulabilidad*, una eficacia general *ex nunc* que parece más que discutible (pp. 57 y 307), habiendo la propia jurisprudencia española sostenido lo contrario (ver, a modo solamente indicativo, TS, 26 de septiembre de 1988, RJ 1988, n° 7262), a más de voces importantes de la doctrina (Santamaría Pastor y García Luengo, en cuyo detalle no entraremos).

Empero, las observaciones ya realizadas no deben disuadir al lector de emprender una inmersión en este trabajo, principalmente porque son tratados, y de pertinentísima manera, varios temas de relevancia capital en el tratamiento de la invalidez.

En primer lugar, Letelier *restituye la importancia del “restablecimiento” en el tratamiento dogmático de la invalidez* (ver, v.gr., p. 43 y, de manera muy notable, pp. 179-186). Esta alianza entre los dos planos, que pareciera ínsita a esta materia, ha sido cuestionada en recientes obras nacionales (ver Jara Schnettler, 2004), mas el esquema preferible es el que emergió de la sentencia *Aedo Alarcón*: el tratamiento del no-acto y de sus efectos no es monolítico, sino que exige una *articulación* entre dos planos que, distintos, deben ser *coordinados* (ello no obsta a que la solución propuesta para el plano de los efectos en dicha sentencia sea criticable, pero ello es una historia aparte).

En segundo lugar, esta tesis cuestiona de manera crítica ciertas instituciones que, en nuestros días, parecen moneda corriente. Así, su análisis de la *presunción de legalidad* concluye indicando que ninguna de las argumentaciones que la propugnan parece totalmente coherente (pp. 235-258). Y de su examen de la *seguridad jurídica* y de la *confianza legítima* (pp. 209-218) se desprenden los riesgos de la aplicación de estos pretendidos principios, en razón de su indeterminación (añadiríamos nosotros, en razón de la *inseguridad* y de la *desconfianza* que sus hipertrofias podrían endilgar a cualquier ordenamiento jurídico).

En tercer lugar, Letelier emprende un interesante análisis de la invocación de la categoría de los *derechos fundamentales* para los casos de nulidad, indicando los riesgos que esta exploración conlleva (pp. 330-338), lo que debe ser enlazado con una de sus principales conclusiones: “mientras más débil es la derivación del principio en aplicación, más fuerte debe ser el debate interpretativo acerca del contenido sustantivo de la norma jurídica a aplicar” (p. 399). A nuestro juicio, los llamados “derechos fundamentales” pueden ser un interesante instrumento de

protección de las relaciones jurídicas, pero el hecho de pretender fundar toda la reflexión jurídica sobre ellos no sólo sería peligroso, sino propiamente antijurídico. El riesgo no es sólo aquél de una especie de “absolutismo normativo-constitucional”, sino que –más jurídicamente– el de un desprecio de la sutileza propia al arte y ciencia del Derecho. No es una coincidencia que lo más eminentemente jurídico nos haya sido históricamente dado por la venerable *jurisprudencia*, la prudencia en el derecho: nada más lejano a una tal prudencia sería la invocación de un “derecho subjetivo” o de una norma para desprender *automáticamente* una solución. La belleza de esta disciplina radica, precisamente, en que el *discernimiento* es indispensable para aproximarse a la solución correcta. Quien pretenda llegar a *lo justo* por vías maquinales, se engañará a sí mismo y, tratándose de una ciencia social, probablemente engañará a algún prójimo.

Y, en cuarto lugar, es menester destacar la valentía de Letelier al criticar, de modo tan lúcido como irreverente, el llamado *principio de conservación* de los actos jurídicos, calificándolo como una “variable falaz para explicar por qué ciertos actos considerados ilegales producen igualmente efectos reconocidos y protegidos por el ordenamiento jurídico” (p. 355, pero el análisis se extiende entre las pp. 349-356). El mérito de esta obra al respecto no debe ser ignorado, pues si el principio de conservación de los actos jurídicos no ha provocado sino muy moderadas reverberaciones en nuestro país, en España ha suscitado las consecuencias más diversas (incluida la recepción por vía legislativa: véase el artículo 66 de la ley nº 30/1992). Si bien no propondríamos la alternativa sugerida por el autor –de corte normativista, como cabía razonablemente esperar– para resolver este problema, la saludamos por su vigor refrescante y por su pertinacia en la búsqueda de la realidad jurídica.

