

# IUS PUBLICUM

---

Nº 28 / 2012



Escuela de Derecho  
Universidad Santo Tomás





# IUS PUBLICUM

---

Nº 28 / 2012

Escuela de Derecho  
Universidad Santo Tomás

© Universidad Santo Tomás, 1998  
ISSN 0717- 4063

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

IUS PUBLICUM

Publicación semestral de la Escuela de Derecho  
Universidad Santo Tomás

DIRECTOR:

Prof. Eduardo Soto Kloss

CONSEJO CIENTÍFICO:

Prof. Álvaro D'Ors (†) - 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 Antonio de Nebrija / 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 - 6° 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 - 6° piso (edificio Rectoría) - Santiago de Chile.

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

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

Vol. 14 N° 28

MARZO 2012

# ÍNDICE

## ESTUDIOS

HERNÁN CORRAL TALCIANI: <i>El origen del adagio Qui tacet, consentire videtur</i> .....	11
SERGIO RAÚL CASTAÑO: <i>¿Es el bien común un conjunto de condiciones?</i> ..	17
CARLOS GABRIEL ARNOSSI: <i>Acerca de la “legítima sana laicidad”</i> .....	35
MIGUEL AYUSO: <i>Sobre la ética pública: una visión problemática</i> .....	43
GERMÁN MASSERDOTTI: <i>Arturo Enrique Sampay y su interpretación del artículo 19 de la Constitución Nacional Argentina. El influjo de Tomás de Aquino en el derecho constitucional argentino</i> .....	55
PATRICIO MUÑOZ DÍAZ: <i>Vidas paralelas del control de constitucionalidad de normas legales vigentes en Chile y Francia</i> .....	67
GABRIEL BOCKSANG HOLA: <i>Las fuentes del derecho administrativo chileno antes del Código Civil</i> .....	89
EDUARDO SOTO KLOSS: <i>¿Es la “falta del servicio” el régimen francés de la responsabilidad del Estado Administración? (A propósito de Seguel Cares, Fernández Rodríguez y Delorenzo Galilea)</i> .....	103
FABIÁN HUEPE ARTIGAS: <i>¿Es procedente fundar la responsabilidad del Estado en el artículo 2314 del Código Civil respecto de las instituciones excluidas de la falta de servicio? Análisis crítico</i> .....	121
SEBASTIÁN LEWIS: <i>El solve et repete y el Tribunal Constitucional de Chile</i> ...	151
MAURO RONCO: <i>La imputación del hecho ilícito penal</i> .....	169
EUGENIO PÉREZ DE FRANCISCO, LUIS ARMANDO GARCÍA SEGURA: <i>Estaba escrito: lectura de los hechos alrededor de la muerte de Muamar el Gadafi</i> .....	185

## IN MEMORIAM

MARCELO ELISSALDE MARTEL: <i>Manuel Fraga Iribarne (1922-2012)</i> .....	197
--	-----



## CRÓNICA

<i>Reflexiones éticas:</i> HÉCTOR H. HERNÁNDEZ, HERNÁN CORRAL TALCIANI, JOHN II HORVAT, JAIME ARANCIBIA M. <i>Reflexiones fuertes:</i> JOAQUÍN GARCÍA HUIDOBRO, RAFAEL CAVIEDES.....	201-218
--	---------

## DOCUMENTOS

S.S. BENEDICTO XVI: <i>Discursos a los administradores del Lacio y del ayuntamiento y de la provincia de Roma - Visita Pastoral a Aquilea y Venecia. Encuentro con el mundo de la cultura y de la economía - Viaje Apostólico a Croacia (4-5 de junio de 2011). Encuentro con exponentes de la sociedad civil, del mundo político, académico, cultural y empresarial, con el cuerpo diplomático y con los líderes religiosos - Viaje Apostólico a Alemania. 22-25 de septiembre de 2011. Ceremonia de bienvenida - Celebración ecuménica - Encuentro con los representantes del Consejo de la "Iglesia Evangélica en Alemania" - En el Parlamento Federal - A seis nuevos embajadores ante la Santa Sede - Viaje Apostólico a Madrid con ocasión de la XXVI Jornada Mundial de la Juventud (18-21 de agosto de 2011). Encuentro con los jóvenes profesores universitarios - A los participantes en la Conferencia Internacional sobre células madre - Mensaje para la celebración de la XLV Jornada Mundial de la Paz. 1 de enero de 2012.</i> MONS. HÉCTOR AGUER: <i>La ideología de género</i> .....	221-259
--	---------

## JURISPRUDENCIA

Corte Suprema. 7.11.2011. Díaz Guajardo con Fisco (Nulidad de Derecho Público / DL N° 2695, de 1979), comentario G. Bocksang .....	263
--	-----

## RECENSIONES Y RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

### RECENSIONES

SERGIO RAÚL CASTAÑO: <i>Interpretación del poder en Vitoria y Suárez. Cuadernos de Pensamiento Español</i> (Luis E. Roldán).....	271
--	-----

RESEÑA DE REVISTAS .....	276
--------------------------	-----

EDICIONES IUS PUBLICUM .....	283
------------------------------	-----

ESTUDIOS



## EL ORIGEN DEL ADAGIO *QUI TACET, CONSENTIRE VIDETUR\**

*Hernán Corral Talciani\*\**

El adagio no aparece en las fuentes del derecho romano, sino en el *Corpus Iuris Canonici*, concretamente en el título 12, del libro V, del llamado *Liber Sextus* de las Decretales dedicado a las *regulae iuris*. La regla 43 de dicho título era justamente “*qui tacet, consentire videtur*”. Curiosamente, la regla es seguida de otra que manifiesta el criterio contrario: “*is, qui tacet, non fatetur, sed nec utique negare videtur*” (*Liber Sextus Decretalium*, lib. V, título XII, regla 44).

Buscando el origen de esta consagración normativa<sup>1</sup> se ha advertido que el autor de esta parte del *Liber Sextus* fue Dino da Mugello (1250-1303), a quien el Papa Bonifacio VIII le encargó colaborar en la redacción (1296 a 1298). Dino no sólo redactó este catálogo de reglas sino que elaboró un comentario sobre ellas: *Dyni Muxellani Comentaría in regulas iuris Pontificii cum additionibus*<sup>2</sup>.

Pero Dino no era canonista, sino un discípulo de la Escuela de los glosadores de la Universidad de Bolonia y por tanto un experto en el llamado derecho civil común, que se estaba formando sobre la base del comentario del *Corpus Iuris* justinianeo. En la época era profesor en las Universidades de Bolonia y Nápoles<sup>3</sup>.

---

\*El texto forma parte de un trabajo mayor titulado “Qui tacet, consentire videtur. La importancia de una antigua regla canónica en el juicio contra Tomás Moro”, publicado en *Ius Publicum* vol. 51, 2011, 137-160.

\*\*Profesor de Derecho Civil, Universidad de los Andes.

<sup>1</sup>En esta parte seguimos el estudio de Gema Tomás, “Fuentes jurídicas del principio qui tacet, consentire videtur. Realidad jurídica versus difusión social”, en *Revue Internationale de Droits de l'Antiquité* L (2003), 383-399.

<sup>2</sup>Existe edición de Lyon, 1583: Cfr. Rafael Domingo y Beatriz Rodríguez-Antolín, *Reglas jurídicas y aforismos*, Aranzadi, Pamplona, 2000, 10. El comentario de la regla *Qui tacet* aparece en la p. 227 del Comentario (cfr. R. Domingo, R. y B. Rodríguez-Antolín, *Reglas... cit.*, 112).

<sup>3</sup>G. Tomás, “Fuentes jurídicas...” cit., 386. Según Javier Hernanz Pilar, “Dino del Mugello”, en *Juristas Universales*, Rafael Domingo (edit.), Marcial Pons, Madrid, 2004, t. I, 488-490, no es que Dino desconociera totalmente el derecho canónico como afirma su coetáneo Juan de Andrés, sino que se sirve de él de forma limitada, como un complemento adecuado de sus amplios conocimientos en derecho civil.

¿Cómo pudo este jurista de la escuela de Bolonia llegar a formular una regla que no aparecía en las leyes romanas que eran las que él dominaba? Al parecer, ello se debe a que sí existían textos romanos que en ciertos casos equiparaban el silencio a un asentimiento, contrariando el texto de Paulo recogido en D. 50, 17, 142, que le negaba eficacia: “*qui tacet, non utique fatetur; sed tamen verum est, eum non negare*” (“El que calla ciertamente que no confiesa; pero, sin embargo, es verdad que no niega”). Estos casos son: la hija de familia que no se opone a los esponsales que le prepara el *pater* se entiende que consiente en ellos (D. 23, 1, 12 pr. que conserva un texto de Ulpiano); el padre de familia que no se opone a los esponsales o al matrimonio de un hijo se supone que asiente (D. 23, 1, 7 § 1, esta vez con un texto de Paulo citando la opinión de Juliano, y D. 49, 15, 12 § 3, con texto de Trifoniano); el padre que, pudiendo oponerse al préstamo hecho al hijo, guarda silencio se entiende que asiente de modo que no se aplica el senadoconsulto macedoniano (D. 14, 6, 12; D. 14, 6, 16; ambos con textos de Paulo); el acreedor que guarda silencio y padece sin protestar no puede ejercer la *actio tributoria* en contra de la distribución del peculio del hijo o esclavo realizado por el *pater* o amo (D. 14, 4, 1 § 3, con un texto de Ulpiano); la hija que evidentemente no contradice la acción del padre que reclama la dote se entiende que consiente (D. 24, 3, 2, § 2, con texto de Ulpiano, que cita un rescripto del Emperador Antonino)<sup>4</sup>. A todos estos casos puede añadirse la renovación tácita del arriendo de predios rústicos para la que basta el mero silencio, como sostiene Ulpiano en otro pasaje del Digesto (D. 19.2.13 § 11).

Se advierte que no es un silencio cualquiera, sino más bien una ausencia de oposición estando consciente de lo que sucedía. Más que consentir, era un no contradecir algo que se conoce y se sabe: “es importante esa idea de que el silencio sea consciente porque precisamente la *scientia* permite calificar al silencio de responsable y atribuirle consecuencias jurídicas”<sup>5</sup>.

Con estos textos, los glosadores estaban tratando de elaborar principios generales sobre el significado jurídico del silencio. Al parecer se distinguía entre casos en los que se pretendía que el que callaba quedara obligado y casos en los que se le privaba de impugnar una situación o ejercer una acción. En los primeros, la *taciturnitas* no tenía, salvo excepciones, valor jurídico: el silencio no es manifestación de voluntad de obligarse: quien calla, no dice nada. Pero en los segundos, la *patientia*, el someterse o padecer una situación sin oponerse puede hacer perder el derecho a impugnar o a accionar porque con su pasividad ha dado a entender que asiente a la situación y no puede ahora desconocerla. Aquí se ponen los casos recién mencionados relativos a los esponsales, matrimonio, sena-

---

<sup>4</sup>Ver estos casos en G. Tomás, “Fuentes jurídicas...” cit., 391-392.

<sup>5</sup>G. Tomás, “Fuentes jurídicas...” cit., 393.

doconsulta macedoniano y acción tributaria. A ello se agrega que cuando se trata de situaciones procesales (*praeiudicium* o *exceptio*) también el silencio puede tener efectos de asentimiento.

Esta fue la base normativa que utilizó Dino para, por medio de una operación inductiva, acuñar junto a la regla de que el silencio no produce efectos, que ya se encontraba en el Digesto, otra paralela pero en sentido inverso y que formuló como "*qui tacet, consentire videtur*". Por la semejanza de expresiones es posible que la fuente más próxima sea la del texto de Ulpiano sobre la renovación del arriendo; allí Ulpiano declara: "*hoc enim ipso, quod tacuerunt, consensisse videntur*" ("porque por lo mismo que callaron, se considera que consintieron") (D. 19.2.13 § 11).

Que el terreno para la consagración de la regla estaba suficientemente abonado lo demuestra su favorable acogida y la total ausencia de críticas a la operación inductiva de Dino, por más que hoy se la estime indebida por excesiva<sup>6</sup>. En primer lugar, debe constatar que en el derecho canónico antiguo (anterior al siglo XIII) había varios casos en los que el silencio se interpretaba como conformidad. Se trataba de casos en los que concurría un interés superior que permitía exonerar de una expresión formal del asentimiento y en que la no oposición podía presumirse como una voluntad de asentir. Así sucede cuando un esclavo se ordena o profesa los votos religiosos, y el dueño no se opone, se entiende que da su consentimiento para manumitirlo (Decreto de Graciano Dist. 54, c. 2; Dist. 54, c. 20); o si la hija quiere hacer votos sagrados, basta que los padres no digan nada para estimar que consienten (Decreto de Graciano causa XX, q. II, c. 2); finalmente, si uno de los cónyuges desea entrar en religión, basta el silencio del otro para considerar que no hay oposición<sup>7</sup>.

No hay certidumbre de que estos precedentes canónicos hayan sido tomados en cuenta por Dino para formular la regla, porque es bien probable que no los conociera<sup>8</sup>. Pero sin duda estos textos han contribuido a que la regla fuera aceptada fácilmente una vez que fue consagrada en *Liber Sextus* de las Decretales por los canonistas que sí los manejaban.

Más tarde, del *Corpus Iuris Canonici* la regla emigraría hacia el Derecho común medieval. El mismo Dino la introdujo en una glosa al texto de D. 1.7.5, en el manuscrito Vat. lat. de 1412, que se conserva en la Biblioteca Apostólica Vaticana; tratando de la adopción, la nota se inicia con las palabras "No[ta] ex [lege] In adoptionibus (Dig. 1.7.5) quod qui tacet

---

<sup>6</sup>Así, G. Tomás, "Fuentes jurídicas..." cit., 396-397.

<sup>7</sup>Cfr. G. Tomás, "Fuentes jurídicas..." cit., 387-388 y 395 nt. 35.

<sup>8</sup>G. Tomás, "Fuentes jurídicas..." cit., 394, aunque señala que en el *Liber Sextus* se reproducen también casos de silencio entendido como afirmación que estaban antes en el Decreto, como en la regulación del proceso canónico y en la de los esponsales de los hijos (cfr. 394, nt. 29).

consentit”<sup>9</sup>. Luego fue incorporada en varios repertorios de reglas jurídicas que se aplicaban al derecho general y no sólo a materias canónicas<sup>10</sup>.

Ya sea por influjo directo del derecho canónico, o por intermedio del derecho común medieval (el *civil law*), la regla fue recibida por el antiguo derecho inglés: el *common law*, aún en formación.

Un ejemplo de la alegación de la máxima en Inglaterra puede encontrarse en el proceso contra el Prior de Leeds (Kent) de 1442, bajo el reinado de Enrique VI. El Prior en recompensa por los aportes hechos al rey en la guerra contra Francia fue autorizado a colacionar el título de la provincia de Canterbury, pero luego fue exceptuado por licencia del Rey (*letters patent*) en razón de su mala salud y de sus deberes para con el servicio divino. En estas circunstancias la Corona requirió el dinero directamente de los obispos de la provincia. La cuestión llegó a la *Court of Exchequer*, y los barones se dividieron entre los que opinaban que las *letters patent* reales debían admitirse como excusa del Prior y aquellos que sostenían la negativa. El caso fue promovido para la consideración de las cortes superiores, reunidas en la *Exchequer Chambre*. Los antecedentes muestran que la opinión mayoritaria de los jueces fue que las *letters patent* no podían ser consideradas base legal de la excepción. En lo que nos interesa, una de las razones que se invoca en favor de esta conclusión es que el Prior debía haber requerido la excepción en la *Convocation* eclesiástica y como no lo había hecho debía entenderse que había consentido tácitamente en servir el cargo. Este fundamento fue apoyado por el Lord Canciller “quien citó la máxima del derecho civil [*civil law*], ‘Qui tacet, consentire videtur’”<sup>11</sup>.

La máxima fue acogida por las *Eight Centuries of Reports* de David Jenkins (case 64, p. 32)<sup>12</sup>, y de allí es reconocida como una máxima aplicable en el Derecho inglés. Así, por ejemplo, aparece en el famoso e influyente *Black’s Law Dictionary* en su primera edición de 1891<sup>13</sup>.

En su calidad de regla de derecho: *regula iuris*, es considerada fuente del *common law*. Estas reglas se suelen clasificar en tres grupos: las que provienen directamente del derecho romano; las que provienen de textos

---

<sup>9</sup>Tomamos la referencia de Andrea Errera, “*Alle origine della scuola del commento: le additiones all’apparato accursiano*”, en *Studi di Storia del Diritto Medioevale e Moderno*, a cura di Fillipo Liota, Monduzzi, Editore, Bologna, 2007, 2, 82.

<sup>10</sup>G. Tomás, “Fuentes jurídicas...” cit., 397-398.

<sup>11</sup>Paul Vinogradoff, “*Constitutional History and the Year Books*”, en *The Law Quarterly Review* 29, 1913, 283.

<sup>12</sup>David Jenkis, *Eight centuries of reports: or, eight hundred cases solemnly adjudged in the Exchequer-Chamber, or, upon writs of error*. Published originally in French and Latin, by Judge Jenkins. Carefully translated by Theodore Barlow of the Middle-Temple, printed by His Majesty’s law printers, for Edward Brooke (successor to J. Worrall and B. Tovey) at the Dove in Bell-Yard near Temple-Bar, London, 1777, First Century, case XIV, 32.

<sup>13</sup>Henry C. Black, *Dictionary of Law Containing Definitions of the Terms and Phrases of American and English Jurisprudence, Ancient and Modern*, 1891, p. 983: “*Qui tacet, consentire videtur. He who is silent is supposed to consent. The silence of a party implies his consent...*”.

romanos alterados por otras fuentes y las que son autóctonas. En el segundo grupo se ubican aquellas que provienen indirectamente del derecho romano pero modificado por las leyes canónicas y como una de “las más familiares” se menciona la regla que reza *qui tacet, consentire videtur*<sup>14</sup>. Se advierte que esta regla, como otras, puede ser criticada como demasiado elástica y por ello puede provocar abusos en su aplicación, pero se señala que esta posibilidad “no debe considerarse argumento contra su validez”<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup>James Williams, “*Latin Maxims in English Law*”, en *Law Magazine and Law Review* 5th ser. 20, 1894-1895, 291-292. El autor parece entender que el adagio es tomado del Digesto 50, 17, 142, pero en verdad más que adaptar este texto la máxima canónica vino a contradecir directamente el texto romano.

<sup>15</sup>Edward Roelker, “*Introduction to the Rules of Law: Part II: Observations on the Rules of Law of Pope Boniface VIII*”, en *The Jurist* 10, 1950, 431.





## ¿ES EL BIEN COMÚN UN CONJUNTO DE CONDICIONES?\*

*Sergio Raúl Castaño\*\**

SUMARIO: I. Planteo de la cuestión que nos ocupará. II. Conjunto de condiciones y politicidad natural. 1. Una problemática inteligencia –y formulación– del concepto de bien común. 2. Sobre la tesis (madre) de la promoción y protección de los bienes particulares como fin de la comunidad política. 3. La identificación del bien común con el “conjunto de condiciones para la perfección de las personas” como una variante de la misma tesis. III. Conjunto de condiciones y realidad de la sociedad política. 1. Recapitulación. 2. Negación de las causas y negación del estatuto ontológico de la sociedad. 3. El bien común y la perfección de la persona: la solución tomista. 4. Sentido en el que puede ser lícito mencionar un “conjunto de condiciones” al referirse al bien común. 5. Equívocos a despejar. IV. Conjunto de condiciones y experiencia virtuosa. 1. Recapitulación. 2. El conocimiento práctico propio de quien obra con rectitud. 3. Conclusión. Un ejemplo existencial en el que resplandece la verdad práctica de la primacía del bien común: testimonio de patriota alemán.

### I. PLANTEO DE LA CUESTIÓN QUE NOS OCUPARÁ

Dentro de las escuelas clásico-finalistas (vinculadas doctrinalmente con la tradición política tomista) que en principio aceptan al bien común político como causa final del orden político y a la politicidad como una propiedad de la esencia humana no hay acuerdo –en especial hoy– respecto de la naturaleza y de la función de aquel fin común.

Como veremos en estas líneas, la afirmación de que el bien común consiste en un conjunto de condiciones para la perfección de las personas (y otras formulaciones reconducibles a la misma idea) entra en conflicto con 1) la tesis axial tomista de la politicidad natural; 2) la afirmación de que la sociedad (política) tiene, en tanto tal, existencia real; 3) el conocimiento moral del hombre que obra con rectitud.

---

\*Deseo agradecer ante todo a mi amigo el Prof. Eduardo Soto Kloss por el diálogo que hemos mantenido sobre estos temas a lo largo ya de diez años, diálogo que ha ayudado al planteo de las nociones aquí propuestas.

\*\*Consejo Nacional de Investigaciones Científicas. Argentina.

## II. CONJUNTO DE CONDICIONES Y POLITICIDAD NATURAL

### 1. UNA PROBLEMÁTICA INTELIGENCIA –Y FORMULACIÓN– DEL CONCEPTO DE BIEN COMÚN

Tómense algunos casos significativos: a) un relevante filósofo del derecho iusnaturalista como John Finnis. El catedrático de Oxford y de Notre Dame determina, sí, que el elemento constitutivo de un grupo como familia, equipo, Estado etc., consiste en compartir un objetivo, al cual se le llama “bien común (*common good*)”. Mas este fin constitutivo (causa final) viene definido como conjunto de condiciones (“*set of conditions*”) que capacita a los miembros de una comunidad para alcanzar por sí mismos los valores que buscaban al nuclearse<sup>1</sup>; b) un influyente filósofo social e internacionalista del pasado siglo, como J.-T. Delos. En su clásica obra *La société internationale et les principes du droit public* define a la causa final del Estado –el bien común– como el conjunto completo de las condiciones (“*l’ensemble complet des conditions*”) materiales y morales para la vida y el desarrollo de los hombres<sup>2</sup>. Tal había sido, asimismo, su concepción del bien común en la muy influyente traducción comentada de la *Suma Teológica* del Aquinate; c) un moralista como Victor Cathrein. Este autor, en las innumerables ediciones de su conocido manual –que comienzan en 1895–, ha afirmado que la causa final de la sociedad política debe definirse como el conjunto de las condiciones requeridas (“*complexus conditionum requisitarum*”) para la felicidad de los miembros de la sociedad<sup>3</sup>.

Tal concepción acerca de la causa final del grupo (en particular, en lo referente al Estado –entendido aquí como comunidad política–) aparece habitualmente recogida por la filosofía política y jurídica hispanoamericana. Así, podemos citar el ejemplo que ofrecen dos ilustres académicos y hombres públicos, como el filósofo y presidente de la corte suprema de justicia de la República Argentina Tomás Casares<sup>4</sup> y el catedrático y padre de la constitución chilena Jaime Guzmán Errázuriz<sup>5</sup>.

*Digamos desde ya que semejante caracterización de la naturaleza y de la función del fin común –malgrado su relativa vigencia doctrinal– resulta problemática. En efecto, como se mostrará brevemente infra, en esta concepción el fin común como causa final de la sociedad aparece incluso comprometido en su especificidad de causa y de fin.*

Así pues, entre quienes sostienen la causalidad social del fin aparece una cuestión a dirimir, toda vez que dentro de esas corrientes finalistas

---

<sup>1</sup>*Natural Law and Natural Rights*. Oxford. 1993, 152-155.

<sup>2</sup>París, 1950, 136.

<sup>3</sup>*Philosophia moralis*, Friburgo de Brisgovia. 1932, 411.

<sup>4</sup>*La justicia y el derecho*. Buenos Aires. 1973, 35.

<sup>5</sup>*Derecho Político*. Santiago de Chile. 1996, 30 y 31.

no hay verdadera coincidencia *in re* (real, no meramente nominal) sobre cuál sea la causa final de la sociedad. Corresponde entonces, ineludiblemente, sopesar si acaso el bien común consiste en la protección de bienes y derechos particulares; y si acaso amerita ser acriticamente aceptada *en sede científica* la formulación del bien común como conjunto de condiciones para la perfección de las personas.

## 2. *SOBRE LA TESIS (MADRE) DE LA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LOS BIENES PARTICULARES COMO FIN DE LA COMUNIDAD POLÍTICA*

### a) *Las aporías a que conduce*

A partir de las posiciones últimamente presentadas cabe considerar la posibilidad de que el primer principio del todo político pueda ser reducido a una pluralidad de fines, o al conjunto de los fines de las partes –sean o no interdependientes–. Ése sería el caso si la causa final del Estado se redujese a los derechos y bienes individuales y grupales, tal como a veces se propone.

Ante esta posibilidad, resulta razonable poner de manifiesto algunos de sus presupuestos y consecuencias. Cada uno de los bienes comunes correspondientes a las sociedades infrapolíticas es específicamente inferior al bien común político. Y su reunión total no alteraría cualitativamente su carácter infrapolítico. Además, si el fin común político consistiese en el reaseguro de los fines infrapolíticos, entonces ya no se trataría de un fin en el que se estructura un orden de perfecciones –materiales y espirituales– participables, sino de tantos fines cuantas partes haya. Con lo cual se plantean ciertas dificultades. Por un lado, el fin que aúna y unifica no es uno ni unificante, porque no es causalmente común, y aparece como formalmente múltiple. Por otro, no existe un fin distintivamente político, superior al reaseguro de los bienes grupales e individuales de las partes. Ambas dificultades comprometen la especificidad y la naturaleza de la realidad política, y son solidarias. La primera pone en tela de juicio la causación y la supraordenación de su fin propio; la segunda obscurece la necesidad de la vida política como promotora de un bien comprensivo aunque cualitativamente superior al de los grupos y los individuos.

Es necesario recordar que la nota de *común* que se atribuye al fin de la sociedad política consiste en ser común por la *causación*. Se trata, concretamente, de una causa que atrae por modo de fin, y que produce efectos en todo miembro de la comunidad de la que es causa. El bien natural perfecto (político) convoca y perfecciona como un fin que no por común deviene ajeno. No es un universal lógico, sino, precisamente, aquello que extiende su causalidad más allá de un solo individuo gracias a su valiosidad intrínseca y a su riqueza perfecta. En efecto, hay comunidad de causación si

lo común es más perfecto que lo individual; en el plano de la causalidad final esto equivale a mayor plenitud de bien. Luego, si el fin político no es más perfecto que los fines infrapolíticos no hay causa final para la sociedad política<sup>6</sup>. Ante lo cual se plantean nuevamente dos alternativas: o negar la existencia del todo de orden político (o sea, del Estado) debido a la carencia de un fin real y propio que lo origine –sobre este tema volveremos en el párrafo III, sobre “Conjunto de condiciones y realidad de la sociedad política”–. O cuestionar el carácter *natural* de la sociedad política, tal como la tradición clásica y cristiana lo ha entendido. Porque para esa tradición la nota de *natural* referida a la vida política implica el hallarse primariamente abocada a la consecución de un orden específico de bienes exigidos por la naturaleza humana y no a la evitación de daños o al subsanamiento de defectos. Es decir, la aceptación de la natural politicidad implica la aceptación de que la vida política es un *bonum honestum*, un bien en sí, y no un remedio de males, a la manera en que paradigmáticamente lo planteó Rousseau: se sufre la vida política como quien sufre se le ampute un brazo para no morir de gangrena<sup>7</sup>. Esto equivale, por un lado, a la imposibilidad de resolver el fin político en el socorro circunstancial a otros grupos (de allí que el principio de subsidiariedad mismo se desvirtúe si se lo divorcia del de la primacía del bien común, llamado también “principio de totalidad”). Así como también, por otro lado, la afirmación de la natural politicidad impide explicar la presencia de lo político a partir de insuficiencias humanas contingentes –o de un avatar histórico–<sup>8</sup>.

### b) *Su filiación doctrinal*

El principio de la politicidad natural del hombre conlleva necesariamente –lo reiteramos– la afirmación de que el fin de la sociedad política es un bien común propio y específico, irreductible y supraordenado respecto de

---

<sup>6</sup>Sobre este tema en el Aquinate cfr., entre muchos otros pasos, *Summa Theologiae*, I-IIae., 90, 2 c.: “[...] porque toda parte se ordena al todo como lo imperfecto a lo perfecto, el individuo es parte de la comunidad perfecta [...] la comunidad perfecta es la ciudad, como dice el Filósofo en el libro I de la *Política*”; I-IIae., 90, 3 ad 3: “[...] como el bien de un hombre no es el último fin, sino que se ordena al bien común, así también el bien de una familia se ordena al bien de una ciudad, que es la comunidad perfecta”; II-IIae., 58, 9 ad 3um: “el bien común es el fin de las personas singulares existentes en la comunidad” (se utiliza la *editio altera romana*, Roma, 1894). Ésta y otras cuestiones conexas son tratadas en Sergio R. Castaño, *Los principios políticos de Sto. Tomás en entredicho. Una confrontación con Aquinas, de John Finnis*, Estudio Preliminar de Camilo Tale. Bariloche. 2008; 2ª edición. La Plata. 2011.

<sup>7</sup>*Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, en *Oeuvres Complètes* (ed. de la Pléiade), t. III (*Écrits politiques*), París. 1964, 178.

<sup>8</sup>Sobre el concepto aristotélico de politicidad natural cfr. Sergio R. Castaño, “La politicidad natural como clave de interpretación de la historia de la filosofía política”, en Sergio R. Castaño-Eduardo Soto Kloss (editores), *El derecho natural en la realidad social y jurídica*, Santiago de Chile. Academia de Derecho UST. 2005, 277-307.

todos los otros fines naturales de sus miembros. Ahora bien, si la función del orden político se reduce a proporcionar ayuda para que los grupos menores alcancen sus objetivos, luego el fin mundanal de los hombres resulta ser extra- (o pre-) político. Lo político fungiría como allanador de obstáculos, o removedor de impedimentos circunstancialmente atravesados en el camino de los grupos infrapolíticos. Estos parecerían ser, de suyo, autosuficientes. Pero se encontrarían necesitados de ayuda, y sobre todo de protección. Se plantea, aquí, una situación compleja: sociedades autosuficientes requerirían la presencia de otra que, sin un fin específico, les creara condiciones favorables y las protegiera. La causa de la vida política se identificaría, entonces, con la causa de que aquellas sociedades reclamen apoyo en sus desfallecimientos y protección ante peligros. Tal causa no sería, principalmente, sino la debilidad y maldad humanas.

Esta es, precisamente, la doctrina del fundador del liberalismo político, John Locke<sup>9</sup>. En efecto, toda su caracterización del estado de naturaleza en sentido estricto es el más decisivo argumento lockeano a favor de la suficiencia de la vida prepolítica. La aparición de lo político supone un estadio lógicamente ulterior, representado por la aparición de la maldad humana y la consiguiente caída en estado de guerra (donde se echa de ver la versión secularizada del dogma del pecado original). El Estado adviene y es exigido a partir de la necesidad de evitar las injurias mutuas y de proveer seguridad a los bienes asequibles por los individuos y los grupos fuera de la órbita política. Es un reaseguro histórico de la libertad primitiva y de sus fines particulares. Lo político aparece, así, como un remedio, en la medida en que sirve para paliar los defectos del estado de guerra y no para promover una órbita de perfecciones humanas superior a las perseguidas por los grupos domésticos o económicos.

Es manifiesto el alcance de la hipótesis de tal estado de naturaleza respecto de la valoración del orden político. Ahora bien, Locke, además, confirma de manera expresa esa concepción del Estado en el parág. 128 del *Second Treatise on Government*<sup>10</sup>, al relacionar causalmente su existencia con la maldad moral. En efecto, dice allí, todos los hombres forman una comunidad, y si no fuera por la corrupción y el vicio de individuos degenerados, no sería necesario agruparse pacticiamente en sociedades menores (políticas); bastaría con la gran comunidad humana. Posiciones como la de Leo Strauss, que acercan el núcleo del pensamiento político de Locke al de Hobbes, encuentran ratificación explícita en ese pasaje<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup>En lo que sigue respecto de Locke nos servimos del capítulo sobre “El sentido de la vida política en el individualismo liberal: Locke”, en Sergio R. Castaño, *Defensa de la Política*. Buenos Aires. 2003.

<sup>10</sup>Se utiliza la edición de C. B. Macpherson. Indianapolis. 1980.

<sup>11</sup>*Natural Right and History*. Chicago. 1970, 166. En *A Letter concerning Toleration* (ed. Sherman, 16, col. 1 de la reimp. de *Great Books*, Chicago. 1952, t. 35) encontramos un pasaje paralelo.

A tenor de lo dicho, no resultaría impropio calificar como primariamente represivo el orden político. Este carácter policial del Estado aparece también explícitamente afirmado por Locke. Así, por ejemplo, en el parág. 88, en tren de distinguir las notas específicas de la sociedad política, nuestro autor señala el papel punitivo como un eje de sus funciones y de su mismo ser<sup>12</sup>.

Si la actividad del Estado se limita, básicamente, a tratar de remediar los efectos de la maldad moral, es que los fines humanos son lógicamente previos e independientes respecto del orden político. Este se justifica en la medida en que resguarde imparcial y eficazmente los bienes particulares y sus correspondientes derechos. En sentido estricto ya no puede afirmarse el bien común como fin de la comunidad política; no habría, como se ha dicho, un orden de bienes superiores participables que originara la vida del todo político en tanto tal, es decir, fines que excedieran el ámbito de los individuos o los grupos infrapolíticos.

No otra cosa afirma el *Treatise*. Constituye un tópico de la obra el aserto de que la razón por la cual los hombres se integran y permanecen en sociedades políticas es la protección de su vida, libertad y propiedad; si bien Locke prefiere hablar, concisa y significativamente, de la protección de su propiedad privada<sup>13</sup>. Locke, con todo, se refiere en un escueto pasaje al beneficio que la asistencia mutua provee a los individuos integrados en sociedad política. Sin embargo, la necesidad que esto conlleva es la de deponer la libertad natural y el poder de ejecutar propios del estado de naturaleza, para sostener el poder de la comunidad. Y, además, el fundamento de la obligación que genera consiste en la reciprocidad con que los demás observan igual conducta; es decir, la justicia de resignar el poder natural reside en la situación contractual de las partes. Se trata, pues, de una alusión aislada a la colaboración social (aunque no parece señalarse

---

<sup>12</sup>"And thus the common-wealth comes by a power to set down what punishment shall belong to the several transgressions which they think worthy of it, committed amongst the members of that society, (which is the *power of making laws*) as well as it has the power to punish any injury done unto any of its members, by any one that is not of it (which is the *power of war and peace*); and all this for the preservation of the property of all the members of that society, as far as is possible" (subr. orig.).

<sup>13</sup>Cfr. parágs. 85, 94, 120, 124, 127. El tema de la propiedad privada ocupa un lugar central en la filosofía política de Locke; un largo capítulo del *Treatise* le está dedicado. Es pertinente remarcar que la vida económica se desenvuelve ya dentro del estado de naturaleza; además, Locke da por legítima la acumulación de propiedad más allá de las necesidades, y la desigualdad social que esto provoca. Lo político aparecerá como consecuencia del desarrollo de las relaciones económicas y, puede decirse, a ellas subordinado. Respecto de este tema cfr. Leo Strauss, *op. cit.*, 234 y ss.; Norberto Bobbio, *Locke e il diritto naturale*. Turín. 1963, p. III, esp. 216 y ss.; C. B. Macpherson, *The Political Theory of Possessive Individualism*. Oxford. 1989. 197-221; Loris Ricci Garotti, *Locke e i suoi problemi*. Urbino. 1961, 69 y ss.; Álvaro Pezoa, *Política y economía en el pensamiento de John Locke*. Pamplona. 1997, esp. 115 y ss. (sobre el fin político).

como actor a la sociedad política, sino a los grupos e individuos que la integran); alusión diluida en la temática recurrente de la necesidad de un poder común protector de la propiedad, fruto de un acuerdo subjetivo. Por todo ello resulta coherente que el término –raro en Locke– de “*common good*”, estampado enseguida, sea reducido nocionalmente a la protección de la propiedad<sup>14</sup>, i. e., al conjunto de los intereses individuales.

### c) *Algunos corolarios*

Proponer la promoción de bienes infrapolíticos como fin del cuerpo político suscita ciertas aporías, cuya solución coherente demanda, sin lugar a dudas, una opción radical. La conjunción de autosuficiencia (natural) prepolítica con debilidad (¿caída?) histórica –que de alguna manera se sigue a partir de la reducción del fin político a la protección de fines particulares– es compatible con los principios contractualistas sobre el origen y la naturaleza del Estado, pero no con el de la politicidad natural. En otros términos, resulta legítimo concluir que no hay conciliación coherente entre este último principio y la tesis que se viene cuestionando. Pues tal conciliación supone aceptar posiciones contractualistas e individualistas (en sentido filosófico-social), cuyos presupuestos se hallan en franca contradicción con los del realismo clásico y tomista. Por todo ello no resulta aventurado plantear radicalmente la siguiente opción: *o se sostiene la politicidad natural, o se sostiene la promoción y protección de los bienes y derechos particulares como fin de una sociedad política que ya no tendrá carácter natural. Para el filósofo del derecho y del Estado la aceptación de una tesis implica el rechazo de la otra.*

### 3. LA IDENTIFICACIÓN DEL BIEN COMÚN CON EL “CONJUNTO DE CONDICIONES PARA LA PERFECCIÓN DE LAS PERSONAS” COMO UNA VARIANTE DE LA MISMA TESIS

Los presupuestos de esta formulación la reconducen, de hecho, a la posición que se viene criticando.

En primer lugar, si se acepta que el bien común político es la causa final de la comunidad política, luego *no se puede afirmar que la causa es condición*, pues, como leemos hasta en los manuales mismos, “*la condición es el requisito o la disposición necesaria para el ejercicio de la causalidad: algo meramente auxiliar, que hace posible o impide la acción de una causa; la condición en cuanto tal no posee causalidad.*” La existencia de adecuadas condiciones climáticas, por ejemplo, es condición para que

---

<sup>14</sup>Cfr. parágs. 130 y 131; ver, asimismo, *A Letter concerning...*, 3 col. 1 y 16 col. 2 de la ed. cit.



se desarrolle una prueba deportiva, pero no es su causa” (subr. orig.)<sup>15</sup>. Por otra parte, la concepción del bien común como condición implicaría la afirmación de los bienes particulares como causas. Respecto de éstos el bien común representaría una suerte de medio.

En función de lo antes dicho, puede afirmarse en síntesis: *si el bien común es condición para la consecución del bien particular, entonces, el bien común ni es causa (pues es condición) ni es final (porque tiene razón de medio)*. Y la causa final se identificaría, también aquí, con el conjunto de los fines particulares.

*Una vez más corresponde plantear una opción como la de marras. O se sostiene que el bien común es causa final de la sociedad o se identifica el bien común con un conjunto de condiciones. Para el filósofo del derecho y del Estado, la aceptación de una tesis implica el rechazo de la otra.*

### III. CONJUNTO DE CONDICIONES Y REALIDAD DE LA SOCIEDAD POLÍTICA

#### 1. RECAPITULACIÓN

En el anterior párrafo hemos analizado las opciones doctrinales que se imponían a partir de la asunción de ciertas tesis –que se reconducen todas a una matriz principal común–. Esas tesis son, por ejemplo, que “el fin de la comunidad política es la protección de los bienes y derechos del individuo”; o que “el fin de la comunidad política es la persona humana”; o que “el bien común es el conjunto de condiciones para la perfección de la persona”. Hemos dicho que la aceptación de tales tesis (asumidas *sensu stricto*) exige renunciar al principio de politicidad natural. Pero creemos que las consecuencias que se siguen de la asunción de esas tesis son más radicales incluso que la necesidad de renunciar al principio aristotélico y tomista de justificación de la vida política. Como corolario del anterior párrafo, esbozaremos en éste un planteo de dichas consecuencias, en el plano sistemático (es decir, con la intención de llegar “a las cosas mismas”). Se tratará de un breve intento de dilucidación de algunas consecuencias de asumir formulaciones impropias, *en sede filosófica (científica)*, a la hora de determinar la causa fundamental de la sociedad política en particular –y de toda sociedad en general–.

---

<sup>15</sup>Tomás Alvira, Lluís Clavell, Tomás Melendo, *Metafísica*. Pamplona. 1982, 187.

## 2. NEGACIÓN DE LAS CAUSAS Y NEGACIÓN DEL ESTATUTO ONTOLÓGICO DE LA SOCIEDAD

Si la comunidad política, en sentido estricto, se halla no ordenada al bien común sino al servicio del individuo (de cada individuo), luego la comunidad política es *instrumento* del individuo. Ahora bien, la causa instrumental, en tanto instrumental, no ejerce causación por su propia virtud, sino que sólo actúa movida y utilizada por la causa principal (cfr. Tomás de Aquino, *S. Th.*, IIIa., 64, 5 c.). En la causalidad instrumental se produce *una sola acción*, efectuada por la causa principal a través del instrumento (cfr. *S. Th.*, IIIa., 19, 1 ad 2).

Por su parte, el bien “común” no será propiamente tal (común y supraordenado), sino un repositorio de bienes con razón de útiles, es decir, de *medios*, necesarios para el cumplimiento del fin del individuo (de cada individuo). Por ello, la causa final resultante de tal entidad colectiva no sería *una causa final* que aunase y fundase *una sociedad autárquica* –porque habría tantas causas finales cuantos individuos–; y *todos los bienes sociales (desde los políticos hasta los familiares) serían medios útiles insertos en el despliegue operativo de cada individuo persiguiendo su finalidad individual*.

Este planteo corresponde, precisamente, a la ontología social fundamental del individualismo. En efecto, las concepciones metafísicas que se hallan a la base del individualismo tienden a confundir la naturaleza de todo bien común con la de un instrumento o medio de los fines del individuo, el cual incluso a veces aparece como único y auténtico fin de la praxis. Ejemplo canoro de lo cual nos lo ofrece *La personne et le bien commun*, de Jacques Maritain, especialmente en su parte IV, referida a las relaciones entre persona y sociedad<sup>16</sup>.

Dado que la causa final es la *ratio causalitatis* de la causa eficiente, una vez negada la causación propia del bien común como causa final del orden social en tanto social, queda por necesidad tergiversada la correspondiente causación eficiente de la sociedad y de su fin. Y como consecuencia de todo ello se ve comprometida, como veremos enseguida, *la realidad misma* de la sociedad.

En efecto, si se ha aceptado que el nombre de “sociedad” significa un *ente real* (accidental, de la categoría de relación) consistente en la “unión de hombre para obrar mancomunadamente algo en común” (Tomás de Aquino, *Contra impugnantes Dei Cultum et religionem*, 2, 2) –y no una agencia instrumental que provee los bienes útiles para los individuos–, debería entonces decirse que la sociedad política no sólo no es natural (como concluíamos en el anterior parágrafo), sino que no existe en tanto

---

<sup>16</sup>Edición francesa de Desclée, 1946; hay trad. cast. de L. de Sesma. Buenos Aires. 1968 y 1981.

tal. Pues ella, de hecho, se reduciría a la mera realidad de los individuos actuantes en pos de sus fines individuales –y esta conclusión, necesariamente, le cabría a toda especie de sociedad–. Podríamos resumir nuestra tesis como sigue. Según el planteo que en el plano filosófico-social cabe denominar “individualista”, la sociedad consiste en una suma de individuos; y el fin común no es tal, sino una yuxtaposición de fines particulares. *En este planteo individualista “sociedad” es un nombre cuyo referente real no tiene existencia: “sociedad” significa un ente de razón (sin fundamento in re) que a su vez se corresponde (en la realidad extramental) con un mero agregado de individuos contiguos en el espacio y simultáneos en el tiempo, con sus respectivos intereses yuxtapuestos. En esta posición, coherentemente asumida, la sociedad, como ente real distinto de la sumatoria de sus partes, en sentido estricto, no existiría.*

La consecuencia de tales ideas en el plano axiótico es evidente. Como ya hemos mostrado en el párrafo II, si tal fuera el estatuto ontológico de la comunidad política, la vida política no resolvería su sentido y su valiosidad en un fin peraltado (un *bonum honestum principalissimum*) que no está al alcance de los grupos infrapolíticos y de los individuos obrando aisladamente –fin común coronado por el cultivo del saber, la transmisión de un talante comunitario histórico, la vida virtuosa y amical–, sino que la vida política fundaría su justificación en la necesidad de la acción de un poder que socorriera a esos individuos y que les impidiera colisionar y hacerse daño entre sí.

### 3. EL BIEN COMÚN Y LA PERFECCIÓN DE LA PERSONA: LA SOLUCIÓN TOMISTA

Pero, se preguntará: ¿y la dignidad de la persona? ¿Y el valor del hombre en su racionalidad, creaturidad, irrepitibilidad, indisponibilidad? ¿Acaso el verdadero bien de cada individuo no constituye un fin que, sobre todo hoy, no se debe negociar? ¿Entonces el bien común político es un fin ajeno al bien de cada persona? La formulación del bien común como “el conjunto de condiciones para la perfección de la persona”, ¿no representa acaso el modo de atender a estas exigencias, aunque sea con una semántica errónea?

La respuesta a esta cuestión insoslayable la ofrece la distinción metafísica clave entre fin *qui*, *quo* y *cui*, en su aplicación al bien común. Ella fue aplicada por primera vez en la época contemporánea por Pierre Philippe<sup>17</sup>; y, sobre todo, desarrollada por Louis Lachance<sup>18</sup>. En su estela

---

<sup>17</sup>Cfr. *Le rôle de l'amitié dans la vie chrétienne selon S. Thomas d'Aquin*. Roma. 1938, 40-42

<sup>18</sup> Cfr. *L'humanisme politique de S. Thomas d'Aquin*, París-Ottawa (1939 y 1965); en la ed. de 1965, 321 y ss. Esta obra maestra ha sido traducida en 2002 por la Editorial EUNSA. en edición del Prof. Juan Cruz Cruz.

también hicieron suya esta distinción en Argentina, entre otros, Guido Soaje Ramos<sup>19</sup>, Avelino Quintas<sup>20</sup> y Héctor Hernández<sup>21</sup> –y, gracias a todos ellos, quien esto escribe–. *La no ajenidad del bien común respecto de la persona se explica a partir del carácter de ésta como fin cui, sin necesidad de hacer de la persona humana el fin de la sociedad.* Sobre el fin cui dice Lachance, avalado por la autoridad de Tomás de Aquino: “[...] designa el sujeto privado de la bondad del fin y que, cuando lo alcanza, se convierte en beneficiario de sus enriquecimientos. Va de suyo que no puede haber finalidad sin que haya un sujeto al que conviene un bien cualquiera. El bien es fin y el sujeto que sufre su atracción se ordena a él. De modo que no es él quien es el fin, sino el objeto que lo atrae. Él quiere para sí el objeto que le conviene, pero la *causa*, el *motivo* por el cual lo quiere para sí reside en la bondad encarnada en el objeto” (subr. orig.). Lachance ejemplifica este principio con la relación entre Dios y las criaturas; éstas, en efecto, se perfeccionan alcanzando a Dios, pero Dios no es el medio para los fines de las criaturas. La inadvertencia de estos distingos podría llevar, por ejemplo, a postular a Dios como un medio en el camino del hombre hacia su perfección individual sobrenatural.

De entre tantas conclusiones posibles de este punto 3, sólo se nos ocurre insistir en que el objeto de la filosofía social y política es asequible a la razón natural; y que, por lo tanto, los filósofos de la sociedad, la economía, el derecho y la política, cuando hablan como tales están obligados a contribuir a la verdad atendiendo a las exigencias racionales de su objeto.

#### 4. SENTIDO EN EL QUE PUEDE SER LÍCITO MENCIONAR UN “CONJUNTO DE CONDICIONES” AL REFERIRSE AL BIEN COMÚN

En *Lecciones de Filosofía del Derecho*<sup>22</sup> Camilo Tale propone utilizar la doctrina de la analogía (de atribución) para dar lugar y justificar la inclusión del conjunto de condiciones en esta específica cuestión. Tale distingue entre *fin* y *conjunto de condiciones*, y afirma taxativamente que el bien común social y político tiene razón de fin, y que por lo tanto consiste en la perfección misma que plenifica al grupo; se trata, además, de la causa que convoca a éste y que lo constituye en su realidad de tal. Así pues, el bien común social no es –en sentido propio y estricto– ni un medio ni un instrumento. Luego, al ser fin y causa final, no puede ser definido por las *condiciones*. Ahora bien, es verdad que el fin se realiza a través de

---

<sup>19</sup>“Sobre la politicidad del derecho”, 1ª ed. 1958; reeditado en *El derecho natural en la realidad social y jurídica*, citado supra, 42-44.

<sup>20</sup>*Análisis del bene comune*. Roma. 1979 y 1988, 174 y ss.

<sup>21</sup>*Valor y Derecho*. Buenos Aires. 2000, 101 y 102.

<sup>22</sup>Córdoba (Argentina). 1995, 254-256.

ciertos medios; y si a esos medios –institucionales, ante todo– se acepta denominarlos “condiciones” (en la medida en que favorecen o allanan la acción causal), entonces cabría incluir –siempre en sentido derivado y secundario– las *condiciones* como una parte del bien común. Sin embargo, en tanto “bien común” se dice de tales condiciones de modo secundario y derivado, no cabría significar la naturaleza del bien común por medio de la locución “conjunto de condiciones”, concluye Tale. Por otra parte, nótese que aquí sólo se están identificando los auténticos medios institucionales para el cumplimiento del fin participable, e incluyéndolos (como partes subordinadas) dentro de la órbita del bien común<sup>23</sup>. Pero no se está subordinando el bien común al bien particular, ni haciendo de la comunidad política y de su fin un instrumento del individuo, como necesariamente lo implica la definición del bien común como el conjunto de las condiciones para la perfección de la persona. Pues se trata en este caso de otra significación de “condiciones”.

## 5. EQUÍVOCOS A DESPEJAR

El bien común (político) es el fin de la comunidad política; y ésta obra, en tanto tal, bajo la conducción de sus potestades supremas. Luego el fin específico de los poderes públicos es el bien común político. Con todo, repárese en que el bien común también es fin para los cuerpos intermedios y las familias; los cuales –sin desconocer el fin común propio que los constituye como cuerpos intermedios y como familias– se hallan obligados a finalizar sus respectivas conductas consociadas como debe hacerlo toda parte de la comunidad, i. e., armonizando y subordinando sus bienes comunes específicos (particulares) al bien de la comunidad autárquica<sup>24</sup>. Asimismo, como hemos visto en Tomás de Aquino, el bien común político “es fin de las personas individuales que viven en la comunidad”. Así pues, el bien común político es perseguido indirecta (y, a veces, directamente) por los individuos y los grupos infrapolíticos –en tanto partes de la comunidad política–, y no sólo por el poder del Estado, cual si se tratase de un agente aislado y divorciado del todo de orden comunitario. Es el

---

<sup>23</sup>En la línea en que Arthur-Fridolin Utz se había referido a las condiciones institucionales y económicas como “hecho común exterior”, subordinado al cumplimiento del “bien común inmanente”, auténtico y propio bien común de la sociedad (cfr. *Éthique Sociale*, trad. franc. É. Dousse. Friburgo. 1960, t. I., 95 y ss.).

<sup>24</sup>El concepto de *autarquía* es central para la comprensión de la naturaleza y sentido de la comunidad política. Nos hemos ocupado de ese concepto en la ética, la economía, el derecho y la política en *Orden político y globalización. El Estado en la contingencia actual*, Buenos Aires, 2000, especialmente capítulos III y VI; y de su validez sistemática como clave del orden político en *El Estado como realidad permanente*. Buenos Aires. 2003 y 2005, especialmente cap. VI.

conjunto de la comunidad política –sociedad de sociedades<sup>25</sup>–, bajo el imperio rector del poder del Estado, el que tiene como fin propio el bien común político.

Por otro lado, el objeto inmediato de la acción de los agentes sociales, tanto políticos (los poderes del Estado) como infrapolíticos (asociaciones civiles, fundaciones, y los demás grupos en tanto ordenen algunas de sus acciones directamente al bien común), suele recaer sobre realidades de naturaleza institucional, a través de las cuales se promoverá el bien común. Ejemplos: si el Estado (-gobierno) desea fomentar la investigación científica puede aumentar el presupuesto universitario, o modificar la legislación impositiva para conseguir similar fin; si una fundación busca promover la cultura puede crear bibliotecas. Ahora bien, ni los institutos de investigación ni las leyes ni los libros –*ut sic*– son el conocimiento (parte cimera del bien común político). Pero es necesariamente por medio de éstas y otras instituciones como el conocimiento se promueve, alcanza, conserva, enriquece, participa y transmite. Luego, debe reconocerse que la acción de los agentes sociales y políticos recae en general sobre objetos que tienen razón de medio, instrumento o condición allanante respecto del fin. Pero ese objeto inmediato no es el fin *qui* de la acción del agente que promueve el bien comunitario: por el contrario, el fin de la obra (*finis operis*) no es sino una dimensión del bien común (político).

Como síntesis de este punto 5: no debe reducirse el bien común a la categoría de un objetivo perseguido meramente por los titulares del poder del Estado; así como tampoco debe confundirse el bien común –como fin– con los *medios* (en sentido lato, que abarcan hasta los fines *quo*) a través de los cuales se lo promueve.

*Por último, y en general, no debe identificarse primacía y supraordenación del bien común político con 1) licuación de todas las órbitas sociales en el Estado (-comunidad); ni, a fortiori, 2) asunción por el Estado (-gobierno/administración) de todas las actividades y operaciones propias de los diversos órdenes sociales. No es ocioso reiterar una vez más la verdad palmaria de que la primacía del bien común no implica totalitarismo ni estatismo. Es que la naturaleza y las propiedades del bien común político no pueden predicarse idénticamente del Estado (-gobierno/administración), ni tan siquiera del Estado (-comunidad) en sí mismo considerado.*

En este lugar resulta pertinente citar la respectiva definición de José María Medrano: “bien común político es el bien humano social proporcionalmente participable que el Estado, como sociedad autárquica y

---

<sup>25</sup>En esta nota de la comunidad política, la de constituir una “sociedad de sociedades” (como la denomina Juan A. Widow: vide *El hombre, animal político*. Santiago de Chile. 1988, 75-75), se asienta el principio de subsidiariedad, de valor axial para el recto desenvolvimiento de la vida estatal en tanto vida humana. Sobre ese principio cfr. Eduardo Soto Kloss, *Derecho administrativo. Temas fundamentales*. Santiago de Chile. 2009, 67 y ss.

unidad de orden, puede proponerse, puede construir y puede alcanzar mediante sus acciones y operaciones propias, en las cuales cada miembro desempeña una función parcial”<sup>26</sup>.

#### IV. CONJUNTO DE CONDICIONES Y EXPERIENCIA VIRTUOSA

##### 1. RECAPITULACIÓN

En el párrafo anterior hemos señalado las consecuencias atomísticas y nominalistas que se seguían de la adopción en sede filosófica de la definición del bien común como conjunto de condiciones para el bien de la persona, y de otras similares. En el párrafo II habíamos recordado que esta formulación errónea –errónea en la rigurosa formalidad a que están obligados los filósofos del derecho y de la política, y de la praxis en general– había surgido precisamente del seno de la filosofía práctica, desde donde *después* se extendió a otros ámbitos (y adviértase hasta qué punto esto enseña al filósofo su deber de contribuir *en tanto filósofo* al acervo sapiencial común con aquella independencia de criterio indispensable para el servicio a la verdad). Asimismo hemos indicado cómo la noción de fin *cui*, en referencia al bien común político, permite poner de relieve la naturaleza humana de este bien sin por ello convertirlo en un medio del fin individual. Nos enfrentamos, entonces, con una cuestión sobre la cual la razón natural posee plena competencia para expedirse, y a cuyo respecto la tradición clásica y cristiana encabezada por Aristóteles y Tomás de Aquino indica un camino de investigación seguro, es decir, acorde con la realidad objetiva. En este tema resultan de consulta indispensable, ante todo, dos libros ya citados: *L’humanisme politique de St. Thomas d’Aquin*, de Louis Lachance, el mejor libro sobre la filosofía política de Sto. Tomás que se haya escrito; así como la más completa y rigurosa exposición del tema del bien común aparecida hasta hoy, *Analisi del bene comune*, del profesor de la L.U.I.S.S. de Roma, Avelino M. Quintas, discípulo de Julio Meinvielle.

##### 2. EL CONOCIMIENTO PRÁCTICO PROPIO DE QUIEN OBRA CON RECTITUD

Se halla pues al alcance del conocimiento humano natural la impugnación de la idea de que la comunidad política y su bien común serían instrumento y medio de la sumatoria de los individuos y de sus bienes. Y esas verdades –tal vez con mayor patencia aun– se le manifiestan al hombre

---

<sup>26</sup> “Tomar en serio el bien común”, en *El derecho natural en la realidad social y jurídica*, citado supra, 64.

que quiere ya no especular sobre el bien humano, sino concretarlo en su vida personal, a partir del conocimiento de los principios de la ley natural (los cuales, en el caso de los principios primarios, son de aprehensión inmediata y asequibles a todo individuo adulto y sano). Por ello para el apetito rectificado por los principios de la ley natural la patria no es un instrumento, ni un medio. En efecto, el bien de la patria, como ha dicho el Aquinate erguido sobre la tradición griega y romana, es el bien común político bajo la formalidad de principio de nuestro ser (cfr. *S. Th.*, II-IIae., 101, 3 ad 3um). Así como tampoco deviene instrumento o medio en perspectiva religiosa: lo que un creyente podría lícitamente sostener, sí, es que ella debe ser un camino hacia Dios para todos sus miembros y habitantes, mas no que la patria está a su servicio y al del resto de los individuos.

Detengámonos un momento en lo últimamente dicho, para discutirlo a partir de un caso concreto, manifestativo de una posición hoy muy extendida. Autores meritorios, a la hora de establecer la relación entre el bien común político y el bien de la persona individual, lamentablemente se hacen eco de la idea maritainiana de una distinción ente individuo y persona y, en línea con ella, proponen la siguiente graduación de bienes: “bien individual, bien común y bien personal”<sup>27</sup>. Luego, el bien común político se hallaría subordinado respecto del bien ultraterreno de la persona; *rectius*, el bien común sería un “instrumento” de ese bien personal. Tal vez aquí nos hallemos frente al eco de una tesis verdadera (i.e., la de la subordinación de la comunidad política a la ley de Dios); la cual, en categorías maritainianas, adquiere la formulación impropia, aunque hoy frecuente, que acabamos de leer. Sostenemos por nuestra parte que el principio de la subordinación del bien particular al bien común es incommovible. Ahora bien, dada la unidad del hombre, ser llamado a la trascendencia, surge inevitablemente el problema del posible conflicto entre sus objetivas obligaciones para con Dios y sus obligaciones para con el régimen político vigente. Pero en realidad el problema teórico se resuelve, sin excepciones al principio de primacía del bien común, afirmando la subordinación –sin tensión ni conflicto *objetivos*– del bien individual al bien común en cada uno de los planos, natural y sobrenatural: del bien individual natural al bien común político (que no es lo mismo que “del individuo al Estado como organización de poder”); y del bien salvífico de la persona a su fuente, Dios. Pues –nótese– en este último plano el bien de la persona individual (gloria formal) también es cualitativamente menos rico que la Bondad divina misma. Ahora bien, existe, asimismo,

---

<sup>27</sup>Así se expresa, por ejemplo, Guido Gonella, destacado académico y político italiano, uno de los padres de la constitución de 1949 (cfr. *La nozione di bene comune*. Milano, 1959, 47-51). Respecto de la distinción maritainiana y de esta cuestión en general cfr. Julio Meinvielle, *Crítica de la concepción de Maritain sobre la persona humana*. Buenos Aires. 1948; 2ª edición. Buenos Aires. 1994; José L. Widow, *La naturaleza política de la moral*. Santiago de Chile. 2004, 233-257.



una subordinación entre ambos planos (político y trascendente); no obstante, tal subordinación se da *entre los bienes comunes mismos*, es decir, que el bien común político debe subordinarse al bien sobrenatural, a la Verdad y al Bien trascendentes (y se le subordina necesariamente –desde un punto de vista deóntico–, si quiere ser pleno bien humano). Por ello una pretensión de bien común político que colisione objetivamente con la verdad eterna y con la ley de Dios no será verdadero derecho de la comunidad ni promoverá un verdadero bien del hombre. Así como tampoco se promociona el bien común atentando contra los principios primarios de la ley natural: los lacedemonios alcanzaron altas cotas de grandeza humana amando a la patria y a la tradición, sirviendo las leyes y cumpliendo su deber hasta la muerte; mas no arrojando niños desde la cima del Taigeto (aunque supuestamente creyeran que así fortalecían a la *polis*).

Así pues, la órbita política –ante todo entre los pueblos cristianos– debe subordinarse a la Revelación, cuya depositaria en la tierra es la Iglesia, su tradición y su doctrina auténtica. *Pero esa subordinación debida se opera entre las órbitas o planos (o mejor, resolutivamente, bienes) natural-político y salvífico-trascendente; y, a fortiori, entre el ordenamiento jurídico-positivo y la ley del Evangelio*<sup>28</sup>.

### 3. CONCLUSIÓN. UN EJEMPLO EXISTENCIAL EN EL QUE RESPLANDECE LA VERDAD PRÁCTICA DE LA PRIMACÍA DEL BIEN COMÚN: TESTIMONIO DE PATRIOTA ALEMÁN

A manera de remate de todas estas precisiones y reflexiones, vaya entonces, justamente, un testimonio autorizado. Con una autoridad fundada en la virtud y en la verdad –existencialmente asumida–.

“La bomba del asesinato del rey de Serbia estalló en medio de nuestra pacífica vida estudiantil. Aquel mes de julio estuvo transido por la pregunta: ¿habrá una guerra europea? Todo era como un presagio de que se estaba gestando una tormenta tenebrosa. Pero no podíamos hacernos a la idea de que iba a ser una realidad. Los que han crecido en la guerra o después de la guerra no pueden ni imaginarse aquella seguridad en la que creíamos vivir hasta 1914.

*La paz, la tranquila posesión de los bienes, la estabilidad de las relaciones cotidianas, constituían para nosotros como un inmovible fundamento de la vida.* Cuando, finalmente, percibimos que se acercaba inexorablemente la tempestad, todos intentamos atisbar con claridad el proceso y el desenlace. Una cosa era segura: se trataba de una guerra distinta a las

---

<sup>28</sup>Sobre la tesis de la *potestad indirecta* de la Iglesia sobre el orden temporal nos permitimos remitir a Sergio R. Castaño, “El principio supremo de legitimidad de ejercicio en la tradición tomista. La teología política de Julio Meinvielle”, en *Intus-Legere*, 2011, vol. 5, Nº 2.

anteriores. Una destrucción tan horrorosa no podía durar mucho tiempo. En unos meses todo habría pasado.

*‘Ahora mi vida no me pertenece’, me dije a mí misma. ‘Todas mis energías están al servicio del gran acontecimiento. Cuando termine la guerra, si es que vivo todavía, podré pensar de nuevo en mis asuntos personales’.*

Al día siguiente, domingo, fue la declaración de guerra. Rose vino a saludarme. Por ella supe que se preparaba un curso de enfermeras para estudiantes. Inmediatamente me inscribí, y a partir de ese momento iba todos los días al Hospital de Todos los Santos [...].

Por parte de mi madre [el padre de quien escribe había fallecido en su niñez] encontré una fuerte resistencia. Yo no le dije ni una palabra de que se trataba de un hospital de contagiosos. Ella sabía muy bien que no podría disuadirme con el argumento de que ponía en peligro mi vida. Por ello lo que me argumentó como medio para asustarme fue que los soldados venían del frente con la ropa llena de piojos y que de esto no tendría modo de defenderme. *Realmente esto era un tormento al que yo tenía verdadero horror. Pero si los que estaban en las trincheras tenían que sufrir esto, ¿por qué habría de ser yo una privilegiada?*

Como estos argumentos incisivos de mi madre no surtían efecto, me dijo con toda su energía: ‘no irás con mi consentimiento’. A lo cual yo repuse abiertamente: ‘en ese caso tendré que ir sin tu consentimiento’. Mis hermanas asintieron a mi dura respuesta [...]”<sup>29</sup>.

---

<sup>29</sup>Edith Stein, texto citado por José Ramón Ayllón, *En torno al hombre*, Madrid. 1996. “Bien particular y bien común”, 151-153 –y tomado de *Aus dem Leben einer jüdischen Familie*, en *Edith Stein Gesamtausgabe*, vol. I, 2002, 243 y ss.; subrayado nuestro–.



## ACERCA DE LA “LEGÍTIMA SANA LAICIDAD”\*

Carlos Gabriel Arnossi\*\*

SUMARIO: I. Introducción. II. El bien común político. III. La ordenación del bien común político al bien común sobrenatural. IV. La neutralidad estatal. V. La laicidad. VI. Igualdad jurídica de las religiones. VII. Conclusiones.

### I. INTRODUCCIÓN

Ante la pretensión de muchos autores de identificar a la “*legítima sana laicidad*” de Pío XII con una neutralidad estatal en materia religiosa y atribuir al mencionado Pontífice un distanciamiento de la doctrina tradicional en materia de relaciones Iglesia y Estado, es necesario efectuar una aclaración. Intentaremos demostrar –como se pueda en estas pocas líneas– que esta *legítima sana laicidad del Estado* no debe implicar una neutralidad estatal, tampoco la igualdad jurídica de las religiones, al menos no según Pío XII.

### II. EL BIEN COMÚN POLÍTICO

Si el Estado, *polis* o comunidad política está compuesto por ciudadanos agrupados en comunidades infrapolíticas<sup>1</sup>, y como es claro que los ciudadanos son *hombres*, y que esas comunidades son comunidades *humanas*, deberá entenderse que el bien del Estado, el bien común político será un bien humano. Por ello, “la naturaleza humana, al señalar los fines de la vida íntegra del hombre, señala a la vez, por inclusión, los fines del Estado; vale decir, el contenido del bien común.”<sup>2</sup>.

---

\*El presente trabajo se basa en la disertación leída en la XXXV Semana Tomista “Patria y Bien Común. Reflexiones en el Bicentenario 2010-2016” (Ciudad de Buenos Aires. 2010) organizada por la Sociedad Tomista Argentina.

\*\*Profesor en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina “Santa María de los Buenos Aires”.

<sup>1</sup>Explica Aristóteles que la ciudad “es una cierta multitud de ciudadanos” (*Política*, Libro III, capítulo I).

<sup>2</sup>Lamas, Félix Adolfo, *Ensayo sobre el orden social*, segunda edición. Buenos Aires. Instituto de Estudios Filosóficos “Santo Tomás de Aquino”. 1990, 243.

La noción de bien común político comprende: *suficiencia material, orden ético-jurídico, y orden sapiencial y religioso*<sup>3</sup>. Comprende el orden religioso porque –como hemos explicado– el bien común político es un bien humano, y la religión no podría estar ausente en la vida auténticamente humana<sup>4</sup>. Como afirma Félix Adolfo Lamas, siguiendo a Santo Tomás: “El Estado, aun ubicado en el tiempo mundanal, no puede dejar de dar gloria a Dios, tributándole un culto público verdadero. Es éste un deber religioso al que nadie –ni hombre individual ni grupo social– puede sustraerse. Pero, en especial, como el bien común político está ordenado, a su vez, a la bienaventuranza, incluye en su contenido todo aquello que de una manera indirecta encamine al pueblo hacia su fin último. El Estado tiene, pues, una dimensión religiosa que debe reflejarse en su fin propio”<sup>5</sup>. Si reconocemos que el hombre, individualmente considerado, debe dar culto a Dios según la verdad, ¿por qué razón no deberían hacerlo las comunidades humanas? ¿Qué autoridad puede dispensar a la comunidad de comunidades, la comunidad autárquica o perfecta<sup>6</sup>, de rendir culto público al Dios verdadero según la Verdadera Religión?

### III. LA ORDENACIÓN DEL BIEN COMÚN POLÍTICO AL BIEN COMÚN SOBRENATURAL

En el *De Regno* ha enseñado Santo Tomás de Aquino: “...no es pues el último fin de una muchedumbre de hombres congregada el vivir conforme a virtud, sino alcanzar la fruición divina por medio de la vida virtuosa...”<sup>7</sup>. Entonces, es doctrina tomista la ordenación del bien común temporal (o político) al bien común sobrenatural. Esta enseñanza de Tomás de Aquino ha sido claramente recogida por León XIII en la Encíclica *Immortale Dei*<sup>8</sup>.

---

<sup>3</sup>Seguimos aquí a Lamas, Félix Adolfo, *El bien común político* (Apunte para la cátedra de Filosofía del Estado de la Especialización en Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica Argentina “Santa María de los Buenos Aires”, 2009, publicado en [www.viadialectica.com](http://www.viadialectica.com)), 11/12.

<sup>4</sup>Esta realidad sólo es puesta en duda por un laicismo furibundo.

<sup>5</sup>Lamas, Félix Adolfo, *Ensayo...cit.*, 244.

<sup>6</sup>Una ciudad es la comunidad de familias y aldeas para una vida perfecta y autosuficiente...” (Aristóteles, *Política*, Libro III, capítulo IX).

<sup>7</sup>Santo Tomás de Aquino, *De Regno*, Libro I, Capítulo XIV.

<sup>8</sup>“...es evidente que el Estado tiene el deber de cumplir por medio del culto público las numerosas e importantes obligaciones que lo unen con Dios. La razón natural, que manda a cada hombre dar culto a Dios piadosa y santamente, porque de El dependemos, y porque, habiendo salido de El, a El hemos de volver, impone la misma obligación a la sociedad civil. Los hombres no están menos sujetos al poder de Dios cuando viven unidos en sociedad que cuando viven aislados. La sociedad, por su parte, no está menos obligada que los particulares a dar gracias a Dios, a quien deben su existencia, su conservación y la innumerable abundancia de sus bienes. Por esta razón, así como no es lícito a nadie descuidar los propios deberes para con Dios, el mayor de los cuales es abrazar con el corazón y con las obras

#### IV. LA NEUTRALIDAD ESTATAL<sup>9</sup>

Teniendo en cuenta la necesaria ordenación bien común político-bien común sobrenatural, el P. Meinvielle sostuvo: “La exigencia de esta final ordenación de la sociedad determina que en ella nada pueda ser neutro. O se ordena todo su ser a este “fin ultraterreno y eterno” o se dirige y queda marcada por signos distintos. Por eso el Estado, que es unidad de autoridad y pueblo, no puede ser neutro, laico, aconfesional. Este término anodino e incoloro entre el ser y el no ser no existe. Ante la exigencia de una respuesta que comprometa no cabe el silencio. O el Estado sirve a Dios en la consecución del bien común inmanente y en la última ordenación de sí y de las cosas que le están sometidas, o se dirige y es ordenado por otro fin. La prescindencia, como tal, nunca cabe.”<sup>10</sup>.

La ley humana –aquel instrumento del Estado para dirigir las conductas al bien común político– no es neutral. La ley humana es un orden racional, que apunta a la perfección temporal de los hombres<sup>11</sup>. Y no se puede ser neutral respecto a lo que se considera la perfección del hombre. Entonces, si la ley humana tiene como efecto dicha perfección, y si no se puede ser neutral respecto de ella, debemos reconocer que la ley humana, que ordena

---

la religión, no la que cada uno prefiera, sino la que Dios manda y consta por argumentos ciertos e irrevocables como única y verdadera, de la misma manera los Estados no pueden obrar, sin incurrir en pecado, como si Dios no existiese, ni rechazar la religión como cosa extraña o inútil, ni pueden, por último, elegir indiferentemente una religión entre tantas. Todo lo contrario. El Estado tiene la estricta obligación de admitir el culto divino en la forma con que el mismo Dios ha querido que se le venera. Es, por tanto, obligación grave de las autoridades honrar el santo nombre de Dios. Entre sus principales obligaciones deben colocar la obligación de favorecer la religión, defenderla con eficacia, ponerla bajo el amparo de las leyes, no legislar nada que sea contrario a la incolumidad de aquélla. Obligación debida por los gobernantes también a sus ciudadanos. Porque todos los hombres hemos nacido y hemos sido criados para alcanzar un fin último y supremo, al que debemos referir todos nuestros propósitos, y que colocado en el cielo, más allá de la frágil brevedad de esta vida. Si, pues, de este sumo bien depende la felicidad perfecta y total de los hombres, la consecuencia es clara: la consecución de este bien importa tanto a cada uno de los ciudadanos que no hay ni puede haber otro asunto más importante. Por tanto, es necesario que el Estado, establecido para el bien de todos, al asegurar la prosperidad pública, proceda de tal forma que, lejos de crear obstáculos, dé todas las facilidades posibles a los ciudadanos para el logro de aquel bien sumo e inmutable que naturalmente desean. La primera y principal de todas ellas consiste en procurar una inviolable y santa observancia de la religión, cuyos deberes unen al hombre con Dios” (León XIII, Encíclica *Immortale Dei*, n. 3).

<sup>9</sup>Sobre este importante tema recomendamos la lectura de una aguda crítica en Lamas, Félix Adolfo, *La concordia política (vínculo unitivo del estado y parte de la justicia concreta)*. Buenos Aires. Abeledo-Perrot. 1975, 237/238. Ver también Olazábal, Eduardo, “La imposible neutralidad moral estatal” en *El Derecho. Serie Especial Filosofía del Derecho* N° 19. Buenos Aires. 20 de abril de 2010, 13/14. En este breve trabajo Olazábal prueba, a través de ejemplos concretos de la vida político-jurídica de la Argentina, que la neutralidad estatal es algo imposible.

<sup>10</sup>Meinvielle, Julio, “Comentarios del Pbro. Dr. Julio Meinvielle con la colaboración del Dr. Jorge Labanca”, en *Pacem in terris. Carta Encíclica del Sumo Pontífice Juan XXIII. Prólogo y Comentarios del Pbro. Dr. Julio Meinvielle con la colaboración del Dr. Jorge Labanca*. Buenos Aires. Dalia S.R.L. 1963, 105.

<sup>11</sup>Cf. Santo Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, I-II, q. 92, a. 1.

medios a un fin (el bien común), no puede ser neutral. Para algunos, los principios o normas que deben imperar son los del relativismo, o los del laicismo, o los del liberalismo político clásico o moderado, para otros serán los de la moral cristiana, para algunos otros los de la ética islámica, etc. Quien pretende ser neutral, jamás lo será, porque toda comunidad, aun aquellas que se autodenominan “pluralistas”, tiene una serie de normas intocables, fundamentales, que según las autoridades políticas, económicas, religiosas y culturales hacen a la supervivencia y al bien de dicha comunidad. Para muchos, el mantenimiento del régimen democrático es la ley suprema, y en esos casos se construye toda una “ética democrática” que muchas veces llega a endiosar a esta forma de gobierno.

Decir que existe un principio de neutralidad estatal en materia moral y/o religiosa es desconocer los fenómenos jurídicos y políticos concretos, o pretender imponer una determinada postura ideológica a través de la afirmación de una falacia. Ignorancia o malicia, porque “el estado no puede ser neutral en materia religiosa, y en general, en materia moral alguna.”<sup>12</sup>.

## V. LA LAICIDAD<sup>13</sup>

Como bien sostuvo Gabriel Limodio, “la frase sobre la legítima y sana laicidad fue acuñada por Pío XII”<sup>14</sup>, y es por ello que para establecer qué

---

<sup>12</sup>Lamas, Félix Adolfo, *Los principios internacionales. Desde la perspectiva de lo justo concreto*. Buenos Aires. Instituto de Estudios Filosóficos “Santo Tomás de Aquino”. 1989, 50.

<sup>13</sup>Alcanzar un concepto unívoco de laicidad es una tarea que implicaría un desarrollo extenso, que excedería en mucho los límites de este trabajo. Como bien lo ha expresado Débora Ranieri de Cechini, la laicidad es “cada vez más difícil de definir” (“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”)), ponencia presentada en el V Congreso Argentino y III Iberoamericano de Filosofía del Derecho, Política y Bioética para estudiantes y jóvenes graduados universitarios, Universidad de FASTA, Mar del Plata, 1 de octubre de 2010). Tal es así que en la década del cincuenta, Jiménez Urresti señalaba la existencia de diversas nociones bajo el mismo término “laicidad” (Cf. Jiménez Urresti, Teodoro Ignacio, *Estado e Iglesia. Laicidad y Confesionalidad del Estado y del Derecho*. Vitoria. Editorial del Seminario. 1958, 181/217). Tengamos en cuenta que a mitad del siglo pasado el vocablo “laicidad” no era tan usado como ahora, sino que su uso fue *in crescendo* luego del Concilio Vaticano II, y particularmente en las últimas dos o tres décadas.

Héctor H. Hernández reivindica el concepto de “legítima laicidad” como oposición al clericalismo –en forma concordante con la alocución pontificia de Pío XII que citaremos más adelante– en su artículo “El laicismo” (en *Cuadernos de espiritualidad y teología*, Año VIII, Nº 21, agosto de 1998, Centro de Estudios San Jerónimo, San Luis, 123/158, particularmente en el apartado V “Una legítima laicidad”). El Romano Pontífice Benedicto XVI parecería haber hecho lo mismo con el término “sana laicidad” en su *Discurso al 56 Congreso Nacional de la Unión de Juristas Católicos Italianos* (dedicado a “La laicidad y las laicidades”), sábado 09/12/2006, disponible en [www.vatican.va](http://www.vatican.va). Este discurso tiene la importancia de ser el único de Benedicto XVI dedicado *específicamente* al tema que nos ocupa.

<sup>14</sup>Limodio, Gabriel, *Legítima laicidad. Un aporte desde el saber jurídico*. Santa Fe. Rubinzal-Culzoni (Buenos Aires). 2009, 62. También en “Legítima laicidad. Un aporte desde el saber jurídico”, *Prudentia Iuris* 66/67, octubre 2009, 60.

es esa “legítima sana laicidad” es preciso acudir (al menos en una primera aproximación) al Magisterio de Pío XII. Lo dicho por el mencionado Romano Pontífice es lo siguiente:

*“...como si la legítima sana laicidad del Estado no fuese uno de los principios de la doctrina católica; como si no formase parte de la tradición de la Iglesia el continuo esfuerzo por mantener diferenciados, y sin embargo siempre unidos bajo rectos principios, los dos Poderes; como si, por el contrario, la confusión entre lo sagrado y lo profano no se hubiese verificado más intensamente en la historia cuando una porción de sus fieles se apartó de la Iglesia.*

*Las ciudades formarán parte viva de la Iglesia, si en ellas la vida de los individuos, la vida de las familias, la vida de las grandes y pequeñas colectividades, se verá nutrida por la doctrina de Jesucristo, que es amor de Dios y es, en Dios, amor de todo prójimo.*

*Individuos cristianos, familias cristianas, ciudades cristianas, ¡Marcas cristianas!*

*¡Las Marcas se transformen en una gran Casa santa, y la familia marquesana sea una gran, única y santa Familia!”<sup>15</sup>.*

Un exponente de la mala interpretación de esta enseñanza pontificia es el prestigioso eclesiasticista<sup>16</sup> Roberto Bosca, quien ha sostenido erróneamente que “...Pío XII fue el primer Papa que habló sobre una “sana y legítima laicidad del Estado” en un adelanto de lo que sería el abandono del principio de confesionalidad, entonces sostenido por las tesis institucionalistas del Derecho Público Eclesiástico”<sup>17</sup>. Pero esto es un grave

---

<sup>15</sup>Pío XII, *Alocución “Alla vostra filiale”* (Discurso a la Colonia de Las Marcas en Roma, 23 de marzo de 1958), AAS 50 (1958), 220.

Original italiano:

*“...come se la legittima sana laicità dello Stato non fosse uno dei principi della dottrina cattolica; come se non fosse tradizione della Chiesa il continuo sforzo per tenere distinti, ma pure, sempre secondo i retti principi, uniti i due Poteri ; come se, invece, la mescolanza tra sacro e profano non si fosse il più fortemente verificata nella storia, quando una porzione di fedeli si è staccata dalla Chiesa.*

*Le città saranno parte viva della Chiesa, se in esse la vita dei singoli, la vita delle famiglie, la vita delle grandi e piccole collettività, sarà alimentata dalla dottrina di Gesù Cristo, che è amore di Dio ed è, in Dio, amore del prossimo, tutto.*

*“Individui cristiani, famiglie cristiane, città cristiane, Marche cristiane.*

*Le Marche divengano tutte come una grande Casa santa; e la famiglia marchigiana sia un’única, grande santa Famiglia!”.*

<sup>16</sup>Jurista especializado en Derecho Eclesiástico del Estado, rama de las ciencias jurídicas relativamente nueva.

<sup>17</sup>Bosca, Roberto, “El Acuerdo de 1957”, en *Anuario Argentino de Derecho Canónico*, Volumen XIV. Buenos Aires. 2007, 45. En otro trabajo, el mismo Bosca señaló: “No puede decirse que Pío XII haya cambiado en sentido estricto la tesis confesional que era un valor entendido en los planteos propios del Derecho Público Eclesiástico de su época” (Bosca, Roberto, “Pío XII”, 8, en [www.institutoaacton.com.ar/articulos/rbosca/artbosca12.pdf](http://www.institutoaacton.com.ar/articulos/rbosca/artbosca12.pdf)). Sobre algunas otras expresiones del citado profesor sobre la materia recomendamos leer Hernández, Héctor H., *Sacheri. Predicar y morir por la Argentina*. Buenos Aires. Vórtice. 2007, 608 y 609.



error: de la lectura de la totalidad de la Alocución *Alla vostra filiale* y particularmente del contexto del párrafo en el que se inserta la referencia a la *legítima sana laicidad* se advierte claramente que la postura de Pío XII y la doctrina que él pretende enseñar no es sino la doctrina tradicional expresada por sus predecesores<sup>18</sup>, en absoluta consonancia con aquella de Santo Tomás en el *De Regno*. Debemos prestar especial atención a un par de cuestiones dentro del documento de Pío XII: el Papa no pretende introducir una nueva doctrina; es más, habla de esta *legítima sana laicidad* como *parte de la tradición de la Iglesia*, como *uno de los principios de la Doctrina Católica*; está hablando de la distinción manteniendo la unión –o distinción sin separación– entre la Iglesia y el Estado<sup>19</sup>. También refiere a la ciudad como “parte viva de la Iglesia”. Y dice: “*Individuos cristianos, familias cristianas, ciudades cristianas, marcas cristianas*”. El cristianismo no es reducido sólo a lo individual. Se legitima, indudablemente, al Estado católico.

Además de la claridad del contexto inmediato del término –contexto absolutamente de acuerdo con la doctrina de Santo Tomás, doctrina adoptada por el Magisterio Pontificio en numerosos documentos previos– tampoco podemos olvidar el marco un poco más amplio del Magisterio de Pío XII en la materia. Es así que podemos aludir a la Alocución *Ci ricesce (Comunidad internacional y tolerancia)*<sup>20</sup>, en donde se reconoce el derecho de los Estados en materia de verdad religiosa, deberes para con dicha verdad, y cuestiones vinculadas con la “tolerancia” de los cultos no verdaderos, es decir, no cristianos. A ambas alocuciones las separan tan sólo cinco años.

## VI. IGUALDAD JURÍDICA DE LAS RELIGIONES

Si en una recta concepción política la laicidad no puede entenderse como neutralidad en virtud del respeto a la ordenación de los fines (bien común temporal-bien común sobrenatural), tampoco puede entenderse

---

<sup>18</sup>Una síntesis de los principales documentos que expresan esta doctrina tradicional puede encontrarse en Hernández, Héctor Humberto, “Sobre libertad política y bien común”, *Moenia IX*, marzo 1982. Buenos Aires. 61/98.