En síntesis: a pesar de las prevenciones efectuadas, esta obra podrá ser de provecho para la reflexión jurídica nacional en torno al problema de la invalidez. Pero ha de quedar el lector advertido: no estará frente a una obra de fácil digestión, y deberá ponerse permanentemente en guardia frente a las divergencias existentes entre el régimen administrativo español y el nuestro. Un conocimiento previo de las instituciones españolas sería muy aconsejable. Tal como el propio Letelier previene a sus lectores españoles (p. 49), frecuentemente “creemos estar hablando de lo mismo suponiendo premisas y contenidos diversos”.

GABRIEL BOCKSANG HOLA

I. CHILE

Revista de Derecho – Universidad Católica de la Santísima Concepción, N° 21/2010-2.

De interés, Demanda peruana ante la Corte Internacional de Justicia, el tiempo y el silencio (H. Varela Valenzuela), La cosa juzgada en las acciones colectivas, discriminación y debido proceso (F. Muñoz L.), Acerca de la naturaleza objetiva de responsabilidad por falta de servicio: una serie de problemas aún por resolver (P. Vivanco L.), El derecho eclesiástico del Estado de Chile: novedades recientes (C. Salinas Araneda) y La admirable formación canónica de un obispo chileno del siglo XIX (A. Dougnac).

Revista de Derecho – Universidad Católica de Valparaíso, Vol. XXXV-2010, II.

El teletrabajo como alternativa para promover y facilitar la conciliación de responsabilidades laborales y familiares (E. Caamaño R.), El derecho penal frente al terrorismo. Hacia un modelo punitivo particular y el tratamiento de la tortura (R. Carnevali) y La cultura jurídica chilena: apuntes históricos, tendencias y desafíos (J. Baraona G.).

Revista de Derecho – Universidad Católica del Norte, Año 17, N°s. 1 y 2/2010.

Del N° 1, destacamos Las normas administrativas y el sistema de fuentes (E. Cordero Q.) y La summa divisio iuris público/privado de las disciplinas jurídicas (A. Vergara B.). Del N° 2, El suministro de información como técnica de protección de los consumidores: los deberes precontractuales de información (I. de la Maza), ¿Cabe aplicar la equidad a la ley natural? La respuesta de Francisco Suárez (J. García-Huidobro C.) y Las partes y el contenido de la legitimación activa en la cuestión de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ley (R. Pica F.).

Revista de Derecho – Universidad Austral de Chile, Volumen XXIII, N°s. 1 y 2/2010.

Del N° 1, El reconocimiento del matrimonio religioso en le derecho positivo del Estado de Chile (C. Salinas Araneda), Aproximación conceptual y crítica del

neoconstitucionalismo (E. Aldunate L.), Estado actual del control de legalidad de los actos administrativos. ¿Qué queda de la nulidad de derecho público? (J. Bermúdez S.), La potestad legislativa, los tipos de ley y sus relaciones internas en el derecho nacional (E. Cordero Q.). Del N° 2, Inaplicabilidad y vicios de forma, ¿Un problema resuelto? (S. Verdugo R.) y El control de la representatividad adecuada de las asociaciones de consumidores en el ejercicio de las acciones colectivas (M. Aguirrezabal G.).

Revista de Derecho Público – Universidad de Chile, N° 73/2010.

De interés, Bases constitucionales del principio de transparencia (E. Navarro B.), Banco Central y Congreso Nacional: una mirada a los mecanismos de rendición de cuentas (S. Soto V.), El derecho fundamental a vivir en un ambiente libre de contaminación como derecho social (P. Espinoza L.) y Acuerdos extrajudiciales antimonopólicos y principio de eficiencia (D. Valdés P.).

II. EXTRANJERO

Revista de Derecho – Universidad de Montevideo, N°s. 17 y 18/2010.

Del N° 17, de interés El no reconocimiento de los derechos adquiridos en el derecho ambiental (N. Veloso), Enseñanza religiosa en la educación pública: marco constitucional uruguayo (A. Durán Martínez), La religión en la educación pública uruguaya: régimen legal (F. Rotondo), Principio de igualdad (M. Fornella). Del N° 18, Dialéctica y derecho humanos (M. Lezica), Legitimación activa por daños causados por conductas anticompetitivas (A. Mendive) y Sobre soluciones posibles a los problemas organizativos del contencioso anulatorio (C. E. Delpiazzo).