<sup>19</sup>Esta distinción se encuentra en la doctrina tradicional. Compárese la enseñanza de Pío XII con lo que explica Lamas refiriéndose al teocentrismo medieval: “...al discernirse el orden natural del sobrenatural, se distingue necesariamente el plano correspondiente al Estado y el de la Iglesia. A partir de la Revelación Evangélica, no pueden ya confundirse la realidad religiosa y la política; por el contrario, deben ser en rigor diferenciadas, si bien no separadas y menos opuestas. El orden temporal y político está subordinado al orden sobrenatural; ello no impide, sin embargo, que el orden político esté sujeto a una legalidad autónoma” (Lamas, Félix Adolfo, *Ensayo...cit*, 65).

<sup>20</sup>6 de diciembre de 1953, AAS 45 (1953).

como propiciadora de una igualdad jurídica de las distintas confesiones religiosas.

Bien condena dicha igualdad el Papa León XIII en la *Libertas*<sup>21</sup>, ya que no puede igualar a religiones naturales con la Religión Sobrenatural y Única Verdadera, igualar la verdad con el error, el bien con el mal (juzgamos como un mal a las religiones no verdaderas en cuanto suponen doctrinas erróneas y las llevan a la práctica; no juzgamos de la rectitud de intención de los fieles, pero el error es un mal, y la puesta en práctica del error es algo moralmente malo, de la misma manera que la verdad es bien y la puesta en práctica de la verdad es algo moralmente bueno). Aceptar esta igualdad sería pretender la aplicación de una falsa neutralidad que olvide la ya mencionada ordenación bien común político-bien común sobrenatural. Además, el Estado incumpliría su deber de dar culto a Dios públicamente.

Vale la pena recordar que la Declaración *Dominus Iesus*, de la Congregación para la Doctrina de la Fe, ha reafirmado la doctrina bimilenaria de la Iglesia acerca de la unicidad salvífica de Nuestro Señor Jesucristo<sup>22</sup>. No son igualmente válidas todas las religiones.

Acudimos a Aristóteles, filósofo que en el capítulo IX del Libro X de la *Ética Nicomaquea* refiere expresamente a la necesidad de la ley humana para la rectificación de conductas y encaminar a los hombres (particularmente a quienes el Estagirita llama “el vulgo”) a una cierta perfección. Sucede que la ley educa<sup>23</sup>, y el Estado no podría desentenderse de la educación de los ciudadanos. Y si la ley y el Estado tienen que ver con la educación de los ciudadanos, si ambos educan, ¿podría establecerse una igualdad jurídica que contraría una desigualdad con fundamento en la realidad, en la naturaleza de las cosas, a modo de una “ficción jurídica”? ¿Esta pretendida igualdad no sería contraria al bien común político?<sup>24</sup>.

---

<sup>21</sup>“La justicia y la razón prohíben (...) el ateísmo del Estado, o, lo que equivaldría al ateísmo, el indiferentismo del Estado en materia religiosa, y la igualdad jurídica indiscriminada de todas las religiones. Siendo, pues, necesaria en el Estado la profesión pública de una religión, el Estado debe profesar la única religión verdadera, la cual es reconocible con facilidad, singularmente en los pueblos católicos, puesto que en ella aparecen como grabados los caracteres distintivos de la verdad. Esta es la religión que deben conservar y proteger los gobernantes, si quieren atender con prudente utilidad, como es su obligación, a la comunidad política. Porque el poder político ha sido constituido para utilidad de los gobernados. Y aunque el fin próximo de su actuación es proporcionar a los ciudadanos la prosperidad de esta vida terrena, sin embargo, no debe disminuir, sino aumentar, al ciudadano las facilidades para conseguir el sumo y último bien, en que está la sempiterna bienaventuranza del hombre, y al cual no puede éste llegar si se descuida la religión” (León XIII, Encíclica *Libertas Praestantissimum*, n. 16).

<sup>22</sup>Cf. Congregación para la Doctrina de la Fe, Declaración *Dominus Iesus*, año 2000.

<sup>23</sup>Cf. Aristóteles, *Ética Nicomaquea*, Libro X, Capítulo IX.

<sup>24</sup>En la República Argentina, la igualdad jurídica de las religiones también sería contraria al art. 2 de la Constitución Nacional (Cf. Bidart Campos, Germán J., *Tratado Elemental de Derecho Constitucional*. Tomo I, Buenos Aires. Ediar. 1995, 282). Sobre el tema, recomienda-

Instaurar la igualdad de cultos conllevaría un relativismo religioso en la vida pública, lo cual es nocivo de por sí, ya que el Estado debe rendir culto público a Dios, al Dios verdadero. Pero también sería nocivo porque –a través de la legislación y demás actos de gobierno– generaría una falsa creencia en gran parte de los ciudadanos: *todas las religiones son iguales, todas son igualmente verdaderas, todas son igualmente buenas*<sup>25</sup>. Como bien afirmó Héctor H. Hernández: “A la luz de la Verdad teológica sobre la Iglesia, que es Verdad real y objetiva, con incidencias sobre los hombres y la vida de los hombres en la comunidad política, si la Iglesia no es una institución más no debe considerársela una institución más. Si todas las religiones no son iguales la Iglesia Católica no debe ser considerada jurídicamente igual a las otras. El orden normativo está fundado sobre el ser”<sup>26</sup>.

## VII. CONCLUSIONES

La doctrina de Pío XII acerca de la *legítima sana laicidad* no puede ser entendida como la justificación de una neutralidad religiosa estatal, ni podría tampoco como justificación de una pretendida igualdad jurídica de las diversas confesiones religiosas porque:

–La neutralidad moral y religiosa del Estado es inexistente, una ficción del liberalismo político.

–La igualdad jurídica de las religiones es opuesta a la verdad y atenta contra el bien común político y el bien común sobrenatural.

–Pío XII reeptó la doctrina de Santo Tomás de Aquino y del Magisterio Pontificio acerca del Estado católico<sup>27</sup>, es decir, la doctrina tradicional de la Iglesia en materia de relaciones Iglesia-Estado.

---

mos también la lectura de Baamonde, José María, Roldán, Luis E. y Bach de Chazal, Ricardo, *Libertad religiosa, cultos y sectas en la Argentina*. Buenos Aires, Ediciones Fundación Spes. 2001.

<sup>25</sup>Es fácilmente comprobable que muchos individuos piensan esto en la actualidad, aún muchos católicos.

<sup>26</sup>Hernández, Héctor H., “Hombre, política, religión, Iglesia y Estado”, *Filosofar Cristiano*, N<sup>os</sup>. 25-28, 1989-1990, 56.

<sup>27</sup>“Católico” no es sinónimo de *clerical*, ni es el Estado católico una proyección del *clericalismo*.

Sobre el tema, Jiménez Urresti ha señalado:

“Estado “clerical”, como *hecho*, es aquel en que los clérigos se inmiscuyen en el dominio político en cuanto tal, con miras al medro personal, ya que la política no compete más que a título excepcional a los clérigos, y aun en este caso no como tales, sino como simples ciudadanos.

Estado “clerical”, como *postura*, es aquel en que una sociedad espiritual se sirve de los poderes públicos políticos para satisfacer su voluntad de dominación temporal. Tampoco en modo alguno compete tal cosa a ninguna autoridad ni sociedad religiosa, en virtud de la distinción de los dos poderes y sociedades, ambas supremas en su orden” (Jiménez Urresti, Teodoro Ignacio, *op. cit.*, 222).

## SOBRE LA ÉTICA PÚBLICA: UNA VISIÓN PROBLEMÁTICA

*Miguel Ayuso\**

SUMARIO: 1. Introducción y plan. 2. Ética social y moral individual: una singular perspectiva “jurídica”. 3. Ética social y moral individual: una singular perspectiva “cultural”. 4. Las raíces idealistas de la distinción entre ética (social) y moral (individual) y su evolución contemporánea. 5. La versión clásica de la ética. 6. ¿Ética pública?

### 1. INTRODUCCIÓN Y PLAN

El ilustre romanista Álvaro d’Ors indicó que, además de la etimología, que determina el sentido originario de las palabras (*etymos logos*) a través de la historia, se hacía preciso el cultivo de la “etimonomía” para individuar la razón originaria de las instituciones (*etymos nomos*)<sup>1</sup>.

Tal estudio debería ubicarse en el seno de una “metahistoria” jurídica, entendida como el estudio de los tipos conceptuales que, por ser originarios, permanecen con una función rectora en la historia de las instituciones y también efectivamente correctora de sus desviaciones. Mientras que se diferenciaría de la filosofía jurídica al proceder inductivamente de los datos históricos y no deductivamente de los “primeros principios”, es decir, de la “naturaleza”. Más allá de estas razones, que oponen historia y filosofía a partir de sus respectivos métodos de inducción y deducción, lo que implica forzar la realidad para que encaje en una explicación en exceso sistemática<sup>2</sup>, lo cierto es que el aporte no debe ser minusvalorado, toda vez que cualquier estudio propio de lo que Aristóteles llamaba “filosofía de las ciencias humanas”<sup>3</sup>, esto es, lo que se conoce como “filosofía práctica”

---

\*Profesor de Derecho Constitucional, Universidad de Comillas/Madrid. Profesor Extraordinario, Facultad de Derecho, Universidad Santo Tomás.

<sup>1</sup>Álvaro d’Ors, *Nueva introducción al estudio del derecho*. Madrid. 1999, § 35, 57-58.

<sup>2</sup>Con el máximo de los respetos lo he señalado en mi “La filosofía jurídica y política de Álvaro d’Ors”, en Fernán Altuve-Febres (comp.), *Homenaje a Álvaro d’Ors*. Lima. 2001, 131 ss.

<sup>3</sup>Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, X, 9. Se refiere a los temas desarrollados en este libro y en el tratado de la *Política*.

o incluso, más ampliamente, como “ciencias prácticas”<sup>4</sup>, el estudio de la acción humana no puede desligarse del contexto institucional, como tampoco puede echar en olvido el ser de las cosas que el lenguaje comunica.

Etimología y etimonomía, pues, pueden venir en nuestra ayuda al objeto de indagar sobre qué signifique en nuestros días lo que se ha dado en llamar la “ética pública”.

En lo que sigue, comenzaremos por exponer (a) dos versiones contemporáneas de la distinción entre ética y moral, para observar acto seguido (b) cómo su raíz idealista conduce hoy en verdad a una ética sin moral, puramente convencional. A través de la explicación de la (c) versión clásica de la ética (y de sus relaciones con la política y el derecho), buscaremos finalmente (d) exponer si cabe hablar de “ética pública” en algún sentido en nuestros días.

## 2. ÉTICA SOCIAL Y MORAL INDIVIDUAL: UNA SINGULAR PERSPECTIVA “JURÍDICA”

Se lee en las páginas del original ensayo de introducción al estudio del derecho del ya citado Álvaro d’Ors: “La Ética es el orden de conducta recta socialmente vigente. Se diferencia de la Moral en que ésta se refiere a los hombres individualmente considerados: el imperativo ético es social, en tanto el moral es individual. Ambos imponen deberes a la conciencia de las personas, pero puede haber alguna divergencia entre la Ética y la Moral cuando el régimen de la conciencia personal discrepa de la moralidad socialmente aceptada, como ocurre en los casos de objeción de conciencia [...]. Pero la diferencia esencial está en que la Ética, en la medida en que es fundamento del orden jurídico, da lugar a la exigibilidad coactiva de unos determinados deberes, al control judicial de su conveniencia, en tanto los preceptos morales no trascienden de la conciencia, que es individual”<sup>5</sup>.

Son muchos los asuntos que giran en torno de la distinción expresada. Para empezar, aparece la diferencia entre imperatividad y obligatoriedad moral de la ley, porque la ética afirma el deber moral de cumplir las leyes, que no depende de su imperatividad: “En efecto, la voluntad de un legislador no puede obligar moralmente las conciencias individuales, sino que a éstas sólo puede obligar la regla moral personalmente aceptada”. Pero, acto seguido, esta no-obligatoriedad de la ley por sí misma no contradice el deber moral de acatar al poder constituido, “pues este acatamiento no implica el deber de cumplir todo lo ordenado por ese poder constituido: una cosa es reconocer que tal poder tiene facultad y deber de ordenar la

---

<sup>4</sup>Franco Volpi, “Rehabilitación de la filosofía práctica y neoaristotelismo”, *Anuario Filosófico* (Pamplona), N° 32 (1999), 315 ss.

<sup>5</sup>*Ibid.*, § 52, 71-72.

convivencia social, y otra distinta, que todos sus preceptos deban ser aceptados y voluntariamente cumplidos”. Finalmente, no debe olvidarse el deber moral de contribuir al orden necesario para la paz social y, en este sentido, “el rechazo de los preceptos legales, aunque no sean éstos, por sí mismos, moralmente vinculantes, puede resultar imprudente cuando no hay motivos morales suficientemente graves para tal rechazo personal”<sup>6</sup>.

Esta construcción apretadamente reseñada busca dar respuesta, desde la realidad contemporánea, al problema que la doctrina clásica resolvía con el recurso a la doctrina de que las “leyes injustas” no son “leyes”<sup>7</sup> y, por eso, no obligan; así como con la complementaria de las “leyes mere-penales” que, aunque no obligaban en conciencia, por venir referidas a actos que intrínsecamente no eran injustos, podían en cambio ser objeto de aplicación forzosa a través de la sanción con una pena<sup>8</sup>. En primer lugar, cabe considerar que el progresivo tecnicismo de las leyes hace más difícil hablar derechamente de su injusticia; mientras que, en segundo, esa no obligatoriedad de las leyes sólo penales puede predicarse de todas ya que sólo por razones de prudencia personal, y no por la imperatividad de la ley, deben ser moralmente cumplidos los preceptos legales. Con la excepción de los casos de la llamada “objeción de conciencia”, en los que el rechazo personal de una ley alcanza también a su sometimiento forzoso y en los que el legislador puede disponer formas de cumplimiento sustitutivo y, de no hacerlo, debe suponer la pérdida consiguiente de los derechos establecidos para los miembros de la comunidad o, al menos, de los correlativos a la situación legal rechazada<sup>9</sup>.

### 3. ÉTICA SOCIAL Y MORAL INDIVIDUAL: UNA SINGULAR PERSPECTIVA “CULTURAL”

Si Álvaro d’Ors ilustra la distinción entre una ética social y otra moral individual desde un ángulo preferentemente jurídico, otro ilustre profesor, Dalmacio Negro, lo ha hecho desde otro marcadamente cultural, si por cultura entendemos –como él hace– el conjunto de pautas de conducta que regulan la conducta, que constituyen unas reglas de moralidad colectiva (referidas de modo primario al culto a lo eterno y secundariamente las que se desprenden de él) que llama eticidad o civilidad; mientras que la

---

<sup>6</sup>*Ibíd.*, §51, 69-70.

<sup>7</sup>Santo Tomás de Aquino, *Summa theologiae*, I-II, q. 96, a. 4: “Magis sunt violentia quam leges”.

<sup>8</sup>Francisco Suárez, *Tractatus de legibus*, 1. III, cap. 33, § 3.

<sup>9</sup>Álvaro d’Ors, *ibíd.*, §51, 70-71.

moral radica en el carácter individual conforme a los criterios del bien y el mal de la ley moral universal<sup>10</sup>.

El *ethos*, en efecto, es el carácter colectivo, el espíritu del grupo: “Gracias a la moralidad colectiva, al *ethos*, cada uno de ellos [los miembros del grupo] puede esperar una respuesta adecuada por parte de los demás. El *ethos* es así la fuente de la seguridad vital: el hombre se siente seguro dentro del grupo al que pertenece. El *ethos* es, por ende, lo que determina las virtudes de un grupo, pueblo, nación, cultura o civilización, equiparando aquí estos vocablos para abreviar. Así pues, cada grupo, pueblo, nación, etc., se caracteriza y distingue de los demás por su *ethos*, que según lo que antecede no es arbitrario: el *ethos* es la manera en que un grupo entiende y se acopla a las reglas de la ley moral universal, que precisamente por su universalidad suele llamarse ley natural. Pues siendo el hombre un ser moral, no existe más que una moral. La moral es la ley natural por la que todos y cada uno de los seres humanos son inexorablemente morales, es decir, responsables y libres, sin que sea posible otra explicación. Ni el mecanicismo, ni el biologismo evolucionista o no, ni las matemáticas, ni la química o, resumiendo, ni el materialismo, puede dar otra explicación al hecho de que el hombre es un ente moral. Naturalmente, en virtud de la libertad puede negarse que lo sea; pero semejante negación es gratuita”<sup>11</sup>.

Así pues, la moral –en sentido estricto– es el carácter individual conforme a los criterios del bien y el mal de la ley moral universal, es decir, en relación con lo divino, pues esa ley sólo puede tener su origen en lo eterno o universal: “Según eso, la Moral es única, diferenciándose de la Ética en que ésta se refiere al carácter colectivo: al *ethos* [...]. La Moral mira, pues, a la eternidad, a diferencia del *ethos*, eticidad, moralidad o civilidad colectiva, la Ética, cuyo objeto es temporal, el bien y el mal colectivos. En fin, a diferencia del *ethos*, que mira a la vida temporal, la moral es la manera de manifestarse la fe en la conducta individual o personal, puesto que la vida individual en este mundo está destinada a continuar en el sobrenatural: esto es lo que da sentido a la moralidad particular [...]. Según lo anterior, la Moral es única y la Ética plural. La causa es que, debido a condiciones y circunstancias físicas e históricas, existen grupos humanos diferenciados, cada uno con su *ethos* particular según la interpretación de la ley moral natural por la religión respectiva. Esto puede dar lugar a una serie de inversiones o tergiversaciones intelectuales: por una parte, la ley moral natural es universal y, en rigor, todo debiera ajustarse a ella; por ejemplo, según la conocida máxima *fiat*

---

<sup>10</sup>Dalmacio Negro, “El *ethos*: religión y política”, *Razón española* (Madrid), N° 162 (2010), 29 ss.

<sup>11</sup>*Ibid.*, 33.

*iustitia pereat mundus*. Sin embargo, por otra, en el mundo real, las leyes éticas –los usos, las costumbres, las tradiciones– son plurales, es decir, distintas en grado mayor o menor. La aporía consiste en que la Moral se refiere a cómo *se debe* actuar, ya que la persona es libre; el contraste, el *ethos*, se refiere a cómo *hay que* actuar, puesto que la convivencia en un grupo exige ajustarse a sus pautas [...]. Esto crea obviamente un problema: por un lado, la conducta individual, a la que se refiere la Moral, ha de ser la apropiada al *ethos* del grupo al que pertenece una persona, pues regula cómo tiene que ser la conducta colectiva; por otra, es posible que la conducta particular de una persona no se ajuste, se desvíe, contradiga al *ethos* o se oponga a él<sup>12</sup>.

Sobre lo anterior, no puede olvidarse el influjo del Estado, entendido al modo singular de Dalmacio Negro, esto es, en algunos estratos identificado como Estado moderno, mientras que en otros pareciera que referido también a algo más, y en concreto, aunque proteste lo contrario, a la misma comunidad política<sup>13</sup>.

Véase cómo matiza en este otro texto lo que ya hemos visto en los anteriores: “El utilitarismo moderno se expandió precisamente con la razón de Estado, si bien el principio de tolerancia, un concepto social convertido en político-moral, permitió la existencia de la moral privada vinculada a la religión. De hecho, estableció la distinción, que ha llegado a ser corriente en aquellos países y naciones en los que existe el Estado, entre la moral pública y la moral privada. Esta distinción es pareja a la existente entre el derecho político o público, que emana del Estado, y el derecho privado, el tradicional del pueblo, cada uno, pues, con su propia moralidad: la del primero utilitaria, neutral, como se deja ver claramente en el rechazo del principio de los derechos adquiridos típico del derecho administrativo; la del segundo es, al menos en principio, la moral tradicional, que tiene en cuenta la conciencia, en la medida en que se ajusta a la moral natural. Pues la moral es única: sólo hay una moral, la moral natural que [...] expresa la ley divina, aunque las diversas religiones y culturas la matizan o precisan a su manera configurando así el *ethos* concreto de cada pueblo, cultura o civilización. Esto significa que la moral y el derecho públicos son artificiales en tanto emanaciones del artificioso orden estatal. Presuponen una forma de orden distinta al orden natural. La moral natural se contraponen así a la moral del Estado, aunque, históricamente, salvo en lo que afectase a la razón de Estado, la moralidad estatal siguió ateniéndose durante mucho tiempo a la tradicional, por lo menos formalmente. Tal vez esto influyó en un hecho sobre el que quisiera llamar la atención: hecho decisivo por sus consecuencias, que ha sido tal vez, en la actual perspectiva occidental, uno de los mayores equívocos

---

<sup>12</sup>*Ibid.*, 34-36.

<sup>13</sup>Dalmacio Negro, *La tradición liberal y el Estado*. Madrid. 1995.



modernos: la doctrina del cardenal Belarmino, precedido por Vitoria y secundado por Suárez, que hizo suya la Iglesia, según la cual *tanto la Iglesia como el Estado son dos sociedades perfectas, cada una según su orden*. Pues de ello se dedujo que la Iglesia tiene una suerte de potestas indirecta sobre la potestas estatal. Las palabras son traidoras: ni la Iglesia ni el Estado son sociedades. La Iglesia es una comunidad espiritual y el Estado, aunque se presente como comunitario, no es más que un aparato técnico, es decir, amoral y en este sentido neutral<sup>14</sup>.

#### 4. LAS RAÍCES IDEALISTAS DE LA DISTINCIÓN ENTRE ÉTICA (SOCIAL) Y MORAL (INDIVIDUAL) Y SU EVOLUCIÓN CONTEMPORÁNEA

No obstante el interés de las consideraciones anteriores, se hace preciso indagar sobre la raíz de la distinción entre ética y moral de que parten. El pensamiento del iusnaturalismo racionalista de la modernidad buscaba conciliar la libertad (verdadero reino moral) con la coacción (verdadero reino de la práctica), en lo que originaba una verdadera paradoja, que Rousseau llamaba “verdadera cuadratura del círculo”<sup>15</sup>, y que consistía en hacer que el poder fuese libertad, eliminando una de las partes del problema político<sup>16</sup>. Idea a la que Hegel daría forma con su “sistema”, pues solamente en el nivel del Estado, en la que se ha traducido por “eticidad”, el derecho adquiriría su verdadera naturaleza como culminación del proceso de realización de la libertad. Con lo que la verdad del derecho se conseguía por su confusión con el Estado<sup>17</sup>.

Es claro que en un tal planteamiento reside un doble error. En lo que toca a la ética, en primer lugar, se convierte en pura costumbre; mientras que en lo que hace a la moral, a continuación, no puede sino resolverse en sola subjetividad. No se trata, respecto a lo primero, de negar el valor humano de la *consuetudo*, sino sólo de poner de relieve que la praxis humana no puede no ser racional, en el sentido clásico de penetración por la inteligencia de la realidad ascendiendo del hecho al principio, por lo que se deshumaniza cuando se contenta con la repetición que no

---

<sup>14</sup>A este propósito cita el autor la advertencia de Carl Schmitt de que esta doctrina es una “evasión” del problema de la *auctoritas*. “No existe una *potestas indirecta*. La Iglesia tiene *auctoritas* y a la verdad directa. La fórmula de la *potestas indirecta* es una evasión del estricto problema de la *auctoritas* y no una buena evasión. Sin embargo, es también un problema muy difícil”. En Montserrat Herrero (ed.), *Carl Schmitt und Álvaro d’Ors. Briefwechsel*. Berlín. 2004. 32, 145-146.

<sup>15</sup>Jean-Jacques Rousseau, *Considérations sur le gouvernement en Pologne*, I. I. Se escribieron entre 1771 y 1772 y se publicaron por primera vez en la edición de sus obras completas de 1782.

<sup>16</sup>Danilo Castellano, *L’ordine della politica*. Nápoles. 1997, 38.

<sup>17</sup>Joaquín Almuera, “El ordenamiento del derecho: orden ético, orden político y orden estatal”, *Verbo* (Madrid), N° 487-488 (2010), 601 ss.

hace problemático el principio<sup>18</sup>. Al igual que, en cuanto a lo segundo, no se niega la función mediadora de la conciencia moral entre la ley y la acción, aunque sí se rechace el subjetivismo nihilista en que concluye una moral así concebida separada de la ética.

El profesor Danilo Castellano lo ha expresado con particular sutileza, sin dejar de prestar atención a la posteridad del planteamiento en nuestros días: “Tras el idealismo que distinguió y a veces contrapuso ética y moral, aunque en continuidad con el mismo, se sostiene actualmente que es posible (según algunos, necesaria) una ética sin moral y que la ética sería el producto de una convención teórica o simplemente práctica, en ocasiones exclusivamente de hecho. La ética sería necesaria para la convivencia y, por lo mismo, exigida por ésta. Existiría, por tanto, *un* orden ético pero no *el* orden ético. El orden, pues, sería meramente convencional y funcional. Tendría una existencia nominalista y no óptica. No podría prescindirse de él, pero dependería de la representación del orden creado por los individuos o la colectividad. La representación, por ello, sería constitutiva del orden ético y no una representación (propia o impropia, poco importa ahora) del orden ético en sí y por sí mismo. Esto vale en el nivel del orden ético considerado bajo la perspectiva moral, política o jurídica. Está ahí implicada toda la filosofía de la praxis, que no sería, por ello, filosofía como *contemplación* de la acción (esto es, como acogida de la *naturaleza* de la acción), sino acción ‘libre’ de la ‘filosofía’. La ‘filosofía’, entendida de esta manera, orientaría, sí, la acción, pero esta sería ya libre y liberada de todo vínculo, con exclusión del dictado por el fin operativo asumido. La opción que, en cuanto tal, no depende de otra cosa que de la libre autodeterminación de individuos o pueblos, constituiría –en último término– el fundamento de la filosofía. Por eso, ésta sería la epifanía de la libertad absoluta, si bien en su curso encuentra –como se acaba de decir– vínculos y reglas impuestas por el fin que la opción ha decidido perseguir”<sup>19</sup>.

En efecto, el anarquismo no es posible, pues no lo es prescindir totalmente del ordenamiento. No será quizá el ordenamiento funcional al orden, modalidad de comunicación civil. Será, en cambio, el de la geometría legal, instrumental al ejercicio de la soberanía y medio de control social<sup>20</sup>. Pero aunque sólo sea con base en finalidades convencionalmente asumidas, que no justifican la opción inicial sino tan sólo atienden a la coherencia en la aplicación de la opción, lo que nos conduciría a la afirmación de tantas juridicidades como ordenamientos, el ordenamiento resulta insobrepasable. Piénsese, por ejemplo, cuando se habla –como

---

<sup>18</sup>Danilo Castellano, *La razionalità della politica*. Nápoles. 1993, 5 ss.

<sup>19</sup>*Id.*, *Orden ético y derecho*. Madrid. 2010. 17-18.

<sup>20</sup>Francesco Gentile, *El ordenamiento jurídico, entre la virtualidad y la realidad*. Madrid. 2001, 20-21.

Eric Voegelin<sup>21</sup>– de un orden “histórico” que no es realización (siempre imperfecta) del orden en la historia, sino la historia de los “órdenes”, o mejor, de los ordenamientos.

Igual que, en un primer momento, se dio por bueno el sistema como sustitución del orden, el que le ha seguido se ha afirmado en el nihilismo. La ideología “fuerte” de la cultura de la “sospecha” (de Marx, Freud o Marcuse) conservaba –ha escrito de nuevo Danilo Castellano– un residuo de apertura a la realidad que le hacía presentar *su* orden como el orden en sí, confundiendo el orden con el sistema o la teoría. Hoy, en la transición a la ideología “débil”, se ha sofocado la “nostalgia” de la filosofía, y se ha reducido el orden ético al orden “compartido”: no existen principios sino sólo opciones u opiniones, que nadie tiene el poder (ni menos el derecho) de imponer en el ámbito educativo o en el público (el ordenamiento jurídico)<sup>22</sup>; por lo que, queriendo dar respuesta al problema de la convivencia, se hace necesario “convenir” sobre las cosas que todos consideren “aceptables”: las “opciones compartidas” se convierten, así, en constitutivas de lo verdadero y de lo falso, de lo justo y lo injusto, cayendo en el relativismo y en el nihilismo, que son absurdos<sup>23</sup>.

## 5. LA VERSIÓN CLÁSICA DE LA ÉTICA

Llegados a este punto, procede volver la vista a la versión clásica de la ética o moral<sup>24</sup>. En el griego arcaico existían dos palabras que están en el origen de nuestra ética: *éthos* (hábito o costumbre) y *êthos* (carácter o modo de ser). La ética es entonces la ciencia que se refiere a la actividad humana en cuanto que tiene como efecto propio conferir un cierto carácter a quien la realiza. Este tipo de actividad es la que se significa por el término latino *mos-moris*, de donde deriva nuestro término moral. Santo Tomás de Aquino, por cierto, utilizaba principalmente ambos términos como sinónimos.

Confiere carácter no la simple actividad natural, que no puede ser modificada por la costumbre, como respirar o digerir, sino la actividad propiamente humana, de la que el hombre es señor, esto es, la racional

---

<sup>21</sup>Eric Voegelin, *Israel and Revelation*. Baton Rouge. 1956, 3. Se trata del tomo I de su obra *Order and History*.

<sup>22</sup>Miguel Ayuso (ed.), *El pensamiento político de la Ilustración ante los problemas actuales*. Santiago de Chile. 2010. En mi capítulo sobre Locke explico cómo en su pensamiento está la raíz de un tal esquema.

<sup>23</sup>Danilo Castellano, *Orden ético y derecho*, cit., 23 ss. Conectado con el asunto se presenta el discurso de Habermas. Véase la crítica, agudísima, de Juan Fernando Segovia, *Habermas y la democracia deliberativa*. Madrid. 2008

<sup>24</sup>Sigo a continuación, cuando no se cite otro autor, la exposición de José Luis Widow, *Introducción a la ética*. Santiago de Chile. 2009, principalmente el capítulo I.

y libre. Actos humanos, que perfeccionan al hombre, pues pertenecen al campo de lo agible, a diferencia de los puramente técnicos (o artísticos), que se desenvuelven en el de lo factible, constituyendo aquéllos hábitos virtuosos.

Tiene la ética tres caracteres principales: practicidad, politicidad y normatividad.

La *practicidad* deriva de tener un objeto operable y no especulativo, esto es, de tener un objeto en el que no reside en sí mismo el principio del movimiento. Su fin es primariamente la operación [no se investiga para saber qué es virtuoso sino para ser buenos<sup>25</sup>], pero puede ser también indagado especulativamente, por lo que es un saber en parte especulativo y en parte práctico<sup>26</sup>.

La separación entre ética y política es moderna y quizá pueda encontrarse por vez primera, si bien todavía no totalmente articulada, en Maquiavelo; aunque haya que esperar al liberalismo para hallarla plenamente afirmada. En cambio, Aristóteles identifica, cuando existe un buen gobierno, hombre bueno y buen ciudadano: el bien de la persona es el mismo que el bien de la ciudad, del que difiere sólo en el grado de perfección. El saber ético es el que se refiere al fin de toda la vida humana, por lo que le corresponde dirigir todas las demás actividades. Así pues, en cuanto *arquitectónico*, o sea referido a los principios últimos de toda la vida humana, es también político. La vida verdaderamente política –afirma Aristóteles– no se constituye en vista de alianzas comerciales ni para alcanzar mayor seguridad, sino para que los ciudadanos se ocupen de lo que son los otros, de su *ethos* o virtud: “La actividad realmente humana es aquella por la que se tiende al bien no sólo propio, sino fundamentalmente de otros. El hombre se perfecciona a sí mismo en su actividad, en la medida en que ésta se ordena a un bien que lo excede. En definitiva, en tanto se ordena a un bien común que no es otra cosa que el mismo bien humano, pero en cuanto se alcanza en comunidad. Esta es la razón más de fondo del *carácter* social y, en último término, *político del hombre*: siendo buen amigo se hace a sí mismo bueno”<sup>27</sup>.

De los dos caracteres vistos se desprende un tercero, el de la *normatividad*, que tiene su fundamento en la idea de naturaleza, entendida como el modo propio de operar de un ente a partir de su configuración esencial. Si el bien humano es entendido como bien, no queda sólo en un dato, sino que se constituye en necesario fin de la actividad libre. Necesidad que se denomina deber, por lo que el bien humano se hace

---

<sup>25</sup>Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, II, 2.

<sup>26</sup>Santo Tomás de Aquino, *Summa theologiae*, I, q. 14, a. 16, c.

<sup>27</sup>José Luis Widow, *op cit.*, 32-33. Puede verse también del mismo autor la monografía *La naturaleza política de la moral*. Santiago de Chile. 2004.

presente como ley y no sólo como objeto del entendimiento especulativo sino también del práctico.

El vasto campo de la moral, regido por la prudencia, “la más humana de las virtudes”<sup>28</sup>, contiene los capítulos de la política y el derecho. Ambos, saberes literarios más que de hechos, aunque precisan de elementos técnicos, se desenvuelven fundamentalmente en el ámbito de lo agible, al ocuparse del bien y la felicidad del hombre, que tiene naturaleza de fin. Están presididos respectivamente por la prudencia del gobernante (*gnome*) y la del jurista (*synesis*)<sup>29</sup>, no menos sujetas a la *lex ethica naturalis* que abarca todo el obrar humano y que prescribe los deberes del hombre (para con Dios, para con nosotros mismos y para con los demás). Política y derecho, en cambio, se ocupan sólo principalmente de ciertos deberes para con los demás en razón de justicia e, incluso más allá de ésta, de concordia política arquitectónica.

## 6. ¿ÉTICA PÚBLICA?

De lo anterior puede concluirse que el término hoy difundido de ética pública se instala en la línea del *nihilismo ético* (y jurídico-político) contemporáneo, tras haber transitado las sendas del sistema positivista. Entre el positivismo y la anarquía, pues, levanta no pequeñas dificultades a la luz de la tradición filosófica clásica.

Las raíces del nihilismo contemporáneo deben buscarse muy lejos. En la época moderna, Rousseau sostuvo que el Estado es el autor de la justicia, ya que sólo a través del acto de la voluntad general, que es acto hermenéutico constitutivo de la justicia por medio de la ley positiva, aquélla se encontraría a sí misma: “El orden moral sería posible sólo en la sociedad ‘política’ y en virtud de la sociedad ‘política’”. El derecho positivo sería la condición de la propia moral, porque la ética sería sólo del ciudadano y no del hombre. Si incluso se reconociese, a continuación, que hay una esfera privada que se sustrae al poder del Estado y dentro de la que es posible la moral, ésta quedaría reducida a espontaneidad, interioridad y autonomía [...]. La moral, de todos modos, sería ‘otra cosa’, sea respecto a la ética, sea respecto al derecho, caracterizado por la coacción, la exterioridad y la heteronomía. La moral, por tanto, no tendría en último término otro orden (en realidad éste coincidiría con la ausencia de orden) que el del vitalismo del sujeto y, en todo caso, carecería de relieve para la vida asociada, ya que existiría una distinción radical entre honradez y justicia. Estaremos en presencia, en suma, de una doble verdad: una privada y una

---

<sup>28</sup>Marcel de Corte, *De la prudence, la plus humaine des virtus*. Jarzé. 1974.

<sup>29</sup>Álvaro d’Ors, *Nueva introducción al estudio del derecho*, cit., § 2, 18; id., *Una introducción al estudio del derecho*, 8.a. ed. Madrid. 1989. § 10, 31.

pública. La pública daría vida a un orden que se identificaría con el orden público; la privada permitiría el ejercicio de la ‘libertad negativa’, aunque fuese dentro de los límites definidos por el poder público. La separación entre privado y público, teorizada por la modernidad jurídica, y difícil de sostener, conduciría coherentemente (al menos de hecho) a reconocer como relevante sólo la dimensión pública<sup>30</sup>.

Y es que las categorías de lo privado y lo público, en efecto, en el contexto de la “geometría legal” propia del pensamiento moderno, aparecen fruto de una reflexión conducida en modo hipotético-deductivo y aplicada con finalidad operativa. Con el término privado se designa, así, la disposición de cada individuo a considerarse desvinculado de cualquier regla, en cuanto sometido exclusivamente a su propia voluntad y único juez de sus acciones. Residiendo lo público inicialmente en la zona en que –merced a los múltiples condicionamientos recíprocos– ningún individuo puede pretender ser considerado solo, único e independiente, “tierra de nadie” que circunscribe los distintos predios privados, como expresa con nitidez el artículo 4 de la *Declaración de derechos del hombre y del ciudadano* de 1789; para, más adelante, y dada la inviabilidad de una tal definición por el carácter subjetivo del criterio según el cual cada individuo juzga dañosas para sí las acciones ajenas y nocivas en relación con los otros las propias, se abre paso una concepción de lo público como sujeto distinto de los individuos, equidistante entre ellos y por eso en condiciones de dirimir sus controversias: es el “hombre artificial” hobbesiano, esto es, la *persona civitatis*, la persona del Estado<sup>31</sup>, que reproduce en su nivel la unicidad de lo privado por medio de la soberanía estatal. De ahí la conclusión: “Entre lo privado y lo público, así entendidos, no se puede establecer una relación dialéctica. Es decir, no se les puede considerar distintos realmente, ya que tienen una estructura idéntica, la de la pretendida unicidad, y sin embargo no tienen nada en común porque, siendo *per se* únicos, se excluyen recíprocamente”<sup>32</sup>.

Pero a la anterior aproximación, típica de la “razón de Estado” moderna, ha de oponerse la “inteligencia política” clásica. Así, el carácter problemático de la experiencia política viene de la parcial comunicabilidad e incomunicabilidad de los elementos del grupo, de manera que la inteligencia política de cada uno se realiza en el reconocimiento –en términos dialécticos– de lo que tienen en común y también de lo que les diversifica, esto es, en el reconocimiento de la comunidad a la que pertenecen. Y es que la tarea de lo político no consiste sino “en garantizar la comunidad, que es propiamente la unidad orgánica de la pluralidad

---

<sup>30</sup>Danilo Castellano, *Orden ético y derecho*, cit., 30-31.

<sup>31</sup>Thomas Hobbes, *Leviathan*, Londres. 1651, cap. XVI.

<sup>32</sup>Francesco Gentile, *Intelligenza politica e ragion di Stato*, 2ª. ed., Milano. 1984, 14. Últimamente, también, id., *Politica et/aut statistica*. Milano. 2003.

de sujetos distintos y diversamente agregados, para la que vale todavía la definición ciceroniana de *res publica*<sup>33</sup>. Precisamente por eso, por su función orientadora del bien común y por la estructura dialéctica de su reconocimiento, no puede entenderse de manera abstracta e hipotético-deductiva la ciencia de lo político, sino como “actitud concreta de percibir, cada vez, lo conveniente, lo oportuno y lo necesario para la vida equilibrada de la comunidad”<sup>34</sup>.

¿Cabe, sin embargo, finalmente, encontrar algún espacio para el desenvolvimiento de una ética pública que no sucumba a los errores apuntados? ¿Pueden individuarse algunas exigencias personales, culturales e institucionales del comportamiento ético en el ámbito público en nuestros días? No cabe duda de que el rigor moral personal, la educación y los mecanismos de prevención, control y sanción han de tener un papel destacado en tal sentido. Pero examinarlos supondría desenvolverse en un ámbito bien distinto del que he escogido para este texto<sup>35</sup>.

---

<sup>33</sup>Id., *Intelligenza politica e ragion di Stato*, cit., pp. 51-52. La referencia a Cicerón debe entenderse hecha a *De Republica*, I, 39. El propio Gentile ha glosado muy pertinentemente esa definición en su ensayo “Le condizioni della ‘res publica’”, en el volumen de Danilo Castellano (ed.), *La decadenza della Repubblica e l’asenza del politico*. Bolonia. 1995, 125 ss.

<sup>34</sup>Francesco Gentile, *Intelligenza politica e ragion di Stato*, cit., 52.

<sup>35</sup>Bernardino Montejano, *Ética pública*. Buenos Aires. 1996.

# ARTURO ENRIQUE SAMPAY Y SU INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 19 DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL ARGENTINA. EL INFLUJO DE TOMÁS DE AQUINO EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL ARGENTINO

*Germán Masserdotti\**

SUMARIO: I. La vida y la obra de Arturo Enrique Sampay. II. Arturo Enrique Sampay y su interpretación del artículo 19 de la Constitución Nacional Argentina. a) Las acciones humanas. Acciones privadas y acciones públicas. Acciones humanas interiores y exteriores no públicas. b) Vigencia de la ley moral natural. c) El alcance del término ley en el artículo 19. III. A modo de conclusión.

En este trabajo nos ocuparemos del análisis de una obra del eminente constitucionalista argentino<sup>1</sup> Arturo Enrique Sampay. Se trata de *La Filosofía Jurídica del Artículo 19 de la Constitución Nacional*<sup>2</sup>.

## I. LA VIDA Y LA OBRA DE ARTURO ENRIQUE SAMPAY<sup>3</sup>

Arturo Enrique Sampay (28 de julio de 1911-14 de febrero de 1977) nació en Concordia (Provincia de Entre Ríos). Fue estudiante de Derecho en la Universidad Nacional de La Plata. Con posterioridad, perfeccionó su formación académica en Europa. Sampay *volvió a nuestra Patria para servirla*. Destaquemos algunas de sus principales obras. Entre 1938 y 1942

---

\*Licenciado en Filosofía. Profesor de Filosofía, Universidad del Salvador/Buenos Aires, Universidad Católica de La Plata/Argentina y Universidad Fasta/Argentina. Miembro de la Comisión Directiva de la Sociedad Tomista Argentina.

<sup>1</sup>Para conocer las publicaciones de Arturo Enrique Sampay sobre derecho constitucional remitimos a Alberto González Arzac en el *Anexo Bibliográfico de Arturo Enrique Sampay* en Sampay, A. E., *La Constitución democrática*. Ciudad Argentina. Buenos Aires. 1999, 293-300.

<sup>2</sup>Sampay, A. E., *La Filosofía Jurídica del Artículo 19 de la Constitución Nacional*, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales. Buenos Aires. 1975. Figura en la Biblioteca de la Universidad del Salvador.

<sup>3</sup>Seguimos en los datos biográficos y en la indicación de la bibliografía de Sampay principalmente a González Arzac, A., *Nota preliminar*, en Sampay, A. E., *La Constitución democrática*. Ciudad Argentina. Buenos Aires. 1999, 7-42. Esta obra de Sampay figura también en la Biblioteca de la Universidad del Salvador.



escribe *La Crisis del Estado de Derecho Liberal-burgués*<sup>4</sup>. También conviene recordar *La filosofía del Iluminismo y la Constitución Argentina de 1853*<sup>5</sup>, publicada en 1944. Pero su obra cumbre fue, sin duda, *Introducción a la Teoría del Estado*<sup>6</sup>. Sampay formó parte del movimiento justicialista desde los comienzos del mismo, la mitad de la década del 40 del siglo XX pasado. Entre *encuentros y desencuentros*<sup>7</sup>, con todo, su amistad con Juan Domingo Perón, el fundador del *justicialismo*, superadora de las diferencias, resultó perdurable. Su papel en la elaboración del texto definitivo de la Constitución Nacional Argentina de 1949 fue el más relevante de todos<sup>8</sup>. Escrita por González Arzac, remitimos a la *Nota preliminar* sobre la recopilación de escritos de nuestro autor bajo el título *La constitución democrática*<sup>9</sup> para conocer más sobre su vida.

Conviene destacar el dato que proporciona su biógrafo y amigo acerca de la formación de nuestro autor: “Su tío abuelo R. P. Carlos Sampay contribuyó hondamente en la formación del pensamiento religioso, filosófico y político de Arturo Sampay. *Él fue quien puso a su alcance la «Summa» de Santo Tomás* y otras obras que incidieron en la cultura del joven estudiante”<sup>10</sup>.

En la *Advertencia* a la obra bajo análisis, afirma Sampay:

“Este ensayo es una conferencia que dicté en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Buenos Aires, al conmemorarse en ella el Sesquicentenario del artículo 19 de la Constitución Nacional. Pues este precepto, como se explica en el texto, surgió en el Estatuto Provisional sancionado el 5 de mayo de 1815 y figuró después en todas las leyes constitucionales que se dieron en el país”<sup>11</sup>.

---

<sup>4</sup>Sampay, A. E., *La crisis del Estado de Derecho Liberal-Burgués*. Losada. Buenos Aires. 1942. Figura en la Biblioteca de la UCA Sede Rosario.

<sup>5</sup>Sampay, A. E., *La filosofía del Iluminismo y la Constitución argentina de 1853*. Depalma. Buenos Aires. 1944. Figura en la Biblioteca del Congreso de la Nación.

<sup>6</sup>Sampay, A. E., *Introducción a la Teoría del Estado*. Politeia. Buenos Aires. 1951. Figura en la Biblioteca del Congreso de la Nación. A propósito, cfr. Derisi, O. N., “Una contribución del tomismo argentino: «Introducción a la teoría del Estado» de Arturo Enrique Sampay”, en *Sapientia*, Año 7, N° 24 (abr.-jun. 1952), 103-124.

<sup>7</sup>Podría hablarse, en realidad, de un solo *desencuentro* importante, en torno a la incorporación del conocido artículo 40 de la Constitución Nacional de 1949. La expresión *encuentros y desencuentros* corresponde a Alberto González Arzac.

<sup>8</sup>“El arquitecto de la constitución del '49 fue, a no dudarlo, Sampay”, sostiene Juan Fernando Segovia en uno de sus trabajos sobre nuestro autor (Segovia, J. F., “Peronismo, Estado y reforma constitucional. Ernesto Palacio, Pablo Ramella y Arturo Sampay”, en *Revista de Historia del Derecho*, N° 32, Buenos Aires 2004, 423).

<sup>9</sup>Cfr. González Arzac, A., *Nota preliminar*, en Sampay, A. E., *La Constitución democrática*. Ciudad Argentina. Buenos Aires. 1999, 7-42.

<sup>10</sup>González Arzac, A., *Nota preliminar*, 9. Las *itálicas* con nuestras.

<sup>11</sup>Sampay, A. E., *La Filosofía Jurídica del Artículo 19 de la Constitución Nacional*, 7.

## II. ARTURO ENRIQUE SAMPAY Y SU INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 19 DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL ARGENTINA

Antes de referirnos directamente a la interpretación que nos brinda Sampay sobre el artículo 19 de la Constitución Nacional Argentina<sup>12</sup>, conviene pasar revista de las fuentes tomasianas en las que abreva para su comentario. Éstos son los textos:

*S. Th.* I-II, q. 21, a. 3, c. (p. 28): afirma Tomás: “[m]eritum et demeritum dicuntur in ordine ad retributionem quae fit secundum iustitiam”. Sampay refiere este texto tomasiano cuando afirma que de la observancia –o, en su defecto, de la inobservancia- de la ley moral natural se sigue el premio o el castigo correspondiente. Por esto también refiere el pasaje de *Contra Gentiles* III, c. CXL (p. 28), en el cual el Aquinate sostiene, entre otras razones que explican la acción retributiva de Dios:

“Praeterea. Ubi cumque est aliquis debitus ordo ad finem, oportet quod ordo ille ad finem ducat, recessus autem ab ordine finem excludat: ea enim quae sunt ex fine, necessitatem sortiuntur ex fine; ut scilicet ea necesse sit esse, si finis debeat sequi; et eis absque impedimento existentibus, finis consequatur. Deus autem imposuit actibus hominum ordinem aliquem in respectu ad finem boni, ut ex praedictis patet. Oportet igitur quod, si ordo ille recte positus est, quod incedentes per illum ordinem finem boni consequantur, quod est praemiari: recedentes autem ab illo ordine per peccatum, a fine boni excludi, quod est puniri” (n. 3).

*S. Th.* I-II, q. 96, a. 6, c. (p. 30): Nuestro autor alude a este texto tomasiano cuando explica la diferencia entre la acción del tirano y la del gobernante “[q]ue accidentalmente deja de lado una norma del derecho positivo para aplicar, en su reemplazo, la suprema ley de la justicia general que es salvar al país: este gobernante, por ende, a diferencia del tirano, no viola sino afirma el orden de lo justo natural”<sup>13</sup>. En el pasaje aludido, Tomás afirma:

---

<sup>12</sup>Art. 19.- Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe” (Constitución Nacional Argentina, en sitio web del Honorable Senado de la Nación, <http://www.senado.gov.ar/web/interes/constitucion/articulo1.php>) [tomado el 4 de abril de 2011].

<sup>13</sup>Nuestro autor alude a este texto tomasiano cuando explica la diferencia entre la acción del tirano y la del gobernante “[q]ue accidentalmente deja de lado una norma del derecho positivo para aplicar, en su reemplazo, la suprema ley de la justicia general que es salvar al país: este gobernante, por ende, a diferencia del tirano, no viola sino afirma el orden de lo justo natural” (Sampay, A. E., *La Filosofía Jurídica del Artículo 19 de la Constitución Nacional*, 30).

“Contingit autem multoties quod aliquid observari communi saluti est utile ut in pluribus, quod tamen in aliquibus casibus est maxime nocivum. Quia igitur legislator non potest omnes singulares casus intueri, proponit legem secundum ea quae in pluribus accidunt, ferens intentionem suam ad communem utilitatem. Unde si emergat casus in quo observatio talis legis sit damnosa communi saluti, non est observanda”.

S. Th. I-II, q. 64, a. 2, c.; II-II, q. 58, a. 10, ad 1 (p. 33): En el contexto del tratamiento de *la virtud de la justicia como reguladora de la vida social*, Sampay, apoyándose en Tomás de Aquino, sostiene que

“[e]l acto de justicia comprende una doble rectitud: una rectitud subjetiva o racional, que es lo que la define como virtud moral, consistente en la voluntad de dar efectivamente al otro lo que le pertenece, y una rectitud objetiva o real determinante de la igualdad entre las cosas o las personas del contracambio; en tanto que en todas las demás virtudes no se califica algo de recto sino en atención exclusiva a cómo el agente lo hace, o sea, en relación al propio sujeto virtuoso”<sup>14</sup>.

En el primero de los pasajes, Tomás afirma:

“[i]ustitia est circa operationes, quae consistunt in rebus exterioribus, in quibus rectum institui debet simpliciter et secundum se, ut supra dictum est, et ideo medium rationis in iustitia est idem cum medio rei, inquantum scilicet iustitia dat unicuique quod debet, et non plus nec minus”.

S. Th. II-II, q. 58, a. 1, c. (p. 34): en este pasaje Tomás, junto con la tradición filosófica, sostiene:

“[E]t ideo praedicta definitio est completa definitio iustitiae, nisi quod actus ponitur pro habitu, qui per actum specificatur, habitus enim ad actum dicitur. Et si quis vellet in debitam formam definitionis reducere, posset sic dicere, quod iustitia est habitus secundum quem aliquis constanti et perpetua voluntate ius suum unicuique tribuit. Et quasi est eadem definitio cum ea quam philosophus ponit, in V Ethic., dicens quod *iustitia est habitus secundum quem aliquis dicitur operativus secundum electionem iusti*”.

S. Th. II-II, q. 60, a. 5, ad 1; *In V Ethic.*, lect. XII, n. 1020 (p. 35): nuestro autor hace referencia a estos textos, para relacionar el derecho positivo con la ley moral natural y lo justo natural. En el derecho positivo, como volveremos a ver, hay “[a]ctos que de suyo son indiferentes ante lo justo natural, pero una vez ordenados constituyen lo justo, y no cumplirlos lo injusto”<sup>15</sup>. En el primero de los textos Tomás sostiene:

---

<sup>14</sup>Sampay, A. E., *La Filosofía Jurídica* cit., 33.

<sup>15</sup>Sampay, A. E., cit. 35.

“[I]ex scripta, sicut non dat robur iuri naturali, ita nec potest eius robur minuere vel auferre, quia nec voluntas hominis potest immutare naturam. Et ideo si Scriptura legis contineat aliquid contra ius naturale, iniusta est, nec habet vim obligandi, ibi enim ius positivum locum habet ubi quantum ad ius naturale nihil differt utrum sic vel aliter fiat, sicut supra habitum est. Et ideo nec tales Scripturae leges dicuntur, sed potius legis corruptiones, ut supra dictum est. Et ideo secundum eas non est iudicandum”.

*S. Th.* I-II, q. 99, a. 5, ad 1; q. 100, a. 2, c. (p. 38)<sup>16</sup>: Sampay se apoya en estos textos para afirmar que

“[a]veriguando que el artículo 19 de la Constitución Nacional fija como materia de la potestad legislativa del Estado a los actos humanos objeto de la virtud de la justicia, se deduce que dicha disposición considera «acciones privadas de los hombres» no sólo a las acciones interiores, sino también a las exteriores que no sean actos de justicia, pues en los casos que la ley manda una cosa de las otras virtudes lo hace siempre considerándola bajo la razón de justicia”.

Por esto enseña Tomás en el primero de los pasajes aludidos:

“[s]ola iustitia, inter alias virtutes, importat rationem debiti. Et ideo moralia intantum sunt lege determinabilia, inquantum pertinent ad iustitiam, cuius etiam quaedam pars est religio, ut Tullius dicit. Unde iustum legale non potest esse aliquod praeter caeremonialia et iudicialia praecepta”.

*S. Th.* I-II, q. 95, a. 2, c. (p. 42): Sampay alude a este pasaje del Aquinate cuando sostiene que

“[s]i un débito legal contrasta con un débito moral, aquella imposición del legislador no sería derecho, sino un acto de violencia cometido por personas que habrían desnaturalizado el poder que el Estado tiene de reforzar con un débito eventualmente coercible obligaciones emergentes de la virtud de la justicia”<sup>17</sup>.

En el pasaje tomasiano se afirma:

“[s]icut Augustinus dicit, in I de Lib. Arb., *non videtur esse lex, quae iusta non fuerit*. Unde inquantum habet de iustitia, intantum habet de virtute legis. In rebus autem humanis dicitur esse aliquid iustum ex eo quod est rectum secundum regulam rationis. Rationis autem prima regula est lex naturae, ut ex supradictis patet. Unde omnis lex humanitus posita intantum habet de ratione legis, inquantum a lege naturae derivatur. Si vero in aliquo, a lege naturali discordet, iam non erit lex sed legis corruptio”.

---

<sup>16</sup>Sampay, A. E., cit. 38.

<sup>17</sup>Sampay, A. E., cit. 41-42.

En su trabajo interpretativo, Sampay se detendrá en tres puntos: 1º el análisis de las acciones privadas de los hombres, bajo el supuesto de que se trata de *acciones humanas*; 2º El reconocimiento implícito de la vigencia de la ley moral natural, reguladora de las acciones humanas en vistas del último fin del hombre y 3º) El alcance del término *ley* en el artículo 19, teniendo en cuenta el aporte de la teoría constitucional moderna a la luz de la filosofía perenne<sup>18</sup>.

#### A LAS ACCIONES HUMANAS. ACCIONES PRIVADAS Y ACCIONES PÚBLICAS. ACCIONES HUMANAS INTERIORES Y EXTERIORES NO PÚBLICAS

Sampay comienza observando que la Constitución Nacional define a las *acciones públicas* como “aquellas cuyos efectos de algún modo atañen al orden, a la moral pública y a terceros”<sup>19</sup>. Pero antes se vuelve necesario esclarecer qué son las acciones humanas *in genere*. Éstas son

“[l]as acciones libres que son las específicamente humanas, pues, para producirlas, se precisa de la voluntad y de la inteligencia, que sólo las posee el hombre entre todos los animales. Por tanto, las acciones de que trata nuestro precepto constitucional son *los actos que proceden de una decisión de la voluntad esclarecida por la inteligencia; es decir, por el conocimiento intelectual del fin que el operante se propone alcanzar con ese acto*”<sup>20</sup>.

Estas acciones implican la afirmación de la condición libre del hombre en su obrar y la consiguiente responsabilidad. De esta manera Sampay, siguiendo a Ramírez<sup>21</sup>, afirma que

---

<sup>18</sup>Conviene, con todo, formular una serie de observaciones *de índole doctrinal* respecto del señalamiento de la *génesis histórica* del artículo 19 de nuestra Constitución Nacional Argentina. Afirma Sampay: “En el capítulo primero de la sección séptima del Estatuto provisional sancionado el 5 de mayo de 1815 se consagró nuestro actual artículo 19. [...]. El principal redactor de este Estatuto fue Antonio Sáenz” (Sampay, A. E., cit. 11-12). Es cierto que Antonio Sáenz, como afirma Sampay en nota al pie (p. 13, nota 8), se formó en la Universidad de Charcas, pero sucede que inmediatamente agrega que en dicho establecimiento universitario “[s]e difundía la filosofía de Santo Tomás y a través de ésta los principios de la cultura greco-romana” (Sampay, A. E., cit. 13, nota 8). Y más adelante agrega que en el Colegio San Carlos de Buenos Aires, donde Sáenz dictó Teología, la enseñanza que se impartía “[e]ra conforme a la doctrina de Santo Tomás” (*Ibidem*, 14). En realidad, en dichas aulas no se estudiaba *proprie loquendo* a Tomás de Aquino sino una versión manualística de la doctrina del mismo, que en lo que se refiere al Derecho Natural, antes que tomasiana era de inspiración racionalista.

<sup>19</sup>Sampay, A. E., cit. 25.

<sup>20</sup>*Ibidem*, 26. Las *itálicas* son nuestras.

<sup>21</sup>Ramírez, J. A., *De Hominis Beatitudine*, T. I, Salamanca. 1942; T. II, Madrid. 1943; T. III, Madrid. 1947.

“[l]a libertad es un constitutivo del hombre en cuanto ser abierto a la necesidad de realizar su vida, de lograr el perfeccionamiento de su propia naturaleza específica, que es donde reside la felicidad, buscada irresistiblemente por él a través de todas sus acciones individuales y sociales”<sup>22</sup>.

De lo cual se sigue la existencia de una moralidad objetiva, en tanto hay acciones que se ordenan de suyo al fin último del hombre y otras que no. Por esto es que hablamos de bondad y maldad morales, como veremos más adelante.

Habiendo establecido, en la línea de Tomás de Aquino, la realidad/noción de *acciones humanas*, Sampay formula una serie de distinciones al interior de las mismas en vistas a precisar cuáles son las acciones que quedan reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados. Por esto afirma que “[e]ntre los actos libres hay que distinguir los actos exteriores y los actos interiores”. De este modo, los actos exteriores “[s]e caracterizan porque rematan con un acto de la potencia motriz del operante”<sup>23</sup> en tanto que los interiores son “los actos completamente internos, que tienen por principio una facultad del alma, cognoscitiva o afectiva”<sup>24</sup>. Con todo, cabe notar que entre las acciones exteriores hay algunas que merecen la denominación de *sociales*, dado que ellas son las que “[r]elacionan al sujeto con otro sujeto, pudiendo ser este otro sujeto un individuo, varios o la sociedad entera”<sup>25</sup>. Así, “[l]os actos internos no caen bajo la regulación del Estado”, en primer lugar naturalmente; en segundo lugar, “[e]l Estado no debe reglar esos actos porque su potestad legislativa tiende exclusivamente a la paz y honestidad exterior de los miembros de la comunidad, con las cuales no se vinculan los que se consuman en el interior del ser humano”<sup>26</sup>. De estas consideraciones se sigue que “[e]l precitado artículo prohíbe la injerencia del Estado en el fuero interno de los gobernados”<sup>27</sup>.

## B) VIGENCIA DE LA LEY MORAL NATURAL

Luego de haber tratado sobre las acciones privadas y públicas, Sampay hace lo mismo con la ley moral natural. Como fue dicho poco antes, hay una moralidad objetiva, *i.e.*, bondad y maldad morales. Siguiendo a Derisi<sup>28</sup>, Sampay afirma como regla suprema y remota las leyes eternas de

---

<sup>22</sup>*Ibidem*, 27.

<sup>23</sup>*Ibidem*, 30.

<sup>24</sup>*Ibidem*, 31.

<sup>25</sup>*Ibidem*, 30.

<sup>26</sup>*Ibidem*, 31.

<sup>27</sup>*Ibidem*, 32-33.

<sup>28</sup>Derisi, O. N., *Los fundamentos metafísicos del orden moral*, 2ª edición. Madrid. 1955, 391-428.

Dios y como regla próxima de esta moralidad el recto juicio de la razón, mediante lo cuales no sólo el hombre descubre los primeros principios morales, sino que también aplica los mismos a los casos particulares. *Ir en contra* de este orden moral objetivo no se opera sin consecuencias; por esto, “[e] que se insurrecciona contra un orden constituido padece por ello y quien se ajusta a ese orden atrae sus beneficios”<sup>29</sup>. En el orden social,

“[l]a autoridad, que representa la unidad del grupo, reacciona, respectivamente, bajo las formas de penalidades o premios. Si se acciona en la universalidad de los seres, donde la moral regla los actos humanos, hay reacciones parciales, porque el orden universal comprende los órdenes parciales sin suprimirlos, pero la reacción suprema está reservada al jefe del orden universal y supremo, que es Dios”<sup>30</sup>.

Pero, como sigue observando nuestro autor,

“[c]uando el artículo 19 de nuestra Constitución afirma la existencia de una moralidad intrínseca de las acciones libres de los hombres –moralidad, con la cual, lógicamente, debe coincidir la legalidad dictada por el poder político respecto a esos mismos actos–, descarta de plano la concepción totalitaria del Estado”<sup>31</sup>.

En el contexto del tratamiento de la vigencia de la ley moral natural, nuestro autor trata de la relación entre la misma y el derecho positivo. Afirma Sampay que

“[e]l derecho positivo es la parte de la moral que regla con igualdad imperativa los cambios de bienes entre los particulares o entre la sociedad y los particulares y que el legislador hace obligatoria y potencialmente coercitiva cuando lo estima necesario al bien de la comunidad”<sup>32</sup>.

Destaquemos que *la legislación no tiene per se o primariamente un carácter coercitivo*. En todo caso, se trata de una consecuencia debido al incumplimiento de la misma ley. Pero ella, en principio, se ordena a la perfección del hombre en el ámbito de la vida social. Sigue diciendo inmediatamente nuestro autor que

“[e]sta conversión de lo justo natural en justo legal no comprende la totalidad de la materia de la ley positiva, porque a veces el Estado también prescribe actos que de suyo son indiferentes ante lo justo natural, pero que una vez ordenados constituyen lo justo, y no cumplirlos lo injusto”<sup>33</sup>.

---

<sup>29</sup>*Ibidem*, 27-28.

<sup>30</sup>*Ibidem*, 28.

<sup>31</sup>*Ibidem*, 28.

<sup>32</sup>*Ibidem*, 35.

<sup>33</sup>*Ibidem*, 35.

En estos casos, “[e]l débito moral dimana del débito legal, mientras que en la materia común y universal del derecho positivo, el débito moral antecede al débito legal”<sup>34</sup>. Nuestra Constitución, como afirma Sampay, “[r]econoce un orden de conducta instituido por Dios y otro instituido por el Estado”<sup>35</sup>. Por cierto que entre ellos no debe haber contradicción sino complementariedad y subordinación del inferior al superior.

En lo que se refiere a lo justo legal o derecho positivo, éste

“[s]urge cuando a ciertos débitos morales de la virtud de la justicia y a determinadas acciones nativamente indiferentes con respecto a la moral pero ordenables el bien común, el Estado les sobreañade el débito legal, es decir, los hace obligatorios y coercitivos para la hipótesis de no ser cumplidos”<sup>36</sup>.

Reparemos que *nuevamente Sampay destaca el carácter no primariamente coercitivo de la legislación*. Pero si lo justo legal “[e]stá configurado por la adición de un débito legal a tipos de débitos morales de la virtud de la justicia, forzosamente lo legal debe ser moral, aunque no sucede lo mismo con lo inverso, pues gran parte de la moralidad no está comprendida en la legalidad”. La conclusión resulta más que obvia, por lo que Sampay agrega inmediatamente:

“[s]i un débito legal contrasta con un débito moral, aquella imposición del legislador no sería derecho, sino un acto de violencia cometido por personas que habrían desnaturalizado el poder que el Estado tiene de reforzar con un débito eventualmente coercible obligaciones emergentes de la virtud de la justicia”.

Por otra parte, lo justo legal “[s]ólo atiende a la rectitud exterior del acto jurídico”<sup>37</sup>, mientras que lo justo natural –el acto de justicia–, también tiene en cuenta la rectitud del agente.

Luego de lo visto, conviene no perder de vista, como observa el mismo Sampay poco antes, que la justicia como virtud “[e]s *necesaria pero no suficiente* para la buena vida en común de los hombres: *sin afabilidad o amistad, sin amor o caridad social la convivencia resulta tensa, inanimada y lábil*”<sup>38</sup>. En este sentido, el carácter no obligatorio de las virtudes sociales *rigurosamente altruistas* –en palabras del mismo autor– “[n]o importa que el Estado deje de utilizar todos los medios de persuasión a su alcance,

---

<sup>34</sup> *Ibidem*, 36.

<sup>35</sup> *Ibidem*, 39.

<sup>36</sup> *Ibidem*, 40. Las *itálicas* son nuestras.

<sup>37</sup> *Ibidem*, 42.

<sup>38</sup> *Ibidem*, 36. Las *itálicas* son nuestras.



principalmente la educación, para infundir el hábito de esas virtudes relacionadas con el prójimo”<sup>39</sup>.

### C) EL ALCANCE DEL TÉRMINO LEY EN EL ARTÍCULO 19

Respecto de la realidad de *la ley*<sup>40</sup>, nuestro autor comienza observando que en la moderna doctrina constitucional, como resulta sabido, se formula la distinción entre ley en *sentido formal* y en *sentido material*.

“*Ley en sentido formal* es toda orden dictada por el órgano legislativo de un ente político, y *en este sentido material* es cualquier precepto emanado de una autoridad pública que regle, de modo abstracto y general, una relación jurídica entre particulares o entre particulares y el poder político o entre dependencias del poder político”<sup>41</sup>.

Observa Sampay que tanto la Corte Suprema de Justicia de la Nación<sup>42</sup> como el mismo texto constitucional argentino hacen uso de esta distinción. En lo que se refiere, concretamente, al uso de *ley* en la artículo 19, sostiene el eminente constitucionalista argentino que en la segunda parte del mismo,

“[s]e echa de ver que ahí el vocablo abarca a las leyes nacionales, provinciales y municipales *en sentido material*, ya que, como dijimos, *cualquier autoridad pública, dentro de su jurisdicción, posee la propiedad de prescribir o prohibir acciones humanas y los habitantes de la Nación están obligados a cumplir esas órdenes*”<sup>43</sup>.

Conviene observar respecto de la mentada distinción entre *material* y *formal* respecto de la ley en la moderna elaboración constitucionalista, que la misma resulta válida en cuanto se refiere solamente *al modo de producción de la norma –i.e., la causalidad eficiente de la ley–*. La autoridad competente *productora* de la norma puede resolverse tanto en la instancia legislativa como también la ejecutiva y la judicial. Sin embargo, no debe olvidarse que *el constitucionalismo moderno* (lo cual se plasma claramente entre los siglos XVIII-XIX) es *concreción jurídico-política del liberalismo*. De modo que causas fundamentales de la norma, como *la final*, cambiarán sustancialmente. Con suerte, se conserva solamente el

---

<sup>39</sup>*Ibidem*, 36-37. Sampay hace referencia en este sentido, entre otros, a Urdánoz, T., “Caridad social, alma y complemento del orden social”, en *Sapientia*, N° 63, Buenos Aires. 1962, 7-36.

<sup>40</sup>Para Tomás de Aquino la ley es “*quaedam rationis ordinatio ad bonum commune, ab eo qui curam communitatis habet, promulgata*” (*S. Th.* I-II, q. 90. a. 4, c).

<sup>41</sup>Sampay, A. E., *La Filosofía Jurídica del Artículo 19 de la Constitución Nacional*, 43. Las *itálicas* son nuestras.

<sup>42</sup>Cfr. *Fallos*, 234:32.

<sup>43</sup>Sampay, A. E., cit. 45. Las *itálicas* son nuestras.

nombre, pero no sin haber operado un auténtico *vaciamiento y/o sustitución* del contenido de las mismas.

Termina concluyendo Sampay que, si bien la gestación histórica del artículo 19 resulta original, con todo “[e]n cuanto a su sustancia, al contrario, *nada está más lejos que ser nuestro artículo 19 una norma autóctona, puesto que condensa la filosofía jurídica universal formulada por los grandes paradigmas del contexto de ideas de nuestra civilización*”. Y termina más adelante sosteniendo:

“[e]l fundamento de la Constitución de los Estados Unidos reside en la misma filosofía jurídica que el artículo 19 que la nuestra proclama abiertamente y cuya esencia consiste, según también lo asevera aquella doctrina, en considerar que *el derecho positivo es válido en la medida que contiene el derecho natural y que Dios, al crear la naturaleza humana con la intrínseca propensión a su propio perfeccionamiento, es el supremo legislador de ese orden jurídico objetivo*, con lo cual los gobernados quedan moralmente inmunes al riesgo de someterse a *una legalidad suficiente en sí misma*, lo que equivale a decir, *asentada en la voluntad exclusiva de los hombres que ejercen los supremos poderes del Estado*”<sup>44</sup>.

Conviene observar, a propósito de lo dicho por Sampay y su por demás benévola interpretación, que la inspiración de las formulaciones iusnaturalistas que brindan sustento ideológico al contenido del artículo 19, antes que *condensación de la filosofía jurídica universal formulada por los grandes paradigmas del contexto de ideas de nuestra civilización* es de *cuño racionalista moderno*. A propósito, el mismo Sampay, en referencia a la Constitución Nacional Argentina *in toto*, ha escrito aquel otro opúsculo ya mencionado, *La filosofía del Iluminismo y la Constitución Argentina de 1853*<sup>45</sup>, tal vez uno de sus mejores *breviarios*, y que abonan la observaciones que señalamos aquí.

### III. A MODO DE CONCLUSIÓN

Arturo Enrique Sampay, en su opúsculo *La Filosofía Jurídica del Artículo 19 de la Constitución Nacional* no sólo hace uso de los textos de Tomás de Aquino sino que también se vuelve *uno de sus intérpretes*. En su caso, el ámbito científico al que procura aplicar *hic et nunc* la doctrina social y moral-política del Aquinate es el del llamado *derecho constitucional*.

---

<sup>44</sup>*Ibidem*, 49-50.

<sup>45</sup>Sampay, A. E., *La filosofía del Iluminismo y la Constitución argentina de 1853*. Depalma. Buenos Aires. 1944.

1°. Al intentar precisar la realidad/noción de las *acciones privadas* en el artículo 19 de la Constitución Nacional Argentina, nuestro autor aplica la doctrina tomasiana de la distinción entre *actos humanos* y *actos del hombre*<sup>46</sup>, si bien no manifestándolo directamente. Mediante otro de sus intérpretes, Santiago Ramírez, nuestro autor alude a *la noción tomasiana de libertad*. Al momento de ofrecer una noción más precisa de *acciones privadas*, Sampay hace uso de la doctrina del Aquinate sobre la dimensión interior y exterior del obrar humano y la competencia que tiene la sociedad política en cuanto a su regulación.

2°. En lo que se refiere a la vigencia de *la ley moral natural*, en este caso valiéndose del aporte de otro de los intérpretes de Tomás de Aquino, Octavio Nicolás Derisi, Sampay apela a las enseñanzas del Angélico en lo que se refiere al influjo de la ley eterna en la ley natural—que es su participación en la creatura racional— *como regla suprema y remota* y al recto juicio de la razón —*la recta ratio*— *como regla próxima* de la moralidad. También rememora la doctrina del Aquinate respecto de la relación entre la ley moral natural y la ley positiva humana. Nos interesa nuevamente destacar, en estas conclusiones, el carácter primario *no coercitivo* que tiene la ley humana. Además, Sampay, valiéndose de otro intérprete de Tomás, como es Teófilo Urdánoz, nos señala que la justicia es necesaria pero no suficiente para *la buena vida* de los hombres al interior de la sociedad política.

3°. Respecto de la distinción moderna de *ley* en sentido *formal* y *material* —de la cual hace uso Sampay—, dejamos apuntado solamente que la misma no repugna sino que puede insertarse convenientemente en el *corpus thomisticum*. Con todo, entendemos que esta distinción solamente resulta compatible con la noción tomasiana de ley en lo que se refiere a la *causalidad eficiente*.

Además, no debe perderse de vista que, aun en las más benévolas de las interpretaciones —como, sin duda, de buena fe, es la que formula Sampay—, el *iusnaturalismo* del que se nutre la filosofía del artículo 19 de la Constitución Nacional Argentina es de carácter *racionalista*.

Esto dicho, con todo, Sampay no deja de extraer lo que puede haber de más rescatable en los supuestos filosófico-prácticos, principalmente en su vertiente iusfilosófica, del artículo 19 bajo análisis.

---

<sup>46</sup>Sampay remite a Noble, H. D., "L'Action volontière", en *Mélanges Thomistes publiés à l'occasion du IV<sup>o</sup> Centenaire de la Canonisation de Saint Thomas d'Aquin*. Paris. 1934, 275-288.

## VIDAS PARALELAS DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS LEGALES VIGENTES EN CHILE Y FRANCIA

*Patricio Muñoz Díaz\**

SUMARIO: I. Introducción. II. El CCF y el TCCH: Tradicionalmente centrados en el control preventivo y abstracto de preceptos legales. III. Atribución de competencia al TCCH en materia de control a posteriori. IV. La cuestión prioritaria de constitucionalidad: nueva forma de control a posteriori por el CCF. V. Conclusiones.

### I. INTRODUCCIÓN

Los paralelismos entre las evoluciones del derecho público francés y el chileno resultan evidentes, al punto de traernos a la memoria la clásica obra de Plutarco sobre la vida de personajes notables de la Antigüedad, cuyos devenires corrieron por cauces muchas veces similares y otros disímiles, pero comparables, cuyo título parafraseamos al comenzar este artículo.

En efecto, tanto desde el punto de vista de los regímenes políticos como de las normas mismas, es posible establecer paralelos interesantes entre el derecho francés y el chileno.

Así por ejemplo, si atendemos a la historia de los regímenes e instituciones políticas, existe un interesante grado de similitud entre el régimen político de inspiración parlamentaria que imperó en Chile entre la década de 1860 y 1925 –si seguimos las fechas propuestas por Julio Heise– y el parlamentarismo clásico francés de la III y IV Repúblicas (1875-1946)<sup>1</sup>. En el caso chileno, sin que haya intervenido una reforma constitucional, se derivó desde mediados del siglo XIX, desde un sistema presidencial autoritario hacia otro en que los ministros de Estado pasaron a depender de las mayorías del Congreso, pero sin que ello conllevara la instalación de un gobierno parlamentario propiamente tal, dado que no se escindió la Jefatura de Estado de la Jefatura del Gobierno, ni se instauró la disolución

---

\*Abogado, DEA en Derecho Público por la Universidad Paul Cézanne Aix-Marseille III, Profesor de Derecho Constitucional. Universidad Autónoma de Chile (Talca).

<sup>1</sup>Renato Cristi y Pablo Ruiz-Tagle, *La República en Chile. Teoría y práctica del constitucionalismo republicano*. 1ª ed. (Santiago de Chile. LOM. 2006), 106.

de la Cámara Baja. Decimos que en esto hubo un claro paralelismo, porque las consecuencias de la aplicación de tal sistema en Chile se asemejaron bastante al funcionamiento del parlamentarismo clásico francés, en que la disolución de la Asamblea Nacional cayó en desuso y se produjo una crónica inestabilidad de los gabinetes<sup>2</sup>, lo que en ambos países se compensó gracias al funcionamiento eficiente de la administración. No hubo así, en este caso, una recepción de instituciones extranjeras de parte de alguno de los países en referencia –de hecho, el modelo deseado pero no logrado en el Chile de la época era el inglés–, sino que tal estado de cosas obedeció a evoluciones político-institucionales propias que, desde diversos puntos de partida y bajo normas constitucionales diferentes, llegaron a un resultado más o menos similar.

También resultan comparables los sistemas de partidos de Francia y Chile, especialmente durante ciertos períodos del del siglo XX, caracterizándose ambos por un multipartidismo moderado y por claras semejanzas en cuanto a las doctrinas políticas sustentadas por los partidos predominantes, los que incluso se asemejaban en sus denominaciones (radical, socialista, comunista, etc. ...).

Desde el punto de vista ya más propiamente normativo, la Constitución chilena vigente, de 1980, siguió el ejemplo de la Constitución de la V República francesa, al dar forma a diversas instituciones, como por ejemplo el cambio desde el clásico dominio mínimo legal al actual dominio máximo legal<sup>3</sup>, conforme al cual sólo son materias de ley aquellas señaladas en el art. 63 de la Constitución, dejando –en teoría– un amplio campo entregado a la regulación reglamentaria del Presidente de la República, subordinada en este caso directamente a la Constitución, con lo que surgió la denominada Potestad Reglamentaria Autónoma<sup>4</sup>.

Otro ejemplo de recepción de instituciones constitucionales francesas en Chile es la de las Leyes Orgánicas Constitucionales, cuya filiación con las Leyes Orgánicas o *Loi Organiques* francesas es también ostensible<sup>5</sup>.

---

<sup>2</sup>Antonio-Carlos Pereira Menaut, *Teoría constitucional*, 2ª ed. Santiago de Chile. LexisNexis. 2006, 184.

<sup>3</sup>En este caso la inspiración francesa es inequívoca, dado que en las actas oficiales de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, que elaboró un anteproyecto de la Constitución chilena vigente, se mencionó expresamente el sistema de la V República como el ejemplo a seguir. Véanse actas de las sesiones 319 y 355 de la Comisión.

<sup>4</sup>Véase Patricio Muñoz Díaz, “La potestad reglamentaria autónoma: la revolución no tuvo lugar”, *Ius Publicum* 8 (2002), 205-211.

<sup>5</sup>Véanse las actas de sesión 344 de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, en las que se menciona expresamente el ejemplo francés en esta materia.

Las leyes orgánicas, en ambos países, son una nueva categoría de leyes, diversa de las ordinarias, que se caracterizan sustantivamente por complementar ciertos contenidos expresamente determinados por la Constitución y, en lo procedimental, por la sumisión a formalidades especiales de aprobación.

En materia administrativa, a pesar de que existen notorias diferencias entre el modelo chileno y el francés<sup>6</sup>, la legislación chilena ha incorporado conceptos elaborados por el Consejo de Estado francés, como la responsabilidad del Estado por falta de servicio, derivada de la *faute de service* francesa<sup>7</sup>.

En este mismo orden de ideas plantearémos, desde una perspectiva comparativa, que existe también un cierto paralelismo en materia de justicia constitucional entre Chile y Francia, más específicamente, en cuanto a la configuración de la estructura tradicional de competencias del Consejo Constitucional francés –en adelante CCF– y del Tribunal Constitucional chileno –en adelante TCCH– y los cambios que en ambos casos ha traído la reciente incorporación de mecanismos de control de constitucionalidad a posteriori o represivos, es decir, de preceptos legales vigentes.

## II. EL CCF Y EL TCCH: TRADICIONALMENTE CENTRADOS EN EL CONTROL PREVENTIVO Y ABSTRACTO DE PRECEPTOS LEGALES

El CCF, instituido por la Constitución de 1958, tenía hasta la entrada en vigencia de la reforma constitucional introducida por la ley de 23 de julio de 2008, que creó la *Question Prioritaire de Constitutionnalité*, de que trataremos más adelante, una competencia en materia de justicia constitucional<sup>8</sup>, centrada en el control preventivo de leyes ordinarias, leyes orgánicas, reglamentos de las Asambleas (Nacional y Senado)<sup>9</sup> y tratados internacionales<sup>10</sup>, caracterizándose dicho control por su carácter abstracto, propio de un *contentieux objectif*<sup>11</sup>, que opera de modo obligatorio, tratándose de las leyes orgánicas, proyectos de leyes de referéndum del art. 11 y reglamentos de las asambleas parlamentarias, y a requerimiento

---

<sup>6</sup>En Chile, a diferencia de lo que sucede en Francia, no existe una jurisdicción administrativa separada de la judicial, correspondiendo, por regla general, el conocimiento de los contenciosos administrativos a los jueces ordinarios, lo que denota una mayor similitud, a este respecto, con el sistema clásico del *rule of law* inglés.

<sup>7</sup>Véase Pedro Pierry Arrau, “La Responsabilidad Extracontractual del Estado por Falta de Servicio”, *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado* 1 (2000).

<sup>8</sup>Es decir, excluida la resolución de los contenciosos electorales (art. 58, 59 y 60 de la Constitución de 1958), del mandato parlamentario, etc. ...

<sup>9</sup>Art. 61 de la Constitución francesa.

<sup>10</sup>Art. 54 de la Constitución francesa.

<sup>11</sup>Análogamente utilizamos la distinción que trazaron Marcel Waline y León Duguit en materia de control de los actos de la administración, entre contencioso objetivo y subjetivo, consistiendo el primero en aquel tipo de control en que sólo se verifica la legalidad o ilegalidad del acto y las consecuencias de aquello, mientras el segundo permite al juez responder la pregunta acerca de si una persona es titular o no de un derecho subjetivo (como la procedencia de la indemnización de perjuicios, por ejemplo).

de órganos constitucionales habilitados en los demás casos (normalmente el Presidente de la República, el Primer Ministro, los presidentes de la Asamblea Nacional o el Senado, 60 diputados o 60 senadores). Existe además un procedimiento especial de deslegalización (respecto de disposiciones de forma legislativa que se encuentran fuera del dominio legal) y de resolución de controversias sobre la inadmisibilidad de proyectos de ley que se encuentren en las mismas condiciones antes señaladas<sup>12</sup>. En consecuencia, hasta la reforma de 2008 estaba vedado al CCF controlar la constitucionalidad de leyes vigentes.

Según el profesor Louis Favoreu, este modelo francés de justicia constitucional, por su carácter netamente abstracto, en que se juzga directamente la constitucionalidad de una norma y no la de su aplicación a un caso determinado, es el que se identifica más propiamente con el modelo diseñado por Kelsen, a diferencia de los sistemas donde existe reenvío de cuestiones prejudiciales desde un juez ordinario al juez constitucional o donde es posible el control concreto de actos administrativos o judiciales por vulneración de derechos constitucionales (como sucede en Alemania, Italia o España)<sup>13</sup>.

Si bien coincidimos en gran medida con lo expresado, en su época, por el maestro de Aix-en-Provence, no podemos dejar de observar que, por su carácter exclusivamente preventivo, el modelo del CCF vigente hasta 2008 no satisfacía a cabalidad las exigencias que Kelsen formuló en materia de justicia constitucional, dado que el autor vienés señaló, en su obra clásica sobre la justicia constitucional, que una constitución que no contempla la posibilidad de anular las normas disconformes con la Constitución no es, en sentido estrictamente jurídico, obligatoria<sup>14</sup>. En este sentido, la ausencia de un control a posteriori excluía completamente del control de constitucionalidad a las normas legales anteriores a la entrada en vigencia de la Constitución de la V República, lo que sin lugar a dudas conspiraba contra el estándar sustentado por Kelsen<sup>15</sup>.