Estudios de Derecho – Universidad de Antioquia/Colombia, N°s. 148/2009 y 149/2010.

Del N° 148, El derecho de petición individual en el sistema interamericano de derechos humanos y medidas interinas y provisionales (J. I. Acosta-M. C. Maya), La problemática conceptualización del terrorismo de Estado (J. M. Cárdenas), Constitución y provisión e irradiación constitucional, sobre el concepto de neoconstitucionalismo (L. García J.) y La función administrativa: una mirada desde el derecho colectivo al acceso y eficiente prestación de los servicios públicos (H. D. Vergara). Del N° 149, La participación ciudadana en Colombia: perspectiva constitucional y normatividad estatutaria (C. F. Echeverri), Principio de buena fe y responsabilidad de la Administración Pública (R. J. Ospina) y El enfoque de la gobernanza en el estudio de las transformaciones de las políticas públicas (A. V. Vásquez).

Prudentia Iuris – Universidad Católica de Buenos Aires, N^{os}. 68-69/2010.

El derecho natural y el nuevo paradigma del derecho (D. A. Herrera), La contribución del matrimonio al bien común: perspectivas y desafíos (J. N. Laferriere), Inconstitucionalidad de la ley 26.618 de 2010. Su reforma. El matrimonio es un bien jurídico exclusivo del varón y de la mujer, como tales. Es indisponible por el Estado (C. E. Arias), El matrimonio y la utopía de la neutralidad de género (U. C. Basset), Incidencia de la constitución matrimonial en la consecución del bien común (A. G. Pastore) y Fundamento iusfilosófico de la privacidad y del derecho subjetivo de protección de los datos personales (Cl. P. Grosso).

Anales – Universidad Nacional de La Plata, Año 7, N^o 40/2009-2010.

De interés, La crisis del régimen. El final de la dependencia/1810 (E. Martíre), La Constitución de Cádiz de 1812: su influencia en el movimiento emancipador y en el proceso constituyente (A. Dellavia), La influencia del contexto internacional en el pensamiento de los revolucionarios de mayo (B. Tondini), El sistema argentino de control judicial de la Administración (T. Hutchinson), El recurso extraordinario de inconstitucionalidad y la declaración de inconstitucionalidad de oficio (V. L. Anselmino) y Medidas cautelares, anticipatorias y de urgencia en el proceso de amparo (R. O. Berizonce).

Revista de Informação Legislativa – Senado Federal del Brasil/Brasilia, N^o 188/2010.

De interés, El régimen de los derechos sociales (J. Miranda), La segunda generación del mandato de "injunção" (W.C. Rothenburg), Aspectos conceptuales del permiso ambiental en la conservación de los recursos naturales no renovables, exploración de petróleo y gas natural en Brasil (C. J. Machado-R. M. Vilani), Brasilia: panorama jurídico-histórico; en torno a la legislación fundadora de Brasilia (I. Noronha), Notas sobre la efectividad del derecho a la salud (H. E. M. Correa Urbano) y Anemia del proceso constitucional objetivo (R. Gugliano).

Icade – Universidad Pontificia de Comillas/Madrid, N^o 82/2011.

Destacamos, Interpretación y creación judicial del Derecho. La tensión entre constitucionalismo y democracia (J. L. Rey Pérez), La interpretación constitucional, problemas de método e intérprete (F. de Montalvo), Anfibología, retórica y hermenéutica en el mundo del derecho (L. Bueno Ochoa), Filosofía, hermenéutica y filosofía del derecho (J. Almuquera), Las ilusiones del normativismo en la crítica de la hermenéutica (F. Zanusso) y Hermenéutica y ley analógica. La concepción del derecho en Michel Bastit (R. Vega).

Direito – Universidad de Santiago de Compostela/España, Vol. 19, N^{os}. 1 y 2/2010.

Del N^o 1, de interés La posición singular del Presidente de la Junta de Galicia en el sistema institucional autonómico (J. A. González-Ares) y El derecho problemático en el marco del Espacio Europeo de Educación Superior (la lección magistral adaptada y el estudio de casos (M. Medina Alcoz). Del N^o 2, Transparencia, buenas prácticas y gestión de calidad en la actividad de la Administración Pública gallega (M. Almeida-D. Santiago Iglesias) y El derecho a la intimidad y el fenómeno de la extimidad (D. García Fernández).