Una situación similar a la antes descrita para Francia se producía en el derecho constitucional chileno, hasta antes de la entrada en vigencia de la ley de reforma constitucional N° 20.050 del año 2005 –que otorgó competencia al TCCH para declarar la inaplicabilidad de preceptos legales a un caso particular y para derogar con efectos generales preceptos legales previamente declarados inaplicables a un caso–. Antes

---

<sup>12</sup>Art. 41 de la Constitución de 1958.

<sup>13</sup>Louis Favoreu, *Droit constitutionnel* (Paris. Dalloz. 1998), 229.

<sup>14</sup>Hans Kelsen, *La garantía jurisdiccional de la constitución: la justicia constitucional*. México D.F. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. 2001. 95.

<sup>15</sup>Si se revisa el art. 140 de la Constitución austriaca de 1920, inspirada por Kelsen, puede fácilmente advertirse que el control contemplado en ella es represivo o a posteriori.

de la reforma, a pesar de que el TCCH ostentaba un importante elenco de competencias, en la práctica, el grueso de su trabajo se concentraba en el control preventivo de preceptos legales, ya sea a través del control obligatorio de leyes orgánicas constitucionales y leyes interpretativas de la Constitución<sup>16</sup> o del control facultativo de proyectos de ley y proyectos de reforma constitucional antes de su promulgación o tratados internacionales sometidos a la aprobación del Congreso, a requerimiento del Presidente de la República, de la Cámara de Diputados, del Senado o de una cuarta parte de los senadores o diputados en ejercicio<sup>17, 18</sup>. Al igual que el CCF, el TCCH tenía vedado pronunciarse sobre la constitucionalidad de preceptos legales vigentes<sup>19</sup>.

Si se analiza la historia del Tribunal Constitucional durante la elaboración de la Constitución chilena de 1980, puede advertirse que no se siguió intencionalmente el modelo francés del Consejo Constitucional<sup>20</sup>; sin embargo, la elección deliberada del sistema francés de leyes orgánicas, caracterizadas, entre otras cosas, por el necesario examen constitucional previo a su promulgación, determinó que esa sería la tarea principal del Tribunal, atendido el dilatado ámbito de competencias que la Constitución chilena atribuye al legislador orgánico y la importancia política, jurídica y económica de dichas materias.

Debe advertirse, en todo caso, que paralelo al control preventivo y abstracto desarrollado por el TCCH, tan próximo al sistema francés, desde 1925 existía en Chile un control a posteriori de efectos particulares, a través del entonces denominado “recurso de inaplicabilidad”, por el cual cualquiera de las partes o el solicitante de una gestión seguida ante tribunales podía recurrir a la Corte Suprema, pidiéndole declarar inaplicable un precepto legal determinado para ese caso concreto. La Constitución de 1980 conservó este control, atribuyendo además a la Corte Suprema

---

<sup>16</sup>Antiguo art. 82 N° 1.

<sup>17</sup>Antiguo art. 82 N° 2.

<sup>18</sup>También reviste importancia estadística y jurisprudencial el control por el TCCH de normas de rango reglamentario que, en nuestra opinión, no es propio de la justicia constitucional, sino más bien de la administrativa, a pesar de que Kelsen estimara que dicho encargo al Tribunal Constitucional es conveniente, especialmente tratándose de los reglamentos autónomos, y que en el caso austriaco ello también se establezca. Hans Kelsen, *op. cit.*, 62

<sup>19</sup>Esto es sin perjuicio de la competencia del Tribunal para pronunciarse acerca de la constitucionalidad de los decretos con fuerza de ley (legislación delegada emitida por el Presidente de la República bajo autorización del Congreso por vía de una ley), que en una de sus modalidades permite un control a posteriori, debiendo requerirse en este caso al Tribunal dentro de los 30 días de la publicación del decreto con fuerza de ley.

<sup>20</sup>Así aparece de las actas de sesiones N° 358, 359, 360, 365, 415 y 417 de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, previamente mencionadas, donde más que el ejemplo francés se menciona el de la Ley Fundamental alemana, principalmente cuando se discutió la sanción de actos contrarios a la Constitución.



la competencia para ejercer esta atribución de oficio en las causas de que estuviera conociendo.

Este mecanismo, introducido en la Constitución de 1925 siguiendo el ejemplo norteamericano, terminó siendo algo bastante diferente a su modelo, atendida su concentración en la Corte Suprema –en adelante CSCH–, probablemente por la ausencia en Chile de una consagración explícita de la regla del precedente, que permitiera uniformar criterios, lo que habría sido una necesidad apremiante en caso de establecerse un sistema de control difuso. El resultado fue un híbrido que compartía características del *judicial review* (control de constitucionalidad por el juez ordinario y efecto relativo de las sentencias) con elementos del entonces incipiente modelo europeo (control concentrado), sin llegar a identificarse con ninguno de los dos sistemas. A pesar del carácter concreto del control (que requiere una gestión pendiente ante tribunales) la CSCH entendió que se trataba de un control objetivo, en que sólo cabía comparar el texto del precepto legal con el texto de la Constitución, sin considerar su aplicación a los hechos de la causa<sup>21</sup>. Se producía así una asimetría entre los efectos concretos de la decisión de inaplicabilidad y el razonamiento que llevaba a declararla<sup>22</sup>.

Esta inconsistencia, sumada a las características de la CSCH, cuyos jueces se formaron principalmente bajo la Constitución precedente, con una mentalidad más cercana al derecho privado, como jueces de casación, llevaron a esa jurisdicción suprema a rechazar sistemáticamente los recursos de inaplicabilidad, en lo que formó parte de una suerte de política jurisprudencial no confesada, de dejarle el control de constitucionalidad al TCCH<sup>23</sup>.

De tal suerte, la CSCH, interpretando la Constitución desde un enfoque más bien civilista, que dio lugar con gran frecuencia a fallos contradictorios<sup>24</sup>, denegó reiteradamente las inaplicabilidades fundadas en vicios

---

<sup>21</sup>Fernando Saenger Gianoni y Guillermo Bruna Contreras, *Inaplicabilidad por inconstitucionalidad: jurisprudencia 1980-2005*. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile. Universidad Católica de la Santísima Concepción. 2006, 150.

<sup>22</sup>Fernando Atria Lemaître, “Inaplicabilidad y coherencia: contra la ideología del legalismo”, *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, agosto 2001, 119-156.

<sup>23</sup>Sin embargo, resulta curioso constatar que, mientras se discutía en el Congreso la posibilidad de relevar a la CSCH de la competencia de inaplicabilidad, para entregársela al TCCH, la jurisdicción suprema llegó incluso a declarar una inaplicabilidad de oficio, cosa que sólo había hecho años antes respecto de un precepto legal que afectaba la competencia constitucional de la propia Corte para imponer ejercer su potestad disciplinaria sobre todos los demás tribunales...

<sup>24</sup>Esto resultaba especialmente complejo para los litigantes, pues atendido el efecto relativo de los fallos de inaplicabilidad, una misma materia se sometía varias veces al conocimiento de la Corte Suprema, la que dependiendo de los más variados factores, entregaba corrientemente decisiones contradictorias, lo que ocasionaba odiosas diferencias en la aplicación de las leyes entre litigantes.

de forma y usualmente las dirigidas contra preceptos preconstitucionales, buscando siempre novedosos razonamientos para justificar las declaraciones de inadmisibilidad, corrientemente por motivos meramente procesales, por lo cual dicho control resultó un completo fracaso<sup>25</sup>.

Los profesores Saenger y Bruna exponen que entre 1994 y 2004 se dedujeron 749 inaplicabilidades ante la CSCH, de las cuales 210 se declararon inadmisibles, 164 se fallaron y rechazaron, 42 fueron desistidas, 3 declaradas desiertas, 5 eliminadas por otros motivos y sólo 5 falladas y acogidas<sup>26</sup>.

### III. ATRIBUCIÓN DE COMPETENCIA AL TCCH EN MATERIA DE CONTROL A POSTERIORI

La lamentable situación en que la CSCH mantenía al único mecanismo de control de constitucionalidad de preceptos legales vigentes existente en Chile, motivó la traslación de dicha competencia al TCCH, mediante la ley de reforma constitucional N° 20.050 de 26 de agosto de 2005, con importantes modificaciones y agregando un nuevo mecanismo de control a posteriori, que permite al Tribunal declarar la inconstitucionalidad, con efectos generales, de preceptos legales vigentes, previamente declarados inaplicables para una gestión concreta<sup>27</sup>.

Quedaron así expresadas las competencias del TCCH en el actual art. 93 de la Constitución, cuyos numerales 6 y 7 citamos a continuación:

Art. 93 Son atribuciones del Tribunal Constitucional:

6° Resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución;

7° Resolver por la mayoría de los cuatro quintos de sus integrantes en ejercicio, la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable en conformidad a lo dispuesto en el numeral anterior;

---

<sup>25</sup>Véase Gastón Gómez Bernales, "La jurisdicción constitucional: funcionamiento de la acción o recurso de inaplicabilidad. Crónica de un fracaso", *Foro Constitucional Iberoamericano. Revista Electrónica de la Universidad Carlos III*, 3 (2003).

<sup>26</sup>Saenger Gianoni y Bruna Contreras, *Inaplicabilidad por inconstitucionalidad*, 246.

<sup>27</sup>Tuvo esta reforma un alcance más bien general, al modificarse una gran cantidad de normas relevantes, relativas a las más diversas materias, incluyendo las Bases de la Institucionalidad, el Congreso, el Tribunal Constitucional, Consejo de Seguridad Nacional, etc. ... En general, podríamos decir que se trató de una reforma destinada a extirpar una serie de contenidos de sesgo autoritario presentes en la Constitución, que fueron producto de la situación política de la guerra fría, que perdieron toda significación en el contexto político post-1989 y a efectuar ciertos perfeccionamientos técnicos que se habían hecho necesarios.

En relación con esta reforma véase la obra colectiva Francisco Zúñiga Urbina, *Reforma constitucional*. Santiago Chile. LexisNexis. 2005.

Más adelante, el mismo art. 93 precisa:

En el caso del número 6°, la cuestión podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto. Corresponderá a cualquiera de las salas del Tribunal declarar, sin ulterior recurso, la admisibilidad de la cuestión siempre que verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto, que la impugnación esté fundada razonablemente y se cumplan los demás requisitos que establezca la ley. A esta misma sala le corresponderá resolver la suspensión del procedimiento en que se ha originado la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

En el caso del número 7°, una vez resuelta en sentencia previa la declaración de inaplicabilidad de un precepto legal, conforme al número 6° de este artículo, habrá acción pública para requerir al Tribunal la declaración de inconstitucionalidad, sin perjuicio de la facultad de éste para declararla de oficio. Corresponderá a la ley orgánica constitucional respectiva establecer los requisitos de admisibilidad, en el caso de que se ejerza la acción pública, como asimismo regular el procedimiento que deberá seguirse para actuar de oficio.

Por último, el art. 94 de la Constitución, en su inciso 3° parte final e inciso 4°, establece respecto de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad que:

No obstante, el precepto declarado inconstitucional en conformidad a lo dispuesto en los numerales 2, 4 ó 7 del artículo 93, se entenderá derogado desde la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que acoja el reclamo, la que no producirá efecto retroactivo.

Las sentencias que declaren la inconstitucionalidad de todo o parte de una ley, de un decreto con fuerza de ley, de un decreto supremo o auto acordado, en su caso, se publicarán en el Diario Oficial dentro de los tres días siguientes a su dictación.

Puede advertirse de todo lo anterior que la competencia de inaplicabilidad transferida por la reforma desde la CSCH al TCCH lo fue con una importantísima variación, pues se pasó de un control en cierto sentido abstracto u objetivo, en el cual bastaba la comparación de normas, a otro muy diferente en el cual se controla la constitucionalidad de la aplicación de un precepto legal a una gestión judicial determinada, teniendo en cuenta sus especificidades, es decir, a un control netamente concreto<sup>28</sup>.

---

<sup>28</sup>Fernando Saenger Gianoni, "Control abstracto y concreto en la nueva inaplicabilidad", en *La Primacía de la Persona. Estudios en Homenaje al Profesor Eduardo Soto Kloss*. Santiago Chile. Legal Publishing Abeledo Perrot. 2009, 1032.

Esta mutación guardó estricta relación con la introducción, en el N° 7 del art. 93, de un mecanismo de control de constitucionalidad de preceptos legales vigentes de alcance general o efecto *erga omnes* inédito en el derecho constitucional chileno, de carácter netamente objetivo. La creación de este mecanismo era un anhelo de larga data, dado que desde los trabajos preparatorios de la Constitución de 1980 se discutió la posibilidad de contar con un mecanismo que permitiera expulsar definitivamente del ordenamiento jurídico disposiciones previamente declaradas inaplicables, para así evitar la pérdida de tiempo que significaba a los justiciables tener que recurrir de inaplicabilidad respecto de cada nueva gestión en que pudiera aplicarse un mismo precepto legal ya declarado inaplicable, molestia que se transformaba en serio peligro de sufrir una arbitrariedad en caso de que la Corte Suprema cambiara intempestivamente su criterio interpretativo, como de hecho sucedió.

Se logró así una solución armónica y bastante completa a los problemas del control de constitucionalidad de leyes vigentes, dado que se hizo corresponder los criterios del juicio de conformidad (concreto o abstracto) a los efectos (particulares o generales) de cada tipo de control.

Desde el punto de vista de la apertura de las noveles instituciones, se estableció un muy amplio acceso a ellas. El requerimiento de inaplicabilidad puede ser formulado por cualquiera de las partes o el interesado de cualquier gestión judicial pendiente (incluyendo las no contenciosas), así como por el juez de la causa<sup>29</sup>, constituyendo esto último una novedad respecto de la antigua regulación de la institución, que la acerca, en cierto sentido, al modelo de las cuestiones prejudiciales o reenvíos que los jueces ordinarios pueden efectuar al juez constitucional en diversos países europeos, como Alemania, España e Italia, aunque se diferencia de ellos por sus efectos interpartes. Según el profesor Nogueira, se asimilaría al sistema del art. 280 de la Constitución portuguesa<sup>30</sup>.

Para la declaración de inconstitucionalidad de preceptos legales previamente declarados inaplicables, el acceso es aún más amplio, estableciéndose una acción pública e incluso la posibilidad del TCCH de declararla de oficio. La mayor apertura del mecanismo es concordante con su carácter abstracto y con el interés público que reviste la necesidad de mantener la coherencia del ordenamiento jurídico, sirviendo la limitación de haberse previamente declarado el precepto inaplicable para una gestión concreta (lo que supone a su vez requerimiento de parte o del juez de la causa), como una suerte de freno relativo a un eventual activismo judicial de parte del TCCH.

---

<sup>29</sup>Según el Art. 81 de la ley orgánica constitucional del TCCH la cuestión puede promoverse en cualquier estado de tramitación de la gestión pendiente.

<sup>30</sup>Humberto Nogueira Alcalá, "El control represivo concreto y abstracto de inconstitucionalidad", en *Reforma Constitucional*. LexisNexis. 2005 cit., 596.

El TCCH no esperó la modificación de su ley orgánica constitucional N° 17.997 (la que se produjo recién el 10 de agosto de 2010) para comenzar a ejercer sus nuevas atribuciones, fundándose para ello en el principio de vinculación directa de la Constitución, del art. 6° de la Carta Fundamental de 1980, entendiendo que las disposiciones constitucionales deben aplicarse directamente, aun a falta de ley, en la medida que ello sea posible.

Pueden declararse inaplicables o inconstitucionales toda clase de preceptos de rango legal, que antes no hayan sido declarados conformes por el TCCH por el mismo vicio (limitación del art. 84 N° 2 de la ley orgánica que determina su inadmisibilidad). Los tratados internacionales vigentes sólo pueden ser objeto de inaplicabilidad, mas no de declaración de inconstitucionalidad, por expresa disposición del art. 93 de la ley orgánica constitucional del TCCH.

El proyecto de ley orgánica constitucional originalmente aprobado por el Congreso también excluía la inaplicabilidad de los tratados, en virtud del art. 54 N° 1 inciso 5° de la Constitución, según el cual: “Las disposiciones de un tratado sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de derecho internacional.” El TCCH, al realizar el control preventivo obligatorio de la ley N° 20.381, que modificó la ley orgánica constitucional del Tribunal Constitucional N° 17.997, declaró inconstitucional, en fallo dividido rol N° 1.288, las normas del art. 47 letras B y G, que determinaban la inadmisibilidad de las inaplicabilidades de tratados vigentes. Esta sentencia y la legislación resultante han sido objeto de diversas críticas de parte de quienes como el profesor Cea Egaña estiman que ellas vulnerarían el sentido del art. 54 N° 1 inc. 5° de la Constitución, al permitir una suspensión, para el caso en que incida la cuestión, de las normas del tratado<sup>31</sup>.

En nuestra opinión, tal antinomia es inexistente, dado que la inaplicabilidad, por su efecto circunscrito a un caso concreto, no es asimilable a la derogación, modificación o suspensión de las normas de un tratado. La “suspensión para un caso” no es una suspensión (la que sólo podría entenderse con alcances generales), sino simplemente inaplicación, en razón de un motivo superior de supremacía constitucional. Así, sólo se justificaría la exclusión de la declaración de inconstitucionalidad, que provoca la derogación del precepto<sup>32</sup>.

---

<sup>31</sup>José Luis Cea Egaña, *Revista Chilena de Derecho - Nueva Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: Síntesis de una Normativa Compleja*, s.d., [http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372010000100012&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372010000100012&script=sci_arttext).

<sup>32</sup>El fallo en comento reviste además interés, porque al permitir la inaplicabilidad de tratados internacionales, supone que estos reciban la calificación de “preceptos legales”, lo que agrega un elemento más a la discusión acerca del rango jerárquico normativo de los tratados, cuestión que la Constitución chilena no resuelve en términos explícitos.

Respecto del efecto de las decisiones, las sentencias que declaran la inaplicabilidad tienen efectos exclusivamente para la gestión en la que inciden, de modo que en ella no puede aplicarse el precepto legal en cuestión. Lo anterior se corresponde con la naturaleza dependiente de la cuestión de inaplicabilidad, respecto de la gestión pendiente, motivo por el cual algunos autores como Cea la denominan control incidental<sup>33</sup>. Esto se traduce en que la inaplicabilidad debe declararse inadmisibles o rechazarse en el fondo, según corresponda procesalmente, cuando por algún motivo termina la gestión en la que incide la cuestión o en caso de que el precepto impugnado no vaya a tener aplicación en la resolución del caso o ella no sea decisiva, de conformidad con el art. 84 N° 3 y 5 de la ley orgánica constitucional del TCCH.

En estrecha vinculación con lo anterior se encuentra la potestad que la Constitución entrega al TCCH para suspender el procedimiento en la gestión en que incide la inaplicabilidad, facultad en gran medida discrecional según establece el art. 85 de la ley orgánica constitucional respectiva, sin la cual muchos procesos podrían terminar antes de la obtención de una decisión sobre el fondo de parte del TCCH.

Por su parte, las sentencias que rechazan la cuestión de inaplicabilidad, producen el efecto de impedir que ellas vuelvan a ser planteadas, por el mismo vicio, en las sucesivas instancias o grados y el de la condenación en costas del requirente, salvo que haya tenido motivo plausible para promoverla (arts. 90 y 92 de la ley orgánica del TCCH).

Quizá el principal peligro que a nuestro juicio presenta el control de inaplicabilidad es que, por su carácter concreto, muchas veces coloca al juez constitucional en una posición cercana a la de indicarle al juez ordinario como debe fallar la causa en que incide la cuestión<sup>34</sup>. Esto, obviamente, no debería suceder pues trastocaría todo el sistema de repartición de competencias operado por la Constitución. Por ello el TCCH, al fallar los roles N° 558 y 590, el 5 de junio de 2007, excluyó el recurso a la técnica de la interpretación conforme a la Constitución del control de inaplicabilidad<sup>35</sup>.

El efecto de las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de un precepto previamente declarado inaplicable, es su derogación desde la publicación del fallo en el Diario Oficial, la que debe practicarse dentro de los tres días siguientes a su dictación.

Semejante efecto nos parece inadecuado, tanto por defecto como por exceso, obviamente en diversos sentidos. Somos de la opinión de que la consecuencia propia de la inconstitucionalidad debería ser la nulidad,

---

<sup>33</sup>Cea Egaña, *Revista Chilena de Derecho - Nueva Ley Orgánica...*, cit.

<sup>34</sup>Patricio Muñoz Díaz, "La Constitución y la interpretación de la ley", en *La Primacía de la Persona. Estudios en Homenaje al Profesor Eduardo Soto Kloss*, cit. 438.

<sup>35</sup>Saenger Gianoni, "Control abstracto y concreto en la nueva inaplicabilidad", 1046.

dado que la derogación sólo produce efectos hacia el futuro y, por lo tanto, deja subsistentes los derechos adquiridos al amparo de la norma inconstitucional, lo que podría llegar a provocar consecuencias odiosamente injustas al consolidar los efectos del precepto legal espurio, por lo que la opción por la derogación “peca” por defecto<sup>36</sup>. En otro sentido, el carácter intempestivo de la derogación, a contar de la publicación del fallo, puede dejar al legislador sin tiempo suficiente para reemplazar la normativa inconstitucional, lo que obviamente incide en que el TCCH considere dicha circunstancia antes de enfrentarse a preceptos importantes, que se hacen en cierto modo “invulnerables” al control. En este sentido, la solución del constituyente chileno “peca” por exceso<sup>37</sup>.

En cuanto a la forma de las sentencias, siguen la estructura clásica de las sentencias chilenas, con una parte expositiva, una considerativa y un dispositivo; sin embargo, las sentencias del TCCH, incluyendo las de inaplicabilidad e inconstitucionalidad, se caracterizan por su enorme extensión, debido a la abundancia de disquisiciones doctrinarias, citas de jurisprudencia extranjera, votos disidentes y prevenciones, todo lo cual genera sentencias que muy corrientemente superan las 50 o 80 páginas, lo que excede con creces la extensión habitual de las sentencias de la Corte Suprema, que normalmente no superan las diez páginas.

A nuestro juicio, el propósito pedagógico de la dilatada exposición de materias por el TCCH pierde eficacia al hacer casi inmanejable, salvo para académicos que se dediquen a ello, un gran número de sentencias de enormes dimensiones. Sin embargo, nos parece útil que se deje constancia de los votos disidentes, pues ello enriquece el contenido de las decisiones, eleva los estándares de argumentación de la opinión mayoritaria y permite hacer inteligibles los posibles cambios de jurisprudencia.

El ejercicio de estas nuevas competencias, especialmente la de inaplicabilidad, cambió radicalmente la carga de trabajo del TCCH y su caracterización como un tribunal centrado en el control de constitucionalidad preventivo o a priori, en la forma que se detalla en el siguiente gráfico, que elaboramos recopilando los datos del sitio <http://tribunalconstitucional.cl>:

---

<sup>36</sup>En un primer momento, el Tribunal Constitucional había incluso sostenido que, en dichas hipótesis, los preceptos derogados ya no podrían ser atacados por la vía de la inaplicabilidad, por entender que la inaplicabilidad sólo era posible respecto de preceptos legales vigentes. Afortunadamente tal criterio se rectificó recientemente.

<sup>37</sup>Sobre diversas formas de configurar los efectos de la sentencia de inconstitucionalidad en el derecho comparado véase el interesante artículo de Raúl Letelier W. y Matteo Nicolini, “Nulidad y democracia en la justicia constitucional”, *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado* 11 (2004).

EVOLUCIÓN DEL NÚMERO DE SENTENCIAS DICTADAS POR EL TCCH  
SEGÚN MATERIA<sup>38</sup>

Año	93 N° 1	93 N° 2	93 N° 3	93 N° 6	93 N° 7	93 N° 10	93 N° 12	93 N° 13	93 N° 14	93 N° 16	Totales
2004	27	n/a	4	n/a	n/a	0	n/a	0	0	0	31
2005	28	n/a	2	n/a	n/a	0	n/a	0	0	0	30
2006	12	0	2	65	0	0	0	0	0	1	80
2007	23	1	3	166	3	0	6	0	0	2	204
2008	29	2	1	236	2	0	5	1	1	3	280
2009	28	0	4	143	5	0	5	1	0	0	186
2010	25	2	2	182	1	1	5	0	0	0	218

Como puede apreciarse, antes de la entrada en vigencia de las nuevas normas sobre competencia del TCCH, a principios de 2006, el Tribunal dictaba cada año una treintena de sentencias, de las cuales cerca de un 90% correspondían al control preventivo obligatorio y casi todas las restantes al ejercicio del control preventivo a requerimiento de órganos constitucionales facultados para ello.

Con posterioridad a la referida vigencia, el Tribunal multiplicó varias veces el número de causas falladas al año, a alrededor de 200, de las cuales entre un 70 y un 90% corresponden a inaplicabilidades, cambiando radicalmente la fisonomía del TCCH, que se ha convertido, principalmente, en un órgano de control a posteriori.

<sup>38</sup>Art. 93 N° 1 Control a priori obligatorio de leyes y tratados;

Art. 93 N° 2 Requerimientos contra autoacordados de tribunales superiores de justicia;

Art. 93 N° 3 Control a priori facultativo de leyes y tratados a requerimiento de órganos constitucionales;

Art. 93 N° 6 Inaplicabilidad (control a posteriori de preceptos legales vigentes de alcance particular);

Art. 93 N° 7 Declaración de Inconstitucionalidad (control a posteriori de preceptos legales vigentes de alcance general);

Art. 93 N° 10 Inconstitucionalidad de partidos políticos;

Art. 93 N° 12 Contendidas de competencia;

Art. 93 N° 13 Inhabilidades de Ministros de Estado;

Art. 93 N° 14 Inhabilidades de Parlamentarios;

Art. 93 N° 16 Control de decretos del Presidente de la República a requerimiento de órganos facultados.



#### IV. LA CUESTIÓN PRIORITARIA DE CONSTITUCIONALIDAD: NUEVA FORMA DE CONTROL A POSTERIORI POR EL CCF

En Francia se había planteado la necesidad de introducir un mecanismo de control a posteriori desde 1990, año en que fracasó un proyecto de reforma constitucional propuesto por el Presidente Mitterrand, sucediendo lo propio en un intento posterior de 1993. Este anhelo se concretó a través de la reforma constitucional de 23 de julio de 2008, que insertó un nuevo art. 61-1 y modificó el art. 62, creando un mecanismo de examen, por vía de excepción, de la constitucionalidad de leyes vigentes, denominado por la ley orgánica respectiva *Question Prioritaire de Constitutionnalité* o cuestión prioritaria de constitucionalidad, más conocida por su sigla QPC.

La necesidad de tal sistema de control represivo se hizo evidente, según explica el Secretario General del Consejo Constitucional, por la necesidad de: reconocer a los justiciables un nuevo derecho tendiente a permitirles hacer valer sus derechos constitucionales; purgar el orden jurídico de disposiciones inconstitucionales; y asegurar la preeminencia de la Constitución en el orden interno<sup>39</sup>.

Esto último se hizo especialmente apremiante, debido a la asimetría que existía en el derecho francés entre la aplicación de los tratados por el juez interno y la aplicación de la Constitución, dado que en Francia, conforme al art. 55 de la Constitución, los tratados internacionales tienen un rango jerárquico normativo superior al de las leyes e inferior al de la Constitución, en virtud de lo cual las distintas jurisdicciones controlan la convencionalidad de las leyes, pudiendo dejar de aplicarlas a un caso concreto. Resultaba incongruente que, atendida la supremacía en el orden interno de la Constitución sobre los tratados internacionales e incluso sobre el derecho comunitario<sup>40</sup>, la infracción de estas normas subordinadas pudiera motivar la inaplicación de las leyes, mientras que de su inconstitucionalidad no se derivaba consecuencia alguna.

El nuevo art. 61-1 de la Constitución de 1958 establece:

Cuando, con motivo de una instancia pendiente ante una jurisdicción, se alegue que una disposición legislativa perjudica a los derechos y las libertades que garantiza la Constitución, se podrá someter el asunto, tras su remisión por parte del Consejo de Estado o del Tribunal de Casación, al Consejo Constitucional que se pronunciará en un plazo determinado.

---

<sup>39</sup>Marc Guillaume, "La question prioritaire de constitutionnalité", *Justice et cassation, Revue annuelle des avocats au Conseil d'État et à la Cour de Cassation* (2010), 1.

<sup>40</sup>Decisión del CCF N° 2004-505 DC, del 19 de noviembre de 2004; Sentencia del Consejo de Estado en el caso *Sarran*, de 30 de octubre de 1998; y Sentencia de la Corte de Casación en el caso *Mlle. Fraise*, de 2 de junio de 2000.

Una ley orgánica determinará las condiciones de aplicación del presente artículo.

En tanto, el inciso 2º del art. 62 señala que:

Una disposición declarada inconstitucional en base al artículo 61-1 será derogada a partir de la publicación de la decisión del Tribunal Constitucional o una fecha posterior fijada en dicha decisión. El Tribunal Constitucional determinará las condiciones y los límites en que los efectos producidos por la disposición puedan cuestionarse<sup>41</sup>.

La reforma estableció así un mecanismo a través del cual el CCF puede controlar la constitucionalidad de leyes vigentes, en la medida que alguna de las partes de un juicio promueva una QPC, la que debe pasar por el doble filtro del juez que conoce del asunto y de alguna de las jurisdicciones supremas (Consejo de Estado, en materia de jurisdicciones administrativas y Corte de Casación, respecto de los asuntos de conocimiento de las autoridades judiciales), antes de llegar al CCF, el que realiza un control de derecho puro, es decir, abstracto u objetivo decidiendo, en caso de disconformidad, la derogación de la ley a partir de la publicación del fallo, pudiendo el CCF diferir sus efectos temporalmente y pronunciarse sobre las condiciones y límites en que pueden cuestionarse los efectos de la disposición derogada.

Esta normativa se implementó a través de ley orgánica N° 2009-1523 del 10 diciembre de 2009 relativa a la aplicación del artículo 61-1 de la Constitución, que modificó la ordenanza<sup>42</sup> del 7 de noviembre de 1958, que contiene la ley orgánica del CCF, y el reglamento interior sobre el procedimiento de las QPC ante el CCF.

A diferencia del caso chileno, el CCF esperó la modificación de su ley orgánica para comenzar a ejercer sus nuevas atribuciones, probablemente por la redacción del art. 61-1 en que se establece que las condiciones de aplicación del control serían establecidas por una ley orgánica. Es más, el CCF, a pesar de haber entrado la modificación de su ley orgánica en vigencia a partir de diciembre de 2009, estableció, para evitar posibles problemas, que sólo serían admisibles las QPC presentadas desde el 1º de marzo de 2010<sup>43</sup>.

---

<sup>41</sup>Traducción del sitio <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/espanol/constitution/constitution-de-4-de-octubre-de-1958.25831.html>

<sup>42</sup>Forma de legislación delegada prevista en la Constitución francesa, que bajo reserva de ratificación tiene fuerza de ley.

<sup>43</sup>"Commentaire de la décision N° 2009-595 DC du 3 décembre 2009 Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution", *Les Cahiers du Conseil Constitutionnel* Cahier N° 28 (2010): 14.

La ley orgánica modificada denominó al nuevo control *Question Prioritaire de Constitutionnalité*, lo que pone de manifiesto el carácter procesal del mecanismo como un *moyen de droit* (término procesal francés que equivale a argumento jurídico esgrimido por una parte para fundar su pretensión, lo que lo acerca a nuestra idea de causa de pedir), cuya resolución por el juez debe ser previa a los demás *moyens*, lo que la diferenciaría de las cuestiones prejudiciales que deben resolverse después de los demás *moyens*<sup>44</sup>. La prioridad de la cuestión se traduce también en que el juez de la causa no tiene plazo –*sans délai*– para remitir el asunto a las jurisdicciones supremas (Consejo de Estado y Corte de Casación), lo que se entiende como que debe remitirla dentro del más breve plazo posible.

El carácter prioritario de la cuestión se relacionaría, además, con el propósito de devolver, en la práctica, el sitial correspondiente a la Constitución en la cima del sistema jurídico, en la medida que el juez de la causa, procesalmente, debe examinarla antes de cualquier otra excepción, incluyendo las dudas que la convencionalidad de la ley pueda suscitar e incluso antes o al mismo tiempo de plantear una cuestión prejudicial ante la Corte de Justicia de la Unión Europea –CJUE– (art. 23-2 de la ley orgánica del CCF).

Sin embargo, este carácter prioritario ha resultado problemático, especialmente en relación con el derecho comunitario, lo que llevó a la Corte de Casación a formular una cuestión prejudicial a la CJUE sobre el particular, por estimar que la ausencia de recursos contra la decisión del CCF dejaría al justiciable en la imposibilidad de plantear una cuestión prejudicial a la CJUE, afectando la competencia del juez para aplicar la excepción de *inconventionnalité* o “inconventionalidad”<sup>45</sup>. La CJUE respondió que la QPC es compatible con el derecho de la Unión en la medida que no puede privar al juez nacional de la posibilidad de plantear la cuestión prejudicial a la CJUE en cualquier momento y de dejar sin aplicación la legislación nacional si la juzga contraria al derecho de la Unión, por lo que la QPC no tendría incidencia sobre la excepción de inconventionalidad<sup>46</sup>.

---

<sup>44</sup>Al examinar la constitucionalidad de la reforma a su ley orgánica el CCF declaró, en la sentencia N° 2009-595 DC, de 3 de diciembre de 2009, que: “*Considérant, en second lieu, qu’en imposant l’examen par priorité des moyens de constitutionnalité avant les moyens tirés du défaut de conformité d’une disposition législative aux engagements internationaux de la France, le législateur organique a entendu garantir le respect de la Constitution et rappeler sa place au sommet de l’ordre juridique interne ; que cette priorité a pour seul effet d’imposer, en tout état de cause, l’ordre d’examen des moyens soulevés devant la juridiction saisie ; qu’elle ne restreint pas la compétence de cette dernière, après avoir appliqué les dispositions relatives à la question prioritaire de constitutionnalité, de veiller au respect et à la supériorité sur les lois des traités ou accords légalement ratifiés ou approuvés et des normes de l’Union européenne ; qu’ainsi, elle ne méconnaît ni l’article 55 de la Constitution, ni son article 88-1.*”

<sup>45</sup>C. Cass., QPC 16 abril de 2010, caso *Abdeli et Melki*.

<sup>46</sup>CJUE Grande Chambre, *Affaires Aziz Melki* 22 juin 2010, C-188/10 et *Sélim Abdeli* 22 juin 2010, C-189/10).

El CCF, anticipándose al anterior pronunciamiento, declaró en sentencia de 12 de mayo de 2010 que el juez puede suspender inmediatamente todo eventual efecto de la ley incompatible con el derecho de la Unión, asegurar la preservación de los derechos que los justiciables tienen en virtud de los tratados internacionales y europeos y garantizar la plena eficacia de la futura decisión; que el art. 61-1 de la Constitución y el art. 23-1 de la ley orgánica del CCF no son obstáculos para que el juez del litigio en que se invoca la contrariedad de una ley con el derecho de la Unión haga en todo momento lo necesario para evitar que tales disposiciones legislativas sean aplicadas en ese litigio (Consid. 14). Concluye señalando que el art. 61-1 de la Constitución y el art. 23-1 de la ley orgánica del CCF no privan a las jurisdicciones administrativas y judiciales, incluso cuando transmiten una QPC, de la facultad o –cuando sus decisiones no son susceptibles de recursos de derecho interno– de la obligación de requerir a la CJUE a través de la cuestión prejudicial prevista en el art. 267 del tratado sobre funcionamiento de la Unión Europea (consid. 15)<sup>47</sup>.

A través de este mecanismo puede controlarse, según los términos del art. 23-1 de la ley orgánica respectiva, la constitucionalidad de toda clase de “disposiciones legislativas”, incluyendo la legislación orgánica, leyes aprobadas en referéndum (que curiosamente no pueden ser objeto de control a priori) y la legislación de Nueva Caledonia, con la limitación, comparable a la chilena, de que antes no hayan sido declaradas conformes. Una diferencia apreciable a este respecto entre ambos sistemas es que la legislación orgánica francesa prevé la hipótesis de cambio de circunstancias para permitir que el asunto sea conocido de todos modos por el CCF (art. 23-2).

Otra limitación de las QPC es que sólo puede invocarse la vulneración de “derechos y libertades”, lo que excluye en principio la invocación de vicios de forma durante la tramitación de la ley, a diferencia de la cuestión de inaplicabilidad e inconstitucionalidad chilenas, en que puede invocarse cualquier vicio de forma o fondo (para el caso de la inaplicabilidad, obviamente si la aplicación del precepto legal incide en la resolución de la gestión judicial).

La QPC puede plantearse en cualquier clase de proceso, mientras sea seguido ante una jurisdicción dependiente del Consejo de Estado o de la Corte de Casación o ante esos mismos tribunales supremos, lo que excluye muy raras hipótesis, como la del Tribunal de Conflictos (que en realidad es aparente pues la QPC se puede proponer antes de que asunto llegue a esa jurisdicción o después ante el tribunal que se designe como competente). Tampoco puede oponerse ante la *Cour d'Assises*, competente en materia penal, pudiendo oponerse en otras etapas del proceso criminal (como la

---

<sup>47</sup>CCF sentencia N° 2010-605 DC de 12 de mayo de 2010. <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2010/2010-605-dc/decision-n-2010-605-dc-du-12-mai-2010.48186.html>

instrucción) (art. 23-1). La cuestión puede promoverse en cualquier estado de la gestión, correspondiendo la suspensión del procedimiento a los jueces de la instancia, mientras la cuestión se transmite a las jurisdicciones supremas, según las reglas establecidas en la ley orgánica respectiva que plantea diversas hipótesis en que procede y no procede la suspensión, como por ejemplo cuando hay personas privadas de libertad, correspondiendo luego decretar la suspensión a dichas jurisdicciones superiores.

Resulta interesante notar que la QPC, por su carácter objetivo, se independiza del proceso en que se promueve y que la circunstancia de que este se falle definitivamente no impide al justiciable obtener que su asunto vuelva a ser oído en tribunales, *raisaisir la juridiction*, para los efectos de aprovechar la derogación producto de la QPC acogida<sup>48</sup>. Esto marca una notoria diferencia con el sistema chileno de inaplicabilidad.

En términos procesales, reviste particular importancia el filtraje de las QPC por el propio juez de la causa, que controla la circunstancia de ser la disposición aplicable al litigio o constituir el fundamento de la persecución penal, que la disposición no haya sido antes declarada conforme por el CCF y que la cuestión no esté desprovista de carácter serio. Verificadas estas condiciones la cuestión debe transmitirse al Consejo de Estado o Corte de Casación según corresponda. Nótese que los jueces, a diferencia del sistema chileno, no pueden promover QPC, la que es un derecho exclusivo de las partes.

Un segundo filtro –el principal– es operado por las jurisdicciones supremas, que deben controlar nuevamente las dos primeras condiciones verificadas por el juez a quo, más una tercera (que en realidad son dos alternativas) consistente en que la cuestión o sea novedosa o presente un carácter serio (art. 23-4 de la ley orgánica del CCF). El carácter serio exigido es una condición más exigente que la verificada por los jueces a quo y la exigencia alternativa de ser la cuestión novedosa tiene el sentido de evitar que las jurisdicciones supremas asuman el papel del CCF respecto de asuntos relacionados con nuevas normativas que aún no han llegado al conocimiento del juez constitucional<sup>49</sup>. Este filtro ha revelado su efectividad, dado que a junio de 2010, la Corte de Casación recibió 238 QPC de las cuales remitió al CCF sólo 51, en tanto que a agosto de 2010 el Consejo de Estado remitió 38 cuestiones de 110 recibidas, todo lo cual denota un equilibrio en el ejercicio de esta atribución por dichas jurisdicciones.

En cuanto al efecto de las decisiones, si bien en principio es similar al de la sentencia del TCCH que declara la inconstitucionalidad de un precepto legal, el mecanismo del CCF que permite diferir los efectos de la derogación y determinar las condiciones y los límites en que los efectos

---

<sup>48</sup>Esto último, conforme a la reserva interpretativa formulada por el CCF en la decisión 2009-595 DC del 3 diciembre de 2009, sobre la ley orgánica del Consejo Constitucional, ya mencionada.

<sup>49</sup>Guillaume, "La question prioritaire de constitutionnalité", cit. 23.

producidos por la disposición puedan cuestionarse, nos parece, por su flexibilidad, superior a la formulación chilena.

Por otra parte, la forma de las sentencias, si bien resulta no muy diferente a la de las sentencias del TCCH, pues ellas contienen los nombres de las partes, sus representantes, el del relator, la mención de los textos aplicables, los motivos de la decisión, una parte dispositiva, los nombres de los miembros del tribunal y la firma del Presidente, el Secretario General y el relator, se diferencia de las del Tribunal chileno por su brevedad, rayana en ocasiones en la falta de motivación explícita suficiente. Pareciera ser que en el justo medio entre las sentencias del TCCH y las del CCF, se ubicaría una equilibrada fundamentación de los fallos.

En definitiva, podemos afirmar sobre la base de las estadísticas que la introducción del mecanismo del control a posteriori a través de la QPC, de manera similar a como sucedió en Chile, cambió la fisonomía del CCF, cuyo trabajo principal dejó de estar centrado en el control preventivo de normas legales, pasando a ocupar dicho lugar la nueva institución (sin perjuicio de las competencias en materia electoral, que mantienen su importancia numérica pero que no son a nuestro juicio propias de la justicia constitucional), prueba de ello es el siguiente cuadro, que elaboramos revisando las sentencias publicadas en el sitio <http://conseil-constitutionnel.fr>:

#### EVOLUCIÓN DEL NÚMERO DE SENTENCIAS DICTADAS POR EL CCF SEGÚN MATERIA<sup>50</sup>

Año	DC	D	L	I	R	Elec-toral	Desig-nación	QPC	Totales
2007	14	1	1	0	0	119	14	n/a	149
2008	12	0	4	2	2	118	2	n/a	140
2009	26	2	4	1	0	12	4	n/a	49
2010	24	1	4	1	1	4	5	66	106
2011	8	0	2	0	0	0	0	47	57

<sup>50</sup>*Detalle de los tipos de control*

*DC* Control de constitucionalidad a priori de leyes ordinarias, leyes orgánicas, tratados internacionales y reglamentos de las asambleas;

*D* Cesación en el cargo de Parlamentarios;

*L* Desclasificación de textos de forma legal al rango reglamentario;

*I* Incompatibilidades de Parlamentarios;

*R* Rectificación de errores de hecho;

*Electoral*, contenciosos electorales;

*Designación* de jueces relatores y agentes del CCF;

*QPC* Cuestiones prioritarias de constitucionalidad

Puede apreciarse del gráfico que las QPC, que sólo se comenzaron a aplicar durante el año 2010, más que duplicaron ese año el número de decisiones DC y durante lo que va corrido del 2011 (principios de junio), casi sextuplican a las DC, representando alrededor del 80% de las decisiones del CCF del período.

## V. CONCLUSIONES

De la exposición precedente puede concluirse que las jurisdicciones constitucionales en Francia y en Chile (la ejercida por el TCCH), partiendo de un punto inicial bastante similar, caracterizado por la preponderancia del control preventivo abstracto, se vieron por diversos motivos “forzadas” a incluir, a través de sendas reformas constitucionales, mecanismos de control a posteriori –concreto y abstracto en Chile y sólo abstracto en Francia– cuya configuración es diversa.

Sin embargo, en ambos casos, a pesar de las diferencias sustantivas y procesales de los controles establecidos, puede apreciarse que se plantean problemas comunes, como es por ejemplo la de la relación del derecho constitucional con el derecho internacional. Se suscitan también, a pesar de las diferencias en los sistemas y tradiciones constitucionales y procesales de ambos países, puntos de convergencia en cuanto a conceptos tales como precepto o disposición legal, el problema de los asuntos ya resueltos por la jurisdicción constitucional, la suspensión del procedimiento, el efecto derogatorio de las decisiones de inconstitucionalidad y otros tantos más, cuya solución es en ambos países en cierta medida similar y en otra disímil, todo lo cual no deja de resultar interesante, justificando y dando valor al recurso al método comparativo.

Se obtiene así una visión enriquecida del propio derecho, que puede también arrojar luz sobre el ajeno, en la medida que se deje de lado el “nacionalismo jurídico” de sostener que el propio sistema es el mejor y se esté dispuesto a analizar abiertamente las alternativas normativas o interpretativas adoptadas en otras latitudes.

En este sentido, respecto del sistema chileno, este autor puede concluir, sobre la base del análisis del francés, que dicho modelo europeo se aviene mejor con la idea kelseniana de un legislador negativo, en cuanto asegura de mejor modo la coherencia del sistema jurídico por su carácter general y abstracto, dado que la cuestión de inconstitucionalidad chilena, por el alto quórum exigido para acogerla (4/5 de los integrantes del TCCH en ejercicio) y por el efecto derogatorio inmediato que produce (intempestivo para el legislador), resulta de difícil aplicación.

Por su parte, el mecanismo de la inaplicabilidad, por su carácter concreto centrado en la aplicación de la ley, tiene un cariz casuístico para cuya cabal comprensión los jueces constitucionales no parecen estar mejor

situados que el juez ordinario, presentando además el inconveniente de colocar al juez constitucional muy cerca de indicarle al de la causa cómo debe dictar sentencia. Además, cabe preguntarse, si ¿no es un exceso de sutileza tener un control de constitucionalidad de la aplicación de la ley y otro de tipo abstracto? ¿No se solucionaría la mayor parte de los problemas con un control a posteriori abstracto de alcance general más expedito?

Lo anterior no significa que propugnemos trasplantar sin más a Chile un sistema como el francés, dado que en nuestro país muy probablemente el filtro por la jurisdicción suprema no funcionaría como es debido, atendidos los antecedentes de la Corte Suprema chilena en materia de justicia constitucional. Así, en Chile, una QPC sería un “injerto extranjerizante”, según la célebre expresión acuñada por el profesor Soto Kloss.





## LAS FUENTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO CHILENO ANTES DEL CÓDIGO CIVIL

*Gabriel Bocksang Hola\**

SUMARIO: Introducción. I. La articulación entre las normativas española y chilena. II. La flexibilidad en la integración de las fuentes. 1. Constitución. 2. Costumbre. 3. Jurisprudencia. 4. Principios generales del derecho. 5. Equidad. III. La búsqueda de un sistema germinal de separación de regímenes. IV. Conclusión.

*Il n'est point de secrets que le temps ne révèle.*  
Jean Racine, *Britannicus*, 4.4<sup>1</sup>

### INTRODUCCIÓN<sup>2</sup>

Numerosas son las cuestiones que, hoy, son planteadas sobre el régimen del derecho administrativo chileno, y muy particularmente sobre su régimen normativo. En principio, ello es normal en cualquier ordenamiento jurídico; sin embargo, la intensidad y la diversidad de las opiniones preconizadas permiten descubrir un fermento doctrinario cuyas consecuencias aún no han sido completamente desplegadas. Por una parte, hay quienes enarbolan el estandarte del Código Civil como “derecho común” de nuestro ordenamiento jurídico, erradicando la autonomía del Derecho Público; por otra, quienes sostienen al Derecho Administrativo como sistema autónomo, libre de la dependencia civilista; y, naturalmente, pueden hallarse opiniones intermedias, que pregonan una recepción temperada de ambas posiciones.

Sin embargo, un punto demarcatorio esencial entre todas las perspectivas antedichas parece ser el Código Civil chileno. Erradicado del régimen administrativo en un caso, transpuesto a él para el caso inverso, este cuerpo normativo sigue siendo una referencia ineluctable en el debate, de

---

\*Profesor de Derecho Administrativo. Pontificia Universidad Católica de Chile.

<sup>1</sup>“No hay secretos que el tiempo no revele”. (La traducción es nuestra).

<sup>2</sup>Este artículo fue presentado originalmente en las VIII Jornadas de Derecho Administrativo, “Lo público y lo privado en Derecho Administrativo”, realizadas en la Pontificia Universidad Católica de Chile los días 16 y 17 de agosto de 2011.

manera tal que de tanto discutir sobre su aplicabilidad parece evaporarse la discusión sobre la conveniencia de las soluciones propuestas –con él o sin él– respecto de las relaciones jurídicas que constituyen esencialmente el Derecho Administrativo.

Cabe preguntarse si esta confrontación puede eludirse. En el derecho contemporáneo ello es imposible, pues el Código Civil es norma vigente de nuestro ordenamiento. Sin embargo, hubo un tiempo en que Chile republicano se desarrolló sin él, para bien o para mal. Ello fue antes de 1857, época mal estudiada por la doctrina publicista nacional, y cuyos rasgos, para nuestros ojos del siglo XXI, son casi prehistóricos –o ahistóricos, en el mejor de los casos.

No se trata, de ningún modo, de un paraíso perdido. Pero tampoco es un período que merezca el desprecio casi absoluto con que hoy la doctrina lo castiga. En efecto, la jurisprudencia de la época permite un acercamiento a las fuentes de las cuales bebió el derecho administrativo; queda ver si su examen permite ayudarnos a comprender los problemas que hoy nos afligen.

Para ello, analizaremos en primer lugar la articulación de las normativas colonial y republicana, situación de notable dificultad para la época, dada la cercanía de la ruptura de la dependencia política de España (I); en segundo lugar, la influencia de la tradición jurídica en la inclusión de las más diversas fuentes del derecho (II), para finalmente examinar la configuración del régimen jurídico propiamente tal, es decir, cuál era la influencia del “derecho común” sobre el incipiente derecho administrativo (III).

## I. LA ARTICULACIÓN ENTRE LAS NORMATIVAS ESPAÑOLA Y CHILENA

Llegada la independencia política de Chile en la década de 1810, hubiera sido derechamente fantasioso prescindir de la normativa en vigor bajo la Corona española para nuestro territorio. Es por ello que en el título V, capítulo 1º, artículo 2º del Reglamento Constitucional de 1818 se estableció de manera explícita la pervivencia, al menos transitoria, de las leyes españolas para determinar los derechos de las personas:

“Integridad, amor a la justicia, desinterés, literatura y prudencia deben ser las cualidades características de los miembros del poder judicial, quienes *interin* se verifica la reunión del Congreso, juzgarán todas las causas por las leyes, cédulas y pragmáticas que hasta aquí han regido, a excepción de las que pugnan con el actual sistema liberal de gobierno. En este caso consultarán con el Senado que proveerá de remedio”.

Naturalmente, en medio de las turbulencias institucionales que aquejaron a Chile durante la década de 1820, una labor legislativa exhaustiva jamás

logró concretarse. En 1825, Ramón Freire, a la sazón Director Supremo, dictó un decreto que sinceraría la situación fáctica:

“Declarada la insubsistencia de la Constitución del año 1823 es necesario llenar este vicio, para que los pueblos no se encuentren sin las leyes necesarias, principalmente en el orden judicial; pero no pudiendo ser esta subrogación la obra del momento, el Congreso ha acordado y decreta: Entre tanto se dictan las leyes que sirvan de base y organicen la República y su administración, obsérvese el orden actualmente existente”<sup>3</sup>.

Estas disposiciones extendieron su alcance a todas las disciplinas jurídicas, incluido el Derecho Administrativo. Dado el carácter incipiente del derecho nacional, las sentencias de la época solían fundarse principalmente en la normativa española, lo que no obstaba a la aparición de litigios en los que se oponían disposiciones de diversas épocas.

Un caso interesantísimo nos está dado por la sentencia *Tesorería de fondos provinciales de Concepción*, de 1842, en la que el Fisco y la Municipalidad de Concepción pretendían que se les reconociese su dominio sobre los terrenos vacantes existentes entre los ríos Biobío e Itata. El juez de primera instancia, sobre la base de la Recopilación de Leyes de los Reinos de Indias (1680), los declaró de propiedad fiscal; la Corte Suprema, por el contrario, se los atribuyó a la Municipalidad, fundándose en la merced otorgada a Concepción por el presidente y Capitán General Francisco de Villagra (1561), un bando dos siglos posterior dictado por Ambrosio O’Higgins, Gobernador de Concepción (1780), una real instrucción de 1754, y por disposiciones de la Novísima Recopilación (1805)<sup>4</sup>.

A más de la Recopilación de Leyes de los Reinos de Indias y de la Novísima Recopilación, el cuerpo normativo más citado por las sentencias de la época fue el de las Siete Partidas, cuya supletoriedad remota no fue escollo para su frecuente aplicación en Derecho Administrativo<sup>5</sup>.

En cuanto a las normas chilenas, como era esperable, su influencia fue creciente, tanto respecto de las disposiciones de rango legislativo<sup>6</sup> como

---

<sup>3</sup>Boletín de Leyes y Decretos de Gobierno, II/5 (1824), 85-86.

<sup>4</sup>CS, 26 de julio de 1842, *Tesorería de fondos provinciales de Concepción*, Gaceta de los Tribunales (GT) N° 35 (1842), 135.

<sup>5</sup>Sólo a guisa de ejemplo, véase C. Ap., 3 de enero de 1842, *Cruzate*, GT N° 11 (1842), 40; C. Ap. Santiago, 8 de enero de 1844, *Dávila*, GT n. 106 (1844), 3; C. Ap., 21 de agosto de 1844, *Herederos de Guillermo Macker*, GT N° 133 (1844), 4; CS, 12 de enero de 1849, *González de la Riva*, GT N° 348 (1849), 2112; CS, 13 de mayo de 1851, *Contra Juan José Pérez*, GT N° 460 (1851), 3285; CS, 4 de enero de 1855, *Oyarzún*, GT N° 7059 (1855), 5610.

<sup>6</sup>V. gr., CS, 28 de diciembre de 1841, *De la Barra*, GT N° 10 (1842), 35; CS, 28 de junio de 1842, *Plata*, GT N° 31 (1842), 119; CS, 27 de febrero de 1844, *Tesorería de la Serena*, GT n. 109 (1844), 1; CS, 29 de julio de 1845, *Rabanal*, GT N° 178 (1845), 242; CS, 7 de marzo de 1849, *Tesorero de Hospitales*, GT N° 350, 2134; CS, 29 de octubre de 1850, *Cuerpo de ingenieros civiles*, GT N° 434 (1850), 3003.

de los actos administrativos de diversa índole<sup>7</sup>. Incluso pueden hallarse en este período situaciones de vacíos normativos con consecuencias significativas: por ejemplo, en una sentencia *Herederos de Chopitea* de 1845, tanto el tribunal de primera instancia como la Corte Suprema entendieron que, remitiendo una norma a otra para reglamentar un presupuesto, la ausencia de la segunda impedía la consagración de un derecho al que aludía la primera<sup>8</sup>.

En fin, es necesario llamar la atención sobre la relevancia de la ley sobre fundamentación de las sentencias de 1837 pues, al superar la prohibición de motivar las sentencias que había sido impuesta por una Real Cédula de 23 de junio de 1778<sup>9</sup>, ella permitió conocer al menos suficientemente el razonamiento de los jueces. Esta mayor envergadura de las sentencias fue propiciatoria de la aparición, en 1841, de la primera revista jurídica nacional, la *Gaceta de los Tribunales*<sup>10</sup>.

## II. LA FLEXIBILIDAD EN LA INTEGRACIÓN DE LAS FUENTES

El período que precedió la entrada en vigor del Código Civil resulta particularmente ejemplar en cuanto al tratamiento de las fuentes, pues en él se encuentra una peculiar conjunción del derecho antiguo y del derecho moderno. En efecto, podría razonablemente sostenerse que nunca antes y nunca después de esta etapa pudo constatarse una tal amplitud y una apertura tan manifiesta a la interacción de las diversas fuentes. Explorada en la sección anterior la legislación, es preciso detenerse ahora en las otras situaciones posibles.

### 1. CONSTITUCIÓN

Suele aducirse en nuestros días, y no sin cierta vanagloria, que la aplicabilidad directa de la Constitución es una victoria jurídica reciente, que se ha materializado en nuestro ordenamiento por el artículo 6° de la Carta Fundamental de 1980. No obstante, el análisis de la jurisprudencia del

---

<sup>7</sup>V. gr., CS, 17 de mayo de 1842, *Vives*, GT N° 25 (1842), 95; CS, 3 de septiembre de 1844, *Teniente de Ministros de Copiapó*, GT N° 135 (1844), 1; CS, 27 de mayo de 1845, *Empleados del Correo*, GT N° 169 (1845), 151; CS, 21 de diciembre de 1847, *Beltrán*, GT N° 298 (1848), 1583; CS, 2 de mayo de 1854, *Fisco contra Ficher*, GT N° 613 (1854), 5053.

<sup>8</sup>CS, 8 de abril de 1845, *Herederos de Chopitea*, GT N° 162 (1845), 82.

<sup>9</sup>Hanisch Espíndola, Hugo, *Contribución al estudio del principio y de la práctica de la fundamentación de las sentencias en Chile durante el siglo XIX*. Revista de Estudios Histórico-Jurídicos VII (1982), 131, especialmente 139.

<sup>10</sup>Brahm García, Enrique, *Los comienzos de la primera revista jurídica chilena: la "Gaceta de los Tribunales" entre 1841 y 1860*. Revista de Estudios Histórico-Jurídicos XIV (1991), 45, especialmente 48.

primer período republicano atesora una gran sorpresa: la Constitución de 1833 era directamente aplicada por los tribunales de justicia. Es cierto que no se trata de una aplicación permanente, ni mucho menos obsesiva; mas tampoco exhibe un carácter excepcional ni es desechable como simple expresión de *obiter dicta*.

Una sentencia particularmente notable es *Errázuriz* de 1844. En ella, la Corte Suprema declaró nulo todo lo obrado por el Juez de Letras sobre la *única* base del artículo 82 N° 11 de la Constitución, dado que sólo el Presidente de la República era competente en materias de jubilaciones. La Corte Suprema tendría oportunidad de reafirmar ulteriormente esta jurisprudencia<sup>11</sup>.

La aplicabilidad directa de la Constitución no se restringió a la invocación de normas atributivas de competencia o, en general, de índole formal; también se extendió a materias sustantivas, como la protección de los derechos fundamentales. La sentencia *Cuerpo de Ingenieros Civiles*, de 1850, permite ilustrar adecuadamente este punto. Se trata de un litigio concerniente al pago de sueldos insolutos, respecto del cual el tribunal de primera instancia declaró –de manera notable– que “fundándose la acción de los empleados demandantes en un derecho perfecto, expedito y en cierto modo reconocido por el Supremo Gobierno, la demanda es arreglada y debe tener cabida, pues que según la Constitución del Estado a ninguno puede privársele el goce de los derechos adquiridos legalmente”. Consultada la sentencia, la Corte Suprema la aprobó en todas sus partes<sup>12</sup>.

## 2. COSTUMBRE

Contrariamente a lo dispuesto por el artículo 2° del Código Civil chileno, el derecho español aceptaba con mayor latitud el valor jurídico de la costumbre. La Partida 1ª, Título II, Ley IV la definía, preceptuando que “costumbre es derecho ó fuero que non es escrito: el qual han usado los homes luengo tiempo, ayudándose de él en las cosas é en las razones, sobre que lo usaron”. La Ley V del mismo Título, al referirse a su fuerza, disponía que “aun ha otro poderío muy grande, que puede tirar las leyes antiguas que fuesen fechas antes que ella”; en otras palabras, era perfectamente posible aplicar la costumbre *contra legem*, y no sólo *praeter legem*, ni, como dispone nuestro Código Civil, sólo *secundum legem*.

La invocación de la costumbre como fuente del Derecho Administrativo parece bastante singular. Sin embargo, ella fue un elemento central del debate en la especie *Santos*, que versaba sobre el objeto de un contrato

---

<sup>11</sup>Por ejemplo, en materia de montepíos véase, de manera implícita, CS, 16 de septiembre de 1845, *Solano*, GT N° 185 (1845), 313; de manera explícita, véase CS, 23 de diciembre de 1845, *Yáñez*, GT N° 199 (1846), 440.

<sup>12</sup>CS, 29 de octubre de 1850, *Cuerpo de ingenieros civiles*, GT N° 434 (1850), 3003.

administrativo por el que se concedía el peaje del camino de Valparaíso en 1836 y 1837. El cocontratante le cobró peaje a todas las cargas, sin excepción, siendo que la costumbre en materia de peajes eximía de tal pago a las cargas de pasto y de leña. La Corte Suprema, en una primera sentencia de 1836, resolvió que “el subastador de caminos de Valparaíso sólo puede cobrar el derecho de peaje conforme a la costumbre establecida”, revocando la sentencia consultada<sup>13</sup>. El litigio consecuencial, por responsabilidad del Estado fundada del desequilibrio pecuniario invocado por el demandante, concluyó en razón de la excepción de cosa juzgada<sup>14</sup>.

### 3. JURISPRUDENCIA

En cuanto a la *jurisprudencia judicial*, en ocasiones parece aceptarse la invocación de sentencias previas para fundar un derecho; es el caso del fallo *Barahona* de 1853 y confirmado en 1854, en el que se sostiene que “ni entre los casos que cita *Barahona*, aparece ninguna decisión judicial en el sentido de su petición”<sup>15</sup>. Respecto de la *jurisprudencia doctrinal*, existen casos en los que la opinión de un autor es invocada útilmente para resolver el litigio, como aparece de la sentencia *Síndico del convento de San Francisco de Chillán*, de 1840 y confirmada en 1846, en la que se alude, además, al “sentir común de los autores”<sup>16</sup>.

### 4. PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

La jurisprudencia parece haberlos recogido en esta época con gran agudeza y maleabilidad. Sin pretensiones de exhaustividad, cabe destacar algunos principios importantes.

En primer lugar, el principio de *buena fe*, que influye en lo dispositivo de la sentencia *Tesorería General con Teresa Pica* de 1841<sup>17</sup>, y del fallo *Fauché* de 1853, el que contiene una expresión memorable: creyendo introducir al país una mayor cantidad de mercaderías, el demandante pagó una suma excesiva en la internación, lo que motivó al juez a señalar que “no hay por qué atribuir fraude ni mala fe al demandante en el procedimiento observado en este negocio, por cuanto lejos de poder defraudar los derechos fiscales se gravaba él mismo, suponiendo mayor número de varas del género cuyo despacho solicitaba”<sup>18</sup>.

---

<sup>13</sup> CS, 17 de agosto de 1836, *Santos*, GT N° 23 (1842), 89.

<sup>14</sup> CS, 1° de marzo de 1842, *Santos*, GT N° 15 (1842), 55.

<sup>15</sup> CS, 25 de abril de 1854, *Barahona*, GT N° 612 (1854), 5038.

<sup>16</sup> C. Ap., 30 de abril de 1846, *Síndico del Convento de San Francisco de Chillán*, GT N° 217 (1846), 641.

<sup>17</sup> CS, 21 de diciembre de 1841, *Tesorería general*, GT N° 9 (1841), 31.

<sup>18</sup> CS, 18 de noviembre de 1853, *Fauché*, GT N° 589 (1853), 4686.

En segundo lugar, el principio de *proscripción del enriquecimiento sin causa*, establecido con claridad en dos sentencias de 1844: de manera directa en el fallo *Mardones*, disponiendo elocuentemente que “una equivocación no puede autorizar al Fisco para cobrar un derecho que no se le debe”<sup>19</sup>; y a *contrario* en la sentencia *Monasterio de las Agustinas*, en la que efectivamente se constató la existencia de una deuda y de un acto cuya finalidad era pagarla<sup>20</sup>.

Y en tercer lugar, puede destacarse la recepción de principios generales del derecho concernientes a la relevancia del tiempo en materias jurídicas. Así, respecto del significado del derecho como *derecho subjetivo*, cabe señalar el fallo *Convento de Santo Domingo* de 1852, en el que se expresa –al analizarse la prelación de créditos– que “es un principio que el primero en tiempo es mejor en derecho”<sup>21</sup>. Y en cuanto al derecho como *norma*, el principio por el cual no puede producirse ningún efecto sino una vez cumplida la medida de publicidad del pretendido acto: en el fallo *Viuda del Coronel Tupper* de 1844 se asume como hecho relevante para la constitución de las relaciones jurídicas respectivas que “el supremo decreto de 17 de abril de 1830, en que fueron dados de baja el Capitán General D. Ramón Freire y demás jefes y oficiales no pudo llegar a noticia del Coronel Guillermo Devie Tupper, que murió en Lircay el mismo día; y por consiguiente que no pudo aprovecharse de las restricciones que contiene el art. 2º del mismo decreto”<sup>22</sup>.

## 5. EQUIDAD

La equidad parece haber sido constantemente utilizada por los tribunales de justicia para precisar el contenido definitivo de las relaciones jurídicas que hubieran de ser declaradas o constituidas. En ciertos casos, la equidad era *explícitamente* aludida, como para introducir una liquidación provisoria a fin de no ocasionar un perjuicio a un tercero<sup>23</sup>, o para temperar las consecuencias de la apertura de una calle en terrenos que desde larga data habían sido ocupados por un convento, como en el caso del fallo *Ilustre Municipalidad de Santiago* de 1841, del que algunos llamativos considerandos permitirán ilustrar el razonamiento de la Corte:

“6º Que sin embargo de los fundamentos anteriores no puede desconocerse que el Monasterio tiene fuertes derechos para que en este caso se le guarden especiales consideraciones, así por la prolongada ocupación que ha tenido de la calle, como por la tolerancia del Cabildo en tantos años transcurridos;

---

<sup>19</sup>CS, 3 de diciembre de 1844, *Mardones*, GT N° 148 (1844), 1.

<sup>20</sup>CS, 19 de marzo de 1844, *Monasterio de las Agustinas*, GT N° 112 (1844), 1.

<sup>21</sup>CS, 4 de junio de 1852, *Convento de Santo Domingo*, GT N° 513, 3759.

<sup>22</sup>CS, 12 de marzo de 1844, *Viuda del Coronel Tupper*, GT N° 111 (1844), 1.

<sup>23</sup>CS, 26 de abril de 1842, *Ministros del Tesoro*, GT N° 22 (1842), 83.



7° Que por lo mismo debe concedérsele un plazo equitativo para que sin precipitación ni perjuicio alguno pueda emprender las obras consiguientes a la apertura de la citada calle;

8° Finalmente que el monasterio es acreedor a esta especial consideración por los importantes servicios que presta al público, proporcionando dentro de su recinto un saludable asilo donde las personas más desvalidas del sexo débil reciben una conveniente educación, preservándose al mismo tiempo de los peligros a que las expone su condición”<sup>24</sup>.

Sin embargo, algunas de las aplicaciones más destacables de la equidad gozan de un carácter *implícito*. Es el caso del fallo *Ministros de la Tesorería General* de 1842, en el que el tribunal, exculpando a los Ministros por las consecuencias pecuniarias de un robo padecido por el servicio, apreciado como caso fortuito, aduce de manera pintoresca que “en lo sucesivo no será excusa a los ministros de la tesorería, si dejaren dentro de la oficina la llave en que se guarda el tesoro”<sup>25</sup>.

### III. LA BÚSQUEDA DE UN SISTEMA GERMINAL DE SEPARACIÓN DE REGÍMENES

El período de gestación del derecho administrativo republicano incubó exactamente la misma problemática sistemática que hoy infunde a la relación, frecuentemente invocada, entre el Derecho Administrativo y el Código Civil: una normativa con ambición de universalidad enfrentada a un contrapunto derivado de la búsqueda de soluciones adaptadas a una realidad diferente a la del derecho civil.

A pesar de la diversidad de fuentes que se puede constatar a través de la jurisprudencia, los tribunales chilenos le otorgaron una notoria primacía a la invocación de las normas de derecho español en vigor antes de la Independencia. Entre ellas, los cuerpos de mayor relevancia fueron las Partidas, la Recopilación de Leyes de los Reinos de Indias y la Novísima Recopilación; cada uno en su ámbito propio y obedeciendo a la mentalidad de la época que los engendró, ofrecían una visión amplia del Derecho.

El caso arquetípico es el de las *Siete Partidas* que, terminadas en el año 1265<sup>26</sup>, son probablemente la obra jurídica más importante de la historia

---

<sup>24</sup>C. Ap., 5 de junio de 1841, *Ilustre Municipalidad de Santiago*, GT N° 269 (1847), 1253.

<sup>25</sup>CS, 29 de julio de 1842, *Ministros de la tesorería general*, GT N° 35 (1842), 135.

<sup>26</sup>Iglesia Ferreirós, Aquilino, *La creación del Derecho. Una historia de la formación de un derecho estatal español*. Marcial Pons. Madrid, 1996, tomo II, 31.

de España<sup>27</sup> y una fuente primordial de nuestro Código Civil<sup>28</sup>. Tejidas sobre una mixtura de derecho romano, costumbre y derecho canónico<sup>29</sup>, ofrecen una cosmovisión del derecho, rigiendo desde las fuentes del derecho hasta el derecho procesal, desde el derecho público hasta el derecho privado, desde el derecho sucesorio hasta el derecho eclesiástico. Como lo expuso el propio rey Alfonso X, el Sabio, en el prólogo de lo que llamó el Septenario, “onde quien quisiere parar mientes en todas las sietes partes deste nuestro Libro, fallara y todas las razones bien y complidamente, que pertenescen para ayuntar amor de ome con Dios, que es por Fe, e por creencia: e otrosi de los omes, vnos con otros, por justicia e verdad”.

Podría pensarse que los tribunales chilenos se contentasen con la amplitud y la cantidad de disposiciones normativas a las que podían recurrir para resolver los asuntos que les fueran sometidos a su conocimiento. Mal que mal, dichas disposiciones constituían el “derecho común” de Chile en la época, y cuya extensión superaba con creces la que habría de tener posteriormente el Código Civil.

La realidad, sin embargo, era otra. Ya a la sazón se clamaba por un régimen que respondiera cabalmente a las particularidades de las relaciones jurídico-administrativas, el que no se veía satisfecho con la simple aplicación de la normativa concebida principalmente para las relaciones jurídicas entre privados. De todas formas, la búsqueda del régimen administrativo fue siempre compleja, desgajándose en distintos planos.

Por una parte, se esbozaba un movimiento de *individualización* de la función administrativa. Un ejemplo elocuente es el de la cosa juzgada como criterio diferenciador de las decisiones administrativas y las decisiones judiciales, el que aparece claramente de una sentencia Vergara de 1844, que prescribió que “los Alcaldes Ordinarios carecen de jurisdicción para resolver definitivamente”<sup>30</sup>. Ello implicaba, por cierto, la imposibilidad de que privados se arrogasen potestades públicas, que se desprende de la jurisprudencia de la época<sup>31</sup> y que fue establecida en términos normativos por el artículo 160 de la Constitución de 1833.

Por otra parte, comenzaban a delinearse trazos más o menos finos de *distinción* entre el régimen de derecho privado y el de derecho administrativo. En ocasiones, las soluciones eran *concretas* y se hallaban exentas de consecuencias sistemáticas. Por ejemplo, la imposibilidad de que operase

---

<sup>27</sup>Montanos Ferrín, Emma, Sánchez-Arcilla, José, *Historia del derecho y de las instituciones*. Dykinson. Madrid. 1991. Tomo II, 19, *in fine*.

<sup>28</sup>Véase, v. gr., Pardo, Aristóbulo. *Andrés Bello y las Siete Partidas*, en *Andrés Bello y el Derecho*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 1982, 231, *passim*.

<sup>29</sup>Pérez-Prendes y Muñoz de Arraco, José Manuel, *Curso de historia del derecho español*. Universidad Complutense de Madrid. 1983, 692-693; Stein, Peter. *Roman Law in European history*. Cambridge University Press. Cambridge. 1999, 65-66.

<sup>30</sup>C. Ap. Santiago, 9 de abril de 1844, Vergara, GT N° 114 (1844), 3.

<sup>31</sup>CS, 27 de julio de 1844, Letelier, GT N° 129 (1844), 3.

la compensación en caso de que una de las partes fuera el Fisco<sup>32</sup> y la prohibición de comprometer impuesta sobre el Fisco<sup>33</sup>.

Pero, además, se planteaban también soluciones cuyas consecuencias se tornarían *sistemáticas*, de manera transitoria o permanente, y que representaban eflorescencias que ya respondían a la disciplina particular del Derecho Administrativo. Así, la jerarquía de la función pública implicaba desde entonces un deber de obediencia reflexiva, graficado por el *deber de representación*, vigente hasta hoy en nuestro ordenamiento: una sentencia *Fisco contra Ficher* de 1854 imperaba que “aun suponiéndolo exento por la ley, de esos deberes, no por eso podía desobedecer con desprecio de la autoridad, sino hacer una representación respetuosa, siendo justa”<sup>34</sup>. También obedece a esta situación el *carácter restrictivo de las atribuciones conferidas a una autoridad* para la satisfacción de una necesidad pública, tal como se desprende de una sentencia *Pérez* de 1851, por la cual se sancionó a un funcionario en razón de no haber ejercido diligentemente sus atribuciones, sin que le valiera de pretexto el hecho de ser subordinado de otros funcionarios<sup>35</sup>.

Sin embargo, el tanteo de soluciones que respondiesen al carácter específico del Derecho Administrativo condujo en ocasiones a respuestas dotadas de un cierto abandono de los principios republicanos, anticipando el avasallamiento de los derechos de los particulares que se masificaría décadas más tarde so pretexto de soberanía o potestades públicas. Un caso bastante notable es el de la sentencia *Beltrán* de 1847, por la cual un antiguo habitante del país que se había sumado a la causa realista, no logró obtener la reivindicación de un inmueble que probada y conocidamente había sido suyo, y que probada y conocidamente le había sido despojado por razones políticas<sup>36</sup>. El fallo es notable porque ilustra los vínculos estrechos existentes entre política y derecho que, con frecuencia, puede hallarse en esta disciplina; y es al mismo tiempo cuestionable, puesto que la situación del demandante es muy similar a la de quienes recurrieron en contra de las confiscaciones antijurídicas operadas en el régimen militar al amparo del DL 77, y cuya solución jurisprudencial, como se sabe, fue radicalmente diversa.

Por último, el problema de la responsabilidad del Estado también afloró en esta época, y dotado de carices notablemente modernos. Un fallo *Edwards* de 1856, fundado sobre sucesos acaecidos durante la revolución de 1851, determinó que una casa de La Serena, propiedad del recurrente y que había sido convertida en trinchera por los revolucionarios que la

---

<sup>32</sup>CS, 12 de julio de 1842, *Prado*, GT N° 33 (1842), 127.

<sup>33</sup>CS, 7 de marzo de 1849, *Tesorero de Hospitales*, GT N° 350 (1849), 2134.

<sup>34</sup>CS, 2 de mayo de 1854, *Fisco contra Ficher*, GT N° 613 (1854), 5053.

<sup>35</sup>CS, 13 de mayo de 1851, *Contra Juan José Pérez*, GT N° 460 (1851), 3285.

<sup>36</sup>CS, 21 de diciembre de 1847, *Beltrán*, GT N° 298 (1848), 1583.

habían tomado por la fuerza, no debía ser indemnizada por el Estado a pesar de que el Jefe de la división pacificadora de la provincia había personalmente dado orden de reducirla a cenizas para eliminar a quienes en ella se parapetaban. La fundamentación del tribunal es notable, tan razonada como despiadada:

Y considerando: 1º que de la exposición y prueba rendida por el demandante resulta que la casa cuyo valor se reclama fue destruida porque así fue indispensable para la salvación de las fuerzas sitiadoras: 2º que habiéndose decretado su destrucción no por la libre voluntad del jefe de las tropas del Gobierno, sino a virtud de un principio de inevitable necesidad, puede condenarse su pérdida, como uno de los casos fortuitos comprendidos en la disposición de la ley 3ª tít. 2º part. 5ª: 3º que si el derecho nos autoriza para quitar la vida impunemente al agresor o enemigo injusto por salvar la propia existencia con mayor razón podremos destruir las armas con que nos ataca, o con que se defiende ese enemigo, en cuyo caso se hallaba el edificio en cuestión, pues se había convertido por los revolucionarios en un verdadero instrumento de guerra: 4º que según la regla 21 del derecho quien da razón porque venga daño a otro, el mismo se entiende que lo hace, lo que en último caso constituiría responsables a los que se apoderaron de la casa y la convirtieron en trinchera; con arreglo a las leyes citadas y a la 2ª tít. 8º part. 7ª y 1ª tít. 21 lib. 12 de la Nov. Recop., absuelto al Fisco de la demanda de f. 13, reservándose a don Joaquín Edwards sus derechos contra quien viere convenirle<sup>37</sup>.

A guisa de síntesis, quepa transcribir las siguientes expresiones de uno de los primeros comentarios de sentencias publicados en la Gaceta de los Tribunales, y que conciernen derechamente a la preocupación existente a la época por las particularidades que la naturaleza misma de las cosas le impone al Derecho Administrativo: “Sabido es que el Gobierno por la misma superioridad de que goza, está exento de apremios y ejecuciones, y no ofrece demasiada seguridad a los que con él contratan: las guerras imprevistas, los movimientos populares absorben los caudales públicos y dejan burlados los más autorizados convenios y aun llegan a privar de sus rentas alimenticias a los que están consagrados al servicio nacional. ¡Cuán grande no es la desventaja del que contrata con el poderoso! ¡Cuán desmedidas las ganancias que se procura sacar de él para compensar esta desventaja! ¡Y cuán perjudicial a sus intereses viene a ser a la larga esta misma superioridad que parecía favorecerle! Destruir esta funesta inseguridad, dar a los contratantes con el Gobierno la confianza más ilimitada, debe ser, pues, el empeño principal del legislador filósofo y del juez discreto<sup>38</sup>.”

---

<sup>37</sup>CS, 16 de mayo de 1856, *Edwards*, GT N° 719 (1856), 6703.

<sup>38</sup>GT N° 25 (1842), 97.

*Mutatis mutandis*, análogas expresiones podrían ser aducidas respecto de la generalidad de las relaciones jurídicas del derecho administrativo. En ellas, el legislador filósofo y el juez discreto siguen siendo tan indispensables como hace doscientos años.

#### IV. CONCLUSIÓN

1. Con anterioridad a la entrada en vigor del Código Civil en 1857, Chile estaba dotado de un derecho administrativo *incipiente pero claramente distinguible*.
2. El tratamiento de las fuentes del derecho administrativo efectuado en la época *no era dogmático*, ni en lo político ni en lo jurídico, *sino eminentemente pragmático*.
3. La base conceptual del derecho administrativo de la época estaba dada por los *grandes cuerpos normativos españoles de antaño*, diseñados para regular el conjunto de las relaciones jurídicas de una sociedad, y no sólo una parte específica de ellas.
4. Ante tal constatación, no ha de sorprender que el Código Civil contenga numerosas disposiciones que exceden el marco estricto del derecho privado; *dogmáticamente*, el Código de Bello no hizo sino continuar la línea de sus antecesores más cercanos.
5. Sin embargo, el pensamiento jurídico de la época muestra *una búsqueda incipiente de un régimen administrativo específico*, traspasando frecuentemente los márgenes de la normativa española para buscar soluciones que respondieran a las características propias a esta disciplina.
6. La normativa concebida para regular, en principio, relaciones de derecho privado, no era *per se* descartable respecto del derecho administrativo; empero, sí era menester un *esfuerzo de adaptación* a la naturaleza específica de estas relaciones, en el que se discerniera tanto su aplicabilidad como su alcance.
7. Esta fricción entre el *dogma* del “derecho común” y la *praxis* de un derecho administrativo dotado de caracteres específicos se ha prolongado por casi doscientos años, salva la diferencia en la identidad de los cuerpos normativos invocados.
8. La superación de las deficiencias del régimen administrativo contemporáneo pasa –quizás– por restablecer el carácter de *búsqueda* que ha

caracterizado a la construcción de los regímenes jurídicos más perfectos, evitando caer en intransigencias dogmáticas que no respondan a las necesidades concretas. Ello podría ser facilitado por la revitalización de las fuentes postergadas desde 1857, como los principios generales del derecho y la equidad. Su aplicación razonada podría significar la superación de la asfixia normativista de nuestros días, construyéndose el régimen administrativo sobre un esfuerzo de búsqueda incesante de soluciones justas, es decir, de *lo justo administrativo*.



¿ES LA “FALTA DEL SERVICIO”  
EL RÉGIMEN FRANCÉS DE LA RESPONSABILIDAD  
DEL ESTADO ADMINISTRACIÓN?  
(A PROPÓSITO DE *SEGUEL CARES, FERNÁNDEZ  
RODRÍGUEZ Y DELORENZO GALILEA*)

*Eduardo Soto Kloss\**

“La finalité du Droit n’est pas exclusivement d’assurer la justice entre les hommes mais aussi d’apporter la sécurité dans les rapports sociaux”.

Marcel Waline, *Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique: faut-il tuer les catégories juridiques?* En *Mélanges Dabin*. Bruylant. Bruxelles. 1963, 364.

SUMARIO: Introducción. I. La llamada “falta del servicio”/*faute du service* en la responsabilidad del Estado/Administración en el derecho francés. II. Conclusión. Anexo.

## INTRODUCCIÓN

Es un hecho incontrovertible que la tercera sala de la Corte Suprema a partir de hace unos dos a tres años y por la configuración de sus miembros, tiene en la materia de la responsabilidad de la Administración del Estado por los daños producidos por hechos o inactividad de órganos de las Fuerzas Armadas –v.gr. Ejército y Fuerza Aérea– sea en lo referente al servicio militar que realizan los jóvenes conscriptos, sea en cuanto a otras actividades como exámenes de vuelo para obtener la revalidación de licencias aeronáuticas, un planteamiento que, a fuer de ser insólito, ha merecido críticas unánimes no sólo de la doctrina más autorizada en

---

\*Doctor en derecho Universidad de París. Profesor de Derecho Administrativo. Facultad de Derecho, Universidad Católica de Chile.



la materia sino incluso de los cultores más nuevos de la disciplina del derecho administrativo.

En efecto, desde *Seguel Cares c/Fisco* (Corte Suprema 3.7.2009, rol 371-08) luego repetido en *Fernández Rodríguez y otro c/Fisco* (Corte Suprema 24.3.2011, rol 1760-09/ y recientemente en *Delorenzo Galilea y otro c/Fisco* (Corte Suprema 26.10.2011, rol 8400-09), la Corte Suprema estima: (1) que el principio de la responsabilidad del Estado se encuentra consagrado en la Constitución, art. 38, inciso 2º; (2) que el precepto constitucional referido no contendría normas operativas al efecto, teniendo presente que sus artículos 6º y 7º en sus respectivos incisos 3º reenvían el tema a la ley, ley que es la N° 18.575, orgánica constitucional de bases de la Administración del Estado; (3) que respecto de las Fuerzas Armadas y sus organismos, la Ley N° 18.575 establece expresamente que no le son aplicables las normas de su Título II, en donde se encuentra el art. 44/42 (sobre falta de servicio); y (4) como la Corte Suprema desde hará un sexenio pretende que el régimen general de la responsabilidad del Estado Administración es la “falta de servicio” [entendida como “culpa” y culpa “del” servicio, y no culpa “de” servicio=omisión, como dice el mencionado art. 44/42 inciso 1º], y ello no es aplicable a las Fuerzas Armadas, no habría normación de derecho público aplicable [olvidando tanto el art. 38 inc.2º cit. y la aplicación directa de la Constitución como lo dispone su art. 6º, y el art. 4º de la Ley N° 18.575], por lo cual habría que recurrirse al derecho privado, Código Civil, art. 2314, que sería el “derecho común” de lo público<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup>*Seguel Cares* es el caso de un joven conscripto que hace el servicio militar y en actividades de instrucción recibe un impacto de bala de guerra en su brazo derecho con esquirlas en sus pulmones, lo que le produce discapacidad de dicha extremidad superior y sin posibilidades de extraerle dichas esquirlas de sus pulmones por lo riesgoso de una tal operación. La antijuridicidad del hecho que provocó el daño al joven Seguel producido por un órgano de las Fuerzas Armadas (Ejército) consistía en la prohibición existente de utilizar municiones de guerra en tales ejercicios, disposición que fue vulnerada en la ocasión, originando así la consecuencial responsabilidad del Fisco (Fuerzas Armadas, órganos que actúan bajo la personalidad jurídica del Fisco).

*Fernández* cit. presenta la muerte de tres conscriptos que haciendo el servicio militar en un regimiento de artillería reciben en ejercicios de instrucción el impacto de un mortero, habiéndose producido el hecho por la omisión/ausencia del debido proceder del personal militar encargado de ellos.

*Delorenzo* cit. muestra el caso de un piloto civil que conducía un avión en examen de vuelo para revalidar su licencia, acompañado de un piloto inspector de la Dirección de Aeronáutica Civil, que se estrelló en los cerros de Conchalí/Santiago, quedando el demandante herido gravemente y destruyéndose la aeronave. Se origina la responsabilidad del Fisco (DAC/ Fuerza Aérea de Chile) en razón de la omisión del piloto inspector (que lamentablemente murió en el accidente) al no controlar debidamente la nave al acercarse a las laderas de esos cerros atendido el hecho de que el piloto Delorenzo “llevaba una careta que tenía por finalidad obstruirle la visión de manera tal que solamente tuviera acceso a los instrumentos de la aeronave” (Corte Suprema, considerando 4º).

Cada uno de los puntos referidos ha sido controvertido repetidas veces por nosotros, pero en estas líneas resulta imprescindible analizar rigurosamente lo que apareció en *Seguel Cares* cit. consid. 14 y repetido en el consid. 6º de *Fernández Rodríguez* y en el consid. 7º de *Delorenzo*, señala la Corte Suprema en orden al punto de la responsabilidad del Estado en Chile, afirmaciones que contienen errores muy gruesos en orden a la realidad y que sólo responden a una posición doctrinaria afrancesada que ni siquiera hoy en la misma Francia es sostenible. Veámoslo.

Aun cuando se publica en Anexo el fallo en su integridad, transcribamos aquí su considerando 7º del fallo indicado, *Delorenzo Galilea y otro con Fisco*:

“7º. Que en cuanto a la aplicación del artículo 2314 del Código Civil, esta Corte ha sostenido que las instituciones exceptuadas de la preceptiva referida [entiéndase aquellas que son indicadas en el artículo 21 de la Ley N° 18.575, como son las Fuerzas Armadas] quedan sujetas a las reglas generales de la responsabilidad.

En efecto, hasta antes de la dictación de la Ley N° 18.575 la responsabilidad del Estado se determinaba a través de la aplicación del artículo 2320 del Código Civil. Sin embargo la situación varía con la promulgación de la Ley de Bases de la Administración del Estado el 5 de diciembre de 1986, la que incorporó al Derecho Público Chileno el sistema de la responsabilidad extracontractual del Estado elaborado por el derecho administrativo francés principalmente a través de la jurisprudencia del Consejo de Estado, que en opinión de la mayoría de los autores constituye la mejor solución lograda por el derecho para asegurar el debido equilibrio entre los derechos de los particulares y los intereses públicos. La ley contempló entonces el artículo 44 –hoy 42– que prescribió “Los órganos de la Administración del Estado serán responsables del daño que causen por falta de servicio [inc. 1º]. No obstante, el Estado tendrá derecho a repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal” [inc. 2º].

---

Al igual que *Seguel Cares* y fallos citados vid. *Morales Gamboa c/Fisco* (Corte Suprema/3a. sala, 14.1.2011, rol 7919-08, consid. 12º) muerte de carabinero a manos de otro carabinero en el cuartel/Tenencia El Belloto, de Quilpué, y recientemente *Moris Amaya c/Fisco* (Corte Suprema/3a. Sala, 30.12.2011, rol 9162-2011), caso del cabo de carabineros Vera Contreras, muerto en asonada terrorista del 11.9.2007, en la comuna de Pudahuel/Santiago.

Valga señalar que también se aplica por la Corte Suprema el Código Civil (art. 2329) a la responsabilidad del Estado-Ministerio Público, organismo autónomo que no es parte de la Administración del Estado y, por ende, no puede aplicársele la Ley N° 18.575, olvidando la aplicación directa de la Constitución –dispuesta por su propio art. 6º inciso 2º; vid. *Ortega Manosalva c/Estado de Chile-Ministerio Público* (3a. sala, 12.7.2011, rol 2765-09, casación de fondo, consid. 2º de sentencia de reemplazo), condenándose al Estado al pago de 30 millones de pesos por el daño producido al demandante, abogado en una causa, por actuaciones ilícitas de dicho organismo por medio de escuchas telefónicas; el art. 5º de la Ley N° 19.640 orgánica constitucional del MP dispone que el Estado es responsable por sus conductas injustificadamente erróneas o arbitrarias.

A esto siguen seis líneas referentes a la exclusión de ciertas entidades de la Administración de las normas del Título II de dicha ley, en donde se encuentra el mencionado art. 44/42.

Si bien se advierte, lo dicho contiene tres afirmaciones que si bien son errores inaceptables en una sentencia de la jurisdicción suprema, son más que eso simplemente “inventos” creados *ad libitum*. En efecto, primeramente se afirma que antes de la Ley N° 18.575/1986 la materia de la responsabilidad del Estado/Administración se regía por el Código Civil [en circunstancias que hay decenas de fallos que lo contradicen y ello desde mediados del siglo XIX hasta el mismo 1986, con aplicación directa de la Constitución de 1980]. Luego se afirma que el régimen francés de la responsabilidad del Estado/Administración se basa en la “falta de servicio” [lo que no es verdad según veremos en seguida, conforme a la más reciente literatura gala] y, por último, que como no es posible aplicar la Ley N° 18.575, art. 44/42 a las Fuerzas Armadas (y otros organismos del Estado en su actividad administrativa) por la exclusión de ellos que hace el art. 18/21 de dicha ley, habría que aplicar en ausencia de normas de derecho público el Código Civil, el cual además sería “el derecho común de lo público”.

Tres gruesos errores (en un solo considerando) para quienes conocen el derecho público chileno sin anteojeras, ideologismos ni servilismo a “injertos extranjerizantes”.

En esta ocasión, comenzaré por desenmascarar, con sus propias fuentes, aquello de que el derecho administrativo francés gira sobre la base de la “falta de servicio” como fundamento de la responsabilidad del Estado/Administración. En ocasión posterior –para no alargar este artículo– continuaré en demostrar el error de sostener que antes de 1986 esta materia en Chile se habría regido por el Código Civil, revisando al efecto la propia jurisprudencia de la mismísima Corte Suprema, que no es poca, para después controvertir aquello de ser el Código Civil el “derecho común” de lo público, afirmación que supone directamente desconocer de manera total no sólo los fundamentos mismos del derecho público sino también sus fines.

## I. LA LLAMADA “FALTA DEL SERVICIO”/FAUTE DU SERVICE EN LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO/ADMINISTRACIÓN EN EL DERECHO FRANCÉS

Se dice que el régimen francés de la responsabilidad del Estado Administración se basaría en la “*faute du service*”, “culpa del servicio” (en su exacta traducción y entendimiento). Debe advertirse que se ha pretendido por la defensa fiscal que la “falta de servicio” debe entenderse como “culpa”,

interpretando la frase del art. 44/42 de la Ley N° 18.575. inciso 2°, como “falta del servicio” en circunstancia que dicho precepto no habla de falta “del” servicio sino “de” servicio, lo que en castellano significa algo bien distinto, es decir, “ausencia”, y no “culpa” del servicio, o sea: significa “carencia” de la debida actuación, significa que debiendo actuar el servicio público no lo hace, es decir, se incurre en una “omisión antijurídica” ya que la ley le ordena actuar, hacer o ejecutar una determinada prestación o servicio y el daño en la víctima se produce por no actuar en la forma debida que le impone la ley. Nunca puede olvidarse que actuar de modo ineficiente, torpe o negligente, o actuar tardíamente, es jurídicamente “no actuar” puesto que no se ha cumplido el deber jurídico impuesto por la ley a la Administración, y que es la razón de la existencia misma del organismo de que se trate, de su organización y de las potestades con que ha sido atribuido al efecto.

La afirmación que hace el fallo en su considerando 7° transcrito no habría sido exacta en Francia ni siquiera hará unos 50 a 70 años (y hasta podría decirse 116, años si se recuerda el fallo *Cames*/1895) porque justamente a raíz de las falencias, debilidades e injusticias que importaba la idea de “falta de servicio” en no pocas ocasiones en las víctimas dañadas por los servicios de la Administración, se vio la necesidad de modificar el régimen de la llamada falta del servicio/culpa [que luego se dirá falta “de” servicio, para eliminar el carácter peyorativo o denostativo de la partícula “del”] creándose nuevos criterios para enfocar la responsabilidad del Estado. De allí que apareciera ya en las primeras décadas del siglo XX la referida responsabilidad “sin culpa”/*sans faute*, aun antes/1895, *Cames cit.*, la responsabilidad fundada en el riesgo/*risque*, la responsabilidad fundamentada en la desigualdad ante las cargas públicas, etc., como iremos viendo.

1. En efecto, es un hecho indesmentible, fácilmente comprobable para quien está al tanto de la bibliografía jurídica francesa en la materia, que la teoría de la “falta del servicio”, desde sus inicios allá en 1873 (Tribunal de Conflictos, *Blanco*) planteaba –como el comisario de gobierno David lo hacía notar en sus conclusiones– que la responsabilidad del Estado no era “ni general ni absoluta”, y ello como un principio general de derecho francés. Basta leer ello para comprobar que lo dicho *resulta enteramente incompatible* con la Constitución de 1980, desde que ésta en sus propias “Bases de la Institucionalidad” (capítulo I) establece el principio diametralmente opuesto, cual es que “toda” vulneración (“infracción”, “contravención”) a la Constitución cometida por un órgano del Estado (incluidos, obviamente, los órganos de su Administración), que produzca daño en una víctima que no está obligada a soportarlo [desde que no se trata de una “carga pública”] origina la responsabilidad del Estado, como expresamente lo disponen, de manera clarísima, los arts. 6° inc. 3° y 7° inc. 3°, y lo reitera específicamente para la Administración el art. 38

inc. 2º, contemplando incluso esta disposición la acción constitucional correspondiente para perseguirla ante los tribunales ordinarios de justicia. Ya aquí, desde la base, es posible advertir la incoherencia brutal que significa trasladar mecanismos jurídicos incompatibles con nuestro ordenamiento constitucional<sup>2</sup>.

2. Ya desde 1923, en Francia no era posible afirmar que la teoría de la *faute du service* (“culpa del servicio”) era “el” fundamento de la responsabilidad del Estado, puesto que existía también un régimen de responsabilidad “sin culpa” (*sans faute*), cuyo “arrêt de principe” fue el caso *Couitès* (Consejo de Estado/CE. 30.11.1923; GA. cit. 248-255), y también un régimen de responsabilidad del Estado por riesgo/*risque* (v.gr. *Cames*, CE. 21.6.1895, GA. 39-44), todos ellos regímenes creados por vía jurisprudencial, a los que luego se agregarían regímenes especiales regulados por vía legislativa, como daños producidos por la Administración con ocasión de vacunaciones obligatorias (1964, ahora en *Code de la Santé Publique*), por vehículos de la Administración (1957 y 1985), por accidentes nucleares (1968, 1990 y otras leyes semejantes), etc.<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup>Tribunal de Conflictos, *Blanco*, 8.2.1873, en Long, Weil, Braibant, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative* (uso la 16è, éd.) Dalloz. Paris. 2007, 1-7 (en adelante GA). “Ni general”, es decir, que la responsabilidad no es aplicable a todos los órganos de la Administración ni a toda autoridad de ella, lo que significa que allí se plantea pura y simplemente la “irresponsabilidad” del Estado; “ni absoluta”, o sea, no es sin excepción, contiene, pues, cotos de inmunidad a los que no alcanza esta responsabilidad. Toda la historia de la materia en los más de 140 años que van desde *Blanco*, muestra el constante esfuerzo del Consejo de Estado por ir terminando con esos “cotos” o campos de irresponsabilidad estatal en la medida que ello aparezca como inicuo o notoriamente injusto; puede verse al respecto F. Burdeau, *Histoire du droit administratif*. Puf. Paris. 1995, 144-150; 233-242; 293-297, 319-322; 377-379 y 402-406, según los distintos períodos en que analiza el tema; y Paillet cit. 1-10 (nota siguiente). Eso de “ni general ni absoluta” aparece, en verdad, mucho antes en la jurisprudencia del Consejo de Estado, como v.gr. en *Rotschild c/Larcher et l'Administration des Postes* (CE. statuant sur conflit, 6.12.1855, se trataba de la responsabilidad del servicio de correos por el extravío de una encomienda que contenía diamantes; es a través de este fallo “que se introduce la noción original de responsabilidad administrativa”, afirma H. F. Koechlin, *La responsabilité de l'État en dehors des contrats de l'an VIII a 1873*. LGDJ. Paris. 1957, 121-122, la cual es de conocimiento de la jurisdicción administrativa y no civil, materia la cual “C'est a l'Administration seule qu'il appartient, sous l'autorité de la loi, de régler les conditions du service public....”, y se agrega “que ces rapports [entre l'État et les particuliers], ces droits et ces obligations ne peuvent être réglés selon les principes et les dispositions du seul droit civil et comme ils le sont de particulier a particulier” (129), lo que será retomado precisamente casi 20 años después por *Blanco*.

<sup>3</sup>Vid. al respecto M. Paillet, *La responsabilité administrative*. Dalloz. Paris. 1996, 87-190, y J. Moreau, *La responsabilité administrative*. Puf. Paris. 1986, 84-87, 108-110, entre otros. La responsabilidad *sans faute* ya la admitía el Consejo de Estado respecto de los daños producidos por el ejército, según se comprueba en *Dussart*, 11.5.1883, citado en B. Delaunay, *La faute de l'Administration*. LGDJ. Paris. 2007, 21 nota 79. En la época anterior a 1873 la responsabilidad del Estado tenía por fundamento, según la jurisprudencia administrativa, en el “riesgo” que implica la actividad de la Administración, según sostiene Koechlin cit. 145-146, y en que la idea de *faute* poco a poco sería introducida (con reluctancia, ya que primaba la

3. Y es más, toda la literatura reciente de los últimos años está de acuerdo en comprobar que la idea de la “*faute du service*”/“culpa del servicio”, es hoy obsoleta frente a la realidad, especialmente que los mismos autores franceses advierten que la propia noción es “huidiza” (*fuyante*) e inasible y comprende tal cantidad de tipos y modalidades de extrema variedad y heterogeneidad que incluso autores ha habido quienes promueven derechamente su abandono<sup>4</sup>; carácter “inasible” y noción meramente “funcional”, mantenida por el propio Consejo de Estado a fin de actuar con libertad al decidir los litigios y no estar amarrado por los siempre estrechos o más bien acotados límites de una noción debidamente formulada<sup>5</sup>. De allí el epígrafe que hemos colocado al inicio de este artículo, de un afamado maestro del derecho administrativo francés, y en su texto original, que tanto habrá de complacer a los magistrados supremos de la tercera sala.

Aún más: la propia idea de la “culpa del servicio”/*faute du service* ha nacido y se ha desarrollado –con todos sus vericuetos, de distingos y subdistingos– con una finalidad primordial que hay que decirla con toda claridad, que no es la de proteger los derechos de las víctimas de la Administración [como es la idea de la Constitución chilena de 1980, que parte de la base de la primacía de la persona humana, y la consecuencial servicialidad del Estado, debiendo actuar éste en su misión de promover el bien común, con pleno respeto a los derechos de las personas, etc., art. 1º y art. 5º inc. 2º, 6º inc. 3º, 7º inc. 3º y 38 inc. 2º], sino de proteger la actividad de la Administración y los dineros públicos<sup>6</sup>; como se ha re-

---

idea de la «impecabilidad del actuar del Estado», resabio de la monarquía absoluta); hasta hoy subsiste la discusión de cuál ha sido el fallo que ha acogido la idea de “falta del servicio”, si *Zimmermann* (CE. 27.2.1903, retomando una formulación de las conclusiones del comisario de gobierno Romieu en *Société Immobilière de Saint Just* (T. Confl. 2.12.1902, en GA. 67-72), o *Tomaso Grecco* (CE. 10.2.1905, en GA. 88-93, o aún *Le Beurre* (CE. 29.5.1903) al decir de Paillet, *La faute du service public en droit administratif français*. LGDJ. Paris. 1980, 18, y de M. Deguegue, *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative*. LGDJ. Paris. 1994, 165.

<sup>4</sup>J. Boulouis, *Supprimer le droit administratif*, en *Pouvoirs* (Puf/Paris) 46 (1988) 5-12, vid. espec. 11, cuyas palabras publicadas hace 23 años merecen transcribirse: “Ainsi, pour s’y limiter, de la “faute” dont il suffit de constater a quelles contorsions intellectuelles elle oblige pour se demander s’il n’eut pas été préférable de tout bonnement s’en passer.”.

<sup>5</sup>No debe olvidarse que el derecho administrativo francés ha sido el fruto de la jurisprudencia pretoriana del Consejo de Estado, y es un derecho jurisprudencial, si bien no con un *stare decisis* al modo inglés (que propiamente es un derecho de jueces, que no jurisprudencial). Cómo no recordar aquí lo que decía G. Vedel en sus *Les bases constitutionnelles du droit administratif*, en *Études et Documents du Conseil d’État* N° 8/1954, 21ss. en cuanto “dire le droit, c’est pour le juge administratif, surtout en grande partie le créer”.

<sup>6</sup>Vid. a este respecto Fr. Llorens-Fraysse, *Le poids de la faute dans la responsabilité administrative*, en *Droits* (Paris/Puf) 5/1987, 65-76, quien señala que “Les défauts de la responsabilité pour faute sont aussi nombreuses qu’évidents. La plupart tiennent aux limitations qu’ils infligent au droit a réparation des victimes. Ainsi, la faute est elle une notion “fuyante” (J. Moreau), tributaire au plus haut degré de l’appréciation subjective du juge qui est libre de

petido variadas veces y es casi un eslogan, esa finalidad francesa es la de permitir el actuar de la Administración con la mayor libertad, ya que no debe olvidarse el estatismo muy fuerte que existe en aquel país, llegando un autor (Laferrière, en la segunda mitad del siglo XIX) a afirmar que lo propio de la soberanía estatal era actuar sin límites e irresponsable [de allí la afirmación citada del comisario de gobierno David en el caso *Blanco*].

4. Por último –y sin que se entienda que el análisis sea completamente exhaustivo– ha de señalarse que ya a 1986 se advertía por la doctrina administrativista francesa –esto es hace 27 años– que la responsabilidad del Estado-Administración no respondía a un fundamento único (la culpa del servicio/*faute du service*), lo que ya era cierto desde 1923 como señalábamos (*Couitéas*), sino que había que atenderse “a los hechos” que generan esa responsabilidad<sup>7</sup>.

---

la manier a sa guise et de l'utiliser, le cas écheant, dans un sens favorable à l'administration.”. Esta misma autora ha hecho su tesis doctoral sobre *La présomption de faute dans le contentieux administratif de la responsabilité*. LGDJ. Paris. 1985, en donde estudia esta “notion obscure et fuyante” en el cúmulo de presunciones de culpa de la Administración que ha debido ir “inventando” el CE para hacer posible la responsabilidad de la Administración y no dejar en la indefensión a las víctimas, lo que sería de una manifiesta iniquidad; a ello se unen presunciones de responsabilidad del Estado establecidas por el propio legislador. Por su parte, ya en 1978 L. Richer, *La faute du service public dans la jurisprudence administrative*. Economica. Paris, concluía su estudio diciendo que “El estudio de la “faute” [culpa] en la jurisprudencia administrativa muestra la dificultad de construir una teoría general de la responsabilidad administrativa. La “souplesse” [flexibilidad] de la noción de “faute” impide encerrarla en un “carcan” [armazón/estructura/noción] demasiado rígido.” Y agrega: “Según la mayoría de los autores, el fundamento de la responsabilidad es el principio de igualdad. La faute joue un rôle secondaire. Elle est un simple élément d'appréciation de l'étendue de cette responsabilité, un des critères de la rupture de l'égalité. En tout cas, ce n'est pas la prétendue faute de l'État qui fonde la responsabilité” (citando al efecto varios autores en comprobación de ello).

<sup>7</sup>Vid. Moreau *cit.*, 108-110 y 84-87; posteriormente, Paillet *cit.* 87-190. Hablando con propiedad, la *faute du service* no es ni ha sido nunca en Francia “fundamento” de la responsabilidad del Estado sino es una de las “condiciones” o “elementos” para que ella surja; el fundamento propiamente tal es la igualdad ante y en el Derecho, desde que ese daño producido en una víctima constituye un desequilibrio/desigualdad en ella frente al resto de la comunidad ciudadana en su situación jurídica. Resulta de interés señalar que precisamente en los daños producidos por la Administración hospitalaria, el régimen francés no aplica, y ello desde hace tiempo (arrêt *Gomez*, AJDA 1991, 167 chr.), ni la idea ni la noción de “faute du service”/culpa del servicio, sino la noción de “responsabilidad por riesgo”, lo que pone de manifiesto, una vez más, la *incoherencia* de trasladar estos “injertos extranjerizantes” que en su propio país de origen han sido superados y dejados de lado, pero que nuestros legisladores parecen desconocer enteramente (vid. últimamente, v. gr. *M. Dumas*, CE. 15.7.2004, AJDA 2005, 274 ss., antes también *Bianchi*, 9.4.1993, AJDA 1993, 344; o *Consorts N'Guyen et autres*, AJDA 1995, 508, etc.). Recuérdese que aquí en Chile comenzó a sostenerse por la Corte Suprema esto de que el régimen general sería la “falta de servicio” (art. 44 L 18575, inc. 1º) en el tema de la responsabilidad de los Servicios de Salud, en *Hernández Espinoza c/Servicio de Salud de Concepción* (Gaceta Jurídica 247/abril 2003, 59-75, específicamente 74, considerando 13º. Debe aquí recordarse que la “falta de servicio” ha sido introducida para los daños producidos por los Servicios de Salud por la Ley Nº 19.996/2004 (art. 38); pues bien, en la discusión de esta ley quedó clarísimo –porque se dice de manera expresa– que

Debe agregarse que el término mismo de *faute de service* no es unívoco; por el contrario, la jurisprudencia del Consejo de Estado “multiplica las calificaciones posibles de la falta/culpa a fin de deducir ciertas consecuencias jurídicas en cuanto al autor o al régimen de la responsabilidad en que se ha incurrido”<sup>8</sup>. Tan cierto es lo dicho que si se revisa la jurisprudencia se encuentran: (a) la falta de servicio/*faute du[de] service*, (b) la falta personal (de larga tradición, vid. *Pelletier*, Tribunal de Conflictos 30.3.1873, GA. cit 8-15), (c) la falta grave/*faute lourde* (cada vez menos utilizada, vid. *Epoux V.* 10.4.1992, GA. 714-722, incluso en materia fiscal vid. CE. 21.3.2011, *M. Krupa*, en *Actualité Juridique Droit Administratif* 27.6.2011, 1278-1282, las conclusiones de Mme. Legras en RFDA 2011, 340-352, y hasta en materia de daños sufridos por detenidos o reclusos en penales, vid. CE. 23.5.2001, *Chabba*, AJDA 2004, 157), (d) la falta simple/*faute simple* (muchos ejemplos, v. gr., tomado al azar, *M. André Dumas*, 15.7.2004, AJDA 2005, 274-280, nota Donier); (e) la falta de naturaleza susceptible de comprometer la responsabilidad del Estado/*faute de nature à* (vid. el citado caso *Epoux V.*; también, *Mme. Baillet*, CE. 24.11.2006, AJDA 2007, 428, note P. Planchet), (f) la falta presumida/*faute présumée* (con numerosos casos<sup>9</sup>), (g) la falta probada/*faute prouvée*, (h) la falta caracterizada/*faute caractérisée* (v.gr. en materia de diagnóstico prenatal,

---

la intención del referido art. 38 era impedir que los Servicios de Salud fueran condenados por los innumerables desaguizados producidos por ellos y que eran llevados por las víctimas, o sus herederos, a los tribunales de justicia para que éstos determinaran la correspondiente justa indemnización por esos daños sufridos; para ello (art. 43) se estableció un procedimiento previo administrativo de conciliación a cargo del Consejo de Defensa del Estado como requisito legal previo a acudir a la Justicia –cosa de una patente inconstitucionalidad, lo que aparece de la sola lectura del art. 73 de la Carta Fundamental (plenitud jurisdiccional de los tribunales de justicia), su art. 19 N°. 3 incisos 1°, y 4° (derecho de acceso a la justicia y derecho al juez natural, y no ser juzgado por comisiones especiales), 2 (igualdad ante y en el Derecho) y 26 (contenido esencial de esos derechos, que son avasallados): vid. al respecto nuestro *Para inconstitucionalidades ¡Salud!*, en *Ius Publicum* 15/2005, 131-136. Agréguese a ello que la víctima debe probar la “falta de servicio” (art. 38) y que de aceptarse en la conciliación administrativa la responsabilidad del Servicio de Salud, la indemnización que fija la autoridad administrativa conciliadora tiene topes máximos que la misma ley señala (art. 53, inc. 2°), cosa que además pugna con la más elemental justicia y equidad, puesto que todo daño debe ser indemnizado no sólo una parte y que fija la misma autoridad estatal (en cuya conciliación participa precisamente el organismo estatal victimario...). Para la discusión de la Ley N° 19.996 vid. fundamental N. Enteche Rosales, *La responsabilidad del Estado en la Ley N° 19.996, sobre régimen de garantías en salud. Historia de su establecimiento*, en *Actualidad Jurídica* 17/2008, 293-314, con transcripción de textos de su discusión.

Sobre responsabilidad del Estado/ Administración y riesgo vid. Conseil d’État, *Études et documents* N° 56/2005, *Responsabilité et socialisation du risque*, 199-392.

<sup>8</sup>Vid. E. Dubout, *Faut-il tuer les catégories de fautes en droit administratif?* en *Revue de Droit Public* N° 5/2009, 1342-1352, la cita en 1342 (trad. nuestra).

<sup>9</sup>Vid. Llorens Fraysse cit.; J. Moreau, *Les présomptions de faute en droit administratif de la responsabilité. Comètes ou nébuleuses?* en *Mélanges Jean Waline*. Dalloz. Paris. 2002, 685; B. Delaunay, *La faute* cit., 261-262.



M. et Mme. H., 2005, en AJDA 2005, 1691-1692 y nota Boussard 1693-1697, tipo de *faute* que linda con la responsabilidad por la omisión de la debida información), (i) la falta manifiesta y de una excepcional gravedad/*faute manifeste et d'une exceptionnelle gravité*, y todo esto sin perjuicio (j) de la llamada falta objetiva/*faute objective* o “sui generis” (vid. *Gardedieu*, 8.2.2007, GA. 333, vulneración de una obligación internacional).

Con tal cantidad de distinciones (hemos mostrado nada menos que diez) –creadas según las necesidades del caso que resolver– resultan afectadas de modo indudable y grandemente tanto la estabilidad del Derecho (resulta impredecible lo que será resuelto, es la justicia-azar<sup>10</sup>) como la claridad del régimen aplicable, lo cual lleva a su total inadaptación a nuestro derecho chileno el cual no es de creación pretoriana –como el sistema francés– sino de clarísima fundamentación constitucional (arts. 6º inciso 3º, 7º inciso 3º y 38 inciso 2º), y legal (Leyes N.ºs. 18.575, 18.695, 18.290, etc.), por lo que no cabe ni es procedente la creación judicial *ad libitum* de soluciones que llegan hasta lo insólito, como es creer que a las Fuerzas Armadas le es aplicable en esta materia el Código Civil, lo mismo que otros organismos estatales excluidos de la aplicación del art. 44/42 de la Ley N.º 18.575<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup>Vid. nuestro comentario a *Aedo Alarcón c/Fisco* (C. Suprema 7-11-2000, rol 852-2000, en La Semana Jurídica (Cono Sur/LexisNexis) N.º 7/25.12.2000-1.º.1.2001, 13-15; el fallo en Gaceta Jurídica N.º 245, noviembre 2000, 17-27. Este caso presenta el hecho insólito e inaudito de habersele agregado después de ejecutoriado el fallo supremo e incluso publicado, dos considerandos (N.ºs. 12º y 13º), para así hacerse cargo de las críticas que formuláramos en dicho comentario (este segundo fallo puede verse en Gaceta Jurídica N.º 248, febrero 2001, 250-253).

<sup>11</sup>Resulta verdaderamente paradójico que la Corte Suprema en estos fallos *Seguel Cares*, *Fernández Rodríguez* y *Delorenzo*, que comentamos, afirme pura y simplemente la aplicación del Código Civil en circunstancia que dice expresamente en estos mismos fallos que se sigue la doctrina francesa de la *faute du service* y olvide (¿o lo desconoce?) que ya en 1873 en el fallo *Blanco* se decide [y será el principio fundamental de la competencia de la jurisdicción administrativa francesa] que esta materia de la responsabilidad del Estado “*ne peut etre régie par les principes qui sont établis dans le Code Civil pour les rapports de particulier a particulier*”, que ya venía del caso *Rotschild* (1855), como veíamos. Contradicción más patente, imposible, pero la coherencia no parece ser una virtud que se dé en las posiciones supremas en esta materia. Y más curioso resulta ello si se advierte que en *Trincado Sierra c/Municipalidad de Vallenar* (Corte Suprema/3a. sala, 5.3.2008, rol 6346-2006, redacción ministro sr. Pierry), se afirma en su consid. 7º que “el estatuto correspondiente a la “falta de servicio” es diferente de la responsabilidad regulada por el Código Civil”; y si es diferente ¿cómo no se tiene empacho alguno en aplicarlo e incluso a las Fuerzas Armadas?...

Lo que en puridad hay aquí, no es sino la asunción pura y simple por los jueces supremos de una “atribución legislativa”, puesto que lo que se ha hecho excede ya largamente una pretendida “interpretación” de los textos vigentes; es que se plantea derechamente una preceptiva (a guisa de interpretación y más encima trayendo soluciones extranjeras de hace más de 60 años, hasta superadas en su país de origen) que es sólo fruto de la “invención”/creación *ex nihilo* (que no interpretación); es decir, estos jueces se han transformado sencillamente en “legisladores”. Vid. al respecto, el reciente artículo de M. J. Navarrete, *El espíritu de los jueces*, en Diario Constitucional N.º 64/10-11-2011; con mayor amplitud, M. A. Núñez, *Sobre presentes griegos e injertos extranjerizantes*, en “La primacía de la persona”, Estudios

Deberían saber los ministros de la tercera sala de la Corte Suprema que en Francia hoy, en atención a las dificultades de caracterizar y distinguir todos estos tipos o categorías de “faltas” incurridas por las distintas autoridades de la Administración, se ha llegado a sostener que esta idea de la “falta de servicio” (culpa del servicio, en su actuar o en su omitir) debe ser abandonada por la inseguridad jurídica que conlleva atendida su equivocidad<sup>12</sup>.

Lo que queda claro de este recorrido actualísimo por el derecho administrativo francés de la responsabilidad del Estado/Administración es que la noción de falta de servicio es de contornos “huidizos” e “inasibles” y “equivocos”, que sólo sirve al juez francés para poder actuar con entera libertad, sin estar atado jamás a sus fallos anteriores, como lo demuestra la realidad diaria con sólo consultar cualquiera publicación periódica francesa especializada (como la *Revue Française de Droit Administratif*, *l'Actualité Juridique*, la *Revue de Droit Public*, o cualquiera otra análoga)<sup>13</sup>.

Bien se ve, pues, que, como de costumbre, los que plantean soluciones foráneas, “injertos extranjerizantes”, ni siquiera se dan el trabajo de analizar con rigor y profundidad el régimen comparado, tanto en la realidad doctrinaria como normativa y ésta tanto legal como judicial. Si se hubiera conocido bien el régimen francés y actual –no de cuarenta o setenta años atrás– se habría advertido de inmediato que la idea de *faute du service*/culpa del servicio [incluso mal traducida la expresión al castellano, ya que no es “falta del” sino “culpa del”], cuya noción para los propios franceses es “huidiza” e “inasible”, había sido dejada de lado hace varias décadas por no ser apta para reflejar ya la realidad de los años 1970 a 1980.

---

en Homenaje al Profesor Eduardo Soto Kloss. Legal Publishing-Abeledo Perrot. Santiago de Chile. 2009, 1139-1158.

<sup>12</sup>Ya que ni siquiera puede ser utilizada como concepto analógico, que es la tercera posibilidad (unívoco, equívoco y análogo). De allí que se ha sugerido “eliminarla del derecho de la responsabilidad”, vid. M. T. Calais-Auloy, *La libération du droit de la responsabilité par l'abandon de la notion de faute*, en *Recueil Dalloz* 1998, N° 14, tal como antes ya lo había propuesto Llorens-Frayse hace más de 24 años en *Droits* N° 5/1987, 65.

<sup>13</sup>Para probar lo dicho vid. en la RFDA de este año 2011, entre otros, *M. Callou*, 3.2.2011, 1491ss., sobre “imprescriptibilidad” de la responsabilidad del Estado/Administración (pongan atención señores supremos, el Consejo de Estado francés, que parece ser el modelo para Uds., admite su imprescriptibilidad, tal como lo admitía ya sin problemas nuestra Corte Suprema en 1907 y nada menos que en materia de daños producidos a particulares en la guerra civil de 1891 (3.1.1907, *Portales y otros c/Fisco*, RDJ t. 6/1908, 2.1, 74, y aplicando la Constitución de 1833, y no el Código Civil...); *Mlle. Susilawati*/11.2.2011, 906ss., sobre responsabilidad del Estado en virtud de tratados internacionales/responsabilidad *sans faute*; *Garde des Sceaux*/17.12.2008, 142ss., sobre muerte violenta de reclusos en un penal; *Krupa*/21.3.2011, 1278s., y 340ss., desaparece la *faute lourde* en materia fiscal; *Mme. Bleitrach*/22.10.2010, 141ss., responsabilidad del Estado por “ruptura de la igualdad antes las cargas públicas” ante daños a discapacitados en el acceso a los edificios públicos (se trataba nada menos de una abogada que se veía impedida de ejercer la profesión en condiciones normales dadas las dificultades para concurrir a alegar en los tribunales ya que se transportaba en silla de ruedas).

De allí que aparece verdaderamente temeraria (por no decir carente de veracidad o conocimiento) la afirmación de que la falta del servicio y entendida como culpa es “el” régimen francés de la responsabilidad del Estado/Administración y que más encima que se diga que es el más perfecto. Valga señalar que este régimen de “falta/culpa” es, además, perverso para la víctima, por cuanto se pretende que ella pruebe la culpa del servicio, lo que se hace difícil o imposible cuando el daño, incluso la muerte del paciente, se produce v.gr. por los Servicios de Salud. Por ello es que en estos casos los jueces de la instancia se han decidido por la fórmula de que “el hecho mismo dañoso” sufrido por la víctima es prueba suficiente de la responsabilidad del Servicio, como puede comprobarse en variados casos, como v. gr., entre otros, *Torres Velásquez*, *Hernández Espinoza*, *Palominos Vargas* o aun *Cortés Cortés*, más recientemente<sup>14</sup>.

Incluso más: resulta incoherente pretender que la falta de servicio/culpa sea el “régimen general” de la responsabilidad del Estado/ Administración en Chile si la propia Constitución en su art. 38 inciso 2º –en concordancia con sus artículos 6º inciso 3º y 7º inciso 3º– plantea tal responsabilidad sobre la base de la “víctima” (“Cualquier persona que sea lesionada...”, “sin perjuicio de la responsabilidad del funcionario que hubiere cometido el daño”), o sea, como “restitución” (o compensación en su caso) a la víctima de aquello de que ha sido privada, o a sus herederos (en su caso, especialmente daño emergente y lucro cesante, e incluso la alteración en las condiciones de vida si alcanzó a vivir, poco o mucho, después del hecho productor del daño). Y no es una “sanción” a un “culpable” (al modo civil, art. 2314/2329), como si el Estado en cualquiera de los sujetos jurídicos que lo componen como Administración fuera “culpable” y pudiera ser sancionado con “penas”, sean civiles o penales...<sup>15</sup>. Y más encima, pretendiéndose que la víctima deba probar la “culpa”

---

<sup>14</sup>*Torres Velásquez c/Servicio de Salud de Concepción* (Corte de Apelaciones de Concepción, 18.12.2003, rol 1703-2003, en RDJ t. 100, 2.5, 170-180, y nuestro comentario, también en *Ius Publicum* 12/2004, 252-264, hubo avenimiento en la Corte Suprema, vid. *Ius Publicum* 14/2005, 253-256); *Hernández Espinoza c/Servicio de Salud de Concepción* (Corte Suprema, 30.4.2003, en *Gaceta Jurídica* 274/2003, 59-75; *Palominos Vargas c/Servicio de Salud Libertador Bernardo O’Higgins*, Corte Suprema, 23.3.2006, en *Gaceta Jurídica* 309/2006, 72-82, espec. sentencia de primer grado, 72-78); *Cortés Cortés c/Servicio de Salud Viña del Mar-Quillota* (Corte de Apelaciones de Valparaíso, 27.12.2006, Corte Suprema/3a. sala, 29.10.2008, rol 1620-07 rechaza casación en el fondo deducida por el demandado). Ultimamente vid. el caso *Tolosa Díaz* (Corte Suprema/3a. sala, 2.12.2011, rol 5605-09) y en materia de responsabilidad de las municipalidades, *Correa Pérez c/Municipalidad de Concepción* (Corte Suprema/3a. sala, 4.12.2011, rol 8109-2011 y especialmente Corte de Apelaciones de Concepción, 13.7.2011, rol 453-2011, consid. 8º.

<sup>15</sup>Vid. al respecto nuestro *Falta de servicio ¿régimen general de la responsabilidad del Estado/Administración en Chile? El derecho como arte de magia*, en *Gaceta Jurídica* 317/2006, 18-29, más amplio en *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales*. (2a. ed. Legal Publishing-Abeledo Perrot. Santiago de Chile. 2010, 745-756, texto que recomendamos su lectura para advertir los errores en que se incurre al hacer dicha afirmación.

del Servicio ofensor victimario, lo que implica una “prueba diabólica”, prueba de un hecho negativo como es el probar la omisión del Servicio de la prestación debida, omisión que provocó el daño; y resulta más insólito aún que ello se pretenda por la Corte Suprema/3a. sala cuando la misma suprema jurisdicción ha repudiado expresamente esa pretensión precisamente respecto a entes públicos que habiendo producido daños a usuarios o particulares pretendían que las víctimas probaran que ellos habían actuado en forma torpe, descuidada o negligente, señalándose al respecto que “a la empresa [sociedad anónima del Estado concesionaria del servicio de distribución de agua potable y recolección de alcantarillado] que tiene la función de manejo de las aguas servidas le correspondía justificar el cumplimiento de la obligación legal que le empece en orden a mantener en buenas condiciones la infraestructura sanitaria a su cargo, sin que hubiera suministrado prueba alguna en tal sentido” (*Empresa de Servicios Sanitarios del Bío Bío c/Servicio de Salud de O’Higgins*, Corte Suprema, casación fondo, 28.10.2008, rol 2710-07, considerando 11°; en igual sentido vid. *Empresa Eléctrica Guacolda S.A.c/ Superintendencia de Electricidad y Combustibles* (reclamación de multa, Corte Suprema, casación fondo, 16.10.2008, rol 3173-07, considerandos 14° y 15°).

## II. CONCLUSIÓN

Al leer estos fallos da la impresión que los magistrados supremos de esta tercera sala aceptan sin mayor cautela o conocimiento los planteamientos personales de alguno de sus ministros, planteamientos que son repudiados mayoritariamente por los autores más destacados de la disciplina iusadministrativa de nuestro país, quienes sostienen fundados en la propia Constitución tanto que la responsabilidad del Estado Administración es objetiva y ello afirmado incluso con apoyo jurisprudencial no escaso (y no subjetiva como en esa posición suprema reciente), como en cuanto a negar con muy sólida argumentación que el “régimen general” en Chile sería la “falta de servicio” y aún entendida como “culpa” del servicio (a la francesa), y que más encima sería aplicable bajo las normas del Código Civil/2314, lo que es repudiado hasta por los más jóvenes de los cultores de esta disciplina de derecho público<sup>16</sup>. Y es que una vez más se ven los resultados perniciosos para los derechos de las personas al traer a nuestro derecho teorías extranjeras –que incluso han sido dejadas de lado en su

---

<sup>16</sup>Vid. los comentarios a *Seguel Cares* de los profesores J. M. Valdivia y C. Román C. en *Revista de Derecho Público* 71/2009, 305-309 y 310-317, respectivamente, e incluso de H. Corral Talciani (distinguido civilista) en *Microiuris* D 374; recientemente, F. Huepe Artigas, *¿Es procedente fundar la responsabilidad del Estado en el artículo 2314 del Código Civil respecto de las instituciones excluidas de la falta de servicio? Análisis crítico*, en este mismo N° 28, 121-149.

propio país de origen— desfiguradas a través de un comparatismo de muy baja ley, y propugnadas sin conocer en profundidad el sistema en que han nacido y se han desarrollado. Cuánta razón tenía Arturo Prat cuando un 19.12.1878 escribía carta a su tío Jacinto Chacón (hermano de su madre doña Rosario) diciéndole que las doctrinas son el fruto de las sociedades en que se vive y que resultan inaplicables en sociedades diferentes, “Tiempo es de cambiar esos maestros por otros que hayan estudiado i comprendido a los pueblos en su vida inicial”, y recientemente el profesor Bravo Lira cuando dice que “El que ignora su propio origen ignora también su originalidad frente a Europa y se condena a caer en la copia, la imitación servil, en una palabra, la dependencia mental”<sup>17</sup>. Al terminar cómo no recordar a Chesterton cuando decía que la desgracia de nuestros contemporáneos no es que no crean en nada sino que se lo creen todo...

## ANEXO

CORTE SUPREMA, 26.10.2011  
“DELORENZO GALILEA Y OTRO C/FISCO”

### VISTOS:

Que en este juicio ordinario, el Fisco de Chile recurre de casación en el fondo en contra de la sentencia de segunda instancia dictada por la I. Corte de Apelaciones de Santiago que revoca y confirma la de primer grado que acogió en parte la demanda de los actores, ordenando al recurrente indemnizar los daños sufridos por los demandantes.

### CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que el recurrente sostiene, como primer capítulo de su recurso, que el fallo ha infringido los artículos 63 inciso 1º, 64 inciso 2º, 65, 67 letras i) y f), y 68 letra c) del Código de Aeronáutica al decidir hacer lugar a la acción indemnizatoria. Señala que el artículo 63 del referido Código dispone que toda aeronave debe tener un comandante, quien será el piloto al mando y que será designado por el explotador de cada operación aérea; y que el inciso 2º del artículo 64 del mismo

---

<sup>17</sup>Vid. M.A. Iturriaga A., *Carmela Carvajal de Prat. Cartas de mi esposo*. Sudamericana. Santiago de Chile. 2010, 132; dice el Premio Nacional de Historia 2011 lo transcrito en el texto en su *El juez entre el Derecho y la ley en el mundo hispánico. Del Estado de derecho al derecho del Estado (siglos XVI a XXI)*. LexisNexis. Santiago de Chile. 2006, vid. capítulo “*Jurisdictio et territorium*. Fundamento de la constitución estatal de Hispanoamérica”, 25. Es la misma idea que desarrollábamos en 1993 en nuestro “*El derecho público, por qué tan desconocido*”, en *Revista de Ciencias Sociales/Universidad de Valparaíso*, 39/1994, 405-413, luego ampliado en *Derecho Administrativo. Bases fundamentales* (2 vols.). Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1996, t. 1, 21-34.

cuerpo legal dispone que a falta de persona designada, se presume comandante a la persona que dirige a bordo la operación de vuelo.

Por su parte, el artículo 65 de la Ley N° 18.575 indica que el comandante de la aeronave es la única y máxima autoridad a bordo, por lo que es el encargado de la dirección de ésta y el principal responsable de su conducción segura de acuerdo con las regulaciones de circulación aérea y el manual de operaciones de vuelo del explotador. A estos efectos, tiene potestad sobre la tripulación y autoridad sobre los pasajeros, además del control sobre la aeronave y la carga transportada.

Añade que de las normas señaladas se desprende que el fallo contra el cual se recurre ha infringido los artículos mencionados, por falta de aplicación, pues es un hecho indiscutido que el demandante, Sr. Delorenzo, era el piloto de la nave, por tanto era el comandante de la misma. Señala que los hechos se produjeron encaminando el vuelo para obtener la revalidación de su licencia por instrumentos, siendo la única y máxima autoridad a bordo, atendida su calidad de comandante de la nave, circunstancias en las que tenía aplicación el artículo 67 letra i) del Código de Aeronáutica, esto es, tenía la obligación de adoptar las medidas necesarias para la seguridad de la aeronave, de los pasajeros y la carga, lo que no ocurrió, siendo responsable del accidente el propio demandante. Del mismo modo el fallo infringe el artículo 68 letra c) del citado cuerpo legal, ya que esta norma faculta al comandante de la nave para no iniciar o interrumpir el vuelo cuando a su juicio esté en peligro la seguridad del mismo, disposición que debió ser considerada y aplicada por los sentenciadores, haciendo responsable del accidente al demandante por no haber actuado de acuerdo al citado precepto.

SEGUNDO: Que como segunda infracción la recurrente señala que fue infringida, por falta de aplicación, la norma del artículo 20 del Código Civil, en relación con las antes referidas normas del Código de Aeronáutica, al no dársele correcta interpretación, por desatender su sentido natural y obvio, lo que los llevó a concluir erróneamente que el responsable de la nave no era el piloto sino un tercero.

TERCERO: Que como tercera infracción la recurrente indica que el fallo recurrido ha vulnerado lo dispuesto en los artículos 4° y 21 de la Ley N° 18.575 sobre Bases Generales de la Administración del Estado. Explica que los sentenciadores han infringido lo dispuesto en el artículo 4° de la Ley N° 18.575, ya que esta norma se ubica en el título primero sobre normas generales, y sólo tuvo por objeto establecer de un modo general la responsabilidad del Estado, pero se comete infracción a ella porque no puede ser aplicada en el presente caso de acuerdo a lo que dispone el artículo 21 de la misma Ley que establece que las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad quedan excluidas de su aplicación, así, atendido que se demandó por el actuar de un funcionario de la Dirección General de Aeronáutica, organismo dependiente de la Comandancia en Jefe de la Fuerza Aérea de Chile, no puede ser invocado el artículo 4° fundamento de responsabilidad, razón por la cual se ha infringido lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley N° 18.575.

Agrega la recurrente que al establecer la responsabilidad del piloto examinador en el accidente infringen el artículo 2314 del Código Civil, ya que se atribuyó responsabilidad al piloto examinador y no al piloto comandante, el Sr. Delorenzo.

Estos errores, en su concepto, han influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo ya sea debido a que no se han aplicado las normas señaladas debiendo hacerlo, o se han aplicado otras erróneamente, debiendo los sentenciadores de

segunda instancia haber revocado el fallo en alzada y haber rechazado la demanda de autos en todas sus partes.

CUARTO: Que son hechos de la causa, que han quedado establecidos en los fallos de primera y segunda instancia, los siguientes:

a) Que el día 4 de diciembre del año 2002 el demandante Jorge Delorenzo Galilea, maniobrando una aeronave que le fuera facilitada para la ocasión por el otro demandante, Patricio Burr Rodríguez, y con el objeto de revalidar su habilitación de instrumentos ante el Piloto Inspector de la Dirección de Aeronáutica Civil Jorge Acevedo, se estrelló en los cerros de Conchalí, a una altura de 3.600 pies, quedando el demandante con heridas de gravedad y el piloto inspector fallecido en el lugar.

b) Que el referido vuelo se efectuó en condiciones metereológicas marginales y que el piloto al mando Sr. Delorenzo era en todo momento instruido por el piloto inspector Sr. Acevedo, quien llevaba el control de toda la operación, tomando además en consideración que el Sr. Delorenzo llevaba una careta que tenía por finalidad obstruirle la visión, de manera tal que solamente tuviera acceso a los instrumentos de la aeronave.

QUINTO: Que en cuanto a las infracciones denunciadas a los artículos 63 inciso 1º, 64 inciso 2º, 65, 67 letras i) y f), y 68 letra c) del Código de Aeronáutica y artículo 20 del Código Civil, que en síntesis dicen relación con que al piloto instructor no es posible atribuirle responsabilidad en los hechos atendido que no era el comandante de la nave –calidad que tenía el propio actor–, ellas no han tenido lugar. En efecto, es claro que el conjunto de normas citado previene la responsabilidad para el comandante de la aeronave, pero ello únicamente para vuelos normales, cual no es el caso de autos, por lo que la infracción denunciada no puede ser aceptada. Es un hecho de la causa, según se ha dicho, que el comandante se sometía a una evaluación de licencia a cargo del instructor y que pilotaba privado de visión. Es claro entonces que en esas circunstancias, esto es, con malas condiciones metereológicas, y en el marco de una evaluación que no obstante la calidad de comandante del actor, la nave estaba bajo el control del inspector de vuelo, quien cumplía la función de verificar aptitudes, función en la que debió adoptar todas las medidas necesarias para reducir riesgos, siéndole exigible asumir oportunamente el pilotaje ante el acercamiento al cerro en que se estrellaron.

Así las cosas, tales preceptos no han sido infringidos por falta de aplicación, porque regulan una situación distinta a la de autos.

SEXTO: Que tampoco ha tenido lugar la infracción por falta de aplicación de las normas de los artículos 4º y 21 de la Ley N° 18.575 sobre Bases Generales de la Administración del Estado que previenen la exclusión de las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad del ámbito de dicho cuerpo legal.

Ello es así porque si bien es cierto que las normas de la Ley N° 18.575 no son aplicables a las Fuerzas Armadas, no lo es menos que sólo se trata de una norma de exclusión de dicho cuerpo legal, y no de un precepto que permita sostener la completa falta de responsabilidad. Ante la inaplicabilidad de la norma especial –aquella de la referida ley– el caso ha de ser resuelto por los preceptos generales de la responsabilidad extracontractual, precisamente por tratarse de una falta

del piloto examinador, puesto que la evaluación debió hacerla preservando la seguridad, deber que obligaba al evaluador a suspenderla y a reaccionar frente a cualquier maniobra incorrecta del piloto sujeto a observación, omisión que inequívocamente ha de calificarse de negligente.

SÉPTIMO: Que en cuanto a la aplicación del artículo 2314 del Código Civil, esta Corte ha sostenido que las instituciones exceptuadas de la preceptiva referida quedan sujetas a las reglas generales de responsabilidad.

En efecto, hasta antes de la dictación de la Ley N° 18.575 la responsabilidad del Estado se determinaba a través de la aplicación del artículo 2320 del Código Civil. Sin embargo, la situación varía con la promulgación de la Ley de Bases de la Administración del Estado el 5 de diciembre de 1986, la que incorporó al Derecho Público chileno el sistema de responsabilidad extracontractual del Estado elaborado por el derecho administrativo francés principalmente a través de la jurisprudencia del Consejo de Estado, que en opinión de la mayoría de los autores constituye la mejor solución lograda por el derecho para asegurar un debido equilibrio entre los derechos de los particulares y los intereses públicos. La ley contempló entonces el artículo 44 –hoy 42– que prescribió que “Los órganos de la Administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio. No obstante, el Estado tendrá derecho a repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal”. Sin embargo, se excluyó de la aplicación del Título II sobre normas especiales, donde había quedado ubicado el artículo 44, a la Contraloría General de la República, al Banco Central, a las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad, a las Municipalidades, al Consejo Nacional de Televisión y a las empresas públicas creadas por ley. Todo ello en el inciso segundo de su artículo 18, actual 21.

OCTAVO: Que entonces cabe dilucidar qué sistema resulta aplicable a las instituciones excluidas, en el caso particular a las Fuerzas Armadas y por lo tanto a la Dirección General de Aeronáutica Civil. Para ello ha de recurrirse al derecho común, teniendo presente que el desarrollo del derecho administrativo, allí donde ha ocurrido, se ha logrado a partir de la distinta interpretación de las normas de derecho común para el Estado y para las relaciones entre particulares, permitiendo de esta forma la conciliación de la actuación estatal, dotada de imperio público, como guardiana del interés colectivo, con la protección de los derechos de los ciudadanos, de tal suerte que cabe aceptar la aplicación en nuestro país, a partir del artículo 2314 del Código Civil, de la noción de falta de servicio. En efecto, al Estado como a los otros entes públicos administrativos pueden serle aplicadas de manera diversa las normas del Título XXXV del Código Civil, sin que esto implique una errada interpretación de las mismas. Es así que las personas jurídicas son capaces de culpa, aunque carezcan de voluntad propia. La culpa civil, como señalan los hermanos Mazeaud y André Tunc, “no requiere la voluntad, ni siquiera el discernimiento, no es necesariamente una culpa moral; es suficiente con comportarse de manera distinta a la que habría observado en parecidas circunstancias un individuo cuidadoso”. De acuerdo con este razonamiento y ampliándolo, puede no exigirse para la responsabilidad de la persona jurídica Estado la culpa o dolo de sus órganos o representantes; basta con que el comportamiento del servicio público sea distinto al que debiera considerarse su comportamiento normal; o sea, basta con probar una falta de servicio.



NOVENO: Que del modo que se ha venido razonando, es acertada la aplicación del artículo 2314 del Código Civil y la institución de la falta de servicio a la litis planteada, por cuanto permite así uniformar el sistema de responsabilidad extra-contractual para todos los entes de la Administración del Estado, y en la especie no se la infringe por aplicación indebida como se ha sostenido en el recurso.

En consecuencia, por los razonamientos que preceden, debe rechazarse el recurso de casación.

Y conforme, además, con lo dispuesto en los artículos 764, 767 y 805 del Código de Procedimiento Civil, SE RECHAZA el recurso de casación en el fondo interpuesto en lo principal de fojas 379 en contra de la sentencia de siete de octubre del año dos mil nueve, escrita a fojas 374.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Brito.-

Nº 8.400-2009.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema, Integrada por los Ministros Sr. Héctor Carreño S., Sr. Pedro Pierry A., Sra. Sonia Araneda B., Sr. Haroldo Brito C. y Sra. María Eugenia Sandoval G. No firma la Ministra señora Araneda, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, por estar en comisión de servicios. Santiago, 26 de octubre de 2011.

# ¿ES PROCEDENTE FUNDAR LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN EL ARTÍCULO 2314 DEL CÓDIGO CIVIL RESPECTO DE LAS INSTITUCIONES EXCLUIDAS DE LA FALTA DE SERVICIO? ANÁLISIS CRÍTICO\*

*Fabián Huepe Artigas\*\**

SUMARIO: I. Introducción. II. El artículo 2314 del Código Civil. Su ámbito de aplicación. III. La sistemática del Código Civil en relación a la responsabilidad de las personas jurídicas. ¿Artículo 2314 o 2320 y 2322 del Código Civil? IV. El esfuerzo de la doctrina civilista en la responsabilidad directa de las personas jurídicas. V. El artículo 2314 del Código Civil, ¿norma de derecho común? ¿Aplicación supletoria? VI. El artículo 4° de la LOCBGAE. VII. Relectura del artículo 4° de la LOCBGAE para solucionar el problema de las instituciones señaladas en el artículo 21 de la misma ley (Nuestra tesis). VIII. Algunas consideraciones en torno a las consecuencias de aplicar el artículo 2314 del Código Civil para fundar la responsabilidad del Estado por falta de servicio. IX. Conclusiones. Bibliografía citada.

## I. INTRODUCCIÓN

Sin duda que uno de los temas que mayor debate ha generado en el ámbito del Derecho Administrativo es el referente a la responsabilidad patrimonial del Estado en su actividad administrativa. La principal discusión ha consistido en determinar si aquella es objetiva o subjetiva, esto es, que para hacerla efectiva se prescinde de los electos subjetivos de culpa o dolo, o bien, si se requieren estos elementos configurando la “culpa” del servicio, destacando que durante más de 20 años la doctrina y jurisprudencia

---

\*Este artículo tiene su origen en un trabajo de investigación realizado para el curso de Fundamentos Teóricos del Derecho del Programa de Doctorado en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, impartido por el profesor Raúl Bertelsen Repetto.

\*\*Abogado y Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción. Doctorando en el Programa de Doctorado en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de Concepción y Jefe de Carrera de Derecho Campus Chillán. Dirección postal: Vicente Méndez 595, casilla 537, Universidad de Concepción, carrera de Derecho, comuna de Chillán, Chile. Correo electrónico: fahuepe@uc.cl y fhuepe@udec.cl

dencia adhirió a la primera tesis<sup>1</sup>. Sin embargo, ya a partir del año 2002 comienza a observarse un giro en la tendencia de calificar de objetiva la responsabilidad del Estado<sup>2</sup>, estableciéndose ya de forma expresa en el fallo “Mauricio Hidalgo Briceño y otros con Servicio de Salud Valparaíso y otros”<sup>3</sup> que “la falta de servicio no es una responsabilidad objetiva sino subjetiva, basada en la falta de servicio, en la que aquélla, considerada como ‘la culpa del Servicio’, deberá probarse por quien alega el mal funcionamiento del servicio, el funcionamiento tardío o el no funcionamiento del mismo; que esta omisión o acción defectuosa haya provocado un daño al usuario o beneficiario del servicio público de que se trata; y, en fin, que la falla en la actividad del ente administrativo haya sido la causa del daño experimentado, todo por disponerlo así el artículo 42 de la Ley N° 18.575 sobre Bases de la Administración del Estado”<sup>4</sup> (en adelante LOCBGAE). En consecuencia, la calificación de la falta de servicio como un régimen de imputación general de responsabilidad patrimonial del Estado en su actividad administrativa, de carácter subjetiva (concepto bastante discutible hoy en esta materia)<sup>5</sup>, y entendida como “culpa del servicio”, ha sido la última tendencia en un sector de la doctrina y acogida en la jurisprudencia<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup>Sobre esta tesis la doctrina fue consistente: sólo para mencionar, véase Soto Kloss (1996), 309-310; Caldera (1982), 205-207; Pantoja (1987), 45; Fiamma (1989), 434-435; Silva (1995) 247. Sobre la jurisprudencia en esta materia, puede verse Cordero (2010), 88-36.

<sup>2</sup>En realidad, el problema dice relación más bien con la “calificación” de la falta de servicio que en diferenciar sus elementos o características. Si se observa la jurisprudencia acerca de la falta de servicio podrá constatarse que frecuentemente se ha coincidido en el entendido de que la falta de servicio tiene lugar en aquellos casos en que el servicio público o bien no funcionó o funcionó deficiente o funcionó tardíamente y los tribunales por regla general siempre han analizado estos parámetros para determinar si procede o no la responsabilidad por falta de servicio. En todo caso, para una mirada sobre fallos que refieren a la falta de servicio véase Acosta (2005), 206 ss.; Cordero (2010), 72 ss. y en especial sus conclusiones en cuanto a que la mayoría de los casos son hechos constitutivos de falta de servicio independiente del fundamento que utilice el tribunal en 118 ss.; y respecto a la calificación de la falta de servicio como objetiva entendida como “omisión” del servicio, en Soto Kloss (2010), 771 ss.

<sup>3</sup>Corte Suprema, 14-10-2008, rol 1976-2007 (N° LegalPublishing: 39884).

<sup>4</sup>Considerando Decimosexto del fallo de la Corte Suprema.

<sup>5</sup>Cuestión que hoy en día la propia doctrina civilista la rechaza. Así Barros sostiene que “la *responsabilidad por falta de servicio no es subjetiva*, como tampoco lo es el juicio civil de culpa o negligencia... Ante todo, porque para acreditarla no es necesario que el juez formule un juicio de reproche a la persona o al órgano de la Administración que realizó la acción u omisión, sino que le basta comparar el servicio que se debió prestar con el efectivamente ejecutado”. Barros (2007), 486.

<sup>6</sup>Son varios los autores que adhieren a esta tesis, pero destacamos por sus trabajos recientes a Cordero (2010), 189 ss., pero aclarando que este autor hace una salvedad en cuanto sostiene que es lógico calificar la falta de servicio con un “criterio de objetividad”, atendidas las últimas tendencias doctrinarias respecto a la calificación objetiva de la culpa. En contra véase Soto Kloss (2010), 745-756, que califica la responsabilidad derechamente como objetiva.

Sin embargo, en este afán de considerar la responsabilidad patrimonial del Estado por falta de servicio como un régimen general y único de responsabilidad de la Administración, se ha suscitado el problema respecto de aquellas instituciones u organismos señalados en el artículo 21 de la LOCBGAE<sup>7</sup> que expresamente se excluyen de la aplicación del Título II de la misma Ley (Título en que se encuentra el artículo 42 que establece la responsabilidad por falta de servicio). Así se plantea la interrogante en orden a determinar qué régimen de responsabilidad le es aplicable, ya que de ser distinto a la responsabilidad por falta de servicio se quebraría la pretendida unidad del régimen general de imputación en la responsabilidad del Estado.

En este orden de cosas, la última tendencia jurisprudencial de nuestro máximo Tribunal ha resuelto que el estatuto aplicable a estas instituciones es también la responsabilidad por falta de servicio, pero no a partir de normas de Derecho Público sino que a partir del artículo 2314 del Código Civil. En efecto, la Corte Suprema en el fallo “Fernández Rodríguez y otros con Fisco de Chile”<sup>8</sup> ha señalado que “ha de recurrirse al derecho común, teniendo presente que precisamente el desarrollo del derecho administrativo, allí donde ha ocurrido, lo ha sido a partir de la distinta interpretación de las normas de derecho común para el Estado y para las relaciones entre particulares, permitiendo de esta forma la conciliación de la actuación estatal, dotada de imperio público, como guardiana del interés colectivo, con la protección de los derechos de los ciudadanos, de tal suerte que cabe aceptar la aplicación en nuestro país a partir del artículo 2314 del Código Civil de la noción de falta de servicio”<sup>9</sup>.

Lo anterior no es más que la aplicación de la tesis sostenida por Pierry ya desde 1975<sup>10</sup> publicada posteriormente con algunas actualizaciones, como por ejemplo, en su publicación efectuada en la Revista del Consejo

---

<sup>7</sup>Título II Normas Especiales. Artículo 21: “Las normas del presente Título no se aplicarán a la Contraloría General de la República, al Banco Central, a las Fuerzas Armadas y a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, a los Gobiernos Regionales, a las Municipalidades, al Consejo Nacional de Televisión, al Consejo para la Transparencia y a las empresas públicas creadas por ley, órganos que se regirán por las normas constitucionales pertinentes y por sus respectivas leyes orgánicas constitucionales o de quórum calificado, según corresponda”. Artículo 42 (también del Título II), Los órganos de la Administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio. No obstante, el Estado tendrá derecho a repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal.

<sup>8</sup>Corte Suprema 24/03/2011, rol 1760-2009 (Nº LegalPublishing: 48616). Se trata del caso de la muerte instantánea de dos conscriptos por la explosión de una bomba de mortero disparado por personal militar que cayó antes del blanco previsto, sobre aquellos, en el contexto de un ejercicio militar.

<sup>9</sup>Considerando Séptimo.

<sup>10</sup>Pierry (1975-1976), 471-502.

de Defensa del Estado<sup>11</sup> en que analiza y resuelve este problema<sup>12</sup>. Por otra parte, este fallo no es más que la reiteración de la sentencia base que inicia esta tendencia denominada “Seguel con Fisco”<sup>13</sup> ya habiéndose dictado otros fallos en el mismo sentido<sup>14</sup>.

---

<sup>11</sup>Piery (2000), 11-40.

<sup>12</sup>En resumen, Piery sostiene que respecto a las Municipalidades, el problema estaría resuelto puesto que la Ley N° 18.695 LOC de Municipalidades que sustituyó el DL 1269, establece en términos casi idénticos, en su actual artículo 142, lo establecido en el artículo 42 de la LOCBGAE, de manera que esta excepción no alcanza a las Municipalidades. En cuanto a las empresas del Estado, la cuestión también estaría resuelta, por cuanto el artículo 19 N° 21 inc. 2° somete a la actividad empresarial del Estado a la legislación común aplicable a los particulares debiendo regularse por el Código Civil. El problema radicaría entonces en establecer el régimen de responsabilidad de las demás instituciones mencionadas en el artículo 21 de la LOCBGAE. Así, Piery plantea diversas alternativas que descartará, pero que reconoce que con algún fundamento podrían ser utilizadas. Ellas, en resumen son: 1) Aplicación directa del sistema establecido en el artículo 42 de la LOCBGAE sosteniendo que se trata de un sistema general para toda la Administración del Estado, a partir del artículo 4° de la misma ley. Rechaza esta postura porque es insostenible desconocer el texto de la ley; 2) Aplicación del artículo 2320 del Código Civil (responsabilidad indirecta o por hecho ajeno) porque éste sería el sistema general de responsabilidad en el derecho chileno, anterior a la LOCBGAE y que constituiría la regla general a la que el artículo 42 hace excepción. También rechaza esta postura porque sería un absoluto retroceso de la institución y significaría volver a tener que desenterrar la distinción entre actos de autoridad y actos de gestión; 3) Aplicación directa del artículo 38 de la CPR y del artículo 4° de la LOCBGAE en la forma como lo ha hecho la jurisprudencia o bien, siguiendo el razonamiento basado en la noción de “sacrificio especial” unido a la “lesión de derechos” desarrollado por el profesor Osvaldo Oelckers. También la descarta, porque implicaría necesariamente afectar y derogar tácitamente el artículo 42; 4) La aplicación estricta y completa del artículo 4° en su tenor literal, aceptando que se trata de una responsabilidad objetiva. Desecha esta posición porque se asimila a la solución del derecho de USA, en la Federal Torts Claims Act, que es muy imperfecta porque exige que se trate de órganos del Estado en el ejercicio de sus funciones pero que, en definitiva, excluiría la responsabilidad de aquellos funcionarios que cometen actos ilícitos premunidos de su investidura. A raíz de todo este análisis, Piery concluye que la solución es lograr la aplicación definitiva de un solo sistema de responsabilidad para toda la Administración del Estado, pero sin desconocer que el artículo 44 no se puede aplicar a las instituciones excluidas. Ello puede hacerse aplicando la institución de la falta de servicio, pero no a partir del artículo 44, o del artículo 38 de la CPR sino que a partir del artículo 2314 del Código Civil, al que habría que volver como el derecho común en materia de responsabilidad extracontractual.

<sup>13</sup>El mismo fallo “Fernández Rodríguez y otros con Fisco de Chile” ya citado, sostiene en su considerando noveno que “lo anterior ya había sido resuelto por esta Corte Suprema con fecha treinta de julio de dos mil nueve en el fallo “Seguel Cares, Pablo Andrés con Fisco de Chile Rol N° 371-2008 referido a lesiones sufridas por un conscripto en el marco de la ejecución de su servicio militar, donde se señaló en el considerando decimosexto que “es acertada la aplicación del artículo 2314 del Código Civil y la institución de la falta de servicio a la litis planteada, por cuanto permite así uniformar el sistema de responsabilidad extracontractual para todos los entes de la Administración del Estado”. En efecto, el fallo “Pablo Seguel Cares con Fisco de Chile” (Corte Suprema, 30/07/2009, rol 371-2008 N° LegalPublishing: 42353) consistente en las lesiones sufridas por el actor a consecuencia del disparo efectuado por un cabo del ejército al conscripto que se encontraba sentado junto a otros conscriptos, en circunstancias que no estaba autorizado para portar en su arma de fuego balas reales sino que sólo de foguero. Aquí se establece la aplicación del artículo 2314 del Código Civil.

<sup>14</sup>Así también, “Aldo Evanan Garrido Flores con Fisco de Chile” (Corte Suprema, 25/10/2010, rol 6627-2008 N° LegalPublishing: 46119) en que el actor, sargento primero del

En resumen, la última jurisprudencia del máximo Tribunal sostiene que a las instituciones señaladas en el artículo 21 de la LOCBGAE se les aplica la responsabilidad del Estado por falta de servicio a partir del artículo 2314 del Código Civil. Es precisamente en este contexto que nos abocaremos a desarrollar el presente trabajo. La pregunta planteada y el objetivo de aquél tiene por objeto determinar si es posible fundar la responsabilidad por falta de servicio de la Administración en una norma del Código Civil como lo es el artículo 2314. Para ello analizaremos este artículo como asimismo la problemática de fundar la responsabilidad de las personas jurídicas de Derecho Público como lo son el Estado<sup>15</sup> y los servicios públicos descentralizados<sup>16</sup>, en la referida norma del Código Civil. Para ello será necesario sumergirnos en el mundo de esta disciplina privatista.

## II. EL ARTÍCULO 2314 DEL CÓDIGO CIVIL. SU ÁMBITO DE APLICACIÓN

Lo primero que cabe preguntarse es si el artículo 2314 del Código Civil es una norma que puede dar cabida para la responsabilidad de la Administración, y en general, para las personas jurídicas. El referido artículo señala lo siguiente: “El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito”.

En un estudio detallado del artículo 2314 del Código Civil, el profesor Barrientos Grandón señala respecto de la referida norma que “desde el primer momento del proceso codificador en Chile se asumió el principio de una cláusula general de responsabilidad por la comisión de delitos y

---

ejército de Chile, saltó desde un avión con paracaídas, el que no se abrió como tampoco el de emergencia sufriendo graves lesiones; y “Edith del Carmen Morales Gamboa con Fisco de Chile”, Corte Suprema, 14/01/2011, 7919-2008 N° LegalPublishing: 47442), hecho que acontece en el dormitorio de solteros de una unidad de Carabineros de Chile, en el que varios funcionarios comparten en un rato de esparcimiento; la víctima hace una broma ofensiva a otro carabinero, quien lo persigue hasta una dependencia contigua, lo apunta con su arma particular y se le escapa un proyectil dándole muerte.

<sup>15</sup>Curiosamente, son los civilistas los que han estudiado si el Estado es o no persona jurídica. Así Alessandri citando a Michoud señala que la tendencia que hoy prevalece reconoce al Estado una personalidad jurídica única con proyecciones en el campo del Derecho Público y en el del Derecho Privado, destacando que en nuestro país el Código Civil y otras leyes consideran al Estado, explícita o implícitamente, como una persona jurídica de Derecho Público reconociéndolo así también la jurisprudencia. Cfr. Alessandri, Somarriva, Vodanovic (1998), 518-519. En todo caso, la norma establecida en el artículo 28 inciso 2° de la LOCBGAE señala claramente que “Los servicios centralizados actuarán bajo la *personalidad jurídica* y con los bienes y recursos *del Fisco...*”.

<sup>16</sup>El mismo artículo 28 de la LOCBGAE ya indicada expresa en su inciso 3° que “Los servicios descentralizados actuarán con la personalidad jurídica y el patrimonio propios que la ley les asigne...”.

cuasidelitos que inferían daño”<sup>17</sup>. Sin embargo, dicho autor sostiene que esta norma no proviene del Código Civil francés como erróneamente se cree<sup>18</sup>, sino de la tradición jurídica vigente en Chile en aquella época y de la ley de Partidas, que mantuvo el concepto de delito o cuasidelito como aquellos hechos ilícitos de los que se derivaban dos consecuencias: una de orden civil y otra de orden penal, esto es, se refiere a la unidad de la figura delictual y cuasidelictual con una consecuencia civil y una penal, sin perjuicio de que posteriormente la doctrina fue modificando esta interpretación de la norma, haciéndola más extensiva referente a hechos ilícitos que causen daños *independiente* de la responsabilidad penal que pudiera surgir del delito o cuasidelito, que por lo demás es lo que enseña la actual doctrina civil. Sin embargo, este autor, luego de analizar la historia, doctrina y jurisprudencia de la norma mencionada, concluye que el artículo 2314 del Código Civil sólo “opera en relación con los hechos ilícitos que causan daño cuando ellos están penados legalmente, es decir, cuando se trata de delitos o cuasidelitos en su concepción tradicional restringida”<sup>19</sup>. En este mismo sentido Rodríguez Grez señala que dicho artículo “parece referirse más precisamente al caso de los ilícitos penales que, en razón del daño patrimonial que causan, configuran además un ilícito civil, dando lugar a una acción penal y una acción civil”<sup>20</sup>. Por último, en la jurisprudencia del Código Civil puede encontrarse esta misma idea al prescribir que “el artículo 2314 del Código Civil no se refiere tan sólo al hecho que constituye un delito o cuasidelito civil, sino también al que a la vez puede constituir un delito o cuasidelito civil y penal”<sup>21</sup>.

Al margen de las discusiones en torno a si el artículo 2314 del Código Civil constituye o no una cláusula general de responsabilidad, lo cierto es que de lo dicho en cuanto a la historia de la norma como de su simple tenor literal puede desprenderse inequívocamente que aquella no ha sido diseñada para establecer la responsabilidad extracontractual “directa” de las personas jurídicas o “por hecho propio” y ello simplemente porque se

---

<sup>17</sup>Barrientos (2006), 14.

<sup>18</sup>En contra Barros, quien, aun cuando Andrés Bello señala como fuente del artículo 2314 del Código Civil la ley 6, título XV, Partida VII de las Siete Partidas (Siglo XIII), sostiene que el carácter casuista de ese texto es incompatible con la idea de establecer un principio general, por lo que la regla general del artículo 2314 sigue más bien la tradición jurídica moderna, especialmente del Código Civil francés (artículo 1382), como ocurre generalmente en materia de obligaciones. Barros (2007), 57.

<sup>19</sup>Barrientos (2006) 90. El trabajo de este autor se ha dirigido a revisar críticamente la opinión de parte de la doctrina y de alguna jurisprudencia reciente que interpreta la regla del inciso 1º del artículo 2329 como una presunción general de culpa por el hecho propio, sobre la base del examen histórico y dogmático de los artículos 2314 y 2329 del *Código Civil*, concluyendo que dicha lectura e interpretación no encuentran apoyo en el contexto dogmático en el que están concebidas tales disposiciones.

<sup>20</sup>Rodríguez (2004), 211-212.

<sup>21</sup>C. Santiago, 10 abril 1961. R., t. 58, sec. 4º, 58.

trata de una norma que establece la obligación de indemnizar al que comete delito o cuasidelito civil, sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes a esa persona “por el delito o cuasidelito”, es decir, por el “mismo” delito o cuasidelito civil que a la vez constituye el delito o cuasidelito penal. Entonces, atendido a que tanto a la fecha de la dictación del Código Civil como hoy las personas jurídicas no son sujetos de responsabilidad penal salvo alguna excepción en nuestro país<sup>22</sup>, es indubitado que la norma fue diseñada en el entendido de establecer la responsabilidad civil por delitos y cuasidelitos civiles cometidos por *personas naturales*, ya que aquella es sin perjuicio de su responsabilidad penal por el *mismo* delito o cuasidelito.

Entonces, ¿cómo podría fundarse la responsabilidad patrimonial de la persona jurídica Administración en una norma civil que fue pensada para las personas naturales, y ello “sin perjuicio” de la responsabilidad “penal” del Estado por el “mismo” delito o cuasidelito? Carece de toda lógica el trasvase de la teoría de falta de servicio y toda su tradición como lo han entendido nuestra doctrina y jurisprudencia, a una regla legal totalmente ajena a su operatividad.

### III. LA SISTEMÁTICA DEL CÓDIGO CIVIL EN RELACIÓN A LA RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS. ¿ARTÍCULO 2314 O 2320 Y 2322 DEL CÓDIGO CIVIL?

Precisamente uno de los temas complejos en la doctrina y jurisprudencia civilista lo constituye la responsabilidad civil de las personas jurídicas. En todo caso, como cuestión preliminar, la responsabilidad civil de las personas jurídicas no se discute en Chile tomando como base el artículo 58 inciso 2° de Código Procesal Penal que prescribe que: “La responsabilidad penal sólo puede hacerse efectiva en las personas naturales. Por las personas jurídicas responden los que hubieren intervenido en el acto punible, sin perjuicio de la responsabilidad civil que las afectare”. Lo que sí es motivo de análisis, lo constituye la forma en que responden.

En este aspecto, “la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas es un tema que todos los autores califican de importante, profundo y difícil de explicar, debido a su estrecha vinculación con la idea que se tenga respecto de la naturaleza propia de las personas jurídicas y del sistema de responsabilidad extracontractual acogida por el Código

---

<sup>22</sup>Como lo es el caso de la Ley N° 20.393 publicada el 2 de diciembre de 2009, que establece responsabilidad penal de las personas jurídicas, aplicable sólo a los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y cohecho a funcionario público nacional e internacional, precisando que sólo pueden cometer estos ilícitos las personas jurídicas de derecho privado y las empresas del Estado.



Civil”<sup>23, 24</sup>. Así, respecto a las corporaciones Ramos plantea que “la norma a aplicar es el artículo 552 del Código Civil: ‘Los actos del representante de la corporación, en cuanto no excedan los límites del ministerio que se les ha confiado, son actos de la corporación; en cuanto excedan de estos límites, sólo obligan personalmente al representante’. Ello es así, por cuanto el Código Civil, en materia de personalidad jurídica, sigue la teoría de la ficción, según la cual por las personas jurídicas actúan sus representantes (art. 545). Como no hay representación para ejecutar hechos ilícitos, no se divisa razón por la que tuviera que responder la corporación por los actos ilícitos en que incurran sus representantes”<sup>25</sup>.

De acuerdo a lo anterior, nuestro Código Civil habría acogido la teoría de la representación, pero en tal caso “es difícil fundamentar la responsabilidad extracontractual directa de las personas jurídicas, pues la representación es una modalidad de los actos jurídicos y no de los ilícitos civiles (hechos jurídicos), es decir, se puede contratar en lugar y a nombre de otro, pero no puede causarse daño en su representación. Enfocado el problema desde la perspectiva de la representación, la única salida o explicación posible –para no sostener la absoluta irresponsabilidad de las personas jurídicas– es tratar de fundar su responsabilidad en los artículos 2320 a 2322 del Código Civil, es decir, aplicando las presunciones de responsabilidad por el hecho ajeno y en especial la responsabilidad que les compete a los empresarios por el hecho de sus aprendices o dependientes”<sup>26</sup>.

Con lo dicho hasta aquí, si consideramos que la teoría de la ficción es la aplicable a las personas jurídicas en el Código Civil, tomando en cuenta que el artículo 545 señala que “se llama persona jurídica una *persona ficticia...*” y que, en consecuencia, actúa a través de sus representantes, se colige que la sistemática del Código Civil en materia de responsabilidad extracontractual es hacerlas responsables por el estatuto de responsabilidad por hecho ajeno y no por el hecho propio<sup>27</sup>, siendo este último más bien de fundamentación doctrinaria que dogmática, argumento más para

---

<sup>23</sup>Zelaya (1986), 527.

<sup>24</sup>Un trabajo completo sobre la responsabilidad civil de las personas jurídicas por actos ilícitos puede encontrarse en Barcia (1922) 494 pp. Este autor analiza la teoría general de las personas jurídicas en su concepción dogmática, destacando que en el sistema de la ficción legal y su teoría de la personificación (persona o sujeto ficticio, creado por ley) fundadas en las obras de Savigny y Laurent así como la teoría de la representación, a lo menos en el rigor lógico de Savigny se postula inicialmente la absoluta irresponsabilidad extracontractual de la persona jurídica sin perjuicio de que los autores posteriores atemperan este principio estableciendo su responsabilidad, por último, por cuestiones prácticas y de conveniencia más que jurídicas (268 ss.).

<sup>25</sup>Ramos (2007), 44.

<sup>26</sup>Zelaya (1986), 533.

<sup>27</sup>Así, “No obstante, la generalidad de los comentaristas del Código Napoleón, tales como Laurent, Demolombe, Aubry y Rau, Toullier, Marcadé, etc., aun manteniéndose fieles

comprender que el Código Civil no contempló la responsabilidad de las personas jurídicas por hecho propio ni mucho menos estimar que el artículo 2314 del Código Civil pudiera servir de base para ello. Su estatuto aplicable sería por regla general la responsabilidad por hecho ajeno o de las cosas, establecida en los artículos 2320, 2322, 2323 y 2326 a 2328. “Estos preceptos hablan de *persona*, del *dueño* de un edificio o animal o *del que tenga éste*, sin distinguir. Comprenden, por tanto, a toda persona, natural o jurídica... Numerosas son las sentencias que han condenado a una persona jurídica a indemnizar los daños causados por el hecho de sus dependientes”<sup>28</sup>.

En resumen, la sistemática clásica de responsabilidad extracontractual de nuestro Código Civil no daría cabida a la responsabilidad directa de las personas jurídicas en especial por su consideración de ser personas ficticias, unida a una teoría de la representación en cuya virtud no hay representación para actos ilícitos de manera que obrándose fuera de los límites de la representación, la salida necesaria para evitar la irresponsabilidad absoluta de las mismas sería la aplicación del estatuto de responsabilidad por hecho ajeno.

#### IV. EL ESFUERZO DE LA DOCTRINA CIVILISTA EN LA RESPONSABILIDAD DIRECTA DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

No obstante lo dicho anteriormente, no puede desconocerse que la doctrina nacional admite en general que las personas jurídicas pueden ser responsables civilmente en materia extracontractual no sólo por hecho ajeno sino que también por hecho propio<sup>29</sup>, pero el fundamento aquí no se basa en la teoría de la representación de las personas jurídicas, consecuencia, a su vez, de la teoría de la ficción de las mismas, sino que de la denominada *teoría del órgano*, en cuya virtud “las personas jurídicas son personal y directamente responsables de un delito o cuasidelito, sea de acción u omisión, cuando éste ha sido cometido por sus “órganos”, esto es, por las personas naturales o por los consejos o asambleas en quienes reside la voluntad de las personas jurídicas según la ley o los estatutos, como los administradores, la junta de accionistas o el liquidador de una sociedad, el presidente, el directorio y la asamblea de socios de una corporación, fundación, asociación de canalistas o sindicato, el vicepresidente ejecutivo

---

al concepto de la persona ficticia, admiten la aplicación del art. 1384/3, a su responsabilidad indirecta” (Barcia [1922], 272.

<sup>28</sup>Alessandri (2005), 117.

<sup>29</sup>Sólo a título ejemplar, Cfr. Corral (2004), 117; Alessandri (2005), 112-116; Rodríguez (2009), 75-77; Barros (2007), 68-69, entre otros.

y el consejo de una institución semifiscal, etc.”<sup>30</sup>. Se ha pretendido esta teoría como de aplicación general para las personas jurídicas<sup>31</sup>.