Revista de Derecho Político – Universidad Nacional de Enseñanza a Distancia/Madrid, N^{os}. 77 y 78/2010.

Del N^o 77, destacamos La reforma constitucional de la Corona (J. Oliver Araujo), La restricción de los derechos fundamentales, su fundamento constitucional (M. J. Cabezudo Bajo) y El derecho a reparación a las víctimas en el derecho internacional (L. M. Cruz). Del N^o 78, Terrorismo y principio democrático (A. Torres del Moral), El derecho al trabajo y los extranjeros irregulares (R. Uriarte), La legislación antiterrorista tras el 11-S: la experiencia francesa (A. Barrero) y La nueva Unión Europea: de la doble personalidad a la crisis de la personalidad (J. R. Canedo-L. I. Gordillo).

Universitas – Pontificia Universidad Javeriana/Bogotá, N^o 121/2010.

Destacamos, La ponderación o la débil frontera entre la arbitrariedad y el uso legítimo de la discrecionalidad (S. Estrada-Vélez), El control judicial de las políticas públicas como instrumento de inclusión de los derechos humanos (M. F. Quinche-Ramírez, J. C. Rivera-Rugeles), El interés legítimo y la noción de reparación de los derechos fundamentales (L. F. García-López) y Sobre esclavos, guildas y los orígenes del secreto comercial (E. Varela-Pezzano).

Revista de la Facultad de Derecho – Universidad de la República/Uruguay, N^o 29/2010.

De interés, Organización institucional en el sector energético en el Uruguay y participantes en el mismo (J. A. Alem), Una expresión tocquevilliana en el Río de la Plata: el pensamiento político de Bernardo P. Berro (L. M. Delio Machado) y El tribunal Internacional de derecho del Mar (J. M. Rivero Godoy).

NOTICIAS

Reunión de ICUSTA, Manila, Filipinas

La Fundación Angelicum, encabezada por su presidente Gerardo Rocha Haardt, realizó su primera gira internacional para participar en la reunión bianual del Consejo de Universidades Santo Tomás (ICUSTA), celebrada en Manila, Filipinas entre el 26 y el 29 de enero pasado. La organización agrupa a 22 universidades de los cinco continentes.

La reunión coincidió con la celebración de los 400 años de existencia de la Universidad Santo Tomás de Manila, la más antigua de la región.

Los objetivos de la participación de la Fundación Angelicum fueron cumplidos ampliamente, por la decisión unánime que resolvió su incorporación como nuevo miembro asociado a ICUSTA.

Ello permitió recoger los frutos de la abnegada y encomiable labor internacional desarrollada por el Fundador de la Organización, Doctor Gerardo Rocha Vera, quien recibió un sentido reconocimiento de parte de las más altas autoridades eclesíásticas y académicas participantes en el evento.

Asimismo, el Comité Ejecutivo de ICUSTA resolvió aprobar el establecimiento de un Fondo Solidario de Becas para alumnos en estado de vulnerabilidad, ofrecidas por la Fundación Angelicum.

La próxima conferencia del Consejo de ICUSTA se realizará en La Roche, Francia, en 2013 y será organizada por el Institut Catholique d'Etudes Superieures, presidido por el Profesor Hervé Magnouloux.

En representación de la Universidad Santo Tomás de Chile participaron también su Rector Nacional Jaime Vatter, el Director Ejecutivo Marcos Buchi y su Director de Proyectos Internacionales, Roberto Lafontaine.

La delegación de la Fundación Angelicum fue recibida por el Embajador de Chile en Manila, Roberto Mayorga, y la Embajadora de Filipinas en Santiago, María Consuelo Puyat-Reyes. Asimismo el Alcalde de la ciudad de Manila, Alfredo S. Lim, le brindó una recepción oficial y ofreció un almuerzo en honor de la delegación chilena.

La delegación continuó con su visita internacional, tanto en China y Japón, y se retomaron los contactos con las diversas autoridades y amigos del Fundador.

Finalmente, la delegación fue recibida por las Embajadas y Consulados de Chile en los países del Asia Pacífico que fueron visitados, recibiendo una útil información sobre la realidad política, social y económica de cada uno.

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 disponibles del 8 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