Sin embargo, si se analiza la teoría del órgano aplicable a las personas jurídicas, sólo se refiere a los casos en que la comisión del delito o cuasidelito civil es obra de las personas que de alguna manera manifiestan la voluntad de la persona jurídica o la representan, no cualquier dependiente ni integrante de dicha persona jurídica. Así Rodríguez Grez sostiene que “la persona jurídica para cometer un ilícito civil debe obrar a través de sus órganos de administración, los cuales, a su vez, deben actuar en ejercicio de sus funciones”<sup>32</sup>. Zelaya, quien considera que el título XXXIII del Libro I del Código Civil referido a las personas jurídicas de derecho privado sin fines de lucro en realidad establece los principios fundantes de toda la teoría general de las personas jurídicas en Chile<sup>33</sup>, sostiene que para que opere la teoría del órgano es necesario que se haya constituido la sala o reunión legal de acuerdo a la ley o conforme a lo prescrito en sus estatutos y que actúe dentro de sus funciones<sup>34</sup>. Por su parte, Barros sostiene que “son inequívocamente órganos de una persona jurídica todas las personas naturales que actuando en forma individual o colectiva, están dotadas por la ley o los estatutos de poder de decisión, como ocurre, por ejemplo, con la junta de accionistas, el directorio y el gerente”<sup>35</sup>, e incluso aceptando que “la doctrina tiende a extender la noción de órgano a todas aquellas personas dotadas permanente o determinadamente de poder de representación, es decir, facultadas para expresar la voluntad de la persona jurídica”<sup>36</sup>. Pero sea cual sea la noción exacta, es claro que el órgano debe de alguna u otra manera expresar la voluntad o tener poder de decisión respecto de la persona jurídica que representa.

---

<sup>30</sup>Alessandri (2005), 112-113.

<sup>31</sup>Sin perjuicio de lo anterior, el profesor Ramos al parecer no le da una aplicación general, ya que respecto a las corporaciones, como se dijo, se aplicaría la teoría de la representación, en tanto que sólo en las sociedades anónimas se aceptaría la teoría del órgano fundada en que el artículo 133 de la Ley N° 18.046 hace responsable solidariamente a los directores, gerentes y liquidadores que resulten responsables con la sociedad que administren. Ahora, respecto de las demás personas jurídicas como por ejemplo las sociedades colectivas o de responsabilidad limitada, no estaría resuelto el problema. Cfr. Ramos (2007), 44-45.

<sup>32</sup>Rodríguez (2009), 76.

<sup>33</sup>Zelaya (1986), 531-532.

<sup>34</sup>Zelaya (1986), 536. Este autor toma como base el artículo 550 del Código Civil en cuanto señala qué se entiende por “voluntad de la corporación”, la que se responde en su inciso segundo en cuanto a que “la voluntad de la mayoría de la sala es la voluntad de la corporación”. Por ello también sostiene que, al igual que Alessandri, la persona jurídica no incurre en responsabilidad aun cuando a la reunión hubieren asistido todos los miembros si lo hicieron en contravención a los estatutos o sin que haber sido citados por quien tiene la facultad de hacerlo.

<sup>35</sup>Barros (2007), 194.

<sup>36</sup>Barros (2007), 195.

Entonces, y volviendo a la responsabilidad patrimonial de la Administración, observemos alguno de los fallos en que se ha acudido al artículo 2314 del Código Civil para fundar la responsabilidad estatal, como por ejemplo el mismo caso “Seguel con Fisco” en que un cabo del ejército dispara a un conscripto causándole lesiones, o en el caso “Morales con Fisco” en que un carabinero da muerte a otro en el dormitorio de solteros de la unidad de carabineros. ¿Puede sostenerse que el cabo del ejército expresa la voluntad de la persona jurídica, o tiene poder de decisión o representación respecto a la misma? En un criterio privatista del Código Civil referido a las personas jurídicas de derecho privado jamás; en un criterio publicista sí es posible, pero nunca a partir del artículo 2314 del Código Civil. Dicho de otro modo, la responsabilidad de las personas jurídicas en el Código Civil, o es excepcionalmente directa, a través de la teoría del órgano, situación en la que no está el carabinero ni el cabo del ejército por cuanto no tienen poder de decisión ni expresan la voluntad del Estado, o es indirecta, a través de la responsabilidad por hecho ajeno que sí es aplicable para las personas jurídicas privadas por los artículos 2320 y siguientes del Código Civil, pero con el problema de que, en el caso de aplicarse al Estado (si ello dogmáticamente fuere aceptable), muy discutible es que el carabinero y el soldado sean dependientes del fisco<sup>37</sup>.

Recapitulando: en la sistemática del Código Civil no hay un desarrollo respecto a la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas. El estatuto aplicable en principio sería la responsabilidad por hecho ajeno, atendido a que la teoría de la representación, propia de la teoría de la ficción de las personas jurídicas, no permitiría hacer responsable directamente a la persona jurídica ya que por sí misma no puede expresar voluntad ni puede actuar “con culpa o dolo” y su representación es sólo para actos lícitos, no ilícitos. Sin embargo, excepcionalmente es admisible su responsabilidad directa cuando actúa a través de sus “órganos”, enten-

---

<sup>37</sup>Que es lo que aconteció en el fallo “Mario Granja con Fisco” (CS. Casación de Fondo, 11 de octubre de 1938), en que el Estado fue declarado irresponsable porque el funcionario que ocasionó el daño no tenía la calidad de dependiente sujeto a su cuidado y, por lo tanto, no se daba la responsabilidad del Estado. El fallo en comento que trata de las lesiones sufridas por Estanislao Mario Granja a consecuencia de un disparo de carabina efectuado por un carabinero sin mediar provocación alguna, el que dio en su pierna izquierda, cayendo gravemente herido y con su pierna fracturada, señala: “El carabinero es directa y personalmente responsable de los hechos delictuosos o cuasidelictuosos que ejecute durante su servicio, en conformidad a la regla contenida en el artículo 2314 del Código Civil que establece la responsabilidad directa. El Estado es persona jurídica de derecho público que no tiene más responsabilidades directas que las que expresamente le impongan las leyes, y el título XXXV del libro IV del Código Civil no le impone de manera expresa responsabilidad alguna por los delitos o cuasidelitos cometidos por sus funcionarios o agentes. A mayor abundamiento, el artículo 2320 del Código Civil hace responsables de los hechos a terceras personas que estuvieren a su cuidado; *pero el carabinero no está al cuidado del Fisco ni se halla tampoco en el caso de una dependencia tan estrecha que permita estimar que aquél cuenta con los medios para evitar el daño*”.

didados como las personas naturales que en su carácter de representantes de la persona jurídica, o dotadas de poder de decisión, pueden expresar su voluntad. Estos últimos casos no pueden ser aplicables a hechos efectuados por funcionarios del Estado, los que mejor cuadran con la responsabilidad por hecho ajeno, que precisamente fue abandonada por el Derecho Administrativo por los problemas que planteó en su oportunidad.

Por último, hay ciertas tendencias doctrinarias más modernas referidas a la *culpa en la organización u organizacional*, por una parte, y la *culpa anónima*, por la otra. Según Barros, la primera está referida a la manera como ha funcionado la organización en su conjunto, entendida como una forma de responsabilidad por *hecho propio* de una entidad empresarial usualmente estructurada como persona jurídica, cuyos casos típicos se muestran en los daños que se producen en materias ambientales, por productos defectuosos, por descoordinación en el funcionamiento de hospitales y clínicas donde a menudo se ha omitido una precaución cuya determinación precisa resulta imposible<sup>38</sup>, y la segunda “culpa anónima” está referida más bien a una forma de responsabilidad por *hecho ajeno* caracterizada porque inequívocamente hubo un dependiente que incurrió en negligencia, aunque al demandante resulte imposible individualizarlo<sup>39</sup>. Respecto de estas tendencias, puede sostenerse que corresponden más bien a esfuerzos doctrinarios (que en todo caso nos parecen positivos), tal vez con alguna escasa recepción jurisprudencial<sup>40</sup>

---

<sup>38</sup>Barros (2007), 189 y 197.

<sup>39</sup>Barros (2007), 189.

<sup>40</sup>Los casos que cita el profesor Barros respecto a la culpa en la organización se refieren a servicios públicos en temáticas precisamente sobre responsabilidad estatal. Así el fallo de la Corte de Concepción de 10 de agosto de 2000, confirmado por la Corte Suprema el 21 de enero de 2002 relativo a infección intrahospitalaria, corresponde al caso “Oviedo Pérez y otros con Servicio de Salud de Talcahuano (por lo tanto un caso de responsabilidad de la Administración), y el fallo de la Corte Suprema de 24 de junio de 2004 que también cita se refiere a un proceso por cuasidelito de homicidio contra un enfermero y acción civil en contra del hospital local de Vallenar cuya defensa correspondió al Servicio de Salud de Atacama. Es más, en este juicio al absolverse al acusado se rechazó la demanda civil en contra del Servicio de Salud con la aplicación restrictiva del artículo 2314 del Código Civil que hemos mencionado en el presente trabajo, esto es, en el sentido de que habiendo sido absuelto el acusado en sede penal no habría cometido un delito o cuasidelito del cual derivara la responsabilidad civil del servicio de salud. El fallo sostiene que “dando por reproducidos los fundamentos ya señalados al analizar la acción penal, no corresponde acoger las demandas civiles opuestas en contra del querellado ni en contra del Servicio de Salud, por no encontrarse acreditada la responsabilidad civil de los demandados. No obstante lo razonado en el considerando tercero del presente fallo, y sin que contradiga lo ya expuesto, no se ha establecido tampoco que la muerte del paciente se haya debido exclusivamente a la falta de medios, ni tampoco que esta falta de medios sea atribuible al Servicio del Salud” (Considerando 12º de la sentencia de la Corte Suprema). Es decir, aunque el fallo no lo dice expresamente, pareciera más bien tratarse de un caso de responsabilidad indirecta o refleja que por hecho propio, ya que al no haber responsabilidad penal ni civil del acusado, no nació la responsabilidad “civil” (patrimonial más precisamente) de la Administración.

más que a reconocimientos en sede normativa, ya que no forman parte ni se condicen con nuestro clásico y arcaico sistema de responsabilidad extracontractual del Código Civil chileno consagrado en los artículos 2314 y siguientes y también terminarían por forzar artificialmente la normativa del Código Civil por las razones ya dadas. Es más, en el primer caso de culpa organizacional, el mismo autor sostiene que “la jurisprudencia chilena tiende a construir la responsabilidad del empresario por el hecho propio empleando (por lo general implícitamente) estos criterios”<sup>41</sup>, es decir, la jurisprudencia *no reconoce*, a lo menos explícitamente, la culpa en la organización, en tanto que en el segundo caso (culpa anónima) son típicos casos de responsabilidad por hecho ajeno con algunas relativas flexibilizaciones “forzadas” pero necesarias, precisamente por los problemas que esta institución planteó no sólo para el ámbito de responsabilidad civil extracontractual de las personas jurídicas privadas, sino que también históricamente respecto a la responsabilidad del Estado<sup>42</sup>. Podría decirse que nuestro Derecho Civil en relación a este tópico recién transita por tendencias que el Derecho Administrativo ya ha consolidado respecto a la responsabilidad del Estado y sus organismos.

#### V. EL ARTÍCULO 2314 DEL CÓDIGO CIVIL, ¿NORMA DE DERECHO COMÚN? ¿APLICACIÓN SUPLETORIA?

De acuerdo a lo indicado en el fallo “Fernández Rodríguez y otros con Fisco de Chile” se ha señalado, en relación a la problemática de las instituciones señaladas en el artículo 21 de la LOCBGAE, que “para ello ha de recurrirse al *derecho común*, teniendo presente que precisamente el desarrollo del derecho administrativo, allí donde ha ocurrido, lo ha sido a partir de la distinta interpretación de las *normas de derecho común* para el Estado y para las relaciones entre particulares, permitiendo de esta forma la conciliación de la actuación estatal, dotada de imperio público, como guardiana del interés colectivo, con la protección de los derechos de los ciudadanos, de tal suerte que cabe aceptar la aplicación en nuestro país a

---

<sup>41</sup>Barros (2007), 197.

<sup>42</sup>Así el profesor Corral ha señalado que aunque la jurisprudencia se ha mantenido apegada formalmente a los esquemas del sistema clásico de responsabilidad subjetiva o por culpa, progresivamente parece haber recorrido un camino en el que se reconoce una objetivación implícita y hasta cierto punto disimulada de la responsabilidad, cuando ésta es invocada en contra de organizaciones empresariales o productivas. De este modo advierte dicha objetivación al restringir la prueba liberatoria que consiste en que el empresario no hubiere podido impedir el hecho; la extensión con que se ha interpretado el vínculo de subordinación y la interpretación restrictiva de la alegación del demandado de que el dependiente obró fuera del ámbito de sus funciones (Corral [2004], 241-246). “Puede observarse, por tanto, una tendencia hacia la objetivación de la responsabilidad del empresario obrada por la jurisprudencia, *que tiene alcances relativos y no totalmente consolidados*” (la cursiva es nuestra) Corral (2004), 246.

partir del artículo 2314 del Código Civil de la noción de falta de servicio". Esta es la tesis central que se ha ido repitiendo desde el fallo "Seguel con Fisco" y los que lo siguen, hasta el ahora mencionado.

De acuerdo a lo anterior, la primera pregunta que cabe plantearse en esta materia es si el artículo 2314 del Código Civil es o no una norma de "derecho común".

Al respecto, Vergara sostiene en forma categórica en relación a la expresión *derecho común* como sinónima de Código Civil que "se trata de un enquete o residuo histórico, hoy anacrónico, cuya operatividad no puede ser confundida con el antiguo papel del *ius commune* (aunque psicológicamente pareciera operar así en las mentes de muchos juristas, como veremos), que tiende a profundizar el fenómeno de la supletoriedad de las normas civiles a lagunas de ordenamientos no civiles, derivándose verdaderos enclaves institucionales de derecho civil en las demás disciplinas jurídicas, lo que no sólo quebranta la necesaria autonomía de éstas, sino que origina incoherencias en la resolución de casos difíciles"<sup>43</sup>.

La segunda pregunta dice relación con la aplicación del artículo 2314 del Código Civil con el carácter de supletorio a un vacío o "laguna" en el Derecho Administrativo sobre la responsabilidad del Estado por falta de servicio.

En relación a ello, Vergara también sostiene que "el intento permanente de utilizar directamente normas civiles (del Código Civil) para resolver problemas de naturaleza administrativa se basa en una errónea interpretación del artículo 4º del Código Civil, que con frecuencia se cita como fuente normativa de una supuesta supletoriedad general del Código Civil respecto de las demás leyes. Reviso tal base normativa, la que resulta ser una falsa supletoriedad, y someto a crítica la doctrina que la sustenta, pues se basa en una errónea interpretación de su texto"<sup>44</sup>. Más adelante

---

<sup>43</sup>Vergara (2010), 74. El profesor Vergara analiza críticamente esta expresión de "derecho común" acuñada por la civilística nacional como un dogma indiscutible que considera el Código Civil como el "centro del sistema jurídico". En su trabajo argumenta sobre el fin del Código Civil como un polisistema citando el trabajo de Irti quien comprueba que el Código Civil italiano habría perdido su carácter central en virtud de un proceso de descodificación operado por la legislación especial, pasando a ser una norma especial más, como todas las demás; luego da ejemplos históricos y de derecho comparado sobre lo que sería el derecho común el que históricamente requería para su operatividad que no existiera una relación de jerarquía entre ambos ordenamientos y que uno de ellos tenga aplicación sectorial o territorial (no personal) y se enfrente a otro general, que correspondería auténticamente a un caso de derecho común, dando como ejemplo el caso del derecho español entre el ordenamiento estatal y los ordenamientos de la comunidades autónomas. Con ello concluye la inexistencia de un "ius commune" en el orden normativo chileno. Vergara (2010), 74-91.

<sup>44</sup>Vergara (2010), 54. En esta parte, el autor analiza la historia fidedigna del establecimiento de la norma para concluir que el artículo 4º sólo consagra el principio de especialidad normativa y no una supuesta supletoriedad o subsidiariedad; además la literalidad del texto normativo no hace referencia a "lagunas" sino a disposiciones que se contienen en leyes especiales que se contraponen al Código Civil regulando la técnica normativa de la especialidad;

dice en relación a la opinión de Corral Talciani en cuanto a que no habría impedimento alguno para que puedan aplicarse supletoriamente las reglas del Código Civil al régimen de responsabilidad del Estado por falta de servicio que “olvida nuestro autor preguntas propias de la comprensión de una relación jurídica administrativa: ¿podrá desde el derecho privado obtenerse normas y principios coherentes para analizar, por ejemplo, lo que sea la *‘falta de servicio’*? ¿Será el concepto dogmático adecuado? Esta doctrina pareciera que ha comenzado a operar como un mito jurídico, y la doctrina civilista la utiliza instrumentalmente para sustentar su tesis”<sup>45</sup>. Y finalmente concluye: “Existió en el origen de las normas administrativas un aporte de las instituciones y principios del Derecho Civil, con los ajustes del caso; pero hoy no cabe postular el ‘trasvase’ directo de normas de naturaleza civil para integrar el orden normativo administrativo, en los casos en que éste ofrezca ‘lagunas’. No tiene sustento la tesis que considera al Código Civil como norma supletoria de todo el resto del ordenamiento nacional y sólo está basada en una errada interpretación del artículo 4º del Código Civil, pues *verba* y *sensus legis* no permiten sostener la integración generalizada de normas civiles a otras leyes, ni, consecuentemente, a anomías administrativas. Además, la aplicación expansiva de la técnica normativa de la supletoriedad origina incoherencias en el orden jurídico dogmático, de construcción de instituciones y disciplinas autónomas”<sup>46</sup>.

Por otra parte, la técnica de supletoriedad “se utiliza en aquellos casos en que la interpretación ofrecida por el jurista o por el juez ha resultado insuficiente para cubrir una laguna legal en el ordenamiento singular (dado que éste no contiene disposición alguna que solucione el caso); en esta situación, si hay norma expresa que así lo permita, se recurre a otra norma, que por tal razón cabe considerarla como general o común...”<sup>47</sup>. De lo dicho, para que opere la supletoriedad se requieren dos requisitos: 1) debe existir una laguna legal en el ordenamiento singular, esto es, que no hay una disposición que solucione el caso, y 2) debe haber una “norma expresa” que permita la técnica de la supletoriedad<sup>48</sup>.

---

la preferencia por otra parte no es supletoriedad ya que entre normas especiales en que se prefieren unas a otras excluyéndose, es contrario a la supletoriedad y finalmente las normas especiales no siempre son objeto de supletoriedad, como ocurre con el caso de las leyes especiales autónomas, siendo una interpretación más razonable ver al Código Civil como supletorio sólo del resto del orden interno de naturaleza privada pero que aún requiere que dicho orden interno contenga una disposición que acepte que sea suplido por el Código Civil. En todo caso, no procedería una supletoriedad con las normas del Derecho Administrativo. Vergara (2010), 53-66.

<sup>45</sup>Vergara (2010), 64-65.

<sup>46</sup>Vergara (2010), 66.

<sup>47</sup>Vergara (2010), 66.

<sup>48</sup>Como acontece, por ejemplo, en el artículo 2º del Código de Comercio que establece que “En los casos que no estén especialmente resueltos en este Código, se aplicarán las disposiciones del Código Civil”.



Pues bien, en el caso de las instituciones señaladas en el artículo 21 de la LOCBGAE a las que no se les puede aplicar la institución de la falta de servicio del artículo 42 de la misma ley ¿existe una laguna legal, esto es, no hay disposición alguna que resuelva el problema o el caso? ¿No existe norma dentro de la misma ley, que resuelva un problema de responsabilidad del Estado aplicable para estas instituciones?

Aquí radica lo insólito de la artificial solución dada por el artículo 2314 del Código Civil para resolver el imaginario conflicto, puesto que clara y categóricamente *no hay laguna legal* en esta materia desde que el artículo 4º de la LOCBGAE expresamente regula la responsabilidad del Estado para estas instituciones al disponer que “El Estado será responsable por los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que los hubiere ocasionado”. Esta norma está en el Título I de la LOCBGAE en “Normas Generales” y las instituciones del artículo 21 de la misma ley sólo se les excluye la aplicación del Título II, esto es, “Normas Especiales”, más no el Título I, de manera que no existe la pretendida laguna legal y en consecuencia es improcedente la aplicación “supletoria” o “subsidiaria” de la norma del Código Civil ya que falta un requisito para aplicar esta técnica. Sobre el artículo 4º nos referiremos en el siguiente acápite.

Pero tampoco se da el segundo requisito, esto es, que la LOCBGAE en forma expresa autorice la supletoriedad, ya que no hay norma que autorice esta técnica, y con el agregado de ser la LOCBGAE un ordenamiento propio del Derecho Administrativo que por sí tampoco puede ser objeto de supletoriedad por normas pertenecientes al Derecho Civil que conforman la bipolaridad Derecho Público/Derecho Privado y “de ahí la dificultad de la utilización de técnicas de integración normativa, como es el caso de la supletoriedad, entre disciplinas de los sectores contrapuestos del Derecho”<sup>49</sup>.

## VI. EL ARTÍCULO 4º DE LA LOCBGAE

A estas alturas ya cabe preguntarse por qué la Corte Suprema no acude a esta disposición legal para resolver la problemática de las instituciones señaladas en el artículo 21 de la LOCBGAE y en cambio sí aplica erróneamente, a nuestro entender, una norma que no resiste análisis dogmático, histórico ni metodológico alguno, como lo es el artículo 2314 del Código Civil.

Al parecer la razón sería la interpretación que la jurisprudencia ha efectuado de la responsabilidad por falta de servicio entendido como un

---

<sup>49</sup>Vergara (2010), 110.

caso de responsabilidad subjetiva, o “culpa del servicio”, como denomina cierta doctrina. Entonces, para no desvirtuar dicho “dogma” se busca mantener latente el concepto de “culpa”, pero no a partir del artículo 42 de la LOCBGAE que no se puede aplicar, sino que a través del artículo 2314 del Código Civil, en el entendido de que al establecer dicha norma el criterio de imputación de “culpa” de una persona natural que comete delito o cuasidelito civil, aquella también puede ser interpretada para una persona jurídica y, en este último caso, se encuadraría la *falta de servicio* del mencionado artículo 42 de la LOCBGAE con la *culpa civil* de la persona jurídica Estado o “culpa del servicio”.

Sin embargo, ya hemos señalado argumentos tanto históricos como de texto que harían improcedente fundar la responsabilidad directa de una persona jurídica en el artículo 2314 del Código Civil, como asimismo la improcedencia de la aplicación supletoria de dicha norma para una cuestión propia del Derecho Administrativo.

Otra razón probablemente sea que el artículo 4º ha sido esgrimido por un sector de la doctrina como fundamento de la responsabilidad objetiva del Estado<sup>50</sup> de manera que sería para esta errada jurisprudencia una norma “contaminada ideológicamente por la responsabilidad objetiva”<sup>51</sup> de la que probablemente no quiere hacer aplicación para evitar que con ella se interprete en el sentido de este régimen de responsabilidad. Es más, el propio profesor Pierry, quien es el principal exponente de la responsabilidad por falta de servicio como “culpa del servicio”, reconoce que esta norma podría incluir la teoría del riesgo (responsabilidad objetiva) al expresar que “la Comisión propuso, y así se aceptó, que en el Título Primero sobre normas generales existiera un artículo que estableciera, de un modo general, la existencia del principio de la responsabilidad del Estado, artículo que de ningún modo debía entenderse contradictorio del mencionado anteriormente (artículo 42) sino que sentaría el principio que posteriormente se concretaba estableciéndose las condiciones de la misma. Cabe señalar que esto, que ha dado lugar a mucha confusión en su aplicación, en realidad fue una concesión, en el seno de la Comisión,

---

<sup>50</sup>El profesor Soto Kloss al criticar la doctrina que establece que la Constitución habría reenviado a la ley la regulación de la responsabilidad por el artículo 7º inciso 3º de la CPR señala de todos modos que “esta ley sería la orgánica constitucional de bases generales de la Administración del Estado, N° 18.575 (1986), que es una ley especialmente de ‘organización’ (título II), con un título I de ‘normas generales’... Pues bien, entre esas ‘normas generales’ se encuentra precisamente el artículo 4º, retomando la idea del artículo 38 inciso 2º de la Constitución que –como aparece en la propia sesión 410 de la Comisión Ortúzar (30.8.1978, 3439-3440) se refiere a la responsabilidad del Estado... Es decir, establece esa responsabilidad de manera bien clara, tajante, sin excepción, en la medida que el daño se haya producido ‘en ejercicio de sus funciones’” (Soto Kloss [2010], 749-750).

<sup>51</sup>“Hago presente que en la Comisión formada por profesores de derecho administrativo de distintas universidades de aquella época, que elaborara el proyecto de ley, luego N° 18.575, dicho precepto fue de mi autoría” (Soto Kloss [2010], 750, pie de página N° 18).

a posiciones divergentes acerca de cómo entender el sistema de responsabilidad que se proponía para Chile. Para algunos, la existencia de esta disposición permitiría en un futuro que la jurisprudencia avanzara aceptando, por ejemplo, la teoría de responsabilidad por riesgo, también creación del Consejo de Estado francés y donde no existe falta imputable a la Administración ni al funcionario<sup>52</sup>. Además, Pierry en todo caso no reconoce que dicho artículo establezca una responsabilidad objetiva, ya que recurre a la historia de la ley, en especial al informe con el que la Comisión remitió el proyecto al Presidente de la República, informe que, en su página nueve, expresa: “El artículo 3 (actual artículo 4) del anteproyecto reproduce el principio de responsabilidad del Estado por los daños que los órganos de la Administración produzcan en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que hubiere causado el daño. En consecuencia, cabe aplicar aquí la regla general sobre indemnización por los daños que cause la Administración debiendo determinarse, en cada caso, por los tribunales competentes, si ella actuó con dolo o culpa<sup>53</sup>”.

No establece, en consecuencia, aclara Pierry, la responsabilidad objetiva de la Administración, sino que “reproduce el principio de responsabilidad del Estado<sup>54</sup>, entendido dentro de una noción que presupone el actuar ilícito o antijurídico y exigiendo por lo tanto “culpa o dolo”, lo que, referido a las instituciones de Derecho Público que estaba consagrando, se refiere a la “culpa o dolo” del Servicio, o sea, a la falta de servicio<sup>55</sup>”.

Sin embargo, sea cual fuere el sentido que se le atribuya a la norma en comento, no es justificable en ningún caso la omisión por parte de la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de la aplicación del artículo 4º de la LOCBGAE. No se trata de una norma inconstitucional, ni es una norma vacía, que simplemente reproduzca un principio general, sino que es una regla de derecho que debe aplicarse y que tiene una gran riqueza como se verá a continuación.

## VII. RELECTURA DEL ARTÍCULO 4º DE LA LOCBGAE PARA SOLUCIONAR EL PROBLEMA DE LAS INSTITUCIONES SEÑALADAS EN EL ARTÍCULO 21 DE LA MISMA LEY (NUESTRA TESIS)

El artículo 4º de la LOCBGAE es plenamente aplicable a las instituciones señaladas en el artículo 21 de la misma ley y resuelve perfectamente el

---

<sup>52</sup>Pierry (2000), 17.

<sup>53</sup>Pierry (2000), 27.

<sup>54</sup>En este mismo sentido, Sanhueza (2005), 152.

<sup>55</sup>Pierry (2000), 27.

problema acerca de su aparente falta de régimen de responsabilidad para aquéllas. Por ello, necesariamente debemos reproducir la norma otra vez:

*“El Estado será responsable por los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que los hubiere ocasionado”.*

Esta norma tiene, a lo menos, las siguientes características:

1. Establece la responsabilidad *directa* del Estado por los daños que causen sus órganos. Con ello se evita el inconveniente de fundar la responsabilidad del Estado en una responsabilidad indirecta o por hecho ajeno, propia de una etapa superada en que se fundaba la responsabilidad del Estado en los artículos 2320 y siguientes del Código Civil.
2. Establece la responsabilidad del Estado cuando los daños sean causados por los órganos de la Administración *en ejercicio de sus funciones*. Es decir, si el funcionario actuó en un ámbito ajeno a dichas funciones, no nacerá la responsabilidad patrimonial<sup>56, 57</sup>.
3. Esta responsabilidad se establece para *todos los órganos de la Administración*, ello por cuanto la norma está en el Título I de la LOCBGAE “Normas Generales” y por lo tanto las instituciones del artículo 21 están incluidas en dicha norma<sup>58</sup>.

---

<sup>56</sup>La jurisprudencia ha admitido como requisito básico de imputación para que el Estado sea declarado responsable, el que sus órganos hayan actuado en *ejercicio de sus funciones*. Es decir, que hayan causado un daño en un *acto de servicio o con ocasión de él*. Cfr. Huepe (2008), 267.

<sup>57</sup>Así el caso “Contra Sagredo Pizarro, Jorge y Topp Collins, Carlos Alberto (Corte Suprema, 17 de enero de 1985), se trató de los delitos de robo con homicidio y violación perpetrados por los acusados en contra de una pareja que se encontraba dentro de su automóvil, siendo los autores de tales delitos funcionarios de carabineros. La Corte Suprema, al casar de oficio la sentencia de la Corte de Apelaciones, dicta sentencia de reemplazo destacando que “la responsabilidad civil que se pretende hacer valer por los distintos actores que la han demandado, se la funda en los hechos perpetrados por los reos Sagredo y Topp Collins cuando pertenecían al cuerpo de carabineros, pero como quiera que esos hechos ninguna relación tienen con los deberes y labores funcionarias, pues *no fueron cometidos durante el servicio ni con ocasión de él*, debe concluirse que se trata de hechos jurídicos de carácter personal que se rigen enteramente, en lo que a indemnización se refiere, por el Derecho Común y no por el Derecho Público respecto del Fisco, quedando excluida respecto de éste, la responsabilidad directa y extracontractual del Estado...” (Considerando 59°); “...pues los hechos actuaron en horas en que estaban de franco, sin uso alguno de sus uniformes ni de armas fiscales, respecto de hechos *que nada tienen que ver con el empleo o función...*” (Considerando 63°). Revista Derecho y Jurisprudencia, tomo 82, 2ª parte, sección 4º, 11-46.

<sup>58</sup>Y seguramente más de un lector esperaría la característica N° 4: “establece una responsabilidad objetiva”. Sin embargo, ello no se hará porque precisamente este trabajo quiere demostrar que, al margen de aquella discusión que ya tantas veces se ha planteado, sea que se concluya que la responsabilidad es objetiva o subjetiva, claramente es posible fundar de

Ahora bien, si lo que la Corte Suprema respecto de los casos “Seguel con Fisco” (disparo efectuado por un cabo del ejército a un conscripto causándole lesiones), “Aldo Evanan Garrido Flores con Fisco de Chile” (sargento del ejército cuyo paracaídas no se abrió al saltar del avión sufriendo lesiones), “Edith del Carmen Morales Gamboa con Fisco de Chile” (disparo efectuado por un carabinero a otro carabinero causándole la muerte) y “Fernández Rodríguez y otros con Fisco de Chile” (muerte de dos conscriptos por una bomba de mortero en ejercicios militares) es concluir que se trataría de casos de responsabilidad por una falta de servicio de la Administración ¿puede fundarlo en el artículo 4º de la LOCBGAE sin necesidad de acudir al artículo 2314 del Código Civil? Desde luego que sí porque:

1. El artículo 4º de la LOCBGAE al establecer en su segunda parte que la responsabilidad del Estado es *“sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que los hubiere ocasionado”* está señalando precisamente que puede surgir la responsabilidad del Estado a consecuencia de la *“falta” “ilicitud” o “irregularidad”* cometida por uno o varios funcionarios de la Administración, que también *“pueden”* incurrir en sus propias responsabilidades, siempre que hayan sido individualizados y se pruebe su falta personal; en tanto si no ha sido posible identificarlos, de todas maneras hay responsabilidad de la Administración por falta de servicio o actividad irregular de la Administración causada por sus funcionarios sean identificables o no. Dicho de otra manera, en esta parte de la norma no hay diferencia en el fondo ni sustancia respecto del artículo 42 de la misma ley que consagra expresamente la falta de servicio.
2. El artículo 4º en su segunda parte además establece responsabilidad estatal por actividad irregular, ilícita o falta de servicio, debido a *una falla estructural o deficiencia del servicio*, referida a una falla en la organización misma del servicio<sup>59</sup> o su infraestructura y no necesariamente a la falta personal de uno o varios funcionarios.
3. Pero también en el artículo 4º primera parte, al establecer la responsabilidad del Estado por los daños que causen los órganos de la

---

manera rigurosa y en forma técnicamente correcta la falta de servicio, tal como hoy lo entiende la jurisprudencia, en el artículo 4º de la LOCBGAE. Esta norma, por su amplitud y riqueza, perfectamente da cabida a la responsabilidad por falta de servicio, ya entendida como *“culpa del servicio”* (criterio que no compartimos pero que hoy es la tendencia), ya entendida como falla, ineficiencia o deficiencia (no negligencia) del servicio (elementos objetivos) en que una Administración, o no funcionó, o funcionó tardíamente o funcionó defectuosamente (y que Soto Kloss resume en *“omisión”* del servicio).

<sup>59</sup>Nótese que es muy similar a los esfuerzos doctrinarios del derecho civil que establecen los casos de responsabilidad directa de la empresa constituida como persona jurídica en la denominada *“falla en la organización”* o *“falla organizacional”*. Cfr. Barros (2007), 189 y 197.

Administración en el ejercicio de sus funciones, otorga la *posibilidad* de que la responsabilidad del Estado pueda fundarse en *otros criterios de imputación distintos*, y no sólo la falta de servicio, o actividad irregular o ilícita de la Administración. Así, por ejemplo, la responsabilidad puede fundarse en la desigualdad de las cargas públicas, el riesgo, la lesión, u otros criterios de imputación de responsabilidad objetiva que puede desarrollar la jurisprudencia como el propio profesor Pierry ya lo sostuvo. Esto no debe sorprender para nada si nuestra jurisprudencia ha fallado casos con criterios de imputación distintos al de la responsabilidad por falta de servicio como “Galletué con Fisco” o contra “Rodríguez con SAG”, y también demuestra que dicha falta de servicio *no es el único* título de imputación de responsabilidad del Estado. Esta tesis ya la habíamos expuesto hace varios años<sup>60</sup>.

4. El artículo 4º no es una “norma vacía” ni sólo se limita a reproducir “el principio” de responsabilidad del Estado. Es una regla jurídica y como tal es objeto de interpretación y aplicación por los jueces.

Al respecto, el profesor Vergara sostiene que los principios jurídicos “son el resultado de la comprensión de un jurista que ha recorrido con oficio (ciencia y arte) aquellos lugares en que según su método hacen al Derecho... los ‘principios’ que dice crear el legislador, [que] no son más que reglas/regulaciones, cuyo contenido cabe interpretar de frente a otras reglas, y verificar si hay lagunas... Tal distinción tiene efectos desde la hermenéutica: mientras aquéllas (las reglas) *se interpretan*, éstos (los principios) *se ponderan*. Trátase en definitiva de mecanismos distintos”<sup>61</sup>.

Sin perjuicio de que pueda discutirse el mayor o menor alcance del artículo 4º de la LOCBGAE lo cierto es que la Corte Suprema perfectamente puede fundar la teoría de la falta de servicio a través de dicha norma, que no es un “mero principio” que no pueda regular la responsabilidad del Estado<sup>62</sup>, sino que es un regla o regulación que le cabe interpretar y aplicar, en especial en su segunda parte, que establece la responsabilidad del Estado por la actividad irregular, ilícita o antijurídica de sus funcionarios o por falla organizacional, sin necesidad de acudir a la norma del artículo 2314 del Código Civil. Por otra parte, ha sido precisamente la jurisprudencia la que ha ido configurando los tópicos de la responsabilidad del

---

<sup>60</sup>Este autor la formula el año 2003 en su memoria de prueba, y luego se publica el año 2006. La tesis, aunque en términos más rotundos para justificar la responsabilidad objetiva del Estado, puede encontrarse en Huepe (2008), 203-226.

<sup>61</sup>Vergara (2010 b), 202-203.

<sup>62</sup>Así opinan, entre otros, Bermúdez al decir que “Hasta el momento tenemos un principio básico consagrado en nuestra legislación: la Administración del Estado debe responder por los perjuicios causados. Sin embargo, aún no tenemos clara la forma de responder del Estado, es decir, cuál es el sistema de responsabilidad que se adopta en nuestro país para atribuir la responsabilidad a la Administración del Estado”. Bermúdez (2010), 310.

Estado, de manera que no tiene sustento alguno inaplicar esta importante disposición para fundar la falta de servicio en un ordenamiento ajeno al Derecho Administrativo como lo es el Código Civil.

Recapitulando, es un exceso pretender que la falta de servicio es el único y general sistema de responsabilidad<sup>63</sup>, por cuanto perfectamente pueden existir –y de hecho se han establecido– otros criterios de imputación para hacer responsable al Estado como los señalados en los fallos *Comunidad Galletué con Fisco, Contra el SAG, Sociedad Lolco, y otros*, ya sea que se considere alteración de las cargas públicas, riesgo creado, lesión u otro título de imputación, ya sea que tengan carácter excepcional o requieran mayores desarrollos doctrinarios o jurisprudenciales, pero cerrar la puerta por consideraciones meramente ideológicas, de política general u otras, no es consustancial a nuestro desarrollo jurídico.

Por último, lo dicho a propósito del artículo 4º es plenamente aplicable para el artículo 38 inciso 2º de la Constitución<sup>64</sup> puesto que la redacción de ambos es prácticamente la misma. Esta norma en el presente trabajo no la hemos desarrollado ni otorgado la importancia que realmente tiene, sólo por cuanto hemos querido concentrarnos en demostrar que la norma legal aplicable para la responsabilidad del Estado es el artículo 4º ya mencionado, pero también porque el mencionado artículo 38 inciso 2º de la CPR ha sido “contaminado ideológicamente” por las *batallas* entre responsabilidad objetiva y subjetiva. En todo caso no se trata de una “norma vacía”<sup>65</sup> ni mucho menos una norma de competencia, sino que establece la responsabilidad del Estado tanto por su actividad irregular, ilícita o por falta de servicio, como asimismo su responsabilidad en el ámbito de su actividad regular, siendo en este último caso la jurisprudencia, como ya lo ha hecho antes, la que irá definiendo los supuestos de responsabilidad apoyada por la doctrina.

---

<sup>63</sup>Y así lo ha dicho Soto Kloss de manera enérgica. Cfr. Soto Kloss (2010), 745-756.

<sup>64</sup>“Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño”.

<sup>65</sup>Aunque en un sentido diferente, Cordero también niega que el artículo 38 inciso 2º de la CPR sea una cláusula vacía sino, muy por el contrario, de su redacción se deducen determinados límites a los que el legislador (nosotros diríamos el juez) se encuentra obligatoriamente subordinado siendo dichos límites la necesidad de una lesión como daño ilegítimo o antijurídico, que exista una actuación administrativa imputable, que exista una acción reparatoria cuando hay lesión de derechos y que sea una responsabilidad directa. Cfr. Cordero (2010), 169-175. En un sentido muy similar, también Román (2009) 452 quien sobre trabajos realizados ya el año 2005 plantea que la mencionada norma constitucional establece un mínimo indisponible por el legislador, quien está llamado por la propia Constitución a modelar dicho sistema.

## VIII. ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO A LAS CONSECUENCIAS DE APLICAR EL ARTÍCULO 2314 DEL CÓDIGO CIVIL PARA FUNDAR LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR FALTA DE SERVICIO

Por último, aun cuando hemos demostrado que no hay fundamento dogmático, histórico, ni metodológico alguno para fundar la responsabilidad de las instituciones señaladas en el artículo 21 de la LOCBGAE, en el artículo 2314 del Código Civil, sin forzar artificialmente la norma, de todas maneras su aplicación a la responsabilidad del Estado no es una mera cuestión teórica sino que produce los siguientes efectos o consecuencias prácticas.

1. *Genera confusión en abogados y jueces.* Así en el fallo “Seguel con Fisco” (30-07-2009, disparo efectuado por un cabo del ejército a un conscripto causándole lesiones), tanto la Corte de Apelaciones de Concepción como la Corte Suprema, como ya se dijo, se pronuncian en el sentido de la responsabilidad directa del Estado a partir del artículo 2314 del Código Civil. Sin embargo, en el fallo “Aldo Evanar Garrido Flores con Fisco de Chile” (25-10-2010, sargento del ejército cuyo paracaídas no se abrió al saltar del avión sufriendo lesiones) la misma Corte de Apelaciones de Concepción entendió que era aplicable la norma del artículo 2314 del Código Civil pero en relación con el artículo 2320 del mismo Código, esto es, en el sentido de ser un caso de *responsabilidad por hecho ajeno* (considerandos 5º y 17º), no pronunciándose en el sentido de ser una responsabilidad directa la Corte Suprema en el recurso de casación de fondo y forma . Posteriormente, en el fallo “Edith del Carmen Morales Gamboa con Fisco de Chile” (disparo efectuado por un carabinero a otro carabinero causándole la muerte) es ahora la propia Corte Suprema la que señala expresamente en su considerando 11º que se trata de un caso de responsabilidad por hecho ajeno a través de los artículos 2320 y 2322 del Código Civil; no obstante lo anterior, en su considerando 12º explica que la responsabilidad del Estado se determinaba a través del artículo 2320 del Código Civil variando la situación con la promulgación de la Ley de Bases de la Administración del Estado el 5 de diciembre de 1986, que incorporó al Derecho Público chileno el sistema de responsabilidad extracontractual del Estado elaborado por el derecho administrativo francés, pero como el artículo 42 de la LOCBGAE no le es aplicable a las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad, se aplica el artículo 2314 del Código Civil. Sin embargo, en el considerando siguiente (13º) vuelve a sostener que en ese caso se aplica el artículo 2320 o 2322 del Código Civil para construir la noción de falta personal de los funcionarios que origina la responsabilidad del Estado por falta de servicio. Finalmente en “Fernández Rodríguez y otros con Fisco



de Chile” (24-01-2011, muerte de dos conscriptos por una bomba de mortero en ejercicios militares) la Corte de Apelaciones de Talca concluye que se trata de un caso de responsabilidad por hecho ajeno (considerando 9º), pero esta vez la Corte Suprema vuelve a sostener que no se aplica el artículo 2320 sino que el 2314 del Código Civil (considerando 10º).

¿Cómo puede comprenderse tal confusión? Se sostiene que se trata de casos de responsabilidad por hecho ajeno y luego por hecho propio y nada menos que por la propia Corte Suprema. La razón se debe al utilizar el estatuto del Código Civil que no otorga claridad para la institución de la falta de servicio. Ahora bien, es cierto –como lo ha dicho la Corte Suprema– que está autorizada para señalar cuál es el derecho aplicable siempre que se mantengan los hechos y que puede señalar en un caso que la norma aplicable en realidad es el artículo 2314 y no 2320 o 2322 del Código Civil, pero no puede olvidarse que si el juicio se inicia en alguna instancia como responsabilidad por hecho ajeno, las estrategias de los abogados serán las fortalezas y las debilidades de esa institución (intentarán acreditar que los autores del hecho no están bajo cuidado o dependencia del Estado, o que el Estado no puede evitar el daño conforme al artículo 2320 inciso final, etcétera) para luego ser desechadas al establecerse que el estatuto aplicable era una responsabilidad por hecho propio o viceversa; los abogados intentan argumentar sobre la base del hecho propio y se resuelve después que era hecho ajeno.

2. *Es inevitable caer o volver a la responsabilidad por hecho ajeno.* Ello tomando como ejemplo los fallos indicados anteriormente y en especial en el fallo “Edith del Carmen Morales Gamboa con Fisco de Chile”. Es más, muy difícil es no caer en la tentación de aplicar la responsabilidad por hecho ajeno si el funcionario ha sido claramente identificado e incurrió en una “falta personal” que gatilló la responsabilidad estatal porque en ese evento ¿cómo no aplicar los artículos 2320 o 2322 del Código Civil y aplicar el 2314? Pero lo peor de todo, y en especial en el fallo que se comenta, se vuelve a un gran retroceso porque no puede olvidarse que la doctrina<sup>66</sup> y jurisprudencia<sup>67</sup> ya se habían

---

<sup>66</sup>El propio profesor Pierry sostuvo que la aplicación del art. 2320 del Código Civil para los actos de gestión se sostiene sobre dos bases sumamente débiles y que serían, una de ellas, el considerar que el vínculo existente entre el Estado y el funcionario que realiza los actos de gestión pero que pertenece a un servicio público administrativo, es un vínculo de dependencia, cuando en realidad es una situación estatutaria de carácter legal y reglamentaria (Pierry [1975-1976], 490).

<sup>67</sup>Como el fallo “Mario Granja con Fisco” (CS. Casación de Fondo, 11 de octubre de 1938), ya aquí comentado, en que el Estado fue declarado irresponsable porque el funcionario que ocasionó el daño no tenía la calidad de dependiente sujeto a su cuidado y, por lo tanto, no se daba la responsabilidad del Estado.

pronunciado en el sentido de discutir la calidad de dependiente del funcionario público, lo que precisamente fue una poderosa razón para abandonar esta institución.

3. *Implica volver atrás en relación a aplicar el Código Civil para resolver la temática de responsabilidad del Estado.* Si se observan la doctrina y la jurisprudencia, puede constatarse que la no aplicación de normas del Código Civil a la responsabilidad del Estado se debió fundamentalmente a los inconvenientes que generaba la aplicación de dichas normas, en especial el problema de la responsabilidad por hecho ajeno y la noción de culpa civil extraña a la institución de falta de servicio elaborada por el Derecho Administrativo, pero además, en relación a volver al artículo 2314 del Código Civil “es la conclusión que no podemos compartir, porque después de hacer todo un análisis en torno a la inaplicabilidad de las normas del Derecho Privado, proponiéndose una teoría netamente ius publicista, se termina con la aplicación de una norma, precisamente, del Derecho Privado. Nótese que aceptar el artículo 2314 (“El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño al otro, es obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito”) como fundamento de la responsabilidad del Estado implica aceptar que el Estado es capaz de delito o cuasidelito civil con todas las consecuencias que ello implica... Creemos que asimilar el artículo 2314 a la falta de servicio es un tanto forzado si tomamos en cuenta que el Código Civil sólo se regula a las personas jurídicas de Derecho Privado (artículos 545 y siguientes) y sería difícil pensar que el artículo 2314 haya querido incluir a las personas jurídicas de Derecho Público “las que se rigen por las leyes y reglamentos especiales” (artículo 547 inc. final). Esta idea únicamente sería aceptable aplicando la integración del Derecho (como “salida de emergencia”) en caso de vacío de la normativa de Derecho Público sobre la materia y siempre que fuera compatible con Principios de Derecho Público, supuestos que no se dan, por cuanto existen al menos dos artículos que pueden abordar el problema (38 inc. 2º CPR y 4º LOCBGAE)”<sup>68</sup>.

## IX. CONCLUSIONES

De lo analizado en el presente trabajo puede llegarse a las siguientes conclusiones:

1. Desde un análisis histórico del artículo 2314 del Código Civil no es posible fundar la responsabilidad directa de personas jurídicas, ni de

---

<sup>68</sup>Huepe (2008), 138 pie de página 268.

Derecho Privado ni de Derecho Público, por cuanto la norma estaba diseñada para los casos en que una persona cometiera un hecho ilícito que a su vez comprendía una sanción civil y penal (la unidad del delito y cuasidelito civil y penal), la que sólo cabe para las personas naturales.

2. Desde un análisis dogmático de la misma norma, tampoco cabe incluir la responsabilidad directa de las personas jurídicas, desde que también se ha interpretado en el sentido de que la norma se refiere a los casos de comisión de delitos o cuasidelitos penales que a su vez acarrearán una sanción civil, para así diferenciarse del artículo 2329 del mismo Código que también establece la responsabilidad civil pero para aquellos casos en que no se contempla a su vez una responsabilidad penal.
3. Aun cuando se entendiera que el artículo 2314 del Código Civil es una cláusula general de responsabilidad civil, tratándose de las personas jurídicas, su estatuto general aplicable habría sido la responsabilidad por hecho ajeno establecida en los artículos 2320 o 2322 desde que en un análisis histórico del Código Civil se habría aceptado la teoría de la ficción de las personas jurídicas según se desprende del artículo 545 del mismo Código y en consecuencia sería aplicable la teoría de la representación que no aceptaría representación para actos ilícitos sino que sólo lícitos, siendo la salida natural la referida responsabilidad por hecho ajeno. Por ello no es de extrañar que el artículo 2314 se aplique en armonía con los artículos 2320 o 2322 del Código Civil.
4. Aunque la doctrina acepta la responsabilidad directa de las personas jurídicas, lo sería excepcionalmente por la teoría del órgano, que por una parte no está claro si se aplica a la generalidad de las personas jurídicas, y por la otra, sólo se refiere a la actividad realizada por personas naturales que tienen poder de decisión o en general expresan la voluntad de las personas jurídicas como sus representantes, cuestión que no podría entenderse para meros dependientes de aquéllas, y por ende, tampoco para funcionarios de la Administración del Estado que no la representan, ni manifiestan su voluntad o poder de decisión. Ahora, la teoría del órgano en el ámbito del Derecho Público tiene otros matices, pero no dicen relación con la sistemática del Código Civil.
5. Las más modernas concepciones doctrinarias acerca de la responsabilidad directa de las personas jurídicas (culpa en la organización y culpa anónima) no tienen un arraigo ni recepción jurisprudencial claros, sino que más bien en términos relativos y discutibles, en tanto que la institución de la falta de servicio en el Derecho Administrativo ya ha recorrido sólidamente el camino que ahora intentan las doctrinas civilistas más modernas.

6. La norma del artículo 2314 del Código Civil no es derecho común, siendo un mito, enquistado o residuo histórico que no corresponde a la realidad actual en que los códigos civiles ya no son polisistemas, sino que con el proceso de descodificación han pasado a ser una norma especial más, y que además no cumplen con el requisito de ser normas de aplicación general frente a un estatuto de carácter territorial o sectorial que sería auténticamente el sentido de la norma de derecho común.
7. La norma del artículo 2314 del Código Civil no tiene el carácter de supletoria, por cuanto para que opere esta técnica se requiere que la normativa de Derecho Administrativo se encuentre frente a una laguna legal y además que dicho ordenamiento en forma expresa disponga la aplicación supletoria. Ninguno de estos requisitos acontece en el caso de la LOCBGAE desde que no puede haber laguna si la responsabilidad del Estado es regulable a través de su artículo 4º y, por otra parte, la ley orgánica no contiene una disposición que ordene la supletoriedad del Código Civil. Por lo demás, se trata de dos disciplinas que están al lado opuesto de la *summa divisio* entre el Derecho Público o Privado que hacen dificultosa una aplicación supletoria.
8. Una relectura adecuada del artículo 4º de la LOCBGAE permite aplicar la institución de la falta de servicio respecto de las instituciones establecidas en el artículo 21 de la misma ley en la segunda parte de dicha norma ya que al establecer las responsabilidades que pudieran afectar al funcionario que hubiera causado el daño, está aceptando la responsabilidad del Estado por actividad irregular, ilegítima, antijurídica o por falta personal del funcionario, lo que también puede ser comprendido dentro de la noción de falta de servicio. Igual lectura es procedente respecto del artículo 38 inciso 2º de la Constitución no siendo una mera norma vacía. Además el artículo 4º no reproduce un “principio” de responsabilidad, sino que es una regla de derecho que los jueces deben interpretar y aplicar.
9. El artículo 4º de la LOCBGAE tiene una riqueza normativa que claramente permite que existan otros títulos de imputación para hacer responsable al Estado y no solamente la falta de servicio, tarea que le corresponde a la jurisprudencia en apoyo con la doctrina desarrollar, y ya en todo caso lo ha hecho, utilizando criterios tales como la igualdad ante las cargas públicas, riesgo, lesión, etc. Entonces es un mito sostener que el régimen de responsabilidad es único y general en nuestro ordenamiento jurídico.
10. Finalmente existen consecuencias prácticas negativas para el caso de insistir en forzar el artículo 2314 del Código Civil para establecer la responsabilidad del Estado por falta de servicio, ya que la aplicación de dicha norma lleva a confusión entre abogados y jueces; en muchos casos conduce necesariamente a sostener la responsabilidad por hecho ajeno que ya había sido abandonada por la doctrina administrativista

precisamente por las debilidades que presentaba esa institución para la relación funcionaria con el Estado y un paso atrás en la solución de problemas administrativos a través de arcaicas instituciones civiles en esta materia.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Alessandri Rodríguez, Arturo; Somarriva Undurraga, Manuel; Vodanovic Haklicka, Antonio (1998): *Tratado de Derecho Civil, Partes preliminar y general* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), 651 pp.
- Alessandri Rodríguez, Arturo (2005): *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil Chileno* (Prólogo de René Abeliuk M.). (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), 559 pp.
- Barcia López, Arturo (1922): *Las personas jurídicas y su responsabilidad civil por actos lícitos*. (Buenos Aires, Valerio Abeledo, Editor-Librería Jurídica), 494 pp.
- Barrientos Grandón, Javier (2006): "De la presunción general de culpa por el hecho propio. A propósito de los artículos 2314 y 2329 y de nuestro Código Civil imaginario II". *Revista Chilena de Derecho Privado* N° 13 (Diciembre), 9-94.
- Barros Bourie, Enrique (2007): *Tratado de responsabilidad extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), 1230.
- Bermúdez Soto, Jorge (2010): *Derecho Administrativo General* (Santiago, Editorial Abeledo Perrot LegalPublishing), 349 pp.
- Caldera Delgado, Hugo (1982): *Sistema de Responsabilidad Extracontractual del Estado en la Constitución Política de Chile* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), 541 pp.
- Cassagne Juan Carlos (2006): *Derecho Administrativo*, Tomo I (Buenos Aires, Editorial LexisNexis, Abeledo-Perrot), 613 pp.
- Cordero Vega, Luis (2010): *La responsabilidad de la Administración del Estado* (Santiago, Editorial Abeledo-Perrot LegalPublishing, 2ª edición), 228 pp.
- Corral Talciani, Hernán (2004): *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), 423 pp.
- Fiamma, Gustavo (1989): "La Acción Constitucional de Responsabilidad y la Responsabilidad por Falta de Servicio", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 16, N° 2, 1989 (Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile), 434-435.
- Huepe Artigas, Fabián (2008): *Responsabilidad del Estado, falta de servicio y responsabilidad objetiva en su actividad administrativa* (Santiago, Editorial LexisNexis, 3ª edición), 430 pp.
- Pantoja Bauzá, Rolando (1987): *Bases Generales de la Administración del Estado* (Santiago Editorial Ediar-ConoSur Ltda.), 180 pp.
- Pierry Arrau, Pedro (1975-1976): "Responsabilidad Extracontractual del Estado", *Anuario de Derecho Administrativo*, Vol. 1 (Universidad de Chile), 471-502.
- Pierry Arrau, Pedro (2000): "La Responsabilidad Extracontractual del Estado por Falta de Servicio", *Revista de Derecho*, año 1, julio (Santiago, Consejo de Defensa del Estado), N° 1, 11-40.
- Ramos Pazos, René (2007): *De la responsabilidad extracontractual* (Santiago, Editorial LexisNexis), 151 pp.

- Román Cordero, Cristián (2009): “Responsabilidad patrimonial de la Administración en Chile, 150 años de doctrina”, en *Derecho Administrativo 150 años de doctrina*. Coordinador Rolando Pantoja Bauzá (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), 429-455.
- Rodríguez Grez, Pablo (2009): *Responsabilidad extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), 505 pp.
- Sanhueza Acosta, Ricardo (2005): *Responsabilidad Patrimonial del Estado Administrador Chileno* (Santiago, Editorial LexisNexis), 311 pp.
- Silva Cimma, Enrique (1995): *Derecho Administrativo Chileno y comparado*, tomo *El Servicio Público* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), 323 pp.
- Soto Kloss, Eduardo (1996): *Derecho Administrativo. Bases fundamentales*, tomo II, *El Principio de Juridicidad* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), 480 pp.
- Soto Kloss, Eduardo (2010): *Derecho Administrativo. Temas fundamentales* (Santiago, Editorial Abeledo-Perrot LegalPublishing), 862 pp.
- Vergara Blanco, Alejandro (2010): *El Derecho Administrativo como sistema autónomo* (Santiago, Editorial Abeledo-Perrot LegalPublishing), 136 pp.
- Vergara Blanco, Alejandro (2010): “Transparencia, secreto, acceso a la información y datos personales: Doble dicotomía de estándares y derechos públicos subjetivos. Crítica al uso de la expresión ‘principios’ por el legislador”, en *Transparencia en la Administración Pública* (Raúl Letelier Wartenberg, Enrique Rajevic Mosler, coordinadores). (Santiago, Editorial Abeledo-Perrot LegalPublishing), 136 pp.
- Zelaya Etchegaray, Pedro (1986): “Sobre la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas en el Código Civil Chileno”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 13, Nº 3 (Santiago, Editorial Pontificia Universidad Católica de Chile), 525-540.



## EL SOLVE ET REPETE Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE

*Sebastián Lewis\**

SUMARIO: I. Presentación. II. El *solve et repete* y los controles de constitucionalidad de las leyes en el Tribunal Constitucional. A. La relevancia de sentencia de 28 de febrero de 1994, rol N° 185. B. Repercusiones posteriores en el Tribunal Constitucional. III. El *solve et repete* y la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. A. El retroceso de sentencia de 17 de noviembre de 2006, rol N° 546. B. Recursos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en contra del artículo 474 del Código del Trabajo y en contra del artículo 171 del Código Sanitario. IV. El *solve et repete* y la acción de inconstitucionalidad. A. Sentencia de 16 de abril de 2009, rol N° 1.173. B. Sentencia de 25 de mayo de 2009, rol N° 1.345. C. Crítica a la sentencia de 16 de abril de 2009, rol N° 1.173. V. La importancia de la doctrina contenida en sentencia de 27 de enero de 2011, rol N° 1.580. VI. Conclusión.

### I. PRESENTACIÓN

El *solve et repete* es aquella regla procesal en cuya virtud el afectado por multa administrativa u otra exigencia pecuniaria a beneficio fiscal debe pagar previamente una parte o el entero de esta multa o exigencia como requisito previo de su impugnación ante los tribunales ordinarios de justicia.

Esta investigación sintetiza la recepción que la regla *solve et repete* ha tenido en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Chile por la vía de los controles preventivos de constitucionalidad de las leyes, así como a través de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad y de la acción de inconstitucionalidad.

Este trabajo no contiene un estudio exhaustivo del trato que esta regla ha tenido en la doctrina chilena, sin embargo, conviene señalar que esta última se ha mostrado contraria a la misma exigencia. Efectivamente, el principal reproche que se le ha formulado al requisito de la previa consignación es que implica un límite desmedido a la garantía de la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, es decir, a la garantía que permite

---

\*Egresado de Derecho, Ayudante de Derecho Administrativo. Universidad de los Andes.



el acceso a un tribunal de justicia bajo un procedimiento racional. Soto Kloss, por su parte, formuló un agudo reproche a la constitucionalidad de esta regla procesal, fundamentado, además de la anterior inconstitucionalidad, en su incompatibilidad con otras garantías protegidas por la Constitución, a saber, la garantía que prohíbe al legislador limitar de modo irracional los derechos en su esencia, la garantía de igualdad ante la ley del afectado, la presunción de inocencia que debe amparar al sancionado por la multa administrativa y la garantía de la propiedad de esta misma persona sobre su patrimonio privado (artículos 19 N° 26°, 2°, 3° inciso 6° y 24°, respectivamente).

En primer lugar, como se señaló, esta investigación se referirá a la recepción que esta regla tuvo en los primeros controles preventivos de constitucionalidad que el Tribunal Constitucional realizó sobre los proyectos de ley que contemplaban este mecanismo. En segundo lugar, se procederá de igual forma respecto de la jurisprudencia que el Tribunal Constitucional consolidó por la vía de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. En tercer lugar, dará a conocer los dos únicos pronunciamientos que sobre esta regla han recaído por la vía de la acción de inconstitucionalidad. Luego se formulará un análisis crítico respecto de uno de los dos anteriores pronunciamientos, cual es, la sentencia de 16 de abril de 2009, rol N° 1.173, que desestimó declarar la inconstitucionalidad del artículo 171 del Código Sanitario. Finalmente, se destacará la importancia de la sentencia de 27 de enero de 2011, rol N° 1.580, en que el Tribunal Constitucional declaró que la regla *solve et repete* es en sí misma inconstitucional.

## II. EL *SOLVE ET REPETE* Y LOS CONTROLES DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES EN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

### A. LA RELEVANCIA DE SENTENCIA DE 28 DE FEBRERO DE 1994, ROL N° 185

El Tribunal Constitucional realizó el control preventivo de constitucionalidad de la actual Ley 19.300, Ley de Bases del Medio Ambiente, en sentencia de 28 de febrero de 1994, rol N° 185.

El artículo 65 del proyecto sometido al control previo de constitucionalidad contenía la exigencia de previo pago del 10% de la multa que la autoridad competente estaba facultada a aplicar. El Tribunal Constitucional, sin embargo, no reparó de la inconstitucionalidad de la regla contenida en dicho artículo. En consecuencia, lo declaró constitucional. No obstante lo anterior, el voto disidente del abogado integrante Soto Kloss sí advirtió la inconstitucionalidad del artículo 65:

«Sostiene la inconstitucionalidad de la exigencia de la previa consignación de una suma de dinero equivalente a un porcentaje de la sanción de multa impuesta por una autoridad administrativa, por cuanto ello vulnera de modo flagrante el derecho fundamental del afectado a la “igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos” (artículo 19, N° 3, de la Constitución)»<sup>1</sup>.

«Ello vulnera, además, el artículo 5° de la Constitución, que impone una expresa obligación a todo órgano del Estado, incluido obviamente el legislador, de respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana [...]».

«Además, este gravamen conlleva el atentar en contra del derecho a la “igualdad ante la ley” (artículo 19, N° 2, de la Constitución) puesto que una tal exigencia de pagar parte de la multa impuesta por vía administrativa para tener la posibilidad de reclamar de ella ante la Justicia, significa un privilegio para la autoridad administrativa sin fundamento constitucional, y que, por el contrario, no es sino una discriminación arbitraria»<sup>2</sup>.

«Por otra parte, de la propia Constitución resulta, conforme con sus artículos 1°, inciso cuarto, y 5°, inciso segundo, que es deber del Estado y de cada uno de sus órganos –incluido ciertamente el legislador– de promover el ejercicio de los derechos y no obstaculizarlos, y de remover los obstáculos que impiden a las personas su libertad o igualdad, o el pleno desarrollo de su personalidad, a fin de permitir su mayor realización, que es justamente la promoción del bien común, que es el fin mismo del Estado. No se olvide que el bien común reside en las condiciones de ejercicio de las libertades naturales que son indispensables para el desarrollo de la vocación humana».

«El “solve et repete” –fatídico resabio de épocas estatistas, irrespetuosas de los derechos de las personas– que plantea el inciso segundo del artículo 65 del proyecto referido, vulnera precisa y cabalmente este deber impuesto también al legislador por la propia Constitución, en su afán de hacer realidad la primacía de la persona y el carácter servicial del Estado. Y lo vulnera cualquiera sea el monto –si poco o mucho– del valor que imponga como requisito para ocurrir a la Justicia en reclamo de los derechos de las personas».

---

<sup>1</sup>«En efecto, el imponer la obligación de pagar una suma de dinero sea el total, sea como en este caso el equivalente a un porcentaje de la sanción de multa impuesta por vía administrativa, para poder el afectado reclamar de ella, es un impedimento para el ejercicio de su derecho a recurrir al juez, que incluso puede afectar su derecho en su esencia (artículo 19, N° 26, de la Constitución) [...]».

<sup>2</sup>«Un tal “privilegio” no cuadra con la Constitución desde que ésta dispone de modo rotundo y sin tapujos que «En Chile no hay persona ni grupo privilegiados» (inciso primero), y ciertamente que lo es quien sin ser juez se ve provisto con la garantía de que sus actos no pueden ser controvertidos ante la Justicia sin que se pague previamente la multa, o parte de ella, que unilateralmente él mismo ha impuesto, y que agravia –y puede hacerlo gravemente– a un tercero afectado por ella. Ello implica una discriminación “arbitraria”, desde que no aparece fundada racionalmente puesto que no constituye precisamente signo de racionalidad impedir el ejercicio de los derechos fundamentales, y sobre todo uno de tal relevancia como es el acceder a la justicia en demanda de protección o amparo frente al agravio de un tercero, quienquiera sea éste, aun si el propio Estado».

El voto transcrito constituye la primera formulación de una crítica consistente a la regla *solve et repete* en Chile. Sin perjuicio de que en 1989 Aróstica Maldonado advirtiera la inconstitucionalidad de esta regla<sup>3</sup>, fue, sin embargo, Soto Kloss quien presentó, desde el Tribunal Constitucional, un certero reproche de la misma. La crítica se fundamentó en las variadas inconstitucionalidades que, por la aplicación de este mecanismo, se verificaban. Además, el disidente acompañó antecedentes comparados que se mostraron contrarios a la constitucionalidad de esta regla<sup>4</sup>, junto con argumentos basados en la contradicción de la misma con los compromisos internacionales suscritos por Chile<sup>5</sup>. Postuló, finalmente, la intrínseca inconstitucionalidad de la regla *solve et repete*, tesis recogida por el Tribunal Constitucional recientemente, en rol N° 1.580 de 27 enero de 2011.

---

<sup>3</sup>«dicha fórmula es excepcional, aunque inconstitucional desde que impide el libre acceso a la justicia, la mayoría de las veces no compromete gravemente la eficacia del control jurídico, puesto que, consagrada para casos de multas administrativas con *quantum* máximos legales, no ocasiona su atacamiento un daño que, de suyo, sea irreparable en un breve plazo», Aróstica Maldonado, Iván, «Impugnabilidad de los actos administrativos», en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. XVI, 1989, N° 2, Santiago de Chile, 456.

<sup>4</sup>«No está de más señalar:

a) Que la Corte Constitucional italiana hace ya más de treinta años ha declarado inconstitucional el “*solve et repete*” (sentencia del 31 de mayo de 1961, reafirmada poco después el 30 de diciembre de 1961) por ser contrario precisamente al “derecho a la igualdad”, que la Constitución de 1947 (artículo 3°) reconoce a todos los ciudadanos (pueden verse los comentarios de G. Treves y C. Esposito en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1961, 139 ss.);

b) Que en España fue suprimido este artificio antilibertario por la ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (27 de diciembre de 1956) conforme al correcto sentido que la jurisprudencia fue dando a su artículo 57.2 letra e) (véase J. González Pérez, “El derecho a la tutela jurisdiccional”. Civitas, Madrid, 1984, 79: “ha quedado definitivamente superado este gravísimo obstáculo a la Justicia”);».

<sup>5</sup>«c) Que la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada el 10 de diciembre de 1948, declara en su artículo 8° que «Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o la ley”, y resulta obvio que exigencias económicas para acudir a la jurisdicción como es el pago previo de la multa, o un equivalente a un porcentaje de ella, que impone unilateralmente la Administración, vulnera el citado artículo 8° y hace ilusoria tal efectividad;

d) Que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Organización de las Naciones Unidas) de 16 de diciembre de 1966, promulgado por Decreto Supremo del Ministerio de Relaciones Exteriores N° 778 (Diario Oficial de 29 de abril de 1989) en su artículo 26 reconoce a toda persona la igualdad ante la ley «y el derecho sin discriminación a igual protección de la ley», debiendo la ley prohibir toda discriminación y proveer los medios para garantizar la «protección igual y efectiva» frente a cualquiera discriminación; y por último,

e) Que la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José, de 1969) en su artículo 8°, N° 1, referente a “garantías judiciales”, también reconoce el derecho fundamental de toda persona a ser oída por un juez o tribunal, lo que resulta incompatible con el mecanismo del previo pago de un porcentaje de la multa administrativa que precisamente se trata de reclamar, exigencia que obstaculiza, limita, restringe e incluso impide el acceso libre e igualitario a la justicia».

## B. REPERCUSIONES POSTERIORES EN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

### 1. Sentencia de 22 de octubre de 1996, rol N° 248

En control preventivo de constitucionalidad del proyecto de ley que modernizó el Servicio Nacional de Aduanas, sentencia de 22 de octubre de 1996, rol N° 248, el mismo abogado integrante advirtió de similar inconstitucionalidad. Esta vez no se trató de la previa consignación para proceder a la impugnación de la multa administrativa, sino que para la admisibilidad de la libertad provisional en el contexto de delitos de contrabando contemplados en el referido proyecto de ley. Además de otras inconstitucionalidades que a juicio de este integrante el artículo 1° N° 13 letra a) del proyecto contenía, el disidente defendió su posición en la vulneración que dicho artículo producía respecto de la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos. Puede leerse lo siguiente:

*«Así como contraría la Constitución la exigencia de pagar una multa o una parte de ella para poder reclamar en su contra ante los tribunales, puesto que impide el acceso a la justicia, así también contraría la Carta Fundamental una exigencia de entregar una suma de dinero –“en efectivo”– al Estado, no pocas veces a fondo perdido, para poder impetrar un derecho, como es la libertad provisional, derecho que es fundamental en la medida que el juez no resuelva fundadamente que tal libertad sea contraria a las tres únicas circunstancias que la Constitución prevé, circunstancias que deben tener su debido e ineludible fundamento en el proceso mismo en que se incoa, y resultar de las piezas mismas del expediente» (Cursiva de mi parte).*

### 2. Sentencia de 27 de mayo de 1999, rol N° 287

Posteriormente, en control de constitucionalidad del proyecto de ley que modificó la Ley 18.410, Ley Orgánica de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, y el DFL N° 1 de 1982 del Ministerio de Minería, Ley General de Servicios Eléctricos, los votos disidentes de la ministra Bulnes y el ministro Verdugo estuvieron por declarar inconstitucional la siguiente frase contenida en dicho proyecto:

*«Para interponer la reclamación contra una multa deberá acompañarse boleta de consignación a la orden de la Corte, por el 25% del monto de la misma».*

La disidencia juzgó que esta frase contravenía lo dispuesto en el artículo 19 N° 3 en relación con el artículo 5° de la Constitución:

*«Que, la exigencia impuesta al reclamante en la referida disposición, erosiona el derecho de acceso a la justicia establecido en el artículo 19, N° 3, de la*

Carta Fundamental, en la parte que consagra la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos y que, como bien lo ha puntualizado la doctrina, es el reconocimiento a la acción para tutelar los derechos fundamentales».

«Que, a mayor abundamiento, se transgrede igualmente la normativa contenida en el artículo 5° de la misma Ley Fundamental, en cuanto señala que es deber de los órganos del Estado respetar y promover los derechos esenciales de la persona humana y, obviamente, el derecho a la justicia es de tal naturaleza».

«Que, en esta línea de razonamiento cabe tener presente que la obligación que se impone a los órganos del Estado, por el inciso segundo del precitado artículo 5°, importa, además, respetar los derechos establecidos en los tratados internacionales que están ratificados y que se encuentran vigentes, *los cuales proscriben toda limitación al acceso a la justicia sea penal, civil o administrativa*» (Cursiva de mi parte).

Las similitudes que este voto presenta con la doctrina contenida en la disidencia de sentencia rol N° 185 de 1994 están a la vista: la regla *solve et repete* infringe, al menos, la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos (artículo 19 N° 3 de la Constitución) y desconoce el mandato que la Constitución impuso al legislador en su artículo 5°.

### 3. Sentencia de 16 de febrero de 2001, rol N° 320

En control de constitucionalidad del proyecto de ley que creó la Defensoría Penal Pública, sentencia de 16 de febrero de 2001, rol N° 320, el abogado integrante Soto Kloss presentó la siguiente prevención respecto del artículo 73 del mencionado proyecto:

«Acordada con la prevención del referido señor Abogado Integrante en lo que concierne al artículo 73 del mencionado proyecto de ley, en cuanto *entiende que es constitucional en la medida que las resoluciones sancionadoras dictadas por el Defensor Nacional a que alude este precepto, solo podrán ser aplicadas una vez que se hayan decidido las acciones jurisdiccionales que se hubieren deducido en contra de aquéllas, y se encuentren debidamente ejecutoriadas*» (Cursiva de mi parte).

Dicho artículo no contenía la exigencia de previo pago como tal, sin embargo, se juzgó conveniente por este jurista advertir que la disposición se entendería *únicamente* constitucional en la medida en que la resolución dictada por la autoridad fuere libremente recurrible, es decir, que no estuviera sujeta a condición pecuniaria previa. Nuevamente, por tanto, la idea de los vicios constitucionales de la consignación previa rondaba en las deliberaciones del Tribunal Constitucional. En efecto, la idea de su inconstitucionalidad ya estaba presente en el Tribunal Constitucional desde rol N° 185 de 1994.

#### 4. *Sentencia de 30 de agosto de 2006, rol N° 536*

En sentencia de 30 de agosto de 2006, rol N° 536, el Tribunal Constitucional se pronunció respecto del control preventivo de constitucionalidad del proyecto de ley que reguló el trabajo en régimen de subcontratación, el funcionamiento de las empresas de servicios transitorios y el contrato de trabajo de servicios transitorios. En lo pertinente a esta investigación, el inciso tercero del artículo 183-I establecía lo siguiente:

«La empresa afectada por dicha resolución, podrá pedir su reposición al Director del Trabajo, dentro del plazo de cinco días. La resolución que niegue lugar a esta solicitud será reclamable, dentro del plazo de cinco días, ante la Corte de Apelaciones respectiva, previa consignación de la tercera parte de la multa aplicada, en caso que correspondiere».

El Tribunal Constitucional juzgó de la siguiente manera:

«Que la aludida exigencia de una consignación previa resulta así de carácter indeterminado, carente de un límite, pudiendo, en consecuencia, llegar a cantidades cuya cuantía, en la práctica, entraben más allá de lo razonable el derecho de acceso a la justicia al restringir tan severamente la posibilidad de reclamar ante un tribunal de la multa impuesta por la autoridad. Ello resulta contrario a los derechos que asegura el artículo 19, N° 3, de la Carta Fundamental, en sus incisos primero y segundo, a “la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos”, y a la “defensa jurídica”, pudiendo, por esta vía, sustraerse, en este caso, del control jurisdiccional de los actos de la administración, dejando a las personas a merced de la discrecionalidad de la misma, razones por las cuales se declarará su inconstitucionalidad» (considerando 9°).

«Que, en consecuencia, la frase “previa consignación de la tercera parte de la multa aplicada, en caso que correspondiere” [...] es inconstitucional y así se declarará» (considerando 10°).

La importancia de esta sentencia es que el Tribunal Constitucional acogió finalmente la inconstitucionalidad de la regla *solve et repete* en control preventivo de constitucionalidad, lo que constituye un mérito a destacar. En otras palabras, la idea que desde la sentencia rol N° 185 de 1994 ya rondaba, de la inconstitucionalidad del requisito del previo pago, fue finalmente acogida por el Tribunal Constitucional en este tipo de control constitucional.

#### 5. *La consolidación de una jurisprudencia por la vía del control preventivo de constitucionalidad: sentencia de 18 de octubre de 2011, rol N° 2.036*

Por sentencia de 18 de octubre de 2011, el Tribunal Constitucional realizó el control preventivo de constitucionalidad del proyecto de ley que

regula el cierre de faenas e instalaciones mineras (Boletín N° 6415-08). La sentencia se destaca puesto que el Tribunal Constitucional, nuevamente, sostuvo la inconstitucionalidad de la regla *solve et repete* por la vía del control preventivo de constitucionalidad. Al tratarse de una sentencia reciente, puede sostenerse que constituye la jurisprudencia actualizada del Tribunal Constitucional en cuanto al requisito del previo pago en este tipo de control constitucional.

El inciso segundo del artículo 43 del proyecto de ley no contenía ninguna exigencia de previa consignación, por el contrario, permitía la libre impugnación de la multa administrativa:

«Las resoluciones que impongan multas serán siempre reclamables ante el juzgado de letras competente y aquellas no serán exigibles mientras no esté vencido el plazo para interponer la reclamación, o ésta no haya sido resuelta».

Puede concluirse que el espíritu del legislador es no exigir aportes pecuniarios previos como requisito de admisibilidad del reclamo contencioso-administrativo. Frente a este avance, el Tribunal Constitucional se pronunció de la siguiente manera:

«Esta norma se declarará conforme a la Constitución en el siguiente doble entendido. *‘Primero, bajo la circunstancia de que las multas indicadas en esta norma no aplican la regla del solve et repete. Por tanto, no se configura la exigencia de una consignación previa a la reclamación de multas, que esta Magistratura ha estimado inconstitucional por constituir un impedimento de acceso a la Justicia, por transformar la acción judicial de reclamo en un mero proceso de reembolso y por existir otros medios legales que compelen a la justificación de la ejecutoriedad de los actos administrativos [...]’*» (considerando 22°, cursiva de mi parte).

El Tribunal Constitucional reafirmó, tras años desde sentencia rol N° 536 de 2006, la tesis de que la previa consignación como requisito de admisibilidad de la demanda de impugnación de multa administrativa es contraria a la Constitución. Consolidó, igualmente, toda una jurisprudencia relativa a las inconstitucionalidades que presenta esta regla y a su ineptitud como mecanismo de control de los reclamos contencioso-administrativos. Esta jurisprudencia, como se estudiará, se venía configurando por la vía del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Por tanto, la novedad de este pronunciamiento es que ahora se reafirmó todo lo anterior por la vía del control preventivo de constitucionalidad de una ley.

## 6. Conclusión

Después de formulado el voto disidente de Soto Kloss en sentencia rol N° 185 de 1994, el Tribunal Constitucional no se convenció de la incons-

titucionalidad de la regla *solve et repete*. En efecto, siguió declarándolo constitucional en controles preventivos de constitucionalidad. No obstante lo anterior, la idea de la *posible* inconstitucionalidad de esta regla, presentada por el referido abogado integrante, comenzó a estar presente en las posteriores deliberaciones del Tribunal Constitucional. Efectivamente, hubo disidencias que así lo hicieron constar en controles preventivos de constitucionalidad que siguieron a la sentencia rol N° 185 de 1994 y en sentencia rol N° 536 del 2006 se declaró finalmente inconstitucional la exigencia del previo pago por parte del Tribunal Constitucional. Esa jurisprudencia fue recientemente reafirmada por sentencia de 18 de octubre de 2011, rol N° 2.036, incluso a pesar de que el proyecto sometido a su control no contenía exigencia de previa consignación alguna.

### III. EL *SOLVE ET REPETE* Y LA ACCIÓN DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD

#### A. *EL RETROCESO DE SENTENCIA DE 17 DE NOVIEMBRE DE 2006, ROL N° 546*

La sentencia de 17 de noviembre de 2006, rol N° 546, significó un retroceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Efectivamente, esta vez dicho tribunal desestimó un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en contra del artículo 30 del DL N° 3.538, que exigía el pago previo de la cuarta parte de la multa impuesta por la Superintendencia de Valores y Seguros como requisito de admisibilidad de su impugnación ante el juez ordinario.

El recurso no prosperó por empate en la votación. Quienes estuvieron por desestimar<sup>6</sup>, convencidos de lo sostenido por el regulador administrativo, sostuvieron que el requisito de la previa consignación era un mecanismo necesario para el correcto funcionamiento de la Superintendencia de Valores y Seguros pues evitaba la libre y dilatoria impugnación de las multas administrativas por parte de los particulares. A ello debe agregarse que, según lo alegado por esta Superintendencia, estadísticamente, casi la totalidad de esas multas eran confirmadas posteriormente por los tribunales ordinarios de justicia. Igualmente, se sostuvo que el Orden Público Económico ameritaba un tráfico jurídico-económico más eficiente y expedito. En consecuencia, la consignación previa se perfilaba como el límite racional de un derecho, tolerado por el artículo 19 N° 26 de la Constitución, que garantizaba además un sistema con dichas características. Finalmente, se alegó que la norma era aplicable como límite a la impugnación de la

---

<sup>6</sup>Ministros Colombo Campbell, Fernández Baeza, Venegas Palacios, Navarro Beltrán y Fernández Fredes.



multa administrativa, toda vez que constituía «un trasunto o derivación del característico rasgo de ejecutoriedad o ejecutividad que revisten los actos administrativos, en cuya virtud tal clase de decisiones son ejecutables directamente por el órgano que las expidió, sin necesidad de previa refrendación por la autoridad judicial» (considerando 6º).

Se añade, en similar sentido, una prevención del ministro Navarro Beltrán que complementó la anterior decisión de rechazar el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en contra del *solve et repete* contenido en dicho cuerpo legal, con la curiosidad de que trajo a colación doctrina y jurisprudencia nacional contraria a este mecanismo (Tribunal Constitucional y Soto Kloss), al igual que experiencia comparada en la materia (Corte Constitucional italiana, Corte Suprema colombiana, Tribunal Constitucional español, García de Enterría y Fernández).

Su prevención siguió al Tribunal Supremo español:

«Que, por lo demás, tal como lo ha señalado el Tribunal Constitucional español, la exigencia de una fianza no vulnera per se el derecho a la tutela efectiva, en tanto ella no resulte prohibitiva o particularmente gravosa, lo que en el caso de autos no se produce, en principio, desde el momento que existe un límite razonable establecido por el propio legislador de 500 UF o 1.000 UF, si se trata de personas naturales o jurídicas, salvo ciertas excepciones en las que existe siempre como tope el máximo legal autorizado; por lo que el reproche de constitucionalidad debe ser revisado de manera casuística» (consideración 13º).

Este ministro desestimó la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la previa consignación, fundamentado en el límite que el legislador mismo le impuso a la previa consignación, como quantum máximo legal, en garantía de los sancionados (200 UF o 1.000 UF). Procuró, sin embargo, «solicitar por razones de equidad la reducción del monto de cuantía de una consignación en los casos en que se trate de situaciones objetivamente abusivas o que importen una situación gravosa o altamente confiscatoria. Ello, por lo demás –sostuvo–, se enmarca en lo señalado hace ya más de medio siglo en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en cuanto a que *“toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o la ley”* (artículo 8)» (consideración 14º).

A su vez, quienes estuvieron por acoger el recurso y declarar, consecuentemente, la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del citado caso de *solve et repete*<sup>7</sup>, lo hicieron, en primer lugar, porque no se convencieron de que la presunción de legalidad, de imperio y de exigibilidad de la multa administrativa fueran fundamento plausible para limitar el

---

<sup>7</sup>Ministros Cea Egaña, Bertelsen Repetto, Vodanovic Schnake, Correa Sutil y Peña Torres.

derecho a la acción<sup>8</sup>; tampoco se convencieron de que la dilatación del pago de la multa administrativa fuera un argumento sólido para acoger la aplicabilidad del requisito de previa consignación<sup>9</sup>, pues, sostuvieron, el ordenamiento jurídico ya contaba con mecanismos para llevar a cabo el mismo efecto<sup>10</sup>. Descartaron, por otra parte, que el *solve et repete* infringiera la garantía de igualdad ante la ley<sup>11</sup> y el derecho de petición<sup>12</sup> del afectado

---

<sup>8</sup>«Que la sanción aplicada por la Superintendencia goza de la presunción de legalidad, imperio y exigibilidad propia de los actos administrativos, consagrada en el artículo 3° de la Ley 19.880, que establece las bases de los procedimientos administrativos. Sin embargo, tal presunción de validez no legitima limitar el reclamo de lo obrado por la Administración, máxime cuando el principio de la impugnabilidad de las decisiones administrativas se encuentra también reconocido como un principio, de igual valor al de la presunción de legalidad, en el artículo 15 de la misma Ley 19.880 y consagrado, con la mayor jerarquía, en la propia Constitución Política, cuyo artículo 38 inciso segundo asegura a cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado para reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin sujetar el derecho a reclamo a ningún requisito o consignación previa. La obligación previa de consignar para reclamar de la sanción no resulta siquiera exigible en nuestro sistema para impetrar recursos ordinarios o extraordinarios cuando la sanción ha sido establecida por un tribunal de justicia. La presunción de legalidad, unida a otras razones, lleva, en ciertos casos, al legislador a negar el efecto suspensivo de una apelación, pero las consignaciones previas para acceder a la justicia han sido desde hace ya largo tiempo suprimidas de nuestra legislación, para garantizar precisamente el acceso a la justicia. De igual modo, otras actuaciones de órganos constitucionales, como lo son las del Ministerio Público, requieren de aprobación judicial para afectar derechos consagrados en la Constitución» (consideración 16°).

<sup>9</sup>«No visualizamos de qué modo la consignación opera como un disuasivo al litigante temerario para convencerlo de no litigar, como sostiene la requerida» (consideración 19°).

<sup>10</sup>«Así, nuestro sistema establece la declaración de admisibilidad de las acciones judiciales y la condenación en costas de los reclamantes que lo hagan sin fundamento plausible, mecanismo este último que, a diferencia de la consignación previa, se determina por el juez con conocimiento de causa, para sancionar no a todo reclamante, sino sólo a aquellos que han empleado la vía judicial temerariamente o sin fundamento suficiente» (consideración 21°).

<sup>11</sup>«Que, como ha quedado consignado, al invocar el principio de igualdad ante la ley, el requirente ha argumentado que el precepto legal en cuestión establece una diferencia arbitraria entre los ciudadanos comunes y corrientes y aquellos pocos que pueden consignar sumas millonarias. *Esta alegación debe desecharse, pues el precepto en cuestión establece una regla general que obliga a aplicar sanciones respecto de conductas realizadas por cualquier infractor, a graduar la multa según parámetros objetivos, que han de aplicarse a cualquier persona sujeta a la fiscalización de la Superintendencia de Valores y Seguros, si esta entidad fiscalizadora la ha considerado infractora de deberes, en los términos establecidos en el Decreto Ley N° 3.538.* El precepto legal en examen no hace diferencia alguna, salvo en cuanto, en su inciso segundo, distingue entre personas naturales y jurídicas, estableciendo un tope máximo para la consignación equivalente a 500 unidades de fomento si la multa ha sido aplicada a persona natural y el doble de esa cifra si el multado es una persona jurídica. Este tope y, en consecuencia, esta distinción no es aplicable en la especie, según lo dispone, para casos excepcionales, el propio precepto legal transcrito. En consecuencia, esta única distinción no ha sido objetada ni corresponde pronunciarse acerca de ella» (consideración 2°, cursiva de mi parte).

<sup>12</sup>«Que no nos convence la alegación de la requirente en el sentido que la aplicación del artículo 30 del Decreto Ley 3.538 vulnera su derecho a presentar peticiones a la autoridad, al sujetarla a condiciones diversas a la de proceder en términos respetuosos y convenientes,

por la multa administrativa. Por consiguiente, estos votos concluyeron de la siguiente manera:

«En suma y por lo razonado en los considerandos décimo quinto en adelante, para los Ministros que suscribimos este voto, la obligación de consignar la suma de \$ 68.036.025, equivalente a un 25% de la multa, sin límite alguno a la cuantía que arroje tal porcentaje, establecida como requisito para poder reclamar de la sanción en sede judicial, contenida en el inciso segundo del artículo 30 del Decreto Ley 3.538, limita de manera severa el derecho de acceder a la justicia del requirente, sin que tan significativa limitación pueda considerarse razonable, pues no guarda proporción alguna con el logro de fines lícitos, como los alegados en esta causa y, por el contrario, se muestra inepta para alcanzar aquellos que se han dado para justificarla. En consecuencia, su aplicación a don Jacobo Kravetz Miranda, en el juicio sumario seguido actualmente en el 8° Juzgado de Letras en lo Civil de Santiago, Rol 9059-2006, produce efectos contrarios a la Constitución».

B. *RECURSOS DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD EN CONTRA DEL ARTÍCULO 474 DEL CÓDIGO DEL TRABAJO Y EN CONTRA DEL ARTÍCULO 171 DEL CÓDIGO SANITARIO*

El Tribunal Constitucional, hasta julio de 2011, conoció de 16 recursos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en contra del artículo 474 del Código del Trabajo y en contra del artículo 171 del Código Sanitario. De estos recursos, 10 impugnaron la aplicación del inciso 3° del artículo 474 del Código del Trabajo<sup>13</sup>, y 6 impugnaron la aplicación del inciso 1° del artículo 171 del Código Sanitario<sup>14</sup>.

El Tribunal Constitucional los acogió todos, en síntesis, pues consideró que la aplicación de la regla *solve et repete* en el caso concreto vulneraba las garantías de igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos y del respeto al contenido esencial de los derechos (artículos 19 N° 3 y 26

---

conforme a lo dispuesto en el numeral 14 del artículo 19 de la Constitución Política. El precepto constitucional invocado debe ceder en su aplicación frente a lo dispuesto en el numeral 3° de igual artículo de la Constitución, pues el ejercicio del derecho de accionar ante Tribunales de Justicia tiene reglas especiales que rigen la especie, las cuales ya han sido analizadas en el apartado II que antecede» (consideración 22°).

<sup>13</sup>TC, sentencia de 1 de julio de 2008 rol N° 946; sentencia de 10 de julio de 2008, rol N° 968; sentencia de 21 de julio de 2009, rol N° 1.332; sentencia de 27 de agosto de 2009, rol N° 1.356; sentencia de 27 de octubre de 2009, rol N° 1.382; sentencia de 27 de octubre de 2009, rol N° 1.391; sentencia de 27 de octubre de 2009, rol N° 1.418; sentencia de 28 de octubre de 2009, rol N° 1.382; sentencia de 27 de enero, rol N° 1.580; y sentencia de 14 de julio de 2011, rol N° 1.865.

<sup>14</sup>TC, sentencia de 3 de enero de 2008, rol N° 792; sentencia de 22 de julio de 2008, rol N° 1.046; sentencia de 28 de agosto de 2008, rol N° 1.061; sentencia de 27 de enero de 2009, rol N° 1.253; sentencia de 2 de abril de 2009, rol N° 1.262; y sentencia de 2 de abril de 2009, rol N° 1.279.

de la Constitución, respectivamente). Los acogió, además, porque dicho tribunal no se convenció de los argumentos sostenidos por los organismos recurridos para defender la desestimación de los recursos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentados. Estos alegatos desechados por el Tribunal Constitucional fueron, en resumen, los siguientes:

- i. Que, al no haberse presentado por el sancionado el comprobante previo, no había *litis* trabada en la sede judicial del fondo. Por tanto, no tenía el Tribunal Constitucional competencia para conocer del asunto.
- ii. Que la regla *solve et repete* no es una norma de naturaleza *decisoria litis* que pudiera influir en lo dispositivo del fallo, como lo exige el artículo 93 N° 6 de la Constitución para que dicho Tribunal pudiera conocer del recurso.
- iii. Que dicha regla, sostuvieron, es un mecanismo adecuado para impedir la dilatación en el pago de la multa impuesta junto con la litigación frívola. En consecuencia, era procedente y conveniente estimar su aplicación en el caso concreto.
- iv. Que la presunción de legalidad de los actos administrativos ordenaba hacer efectiva la aplicación la regla procesal.

Como se señaló, el Tribunal Constitucional no acogió ninguno de los anteriores argumentos que pretendieron defender la aplicación de la regla *solve et repete* en un caso concreto. En consecuencia, ante la anterior desestimación de estas defensas y ante las inconstitucionalidades que a juicio de dicho tribunal por la aplicación de este requisito se verificaban, todos los recursos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad antes señalados fueron acogidos.

#### IV. EL SOLVE ET REPETE Y LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

##### A. SENTENCIA DE 16 DE ABRIL DE 2009, ROL N° 1.173

En este pronunciamiento, el Tribunal Constitucional desestimó el recurso de inconstitucionalidad que se le presentó en contra del inciso 3° del artículo 474 del Código del Trabajo. La desestimación se produjo por no cumplirse el quórum exigido por la Constitución para acoger el recurso y generar, consecuentemente, la declaración bajo efectos universales.

Conviene, sin embargo, señalar que los ministros que estuvieron por acoger dicho recurso fundamentaron sus posturas en los mismos argumentos antes sostenidos para acoger las causas de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en contra de esta regla. Además, defendieron sus

votos en que la declaración *en abstracto* de inconstitucionalidad del *solve et repete* contenido en dicho Código remediaba la desigualdad que la entrada en vigencia progresiva de la Ley 20.087 provocó entre los habitantes de la República.

La Ley 20.087 sustituyó el antiguo procedimiento laboral contenido en el Código del Trabajo y derogó, además, la exigencia de pago previo contenida en su antiguo artículo 474. Esta ley, sin embargo, entró en vigencia de un modo progresivo en todas las regiones, y para todo el territorio nacional, a contar del 30 de octubre de 2009. En consecuencia, la desigualdad consistió en que, por esta entrada en vigencia progresiva de la Ley 20.087, sólo a algunas personas afectadas por la sanción administrativa, únicamente en razón del territorio, se les exigió el pago previo de la tercera parte de la multa mientras que a otras no. Por consiguiente, semejante desigualdad fue la que estos votos tuvieron en consideración al procurar acoger el recurso de inconstitucionalidad; efectivamente, sostuvieron, con la expulsión bajo efectos *erga omnes* del requisito del previo pago, éste no se exigiría más a nadie y con ello se remediaba así la discriminación que la entrada en vigencia progresiva de la Ley 20.087 ocasionó entre los habitantes de la República.

Por su parte, quienes estuvieron por desestimar el recurso de inconstitucionalidad fundamentaron sus votos en que la acción de inconstitucionalidad es una norma de *ultima ratio*. Por tanto, sostuvieron, si ya fue el legislador quien se encargó de derogar el *solve et repete* del Código del Trabajo, no le correspondía al Tribunal Constitucional pronunciarse con declaración universal sobre la materia. Más aún cuando a las personas eventualmente afectadas por el requisito del previo pago les quedaba aún a salvo la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad que pudiera proceder en contra de esta regla en los casos concretos. En síntesis, argumentaron, resultaba menos gravosa para el ordenamiento jurídico la subsistencia de esta regla procesal que declarar su expulsión del ordenamiento jurídico bajo efectos *erga omnes*. Esta expulsión, a más abundar, se produciría igualmente para todo el territorio nacional a contar del 30 de octubre de 2009, es decir, en más de cinco meses desde la fecha de este pronunciamiento.

#### B. SENTENCIA DE 25 DE MAYO DE 2009, ROL N° 1.345

Esta vez, el Tribunal Constitucional inició un procedimiento de oficio que terminó con la declaración de inconstitucionalidad del inciso 1° del artículo 171 del Código Sanitario. Procedió, *de oficio* a esta declaración, en base a los mismos argumentos que se señalaron para acoger los recursos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad antes señalados: una vulneración grave al artículo 19 N° 3° y al 19 N° 26 de la Constitución. Además, porque dicho tribunal no logró convencerse de que la presunción de legalidad, la no litigación frívola y la dilatación del pago de la multa

justificaran la aplicación de la regla *solve et repete*, tal como sucedió en las citadas causas de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

El artículo 171 del referido Código exigía, para admitir a trámite la impugnación de la multa administrativa, acreditar el previo pago del total de ésta. Por consiguiente, sin considerar razones de forma, puede legítimamente concluirse que, de no haberse acogido el anterior recurso de inconstitucionalidad, pero sí éste, fue, entre otras razones, porque el inciso 3° del artículo 474 del Código del Trabajo no exigía el pago previo del total de la multa sino que de su tercera parte. Distinto hubiese sido el anterior pronunciamiento, se estima, si el citado artículo 474 hubiese exigido el pago previo del total de la multa.

### C. CRÍTICA A LA SENTENCIA DE 16 DE ABRIL DE 2009, ROL N° 1.173

El pronunciamiento que desechó la acción de inconstitucionalidad en contra del artículo 474 del Código del Trabajo tuvo perniciosas consecuencias. En efecto, producto del citado pronunciamiento, así como del artículo 2° transitorio de la Ley 20.087, algunas causas de impugnación de multa administrativa laboral continúan aún regidas por el requisito del pago previo mientras que otras no.

El artículo 2° transitorio de esta ley estableció que las causas que antes de su entrada en vigencia se iniciaran comenzarían a tramitarse bajo el antiguo procedimiento, es decir, estarían sujetas a la exigencia del pago previo.

A su vez, este pronunciamiento, que desestimó la declaración de inconstitucionalidad del *solve et repete*, ocasionó que todas las causas regidas por el antiguo procedimiento que se iniciaran antes del 30 de octubre del 2009 (fecha de entrada en vigencia final de la Ley 20.087), y que estuvieran por razón del territorio aún regidas por el antiguo procedimiento, continuaran igualmente afectas a la exigencia de previo pago. Pues, se critica, podría haberse declarado inconstitucional dicha regla desde la fecha de la referida sentencia y distinta hubiese sido la suerte que esas causas de impugnación de multa laboral hubiesen corrido al no haber estado afectas al requisito de la consignación previa.

En otras palabras, parte de las causas laborales de impugnación de multa administrativa que comenzaron a tramitarse entre el 16 de abril del 2009 (fecha del pronunciamiento) y el 30 de octubre del mismo año, continúan aún regidas por esta regla procesal.

Esa desigualdad, y consiguiente inconstitucionalidad, se verificó en la causa «Reyes Rubio con Inspección del Trabajo». En efecto, el 7° Juzgado del Trabajo exigió, para dar curso a la demanda, acreditar el pago previo de la tercera parte de una multa equivalente a \$ 9.124.005. En otras palabras, producto del artículo 2° transitorio de la Ley 20.087 y de la desestimación de este recurso de inconstitucionalidad por parte

del Tribunal Constitucional, *un tribunal de la República* *exigió más de 3 millones de pesos para acoger a trámite una demanda de impugnación de multa administrativa*. Posteriormente, el afectado por esa multa acudió al amparo del Tribunal Constitucional por la vía de inaplicabilidad por inconstitucionalidad y su pretensión, se agradece, fue acogida. Sin embargo, ello no justifica lo anterior. En efecto, no es acertado que el Tribunal Constitucional haya optado por la subsistencia temporal del *solve et repete* a costa de que los eventualmente afectados por este mecanismo tenían aún a salvo la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad para solicitar el amparo en control concreto de constitucionalidad. En efecto, ¿les garantizó, el Tribunal Constitucional, que acogería las posteriores acciones de inaplicabilidad por inconstitucionalidad que procediesen en contra de la regla *solve et repete*?

Lo único que provocó el Tribunal Constitucional fue que, entre el período comprendido en esas fechas mencionadas, quien fuera afectado por la exigencia de pago previo tuviera la ineludible carga de acudir al amparo constitucional a fin de solicitar que se declarare inaplicable el *solve et repete* en el caso concreto. De lo contrario, la pretensión de impugnación del afectado, en el juez del fondo, sería desestimada por no depositarse el pago previo.

Por otra parte, no está de más recordar que si ya fue el propio legislador quien estimó hacerse cargo de expulsar el *solve et repete* del ordenamiento jurídico, pero no se hizo cargo de la desigualdad que la entrada en vigencia progresiva de la Ley 20.087 originó entre los habitantes de la República (la desigualdad de que a unos se les exigiera el pago previo mientras que a otros no), dicho precedente legislativo es argumento sólido para que el Tribunal Constitucional se hubiese hecho cargo de remediar la anterior desigualdad, sin temor alguno. Es decir, animado por el precedente legislativo en su favor, que el Tribunal Constitucional hubiese declarado la regla del previo pago del Código del Trabajo inconstitucional, sin más.

## V. LA IMPORTANCIA DE LA DOCTRINA CONTENIDA EN SENTENCIA DE 27 DE ENERO DE 2011, ROL N° 1.580

La importancia de la doctrina contenida en esta sentencia es que el Tribunal Constitucional recogió finalmente la tesis que Soto Kloss presentara en su intervención, como abogado integrante del Tribunal Constitucional, en sentencia de 28 de febrero de 1994, rol N° 185. En otras palabras, el Tribunal Constitucional acogió la teoría de *la intrínseca inconstitucionalidad* de la regla *solve et repete* en el considerando 8° de la sentencia aludida:

«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» (Cursiva de mi parte).

Con este pronunciamiento se consolida, por parte del Tribunal Constitucional, una jurisprudencia de más de 10 años en relación a la exigencia del previo pago. Es más, incluso puede defenderse que dicho tribunal estima que, aplicada la exigencia del *solve et repete* a un caso concreto, ya no es sólo inaplicable por inconstitucional, sino que es en sí mismo, *en abstracto*, inconstitucional. Ello puede alegarse siempre ante el mismo tribunal, el que con igual criterio, debiese seguir declarándolo así.

## VI. CONCLUSIÓN

El Tribunal Constitucional comenzó a considerar la inconstitucionalidad de la regla *solve et repete* en sentencia rol N° 185, a inicios de 1994. Lamentablemente, en esa ocasión, el mismo tribunal no declaró la inconstitucionalidad de esta exigencia contenida el proyecto de ley que luego se convertiría en la actual Ley 19.300. Sin embargo, se instaló en la referida sentencia la opinión disidente del abogado integrante Soto Kloss que luego generaría repercusiones en el mismo tribunal en cuanto a la inconstitucionalidad de la regla comentada. Por otra parte, se trata de la primera crítica contundente al mecanismo del previo pago en Chile. Posteriormente, a título de repercusiones, en el Tribunal Constitucional hubo similares disidencias relativas a la inconstitucionalidad de la regla *solve et repete*, a pesar de que dicho tribunal siguió considerándolo constitucional en los controles preventivos de constitucionalidad de las leyes. Esta jurisprudencia cambió, sin embargo, con la sentencia rol N° 536. En efecto, el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional la frase contenida en el inciso tercero artículo 183-1 del proyecto de ley que reguló, entre otros aspectos, el régimen de trabajo en subcontratación. En otras palabras, finalmente el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional, en control preventivo de constitucionalidad, la exigencia del previo pago.

Meses posteriores, hubo un retroceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, esta vez por la vía de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Efectivamente, en sentencia rol N° 546 no logró generarse el quórum necesario para acoger un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en contra de la exigencia del previo pago contenida en el DL N° 3.538, pues, en efecto, hubo votación dividida y consecuente desestimación del recurso.

No obstante lo anterior, la jurisprudencia por la vía de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad, a contar de 2009, cambió rotundamente. En



efecto, hasta julio de 2011, el Tribunal Constitucional acogió 16 recursos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en contra del artículo 474 del Código del Trabajo y en contra del artículo 171 del Código Sanitario. Estos pronunciamientos cristalizaron una excelente doctrina, que se mostró contundente y sólidamente contraria a la regla *solve et repete*, toda vez que, a juicio del Tribunal Constitucional, la exigencia del *solve et repete* vulneraba la garantía de la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos (artículo 19 N° 3 de la Constitución) y del respeto al contenido esencial de los derechos (artículo 19 N° 26 de la Constitución).

El pronunciamiento que recayó sobre el recurso de inconstitucionalidad en contra del artículo 474 del Código del Trabajo constituye, nuevamente, otro retroceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional relativa al pago previo. Efectivamente, la sentencia rol N° 1.173 produjo desgraciadas consecuencias, aún vigentes, que podrían haberse remediado. En síntesis, el Tribunal Constitucional, por razones poco convincentes, no declaró inconstitucional la regla *solve et repete* contenida en el Código del Trabajo y permitió, por el contrario, su subsistencia temporal en el ordenamiento jurídico bajo efectos perniciosos.

A pesar de lo anterior, el mismo tribunal abrió luego un pronunciamiento de oficio que terminó con la declaración de inconstitucionalidad, bajo efectos universales, de la exigencia de previa consignación contenida en el artículo 171 del Código Sanitario. A ello se arribó por las mismas convicciones que el Tribunal Constitucional ya había tenido en consideración en los pronunciamientos por la vía de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad, a saber, una regla contraria a los numerales 3° y 26° del artículo 19 de la Constitución. Por otra parte, esta vez se exigía el previo pago del total de la multa y no de una parte menor, como ocurría en rol N° 1.173, lo que influyó decisivamente en la decisión del Tribunal Constitucional.

Finalmente, toda una jurisprudencia se consolidó con la llegada de la sentencia rol N° 1.580, por cuanto, acogiendo expresamente la tesis de la intrínseca inconstitucionalidad del *solve et repete* de Soto Kloss, el Tribunal Constitucional declaró que la exigencia del previo pago es “en sí misma inconstitucional”. Del mismo modo, igual fenómeno ocurrió con el pronunciamiento de fecha 18 de octubre de 2011, rol N° 2.036, pues, en efecto, a pesar de que el proyecto de ley que se le sometió a su control preventivo de constitucionalidad no contenía exigencia de previo pago alguna, el Tribunal Constitucional lo declaró conforme a la Carta Fundamental, entre otras razones, justamente por no contemplarse el mecanismo del *solve et repete* en el procedimiento contemplado para impugnar resolución que imponía una multa administrativa.

## LA IMPUTACIÓN DEL HECHO ILÍCITO PENAL

Mauro Ronco\*

SUMARIO: 1. La experiencia de la juridicidad. 2. La relación entre juridicidad y moralidad. 3. Irreductibilidad del hombre a la realidad natural: los caracteres propios del obrar humano según voluntariedad. 4. La imputación jurídica sobre el fundamento de la causalidad moral. 5. Una reflexión acerca del concepto de culpabilidad. 6. La imputación de las consecuencias del acto.

### 1. LA EXPERIENCIA DE LA JURIDICIDAD

El orden del derecho penal y las relaciones jurídicas de imputación de un hecho a una persona postulan un fundamento de tipo psicológico-antropológico, es decir, basado en aquello que es el hombre según su propia naturaleza o, si no se quiere asumir la naturaleza como punto de partida, en el modelo de hombre que se percibe convincente en una determinada época y en una cierta circunstancia histórica. La historia, la arqueología y nuestra misma observación verifican constantemente el hecho empírico de que el hombre arraiga su vida en el interior de un estado social, dando origen a grupos de convivencia política, que abrazan tendencialmente todos los aspectos de la existencia, o bien a grupos dedicados a objetivos particulares y limitados, comerciales, educativos, recreativos, que no atañen a la totalidad de la vida. Esta primera constatación está vinculada estrechamente a una ulterior evidencia inmediata, que en todas estas formaciones sociales, la conducta de cada persona es tomada en consideración con relación a los fines y a las reglas del grupo al que pertenece y, en consecuencia, que tal conducta es valorada por la colectividad con referencia a la rectitud o al *deficit* de rectitud del hombre que ha consumado la conducta. Quien actúa es valorado no sólo como miembro del grupo, según un juicio de funcionalidad social de su conducta, sino, sobre todo, en su condición de persona, en una visión de conjunto que lo hace responsable personalmente de su conducta y, por lo tanto, merecedor de premio o vituperio, tal vez también sólo en el

---

\*Catedrático de Derecho Penal, Universidad de Padua/Italia. Texto de la Conferencia pronunciada el 5.9.2011 en el Aula Magna de la Universidad Santo Tomás (traducción de la Dra. María de Lezica, docente de la Universidad Católica Argentina/Buenos Aires).

plano de la estimación social. El funcionario que comete una exacción contra el ciudadano; el contribuyente que corrompe al funcionario para evadir el pago del impuesto; el individuo que roba la cosa ajena o falsifica materialmente el instrumento contractual; el testigo que presta falso testimonio en juicio o el envidioso que acusa a otro de un delito del que lo sabe inocente; el individuo violento que hiere o mata a un rival suyo, es considerado merecedor de reproche; por esta razón todos los autores de hechos de este tipo están llamados a responder por sus actos y están sujetos a una sanción.

De esta doble constatación surge que el dato empírico del que tenemos experiencia no se agota en el darse puro y simple del hecho material relativo a la convivencia social, sino que incluye también el significado ético, político y jurídico de la vida de los hombres en sociedad. De este modo puede apreciarse el estrecho vínculo entre los elementos ónticos y los axiológicos que caracterizan la presencia del hombre en sociedad: la vida social, considerada a la luz de la experiencia, se revela no como una acumulación caótica de acontecimientos concatenados sólo de modo natural unos con otros, sino como un conjunto inteligible de hechos, porque están cargados de significado ético, social y jurídico.

Como recuerda Félix Lamas, profesor argentino de filosofía del derecho, la relación entre el hombre, su experiencia ética, la vida social y el tejido de las relaciones jurídicas no es meramente accidental, ya sea porque no se da experiencia de un hombre o de muchos hombres desprovista absolutamente de un mínimo de vida social (de hecho, sólo la abstracción mental permite estudiar separadamente cada una de las tres dimensiones de la vida humana, ética, social y jurídica); ya sea principalmente porque dicha relación parece expresar una experiencia primaria radicada en la misma naturaleza del hombre<sup>1</sup>. Con relación a esto, Santo Tomás de Aquino, parafraseando a Aristóteles, y tal vez enriqueciendo la expresión usada por el antiguo filósofo de «πολιτικὸν ζῷον»<sup>2</sup>, definió al hombre como ser político y social<sup>3</sup>, donde el término «social» incluye la totalidad

---

<sup>1</sup>Félix Adolfo Lamas, *El hombre y su conducta. El fundamento psico-antropológico del derecho y de las relaciones jurídicas de imputación. Para el posgrado de Derecho Penal*. Universidad Católica Argentina. 2009, 1.

<sup>2</sup>Aristóteles, *Política*, I, 2, 1253a: “A partir de estas consideraciones es evidente que el estado es un producto natural y que el hombre es por naturaleza un ser social; cfr. también *Ética Nicomaquea*, I, 1 1169 b18: “En efecto, el hombre es un ser político y por lo tanto naturalmente dado a la vida en sociedad”. He utilizado para la *Política* la traducción de Renato Laurenti que se encuentra en el tomo 9 de las *Obras* de Aristóteles publicadas por la Biblioteca Universal Laterza. Bari. 1986, 6. La edición en cuestión se presenta según el orden y la numeración que le diera a las obras de Aristóteles Immanuel Bekker en su clásica edición para la Academia de Berlín; para la *Ética Nicomaquea* la traducción es de Armando Plebe que se encuentra en el tomo 7 de las *Obras*.

<sup>3</sup>S. Tomás de Aquino, *De Regimine Principum ad regem Cypri et de regimine Judaeorum ad ducissam Brabantiae*, bajo la dirección de G. Mathis, Torino, 1971, L. I, cap. I. Cfr. también

de las formas de convivencia, y el término «político», la forma más alta de síntesis de moralidad y sociabilidad. A los fines de esta definición, podría agregarse que el hombre es también un ser esencialmente «jurídico», tan así que la experiencia jurídica es connatural a la realización de la vida del hombre en sociedad<sup>4</sup>. Ahora bien, si el hombre es un ente necesariamente caracterizado por la sociabilidad, moralidad y juridicidad, son válidas las dos proposiciones siguientes: por una parte, que es imposible comprender adecuadamente qué es la humanidad del hombre si no se considera su dimensión relacional, jurídica y social; por otra parte, que, y todavía más radicalmente, no se puede comprender qué son la sociabilidad, la moralidad y la juridicidad si no es partiendo de la comprensión de aquello que es el hombre, en sus dimensiones específicas, porque el hombre es la raíz de lo que es social, moral y jurídico en el mismo sentido en que él es la fuente de su propia vida<sup>5</sup>.

## 2. LA RELACIÓN ENTRE JURIDICIDAD Y MORALIDAD

Por las razones expuestas en el párrafo anterior, el fundamento de toda estructura ético-jurídica debe buscarse en la estructura operativa del hombre. Dice Aristóteles que el hombre es principio y padre de las propias acciones, como lo es de sus hijos, tanto así que, si "...no podemos reconducir las acciones a otras causas que no estén en nosotros, las acciones cuyas causas están en nosotros, deben depender ellas mismas de nosotros y, por tanto, ser voluntarias"<sup>6</sup>. En este breve pasaje están contenidos tres aspectos distintos. Primero que nada, Aristóteles alude a las acciones cuyos principios están en nosotros mismos como causa de las acciones. Éste es el perfil específicamente «causal», que constituye el dato común a todo dinamismo natural. Nosotros somos causa «física» de las acciones; y esta «causalidad», que puede reconducirse a las dimensiones de la causalidad

---

Id., *In octo libros Politicorum Aristoteli expositio*, bajo la dirección de R. Spiazzi, Torino, 1966, L.I, n. 37 "...homo est naturaliter animal domesticum et civilé". Sobre la utilidad de la obra de Santo Tomás de Aquino para el jurista, remito a la observación de Rudolph von Jhering, en la tercera edición de su obra *Der Zweck im Recht*. A un crítico de la segunda edición, que le había recordado cómo el Doctor Angélico había ya desarrollado dignamente algunos temas realistas-prácticos sobre la dimensión social de la moralidad, reconoció fundada esta observación, lamentando que el pensamiento del teólogo medieval haya sido olvidado por los filósofos modernos y teólogos protestantes y observó: "*Welche Irrwege hätte sie sich ersparen können, wenn sie dieselben beherzigt hätte! Ich meinerseits hätte vielleicht mein ganzes Buch nicht geschrieben, wenn ich sie gekannt hätte, denn die Grundgedanken, um die es mir zu thun war, finden sich schon bei jenem gewaltigen Denker in vollendeter Klarheit und prägnantester Fassung ausgesprochen*". (R. V. Jhering, *Der Zweck im Recht*, 3. Aufl. Lipsia. 1898, 161, nota \*\*).

<sup>4</sup>La aclaración es de Lamas, *op. cit.*, *ibidem*.

<sup>5</sup>*Ibidem*.

<sup>6</sup>Aristóteles, *Ética Nicomaquea*, L. III, 5, 1113b, 20-23.

dad eficiente, es la base física del específico dinamismo ético-jurídico. Aristóteles alude, en segundo lugar, a las acciones que dependen de nosotros en un sentido mucho más complejo que la mera causalidad física. Verdaderamente, una obra intelectual, por ejemplo la construcción de un palacio o el alegato en un proceso penal, dependen del arquitecto o del abogado en un orden que va mucho más allá de la causalidad eficiente, aunque la presuponen, implicando relaciones no de simple causalidad, sino, sobre todo, de pertenencia intelectual. Por último, Aristóteles introduce el concepto de voluntariedad, que constituye el factor determinante en virtud del cual los actos son subjetivamente apropiables por parte del sujeto, por lo tanto, le son enteramente referibles y, en consecuencia, son generadores de responsabilidad.

Aristóteles inaugura, en la *Ética Nicomaquea*, la enseñanza de la doctrina de la imputación, entendida como atribución de un hecho a un sujeto en virtud de un conjunto de relaciones de causalidad, de autoría y de intencionalidad volitiva. El mundo ético y jurídico se recorta de este modo con trazos que lo distinguen netamente del campo de la naturaleza y de la biología.

Se sobreentiende que la estructura del acto humano voluntario, que funda las relaciones de imputación ética y jurídica, no se distingue según el tipo de consecuencia derivado del juicio de imputación, si ellas son de carácter ético, o bien social o jurídico. Dice Aristóteles en un pasaje apenas posterior al ya examinado: “Es absurdo... que quien realiza acciones injustas no quiera ser injusto y que quien se comporta como intemperante no quiera ser intemperante”<sup>7</sup>. La estructura operativa del hombre es la misma tanto cuando el acto humano es valorado a los fines éticos como cuando es valorado a los fines jurídicos. Derecho y moral no pueden tener en común la materia, que es la acción humana. No son coincidentes los extremos de la materia relativa al derecho y a la moral respectivamente, a causa de que, mientras todo acto humano está sujeto a la ley moral, escapan al derecho todos los actos puramente internos de la persona, y también los actos externos que no hayan sido asumidos como objeto de consideración por parte de una precisa norma jurídica. También en cuanto a la forma, moral y derecho tienen la misma estructura de obligatoriedad. Sin embargo, difieren entre ellos porque, en el campo de la moral, se incluye todo deber, surja éste directamente de la ley de Dios, de la naturaleza de las acciones, o de la voz de la conciencia. En cambio, en la esfera jurídica, se incluyen solamente aquellos deberes que se han contemplado por las normas jurídicas, por los institutos y por las fórmulas normativas. Por lo tanto, las diferencias entre derecho y moral no implican su separación absoluta, como si fuera distinto el hombre «moral» y el hombre «jurídico». Las diferencias entre derecho y moral

---

<sup>7</sup>*Ibidem*, 1114a, 12-14.

proceden de la raíz social del derecho, que no pertenece a la moral. La pura norma ética guía el acto humano en cuanto brota del sujeto y retorna a él mismo, perfeccionándolo o corrompiéndolo; la norma jurídica guía el acto humano, que surge del sujeto y retorna a él mismo, pero que entra en el tejido de la vida social, produciéndole un enriquecimiento o un perjuicio. Si algunas veces el derecho puede limitarse a mirar solamente el efecto exterior y objetivo del acto, como en algunos sectores del derecho civil, algunas otras, como en el derecho penal, no puede no mirar también al sujeto y a la característica propia del obrar humano según voluntariedad, porque es del interior del hombre que brota la acción.

### 3. IRREDUCTIBILIDAD DEL HOMBRE A LA REALIDAD NATURAL: LOS CARACTERES PROPIOS DEL OBRAR HUMANO SEGÚN VOLUNTARIEDAD

El sujeto de la imputación jurídica, al igual que el sujeto de la imputación moral, es la persona que Boecio definió recogiendo en los albores de la Edad Media la herencia clásica, como "...*rationalis naturae individua substantia*"<sup>8</sup>, es decir, como sustancia individual (o bien, dicho de otro modo, como «sujeto subsistente», o «hipóstasis», o «suppositum») caracterizada por la naturaleza racional. Con este carácter se quiere significar que la sustancia individual, que es el hombre, trasciende las realidades materiales y sensibles, porque está dotada de una dimensión espiritual. La irreductibilidad del hombre a la realidad física se revela esencialmente tanto por su capacidad de conocimiento abstractivo como por el fenómeno de la conciencia y, por último, también por el aflorar, a la luz de la experiencia, actos apetitivos por parte del hombre que tienen un objeto universal y no sensible<sup>9</sup>.

La pertenencia del acto a la persona, en la que se resuelve el juicio de imputación, explica el carácter personal de la responsabilidad penal, como bien dispone el art. 27, inciso 1° de la Constitución italiana. Solamente el acto voluntario es imputable, porque solamente dicho acto pertenece plenamente a la persona. La voluntariedad postula el despliegue actual de una serie de facultades que caracterizan en potencia a la persona: antes que nada, el conjunto de las facultades que integran la organización perceptiva del hombre, los sentidos internos y externos, la imaginación, la memoria, la capacidad de comparar entre ellos los significados de las imágenes (definida en términos escolásticos como facultad cogitativa);

---

<sup>8</sup>Boezio, *Contra Eutiche e Néstorio*, en *Gli opuscoli teologici*, bajo la dirección de L. Obertello, Milano, 1979, Cap. 3, 4-5, 326.

<sup>9</sup>Lamas, *El hombre: fundamento de la realidad ético-social. Estructura del hombre y estructura ético social*, 1ª Parte, Universidad Católica Argentina, 2009, 8 ss.

luego, la inteligencia intuitiva y discursiva, que constituye el vértice de la facultad perceptiva; por último, las facultades apetitivas, en virtud de las cuales la persona está en condición de tender a algo con posterioridad y seguidamente al acto cognoscitivo. Correlativamente a las dos formas de conocimiento, sensible e intelectual, también la apetición puede ser de tipo sensible y de tipo racional. Esta segunda forma de apetición se define como voluntad. El horizonte en el que se mueve el acto personal es la libertad de la persona, vivida como una evidencia del sentido común y conocida a través de la experiencia cotidiana de cada uno<sup>10</sup>.

No es éste el lugar para afrontar *ex professo* el tema de la libertad. Me limito a subrayar, siguiendo a Aristóteles, el carácter radicalmente distinto de la índole propia del obrar del hombre según voluntariedad, respecto al movimiento que caracteriza las transformaciones de la naturaleza. La noción de movimiento no surge de modo apriorístico en la mente humana, ni constituye una mera apariencia sensible. Éste es un dato de la experiencia inmediata, que el hombre percibe en el plano tanto sensible como intelectual con referencia a todas las cosas y a todas las realidades que lo circundan. Los principios efectivo y extrínseco son considerados de modo dialéctico en cada movimiento que se define causa eficiente (o causa activa, operativa, motiva o productiva)<sup>11</sup>, y el término, o estado de quietud o de reposo, que es la perfección (relativa) obtenida a través del movimiento mismo. Principio activo y resultado final se implican recíprocamente en una oposición relativa<sup>12</sup>, de modo que un elemento no puede ser entendido sin el otro. El término del movimiento, en cuanto fin intencional de éste y de su principio (es decir, del principio eficiente), se define como causa final o, más sintéticamente, como fin, y consiste en aquello en virtud de lo cual algo es ("*causa finalis est id cuius causa aliquid sit*")<sup>13</sup>. Si se admite que haya movimiento y causalidad eficiente, debe admitirse también, por inferencia inmediata y necesaria, que haya una causalidad final, como misma *ratio causandi* de la causa eficiente<sup>14</sup>.

---

<sup>10</sup>Para el estudio de las facultades perceptivas, intelectivas y apetitivas señalo a Fabro, *La fenomenología della percezione*. Milano. 1941; Id., *Percezione e pensiero*. Milano. 1994; Siwek, *Psychologia experimentalis*. Torino. 1959; Id., *Psychologia metaphysica*. Roma. 1965.

<sup>11</sup>Cfr. Aristóteles, *Metafísica*, uso el tomo 6 de las *Obras* de Aristóteles de la colección citada precedentemente, con traducción de Antonio Russo, L. V, cap. 2, 1013 a 29-33; v. el comentario en Lamas, *El hombre: Fundamento de la realidad ético-social*, cit., 2ª parte: *Introducción al dinamismo humano*, 6.

<sup>12</sup>Para la definición de oposición relativa, cfr. Lamas, *op. ult. cit.*, 7, que señala a la oposición relativa como aquella que tiene lugar entre cosas que se implican recíprocamente, de modo que una no puede ser concebida sin la otra.

<sup>13</sup>S. Tomás de Aquino, *In duodecim libros metaphysicorum Aristotelis expositio*, bajo la dirección de R. Spiazzi, Torino, 1964, Lect. IV, 70.

<sup>14</sup>No es este el lugar para analizar el largo proceso reduccionista de la causalidad a las solas causalidades eficiente y material, operado por el nominalismo filosófico, y luego por el desmantelamiento escéptico de la misma causalidad eficiente, operada por Hume (*Treatise*

En el libro tercero de la *Ética Nicomaquea*, Aristóteles profundiza el sentido de la acción voluntaria, distinguiéndola de la involuntaria. Como ha evidenciado un importante estudioso de Aristóteles del siglo XX, W.D. Ross, él no afrontó *ex professo* el tema de la libertad y no habló de libre arbitrio, aunque compartía la creencia del hombre común en su existencia real<sup>15</sup>. No obstante, partiendo de la evidencia inmediata del sentido común acerca de la responsabilidad que cada uno siente por los actos que le son propios, ha provisto las nociones esenciales para elaborar el nexo de imputación (fundamento de la responsabilidad) entre la acción y el sujeto que actúa. En el lugar 1113b, ya citado, él llama a dar testimonio del comportamiento tanto a las personas individuales privadas como a los legisladores, que tienen la responsabilidad de la vida de los Estados. En efecto, sean unos u otros, sancionan de modo más benévolo o con castigos más severos a aquellos que realizan el mal; aunque a condición de que dicho comportamiento no sea fruto de violencia o de ignorancia, es decir, de esa ignorancia de la que ellos no tienen la responsabilidad, porque en el caso actuaron mal por una violencia que sufrieron o por ignorancia, *ergo*, sus actos no serían voluntarios. Esto demuestra, según Aristóteles, que los legisladores sancionan a los transgresores en cuanto actúan con voluntariedad<sup>16</sup>.

La distinción entre la acción humana y los hechos puramente naturales es desarrollada profundamente por Aristóteles en la *Ética Eudemia*, II, 6, sobre la base de las distintas causas de los dos tipos de movimiento. El hombre, como ente físico, es principio de movimientos puramente físicos; pero, único entre los seres vivos, “puede ser también principio de determinadas acciones, porque de ninguno de los otros animales podemos decir que «actúa»”<sup>17</sup>. También en el caso de la acción humana, el vínculo entre causa y efecto es necesario, en el sentido de que no puede darse una causa sin que se dé, de ella, el efecto. El vínculo entre las acciones humanas y sus consecuencias presenta una cierta analogía con el vínculo entre los principios de las matemáticas y sus consecuencias: hay identidad entre ellas, en el sentido de que en ambos casos, en las matemáticas y en la característica propia del obrar humano según voluntariedad, dadas ciertas condiciones se derivan necesariamente determinadas consecuencias; hay diferencia, en el sentido de que, mientras las definiciones de las primeras son inmutables, las acciones humanas son mudables. Por lo tanto, la causalidad humana es verdadera causalidad, porque dadas

---

on *Human Nature*). Para el tratamiento profundizado de las cuatro causas en la filosofía de Aristóteles cfr. M. Bastit, *Les quatre causes de l'être selon la philosophie première d'Aristote*. Louvain- La-Neuve. 2002, *passim*.

<sup>15</sup>W. D. Ross, *Aristóteles* (1923), tr. it., Milano. 1982, 194 s.

<sup>16</sup>Aristóteles, *Ética Nicomaquea*, cit., 1113b, 23-27.

<sup>17</sup>Aristóteles, *Ética Eudemia*. Uso el tomo 8 de las *Obras de Aristóteles* de la colección citada precedentemente, según la traducción de Armando Plebe, 1222 b, 18-21.



ciertas acciones, las consecuencias son necesarias; pero es también una causalidad contingente, porque no es necesario que la acción sea siempre la misma, sino que puede ser también su opuesto. Luego es principio, en sentido fuerte, de consecuencias contrastantes, en cuanto la causalidad humana es mudable<sup>18</sup>. El efecto está necesariamente unido a la causa. Pero la causa es variable. La característica propia del obrar humano según voluntariedad es una causa variable. El hombre es dueño de sus acciones y depende de él si ellas se producen o no. Dice Aristóteles: "Por ello es evidente que todas las acciones de las que el hombre es principio y artífice pueden ya sea ser como no ser y que depende de él que sean o no sean las cosas de las que él es artífice del ser o del no ser. Por tanto, él es responsable de las cosas que está en él hacerlas o no: y las cosas de las que él es responsable, dependen de él"<sup>19</sup>. El concepto de responsabilidad deriva del carácter propio del obrar humano según voluntariedad, cuyo principio está en la persona que actúa. Quien tiene en sí mismo el principio y la causa de las acciones que realiza es también responsable de ellas. Los términos usados son αἰτία y ἀρχή: causa y principio. Es evidente que aquí el concepto de causa es análogo, pero no es el mismo concepto que define la causa material. Aquí la causa encuentra su origen en el sujeto mismo que actúa, que podría actuar de modo diverso. Solamente de las acciones voluntarias, cuyo principio está dentro del sujeto, él puede responder frente a los demás, recibiendo de éstos vituperio o alabanza: "Por otra parte, la virtud y el vicio, no menos que los actos que de ellos derivan, son dignos unos de alabanza y otros de vituperio; ahora bien, no se alaban ni vituperan las cosas que son resultado de la necesidad, del azar o de la naturaleza, sino las cosas de que nosotros mismos somos la causa, porque siempre que es otro el causante, sobre él han de recaer la alabanza y el vituperio. Está claro, en suma, que tanto la virtud como el vicio guardan relación con los actos de que el hombre mismo es causa y principio. Ahora bien, todos estamos de acuerdo en que cada hombre es causa de los actos voluntarios y conformes a su libre elección, mientras que no es causa de los actos involuntarios, y es claro, por otra parte, que son voluntarios los actos efectuados después de una libre elección. Asimismo es evidente que la virtud, no menos que el vicio, cuéntase entre los actos voluntarios."<sup>20</sup>. [Aristóteles, *Ética Eudemia*, UNAM, México D.F., 1994, 35]. El hombre es, entonces, causa moral, y no solamente material, de sus acciones, y de una parte de sus consecuencias. El ser causa moral de la acción es lo que permite la imputación de la acción al sujeto como su αἰτία' y ἀρχή: causa y principio.

---

<sup>18</sup>Cfr. el comentario de Carlo Natoli, *Aristóteles: acción y responsabilidad*, en *La libertà del bene*, bajo la dirección de Carmelo Vigna. Milano. 1998, 90.

<sup>19</sup>Aristóteles, *Ética Eudemia*, cit., 1223a, 4-8.

<sup>20</sup>Aristóteles, *Ética Eudemia*, cit., 1223a, 9-20.

#### 4. LA IMPUTACIÓN JURÍDICA SOBRE EL FUNDAMENTO DE LA CAUSALIDAD MORAL

El fundamento en torno al cual ha girado por siglos, y de hecho gira todavía hoy el derecho penal –independientemente de lo que piensen muchos doctrinarios del derecho–, es la persona como causa moral y no sólo como causa material o funcional de su acto y de sus consecuencias (*rectius*: de una parte de ellas)<sup>21</sup>. La imputación se funda en ser el hombre la causa moral, es decir, causa contingente y voluntaria de acciones que tienen efectos necesarios; en definitiva, como causa libre de acciones voluntarias y de una parte de sus consecuencias. Si él es causa moral de la acción, y en la medida en que lo es, tiene culpa, es decir, es culpable del hecho cometido. Causa moral = culpa, en la antigua acepción de *culpa*. *Culpa* corresponde, en términos modernos, a culpabilidad. *Culpa* en este sentido amplio comprende tanto el dolo como la culpa en sentido estricto. El significado lato de *culpa* ha sido esclarecido por Tomás de Aquino en la *Summa Theologiae*<sup>22</sup>. Como concepto de género comprende lo que ha sido realizado de modo reprochable, consistiendo en cualquier voluntaria *declinatio a bono vel ex malitia, vel ex negligentia*<sup>23</sup>. Significa causa moral, es decir, libre y voluntaria, de una conducta moral y jurídicamente reprochable. Acerca del concepto lato de *culpa*, como presente en el derecho común y aflorando también en el derecho vigente, han llamado la atención, con escritos dignos de evidenciar, Italo Mereu<sup>24</sup>

---

<sup>21</sup>La confirmación de derecho positivo acerca del rol fundamental de la causalidad moral es extraíble del art. 43 del código penal, donde se habla de un acontecimiento que “*es querido como consecuencia de la propia acción u omisión*” (en la primera línea) y, todavía más claramente, de un acontecimiento que “*se verifica a causa de negligencia o imprudencia o impericia, o bien por inobservancia de las leyes, reglamentos, órdenes o disciplinas*” (en la línea 3). Hablar de una voluntad y también de una negligencia que «causan» el acontecimiento significa evidentemente tener en mente el concepto de una «causalidad moral» y no de una «causalidad material».

<sup>22</sup>S. Tomás de Aquino, *Summa Theologiae*, Pars Prima, XLVIII, art. 5 respondeo: “*Malum autem, quod consistit in subtractione debitae operationis in rebus voluntariis, habet rationem culpae. Hoc enim imputatur alicui in culpam, cum deficit a perfecta actione, cuius dominus est secundum voluntatem*”; art. 61, respondeo: “*...ipsa culpa consistit in deordinato actu voluntatis...*”. Utilizo la *Summa* en la edición de 1698 con el comentario del card. Cayetano: “*Angelici Doctoris Sancti Thomae Aquinatis Summa Theologiae in quinque tomos distributa cum commentariis Thomae de Vio Cardinalis Cajetani, Pars Prima, Patavii, 1698, 335, 336; Id., Prima Secundae, q. XXI, art. 2, respondeo: “Nihil enim est aliud laudari, vel culpari, quam imputari alicui malitiam, vel bonitatem sui actus. Tunc enim actus imputatur agenti, quando est in potestate ipsius, ita, quod habeat dominium sui actus”, ibi, Pars Prima Secundae, 1698, 123; Id., Secunda secundae, q. XXXIV, art. 2, ibi, Pars secunda secundae, 1698, 1231.*

<sup>23</sup>En este sentido, expresamente Tiberio Deciani, *Tractatus criminalis D. Tiberii Deciani utinensis duobusque tomis distinctus*, Venetiis, 1590, Tomo Primero, Libro Primero, Cap. VI, *De Culpa*, 7.

<sup>24</sup>Di Italo Mereu véase sobre todo el hermosísimo *Culpa = colpevolezza. Introduzione sulla colpevolezza fra i giuristi del diritto comune*, 2ª ed. Bologna. 1973. De Mereu véase también su importante *Storia del diritto penale nel’500. Studi e ricerche*. I, Napoli. 1964.

y Elio Morselli<sup>25</sup>, a quienes me remito enteramente para evitar cualquier repetición. Me interesa poner de manifiesto en esta sede el significado de *Culpa* = culpabilidad en la teoría y en la práctica del delito. La *culpa* o culpabilidad no es sólo el presupuesto de la imputación, o sea, de la responsabilidad, porque sin culpabilidad no hay acción libre y voluntaria; es decir, no hay acción, cuyo principio y causa sean efectivamente atribuibles al sujeto como su dueño, pero es también el significado axiológico del dolo y de la culpa, o sea, el significado de disvalor subjetivo de la volición del hecho y de su negligencia.

Bajo el primer aspecto, como presupuesto de la imputación, la culpabilidad exige la capacidad intelectual y la normalidad volitiva y también la madurez del sujeto que actúa; el conocimiento de la norma; la voluntariedad plena del obrar, que se excluye o se ve gravemente afectada por las situaciones de violencia, amenaza grave o engaño con relación al agente. Las causas de exclusión o de disminución de la culpabilidad, que pueden volver a vincularse a la llamada inexigibilidad, integran situaciones que inciden en la plena voluntariedad del obrar, excluyéndola o limitándola significativamente. La culpabilidad exige la libertad psicológica y jurídica del agente que impone recorrer las distintas etapas antecedentes a la realización del acto volitivo, concernientes a la normalidad de los procesos perceptivos, la idoneidad de la inteligencia de conocer las cosas en su sentido valorativo (*id est*: en su sentido inteligible universal y no sólo en lo sensible), la capacidad de representarse al bien objeto de la apetición sensible y de la apetición voluntaria<sup>26</sup> como motivo.

Desde el segundo punto de vista, la culpabilidad, por las razones y en virtud de todos los elementos que hemos visto, que constituyen su estructura y objeto, influye y tiñe al mismo dolo y la misma culpa, por lo que se debe hablar correctamente de culpabilidad del dolo y de culpabilidad de la culpa, más o menos medible en función del significado «culpable», *id est*, del tipo de *culpa*, del acto doloso o del acto culposo.

La culpabilidad es concepto ordinal, que admite el más y el menos, con relación al distinto modo de comportarse del agente respecto al hecho, ya sea con relación a su vivencia personal o al contexto concreto en el

---

<sup>25</sup>E. Morselli, *Il ruolo dell'atteggiamento interiore nella struttura del reato*, Padova, 1989; Id., *Disvalore dell'evento e disvalore della condotta nella teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 796; Id., *Condotta ed evento nella teoria del reato*, en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 1081; Id., *Il problema della causalità nel diritto penale*, en *Indice pen.*, 1998, 879.

<sup>26</sup>Para el diseño de la culpabilidad en una perspectiva en muchos aspectos similar a la entendida por mí, cfr. E. Dreher, *Über die gerechte Strafe. Theoretische Untersuchung für die deutsche Strafrechtliche Praxis*. Heidelberg. 1947; Id., *Die Willensfreiheit*. München. 1987, 5 ss.; Griffel, *Prävention und Schuldstrafe*, in: *ZStW* 98 (1986), 28 ss.; Arth. Kaufmann, *Das Schuldprinzip*, 2. Aufl. Heidelberg. 1976; M. Köhler, *Der Begriffe der Strafe*. Heidelberg. 1986, 21 ss.; E.J. Lampe, *Strafphilosophie. Studien zur Strafgerechtigkeit*. Köln, Berlin, Bonn, München. 1999, 225 ss.

que ha actuado<sup>27</sup>. Por tanto, se pasará del acto de voluntad del hecho absolutamente no culpable de quien haya actuado bajo el influjo de una psicosis paranoica –que ha invertido completamente el funcionamiento de la mente– al acto de voluntad del hecho consumado por el sicario que mata para obtener una compensación; o del sujeto que mata por desahogo de un odio contra la víctima, alimentado por una reflexión interior que dura un considerable período de tiempo. En ambos casos habrá volición del hecho: sin embargo, en el primero, la ausencia total de la culpabilidad (*rectius*: la ausencia de una *culpa* personal) hará imposible reconocer la subsistencia del mismo dolo, que está presente solamente en sus elementos meramente psicológicos y naturalistas, pero que está ausente en la realidad axiológica del actuar personal. Ciertamente, los elementos psicológicos hunden sus raíces en el significado axiológico que posee la conducta para el sujeto agente en el despliegue del acto volitivo. En el segundo caso, la presencia de la culpabilidad en el grado máximo, revelada por la plena lucidez con la que el acto ha sido realizado y por el indiscutido dominio del motivo egoísta que ha provocado la decisión del acto, permitirá decir que el dolo es particularmente intenso, porque ha conducido al agente a obrar no tanto en función de un estímulo sensible particular, sino de un interés egoísta elevado a máxima de comportamiento universal, opuesto a la máxima delineada en el precepto.

Culpabilidad o, en el lenguaje antiguo, *culpa* en sentido amplio, señala el conjunto de las razones subjetivas que justifican la imputación moral de un acto a la persona, es decir, que permiten decir que el acto le pertenece justamente en sentido pleno e integral, habiendo comprometido no sólo sus potencias sensibles, sino también las inteligibles. Por tanto, perteneciendo el acto plenamente a la persona, es legítimo imputarle sus consecuencias (sólo algunas, es cierto, como *infra* se verá) del acto. Culpabilidad, o *culpa* en sentido amplio, señala también el constitutivo axiológico del dolo y de la culpa, en virtud del cual el acto de voluntad o la transgresión de la norma son culpables, en cuanto actos que comprometen integralmente a la persona en su aparecer en el mundo no como nuda dación material, sino como sujeto capaz de proyectarse a sí mismo en una relación de valor con los demás.

## 5. UNA REFLEXIÓN ACERCA DEL CONCEPTO DE CULPABILIDAD

Es oportuno ahora desarrollar una reflexión acerca de la relación entre la culpabilidad, por un lado, y el dolo y la culpa, por el otro. El método del delito surgido de la tradición llamada clásica distingue en la culpabi-

---

<sup>27</sup>Sobre el punto cfr. G. Caruso, *La discrezionalità penale. Tra «tipicità classificatoria» e «tipologia ordinale»*. Padova. 2009, 238-400.

lidad la categoría de síntesis cuyo presupuesto es la imputabilidad y sus constitutivos fundamentales son el dolo y la culpa. El método postfinalista determina los elementos constitutivos esenciales de la conducta en el dolo y en la culpa y, por tanto, del delito. La culpabilidad es focalizada, en este segundo cuadro sistemático, en el conjunto de las condiciones personales que fundan la imputación de la conducta al sujeto<sup>28</sup>. Ambas formulaciones presentan dos puntos discutibles, cuya fragilidad es comprensible sólo a la luz de la elaboración históricamente condicionada por las categorías dogmáticas y por las divisiones clasificatorias. Ante todo, es cierto que el dolo y la culpa connotan la conducta, porque una conducta que no sea dolosa o culposa no es una conducta completamente relevante. Sin embargo, también es cierto que el dolo y la culpa no son categorías meramente psicológicas o normativas, como, en cambio, aparecen reducidas en las conceptualizaciones dominantes en doctrina y operativamente practicadas en derecho<sup>29</sup>. Ciertamente, tanto el dolo como la culpa son conceptos que, aunque basados en una dación naturalista y psicológica (el dolo) o normativa (la culpa), poseen un profundo significado en el plano axiológico. Dolo y culpa se despliegan completamente en toda la extensión de su íntimo significado sólo cuando se considere que tales conceptos no comprenden sólo la mera voluntad del hecho o la simple violación de una norma funcional para impedirlo; en cambio son voluntad culpable y negligencia culpable, es decir, voluntad que causa el hecho prohibido por la ley, en cuanto «bien» egoísta para quien actúa, en oposición con la valoración en términos de «dis-valor», expresada por el ordenamiento jurídico, y también negligencia que ocasiona el hecho en cuanto el sujeto no es adecuadamente atraído por el valor del objeto que el ordenamiento considera un bien.

Ahora bien, si se volviera a considerar el dolo y la culpa en el despliegue integral de su contenido ético-jurídico, el concepto de culpabilidad podría en gran medida resultar superfluo. Se podría de este modo tomar nota del significado histórico del concepto de culpabilidad, nacido y elaborado en respuesta al naturalismo y al causalismo de la doctrina clásica, poniendo sobre la base del edificio penal al concepto de imputación del hecho ilícito penal como hecho ilícito personal, es decir, como hecho ilícito que ahonda sus raíces en la persona como causa moral de un actuar contrario a los preceptos del ordenamiento<sup>30</sup>.

A la luz de lo expuesto, se comprende cómo la culpabilidad, más allá de constituir el fundamento de la imputación, es también el elemento

---

<sup>28</sup>Me permito remitir a M. Ronco, *Il reato*, en *Commentario sistematico al Codice Penale*, obra dirigida por Mauro Ronco, v. II, t. I, Bologna. 2007, 59-151.

<sup>29</sup>*Id.*, *Il reato*, cit., 422-456.

<sup>30</sup>Para la instauración del «delito penal personal» cfr. E. J. Lampe, *Das personale Unrecht*. Berlin. 1967.

fundamental indispensable para la apreciación discrecional de la intensidad del dolo y del grado de la culpa. En los debates entre los autores de lengua germánica, desarrollados también en la doctrina italiana, ha sido profundizado el rol gradual que la culpabilidad reviste con relación a la conminación de la sanción<sup>31</sup>. Más radicalmente todavía, y con prioridad lógica, se dice que la culpabilidad, antes de constituir un criterio para la conminación discrecional de la pena, interviene para medir el dolo y la culpa. En verdad, dolo y culpa respectivamente como dación psicológica, y también, si bien de modo no absoluto, como violación de la regla de diligencia, no son regulables: la voluntad del hecho existe o no existe; si existe, su existencia no puede revelar un más o un menos de existencia. Consideraciones en parte análogas sirven en el caso de la violación de la regla de diligencia, en la que puede darse una mayor o menor distancia del comportamiento concreto de aquél conforme a la regla. Pero también para la culpa es decisivo, a los fines de la regulación, el comportamiento subjetivo tenido por el agente frente a la regla de diligencia. Lo que es regulable en un más y en un menos es sobre todo el aspecto axiológico del dolo y de la culpa, es decir, la mayor o menor *culpa* del actuar doloso o culposo del sujeto. Así es por los motivos más o menos innobles, o algunas veces, si bien muy raramente, también nobles, en vistas de que el sujeto actúa; es así por la premeditación, que vuelve más intenso el dolo, no porque el sujeto quiso de modo diverso el hecho a como lo quiso quien hubiera actuado sin premeditar el acto, sino porque ha gozado de un mayor espacio psicológico y espiritual para evaluar el «dis-valor» de la acción cumplida. Por lo cual el criterio fundamental de graduación de la culpabilidad es el tipo mayor o menor de libertad, externa e interna, de la cual el agente se vale al momento del acto: si los factores de condicionamiento intervienen en menor medida, mayor es la intensidad de la culpabilidad; cuando menos libre aparece el sujeto, por los condicionamientos de su vivencia personal y por la restricción de su horizonte conceptual, menor es la intensidad de la culpabilidad. Análogos argumentos sirven como referencia a la culpabilidad de culpa: aquél que actúe con la conciencia de violar una regla de diligencia es más culpable que quien haya actuado sin representarse un peligro no fácilmente previsible, porque ha revelado con su actuar un descuido, una desatención, una indiferencia más marcada hacia el bien ofendido del segundo agente. Luego, quien aún sin ser culpable de violar la regla de prudencia, actúe con desconsiderada temeridad, será tal vez directamente más culpable de culpa que el primer sujeto, porque su actuar desconsiderado es axiológicamente todavía más reprochable que quien haya actuado con la conciencia de violar una regla pero convencido de que por su capacidad habría logrado impedir el

---

<sup>31</sup>Para un resumen del debate cfr. Caruso, *La discrezionalità*, cit., 245-324.

hecho<sup>32</sup>. El punto cúlmine de la culpabilidad de culpa podría reconocerse en quien es tan intemperante –de aquí el uso del término lujuria para la culpa grave en el derecho intermedio– como para revelar con su comportamiento la incapacidad de gobernar racionalmente su manifestación en el mundo en respuesta conteste a la solicitud de respeto que surge por la relación jurídica con los demás.

## 6. LA IMPUTACIÓN DE LAS CONSECUENCIAS DEL ACTO

En la estrecha economía de este trabajo queda todavía llevar a cabo un paso. Muchas veces se ha dicho que pertenecen al sujeto agente el acto culpable y una parte de sus efectos, los cuales, en consecuencia, le son imputables. ¿Pero cuáles son los efectos imputables?

Los efectos imputables son evidentemente sólo los contemplados a través de la estigmatización de la norma penal. Ella no es sólo fuente, sino sobre todo causa formal del delito, puesto que la ley confiere forma racional –y es vinculante– al juicio acerca del carácter de bien común de un determinado bien, sea él particular o colectivo.

Luego, los efectos meritorios de imputación, que en un sistema de impronta personalista son pasibles de vituperio, son sólo los que constituyen el fin de la acción y los que el agente habría podido impedir a través del gobierno finalista de su obrar, con relación al respeto de los bienes garantizados por la normativa. Los efectos de la conducta que la ley asume en su forma son efectos que incluyen un perjuicio, en términos de peligro o de daño a un bien individual o social. Ahora bien, en el caso de efectos realizados ejecutando el fin de la acción, el agente con su actuar se opone al bien valorizado por la ley en la forma del bien común; él lo niega y afirma en su lugar un efecto (definido en el lenguaje habitual como «dis-valor») que él se representa y quiere como bien propio. De este modo sustituye con su juicio práctico una máxima de signo opuesto a la asumida en la forma racional por la ley. En el caso de efectos de la acción que se hubieran impedido por el gobierno finalista del propio actuar, pero que de hecho no se impidieron, el agente –aunque habiendo actuado sin construirse una máxima de signo opuesto a la del ordenamiento– descuidó encaminar su obrar a la exigencia de respeto de los bienes que el ordenamiento ha reconocido como bienes comunes, es decir, como bienes que representan un valor para la comunidad en su conjunto. También en este segundo caso se considera al aspecto finalista que caracteriza el obrar humano, aunque de modo distinto al caso de la conducta dolosa.

---

<sup>32</sup>La previsión de la circunstancia agravante la cual según el art. 62, n. 3 c.p. es comparable. Es cierto, sin embargo, que merecerían expresa previsión agravante también sucesivas situaciones de culpa grave, no necesariamente vinculadas con la previsión del hecho.

En el primer caso, el fin que constituye un «dis-valor» jurídico porque es contrario al bien protegido por el derecho, opera directamente como causa eficiente de la acción. En el segundo caso, el bien sobre el cual la acción incide de modo negativo, no inmuta adecuadamente a las potencias sensibles, intelectivas y volitivas del sujeto, aunque sí como para no constituir causa eficiente del despliegue del acto de energía, intelectiva y volitiva, dirigida a orientar la acción de modo distinto a como se ha desplegado, o sea, dirigida a impedir del todo el despliegue de la acción. La ausencia de una respuesta positiva del sujeto a la llamada del bien y la consiguiente ausencia de un acto de energía intelectiva y volitiva es lo que se llama negligencia, es decir, descuido, desatención, dejadez, o lujuria, en los casos más graves, según la terminología antigua. Su significado se comprende perfectamente de sólo pensar en su contrario, que es la diligencia. La última constituye la cualidad de la acción caracterizada por el interés hacia el bien; si el sujeto es diligente, él se da al objeto y actúa de modo de preservar el bien de todo perjuicio. La negligencia caracteriza la acción no gobernada de modo finalista por la atención de la inteligencia y de la voluntad, necesarias para la salvaguarda del bien.

Ambos efectos, sea los que son objeto del fin, por los que este último es la causa eficiente del obrar, sea los provocados por la inadecuada atención hacia el bien, en que este último no ha tenido la fuerza de suscitar la respuesta positiva del sujeto, son imputables al agente, porque él es su causa moral y, por tanto, es también su causa jurídica. En el primer caso, el fin contrario al derecho es la causa eficiente del obrar; en el segundo caso, el sujeto no ha dado con su acción una respuesta a la interpelación que el bien le dirigía a fin de que se adecuase a actuar respetándolo.

Se comprende en este punto que el error del finalismo no está en haber buscado poner en la base del derecho la estructura finalista ontológica de la acción, sino en haber descuidado que la acción humana, también plenamente relevante, se caracteriza no sólo por el finalismo del actuar, sino por el entrelazamiento entre causalidad eficiente y causalidad final. En la acción dolosa, la causalidad final contraria al derecho provoca un actuar eficiente que ofende al bien jurídico. En la conducta culposa, la causalidad eficiente provoca la ofensa al bien jurídico porque no se ha dejado motivar por una causalidad final conforme al bien jurídico.

En definitiva, el *concepto de bien* aparece decisivo a los fines de una coherente focalización de los criterios personalistas de la imputación penal. Se suele considerar al bien como punto terminativo de la conducta penal, sobre la que ella incide, provocando un perjuicio o un riesgo de perjuicio. Dicho concepto, de capital importancia en el derecho penal, merece ser integrado en una concepción integralmente personalista, enmendándolo por algunos aspectos, groseramente materialistas, que lo han corrompido algunas veces. Ciertamente, es necesario explicar dónde está el «mal» del obrar contrario al bien jurídico, o sea dónde está el «dis-



valor» jurídico, si el agente actúa siempre para realizar un bien propio, ejercitando con ello su libertad –que es un bien–, porque la libertad es un constitutivo esencial de la naturaleza racional del hombre. Es cierto que actúa por un bien aparente y no real, que le parece tal porque está errado en su consideración, en razón del olvido de que el bien se realiza en la relación compartida con los otros miembros de la sociedad, y no en el aislamiento y en la separación de sí de los demás. En definitiva, la causa final del delito, tanto en la conducta dolosa como en la negligente, es el egoísmo del agente, que pretende hacer todo menos respetar su rol de sujeto del ordenamiento junto con los demás; dicho en otros términos, es el repliegue de la autonomía del sujeto en una clausura egoísta sobre sí mismo, donde el yo se vuelve fin exclusivo, o casi exclusivo, como en los casos menos graves de culpa del obrar. Ciertamente, la ofensa del bien protegido es un «dis-valor» jurídico, porque así lo establece la ley. Pero más profundamente es un «dis-valor» jurídico personal, porque aún antes y más radicalmente de ser un «dis-valor» meramente legislativo, ese obrar, que no respeta el bien objetivo, o bien, que directamente lo ofende, es el fruto de *una separación del yo del nosotros* que constituye la trama esencial de las relaciones del derecho.

De este modo es posible llegar a una consecuencia no solamente empírica, sino también razonable del delito. Su esencia permanente es definida por el común despliegue de las cuatro causas aristotélicas. Causa formal del delito es la ley penal, que confiere una vigencia racionalmente fundada en el hecho humano, en el momento en el que lo asume expresamente en el modelo normativo bajo amenaza de la pena: sin ley penal podrá haber un acto ilícito, sobre el plano moral o social, pero no un delito. Causa material es la conducta del hombre, considerada incluyendo tanto el perfil físico como el psicológico. Causa eficiente es el hombre todo entero, como sujeto con capacidad de actividad voluntaria. Luego, causa final es el bien, subjetivo y aparente, en vistas del cual el sujeto actúa, que se opone al bien objetivo y verdadero que la ley penal protege<sup>33</sup>.

---

<sup>33</sup>Deciani, *Tractatus, op. cit.*, L. II, Cap. 2, *De Causis Delictorum*, 18-19.

## ESTABA ESCRITO: LECTURA DE LOS HECHOS ALREDEDOR DE LA MUERTE DE MUAMAR EL GADAFI

*Eugenio Pérez de Francisco\**  
*Luis Armando García Segura\*\**

SUMARIO: I. Introducción. II. Libia no es cuestión de un día (sin infantería)... III. La resolución 1973 (2011) del Consejo de Seguridad: lo que llegó a legiti-mar. IV. La resolución 2016 (2011) del Consejo de Seguridad: lo que podemos interpretar. V. Un varieté de cuestiones. VI. Conclusiones.

### I. INTRODUCCIÓN

Escenarios como Trípoli o Tobruk se hicieron famosos por las correrías de Rommel con los tanques del Afrikacorps en la II Guerra Mundial, conocidas por nosotros en el bachillerato, esos estudios hoy tan denostados; como también por el cine, que los inmortalizó con películas inolvidables, como *Cinco tumbas al Cairo* (Billy Wilder, 1943), *El zorro del desierto* (Henry Hathaway, 1951), *Sahara* (Zoltan Korda, 1943), con el inolvidable Bogart, o *Un taxi para Tobruk* (Denys de La Patellière, 1960).

Pero los habituales lectores de *Ius Publicum* han tenido en estos años de andadura<sup>1</sup> la posibilidad de conocer algunos de los polvos de los que proceden los lodos de la situación que nos encontramos hoy en esa parte de África.

Y así, un sátrapa, conocido como coronel Gadafi, en el poder desde 1969, ha estado jugando con la sociedad internacional al ratón y al gato desde su acceso al poder, primero al paio de la bipolaridad de la guerra

---

\*Doctor en Derecho por la Universidad Castilla-La Mancha y profesor catedrático de la Universidad Antonio de Nebrija, Madrid, España.

\*\*Doctorando en Derecho por la Universidad Antonio de Nebrija, Madrid, España.

<sup>1</sup>Perdónesenos la autocita, pero desde el año 2000 han sido en tres ocasiones en las que se ha afrontado la cuestión del Lockerbie por el primero de los coautores, en *Ius Publicum*; a saber: "El asunto Lockerbie: ¿es este el concepto de globalización de derecho internacional del Consejo de Seguridad?", publicado en el N° 4, 91-110, "Los daños colaterales del asunto Lockerbie", N° 9, 145-160 y, por último, "Epílogo del Lockerbie o Nahar el Kayet", N° 12, 201-202.

fría y luego, con velas propias. Buena prueba de ello fue con ocasión del conflicto del Golfo de Sidra, en abril de 1986, cuando la VI Flota norteamericana realizaba unas maniobras conocidas como “Praire fire” dentro de la línea trazada unilateralmente por Libia en el Golfo de Sidra (¡con lo grande que es el Mediterráneo!) y ello en base a la declaración hecha en 1973 de que dicho golfo debía ser considerado como bahía histórica (en la práctica, aguas interiores), de acuerdo con lo establecido en las primeras negociaciones de la III Conferencia de Derecho del Mar y luego firmada en 1982. Concretamente, el hostigamiento a la VI Flota se produjo cuando unos F-14 adscritos a la misma recibieron una andanada de misiles SA-5 libios; la respuesta norteamericana no se hizo esperar contra las bases de lanzamiento de los mismos.

Un poco después, el 2 de abril, un bar frecuentado por marines norteamericanos en Berlín fue destruido mediante la explosión de una bomba, siendo capturados y acusados de autores materiales del atentado, a la sazón, dos agentes del servicio secreto libio. Días después comenzaba la Operación Cañón Dorado con el saldo conocido de más de 2.000 muertos y numerosas instalaciones destruidas.

Pero Gadafi, incansable, puso en marcha nuevamente la acción del terrorismo destruyendo un avión civil que sobrevolaba Lockerbie, en territorio escocés, y que llevó a la solicitud de entrega por los Estados Unidos y Gran Bretaña de los supuestos autores para que fueran juzgados; el enrocamiento de Gadafi (no sin razón) en las previsiones de la Convención de Montreal; la subida de apuesta de Norteamérica al llevar la cuestión al Consejo de Seguridad (CdeS) y que éste acordara que dichos hechos afectaban a la paz y seguridad internacionales y el culmen del despropósito, al demandar Libia ante la Corte Internacional de Justicia al Consejo de Seguridad y a aquellos Estados, vodevil resuelto cuando Libia aceptó que los dos imputados fueran juzgados en una base militar norteamericana sita en los Países Bajos, por un juez escocés, conforme a la legislación penal escocesa, con el saldo de un imputado absuelto y otro condenado y pocos años después liberado por razones humanitarias. No fue sino hasta el año 2003 cuando se levantó el embargo internacional que pesaba sobre el comercio internacional con Libia.

El referendo internacional vino de la mano de Aznar, quien todavía Presidente del Gobierno del Reino de España, en septiembre de 2003, hizo una visita oficial a Libia. En prueba de agradecimiento, Gadafi le regaló un caballo árabe, de nombre *Nahar el Kayet* (“El rayo matutino”, para los que desconocen la lengua árabe).

Y ahora, mientras comienzan a apagarse los fuegos que durante el invierno de 2011 en el hemisferio norte han ido prendiendo en multitud de países árabes y que en su versión *light* (es decir, baja en calorías), fuimos testigos del fin de la era Gadafi producto del asesinato de éste en manos de su propio pueblo. La reproducción de las imágenes del cadáver

de Gadafi en las primeras portadas de los periódicos más importantes del mundo occidental, así como la amplia difusión de los videos que enseñaban el cuerpo del ex dictador ensangrentado, aún con vida, en manos de las fuerzas rebeldes, todo en medio de un caos organizado, evocan sentimientos de barbarie y crueldad. No bastó el linchamiento de éste, ya que mientras era golpeado fue a la vez sodomizado, según se observa en las imágenes de otro video. Ante tal espectáculo, el CdeS y el fiscal de la Corte Penal Internacional, Luis Moreno Ocampo, se han comprometido<sup>2</sup> a investigar los hechos que provocaron la muerte de Gadafi, aunque primero esperarán que concluya la investigación propia del Consejo Nacional de Transición de Libia. De todas formas, según las palabras del propio Moreno Ocampo, habrá que esperar el informe que presentará su fiscalía al CdeS en mayo de 2012, “sobre los crímenes cometidos por las distintas partes en Libia desde el 15 de febrero de 2011 y sobre la existencia de un proceso genuino”<sup>3</sup>. Acerca de esta última frase, permítannos aportar nuestro granito de arena en las líneas siguientes.

## II. LIBIA NO ES CUESTIÓN DE UN DÍA (SIN INFANTERÍA)...

Era algo previsible que en esta situación de inestabilidades de todo tipo y todo tan interrelacionado la más mínima chispa supusiera un incendio, como el que se está viviendo en la zona euro por culpa de unos gobiernos que han vivido por encima de sus posibilidades y que ahora sus sociedades no aceptan apretarse el cinturón, o los gobiernos tiránicos del mundo árabe (¿hay algún país musulmán con un mínimo de libertad<sup>4</sup>?), algunos tan beneficiados por el maná del crudo que les hacen inmunes a cualquier crítica de la comunidad internacional, incluso son agasajados por las decrepitas naciones occidentales<sup>5</sup>.

Pero lo cierto es que las revueltas acontecidas en Túnez, Egipto, etc., acabaron llegando también a Libia (en su versión *light*, es decir, baja en calorías y, por otros motivos, también en España), pero en este caso los

---

<sup>2</sup>Nota de prensa publicada por el Centro de Noticias de la ONU, el 2 de noviembre de 2011; disponible en <http://www.un.org/spanish/News/fullstorynews.asp?NewsID=22161> (Página visitada el 14 de noviembre de 2011).

<sup>3</sup>*Ibidem*.

<sup>4</sup>La última ha saltado a la prensa y es el caso de la saudita Manal al Sharif, condenada a quince días de cárcel ya que en Arabia Saudí el conducir está prohibido a las mujeres. Artículo de *El Mundo*, disponible en <http://www.elmundo.es/elmundo/2011/05/25/internacional/1306338709.html> (Página visitada el 14 de noviembre de 2011).

<sup>5</sup>A propósito de la visita a España de Su Alteza el Jeque Hamad Bin Khalifa al Thani, Emir del Estado de Qatar, y a Su Alteza la Jequesa Mozah Bint Nasser, se publicó la concesión por Reales Decretos 587/2011 y 588/2011, por los que se les conceden el Collar de la Orden de Isabel la Católica. Dicha concesión fue publicada en el Boletín Oficial del Estado del jueves 21 de abril de 2011, Jueves Santo.

medios de comunicación social (en contra de lo que habían propugnado en otras revueltas del invierno) jaleaban a la opinión pública mundial con argumentos de todo tipo para que se produjera una intervención militar en Libia, acudiendo como en otras ocasiones a la coartada de la “legalidad internacional” y el “paraguas” de las Naciones Unidas, aunque ambos y especialmente ésta, cada vez sea menos necesaria a la luz de los planteamientos sostenidos por los *think tanks*. Basta el tema de los derechos humanos como causa de intervención, aunque muy selectivamente, ya que resulta indignante caer en cuenta que este grupo de llamados insurgentes<sup>6</sup> ha sido apoyado incondicionalmente por la OTAN y en menor medida por la ONU. ¿A este grupo de personas es que se le quiere aupar para que gobiernen el pueblo libio? Ha quedado demostrado que ellos invocaban la intervención de la OTAN alegando la protección de sus derechos humanos, para en cambio tener vía libre y tomar la ley bajo sus propias manos. De ahí que se hayan apresurado a pedir su retirada tras la captura de Sidra.

Los insurgentes, desde el comienzo de los levantamientos, han pedido a la comunidad internacional el sostenimiento de la exclusión aérea, ayuda alimentaria y sanitaria, pero una coalición de Estados montó una operación conocida como *Odyssey Dawn*, hasta traspasar su actividad a la diseñada por la OTAN, conocida como *Unified Protector* a partir del 27 de marzo de 2011 y con menos consenso del que parece, ya que Francia, como siempre, a su aire, reconoció primero y consiguió que el resto de países de la Unión Europea<sup>7</sup> reconocieran al Gobierno Nacional de Transición Libio. De paso, ignoraba las peticiones del Parlamento Europeo al respecto. Nuevamente tendremos que desempolvar las previsiones de las doctrinas Tobar y Estrada.

---

<sup>6</sup>Los términos beligerantes insurgentes o insurrectos se suelen utilizar de una forma poca correcta desde el punto de vista del Derecho Internacional. *Beligerantes*, según Vilaríños (*Curso de Derecho Diplomático y Consular*. Tecnos 1987. 36), son los rebeldes o sublevados que suficientemente organizados, con capacidad para asumir derechos y obligaciones jurídico-internacionales, logran, frente al gobierno constituido, controlar de manera efectiva una parte del territorio del Estado, siendo irrelevante para calificarlos como tales que tengan por finalidad el hacerse con el gobierno de la totalidad del Estado o el crear un nuevo Estado (secesión) sobre parte del territorio del antiguo Estado. En cualquier caso, la subjetividad de los beligerantes es limitada y provisional o transitoria, toda vez que o son derrotados o alcanzan sus objetivos del gobierno de la totalidad del Estado o de consolidar la creación de un nuevo Estado. Los *insurrectos* son aquellos que participan en una sublevación de un buque contra el Estado, realizando a tal efecto actos de guerra contra éste. No tiene ninguna subjetividad internacional dicho grupo al menos que tengan un apoyo territorial, en cuyo caso son considerados como beligerantes. *Insurgentes*, por último, es un término desconocido en el Derecho de la Guerra.

<sup>7</sup>La postura comunitaria puede inferirse de documentos como la Decisión 2011/137/PESC, del Consejo, de 23 de marzo de 2011, publicada en el Diario Oficial L58, de 3 de marzo de 2011, o el Reglamento (UE) N° 204/2011, de esa misma fecha de adopción y publicación.

Así que nos encontramos que de los disturbios, cuestión exclusivamente nacional que, en el mejor de los casos, si se llega a calificar de conflicto interno, sería de aplicación el Protocolo Adicional II de los Convenios de Ginebra de 1949, a un conflicto internacional, o sea, vistamos el muñeco como le vistamos terminológicamente hablando, con otra guerra. Digámoslo de otra forma: el levantamiento de una población contra sus gobernantes, esos que incluso les niegan su participación en la *res publica*, no es algo proscrito por el Derecho Internacional contemporáneo. Pero la ayuda extranjera para favorecer ese levantamiento debe ser de acuerdo con la res. 2625 (XXV) de la Asamblea General y demás concordantes.

Rápidamente desde los primeros días de marzo se pasó de meros disturbios nacionales a la aplicación del Protocolo II de 1977, adicional a los Convenios de Ginebra de 1949.

Ya la resolución 1970 (2011) del CdeS se reconoció la “grave y sistemática violación de los derechos humanos, incluida la represión de manifestantes pacíficos, expresando profunda preocupación por la muerte de civiles...”. Se calificaron como crímenes de guerra los cometidos por Gadafi y sus colaboradores en la represión de lo que inicialmente no pasaban de meros disturbios y que se han ido convirtiendo en una auténtica guerra civil, donde los insurgentes han perseguido a las tropas gubernamentales a lo largo de la costa libia y en otros momentos a la inversa; el mismo juego que inició Rommel en 1941 al que luego se unió Montgomery hasta 1943 y que acabó cuando se agotaron los suministros del primero; y ahora, para el caso de Libia ha terminado con la captura de Gadafi. Sólo una diferencia: ambos generales contaban con infantería (única forma de control efectivo del territorio) y la comunidad internacional no estaba dispuesta a un despliegue terrestre, porque equivale al riesgo de que existan bajas y eso son palabras mayores que a nadie interesa. El apoyo es aéreo y naval y carísimo: 7 millones de euros al mes costaba sólo a España nuestra parte del despliegue, aunque la propia Ministra ha reconocido que alguno ha llegado a costar 15 millones de euros<sup>8</sup> y eso que hemos desplegado nuestros ya muy usados F-18 de fabricación norteamericana, mientras que en los hangares dormitan los tan cacareados “Eurofighters”, no operativos al carecer de armamento por falta de presupuesto.

Pero los tiempos cambian y en su momento se anunció la prohibición de viajes al extranjero de los dirigentes del país, la congelación de activos financieros o el sometimiento de Gadafi a la Corte Penal Internacional, y ahora de alguno de sus seguidores que quedan vivos.

---

<sup>8</sup>Comparecencia de la Ministra de Defensa ante el Congreso; [www.defensa.gob.es/Galerias/gabinete/ficheros-docs/2011/Comparecencia](http://www.defensa.gob.es/Galerias/gabinete/ficheros-docs/2011/Comparecencia) (Página visitada el 30 de mayo de 2011).

### III. LA RESOLUCIÓN 1973 (2011) DEL CONSEJO DE SEGURIDAD: LO QUE LLEGÓ A LEGITIMAR

¿Es suficiente esta resolución para considerar conforme a derecho los daños que se produjeron a la sociedad civil?

La adopción de la resolución 1973 (2011) fundamenta su aprobación por la violación de la res. 1970 (2011) que ordenaba el fin de la violencia y la adopción de medidas para satisfacer las demandas legítimas de la población civil y nos recuerda en su estructura y fines a otras ya adoptadas por el CdeS. Como nos dice Mangas<sup>9</sup>:

“... recuerda la histórica primera Resolución 688 de 5 de abril de 1991, adoptada por el Consejo de Seguridad para proteger a la población kurda en Irak de los actos de represión perpetrados por Sadam Hussein, que ocasionaron sufrimientos humanos de gran magnitud. Le sucedieron entre otras, la Resolución 770 (1992) para proteger a la población de Bosnia-Herzegovina, la Resolución 794 de 1992 a favor de la población de Somalia y las Resoluciones 872 de 1993 y 912 de 1994 para proteger a la población de Ruanda”.

En otras palabras: cuando selectivamente el CdeS entiende que se dan determinadas circunstancias para autorizar la fuerza armada en distinto grado, puede ser interpretado por los Estados con capacidad para el uso de dicha forma, de bien distinta manera. Y no parece que Gadafi les ha sido especialmente simpático a los países OTAN que han participado en el despliegue.

Y, en el plano interno, cada Estado vende el producto como mejor le interesa; Sarkozy para recuperar su popularidad perdida o España justificando la Ministra, nuestra (su) posición sobre cuatro principios: respeto a la legalidad internacional, que viene avalada por nuestros socios europeos y nuestros aliados de la OTAN, avalada también por los organismos más relevantes de la región y, por último, la intervención cuenta con la autorización de este Parlamento<sup>10</sup>.

Pero por más que digan todos, lo que se autorizó en la res. 1973 es una zona de exclusión aérea y un embargo naval de bienes militares y cualquier acción que exceda dichos objetivos debe ser considerada ilegal; ya ha pasado que, ante el celo de la OTAN en destruir objetivos para conseguir otros autorizados por el CdeS, la cuestión ha acabado ante la Corte Internacional de Justicia, órgano que a todas luces es de poca seguridad jurídica.

---

<sup>9</sup>Mangas Martín, Araceli, *La autorización del uso de la fuerza armada en Libia*. [www.iustel.com/v2/diariodelderecho](http://www.iustel.com/v2/diariodelderecho) (Página visitada el 23 de marzo de 2011).

<sup>10</sup>Cfr. la antedicha comparecencia de la Ministra Chacón.

#### IV. LA RESOLUCIÓN 2016 (2011) DEL CONSEJO DE SEGURIDAD: LO QUE PODEMOS INTERPRETAR

El CdeS expresa su grave preocupación “por la información que se sigue recibiendo sobre represalias, detenciones arbitrarias, encarcelamientos ilícitos y ejecuciones extrajudiciales en Libia”<sup>11</sup> y luego insta más adelante a que “se respeten los derechos humanos de toda la población de Libia, incluidos los ex funcionarios y los detenidos, durante el período de transición y después de él”<sup>12</sup>, cosa poco probable. Si interpretamos estas afirmaciones a la luz de las declaraciones antes citadas por Luis Moreno Ocampo, no cabe duda de que tanto el CdeS como la Corte Penal Internacional tienen a su alcance las pruebas necesarias para conformar un expediente de violación de derechos humanos contra el Consejo de Transición de Libia. Aún más, qué mejor prueba de una ejecución extrajudicial que la propia muerte de Gadafi acompañada del testimonio en video por parte de los insurgentes. Entonces cabría formular la siguiente pregunta: ¿se ha hecho de la vista gorda el CdeS sobre la muerte extrajudicial de Gadafi, de forma que en la resolución que pone fin a la operación que provocó la misma, no hace ni siquiera alusión de este hecho?

La respuesta es no, ya que en la resolución en cuestión encontramos un interesante párrafo que reza de esta manera: (el CdeS) “Acoge con beneplácito los acontecimientos ocurridos positivos en Libia, que mejorarán las perspectivas de un futuro democrático, pacífico y próspero en el país”<sup>13</sup>. Al incluir la frase “acontecimientos ocurridos positivos”, el CdeS da a entender que hubo una serie de acontecimientos negativos, los cuales no aprueba y que en cambio sí aprueba los positivos, los cuales beneficiarán en el futuro al país.

La cuestión de cuáles acontecimientos de los ocurridos en Libia en el 2011 para el CdeS son positivos y cuáles son negativos, es un tema que dejaremos abierto a la interpretación del lector.

#### V. UN VARIETÉ DE CUESTIONES

a) ¿Era necesaria una intervención militar? No. No había un genocidio y la protección de unos pocos rebeldes no justifica una intervención militar de este tipo. Generalizar las intervenciones no consentidas por el Estado que las padece puede llevarnos a terrenos pantanosos de cuestionable legalidad. Pero, por otra parte, estos rebeldes, caso de llegar al poder,

---

<sup>11</sup>Texto completo de la resolución disponible en: [http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=s/res/2016%20\(2011\)](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=s/res/2016%20(2011)) (Página visitada el 14 de noviembre de 2011).

<sup>12</sup>*Ibidem.*

<sup>13</sup>*Ibidem.*



serán tan democráticos como los gobernantes de hoy. Aceptar la necesidad de la intervención haría necesario que tuviera que plantearse en cientos de ocasiones cada año y creo que el principio de mínima intervención debe estar muy presente. Pero si estamos en intervenir, hagámoslo bien; la exclusión aérea y naval es insuficiente para doblegar a Libia, como se ha demostrado igual de insuficiente en otros casos, como en Irak en 1995.

b) Que una vez más, a los países de la OTAN les dan la mano y se toman el pie. La resolución 1973 no parece que autorice los ataques a los que está siendo sometida Libia, excepto aquellos que fueran necesarios para garantizar la zona de exclusión aérea. El eje Estados Unidos, Francia y Reino Unido poseen los recursos, la logística y la experiencia necesaria para desestabilizar y derrocar paulatinamente aquellos gobiernos que amenacen los intereses geoestratégicos y geopolíticos del grupo.

Siempre sale alguien agradecido por la intervención militar. En este caso Mohamen al Senussi, sobrino nieto del rey Idris, derrocado por Gadafi en 1969, quien afirma que nunca olvidará la acción que está desarrollando la OTAN y, añade, ser también muy optimista por lo que pasará en Libia cuando terminen las revueltas, apostando porque será un modelo democrático para la región<sup>14</sup>. No podíamos esperar menos.

## VI. CONCLUSIONES

a) El sátrapa de Gadafi, en el poder más absoluto desde 1969, aunque formalmente no lo parezca al no ostentar ningún cargo, ha sabido aprovechar las debilidades (que son muchas) de las democracias occidentales y de las instituciones que tiene la sociedad internacional en beneficio de sus intereses. Y para ello se ha valido de cualquier tipo de estrategia, incluyendo su petróleo, para no pasar desapercibido en la sociedad internacional, hasta el punto de ser considerado como prototipo de “Estado gamberro” o “Rogue State” en terminología anglosajona; es decir, caracterizado por estar permanentemente hostigando a esta con comportamientos al límite de la legalidad internacional, cuando no con terrorismo de baja (y alta) intensidad.

b) El uso de la fuerza en las relaciones internacionales debe ser algo tan excepcional que no se ampare exclusivamente en la aparente legalidad del CdeS, sino que atienda a unos fines de legítima defensa de la sociedad internacional, cosa que no ocurre desde que se partiera la tarta en 1990 con la primera guerra del Golfo. Naciones Unidas debe repensar en qué situaciones actuar, con qué medios y para unos fines claros y determina-

---

<sup>14</sup>Cfr. *El Mundo*, de 22 de abril de 2011, 11.

dos. Lejos de esto, parece que sólo atiende a intereses de Estados, con el consiguiente descrédito que ya acumula.

c) Mientras tanto la OTAN, reinventada una y otra vez desde que perdiera su objetivo principal (muerta su contraria URSS), sigue denodadamente buscando una razón de su existencia y observando la estela que deja su paso, más valiera, por coherencia que los Estados que la componen abandonaran las propias Naciones Unidas. La estrategia de los EUA y sus aliados para combatir el terrorismo y proteger los colectivos civiles que se vean oprimidos por estos empieza por aplicar herramientas y recursos propios del terrorismo. El sistema internacional de protección de los derechos humanos, y por ende la ONU, no será impedimento para el cumplimiento de las misiones en las que intervenga la OTAN. Se comporta como maza y no con el bisturí necesario, faltando a sus líderes políticos la determinación para actuar en Siria o en Irán donde hay bastante más razones.

Estas y otras verdades constituyen el legado subrepticio de los acontecimientos que llevaron a la muerte de Muamar el Gadafi.

Vivimos en una sociedad mediada por grupos de poder que por un lado hacen alarde del grado de desarrollo político, social, económico y cultural que poseen, pero, por otro, cuando tienen la oportunidad de poner en práctica aquello que dicen representar y defender, muestran su verdadero rostro, quedando en evidencia la misma falacia y la misma ilusión de la cual dicen ser la antítesis.

Los hasta ahora insurgentes ocupan ya las poltronas gadafistas. Ningún anuncio de cambio ha llegado al menos hasta mediados de noviembre cuando cerramos esta colaboración y con el precio del crudo por las nubes, se les augura un futuro prometedor. Como dice el refrán castellano: de padres gatos, hijos michinos.



IN MEMORIAM



## MANUEL FRAGA IRIBARNE (1922-2012)

Cuando iniciábamos el año, el 16 de enero, falleció en Madrid, a los 89 años, este abogado, catedrático y gran dirigente político español. Gallego por su padre, Manuel Fraga Bello, y vasco-francés por su madre, Marie Iribarne Dubois. De ella aprendió el idioma y la cultura francesa, la que conocía a la perfección. De hecho, sus diálogos con Nicolás Sarkozy eran sin traductor.

Su currículum es vastísimo, sólo por mencionar algunas de sus actividades: Abogado, Profesor Universitario de Derecho Público, Cientista Político, Diplomático, Doctor en Derecho, Ministro, Gobernador, Diputado, Embajador, Candidato Presidencial en 1977 y 1986 (luego dio paso a Aznar quien resultó elegido), como hispanista fue Director del Instituto de Cultura Hispánica (con sede también en Chile), fundador del Partido Popular, hoy en el Gobierno, uno de los redactores de la Constitución de 1978 aún vigente. Abogado Corporativo, entre muchas otras. Provenía de una familia muy cristiana, unida, de 12 hermanos, siendo él el mayor. Su vida pública se desarrolló por casi 60 años, siendo testigo privilegiado de la historia contemporánea de España.

En efecto, estuvo presente en sus principales acontecimientos, tanto en el gobierno del General Franco (1962-1969), y en el de Juan Carlos I (1975-1976) del cual fue Ministro; condujo la transición hacia la democracia participando incluso en la redacción de la Constitución de 1978, funda para tales efectos Alianza Popular, que después se transformaría en el Partido Popular, que ha estado en el poder varias veces y hoy en el gobierno. Inició su carrera como Catedrático en la Universidad Complutense de Madrid y la de Valencia, para sus alumnos redactó su conocida "Teoría del Estado y Derecho Constitucional" y "Apuntes de Derecho Político" de gran valía. Durante el Gobierno de Restauración Nacional de Franco, este lo nombró Ministro de Información y Turismo entre 1962 y 1969, cargo que desempeñara con singular brillo, ya que puso en marcha la llamada "industria sin chimenea" que dio inicio al extraordinario despegue turístico de España, que hasta la fecha sigue siendo una de las principales fuentes recaudadoras de divisas para el país.

Los centros turísticos como las Baleares, las Canarias, la Costa del Sol, la Costa Catalana, su natal Galicia, entre otros preciosos lugares, son testigos de esta formidable iniciativa de un hombre visionario, que hasta hoy renta a España. Se lo describe como sencillo, bondadoso, de gran inquietud intelectual, no gustaba demostrar lo que era, no fue un orador de fuste, eran otros su dones que los aplicó con éxito en las actividades profesionales ya señaladas.

Fue siempre muy combatido por la izquierda (especialmente por el líder el P.C., Santiago Carrillo); sin embargo, tuvo una estrecha relación con Fidel Castro, por un hecho fortuito: la familia Fraga Iribarne había vivido en Cuba y el padre de Fidel era gallego, este es el punto de encuentro de la relación; esto desconcertaba a sus adversarios porque Fraga tenía llegada directa con Castro y ellos no.... Hasta el final de sus días tuvo fuertes críticas al socialismo, se dice que al saliente Rodríguez

Zapatero le espetó: “Todo esto de la Memoria Histórica, es un intento de ir a contramarcha con la historia” (cualquier semejanza con Chile es pura coincidencia...).

En la década de los años 60 la famosa estrella del cine de Hollywood Ava Gardner vivía en Madrid y le gustaba invitar a dirigentes políticos a salir con ella, muchos aceptaron; también invitó a dos dirigentes conservadores y católicos: Fraga y Blas Piñar. Ambos rechazaron la entusiasta invitación de la artista. La peor parte la sacó don Blas, ya que éste había criticado a la diva por usar caros abrigos de piel natural de animales salvajes, ésta, molesta por el desaire, enfrentó a Piñar en el lobby del hotel en que se hospedaban, abrió su hermoso abrigo de piel natural estando completamente desnuda bajo el sobretodo... A pesar del largo tiempo transcurrido el diario *El Faro de Vigo* le solicitó en 2009 a Fraga relatar de nuevo el incidente, lo que él hacía con mucho humor.

En nuestro país el Dr. Jorge Vargas Díaz (80), en su calidad de directivo del Instituto de Cultura Hispánica de Chile, en la década del 60 fue invitado a Madrid por su congénere presidido por Fraga y fue testigo privilegiado de un diálogo entre Franco y Fraga. El General en tono de broma le dijo: “Manolo, usted ¿cree que con el turismo cambiará el destino de España?”. La respuesta del aludido fue: “No tan sólo creo, sino que estoy firmemente convencido de ello”. No se equivocó el joven asesor; agrega el doctor Vargas que el Caudillo trataba a Fraga con un cariño casi familiar. Su Ministro le respondió con lealtad, nunca renegó de Franco y de su obra restauradora en beneficio de su país. En gran parte de las localidades turísticas que por iniciativa de Fraga alcanzaron un espectacular desarrollo, hace muchos años ya, en su honor, calles llevan su nombre.

En cuanto a sus obras, su producción literaria es muy abundante, más de 80 textos; indicaremos algunos: Estudios sobre el Parlamentarismo Inglés (1954), Así se Gobierna España (1949), Política exterior de USA (1952), Estudios sobre La familia Española (1959 y 1960), El Estado y la Iglesia en España (1972), Análisis sobre los discursos de Ramiro de Maetzu (1976), admirador del tradicionalista español. Gran cantidad de obras relacionadas con su natal Galicia, Las claves demográficas del futuro de España (2001), sobre el tema de la inmigración, Sociedad y Valores (2006), sobre la sociedad actual desacralizada y carente de valores, el relativismo moral entre otros fenómenos negativos, Teoría del Estado y Derecho Constitucional, Apuntes de Derecho Político, para la Universidad de Valencia, en la que también impartió docencia.

Ha muerto una de las últimas grandes figuras de España, quien antepuso siempre el interés de su patria por sobre los intereses personales, cualidad tan rara de encontrar en los políticos actuales. Supo ser leal a los principios en los cuales siempre creyó, por lo mismo estuvo siempre orgulloso de su pasado como Ministro del Gobierno de Restauración Nacional de Franco; a la muerte de éste (1975) supo conducir la transición a un nuevo régimen participando en la redacción de la nueva Constitución.

A través de estas líneas hacemos llegar nuestras condolencias a la familia Fraga en la persona del profesor Francisco Puy, su cuñado (casado con doña Rosario Fraga), quienes estuvieran con nosotros en el año 2003 y a quienes tuvimos el gusto de conocer y apreciar sus virtudes. Don Manuel Fraga Iribarne, que descanse en la paz de Dios.

MARCELO ELISSALDE MARTEL \*

---

\*Profesor de Derecho Político, Facultad de Derecho, Universidad Santo Tomás.

# CRÓNICA





## REFLEXIONES ÉTICAS

### TRES VÍCTIMAS DEL ABORTO

Si proteger bienes de interés general como la propiedad es un deber del Estado, ¿cómo hacerlo sin castigar al ladrón?

Nuestras leyes penales, que para eso se inventaron, así protegen también muchos otros bienes, por ejemplo con la pena de prisión de 15 días a 6 meses sólo por violar un secreto (art. 153 Código Penal). No parece coherente mandar a prisión de hasta 4 años más inhabilitación al que libre un modesto cheque sin provisión de fondos (artículo 302), o aplicar pena máxima de 10 años al que no informe que en ciertos productos está contenido un poquito de la especie vegetal llamada gluten de trigo (art. 200 y Ley N° 24.827), y dejar sin castigo la muerte alevé del bebé uterino.

Si las normas sobre aborto no se cumplen o si se llega a reformar el Código con su impunidad, por ejemplo en el caso de que el pibito a matar sea resultado de una violación, véase cómo quedarían las cosas:

Sujeto infractor	Penas que le correspondería
A la madre que aborta	Nada de penas
Al violador	Prisión de 6 a 15 años (art. 119)
Al chiquito víctima inocente	Penas de muerte

Si hay algún error en esto se agradecerá ayuda.  
El aborto impune tiene víctimas.

#### 1) PRIMERA VÍCTIMA

La primera víctima es el pibito abortado. Así como el 100% de las mujeres a las que se les muere el marido es viuda, la mortandad en el aborto es del 100%. Obvio... *Primera víctima el niño muerto.*

Según el Código Civil (arts. 63 y 70), la Constitución y los pactos de derechos humanos, la Academia Nacional de Medicina y los datos de la genética, hay persona humana desde la concepción. Desde los 18 días le late el corazón, a los 21 bombea sangre distinta de la madre, a la semana su estómago segrega jugo gástrico, a la octava semana se chupa el dedo, a las 9 o 10 semanas mira de reojo, deglute, mueve la lengua, cierra el puño si se estimula la palma de la mano, a los 7 días siente dolor y durante el trámite del aborto se retuerce hasta morir.

¿Qué hay de falso en esto? Si algún error cometí por favor avísenme.

## 2) SEGUNDA VÍCTIMA: LA MADRE QUE LO MATÓ

Con el esgrimido argumento que hace ahora el Juez Zaffaroni de que “la solución penal no va porque sigue habiendo abortos”, habría que suprimir la pena para todos los delitos que a pesar de estar tipificados por el Código Penal se siguen cometiendo una y otra vez y cada vez más, como el homicidio y las coimas, la corrupción de los funcionarios y las torturas, que evidentemente los sigue habiendo, cada vez más ... ¿O no? –*Un disparate*.

Hay pluralidad de fines de la pena jurídica además de prevenir, así como muchas formas de proteger bienes y evitar los crímenes, pero dejarlo impune es lo peor porque la cosa avanzará transmitiendo la idea de que hay un verdadero derecho a matar.

Muchísimas madres al abortar adquieren una enfermedad con nombre alusivo, el “síndrome postaborto”, de resonancias psiquiátricas muchas veces insolubles, y hay sacerdotes que lo han confirmado desde su experiencia. Dicen que éstos son los casos en que más cuesta convencer de que Dios perdona.

Hay relatos médicos de que la reacción nerviosa insoportable de una paciente ante el ruido de la lustradora hogareña sólo se explicó por el recuerdo que le traía de la máquina utilizada aquel día para abortar su hijito por el método de succión, que suena muy parecido.

Es fácil de entender que ante las fechas del probable nacimiento, o al encontrarse con otras madres que conservaron su hijito y ver a los que nacieron mientras que el suyo ya no está más, son ocasiones de agravación del mal. Si hay algo falso en esto ruego se me lo pruebe.

## 3) TERCERA VÍCTIMA, LA ARGENTINA

La tercera víctima del aborto impune es la Argentina, a dos puntas.

En el orden *moral*, “si aceptamos que una madre pueda matar a su propio hijo, ¿cómo podremos decirle a otros que no se maten?”, enseñó la Madre Teresa de Calcuta al Presidente y al Congreso del imperio. Si se da la idea de que hay derecho a hacer lo más grave que es matar al chiquito indefenso, ¿cómo lograr cosas menores como que los automovilistas respeten en las rutas velocidades razonables, o que los dueños de restaurantes no nos vendan gato por liebre o comida podrida, o que los gobernantes no se enriquezcan a costa nuestro y nos esclavicen?

En el orden *material*, Ignacio Garda prueba en un libro que la escasez de nuevas generaciones produce el colapso del sistema jubilatorio (*Gobernar para las familias*). Por eso y otros motivos la desnatalidad es dañosa para la Patria.

Decía Zaffaroni en su libro *Criminología (Aproximación desde un margen)*: “Las técnicas de los países centrales [...] permiten y aún aconsejan la muerte ‘humanitaria’ de millones de seres humanos en la periferia. [...] Esta ideología no queda en los documentos de meros especuladores de gabinete, sino que se lleva a la práctica y se instrumenta, entre otras cosas, mediante una multinacional de la anticoncepción, el aborto y la esterilización, que controla foros y congresos internacionales” (p. 48).

Efectivamente, el plan de facilitar el aborto y la desnatalidad para que nuestros países no crezcan está trazado en el Informe Kissinger en función de los intereses

de Estados Unidos para dominio del mundo. Para evitar el previsible rechazo de esta política bajo la bandera antiimperialista, el perspicaz político sugirió presentar esos planes como oriundos de cada país, con aire de progresismo y de derechos humanos.

HÉCTOR H. HERNÁNDEZ\*

---

\*Profesor de Filosofía del Derecho y Derecho Natural, Universidad Fasta, Mar del Plata/ Argentina; Director del Instituto de Filosofía del Derecho, Universidad Católica Argentina/ Rosario; Director del Suplemento de "Filosofía del Derecho", del diario "El Derecho"/Buenos Aires - UCA.

# A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE MATRIMONIO: ¿SERÍA CONSTITUCIONAL UN PROYECTO DE LEY QUE EXTIENDA EL MATRIMONIO A LAS UNIONES HOMOSEXUALES?\*

## 1. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La sentencia del Tribunal Constitucional de 3 de noviembre de 2011 (Rol N° 1881) que rechazó, por 9 votos contra 1, declarar inaplicable en un recurso de protección el artículo 102 del Código Civil por una pretendida infracción a la igualdad de la ley consistente en exigir que sólo puedan casarse personas de distinto sexo, aclaró una parte de la controversia sobre el así llamado “matrimonio igualitario” u “homosexual”. La expresión es una petición de principio porque parte del supuesto de que es concebible un matrimonio entre personas del mismo sexo, de modo que sólo faltaría un reconocimiento legal. Pero la cuestión es previa: ¿es posible que pueda hablarse auténticamente –más allá del uso convencional de las palabras– de un matrimonio si los contrayentes no son personas de sexo opuesto?

De esta manera, el Tribunal sólo se limitó a constatar, en su sentencia, que el artículo 102 que define al matrimonio como unión entre un hombre y una mujer no podía ser inaplicable por la Corte de Apelaciones sobre la base del requerimiento de inconstitucionalidad planteado. De las prevenciones o votos particulares, es posible igualmente deducir que también para los 9 ministros que conformaron la mayoría no sería inconstitucional que el matrimonio se circunscribiera sólo a las parejas de distinto sexo.

Pero queda sin responder la cuestión de si una ley que permitiera el matrimonio entre personas del mismo sexo o que estableciera un estatuto parcialmente parecido al matrimonio, sería igualmente compatible con la Constitución, o al revés, debiera tacharse de inconstitucional.

Las prevenciones en esto se dividen. Mientras cuatro de ellas afirman que el legislador es libre para ello, e incluso que sería deseable que lo hiciera, ya sea por medio de extender las reglas del matrimonio o configurar otra forma de regulación para los homosexuales (voto de los Ministros Fernández, Carmona, Viera-Gallo y García), dos parecen insinuar que ello sería contrario a la Constitución (votos de los Ministros Bertelsen y Peña) y tres manifiestan que no debe el Tribunal adelantar opinión al respecto (voto de los Ministros Venegas, Navarro y Aróstica).

Algunos han pensado que la sentencia o voto de mayoría ha dado ya esta libertad al legislador, puesto que se sostiene en ella que la regulación del matrimonio no es materia de regulación constitucional sino de reserva legal: “cabe precisar que los efectos y la regulación de las proyecciones del matrimonio son propios de la reserva legal y no constitucional.” (cons. 7°). Pero esto nos parece una interpretación interesada y errónea del texto de la sentencia. Cuando los jueces de la mayoría

---

\*El texto fue publicado en el portal *Diarioconstitucional* ([www.diarioconstitucional.cl](http://www.diarioconstitucional.cl)) con fecha 2 de enero de 2012.

afirman que el matrimonio es de reserva legal, señalan que es de competencia del legislador dar reglas sobre esta institución, pero no que ellas queden exentas del control de constitucionalidad. De lo contrario, el Tribunal habría querido dar libertad al legislador para que regule el matrimonio de cualquier manera, y admitir por ejemplo que en él se discrimine a uno de los cónyuges, o que se viole el libre consentimiento de uno de ellos, que se admita la poligamia o el matrimonio entre niños, etc. Por cierto, la conclusión lleva al absurdo.

Queda, entonces, en suspenso, y para un futuro pronunciamiento del Tribunal, la cuestión de si una ley que establece el matrimonio homosexual (o una unión civil similar al matrimonio) es contraria o no a la Constitución.

## 2. EL MATRIMONIO: INSTITUCIÓN Y DERECHO

Cuando se razona sólo sobre la base de derechos individuales, como por ejemplo, el derecho a casarse, se puede incurrir en una simplificación que oscurece el problema en vez de iluminarlo. En efecto, si los derechos corresponden a todas las personas, también debe serlo el derecho a contraer matrimonio y sería discriminatorio negarlos a las personas homosexuales.

Pero se olvida que el derecho es a ingresar a una “institución” que debe ser previamente definida. No puede hablarse de “derecho a casarse” sin saber lo que es el casamiento. Como toda institución, sus fines y su naturaleza determinan la justicia de sus reglas de acceso o incorporación. Si esas reglas son congruentes con la finalidad y preservación de la institución, entonces exigir su cumplimiento y excluir a los que no las cumplen no es discriminatorio. Lo sería si se excluyera a aquellos que las cumplen y son dejados fuera por otro tipo de consideraciones. Por ejemplo, como sucedió en tiempos históricos si se prohíbe que un español se case con una criolla o que se casen personas de distinta religión o raza.

En cambio, no hay discriminación cuando se prohíbe el acceso a los niños, o a quienes sufren de un retardo mental o una enfermedad psíquica inhabilitante o a las que están unidas por un matrimonio no disuelto, etc. En todos estos casos, la exclusión no es discriminatoria porque se basa en reglas que protegen la esencia del concepto de matrimonio.

¿Y cuál es esta esencia? A nuestro juicio, está justamente recogida en la definición del artículo 102 del Código Civil: la unión de hombre y mujer para vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente. Cuando se habla de procrear se alude a la posibilidad de engendrar y concebir hijos, que se realiza a través del coito o acto sexual consistente en la unión de los genitales masculinos con los femeninos. No son formas de procrear en el sentido del artículo 102, ni la adopción (que es una forma de protección a un menor en desamparo) ni la reproducción asistida (que intenta superar una infertilidad patológica y no dar hijos a quien por conformación natural no puede tenerlos).

Vemos entonces que si bien existe un derecho a contraer matrimonio y es claramente un derecho fundamental, este derecho consiste en ingresar a una institución que tiene sus reglas de acceso que son necesarias para cautelar la preservación y el buen funcionamiento de la institución.

### 3. LA COMPLEMENTARIEDAD SEXUAL COMO CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO A CASARSE

Ni el matrimonio ni el derecho a contraer matrimonio está previsto expresamente en la Constitución. Pero de la historia fidedigna del establecimiento de su texto queda claro que cuando se establece el precepto de que “la familia es el núcleo fundamental de la sociedad” y que el Estado debe protegerla y propender a su fortalecimiento (art. 1º) se está suponiendo implícitamente su organización jurídica a través del matrimonio (la discusión en la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, sobre si debía o no contemplarse la indisolubilidad del vínculo o dejar libertad al legislador para establecer el divorcio, lo pone de manifiesto). Por eso, no extraña que la ley de matrimonio civil de 2004 haya querido explicitar lo que estaba subyacente en el texto constitucional declarando que el matrimonio es la base principal de la familia (art. 1º) y que el derecho a contraer matrimonio es un derecho esencial de la persona humana (art. 2º).

Además, hemos de tener en cuenta que la Constitución señala que el ejercicio de la soberanía, entre ellas la del legislador, reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, y que es deber del Estado no sólo respetar sino promover esos derechos, no sólo cuando están recogidos en el mismo texto constitucional, sino cuando han sido consagrados en tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes (art. 5º inciso segundo CPR).

También a estos derechos debe aplicarse el artículo 19 N° 26 de la Carta Fundamental, que ordena a que las personas tendrán la seguridad de que los preceptos legales no podrán afectar los derechos en su esencia.

Pues bien, si consideramos la naturaleza humana parece indudable que el matrimonio y el derecho a contraerlo emanan justamente de ella: la diferencia sexual, el amor conyugal, la procreación, la educación de los hijos, la formación de la familia, difícilmente pueda encontrarse una institución más natural y universal que esta. De este modo, puede señalarse que existe un derecho a contraer matrimonio que emana de la naturaleza humana, y que la ley puede regular pero nunca afectar en su esencia.

¿Qué sucedería si la ley civil permitiera el matrimonio entre personas del mismo sexo? Lo que se estaría haciendo es cambiando lo que conocemos ahora por matrimonio por otra institución. Queda claro en el voto disidente de Hernán Vodanovic: “En el matrimonio actual se ha perdido la función relevante de procrear (la mayoría de los hijos nacen fuera del matrimonio y la aptitud para generar descendencia no es un requisito para celebrarlo), en desmedro de las finalidades propias de la vida en común. El objetivo esencial, más bien, expresa fines de solidaridad, afecto y asistencia recíproca”. En suma, lo que ahora se llamaría matrimonio sería sólo un contrato por el cual dos personas expresan su afecto y su deseo de convivir y prestarse ayuda recíproca.

Aunque se mantenga el nombre, la institución ha cambiado esencialmente. Y con ello también el derecho a ingresar a ella: el derecho a contraer matrimonio propiamente tal ha sido suprimido y sustituido por el derecho a contraer una unión de pareja, aunque ahora se le dé el mismo nombre. Pero las cosas son lo que son y no lo que se dice que son.

Y, advirtamos, que no se trata de que habrá dos formas de matrimonio: el del artículo 102 del Código Civil para los heterosexuales, y el nuevo concepto de contrato de afecto y vida común para los homosexuales. Si fuera así, podría decirse que sigue respetándose el derecho a contraer verdadero matrimonio para los heterosexuales y no se infringiría el derecho fundamental en su esencia. Sólo se concedería –se podría decir– un nuevo derecho a los homosexuales.

Pero esto es no comprender cómo opera la ley de lo que, no sin intención, se denomina a sí mismo “matrimonio igualitario”. Justamente lo que se reclama es un matrimonio igual para todos: para heterosexuales y para homosexuales. Como estos últimos no tienen la posibilidad de procrear mediante los actos necesarios para ello, entonces toda esa dimensión del matrimonio debe ser cercenada. Todo matrimonio, sea para homosexuales como para heterosexuales, deja de ser un compromiso fundante de la familia, para pasar a ser un acuerdo de vida afectiva y comunitaria.

En consecuencia, también los heterosexuales quedan privados de contraer matrimonio en el sentido del artículo 102 del Código Civil. Su derecho a contraer ese matrimonio sería abolido, y por tanto afectado en su esencia vulnerando el artículo 19 N° 26 de la Constitución.

#### 4. TRATADOS INTERNACIONALES

Lo anterior debe reafirmarse si se observa que el artículo 5° de la Carta Fundamental impone el deber del Estado de respetar los derechos consagrados en los tratados internacionales ratificados por Chile.

En efecto, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 23) como la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica (art. 17) señalan expresamente: “Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia”.

El movimiento-gay tratando de esquivar estos clarísimos textos arguye que ellos no dicen que el matrimonio debe ser “entre” hombre y mujer. Pero es obvio que es esa la intención de los redactores, ya que de lo contrario no tendría sentido mencionar, sólo en este derecho a hombres y mujeres, y no en el de resto de los derechos donde no se hace la diferencia entre sexos. Así lo reconoció para una norma idéntica de la Convención Europea de Derechos Humanos el Tribunal de Estrasburgo por sentencia de 24 de junio de 2010, en el caso *Schalk and Kopf v. Austria*.

Además, está la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, que señala: “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer, en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: a) El mismo derecho a contraer matrimonio...; b) Los mismos derechos como progenitores...; g) Los mismos derechos personales como marido y mujer...” (art. 16).

Podemos afirmar, entonces, que en la Constitución está recepcionado, a través del artículo 5° inciso segundo, el derecho a contraer matrimonio y fundar una familia, y que este derecho consiste en ingresar a una institución que se caracte-



riza esencialmente por la diferencia y complementariedad entre un hombre y una mujer que pueden llegar a ser progenitores de sus propios hijos.

Nuevamente, si el legislador regulara el matrimonio prescindiendo de esta característica, al abolir el matrimonio así concebido estaría afectando en su esencia un derecho fundamental e incurriría en flagrante inconstitucionalidad.

## 5. CONCLUSIÓN

De todo lo anterior, es posible concluir que, aunque el matrimonio deba ser regulado por la ley, el legislador está obligado constitucionalmente a preservar la institución y a no afectar en su esencia el derecho a ingresar a ella, es decir, el derecho a contraer matrimonio, *o ius connubii*.

Tanto desde el punto de vista de la historia fidedigna de la Constitución, así como de los derechos que emanan de la naturaleza humana y de aquellos consagrados en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile, el derecho a contraer matrimonio es un derecho fundamental que consiste en acceder a una institución que contempla como rasgo distintivo la diferencia de sexos y la posibilidad de procreación entre el hombre y la mujer.

Por ello, si el legislador mutara la naturaleza del matrimonio con el objeto de permitir ingresar a este a personas que no cumplen con esa condición, estaría afectando en su esencia el derecho a contraer nupcias auténticas y con ello incurriría en una manifiesta inconstitucionalidad.

(Santiago, 28 diciembre 2011)

HERNÁN CORRAL TALCIANI\*

---

\*Abogado, Pontificia Universidad Católica de Chile. Es Doctor en Derecho por la Universidad de Navarra. Profesor de Derecho Civil, Metodología de la Investigación Jurídica y Fundamentos de Derecho Privado. Fue Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, donde actualmente es Director del Departamento de Derecho Civil y Romano. Ha sido distinguido a nivel nacional e internacional. Autor de diversas obras de su especialidad.

## 23 GÉNEROS

En materia de sexualidad humana, existen hombres y mujeres. Es un hecho biológico establecido. A partir de este hecho nace la familia, que asegura la continuidad de la raza humana. De la familia viene la sociedad y el Estado que trabaja para el bien común y la perfección de nuestra naturaleza. No hay nada complicado sobre este hecho evidente. Son simplemente las cosas como son y siempre han sido.

Sin embargo, hay quienes afirman que esta clasificación está construida total y artificialmente por la sociedad. Los seres humanos, sostienen, no se dividen en hombres y mujeres. Por el contrario, en materia de sexualidad, todos deberíamos tener la libertad de rechazar la identidad de “género” que nos es impuesta y adoptar el “género” que queramos. Ya no somos hombres o mujeres, sino que podremos optar por ser uno o el otro, ambos, y/o ninguno.

Así, hemos visto la proliferación de comportamientos y condiciones que ahora se consideran como categorías sexuales. La identidad de género se aplica ahora a cómo uno se percibe a sí mismo o incluso a cómo uno puede cambiarse quirúrgicamente para adaptarse a esa percepción.

Lo que comenzó como una pequeña lista que contaba a homosexuales y bisexuales se ha expandido para incluir a la “comunidad” LGBTQI –añadiendo transgénero e intersexuales a la lista.

Sin embargo, ese no es el fin de la historia. Una vez que la compuerta se abre para dar carácter oficial a cualquier tipo de comportamiento sexual, no hay límite para las categorías y géneros que pueden aparecer. Así, por ejemplo, la Comisión de Derechos Humanos de Australia ha elaborado una lista de 23 “géneros”, que consideran que deben ser protegidos por la ley. En esta lista, más allá de la norma LGBTQI, se pueden encontrar transexuales, andróginos, agénero, cross dresser, genderfluid, genderqueer, intergender, sistergirl y otras clasificaciones que es mejor dejar sin mencionar.

Lo que queda claro con esta lista es que el debate sobre el “género”, que acusa a la sociedad tradicional de construir artificialmente los roles sexuales, es en sí mismo artificial y falso. Los defensores de esta sexualidad desenfadada no pueden reprimir su imaginación en la expansión de las nuevas categorías que deben ser protegidas, llevándola hasta lo ridículo y absurdo. Ellos también son creativos en la fabricación de toda una lista de fobias (bifobia y transfobia) para atacar a aquellos que desapruaban estos comportamientos aberrantes.

Estos hallazgos no son realmente nuevos. Ellos son meras extensiones lógicas del movimiento de liberación sexual de los años sesenta. En aquel entonces, cualquier tipo de amor libre entre un hombre y una mujer se tornó socialmente aceptable. Ahora, cualquier otro tipo de relación sexual debe ser aceptado y recibir protección legal.

Lo único que no se tolera es la insistencia en que hombre y mujer delimitan la sexualidad humana. No se acepta que una ley natural y sus correspondientes límites morales regulen la fuerza del instinto sexual para que la sociedad pueda perpetuarse a través de la familia. Esencialmente, esta posición sostiene que las formas de expresar la sexualidad son ilimitadas y que cada uno puede definir su propia categoría de género más allá de las actuales 23.

Un día, cuando el sentido común vuelva a prevalecer, podremos esperar que todo volverá al principio, cuando Dios creó al hombre y a la mujer.

JOHN II HORVAT\*

---

\*Publicado por *Acción Familia*, 20.5.2011.

## APARTHEID UNIVERSITARIO

Chile vive hoy un *apartheid* universitario. La legislación privilegia a una minoría de estudiantes y segrega al resto. La discriminación depende de la antigüedad de la universidad a la que postulan, no necesariamente de su calidad. Si fue creada antes del 31 de diciembre de 1980, el alumno accede a créditos y becas preferenciales, y al financiamiento directo del Estado para su institución en millones de dólares sin metas explícitas. Si la universidad es posterior a 1980, el alumno enfrentará un mundo de altos intereses crediticios y el esfuerzo de su universidad por acceder a un mínimo de financiamiento estatal para educarlo mejor.

La Confech y algunos rectores luchan por mantener este privilegio para sus alumnos y universidades, en especial el aporte fiscal directo, pues cuestionan el compromiso de las universidades nuevas con la calidad y el servicio público. Se equivocan. La calidad educativa y el aporte a la sociedad no dependen del número de años sino de resultados objetivos. Por eso que el aporte basal por antigüedad o “estatalidad” debe terminar y dar paso al análisis basado en evidencia. De esta forma, todas las universidades podrían concursar en igualdad de condiciones por el total de la ayuda fiscal, y la inversión del Estado en educación superior sería enteramente racional y eficiente. Se daría a cada uno lo suyo, lo justo, sobre la base del mérito sin importar su origen, antigüedad o condición.

Nada de esto ha sido propuesto por el movimiento estudiantil, que lucha por profundizar la brecha. ¿Por qué desean perpetuar el *apartheid*? Es un privilegio que no quieren perder, incluso a costa de la masa discriminada y del esfuerzo económico de sus familias.

Lamentablemente, este razonamiento antepone el beneficio propio al de la sociedad, el bien individual al bien común, los derechos a los deberes, el interés privado al público. Asistimos a una especie de “privatización” de los fondos públicos a manos de alumnos e instituciones que pretenden un subsidio privado y excluyente, en desmedro de la gran mayoría de universitarios que no pertenecen al CRUCh. Parece ser una forma de conservadurismo que se opone al progreso de la igualdad.

Así como el *apartheid* racial separa a las personas en barrios, escuelas y hospitales, el universitario segrega a alumnos de igual calidad únicamente por su elección de alma mater. De esta forma, infringe la prohibición constitucional del Estado de privilegiar a personas y grupos y de discriminar en el trato que debe dar en materia económica. Los recursos públicos que ingresan de forma directa y exclusiva a las universidades del CRUCh son discriminatorios para el resto de las universidades impedidas de acceder a ellos. Además, suponen una ayuda que distorsiona gravemente las comparaciones entre unas y otras y la igualdad de condiciones para atraer a los mejores alumnos y desarrollar investigación científica.

En general, las ayudas estatales que distorsionan la libre competencia han sido sancionadas por el derecho, y aquellos que la defienden en beneficio propio reciben el nombre de “cartel”. En el fondo se concibe lo anterior al 31 de diciembre de 1980 como servicio público y bueno, y lo posterior al 31-D como interés privado y malo.

La participación de distintos actores en servicios públicos con financiamiento estatal ha favorecido un gran avance en infraestructura pública, educación

escolar, salud o servicios básicos, y podría funcionar también en educación superior bajo un marco común de igualdad de condiciones, control y regulación para los alumnos y sus universidades. Por este ideal de igualdad sí que vale la pena marchar.

JAIME ARANCIBIA M.\*

---

\*Doctor en Derecho (Universidad de Cambridge/Inglaterra). Profesor de Derecho Administrativo. Vicerrector Académico, Universidad de los Andes.

## REFLEXIONES FUERTES

### ABORTO: ¡QUE SE MUERAN LOS FEOS!

#### I

El aborto siempre nace de a poquito. Los proyectos de ley a la espera de ser votados por el Senado lo introducen bajo la figura del aborto terapéutico para casos dramáticos, como el riesgo de salud para la madre, el hecho de que la criatura sea inviable o que sufra una grave malformación.

Del riesgo para la salud y de los niños inviables se ha discutido mucho estos días. Menos se ha hablado del otro supuesto de aborto, las malformaciones graves. Quizá estén pensando en alguien como Nick Vujicic, el hombre que no tiene brazos ni piernas. Parece que no es bueno que ese tipo de gente viva, por más que recorra el mundo dando un mensaje de optimismo. Su presencia molesta.

Quizá sería bueno que alguien fuera a la conferencia de Nick el próximo 22 de octubre y se lo dijera a la cara. Que le pidiera que no gaste sus energías en darle a la gente razones para vivir, que es mucho más práctico que se instale en las tribunas del Senado y que grite mucho, ya que no puede palmotear, para que los senadores dubitativos voten a favor de ese aborto chico, que nos evitará el mal rato de tener que observar a gente menos agraciada. De paso, la Teletón, hoy superada por la alta demanda, tendría menos pacientes que atender.

Pero no sólo Nick es un potencial elegido en estas mociones abortistas, también los niños Down deberían ir calladitos hacia el paredón. Por algo en Europa ya casi no se los ve. Ellos no existen porque son caros y poco productivos. Además, algunos piensan que ni siquiera son bonitos.

Si usted tiene algún niño Down en su entorno, y lo quiere tanto como el resto de las familias que han recibido a uno de esos niños, disfrútelos, porque pertenece a una especie que, de prosperar el proyecto, ya no existirá más. Aproveche a Agustín, a José Manuel o a Marcela, fíjese bien en cada uno de ellos, en sus reacciones, guarde sus dibujos y cada una de sus sonrisas, porque sus nietos quizá le pregunten cómo eran esos niños que en el futuro ya nadie verá, porque estarán prohibidos.

Uno siempre había oído que la dignidad humana es una cualidad que no depende ni de la salud ni de la edad ni del tiempo que se vaya a vivir; uno estaba convencido de que la dignidad se descubre especialmente en los más graves enfermos de sida, en las personas que están en situaciones extremas, en la gente que parece no tenerla. Pero ahora nos quieren convencer de que las cosas son de otro modo. Sólo algunos están invitados al club de la dignidad. Sólo los sanos y los lindos, los deseados y los felices. Sólo los que salen rentables tienen asegurada la llegada a esta tierra.

También habíamos oído que había que abolir la pena de muerte, pero, si los senadores quieren, volveremos a tenerla en gloria y majestad. Con una pequeña

diferencia: los no deseados, los inviábiles y los malformes no tendrán derecho a juicio alguno. No contarán con abogados que los defiendan, no se verificará si las pruebas que los condenan a muerte están bien obtenidas, y nadie preguntará si el juez tiene competencia para decretar sobre ellos la pena capital. Pero no hay que inquietarse, porque se ejecutará con cargo a nuestros impuestos en hospitales estatales, sin fines de lucro.

Para los millones de mujeres que, en todas partes del mundo, son forzadas a abortar, aun sin darse cuenta, vaya toda nuestra comprensión. Ellas son empujadas de mil modos, que van desde el abandono hasta la violencia directa. Basta con haber visto "Solás", la dura película de Benito Zambrano, para tener una mínima idea de lo que significa quedar a merced de la irresponsabilidad de los hombres y la falta de esperanza. Nadie aborta por gusto, simplemente esas personas se ven en un dilema que no parece tener salida: "O su vida o la mía", y recurren al aborto porque piensan que no hay otro camino.

Por eso, no basta con negarse al aborto: hay que desarrollar políticas de apoyo real a esas personas que pasan por una situación muy difícil. No sólo hay que respetar la vida de los no nacidos, también hemos de ocuparnos de esas compatriotas en apuros.

El mensaje que nos transmiten Nick Vujicic, los niños Down y las personas discapacitadas es que la vida no consiste en una ecuación entre el dinero, la influencia, el poder y la belleza. Ellos nos ponen un cable a tierra y nos hacen más humanos. No somos nosotros los que les hacemos el bien a ellos, cuando decidimos conservar su vida, promover la educación diferencial o habilitar unos accesos cómodos para impedidos. Son ellos los que nos ayudan a nosotros.

Los senadores probablemente piensan que están decidiendo sobre el aborto. En realidad se estarán pronunciando sobre el grado de humanidad de la sociedad en que vivimos\*.

## CUANDO EL OBISPO ABRIÓ LA BOCA

### II

Un obispo evangélico osa decir un par de cosas en defensa de la familia en el sermón del Tedeum y Twitter echa espuma por la boca y casi revienta de furia. ¿No están separados la Iglesia y el Estado? ¿Acaso los evangélicos no han leído que Chile es un país laico? Si un pastor quiere decir algo sobre la realidad nacional, que se refiera a la necesidad de combatir la obesidad infantil o el cambio de hora, pero ¿de dónde que un clérigo pueda hablar del matrimonio frente a las máximas autoridades de la república?

El Presidente y sus ministros, en cambio, aguantaron estoicamente el chaparrón, sin impugnar el derecho de expresión del obispo Durán. ¿Por qué esa diferencia? ¿Por qué las autoridades aceptan que la religión tenga algo que decir

---

\*Publicado en *El Mercurio* (Santiago de Chile), domingo 9.10.2011. D-19.

sobre el bien de la sociedad, mientras otros pretenden amordazarla? Más allá de lo que opinemos sobre el contenido de las declaraciones, este episodio nos pone delante de una diferencia fundamental, la que se da entre laicidad política y laicismo fundamentalista.

Cuando decimos que el Estado es laico (caso de Chile o EE.UU.), estamos sosteniendo que no tiene una religión oficial, a diferencia de los países confesionales (Inglaterra, Arabia Saudita), que hacen suya una religión. Pero que el Estado no se pronuncie en materias religiosas no quiere decir que proceda como si la religión no existiera: en Uruguay han tenido que llamar a la Semana Santa “Semana del Turismo”..., para que ese feriado resulte indoloro a los laicistas charrúas.

Cuando el Estado respeta y fomenta la práctica de la religión, lo hace porque constituye una legítima expresión de la identidad de sus ciudadanos y contribuye al bien social. Cualquiera de nosotros prefiere perder su billetera en un templo y no en el Metro. ¿Por qué? Porque sabe que, aunque existen muchos ateos honorables, los creyentes convencidos respetan la ley más que el promedio de los ciudadanos.

Lo decía recientemente Vargas Llosa, un hombre poco sospechoso de beatería, a propósito de la vitalidad mostrada por la Iglesia en la Jornada Mundial de la Juventud: “¿Es esto bueno o malo para la cultura de la libertad? Mientras el Estado sea laico y mantenga su independencia frente a todas las iglesias, a las que, claro está, debe respetar y permitir que actúen libremente, es bueno, porque una sociedad democrática no puede combatir eficazmente a sus enemigos —empezando por la corrupción— si sus instituciones no están firmemente respaldadas por valores éticos, si una rica vida espiritual no florece en su seno como un antídoto permanente a las fuerzas destructivas, disociadoras y anárquicas que suelen guiar la conducta individual cuando el ser humano se siente libre de toda responsabilidad”.

Muy distinta es la actitud del laicismo fundamentalista, que pretende que uno puede manifestar cualquier convicción en el espacio público, salvo que tenga un carácter religioso. Este integrismo laicista se ha ido difundiendo en los últimos años y ha llegado a extremos ridículos, como el de British Airways, que despidió a Nadia Eweida, una azafata que se negó a sacarse una pequeña cruz que llevaba colgada al cuello, no obstante que el personal islámico o hindú puede llevar velos religiosos. En nuestro país hay quienes protestan porque se hace la procesión de la Virgen del Carmen, de manera pacífica, sin rayar las paredes ni estorbar el tránsito, o se indignan porque en un edificio público se pone un pesebre navideño. Mañana prohibirán escuchar a Bach o enseñar a Gaudí, porque tienen connotaciones religiosas.

Los nuevos fundamentalistas olvidan que tanto la democracia como la economía de mercado solo funcionan bien si están apoyadas en una sólida base ética. Uno puede obtenerla leyendo la *Crítica de la Razón Pura*, de Kant, pero muchos aprendemos a respetar a los demás, a no quedarnos con el vuelto y a no saquear locales comerciales, en el seno de una determinada tradición religiosa. ¡Erosionen esta tradición y ya verán lo que pasa!

No es un obispo evangélico, sino nuevamente Mario Vargas Llosa el que lo reconoce: “Durante mucho tiempo se creyó que con el avance de los conocimientos y de la cultura democrática, la religión, esa forma elevada de superstición, se



iría deshaciendo, y que la ciencia y la cultura la sustituirían con creces. Ahora sabemos que esa era otra superstición que la realidad ha ido haciendo trizas”.

El fundamentalismo laicista ha llegado a tales extremos que incluso un reconocido no creyente, como Vargas Llosa, ha salido en defensa de la religión. Esto significa que los obispos y demás creyentes podrán seguir abriendo su boca.

JOAQUÍN GARCÍA HUIDOBRO\*

---

\*Doctor en Derecho (Universidad de Navarra/España). Profesor de Derecho Natural, Universidad de los Andes.

Publicado en *El Mercurio*/Santiago de Chile, domingo 18.9.2011, D-15.

## GRAMSCI RELOADED

Aquellos que creían que después de la caída del muro de Berlín y el estrepitoso fracaso del socialismo real las doctrinas marxistas estaban muertas, se estarán convenciendo de su error al analizar con más detención las bulladas marchas y protestas realizadas por los estudiantes el año recién pasado. El sociólogo Antonio Leal, en su columna de *El Mostrador*, referida a su libro “Gramsci”, reconoce el regreso del pensamiento marxista en los líderes estudiantiles, pero no con aquella vertiente estalinista que conocimos los años 60 y 70, sino revestido de una forma más sutil, más seductora, intelectualmente bien elaborada, que le da un nuevo carácter ético e, inclusive, estético, atractivo para jóvenes e idealistas del nuevo pensamiento marxista y que marchan por la calles, quizás sin saberlo, de la mano de Gramsci.

El filósofo, quien cumple 121 años desde su nacimiento, si bien influyó en el comunismo italiano, no existió para los leninistas rusos sino hasta la Perestroika, puesto que su propuesta propicia la penetración intelectual y espiritual, en contraposición al pensamiento leninista que justifica la violencia política, el totalitarismo e, incluso, la vía armada. Tales ideas aún permanecen subyacentes, al menos así lo han deslizado algunos de los nuevos dirigentes estudiantiles de nuestro país, motivados quizás porque saben que la vía gramsciana puede ser lenta, sofisticada, y requiere penetrar la dura coraza de la superestructura social y moral. Para ello, Gramsci propuso entregar una formación humanista, es decir, preparar o formar a la gente no para el trabajo, sino en aspectos humanistas que condujeran a la transformación social. ¡Y qué mejor que el Estado controlando la educación de todo un país para ello!

Lo interesante de Gramsci es que de esta forma volvió a retomar la concepción marxista, pero no al ritmo cruel de la violenta revolución rusa, sino que al paso cadencioso de las ideas, del pensamiento, de la ciencia política. No obstante, la clara derrota del socialismo real, el ideario marxista –como lo reconoce Leal– ha vuelto a ganar espacio político como si nada hubiese sucedido en 90 años. Es cierto que ahora se trata de un pensamiento “renovado” que se ha apropiado de atributos como la equidad, la igualdad, la tolerancia, la preservación del medio ambiente, los derechos humanos y de las minorías, etc., que cualquiera debería apoyar. Aunque para alcanzar tales atributos no se basa en la libertad del individuo y el emprendimiento, sino propicia nuevas formas de intervencionismo estatal en materias de propiedad, educación, salud, económicas, tributarias y previsionales, entre otras, restándole toda importancia a la libertad individual. Así, aunque parecía incomprensible que tal ideología fuese aún capaz de sobrevivir y gobernar, a nuestro alrededor vemos prosperar el pensamiento neomarxista tanto en países de la región como en Chile.

¿Cómo se puede explicar ésto? La respuesta se encuentra en la interpretación efectuada por Gramsci al marxismo, al que consideró como la doctrina de salvación del reino de la ilusión (la religión) y del engaño (el capitalismo). Gramsci visualizó desde la perspectiva del mundo occidental las debilidades de la ortodoxia rusa marxista-leninista, referidas a la toma violenta del poder. Señaló que sólo una alternativa que apuntara a la ocupación cultural, al ejercicio del verdadero liderazgo al interior de la sociedad civil, podría tener éxito para alcanzar el poder. Tal estrategia, llamada “guerra de posición”, operaría mejor en el modelo occidental capitalista, que la cruel guerra de maniobras propiciada

por el marxismo-leninismo. Para Gramsci, el socialismo es más que un sistema político o económico, es un valor moral profundamente liberador. Su propuesta de conquista consiste en incursionar en lo que él denomina la “superestructura social”, es decir, en los fenómenos culturales y espirituales de la sociedad.

Propone una ocupación cultural, de suyo sutil, y el ejercicio de un verdadero liderazgo o hegemonía al interior de la sociedad civil. Así, Gramsci ha inspirado a la nueva izquierda para que esté presente en la literatura, en la prensa, en la iglesia, en los organismos internacionales, en los sindicatos y minorías, en la ecología, en la televisión, en la universidad, en la ciencia, en la cultura y hasta en la música popular. Basta pasearse por una librería, repasar los títulos y sus autores, para darse cuenta de la enorme intrusión intelectual marxista existente. Sin embargo, para lograr dicha hegemonía social, cultural y económica, también reclama a la escuela, por su función educativa positiva, y a los tribunales, por su función educativa represiva. Hoy, además, las nuevas redes sociales de internet –impensado para Gramsci– permiten una penetración ideológica rápida y eficiente.

Basta pensar en lo ocurrido el año pasado, revisar la historia reciente de nuestro país, los textos escolares, la interpretación histórica, los museos inaugurados en la última década, u observar la tolerancia frente al delito y el terrorismo ecológico y todo aquello que debilite la institucionalidad. Basta observar el diestro uso que hacen de los medios de comunicación o ver cómo se hacen meritorios de éxitos económicos –que no corresponden al modelo que ellos mismos propician– y notar cómo hacen gala de un hábil transformismo filosófico que les permite transmutar de víctimas a usuarios del capitalismo, de predicar desde hace 90 años la descomposición del modelo capitalista, de tratar de provocar permanentemente la crisis social para que los gobiernos entren en conflicto, se cuestione su liderazgo, se desacredite su autoridad y, así, se produzca la anhelada crisis de poder y el consecuente desgaste de la clase dominante, para al fin asumir el poder. ¿Será esto lo que le da sentido a los movimientos sociales del año pasado?

Para responder esa pregunta, hay que conocer el pensamiento de este filósofo que está influyendo en los movimientos sociales actuales y, para ello, Leal ofrece su libro. Evidentemente, el pensamiento gramsciano ha tenido éxito. Prueba de ello es que a nadie parece importarle el fracaso reciente del modelo socialista. Se les permite gobernar, aunque ahora no postulan a la dictadura del proletariado, se promueven como demócratas, coquetean con el capitalismo, y la opinión pública hasta les perdona su incursión en la vía armada en décadas pasadas. La doctrina gramsciana transforma a Abel en Caín y viceversa. De esta forma, aquellos que originaron el doloroso y violento proceso que vivieron muchos países, han quedado absueltos de toda culpa. Aquellos que empobrecieron a la gente con sus modelos estatistas, hoy aconsejan cómo lograr mayor equidad. Así las cosas, pareciera que se está avanzando en la progresiva conquista de la conciencia, de la superestructura y de la propia personalidad histórica. La sociedad parece adormecida, está quedando anestesiada, sin percibir que la verdad se está alterando, que la historia se está re-escribiendo con mano gramsciana.

RAFAEL CAVIEDES\*

---

\*Académico de la Universidad de los Andes. Publicado en *El Mostrador*/Santiago de Chile, 24.1.2012.

# DOCUMENTOS



## DISCURSO DEL SANTO PADRE BENEDICTO XVI A LOS ADMINISTRADORES DEL LACIO Y DEL AYUNTAMIENTO Y DE LA PROVINCIA DE ROMA

Sala Clementina  
Viernes 14 de enero de 2011

*Ilustres señores y señoras:*

Siguiendo una feliz costumbre, también este año tengo la grata ocasión de encontrarme con los representantes de las instituciones de la región del Lacio, del ayuntamiento y de la provincia de Roma. Doy las gracias a la honorable Renata Polverini, presidenta de la Junta regional del Lacio, al honorable Giovanni Alemanno, alcalde de Roma, y al honorable Nicola Zingaretti, presidente de la provincia de Roma, por las amables palabras que me han dirigido en nombre de todos. Yo también os felicito cordialmente por el nuevo año a vosotros, a los ciudadanos de Roma y de la provincia y a los habitantes del Lacio, a quienes me siento particularmente vinculado como obispo de esta ciudad, Sucesor de Pedro.

La vocación singular de Roma, centro del catolicismo y capital del Estado italiano, exige que nuestra ciudad sea un ejemplo de fecunda y provechosa colaboración entre las instituciones públicas y la comunidad eclesial. Esta colaboración, respetando las recíprocas competencias, hoy es particularmente urgente ante los nuevos retos que se asoman en el horizonte. La Iglesia, de modo especial mediante la obra de los fieles laicos y de las asociaciones de inspiración católica, desea seguir dando su propia contribución a la promoción del bien común y de un progreso auténticamente humano.

La familia, fundada en el matrimonio entre el hombre y la mujer, es la célula originaria de la sociedad. En la familia es donde los hijos aprenden los valores humanos y cristianos que permiten una convivencia constructiva y pacífica. En la familia es donde se aprenden la solidaridad entre las generaciones, el respeto de las reglas, el perdón y la acogida del otro. En la propia casa es donde los jóvenes, experimentando el afecto de sus padres, descubren lo que es el amor y aprenden a amar. Por tanto, es preciso apoyar a la familia con políticas orgánicas que no se limiten a proponer soluciones a los problemas contingentes, sino que tengan como objetivo su consolidación y desarrollo y vayan acompañadas por una adecuada obra educativa. Por desgracia, a veces tienen lugar graves actos de violencia y se amplifican algunos aspectos de crisis de la familia, causados por los rápidos cambios sociales y culturales. También la aprobación de formas de unión que desvirtúan la esencia y el fin de la familia, acaba por penalizar a cuantos, no sin esfuerzo, se comprometen a vivir vínculos afectivos estables, garantizados jurídicamente y reconocidos públicamente. Desde esta perspectiva, la Iglesia mira favorablemente todas las iniciativas encaminadas a educar a los jóvenes a vivir el amor en la lógica del don de sí mismos, con una visión elevada y oblativa de la sexualidad. Para ese fin es necesaria una convergencia educativa entre los

diversos componentes de la sociedad, para que el amor humano no se reduzca a un objeto de consumo, sino que pueda percibirse y vivirse como experiencia fundamental que da sentido y finalidad a la existencia.

La entrega recíproca de los cónyuges trae consigo la apertura a la generación, pues el deseo de la paternidad y de la maternidad está inscrito en el corazón humano. Muchas parejas desearían acoger el don de nuevos hijos, pero son impulsadas a esperar. Por esto es necesario sostener concretamente la maternidad y también garantizar a las mujeres que ejercen una profesión la posibilidad de conciliar familia y trabajo. De hecho, demasiadas veces se ven obligadas a elegir entre una u otra cosa. El desarrollo de políticas adecuadas de ayuda, así como de estructuras destinadas a la infancia, como las guarderías, también las gestionadas por familias, puede ayudar a lograr que el hijo no se vea como un problema, sino como un don y una gran alegría. Además, dado que «la apertura a la vida está en el centro del verdadero desarrollo» (*Caritas in veritate*, 28), el elevado número de abortos que se practican en nuestra región no puede dejarnos indiferentes. La comunidad cristiana, a través de las numerosas «Casas familia», los «Centros de ayuda a la vida» y otras iniciativas parecidas, está comprometida en acompañar y apoyar a las mujeres que encuentran dificultades para acoger una nueva vida. Las instituciones públicas deberían ofrecer su apoyo para que los consultores familiares estén en condiciones de ayudar a las mujeres a superar las causas que pueden llevar a interrumpir el embarazo. Al respecto, expreso mi aprecio por la ley vigente en la región del Lacio que prevé el llamado «cociente familiar» y considera al hijo concebido como un componente de la familia, y espero que esta normativa encuentre plena realización. Me alegra que la ciudad de Roma ya se haya comprometido en esta dirección.

En el otro aspecto de la vida, el envejecimiento de la población plantea nuevos problemas. Los ancianos son una gran riqueza para la sociedad. Sus conocimientos, su experiencia, su sabiduría son un patrimonio para los jóvenes, que necesitan maestros de vida. Si bien muchos ancianos pueden contar con el apoyo y la cercanía de su propia familia, aumenta el número de quienes viven solos y necesitan asistencia médico-sanitaria. La Iglesia, también en nuestra región, está siempre cerca de quienes se encuentran en condiciones de fragilidad por motivo de la edad o de la salud precaria. A la vez que me alegro por la sinergia existente con las grandes realidades sanitarias católicas –como por ejemplo, en el campo de la infancia, entre el hospital «Bambin Gesù» y las instituciones públicas– espero que estas estructuras puedan seguir colaborando con las entidades locales para asegurarles su servicio a cuantos se dirigen a ellas, y renuevo la invitación a promover una cultura que respete la vida hasta su término natural, en la conciencia de que «la grandeza de la humanidad está determinada esencialmente por su relación con el sufrimiento y con el que sufre» (*Spe salvi*, 38).

En estos últimos tiempos, la serenidad de nuestras familias está amenazada por la grave y persistente crisis económica, y muchas familias ya no logran garantizar un nivel de vida suficiente a sus hijos. Nuestras parroquias, a través de Cáritas, se prodigan para salir al encuentro de estos núcleos familiares aliviando, en la medida de lo posible, las dificultades y haciendo frente a las exigencias primarias. Confío en que se tomen medidas adecuadas, encaminadas a sostener a las familias de renta baja, de modo especial a las numerosas, con demasiada frecuencia perjudicadas. A ello se añade un problema cada día más dramático. Me refiero

a la grave cuestión del trabajo. En particular, los jóvenes, que después de años de preparación no ven salidas laborales y posibilidades de inserción social y de proyección de futuro, se sienten a menudo decepcionados y se ven tentados de rechazar a la propia sociedad. La prolongación de semejantes situaciones causa tensiones sociales, que las organizaciones criminales aprovechan para proponer actividades ilícitas. Por tanto, es urgente que, aun en este momento difícil, se realicen todos los esfuerzos posibles para promover políticas de empleo, que puedan garantizar un trabajo y una sustentación digna, condición indispensable para dar vida a nuevas familias.

Ilustres autoridades, son numerosos los problemas que requieren una solución. Que vuestro compromiso de administradores, que se esfuerzan por colaborar juntos por el bien de la comunidad, sepa considerar siempre al hombre como un fin, para que pueda vivir de manera auténticamente humana. Como obispo de esta ciudad quiero, por tanto, invitaros a encontrar en la Palabra de Dios la fuente de inspiración para vuestra acción política y social, en la «búsqueda del verdadero bien de todos, en el respeto y la promoción de la dignidad de cada persona» (*Verbum Domini*, 101). Os aseguro mi recuerdo en la oración, sobre todo por aquellos que comienzan su servicio al bien común, y a la vez que invoco sobre vuestro trabajo la protección maternal de la Virgen María, *Salus Populi Romani*, os imparto de corazón mi bendición, que de buen grado extiendo a los habitantes de Roma, de su provincia y de todo el Lacio.



VISITA PASTORAL A AQUILEA Y VENECIA.  
ENCUENTRO CON EL MUNDO  
DE LA CULTURA Y DE LA ECONOMÍA.  
DISCURSO DEL SANTO PADRE BENEDICTO XVI  
Basílica de la Salud - Venecia  
Domingo 8 de mayo de 2011

*Queridos amigos:*

Me alegra saludaros cordialmente como representantes del mundo de la cultura, del arte y de la economía de Venecia y de su territorio. Os agradezco vuestra presencia y vuestra simpatía. Expreso mi reconocimiento al patriarca y al rector que, en nombre del *Studium Generale Marcianum*, se ha hecho intérprete de los sentimientos de todos vosotros y ha introducido nuestro encuentro, el último de mi intensa visita, iniciada ayer en Aquileya. Quiero ofreceros algunos pensamientos muy sintéticos, con la esperanza de que sean útiles para la reflexión y el compromiso común. Los tomo de tres palabras que son metáforas sugestivas: tres palabras vinculadas a Venecia y, en particular, al lugar donde nos encontramos: la primera palabra es *agua*; la segunda es *salud* y la tercera es *Serenísima*.

Comenzamos por el agua, como es lógico por muchas razones. El agua es un símbolo ambivalente: de vida, pero también de muerte; lo saben bien las poblaciones afectadas por aluviones y maremotos. Pero el agua es ante todo elemento esencial para la vida. Venecia es llamada la «Ciudad de agua». También para vosotros que vivís en Venecia esta condición tiene un doble signo, negativo y positivo: conlleva muchos problemas y, al mismo tiempo, una fascinación extraordinaria. El hecho de que Venecia sea «ciudad de agua» hace pensar en un célebre sociólogo contemporáneo, que definió nuestra sociedad «líquida» y también la cultura europea: una cultura «líquida», para expresar su «fluidez», su poca estabilidad o, quizás, su falta de estabilidad, la volubilidad, la inconsistencia que a veces parece caracterizarla. Y aquí quiero presentar mi primera propuesta: Venecia, no como ciudad «líquida» –en el sentido que acabo de mencionar–, sino como ciudad «de la vida y de la belleza». Ciertamente es una elección, pero en la historia es necesario elegir: el hombre es libre de interpretar, de dar un sentido a la realidad, y precisamente en esta libertad consiste su gran dignidad. En el ámbito de una ciudad, cualquiera que sea, incluso las elecciones de carácter administrativo, cultural y económico dependen, en el fondo, de esta orientación fundamental, que podemos llamar «política» en la acepción más noble y más elevada del término. Se trata de elegir entre una ciudad «líquida», patria de una cultura marcada cada vez más por lo relativo y lo efímero, y una ciudad que renueva constantemente su belleza bebiendo de las fuentes benéficas del arte, del saber, de las relaciones entre los hombres y entre los pueblos.

Pasemos a la segunda palabra: «salud». Nos encontramos en el «Polo de la salud»: una realidad nueva, pero que tiene raíces antiguas. Aquí, en la Punta de

la Dogana, surge una de las iglesias más célebres de Venecia, obra de Longhena, edificada como voto a la Virgen por la liberación de la peste del año 1630: Santa María de la Salud. El célebre arquitecto construyó, anexo a ella, el convento de los Somascos, que después se convirtió en el Seminario patriarcal. «*Unde origo, inde salus*», reza el lema grabado en el centro de la rotonda mayor de la basílica, expresión que indica que el origen de la ciudad de Venecia, fundada según la tradición el 25 de marzo del año 421, día de la Anunciación, está estrechamente vinculado a la Madre de Dios. Y precisamente por intercesión de María vino la salud, la salvación de la peste. Pero reflexionando sobre este lema podemos captar también un significado aún más profundo y más amplio. De la Virgen de Nazaret tuvo origen Aquel que nos da la «salud». La «salud» es una realidad que lo abarca todo, una realidad integral: va desde el «estar bien» que nos permite vivir serenamente una jornada de estudio y de trabajo, o de vacación, hasta la *salus animae*, de la que depende nuestro destino eterno. Dios cuida de todo esto, sin excluir nada. Cuida de nuestra salud en sentido pleno. Lo demuestra Jesús en el Evangelio: él curó enfermos de todo tipo, pero también liberó a los endemoniados, perdonó los pecados, resucitó a los muertos. Jesús reveló que Dios ama la vida y quiere liberarla de toda negación, hasta la negación radical que es el mal espiritual, el pecado, raíz venenosa que lo contamina todo. Por esto, al mismo Jesús se lo puede llamar «Salud» del hombre: *Salus nostra Dominus Jesus*. Jesús salva al hombre poniéndolo nuevamente en la relación saludable con el Padre en la gracia del Espíritu Santo; lo sumerge en esta corriente pura y vivificadora que libera al hombre de sus «parálisis» físicas, psíquicas y espirituales; lo cura de la dureza de corazón, de la cerrazón egocéntrica, y le hace gustar la posibilidad de encontrarse verdaderamente a sí mismo, perdiéndose por amor a Dios y al prójimo. *Unde origo, inde salus*. Este lema puede llevar a múltiples referencias. Me limito a recordar una: la famosa expresión de san Ireneo: «*Gloria Dei vivens homo, vita autem hominis visio Dei [est]*» (*Adv. haer.* IV, 20, 7). Que podría parafrasearse de este modo: gloria de Dios es la plena salud del hombre, y esta consiste en estar en relación profunda con Dios. Podemos decirlo también con las palabras que tanto gustaban al nuevo beato Juan Pablo II: el hombre es el camino de la Iglesia, y el Redentor del hombre es Cristo.

Veamos, por último, la tercera palabra: «Serenísima», el nombre de la República de Venecia. Un título verdaderamente estupendo, se podría definir utópico, respecto a la realidad terrena y, sin embargo, capaz de suscitar no sólo recuerdos de glorias pasadas, sino también ideales que impulsan a la programación del presente y del futuro en esta gran región. «Serenísima», en sentido pleno, es solamente la ciudad celestial, la nueva Jerusalén, que aparece al final de la Biblia, en el Apocalipsis, como una visión maravillosa (cf. *Ap* 21,1 - 22,5). Y sin embargo el cristianismo concibe esta ciudad santa, completamente transfigurada por la gloria de Dios, como una meta que mueve el corazón de los hombres e impulsa sus pasos, que anima el compromiso arduo y paciente para mejorar la ciudad terrena. A este propósito es necesario recordar siempre las palabras del concilio Vaticano II: «De nada sirve al hombre ganar todo el mundo si se pierde a sí mismo. No obstante, la espera de una tierra nueva no debe debilitar, sino más bien avivar la preocupación de cultivar esta tierra, donde crece aquel cuerpo de la nueva familia humana, que puede ofrecer ya un cierto esbozo del mundo nuevo» (*Gaudium et spes*, 39). Escuchamos estas expresiones en un tiempo en el que

se ha agotado la fuerza de las utopías ideológicas y no sólo se ha oscurecido el optimismo, sino que también la esperanza está en crisis. No debemos olvidar que los padres conciliares, que nos han dejado esta enseñanza, habían vivido la época de las dos guerras mundiales y de los totalitarismos. Ciertamente, su perspectiva no estaba dictada por un fácil optimismo, sino por la fe cristiana, que anima la esperanza, al mismo tiempo grande y paciente, abierta al futuro y atenta a las situaciones históricas. Desde esta perspectiva el nombre «Serenísima» nos habla de una civilización de la paz, fundada en el respeto mutuo, en el conocimiento recíproco y en las relaciones de amistad. Venecia tiene una larga historia y un rico patrimonio humano, espiritual y artístico para ser capaz también hoy de dar una valiosa contribución para ayudar a los hombres a creer en un futuro mejor y a empeñarse en construirlo. Pero para esto no debe tener miedo de otro elemento emblemático, contenido en el escudo de San Marcos: el Evangelio. *El Evangelio es la mayor fuerza de transformación del mundo*, pero no es una utopía ni una ideología. Las primeras generaciones cristianas lo llamaban más bien el «camino», es decir, la manera de vivir que Cristo practicó en primer lugar y que nos invita a seguir. A la ciudad «serenísima» se llega por este camino, que es el camino de la caridad en la verdad, sabiendo bien –como también nos recuerda el Concilio– que «no hay que buscar esta caridad sólo en las grandes cosas, sino especialmente en las circunstancias ordinarias de la vida» y que, siguiendo el ejemplo de Cristo, «debemos cargar también la cruz que la carne y el mundo imponen sobre los hombros de los que buscan la paz y la justicia» (*Gaudium et spes*, 38).

Estas son, queridos amigos, las reflexiones que quería compartir con vosotros. Para mí ha sido una alegría concluir mi visita en vuestra compañía. Agradezco de nuevo al cardenal patriarca, al auxiliar y a todos los colaboradores la magnífica acogida. Saludo a la comunidad judía de Venecia –que tiene antiguas raíces y es una presencia importante en el tejido ciudadano–, y en particular a su presidente, el profesor Amos Luzzatto. Saludo también a los musulmanes que viven en esta ciudad. Desde este lugar tan significativo dirijo mi cordial saludo a Venecia, a la Iglesia que peregrina aquí, y a todas las diócesis del Trivéneto, dejando, como prenda de mi perenne recuerdo, la bendición apostólica. Gracias por vuestra atención.

VIAJE APOSTÓLICO A CROACIA  
(4-5 DE JUNIO DE 2011).  
ENCUENTRO CON EXPONENTES DE LA SOCIEDAD  
CIVIL, DEL MUNDO POLÍTICO, ACADÉMICO,  
CULTURAL Y EMPRESARIAL, CON EL CUERPO  
DIPLOMÁTICO Y CON LOS LÍDERES RELIGIOSOS.  
DISCURSO DEL SANTO PADRE BENEDICTO XVI  
Teatro Nacional Croata - Zagreb  
Sábado 4 de junio de 2011

*Señor Presidente,  
Señores cardenales,  
Ilustres señores y señoras,  
Queridos hermanos y hermanas*

Me alegra mucho entrar en lo vivo de mi visita encontrándome con ustedes, que representan ámbitos cualificados de la sociedad croata y al Cuerpo Diplomático. Mi cordial saludo se dirige personalmente a cada uno y también a las entidades vitales a las que pertenecen: a las comunidades religiosas, a las instituciones políticas, científicas y culturales, a los sectores artísticos, económicos y deportivos. Doy cordialmente las gracias a Mons. Puljic y al Profesor Zurak por las amables palabras que me han dirigido, así como a los músicos que me han acogido con el lenguaje universal de la música. La dimensión de la universalidad, característica del arte y de la cultura, es particularmente connatural al Cristianismo y a la Iglesia católica. Cristo es plenamente hombre, y todo lo que es humano encuentra en Él y en su Palabra plenitud de vida y significado.

Este espléndido teatro es un lugar simbólico, que manifiesta vuestra identidad nacional y cultural. Poder encontraros aquí a todos juntos es otro motivo de alegría del espíritu, porque la Iglesia es un misterio de comunión y se alegra siempre de la comunión, en la riqueza de la diversidad. La participación de los representantes de otras Iglesias y comunidades cristianas, así como también de la religión judía y musulmana, contribuye a recordar que la religión no es una realidad separada de la sociedad, sino un componente suyo connatural, que constantemente evoca la dimensión vertical, la escucha de Dios como condición para la búsqueda del bien común, de la justicia y de la reconciliación en la verdad. La religión pone al hombre en relación con Dios, Creador y Padre de todos, y, por tanto, debe ser un factor de paz. Las religiones deben purificarse siempre según esta verdadera esencia suya para corresponder a su genuina misión.

Y aquí quisiera introducir el tema central de mi breve reflexión: *el de la conciencia*. Éste atraviesa los diferentes campos en los que ustedes están comprometidos y es fundamental para una sociedad libre y justa, tanto en el plano nacional como supranacional. Naturalmente, pienso en Europa, a la que desde

siempre Croacia pertenece en el ámbito histórico-cultural y a la que está por entrar en el político-institucional. Pues bien, hay que confirmar y desarrollar las grandes conquistas de la edad moderna, es decir, el reconocimiento y la garantía de la libertad de conciencia, de los derechos humanos, de la libertad de la ciencia y, por tanto, de una sociedad libre, manteniendo abiertas, sin embargo, la racionalidad y la libertad en su fundamento trascendente, para evitar que dichas conquistas se autodestruyan, como debemos constatar lamentablemente en bastantes casos. La calidad de la vida social y civil, la calidad de la democracia, dependen en buena parte de este punto “crítico” que es la conciencia, de cómo es comprendida y de cuánto se invierte en su formación. Si la conciencia, según el pensamiento moderno más en boga, se reduce al ámbito de lo subjetivo, al que se relegan la religión y la moral, la crisis de occidente no tiene remedio y Europa está destinada a la involución. En cambio, si la *conciencia* vuelve a descubrirse como *lugar de escucha de la verdad y del bien, lugar de la responsabilidad ante Dios y los hermanos en humanidad, que es la fuerza contra cualquier dictadura*, entonces hay esperanza de futuro.

Agradezco al Profesor Zurak que haya recordado las raíces cristianas de numerosas instituciones culturales y científicas de este país, como ha sucedido también en todo el continente europeo. Es necesario recordar estos orígenes, además, por fidelidad a la verdad histórica, y es importante saber leer en profundidad dichas raíces, para que puedan dar ánimo también al hoy. Es decir, es decisivo percibir el dinamismo que hay en un acontecimiento, como, por ejemplo, el nacimiento de una universidad, o de un movimiento artístico o de un hospital. Hay que comprender el *porqué* y el *cómo* de lo que ha sucedido, para apreciar en el hoy dicho dinamismo, que es una realidad espiritual que llega a ser cultural y por tanto social. Detrás de todo hay hombres y mujeres, personas, conciencias, movidas por la fuerza de la verdad y del bien. Se han citado algunos hijos ilustres de esta tierra. Quisiera detenerme en el Padre Ruđer Josip Bošković, jesuita, nacido en Dubrovnik hace ahora trescientos años, el 18 de mayo de 1711. Él encarna muy bien la buena compenetración entre fe y ciencia, que se estimulan mutuamente para una búsqueda al mismo tiempo abierta, diversificada y capaz de síntesis. Su obra cumbre, la *Theoria philosophiae naturalis*, publicada en Viena, y después en Venecia a mitad del siglo XVIII, tiene un subtítulo muy significativo: *redacta ad unicam legem virium in natura existentium*, es decir, “según la única ley de las fuerzas existentes en la naturaleza”. En Bošković encontramos el análisis, el estudio de las múltiples ramas del saber, pero también la pasión por la unidad. Y esto es típico de la cultura católica. Por eso mismo, la fundación de una Universidad Católica en Croacia es signo de esperanza. Deseo que ella contribuya a crear unidad entre los diversos ámbitos de la cultura contemporánea, los valores y la identidad de nuestro Pueblo, dando continuidad a la fecunda contribución eclesial a la historia de la noble Nación croata. Volviendo al Padre Bošković, los expertos dicen que su teoría de la “continuidad”, válida tanto en las ciencias naturales como en la geometría, concuerda de forma excelente con alguno de los grandes descubrimientos de la física contemporánea. ¿Qué podemos decir? Rindamos homenaje al ilustre croata, pero también al auténtico jesuita; honremos al cultivador de la verdad que sabe bien lo mucho que ésta lo supera, pero que, a la luz de la verdad, sabe también emplear a fondo los recursos de la razón que Dios mismo le ha dado.

Pero, además del elogio, es preciso también valorar el método, la apertura mental de estos grandes hombres. Volvamos, por tanto, a *la conciencia como clave para el desarrollo cultural y la construcción del bien común*. En la formación de las conciencias, la Iglesia ofrece a la sociedad su contribución más singular y valiosa. Una contribución que comienza en la familia y que encuentra un apoyo importante en la parroquia, donde niños y adolescentes, y también los jóvenes, aprenden a profundizar en la Sagrada Escritura, que es el “gran código” de la cultura europea; y aprenden al mismo tiempo el sentido de la comunidad fundada en el don, no en el interés económico o en la ideología, sino en el amor, que es “la principal fuerza impulsora del auténtico desarrollo de cada persona y de toda la humanidad” (*Caritas in veritate*, 1). Esta lógica de la gratuidad, aprendida en la infancia y la adolescencia, se vive después en otros ámbitos, en el juego y el deporte, en las relaciones interpersonales, en el arte, en el servicio voluntario a los pobres y los que sufren, y una vez asimilada se puede manifestar en los ámbitos más complejos de la política y la economía, trabajando por una polis que sea acogedora y hospitalaria y al mismo tiempo no vacía, no falsamente neutra, sino rica de contenidos humanos, con una fuerte dimensión ética. Aquí es donde los fieles laicos están llamados a aprovechar generosamente su formación, guiados por los principios de la Doctrina social de la Iglesia, en favor de una laicidad auténtica, de la justicia social, la defensa de la vida y la familia, la libertad religiosa y de educación.

Ilustres amigos, su presencia y tradición cultural croata me han sugerido estas breves reflexiones. Se las dejo como signo de mi estima y sobre todo de la voluntad de la Iglesia de caminar con la luz del Evangelio en medio de este pueblo. Les doy las gracias por su atención y bendigo de corazón a todos ustedes, a sus seres queridos y sus actividades.

VIAJE APOSTÓLICO A ALEMANIA  
22-25 DE SEPTIEMBRE DE 2011  
CEREMONIA DE BIENVENIDA  
DISCURSO DEL SANTO PADRE BENEDICTO XVI  
Castillo de Bellevue de Berlín  
Jueves 22 de septiembre de 2011

*Señor Presidente Federal,  
Señoras y señores,  
Queridos amigos:*

Me siento muy honrado por la amable acogida que me habéis reservado aquí, en el Castillo Bellevue. Le estoy particularmente agradecido, Señor Presidente Wulff, por la invitación a esta visita oficial, que es mi tercera estancia como Papa en la República Federal Alemana. Agradezco de corazón las hondas y amables palabras de bienvenida que me ha dirigido. Mi gratitud se dirige también a los representantes del Gobierno Federal, del *Bundestag* y del *Bundesrat*, así como a los de la ciudad de Berlín, por su presencia, con la que expresan su respeto por el Papa como Sucesor del Apóstol Pedro. Y agradezco igualmente a los tres Obispos que me hospedan, el Arzobispo Woelki de Berlín, el Obispo Wanke de Erfurt y el Arzobispo Zollitsch de Friburgo, así como a todos aquellos que, en los diversos ámbitos eclesiásticos y públicos, han colaborado en los preparativos de este viaje a mi patria, contribuyendo de ese modo a que todo salga bien.

Aunque este viaje es una visita oficial que reforzará las buenas relaciones entre la República Federal de Alemania y la Santa Sede, no he venido aquí para obtener objetivos políticos o económicos, como hacen otros hombres de Estado, sino para encontrar a la gente y hablar con ella de Dios.

Con relación a la religión –lo ha mencionado usted, Señor Presidente Federal– se observa en la sociedad una progresiva indiferencia que, en sus decisiones, considera la cuestión de la verdad más bien como un obstáculo, y da por el contrario la prioridad a consideraciones utilitaristas.

Pero se necesita una base vinculante para nuestra convivencia, de otra manera cada uno vive sólo para su individualismo. La religión es una cuestión fundamental para una convivencia lograda. “Como la religión requiere la libertad, así la libertad tiene necesidad de la religión”. Estas palabras del gran obispo y reformador social Wilhelm von Ketteler, del que se celebra este año el bicentenario de su nacimiento, siguen siendo todavía actuales<sup>1</sup>.

La libertad necesita una referencia originaria a una instancia superior. *El que haya valores que nada ni nadie pueda manipular, es la auténtica garantía de nuestra libertad.* El hombre que se sabe obligado a lo verdadero y al bien, estará inmediatamente de acuerdo con esto: la libertad se desarrolla sólo en la responsa-

---

<sup>1</sup>Discurso a la primera asamblea de los católicos en Alemania, 1848. En: Erwin Iserloh (ed): Wilhelm Emmanuel von Ketteler: Sämtliche Werke und Briefe, Mainz 1977, vol. I, 1, p. 18.

bilidad ante un bien mayor. Este bien sólo existe si es para todos; por tanto, debo interesarme siempre por mis prójimos. La libertad no se puede vivir sin relaciones.

*En la convivencia humana no es posible la libertad sin solidaridad.* Aquello que hago en detrimento de otros, no es libertad, sino una acción culpable que les perjudica a ellos y, con ello, también a mí. Puedo realizarme verdaderamente como persona libre sólo cuando uso mis fuerzas también para el bien de los demás. Y esto no sólo vale en el ámbito privado, sino también en el social. Según el principio de subsidiariedad, la sociedad debe dar espacio suficiente para que las estructuras más pequeñas se desarrollen y, al mismo tiempo, apoyarlas, de modo que un día puedan ser autónomas.

Aquí en el Castillo Bellevue, que debe su nombre a la espléndida vista sobre la ribera del Spree y que está situado no lejos de la Columna de la Victoria, del *Bundestag* y de la Puerta de Brandeburgo, estamos propiamente en el centro de Berlín, la capital de la República Federal de Alemania. El castillo, como tantos edificios de la ciudad, es con su agitado pasado un testimonio de la historia alemana. Conocemos sus páginas de grandeza y nobleza, y nos sentimos reconocidos por ello. Pero también es posible observar claramente las páginas oscuras de su historia, y sólo así nos permite aprender del pasado y recibir impulso para el presente. La República Federal de Alemania se ha convertido en lo que es hoy a través de la fuerza de la libertad plasmada de responsabilidad ante Dios y ante el prójimo. Necesita de esta dinámica que abarca todos los ámbitos humanos para poder seguir desarrollándose en las circunstancias actuales. Lo requiere en “un mundo que necesita una profunda renovación cultural y el redescubrimiento de valores de fondo sobre los cuales construir un futuro mejor” (Encíclica *Caritas in veritate*, 21).

Deseo que los encuentros durante las varias etapas de mi viaje, aquí en Berlín, en Erfurt, en Eichsfeld y en Friburgo, puedan ofrecer una pequeña contribución sobre este tema. Que en estos días Dios nos conceda su bendición. Gracias.



VIAJE APOSTÓLICO A ALEMANIA  
22-25 DE SEPTIEMBRE DE 2011  
CELEBRACIÓN ECUMÉNICA  
DISCURSO DEL SANTO PADRE BENEDICTO XVI  
Iglesia del antiguo convento de los agustinos de Erfurt  
Viernes 23 de septiembre de 2011

*Queridos hermanos y hermanas en el Señor:*

“No sólo por ellos ruego, sino también por los que crean en mí por la palabra de ellos” (Jn 17, 20): Así, en el Cenáculo, lo ha dicho Jesús al Padre. Él intercede por las futuras generaciones de creyentes. Mira más allá del Cenáculo hacia el futuro. Ha rezado también por nosotros y reza por nuestra unidad. Esta oración de Jesús no es simplemente algo del pasado. Él está siempre ante el Padre intercediendo por nosotros, y así está en este momento entre nosotros y quiere atraernos a su oración. En la oración de Jesús está el lugar interior, más profundo, de nuestra unidad. Seremos, pues una sola cosa, si nos dejamos atraer dentro de esta oración. Cada vez que, como cristianos, nos encontramos reunidos en la oración, esta lucha de Jesús por nosotros y con el Padre nos debería conmover profundamente en el corazón. Cuanto más nos dejamos atraer en esta dinámica, tanto más se realiza la unidad.

La oración de Jesús ¿ha quedado desoída? La historia del cristianismo es, por así decirlo, la parte visible de este drama, en la que Cristo lucha y sufre con nosotros, los seres humanos. Una y otra vez Él debe soportar el rechazo a la unidad, y aun así, una y otra vez se culmina la unidad con Él, y en Él con el Dios Trinitario. Debemos ver ambas cosas: el pecado del hombre, que reniega de Dios y se repliega en sí mismo, pero también las victorias de Dios, que sostiene la Iglesia no obstante su debilidad y atrae continuamente a los hombres dentro de sí, acercándolos de este modo los unos a los otros. Por eso, en un encuentro ecuménico, no debemos lamentar solo las divisiones y las separaciones, sino agradecer a Dios por todos los elementos de unidad que ha conservado para nosotros y que continuamente nos da. Gratitud que debe ser al mismo tiempo disponibilidad para no perder la unidad alcanzada, en medio de un tiempo de tentación y de peligros.

La unidad fundamental consiste en el hecho de que creemos en Dios Padre todopoderoso, Creador del cielo y de la tierra. Que lo profesamos como Dios Trinitario: Padre, Hijo y Espíritu Santo. La unidad suprema no es la soledad una mónada, sino unidad a través del amor. Creemos en Dios, en el Dios concreto. Creemos que Dios nos ha hablado y se ha hecho uno de nosotros. La tarea común que actualmente tenemos, es dar testimonio de este Dios vivo.

*El hombre tiene necesidad de Dios, o ¿acaso las cosas van bien sin Él?* Cuando en una primera fase de la ausencia de Dios, su luz sigue mandando sus reflejos y mantiene unido el orden de la existencia humana, se tiene la impresión de que las cosas funcionan bastante bien incluso sin Dios. Pero cuanto más se aleja el

mundo de Dios, tanto más resulta claro que el hombre, en el *hybris* del poder, en el vacío del corazón y en el ansia de satisfacción y de felicidad, “pierde” cada vez más la vida. La sed de infinito está presente en el hombre de tal manera que no se puede extirpar. El hombre ha sido creado para relacionarse con Dios y tiene necesidad de Él. En este tiempo, nuestro primer servicio ecuménico debe ser el testimoniar juntos la presencia del Dios vivo y dar así al mundo la respuesta que necesita. Naturalmente, de este testimonio fundamental de Dios forma parte, y de modo absolutamente central, el dar testimonio de Jesucristo, verdadero Dios y verdadero hombre, que vivió entre nosotros, padeció y murió por nosotros, y que en su resurrección ha abierto totalmente la puerta de la muerte. Queridos amigos, ¡fortifiquémonos en esta fe! ¡Ayudémonos recíprocamente a vivirla! Esta es una gran tarea ecuménica que nos introduce en el corazón de la oración de Jesús.

La seriedad de *la fe en Dios se manifiesta en vivir su palabra*. En nuestro tiempo, se manifiesta de una forma muy concreta, en el compromiso por esta criatura, por el hombre, que Él quiso a su imagen. Vivimos en un tiempo en que los criterios de cómo ser hombres se han hecho inciertos. La ética viene sustituida con el cálculo de las consecuencias. Frente a esto, como cristianos, debemos defender la dignidad inviolable del ser humano, desde la concepción hasta la muerte, desde las cuestiones del diagnóstico previo a su implantación hasta la eutanasia. “Solo quien conoce a Dios, conoce al hombre”, dijo una vez Romano Guardini. Sin el conocimiento de Dios, el hombre se hace manipulable. La fe en Dios debe concretarse en nuestro común trabajo por el hombre. Forman parte de esta tarea a favor del hombre no sólo estos criterios fundamentales de humanidad sino, sobre todo y de modo concreto, el amor que Jesucristo nos ha enseñado en la descripción del Juicio Final (cf. *Mt 25*): el Dios juez nos juzgará según nos hayamos comportado con nuestro prójimo, con los más pequeños de sus hermanos. La disponibilidad para ayudar en las necesidades actuales, más allá del propio ambiente de vida es una obra esencial del cristiano.

Esto vale sobre todo, como he dicho, en el ámbito de la vida personal de cada uno. Pero vale también en la comunidad de un pueblo o de un Estado, en la que todos debemos hacernos cargo los unos de los otros. Vale para nuestro Continente, en el que estamos llamados a la solidaridad europea. Y, en fin, vale más allá de todas las fronteras: la caridad cristiana exige hoy también nuestro compromiso por la justicia en el mundo entero. Sé que de parte de los alemanes y de Alemania se trabaja mucho por hacer posible a todos los hombres una existencia humanamente digna, por lo que expreso una palabra de viva gratitud.

Para concluir, quisiera detenerme todavía en una dimensión más profunda de nuestra obligación de amar. La seriedad de la fe se manifiesta sobre todo cuando esta inspira a ciertas personas a ponerse totalmente a disposición de Dios y, a partir de Dios, de los demás. Las grandes ayudas se hacen concretas solamente cuando sobre el lugar existen aquellos que están a total disposición de los otros, y con ello hacen creíble el amor de Dios. Personas así son un signo importante para la verdad de nuestra fe.

En vísperas de mi visita, se ha hablado varias veces de que se espera de tal visita un don ecuménico del huésped. No es necesario que yo especifique los dones mencionados en tal contexto. A este respecto, quisiera decir que esto, como se ve en la mayor parte de los casos, constituye un malentendido político de la fe y del ecumenismo. Cuando un jefe de Estado visita un país amigo, generalmente

preceden contactos entre las instancias, que preparan la estipulación de uno o más acuerdos entre los dos estados: en la ponderación de las ventajas y desventajas se llega al compromiso que, al fin, aparece ventajoso para ambas partes, de manera que el tratado puede ser firmado. Pero la fe de los cristianos no se basa en una ponderación de nuestras ventajas y desventajas. Una fe autoconstruida no tiene valor. La fe no es una cosa que nosotros excogitamos y concordamos. Es el fundamento sobre el cual vivimos. La unidad no crece mediante la ponderación de ventajas y desventajas, sino profundizando cada vez más en la fe mediante el pensamiento y la vida. De esta forma, en los últimos 50 años, y en particular también desde la visita del Papa Juan Pablo II, hace 30 años, ha crecido mucho la comunión de la cual sólo podemos estar agradecidos. Me es grato recordar el encuentro con la comisión presidida por el Obispo luterano Lohse, en la cual nos hemos ejercitado juntos en este profundizar en la fe mediante el pensamiento y la vida. Expreso vivo agradecimiento a todos aquellos que han colaborado en esto, por la parte católica, de modo particular, al Cardenal Lehmann. No menciono otros nombres, el Señor los conoce a todos. Juntos podemos agradecer al Señor por el camino de la unidad por el que nos ha conducido, y asociarnos en humilde confianza a su oración: Haz, que todos seamos uno, como Tú eres uno con el Padre, para que el mundo crea que Él te ha enviado (cf. *Jn* 17, 21).

VIAJE APOSTÓLICO A ALEMANIA  
22-25 DE SEPTIEMBRE DE 2011  
ENCUENTRO CON LOS REPRESENTANTES  
DEL CONSEJO DE LA "IGLESIA EVANGÉLICA EN  
ALEMANIA"  
DISCURSO DEL SANTO PADRE BENEDICTO XVI  
Antiguo convento agustino de Erfurt  
Viernes 23 de septiembre de 2011

*Distinguidos señores y señoras:*

Al tomar la palabra, quisiera ante todo dar gracias de corazón por tener esta ocasión de encontrarnos aquí. Mi particular gratitud a usted, querido hermano presidente Schneider que me ha dado la bienvenida y me ha acogido con sus palabras en medio de ustedes. Usted ha abierto su corazón, ha expresado abiertamente la fe verdaderamente común, el deseo de unidad. Y nosotros estamos alegres, porque considero que esta asamblea, nuestros encuentros, se celebran también como la fiesta de la comunión en la fe común. Quisiera además agradecer a todos, por el don de poder dialogar juntos como cristianos en este histórico lugar.

Como Obispo de Roma, es para mí un momento de profunda emoción encontrarlos aquí, en el antiguo convento agustino de Erfurt. Hemos escuchado que aquí, Lutero estudió teología. Aquí celebró su primera Misa. Contra los deseos de su padre, no continuó los estudios de derecho, sino que estudió teología y se encaminó hacia el sacerdocio en la Orden de San Agustín. Y en este camino, no le interesaba esto o aquello. Lo que le quitaba la paz era la cuestión de Dios, que fue la pasión profunda y el centro de su vida y de todo su camino. "¿Cómo puedo tener un Dios misericordioso?": Esta pregunta le penetraba el corazón y estaba detrás de toda su investigación teológica y de toda su lucha interior. Para Lutero, la teología no era una cuestión académica, sino una lucha interior consigo mismo, y luego esto se convertía en una lucha sobre Dios y con Dios.

"¿Cómo puedo tener un Dios misericordioso?" No deja de sorprenderme en el corazón que esta pregunta haya sido la fuerza motora de su camino. ¿Quién se ocupa actualmente de esta cuestión, incluso entre los cristianos? ¿Qué significa la cuestión de Dios en nuestra vida, en nuestro anuncio? La mayor parte de la gente, también de los cristianos, da hoy por descontado que, en último término, Dios no se interesa por nuestros pecados y virtudes. Él sabe, en efecto, que todos somos solamente carne. Si hoy se cree aún en un más allá y en un juicio de Dios, en la práctica, casi todos presuponemos que Dios deba ser generoso y, al final, en su misericordia, no tendrá en cuenta nuestras pequeñas faltas. La cuestión ya no nos preocupa. Pero, *¿son verdaderamente tan pequeñas nuestras faltas?* ¿Acaso no se destruye el mundo a causa de la corrupción de los grandes, pero también de

los pequeños, que sólo piensan en su propio beneficio? ¿No se destruye a causa del poder de la droga que se nutre, por una parte, del ansia de vida y de dinero, y por otra, de la avidez de placer de quienes son adictos a ella? ¿Acaso no está amenazado por la creciente tendencia a la violencia que se enmascara a menudo con la apariencia de una religiosidad? Si fuese más vivo en nosotros el amor de Dios, y a partir de Él, el amor por el prójimo, por las creaturas de Dios, por los hombres, ¿podrían el hambre y la pobreza devastar zonas enteras del mundo? Y las preguntas en ese sentido podrían continuar. No, el mal no es una nimiedad. No podría ser tan poderoso, si nosotros pusiéramos a Dios realmente en el centro de nuestra vida. La pregunta: ¿Cómo se sitúa Dios respecto a mí, cómo me posiciono yo ante Dios? Esta pregunta candente de Lutero debe convertirse otra vez, y ciertamente de un modo nuevo, también en una pregunta nuestra, no académica, sino concreta. Pienso que esto es la primera cuestión que nos interpela al encontrarnos con Martín Lutero.

Y después es importante: Dios, el único Dios, el Creador del cielo y de la tierra, es algo distinto de una hipótesis filosófica sobre el origen del cosmos. Este Dios tiene un rostro y nos ha hablado, en Jesucristo hecho hombre, se hizo uno de nosotros; Dios verdadero y verdadero hombre a la vez. El pensamiento de Lutero y toda su espiritualidad eran completamente cristocéntricos. Para Lutero, el criterio hermenéutico decisivo en la interpretación de la Sagrada Escritura era: “Lo que conduce a la causa de Cristo”. Sin embargo, esto presupone que Jesucristo sea el centro de nuestra espiritualidad y que el amor a Él, la intimidad con Él, oriente nuestra vida.

Ahora quizás se podría decir: de acuerdo. Pero, ¿qué tiene esto que ver con nuestra situación ecuménica? ¿No será todo esto solamente un modo de eludir con muchas palabras los problemas urgentes en los que esperamos progresos prácticos, resultados concretos? A este respecto les digo: lo más necesario para el ecumenismo es sobre todo que, presionados por la secularización, no perdamos casi inadvertidamente las grandes cosas que tenemos en común, aquellas que de por sí nos hacen cristianos y que tenemos como don y tarea. Fue un error de la edad confesional haber visto mayormente aquello que nos separa, y no haber percibido en modo esencial lo que tenemos en común en las grandes pautas de la Sagrada Escritura y en las profesiones de fe del cristianismo antiguo. Éste ha sido para mí el gran progreso ecuménico de los últimos decenios: nos dimos cuenta de esta comunión y, en el orar y cantar juntos, en la tarea común por el *ethos* cristiano ante el mundo, en el testimonio común del Dios de Jesucristo en este mundo, reconocemos esta comunión como nuestro común fundamento imperecedero.

Indudablemente, el riesgo de perderla es real. Quisiera señalar brevemente dos aspectos. En los últimos tiempos, la geografía del cristianismo ha cambiado profundamente y sigue cambiando todavía. Ante una nueva forma de cristianismo, que se difunde con un inmenso dinamismo misionero, a veces preocupante en sus formas, las Iglesias confesionales históricas se quedan frecuentemente perplejas. Es un cristianismo de escasa densidad institucional, con poco bagaje racional, menos aún dogmático, y con poca estabilidad. Este fenómeno mundial –que los obispos de todo el mundo continuamente me describen– nos pone a todos ante la pregunta: ¿Qué nos transmite, positiva y negativamente, esta nueva forma de cristianismo? Sea lo que fuere, nos sitúa nuevamente ante la pregunta sobre qué es

lo que permanece siempre válido y qué puede o debe cambiarse ante la cuestión de nuestra opción fundamental en la fe.

Más profundo, y en nuestro país, más candente, es el segundo desafío para todo el cristianismo; quisiera hablar de ello: se trata del contexto del mundo secularizado en el cual debemos vivir y dar testimonio hoy de nuestra fe. La ausencia de Dios en nuestra sociedad se nota cada vez más, la historia de su revelación, de la que nos habla la Escritura, parece relegada a un pasado que se aleja cada vez más. ¿Acaso es necesario ceder a la presión de la secularización, llegar a ser modernos adulterando la fe? Naturalmente, la fe tiene que ser nuevamente pensada y, sobre todo, vivida, hoy de modo nuevo, para que se convierta en algo que pertenece al presente. Ahora bien, a ello no ayuda su adulteración, sino vivirla íntegramente en nuestro hoy. Esta es una tarea ecuménica central, en la cual debemos ayudarnos mutuamente, a creer cada vez más viva y profundamente. No serán las tácticas las que nos salven, las que salven el cristianismo, sino una fe pensada y vivida de un modo nuevo, mediante la cual Cristo, y con Él, el Dios viviente, entre en nuestro mundo. Como los mártires de la época nazi propiciaron nuestro acercamiento recíproco, suscitando la primera gran apertura ecuménica, del mismo modo también hoy la fe, vivida a partir de lo íntimo de nosotros mismos, en un mundo secularizado, será la fuerza ecuménica más poderosa que nos congregará, guiándonos a la unidad en el único Señor. Y por esto la plegaria para aprender de nuevo a vivir la fe para poder así ser una sola cosa.

DISCURSO DEL SANTO PADRE BENEDICTO XVI  
EN EL PARLAMENTO FEDERAL  
Reichstag, Berlín  
(Jueves 22 de septiembre de 2011)

*Ilustre Señor Presidente Federal,  
Señor Presidente del Bundestag,  
Señora Canciller Federal,  
Señor Presidente del Bundesrat,  
Señoras y Señores Diputados*

Es para mí un honor y una alegría hablar ante esta Cámara alta, ante el Parlamento de mi Patria alemana, que se reúne aquí como representación del pueblo, elegido democráticamente, para trabajar por el bien común de la República Federal de Alemania. Agradezco al Señor Presidente del *Bundestag* su invitación a pronunciar este discurso, así como sus gentiles palabras de bienvenida y aprecio con las que me ha acogido. Me dirijo en este momento a ustedes, estimados señoras y señores, también como un connacional que por sus orígenes está vinculado de por vida y sigue con particular atención los acontecimientos de la Patria alemana. Pero la invitación a pronunciar este discurso se me ha hecho en cuanto Papa, en cuanto Obispo de Roma, que tiene la suprema responsabilidad sobre los cristianos católicos. De este modo, ustedes reconocen el papel que le corresponde a la Santa Sede como miembro dentro de la Comunidad de los Pueblos y de los Estados. Desde mi responsabilidad internacional, quisiera proponerles algunas consideraciones sobre los fundamentos del estado liberal de derecho.

Permítanme que comience mis reflexiones sobre *los fundamentos del derecho* con un breve relato tomado de la Sagrada Escritura. En el primer Libro de los Reyes, se dice que Dios concedió al joven rey Salomón, con ocasión de su entronización, formular una petición. ¿Qué pedirá el joven soberano en este momento tan importante? ¿Éxito, riqueza, una larga vida, la eliminación de los enemigos? No pide nada de todo eso. En cambio, suplica: “Concede a tu siervo un corazón dócil, para que sepa juzgar a tu pueblo y distinguir entre el bien y mal” (1 *Rom* 3,9). Con este relato, la Biblia quiere indicarnos lo que en definitiva debe ser importante para un político. Su criterio último, y la motivación para su trabajo como político, no debe ser el éxito y mucho menos el beneficio material. La política debe ser un compromiso por la justicia y crear así las condiciones básicas para la paz. Naturalmente, un político buscará el éxito, sin el cual nunca tendría la posibilidad de una acción política efectiva. Pero el éxito está subordinado al criterio de la justicia, a la voluntad de aplicar el derecho y a la comprensión del derecho. El éxito puede ser también una seducción y, de esta forma, abre la puerta a la desvirtuación del derecho, a la destrucción de la justicia. “Quita el derecho y, entonces, ¿qué distingue el Estado de una gran banda de bandidos?”, dijo en

cierta ocasión San Agustín<sup>1</sup>. Nosotros, los alemanes, sabemos por experiencia que estas palabras no son una mera quimera. Hemos experimentado cómo el poder se separó del derecho, se enfrentó contra él; cómo se pisoteó el derecho, de manera que el Estado se convirtió en el instrumento para la destrucción del derecho; se transformó en una cuadrilla de bandidos muy bien organizada, que podía amenazar el mundo entero y llevarlo hasta el borde del abismo. Servir al derecho y combatir el dominio de la injusticia es y sigue siendo el deber fundamental del político. En un momento histórico, en el cual el hombre ha adquirido un poder hasta ahora inimaginable, este deber se convierte en algo particularmente urgente. El hombre tiene la capacidad de destruir el mundo. Se puede manipular a sí mismo. Puede, por decirlo así, hacer seres humanos y privar de su humanidad a otros seres humanos. ¿Cómo podemos reconocer lo que es justo? ¿Cómo podemos distinguir entre el bien y el mal, entre el derecho verdadero y el derecho sólo aparente? La petición salomónica sigue siendo la cuestión decisiva ante la que se encuentra también hoy el político y la política misma.

Para gran parte de la materia que se ha de regular jurídicamente, el criterio de la mayoría puede ser un criterio suficiente. Pero es evidente que en las cuestiones fundamentales del derecho, en las cuales está en juego la dignidad del hombre y de la humanidad, el principio de la mayoría no basta: en el proceso de formación del derecho, una persona responsable debe buscar los criterios de su orientación. En el siglo III, el gran teólogo Orígenes justificó así la resistencia de los cristianos a determinados ordenamientos jurídicos en vigor: “Si uno se encontrara entre los escitas, cuyas leyes van contra la ley divina, y se viera obligado a vivir entre ellos..., por amor a la verdad, que, para los escitas, es ilegalidad, con razón formaría alianza con quienes sintieran como él contra lo que aquellos tienen por ley...”<sup>2</sup>.

Basados en esta convicción, los combatientes de la resistencia actuaron contra el régimen nazi y contra otros regímenes totalitarios, prestando así un servicio al derecho y a toda la humanidad. Para ellos era evidente, de modo irrefutable, que el derecho vigente era en realidad una injusticia. Pero en las decisiones de un político democrático no es tan evidente la cuestión sobre lo que ahora corresponde a la ley de la verdad, lo que es verdaderamente justo y puede transformarse en ley. Hoy no es de modo alguno evidente de por sí lo que es justo respecto a las cuestiones antropológicas fundamentales y pueda convertirse en derecho vigente. A la pregunta de cómo se puede reconocer lo que es verdaderamente justo, y servir así a la justicia en la legislación, nunca ha sido fácil encontrar la respuesta y hoy, con la abundancia de nuestros conocimientos y de nuestras capacidades, dicha cuestión se ha hecho todavía más difícil.

¿Cómo se reconoce lo que es justo? En la historia, los ordenamientos jurídicos han estado casi siempre motivados de modo religioso: sobre la base de una referencia a la voluntad divina, se decide aquello que es justo entre los hombres. Contrariamente a otras grandes religiones, el cristianismo nunca ha impuesto al Estado y a la sociedad un derecho revelado, un ordenamiento jurídico derivado

---

<sup>1</sup>*De civitate Dei*, IV, 4, 1.

<sup>2</sup>*Contra Celsum* GCS Orig. 428 (Koetschau); cf. A. Fürst, *Monotheismus und Monarchie. Zum Zusammenhang von Heil und Herrschaft in der Antike*. En: Theol. Phil. 81 (2006) 321-338; citación p. 336; cf. también J. Ratzinger, *Die Einheit der Nationen. Eine Vision der Kirchenväter* (Salzburg, München, 1971), 60.



de una revelación. En cambio, se ha remitido a la naturaleza y a la razón como verdaderas fuentes del derecho, se ha referido a la armonía entre razón objetiva y subjetiva, una armonía que, sin embargo, presupone que ambas esferas estén fundadas en la Razón creadora de Dios. Así, los teólogos cristianos se sumaron a un movimiento filosófico y jurídico que se había formado desde el siglo II a. C. En la primera mitad del siglo segundo precristiano se produjo un encuentro entre el derecho natural social, desarrollado por los filósofos estoicos y notorios maestros del derecho romano<sup>3</sup>. De este contacto nació la cultura jurídica occidental, que ha sido y sigue siendo de una importancia determinante para la cultura jurídica de la humanidad. A partir de esta vinculación precristiana entre derecho y filosofía inicia el camino que lleva, a través de la Edad Media cristiana, al desarrollo jurídico de la Ilustración, hasta la Declaración de los derechos humanos y hasta nuestra Ley Fundamental Alemana, con la que nuestro pueblo reconoció en 1949 “los inviolables e inalienables derechos del hombre como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo”.

Para el desarrollo del derecho, y para el desarrollo de la humanidad, ha sido decisivo que los teólogos cristianos hayan tomado posición contra el derecho religioso, requerido por la fe en la divinidad, y se hayan puesto de parte de la filosofía, reconociendo a la razón y la naturaleza, en su mutua relación, como fuente jurídica válida para todos. Esta opción la había tomado ya san Pablo cuando, en su *Carta a los Romanos*, afirma: “Cuando los paganos, que no tienen ley [la Torá de Israel], cumplen naturalmente las exigencias de la ley, ellos... son ley para sí mismos. Esos tales muestran que tienen escritas en su corazón las exigencias de la ley; contando con el testimonio de su conciencia...” (*Rom 2,14s*). Aquí aparecen los dos conceptos fundamentales de naturaleza y conciencia, en los que conciencia no es otra cosa que el “corazón dócil” de Salomón, la razón abierta al lenguaje del ser. Si con esto, hasta la época de la Ilustración, de la Declaración de los Derechos humanos, después de la Segunda Guerra Mundial, y hasta la formación de nuestra Ley Fundamental, la cuestión sobre los fundamentos de la legislación parecía clara, en el último medio siglo se produjo un cambio dramático de la situación. La idea del derecho natural se considera hoy una doctrina católica más bien singular, sobre la que no vale la pena discutir fuera del ámbito católico, de modo que casi nos avergüenza hasta la sola mención del término. Quisiera indicar brevemente cómo se llegó a esta situación. Es fundamental, sobre todo, la tesis según la cual entre ser y deber ser existe un abismo infranqueable. Del ser no se podría derivar un deber, porque se trataría de dos ámbitos absolutamente distintos. La base de dicha opinión es la concepción positivista de naturaleza adoptada hoy casi generalmente. Si se considera la naturaleza –con palabras de Hans Kelsen– “un conjunto de datos objetivos, unidos los unos a los otros como causas y efectos”, entonces no se puede derivar de ella realmente ninguna indicación que tenga de algún modo carácter ético<sup>4</sup>. Una concepción positivista de la naturaleza, que comprende la naturaleza de manera puramente funcional, como las ciencias naturales la entienden, no puede crear ningún puente hacia el *Ethos* y el derecho, sino dar nuevamente sólo respuestas funcionales. Pero lo mismo vale

---

<sup>3</sup>Cf. W. Waldstein, *Ins Herz geschrieben. Das Naturrecht als Fundament einer menschlichen Gesellschaft* (Augsburg, 2010) 11ss; 31-61.

<sup>4</sup>Waldstein, *op. cit.*, 15-21.

también para la razón en una visión positivista, que muchos consideran como la única visión científica. En ella, aquello que no es verificable o falsable no entra en el ámbito de la razón en sentido estricto. Por eso, el *ethos* y la religión han de ser relegadas al ámbito de lo subjetivo y caen fuera del ámbito de la razón en el sentido estricto de la palabra. Donde rige el dominio exclusivo de la razón positivista –y este es en gran parte el caso de nuestra conciencia pública– las fuentes clásicas de conocimiento del *ethos* y del derecho quedan fuera de juego. Esta es una situación dramática que afecta a todos y sobre la cual es necesaria una discusión pública; una intención esencial de este discurso es invitar urgentemente a ella.

El concepto positivista de naturaleza y razón, la visión positivista del mundo es en su conjunto una parte grandiosa del conocimiento humano y de la capacidad humana, a la cual en modo alguno debemos renunciar en ningún caso. Pero ella misma no es una cultura que corresponda y sea suficiente en su totalidad al ser hombres en toda su amplitud. Donde la razón positivista es considerada como la única cultura suficiente, relegando todas las demás realidades culturales a la condición de subculturas, ésta reduce al hombre, más todavía, amenaza su humanidad. Lo digo especialmente mirando a Europa, donde en muchos ambientes se trata de reconocer solamente el positivismo como cultura común o como fundamento común para la formación del derecho, reduciendo todas las demás convicciones y valores de nuestra cultura al nivel de subcultura. Con esto, Europa se sitúa ante otras culturas del mundo en una condición de falta de cultura, y se suscitan al mismo tiempo corrientes extremistas y radicales. La razón positivista, que se presenta de modo exclusivo y que no es capaz de percibir nada más que aquello que es funcional, se parece a los edificios de cemento armado sin ventanas, en los que logramos el clima y la luz por nosotros mismos, sin querer recibir ya ambas cosas del gran mundo de Dios. Y, sin embargo, no podemos negar que en este mundo autoconstruido recurrimos en secreto igualmente a los “recursos” de Dios, que transformamos en productos nuestros. Es necesario volver a abrir las ventanas, hemos de ver nuevamente la inmensidad del mundo, el cielo y la tierra, y aprender a usar todo esto de modo justo.

Pero ¿cómo se lleva a cabo esto? ¿Cómo encontramos la entrada en la inmensidad, o la globalidad? ¿Cómo puede la razón volver a encontrar su grandeza sin deslizarse en lo irracional? ¿Cómo puede la naturaleza aparecer nuevamente en su profundidad, con sus exigencias y con sus indicaciones? Recuerdo un fenómeno de la historia política reciente, esperando que no se malinterprete ni suscite excesivas polémicas unilaterales. Diría que la aparición del movimiento ecologista en la política alemana a partir de los años setenta, aunque quizás no haya abierto las ventanas, ha sido y es sin embargo un grito que anhela aire fresco, un grito que no se puede ignorar ni rechazar porque se perciba en él demasiada irracionalidad. Gente joven se dio cuenta que en nuestras relaciones con la naturaleza existía algo que no funcionaba; que la materia no es solamente un material para nuestro uso, sino que la tierra tiene en sí misma su dignidad y nosotros debemos seguir sus indicaciones. Es evidente que no hago propaganda de un determinado partido político, nada más lejos de mi intención. Cuando en nuestra relación con la realidad hay algo que no funciona, entonces debemos reflexionar todos

seriamente sobre el conjunto, y todos estamos invitados a volver sobre la cuestión de los fundamentos de nuestra propia cultura. Permitidme detenerme todavía un momento sobre este punto. La importancia de la ecología es hoy indiscutible. Debemos escuchar el lenguaje de la naturaleza y responder a él coherentemente. Sin embargo, quisiera afrontar seriamente un punto que –me parece– se ha olvidado tanto hoy como ayer: *hay también una ecología del hombre*. También el hombre posee una naturaleza que él debe respetar y que no puede manipular a su antojo. El hombre no es solamente una libertad que él se crea por sí solo. El hombre no se crea a sí mismo. Es espíritu y voluntad, pero también naturaleza, y su voluntad es justa cuando él respeta la naturaleza, la escucha, y cuando se acepta como lo que es, y admite que no se ha creado a sí mismo. Así, y sólo de esta manera, se realiza la verdadera libertad humana.

Volvamos a los conceptos fundamentales de naturaleza y razón, de los cuales hemos partido. El gran teórico del positivismo jurídico, Kelsen, con 84 años –en 1965– abandonó el dualismo de ser y de deber ser (me consuela comprobar que a los 84 años se esté aún en condiciones de pensar algo razonable). Antes había dicho que las normas podían derivar solamente de la voluntad. En consecuencia –añade–, la naturaleza sólo podría contener en sí normas si una voluntad hubiese puesto estas normas en ella. Por otra parte –dice–, esto supondría un Dios creador, cuya voluntad se ha insertado en la naturaleza. “Discutir sobre la verdad de esta fe es algo absolutamente vano”, afirma a este respecto<sup>5</sup>. ¿Lo es verdaderamente?, quisiera preguntar. ¿Carece verdaderamente de sentido reflexionar sobre si la razón objetiva que se manifiesta en la naturaleza no presupone una razón creativa, un *Creator Spiritus*?

A este punto, debería venir en nuestra ayuda el patrimonio cultural de Europa. Sobre la base de la convicción de la existencia de un Dios creador, se ha desarrollado el concepto de los derechos humanos, la idea de la igualdad de todos los hombres ante la ley, la conciencia de la inviolabilidad de la dignidad humana de cada persona y el reconocimiento de la responsabilidad de los hombres por su conducta. Estos conocimientos de la razón constituyen nuestra memoria cultural. Ignorarla o considerarla como mero pasado sería una amputación de nuestra cultura en su conjunto y la privaría de su integridad. La cultura de Europa nació del encuentro entre Jerusalén, Atenas y Roma; del encuentro entre la fe en el Dios de Israel, la razón filosófica de los griegos y el pensamiento jurídico de Roma. Este triple encuentro configura la íntima identidad de Europa. Con la certeza de la responsabilidad del hombre ante Dios y reconociendo la dignidad inviolable del hombre, de cada hombre, este encuentro ha fijado los criterios del derecho; defenderlos es nuestro deber en este momento histórico.

Al joven rey Salomón, a la hora de asumir el poder, se le concedió lo que pedía. ¿Qué sucedería si nosotros, legisladores de hoy, se nos concediese formular una petición? ¿Qué pediríamos? Pienso que, en último término, también hoy, no podríamos desear otra cosa que un corazón dócil: la capacidad de distinguir el bien del mal, y así establecer un verdadero derecho, de servir a la justicia y la paz. Muchas gracias.

---

<sup>5</sup>Citado según Waldstein, *op. cit.*, 19.

## DISCURSO DEL SANTO PADRE BENEDICTO XVI A SEIS NUEVOS EMBAJADORES ANTE LA SANTA SEDE Jueves 9 de junio de 2011

*Señora y señores embajadores:*

Me alegra recibirlos esta mañana, en el palacio apostólico, para la presentación de las cartas que los acreditan como embajadores extraordinarios y plenipotenciarios de sus respectivos países ante la Santa Sede: Moldavia, Guinea Ecuatorial, Belice, República árabe de Siria, Ghana y Nueva Zelanda. Les agradezco las amables palabras que me han dirigido de parte de sus respectivos jefes de Estado. Les ruego que, a su vez, les transmitan mi cordial saludo y mis mejores deseos para sus personas y para la elevada misión que desempeñan al servicio de su país y de su pueblo. Quiero saludar también, a través de ustedes, a todas las autoridades civiles y religiosas de sus naciones, así como a todos sus compatriotas. Mis oraciones y mis pensamientos también se dirigen naturalmente a las comunidades católicas presentes en sus países.

Dado que tengo la oportunidad de encontrarme personalmente con cada uno de ustedes, ahora quiero hablar de manera más general. El primer semestre de este año se ha caracterizado por innumerables tragedias que han afectado a la naturaleza, a la técnica y a los pueblos. La magnitud de esas catástrofes nos interpela. El hombre es lo primero, conviene recordarlo. El hombre, a quien Dios ha encomendado la buena gestión de la naturaleza, no puede ser dominado por la técnica, quedando sujeto a ella. Esta toma de conciencia debe llevar a los Estados a reflexionar juntos sobre el futuro del planeta a corto plazo, ante sus responsabilidades respecto de nuestra vida y de las tecnologías. La ecología humana es una necesidad imperativa. Adoptar en toda circunstancia un modo de vivir respetuoso del medio ambiente y apoyar la investigación y la explotación de energías adecuadas que salvaguarden el patrimonio de la creación y no impliquen peligro para el hombre, deben ser prioridades políticas y económicas. En este sentido, *resulta necesario revisar en su totalidad nuestra actitud ante la naturaleza*. Esta no es sólo un espacio explotable o para disfrutar. Es el lugar en donde nace el hombre, su «casa», de algún modo. Es esencial para nosotros. El cambio de mentalidad en este ámbito, más aún, las obligaciones que conlleva, debe permitir llegar rápidamente a un arte de vivir juntos que respete la alianza entre el hombre y la naturaleza, sin la cual la familia humana corre el peligro de desaparecer. Es preciso, por consiguiente, hacer una reflexión seria y proponer soluciones precisas y sostenibles. Todos los gobernantes deben comprometerse a proteger la naturaleza y ayudarla a desempeñar su papel esencial para la supervivencia de la humanidad. Las Naciones Unidas me parecen el marco natural para esa reflexión, que no deberá quedar ofuscada por intereses políticos y económicos ciegamente partidistas, para así privilegiar la solidaridad por encima de los intereses particulares.

Conviene, asimismo, *preguntarse sobre el papel correcto que debe desempeñar la técnica*. Los prodigios que es capaz de realizar van acompañados por desastres

sociales y ecológicos. Ampliando el aspecto relacional del trabajo al planeta, la técnica imprime a la globalización un ritmo particularmente acelerado. Ahora bien, *el fundamento del dinamismo del progreso corresponde al hombre que trabaja y no a la técnica*, que no es más que una creación humana. Apostar todo por ella o creer que es el agente exclusivo del progreso o de la felicidad conlleva reducir al hombre al nivel de las cosas, lo cual desemboca en la ceguera y en la infelicidad cuando este le atribuye y le delega poderes que ella no tiene. Basta constatar los «daños» del progreso y los peligros que una técnica omnipotente, y en definitiva no controlada, hace que corra la humanidad. *La técnica que domina al hombre lo priva de su humanidad*. El orgullo que genera ha hecho surgir en nuestras sociedades un economismo intratable y cierto hedonismo, que determina los comportamientos de modo subjetivo y egoísta. El debilitamiento del primado de lo humano conlleva un desvarío existencial y una pérdida del sentido de la vida. De hecho, la visión del hombre y de las cosas sin referencia a la trascendencia desarraiga al hombre de la tierra y, más fundamentalmente, empobrece su identidad misma. Así pues, urge llegar a conjugar la técnica con una fuerte dimensión ética, pues la capacidad que tiene el hombre de transformar y, en cierto sentido, de crear el mundo por medio de su trabajo, se realiza siempre a partir del primer don original de las cosas hecho por Dios (cf. Juan Pablo II, *Centesimus annus*, 37). La técnica debe ayudar a la naturaleza a abrirse, según la voluntad del Creador. Trabajando de este modo, el investigador y el científico se adhieren al plan de Dios, que ha querido que el hombre sea el culmen y el gestor de la creación. Las soluciones basadas en este fundamento protegerán la vida del hombre y su vulnerabilidad, así como los derechos de las generaciones actuales y futuras. Y la humanidad podrá seguir beneficiándose de los progresos que el hombre, por medio de su inteligencia, logra realizar.

Conscientes del peligro que corre la humanidad ante una técnica vista como una «respuesta» más eficaz que el voluntarismo político o el paciente esfuerzo educativo para civilizar las costumbres, los Gobiernos deben promover un humanismo que respete la dimensión espiritual y religiosa del hombre. De hecho, la dignidad de la persona humana no cambia con el fluctuar de las opiniones. Respetar su aspiración a la justicia y a la paz permite la construcción de una sociedad que se promueve a sí misma cuando sostiene a la familia o cuando rechaza, por ejemplo, el primado exclusivo de las finanzas. Un país vive de la plenitud de la vida de los ciudadanos que lo componen, siendo consciente cada uno de sus propias responsabilidades y pudiendo hacer valer sus propias convicciones. Además, la aspiración natural hacia la verdad y hacia el bien es fuente de un dinamismo que genera la voluntad de colaborar para realizar el bien común. Así, la vida social puede enriquecerse constantemente integrando la diversidad cultural y religiosa al compartir valores, fuente de fraternidad y de comunión. Debiendo considerar la vida en sociedad ante todo como una realidad de orden espiritual, los responsables políticos tienen la misión de guiar a los pueblos hacia la armonía humana y la sabiduría tan anheladas, que deben culminar en la libertad religiosa, rostro auténtico de la paz.

Al iniciar su misión ante la Santa Sede, deseo asegurarles, excelencias, que siempre encontrarán en mis colaboradores la escucha atenta y la ayuda que puedan necesitar. Sobre ustedes, sobre sus familias, sobre los miembros de sus misiones diplomáticas y sobre todas las naciones que ustedes representan, invoco la abundancia de las bendiciones divinas.

VIAJE APOSTÓLICO A MADRID  
CON OCASIÓN DE LA XXVI JORNADA MUNDIAL DE  
LA JUVENTUD (18-21 DE AGOSTO DE 2011).  
ENCUENTRO CON LOS JÓVENES  
PROFESORES UNIVERSITARIOS  
DISCURSO DEL SANTO PADRE BENEDICTO XVI  
Basílica de San Lorenzo de El Escorial  
Viernes 19 de agosto de 2011

*Señor Cardenal Arzobispo de Madrid,  
Queridos hermanos en el Episcopado,  
Queridos padres agustinos,  
Queridos profesores y profesoras,  
Distinguidas autoridades,  
Amigos todos*

Esperaba con ilusión este encuentro con vosotros, jóvenes profesores de las universidades españolas, que prestáis una espléndida colaboración en la difusión de la verdad, en circunstancias no siempre fáciles. Os saludo cordialmente y agradezco las amables palabras de bienvenida, así como la música interpretada, que ha resonado de forma maravillosa en este monasterio de gran belleza artística, testimonio elocuente durante siglos de una vida de oración y estudio. En este emblemático lugar, razón y fe se han fundido armónicamente en la austera piedra para modelar uno de los monumentos más renombrados de España.

Saludo también con particular afecto a aquellos que en estos días habéis participado en Ávila en el Congreso Mundial de Universidades Católicas, bajo el lema: "Identidad y misión de la Universidad Católica".

Al estar entre vosotros, me vienen a la mente mis primeros pasos como profesor en la Universidad de Bonn. Cuando todavía se apreciaban las heridas de la guerra y eran muchas las carencias materiales, todo lo suplía la ilusión por una actividad apasionante, el trato con colegas de las diversas disciplinas y el deseo de responder a las inquietudes últimas y fundamentales de los alumnos. Esta "universitas" que entonces viví, de profesores y estudiantes que buscan juntos la verdad en todos los saberes, o como diría Alfonso X el Sabio, ese "ayuntamiento de maestros y escolares con voluntad y entendimiento de aprender los saberes" (*Siete Partidas*, partida II, tít. XXXI), clarifica el sentido y hasta la definición de la Universidad.

En el lema de la presente Jornada Mundial de la Juventud: "Arraigados y edificados en Cristo, firmes en la fe" (cf. *Col 2, 7*), podéis también encontrar luz para comprender mejor vuestro ser y quehacer. En este sentido, y como ya escribí en el Mensaje a los jóvenes como preparación para estos días, los términos "arraigados, edificados y firmes" apuntan a fundamentos sólidos para la vida (cf. n. 2).

Pero, ¿dónde encontrarán los jóvenes esos puntos de referencia en una sociedad quebradiza e inestable? A veces se piensa que la misión de un profesor universitario sea hoy exclusivamente la de formar profesionales competentes y eficaces que satisfagan la demanda laboral en cada preciso momento. También se dice que lo único que se debe privilegiar en la presente coyuntura es la mera capacitación técnica. Ciertamente, cunde en la actualidad esa visión utilitarista de la educación, también la universitaria, difundida especialmente desde ámbitos extrauniversitarios. Sin embargo, vosotros que habéis vivido como yo la Universidad, y que la vivís ahora como docentes, sentís sin duda el anhelo de algo más elevado que corresponda a todas las dimensiones que constituyen al hombre. Sabemos que cuando la sola utilidad y el pragmatismo inmediato se erigen como criterio principal, las pérdidas pueden ser dramáticas: desde los abusos de una ciencia sin límites, más allá de ella misma, hasta el totalitarismo político que se aviva fácilmente cuando se elimina toda referencia superior al mero cálculo de poder. En cambio, la genuina idea de Universidad es precisamente lo que nos preserva de esa visión reduccionista y sesgada de lo humano.

En efecto, *la Universidad ha sido, y está llamada a ser siempre, la casa donde se busca la verdad propia de la persona humana*. Por ello, no es casualidad que fuera la Iglesia quien promoviera la institución universitaria, pues la fe cristiana nos habla de Cristo como el Logos por quien todo fue hecho (cf. *Jn 1,3*), y del ser humano creado a imagen y semejanza de Dios. Esta buena noticia descubre una racionalidad en todo lo creado y contempla al hombre como una criatura que participa y puede llegar a reconocer esa racionalidad. La Universidad encarna, pues, un ideal que no debe desvirtuarse ni por ideologías cerradas al diálogo racional, ni por servilismos a una lógica utilitarista de simple mercado, que ve al hombre como mero consumidor.

He ahí vuestra importante y vital misión. Sois vosotros quienes tenéis el honor y la responsabilidad de transmitir ese ideal universitario: un ideal que habéis recibido de vuestros mayores, muchos de ellos humildes seguidores del Evangelio y que en cuanto tales se han convertido en gigantes del espíritu. Debemos sentirnos sus continuadores en una historia bien distinta de la suya, pero en la que las cuestiones esenciales del ser humano siguen reclamando nuestra atención e impulsándonos hacia adelante. Con ellos nos sentimos unidos a esa cadena de hombres y mujeres que se han entregado a proponer y acreditar la fe ante la inteligencia de los hombres. Y el modo de hacerlo no solo es enseñarlo, sino vivirlo, encarnarlo, como también el Logos se encarnó para poner su morada entre nosotros. En este sentido, los jóvenes necesitan auténticos maestros; personas abiertas a la verdad total en las diferentes ramas del saber, sabiendo escuchar y viviendo en su propio interior ese diálogo interdisciplinar; personas convencidas, sobre todo, de la capacidad humana de avanzar en el camino hacia la verdad. *La juventud es tiempo privilegiado para la búsqueda y el encuentro con la verdad*. Como ya dijo Platón: “Busca la verdad mientras eres joven, pues si no lo haces, después se te escapará de entre las manos” (*Parménides*, 135d). Esta alta aspiración es la más valiosa que podéis transmitir personal y vitalmente a vuestros estudiantes, y no simplemente unas técnicas instrumentales y anónimas, o unos datos fríos, usados sólo funcionalmente.

Por tanto, os animo encarecidamente a no perder nunca dicha sensibilidad e ilusión por la verdad; a no olvidar que *la enseñanza no es una escueta comunicación de contenidos, sino una formación de jóvenes* a quienes habéis de comprender y querer, en quienes debéis suscitar esa sed de verdad que poseen en lo profundo y ese afán de superación. *Sed para ellos estímulo y fortaleza.*

Para esto, es preciso tener en cuenta, en primer lugar, que el camino hacia la verdad completa compromete también al ser humano por entero: es un camino de la inteligencia y del amor, de la razón y de la fe. No podemos avanzar en el conocimiento de algo si no nos mueve el amor; ni tampoco amar algo en lo que no vemos racionalidad: pues “no existe la inteligencia y después el amor: existe el amor rico en inteligencia y la inteligencia llena de amor” (*Caritas in veritate*, n. 30). Si verdad y bien están unidos, también lo están conocimiento y amor. De esta unidad deriva la coherencia de vida y pensamiento, la ejemplaridad que se exige a todo buen educador.

En segundo lugar, hay que considerar que la verdad misma siempre va a estar más allá de nuestro alcance. Podemos buscarla y acercarnos a ella, pero no podemos poseerla del todo: más bien, es ella la que nos posee a nosotros y la que nos motiva. *En el ejercicio intelectual y docente, la humildad es asimismo una virtud indispensable, que protege de la vanidad que cierra el acceso a la verdad.* No debemos atraer a los estudiantes a nosotros mismos, sino encaminarlos hacia esa verdad que todos buscamos. A esto os ayudará el Señor, que os propone ser sencillos y eficaces como la sal, o como la lámpara, que da luz sin hacer ruido (cf. *Mt 5,13-15*).

Todo esto nos invita a volver siempre la mirada a Cristo, en cuyo rostro resplandece la Verdad que nos ilumina, pero que también es el Camino que lleva a la plenitud perdurable, siendo Caminante junto a nosotros y sosteniéndonos con su amor. Arrraigados en Él, seréis buenos guías de nuestros jóvenes. Con esa esperanza, os pongo bajo el amparo de la Virgen María, Trono de la Sabiduría, para que Ella os haga colaboradores de su Hijo con una vida colmada de sentido para vosotros mismos y fecunda en frutos, tanto de conocimiento como de fe, para vuestros alumnos. Muchas gracias.



DISCURSO DEL SANTO PADRE BENEDICTO XVI  
A LOS PARTICIPANTES EN LA CONFERENCIA  
INTERNACIONAL SOBRE CÉLULAS MADRE  
Sábado 12 de noviembre de 2011

*Eminencia,  
Queridos hermanos en el episcopado,  
Excelencias,  
Ilustres huéspedes,  
Queridos amigos:*

Quiero dar las gracias al cardenal Gianfranco Ravasi, presidente del Consejo pontificio para la cultura, por sus cordiales palabras y por haber organizado esta conferencia internacional sobre *Células madre adultas: la ciencia y el futuro del hombre y de la cultura*. Asimismo, agradezco al arzobispo Zygmunt Zimowski, presidente del Consejo pontificio para la pastoral de la salud, y al obispo Ignacio Carrasco de Paula, presidente de la Academia pontificia para la vida, su contribución a este esfuerzo particular. Dirijo una palabra especial de gratitud a los numerosos bienhechores cuyo apoyo ha hecho posible este evento. Al respecto, deseo expresar el aprecio de la Santa Sede por toda la obra llevada a cabo por varias instituciones para promover iniciativas culturales y formativas encaminadas a sostener una investigación científica de máximo nivel con células madre adultas y a estudiar las implicaciones culturales, éticas y antropológicas de su uso.

La investigación científica brinda una oportunidad única para explorar la maravilla del universo, la complejidad de la naturaleza y la belleza peculiar del universo, incluida la vida humana. Sin embargo, dado que los seres humanos están dotados de alma inmortal y han sido creados a imagen y semejanza de Dios, *hay dimensiones de la existencia humana que están más allá de los límites que las ciencias naturales son capaces de determinar*. Si se superan estos límites, se corre el grave riesgo de que la dignidad única y la inviolabilidad de la vida humana puedan subordinarse a consideraciones meramente utilitaristas. Pero si, en cambio, se respetan debidamente estos límites, la ciencia puede dar una contribución realmente notable a la promoción y a la salvaguarda de la dignidad del hombre: de hecho, en esto radica su verdadera utilidad. El hombre, agente de la investigación científica, en su naturaleza biológica a veces será el objeto de esa investigación. A pesar de ello, su dignidad trascendente le da siempre el derecho de seguir siendo el último beneficiario de la investigación científica y de nunca quedar reducido a su instrumento.

En este sentido, los potenciales beneficios de la investigación con células madre adultas son muy notables, pues da la posibilidad de curar enfermedades degenerativas crónicas reparando el tejido dañado y restaurando su capacidad de regenerarse. La mejora que estas terapias prometen constituiría un significativo

paso adelante en la ciencia médica, dando nueva esperanza tanto a los enfermos como a sus familias. Por este motivo, la Iglesia naturalmente ofrece su aliento a cuantos están comprometidos en realizar y en apoyar la investigación de este tipo, a condición de que se lleve a cabo con la debida atención al bien integral de la persona humana y al bien común de la sociedad.

Esta condición es de suma importancia. La mentalidad pragmática que con tanta frecuencia influye en la toma de decisiones en el mundo de hoy está demasiado inclinada a aprobar cualquier medio que permita alcanzar el objetivo anhelado, a pesar de la amplia evidencia de las consecuencias desastrosas de este modo de pensar. Cuando el objetivo que se busca es tan deseable como el descubrimiento de una curación para enfermedades degenerativas, los científicos y los responsables de las políticas tienen la tentación de ignorar las objeciones éticas y proseguir cualquier investigación que parezca ofrecer una perspectiva de éxito. Quienes defienden la investigación con células madre embrionarias con la esperanza de alcanzar ese resultado cometen el grave error de negar el derecho inalienable a la vida de todos los seres humanos desde el momento de la concepción hasta su muerte natural. *La destrucción incluso de una sola vida humana nunca se puede justificar por el beneficio que probablemente puede aportar a otra.* Sin embargo, en general, no surgen problemas éticos cuando las células madre se extraen de los tejidos de un organismo adulto, de la sangre del cordón umbilical en el momento del nacimiento, o de fetos que han muerto por causas naturales (cf. Congregación para la doctrina de la fe, instrucción *Dignitas personae*, n. 32).

De ahí se sigue que el diálogo entre ciencia y ética es de suma importancia para garantizar que los avances médicos no se lleven a cabo con un costo humano inaceptable. La Iglesia contribuye a este diálogo ayudando a formar las conciencias según la recta razón y a la luz de la verdad revelada. Al obrar así, no trata de impedir el progreso científico, sino que, por el contrario, quiere guiarlo en una dirección que sea verdaderamente fecunda y benéfica para la humanidad. De hecho, la Iglesia está convencida de que «la fe no sólo acoge y respeta todo lo que es humano», incluida la investigación científica, «sino que también lo purifica, lo eleva y lo perfecciona» (*ib.*, n. 7). De este modo, se puede ayudar a la ciencia a servir al bien común de toda la humanidad, especialmente a los más débiles y a los más vulnerables.

Al llamar la atención sobre las necesidades de los indefensos, la Iglesia no piensa sólo en los niños por nacer sino también en quienes no tienen fácil acceso a tratamientos médicos costosos. La enfermedad no hace distinción de personas, y la justicia exige que se haga todo lo posible para poner los frutos de la investigación científica a disposición de todos los que pueden beneficiarse de ellos, independientemente de sus posibilidades económicas. Por consiguiente, además de las consideraciones meramente éticas, es preciso afrontar cuestiones de índole social, económica y política para garantizar que los avances de la ciencia médica vayan acompañados de una prestación justa y equitativa de los servicios sanitarios. Aquí la Iglesia es capaz de ofrecer asistencia concreta a través de su vasto apostolado sanitario, activo en numerosos países de todo el mundo y dirigido con especial solicitud a las necesidades de los pobres de la tierra.

Queridos amigos, al concluir mis consideraciones, deseo aseguraros un recuerdo especial en la oración y os encomiendo a la intercesión de María, *Salus*

*infirmorum*, a todos los que trabajáis tan duramente para llevar curación y esperanza a quienes sufren. Rezo para que vuestro compromiso en la investigación con células madre adultas traiga grandes bendiciones para el futuro del hombre y auténtico enriquecimiento a su cultura. A vosotros, a vuestras familias y a vuestros colaboradores, así como a todos los pacientes que esperan beneficiarse de vuestra generosa competencia y de los resultados de vuestro trabajo, imparto de buen grado mi bendición apostólica. ¡Muchas gracias!

## MENSAJE DE SU SANTIDAD BENEDICTO XVI PARA LA CELEBRACIÓN DE LA XLV JORNADA MUNDIAL DE LA PAZ 1 de enero de 2012

### EDUCAR A LOS JÓVENES EN LA JUSTICIA Y LA PAZ

1. El comienzo de un Año nuevo, don de Dios a la humanidad, es una invitación a desear a todos, con mucha confianza y afecto, que este tiempo que tenemos por delante esté marcado por la justicia y la paz.

¿Con qué actitud debemos mirar el nuevo año? En el *salmo* 130 encontramos una imagen muy bella. El salmista dice que el hombre de fe aguarda al Señor «más que el centinela la aurora» (v. 6), lo aguarda con una sólida esperanza, porque sabe que traerá luz, misericordia, salvación. Esta espera nace de la experiencia del pueblo elegido, el cual reconoce que Dios lo ha educado para mirar el mundo en su verdad y a no dejarse abatir por las tribulaciones. Os invito a abrir el año 2012 con dicha actitud de confianza. Es verdad que en el año que termina ha aumentado el sentimiento de frustración por la crisis que agobia a la sociedad, al mundo del trabajo y la economía; una crisis cuyas raíces son sobre todo culturales y antropológicas. Parece como si un manto de oscuridad hubiera descendido sobre nuestro tiempo y no dejara ver con claridad la luz del día.

En esta oscuridad, sin embargo, el corazón del hombre no cesa de esperar la aurora de la que habla el salmista. Se percibe de manera especialmente viva y visible en los jóvenes, y por esa razón me dirijo a ellos teniendo en cuenta la aportación que pueden y deben ofrecer a la sociedad. Así pues, quisiera presentar el Mensaje para la XLV Jornada Mundial de la Paz en una perspectiva educativa: «*Educar a los jóvenes en la justicia y la paz*», convencido de que ellos, con su entusiasmo y su impulso hacia los ideales, pueden ofrecer al mundo una nueva esperanza.

Mi mensaje se dirige también a los padres, las familias y a todos los estamentos educativos y formativos, así como a los responsables en los distintos ámbitos de la vida religiosa, social, política, económica, cultural y de la comunicación. Prestar atención al mundo juvenil, saber escucharlo y valorarlo, no es sólo una oportunidad, sino un deber primario de toda la sociedad, para la construcción de un futuro de justicia y de paz.

Se ha de transmitir a los jóvenes el aprecio por el valor positivo de la vida, suscitando en ellos el deseo de gastarla al servicio del bien. Éste es un deber en el que todos estamos comprometidos en primera persona.

Las preocupaciones manifestadas en estos últimos tiempos por muchos jóvenes en diversas regiones del mundo expresan el deseo de mirar con fundada esperanza el futuro. En la actualidad, muchos son los aspectos que les preocupan: el deseo de recibir una formación que los prepare con más profundidad a afrontar la realidad, la dificultad de formar una familia y encontrar un puesto estable de trabajo, la capacidad efectiva de contribuir al mundo de la política,

de la cultura y de la economía, para edificar una sociedad con un rostro más humano y solidario.

Es importante que estos fermentos, y el impulso idealista que contienen, encuentren la justa atención en todos los sectores de la sociedad. La Iglesia mira a los jóvenes con esperanza, confía en ellos y los anima a buscar la verdad, a defender el bien común, a tener una perspectiva abierta sobre el mundo y ojos capaces de ver «cosas nuevas» (Is 42,9; 48,6).

## LOS RESPONSABLES DE LA EDUCACIÓN

2. La educación es la aventura más fascinante y difícil de la vida. Educar –que viene de *educere* en latín– significa conducir fuera de sí mismos para introducirlos en la realidad, hacia una plenitud que hace crecer a la persona. Ese proceso se nutre del encuentro de dos libertades, la del adulto y la del joven. Requiere la responsabilidad del discípulo, que ha de estar abierto a dejarse guiar al conocimiento de la realidad, y la del educador, que debe de estar dispuesto a darse a sí mismo. Por eso, los testigos auténticos, y no simples dispensadores de reglas o informaciones, son más necesarios que nunca; testigos que sepan ver más lejos que los demás, porque su vida abarca espacios más amplios. El testigo es el primero en vivir el camino que propone.

¿Cuáles son los lugares donde madura una verdadera educación en la paz y en la justicia? Ante todo la familia, puesto que los padres son los primeros educadores. La familia es la célula originaria de la sociedad. «En la familia es donde los hijos aprenden los valores humanos y cristianos que permiten una convivencia constructiva y pacífica. En la familia es donde se aprende la solidaridad entre las generaciones, el respeto de las reglas, el perdón y la acogida del otro»<sup>1</sup>. Ella es la primera escuela donde se recibe educación para la justicia y la paz.

Vivimos en un mundo en el que *la familia*, y también la misma vida, se ven constantemente amenazadas y, a veces, destrozadas. Unas condiciones de trabajo a menudo poco conciliables con las responsabilidades familiares, la preocupación por el futuro, los ritmos de vida frenéticos, la emigración en busca de un sustento adecuado, cuando no de la simple supervivencia, acaban por hacer difícil la posibilidad de asegurar a los hijos uno de los bienes más preciosos: la presencia de los padres; una presencia que les permita cada vez más compartir el camino con ellos, para poder transmitirles esa experiencia y cúmulo de certezas que se adquieren con los años, y que sólo se pueden comunicar pasando juntos el tiempo. Deseo decir a los padres que no se desanimen. Que exhorten con el ejemplo de su vida a los hijos a que pongan la esperanza ante todo en Dios, el único del que mana justicia y paz auténtica.

Quisiera dirigirme también a *los responsables de las instituciones dedicadas a la educación*: que vigilen con gran sentido de responsabilidad para que se respete y valore en toda circunstancia la dignidad de cada persona. Que se preocupen de que cada joven pueda descubrir la propia vocación, acompañándolo mientras hace fructificar los dones que el Señor le ha concedido. Que aseguren a las

---

<sup>1</sup> *Discurso a los Administradores de la Región del Lacio, del Ayuntamiento y de la Provincia de Roma* (14 enero 2011), *L'Osservatore Romano*, ed. en lengua española (23 enero 2011), 3.

familias que sus hijos puedan tener un camino formativo que no contraste con su conciencia y principios religiosos.

Que todo ambiente educativo sea un lugar de apertura al otro y a lo trascendente; lugar de diálogo, de cohesión y de escucha, en el que el joven se sienta valorado en sus propias potencialidades y riqueza interior, y aprenda a apreciar a los hermanos. Que enseñe a gustar la alegría que brota de vivir día a día la caridad y la compasión por el prójimo, y de participar activamente en la construcción de una sociedad más humana y fraterna.

Me dirijo también a *los responsables políticos*, pidiéndoles que ayuden concretamente a las familias e instituciones educativas a ejercer su derecho deber de educar. Nunca debe faltar una ayuda adecuada a la maternidad y a la paternidad. Que se esfuercen para que a nadie se le niegue el derecho a la instrucción y las familias puedan elegir libremente las estructuras educativas que consideren más idóneas para el bien de sus hijos. Que trabajen para favorecer el reagrupamiento de las familias divididas por la necesidad de encontrar medios de subsistencia. Ofrezcan a los jóvenes una imagen límpida de la política, como verdadero servicio al bien de todos.

No puedo dejar de hacer un llamamiento, además, al *mundo de los medios*, para que den su aportación educativa. En la sociedad actual, los medios de comunicación de masa tienen un papel particular: no sólo informan, sino que también forman el espíritu de sus destinatarios y, por tanto, pueden dar una aportación notable a la educación de los jóvenes. Es importante tener presente que los lazos entre educación y comunicación son muy estrechos: en efecto, la educación se produce mediante la comunicación, que influye positiva o negativamente en la formación de la persona.

También los jóvenes han de tener el valor de vivir ante todo ellos mismos lo que piden a quienes están en su entorno. Les corresponde una gran responsabilidad: que tengan la fuerza de usar bien y conscientemente la libertad. También ellos son responsables de la propia educación y formación en la justicia y la paz.

## EDUCAR EN LA VERDAD Y EN LA LIBERTAD

3. San Agustín se preguntaba: «*Quid enim fortius desiderat anima quam veritatem? - ¿Ama algo el alma con más ardor que la verdad?*»<sup>2</sup>. El rostro humano de una sociedad depende mucho de la contribución de la educación a mantener viva esa cuestión insoslayable. En efecto, la educación persigue la formación integral de la persona, incluida la dimensión moral y espiritual del ser, con vistas a su fin último y al bien de la sociedad de la que es miembro. Por eso, para educar en la verdad es necesario *saber sobre todo quién es la persona humana, conocer su naturaleza*. Contemplando la realidad que lo rodea, el salmista reflexiona: «Cuando contemplo el cielo, obra de tus dedos, la luna y las estrellas que has creado. ¿Qué es el hombre para que te acuerdes de él, el ser humano, para que de él te cuides?» (Sal 8,4-5). Ésta es la cuestión fundamental que hay que plantearse: *¿Quién es el hombre?* El hombre es un ser que alberga en su corazón una sed de infinito, una

---

<sup>2</sup>Comentario al Evangelio de S. Juan, 26,5.

sed de verdad –no parcial, sino capaz de explicar el sentido de la vida– porque ha sido creado a imagen y semejanza de Dios. Así pues, reconocer con gratitud la vida como un don inestimable lleva a descubrir la propia dignidad profunda y la inviolabilidad de toda persona. Por eso, la primera educación consiste en aprender a reconocer en el hombre la imagen del Creador y, por consiguiente, a tener un profundo respeto por cada ser humano y ayudar a los otros a llevar una vida conforme a esta altísima dignidad. Nunca podemos olvidar que «el auténtico desarrollo del hombre concierne de manera unitaria a la totalidad de la persona en todas sus dimensiones»<sup>3</sup>, incluida la trascendente, y que no se puede sacrificar a la persona para obtener un bien particular, ya sea económico o social, individual o colectivo.

*Sólo en la relación con Dios comprende también el hombre el significado de la propia libertad. Y es cometido de la educación el formar en la auténtica libertad. Ésta no es la ausencia de vínculos o el dominio del libre albedrío, no es el absolutismo del yo. El hombre que cree ser absoluto, no depender de nada ni de nadie, que puede hacer todo lo que se le antoja, termina por contradecir la verdad del propio ser, perdiendo su libertad. Por el contrario, el hombre es un ser relacional, que vive en relación con los otros y, sobre todo, con Dios. La auténtica libertad nunca se puede alcanzar alejándose de Él.*

La libertad es un valor precioso, pero delicado; se la puede entender y usar mal. «En la actualidad, un obstáculo particularmente insidioso para la obra educativa es la masiva presencia, en nuestra sociedad y cultura, del relativismo que, al no reconocer nada como definitivo, deja como última medida sólo el propio yo con sus caprichos; y, bajo la apariencia de la libertad, se transforma para cada uno en una prisión, porque separa al uno del otro, dejando a cada uno encerrado dentro de su propio “yo”. Por consiguiente, dentro de ese horizonte relativista no es posible una auténtica educación, pues sin la luz de la verdad, antes o después, toda persona queda condenada a dudar de la bondad de su misma vida y de las relaciones que la constituyen, de la validez de su esfuerzo por construir con los demás algo en común»<sup>4</sup>.

Para ejercer su libertad, el hombre debe superar por tanto el horizonte del relativismo y conocer la verdad sobre sí mismo y sobre el bien y el mal. En lo más íntimo de la conciencia el hombre descubre una ley que él no se da a sí mismo, sino a la que debe obedecer y cuya voz lo llama a amar, a hacer el bien y huir del mal, a asumir la responsabilidad del bien que ha hecho y del mal que ha cometido<sup>5</sup>. Por eso, el ejercicio de la libertad está íntimamente relacionado con la ley moral natural, que tiene un carácter universal, expresa la dignidad de toda persona, sienta la base de sus derechos y deberes fundamentales, y, por tanto, en último análisis, de la convivencia justa y pacífica entre las personas.

El uso recto de la libertad es, pues, central en la promoción de la justicia y la paz, que requieren el respeto hacia uno mismo y hacia el otro, aunque se distancie de la propia forma de ser y vivir. De esa actitud brotan los elementos sin los cuales

---

<sup>3</sup>Carta enc. *Caritas in veritate* (29 junio 2009), 11: AAS 101 (2009), 648; cf. Pablo VI, Carta enc. *Populorum progressio* (26 marzo 1967), 14: AAS 59 (1967), 264.

<sup>4</sup>*Discurso en la ceremonia de apertura de la Asamblea eclesial de la diócesis de Roma* (6 junio 2005): AAS 97 (2005), 816.

<sup>5</sup>Cf. Conc. Ecum. Vat. II, Const. past. *Gaudium et spes*, 16.

la paz y la justicia se quedan en palabras sin contenido: la confianza recíproca, la capacidad de entablar un diálogo constructivo, la posibilidad del perdón, que tantas veces se quisiera obtener pero que cuesta conceder, la caridad recíproca, la compasión hacia los más débiles, así como la disponibilidad para el sacrificio.

## EDUCAR EN LA JUSTICIA

4. En nuestro mundo, en el que el valor de la persona, de su dignidad y de sus derechos, más allá de las declaraciones de intenciones, está seriamente amenazado por la extendida tendencia a recurrir exclusivamente a los criterios de utilidad, del beneficio y del tener, es importante no separar el concepto de justicia de sus raíces transcendentales. La justicia, en efecto, no es una simple convención humana, ya que *lo que es justo no está determinado originariamente por la ley positiva, sino por la identidad profunda del ser humano*. La visión integral del hombre es lo que permite no caer en una concepción contractualista de la justicia y abrir también para ella el horizonte de la solidaridad y del amor<sup>6</sup>.

No podemos ignorar que ciertas corrientes de la cultura moderna, sostenida por principios económicos racionalistas e individualistas, han sustraído al concepto de justicia sus raíces transcendentales, separándolo de la caridad y la solidaridad: «La “ciudad del hombre” no se promueve sólo con relaciones de derechos y deberes sino, antes y más aún, con relaciones de gratuidad, de misericordia y de comunión. La caridad manifiesta siempre el amor de Dios también en las relaciones humanas, otorgando valor teológico y salvífico a todo compromiso por la justicia en el mundo»<sup>7</sup>.

«Bienaventurados los que tienen hambre y sed de la justicia, porque ellos quedarán saciados» (Mt 5,6). Serán saciados porque tienen hambre y sed de relaciones rectas con Dios, consigo mismos, con sus hermanos y hermanas, y con toda la creación.

## EDUCAR EN LA PAZ

5. «La paz no es sólo ausencia de guerra y no se limita a asegurar el equilibrio de fuerzas adversas. La paz no puede alcanzarse en la tierra sin la salvaguardia de los bienes de las personas, la libre comunicación entre los seres humanos, el respeto de la dignidad de las personas y de los pueblos, la práctica asidua de la fraternidad»<sup>8</sup>. La paz es fruto de la justicia y efecto de la caridad. Y es ante todo don de Dios. Los cristianos creemos que Cristo es nuestra verdadera paz: en Él, en su cruz, Dios ha reconciliado consigo al mundo y ha destruido las barreras que nos separaban a unos de otros (cf. Ef 2,14-18); en Él, hay una única familia reconciliada en el amor.

---

<sup>6</sup>Cf. *Discurso en el Bundestag* (Berlín, 22 septiembre 2011): *L'Osservatore Romano*, ed. en lengua española (25 septiembre 2011), 6-7.

<sup>7</sup>Carta enc. *Caritas in veritate* (29 junio 2009), 6: AAS 101 (2009), 644-645.

<sup>8</sup>*Catecismo de la Iglesia Católica*, 2304.



Pero la paz no es sólo un don que se recibe, sino también una obra que se ha de construir. Para ser verdaderamente constructores de la paz, debemos ser educados en la compasión, la solidaridad, la colaboración, la fraternidad; hemos de ser activos dentro de las comunidades y atentos a despertar las conciencias sobre las cuestiones nacionales e internacionales, así como sobre la importancia de buscar modos adecuados de redistribución de la riqueza, de promoción del crecimiento, de la cooperación al desarrollo y de la resolución de los conflictos. «Bienaventurados los que trabajan por la paz, porque ellos serán llamados hijos de Dios», dice Jesús en el Sermón de la Montaña (*Mt* 5,9).

La paz para todos nace de la justicia de cada uno y ninguno puede eludir este compromiso esencial de promover la justicia, según las propias competencias y responsabilidades. Invito de modo particular a los jóvenes, que mantienen siempre viva la tensión hacia los ideales, a tener la paciencia y constancia de buscar la justicia y la paz, de cultivar el gusto por lo que es justo y verdadero, aun cuando esto pueda comportar sacrificio e ir contracorriente.

## LEVANTAR LOS OJOS A DIOS

6. Ante el difícil desafío que supone recorrer la vía de la justicia y de la paz, podemos sentirnos tentados de preguntarnos como el salmista: «Levanto mis ojos a los montes: ¿de dónde me vendrá el auxilio?» (*Sal* 121,1).

Deseo decir con fuerza a todos, y particularmente a los jóvenes: «No son las ideologías las que salvan el mundo, sino sólo dirigir la mirada al Dios viviente, que es nuestro creador, el garante de nuestra libertad, el garante de lo que es realmente bueno y auténtico [...], mirar a Dios, que es la medida de lo que es justo y, al mismo tiempo, es el amor eterno.

Y ¿qué puede salvarnos sino el amor?»<sup>9</sup>. El amor se complace en la verdad, es la fuerza que nos hace capaces de comprometernos con la verdad, la justicia, la paz, porque todo lo excusa, todo lo cree, todo lo espera, todo lo soporta (cf. *1 Co* 13,1-13).

Queridos jóvenes, vosotros sois un don precioso para la sociedad. No os dejéis vencer por el desánimo ante las dificultades y no os entreguéis a las falsas soluciones, que con frecuencia se presentan como el camino más fácil para superar los problemas. No tengáis miedo de comprometeros, de hacer frente al esfuerzo y al sacrificio, de elegir los caminos que requieren fidelidad y constancia, humildad y dedicación. Vivid con confianza vuestra juventud y esos profundos deseos de felicidad, verdad, belleza y amor verdadero que experimentáis. Vivid con intensidad esta etapa de vuestra vida tan rica y llena de entusiasmo.

Sed conscientes de que vosotros sois un ejemplo y estímulo para los adultos, y lo seréis cuanto más os esforzáis por superar las injusticias y la corrupción, cuanto más deseáis un futuro mejor y os comprometáis en construirlo. Sed conscientes de vuestras capacidades y nunca os encerréis en vosotros mismos, sino sabed trabajar por un futuro más luminoso para todos. Nunca estáis solos. La Iglesia confía en vosotros, os sigue, os anima y desea ofreceros lo que tiene de más valor:

---

<sup>9</sup>*Vigilia de oración con los jóvenes* (Colonia, 20 agosto 2005): AAS 97 (2005), 885-886.

la posibilidad de levantar los ojos hacia Dios, de encontrar a Jesucristo, Aquel que es la justicia y la paz.

A todos vosotros, hombres y mujeres preocupados por la causa de la paz. La paz no es un bien ya logrado, sino una meta a la que todos debemos aspirar. Miremos con mayor esperanza al futuro, animémonos mutuamente en nuestro camino, trabajemos para dar a nuestro mundo un rostro más humano y fraterno y sintámonos unidos en la responsabilidad respecto a las jóvenes generaciones de hoy y del mañana, particularmente en educarlas a ser pacíficas y artífices de paz. Consciente de todo ello, os envío estas reflexiones y os dirijo un llamamiento: unamos nuestras fuerzas espirituales, morales y materiales para «educar a los jóvenes en la justicia y la paz».

Vaticano, 8 de diciembre de 2011

BENEDICTUS PP. XVI

## LA IDEOLOGÍA DE GÉNERO

En el Congreso de la Nación se están preparando varios proyectos que tendrían que confluír en una ley llamada de "identidad de género". Me parece oportuno, entonces, para comprender esta situación hacer alguna referencia a los jalones históricos del tema.

Podríamos decir que la ideología de género comienza a manifestarse cuando Simone de Beauvoir, en el año 1949, en su libro "El segundo sexo", se lanza con esta afirmación: "mujer no se nace, se hace". A partir de allí, sobre todo en la década del 50 y especialmente en la década del 60, de un modo intenso en los países anglosajones, comienza a desarrollarse la perspectiva de género que va invadiendo las ciencias sociales.

Es famoso el caso del doctor John Money (money como dinero), y sobre todo una intervención suya que pretendió dotar de fundamento científico a esta perspectiva. Mejor habría que llamarla ideología de género. Nacieron en Canadá, en 1965, dos mellizos varones con igual patrimonio genético, uno de los cuales tenía una pequeña dificultad en el miembro viril. Al chico se le hace una operación de circuncisión, torpemente ejecutada, y le queman el pene. Entonces fue consultado el Dr. Money, que ya era famoso, quien propuso operarlo; le amputó los órganos viriles, prescribió un tratamiento hormonal e impuso a los padres educar a ese chico como una mujer. Lo vistieron de rosa, le dieron juguetes de mujer, como se estilaba entonces y demás.

Pero resulta que el chico crece, y va manifestando actitudes totalmente masculinas. Su vida es un verdadero conflicto consigo mismo. Lo que se quería probar es que en realidad el sexo o el género (y aquí hay una especie de sustitución subrepticia del sexo por el género) es algo que depende exclusivamente de la educación, del influjo social y cultural, y que no es algo que tenga que ver con la naturaleza, con la biología de la persona.

Resulta que este muchacho, ya crecido y con ese conflicto a cuestas, se entera de lo que le había ocurrido, que en realidad era un varón y, entonces, exige volver a ser lo que debía haber seguido siendo siempre, lo que era en realidad. Se sometió ahora voluntariamente a otra operación, se casó, pero no pudo superar el conflicto y acabó suicidándose.

Este es un caso testigo, basado en la perspectiva de género, en la que se afirma que lo que llaman género, y sobre todo los roles del varón y de la mujer, no tienen nada que ver con la biología y que la biología tiene que, en todo caso, acomodarse a los eventuales trastornos de personalidad o a una elección subjetiva.

El concepto mismo de género es una especie de talismán que va produciendo un trasbordo ideológico inadvertido. Lo que se pretende es cambiar el sentido común de la gente. Ya no hablar más de sexo sino de género, y el género como algo que se elige, que se va formando con la educación, pero que, en definitiva, es decidido por una especie de autopercepción.

Tal es así que el proyecto de ley que se está gestando en el Congreso impone que una persona, un varón, por ejemplo, que se autopercebe a sí mismo como

mujer, con sólo esa declaración basta para que pueda ser anotado en el Registro de las Personas cambiándose el nombre y recibiendo un documento con el sexo que él ha elegido.

Esta es la cuestión que se nos plantea ahora, de tal manera que en virtud de un completo subjetivismo, esta especie de autopercepción va a llevar a acomodar la biología, la realidad natural de una persona, a sus perturbaciones u ocurrencias.

Tengamos en cuenta esto: la perspectiva de género ha impregnado ampliamente las ciencias sociales y sobre todo ha llegado a los contenidos curriculares de la educación argentina. En realidad es una *ideología*, que no tiene bases científicas serias. Intenta negar la naturaleza humana y la realidad que encontramos consagrada en las primeras páginas de la Biblia: Dios creó al hombre a su imagen: varón y mujer los creó. La realidad humana se verifica en esta dualidad, en esta distinción varón-mujer, distintos y al mismo tiempo complementarios porque el uno está hecho para la otra. Esa es la realidad natural y la persona no puede negar el sustrato biológico de su ser. Ser varón o ser mujer depende de la biología, de la afectividad, de la psicología y depende también del orden espiritual. Todo eso configura la personalidad de un varón y de una mujer.

No podemos establecer un corte entre la libertad o la elección y la realidad natural. Aquello que hemos recibido como un don, la educación tiene que contribuir a mejorarlo, en orden a afianzar la propia identidad personal.

Al paso que vamos, con ciertas iniciativas parlamentarias, los argentinos saldremos primeros en el campeonato del disparate.

MONS. HÉCTOR AGUER  
Arzobispo de La Plata/Argentina\*

---

\*Reflexión semanal en el programa «Claves para un mundo mejor» (19 de noviembre de 2011).



# JURISPRUDENCIA



CORTE SUPREMA  
7.11.2011  
Díaz Guajardo con Fisco  
(Nulidad de derecho público / DL N° 2695, de 1979)

VISTOS Y TENIENDO PRESENTE:

PRIMERO: Que en estos autos sobre nulidad de derecho público, la parte demandante ha deducido recurso de casación en el fondo contra la sentencia de la Corte de Apelaciones de Rancagua que confirmó la pronunciada por el tribunal a quo que rechazó la referida acción de nulidad en contra de la Resolución N° 98 de 15 de diciembre de 2001, del Secretario Ministerial de Bienes Nacionales de la Región de O'Higgins que regularizó la posesión de un inmueble de conformidad a lo preceptuado en el Decreto Ley N° 2695.

La recurrente impugnó la validez de dicho acto administrativo en razón de no haberse acatado la prohibición que establece el artículo 3° del citado cuerpo normativo, toda vez que la solicitante agregó a su posesión la de sus antecesores, no obstante que el terreno objeto de la regularización formaba parte de uno de mayor extensión, circunstancia que impedía dicha adición. El fallo recurrido desestimó la pretensión de la demandante en razón de que aún en el evento de que fuera efectiva la infracción denunciada, ello en nada afecta la actuación del órgano administrativo, puesto que no se ha cuestionado su competencia ni se ha reclamado su inobservancia al procedimiento rige la materia de que se trata;

SEGUNDO: Que aún cuando la llamada acción de nulidad de derecho público deriva de las normas de los artículos 6° y 7° de la Constitución Política de la República, que sólo previenen el deber de adecuación al Derecho, debe entenderse como una acción de carácter general, esto es, inespecífica, hábil para reclamar toda falta de validez por motivos sustantivos. De lo anterior se sigue que cuando el legislador ha regulado la materia de modo especial, por aplicación del artículo 13 del Código Civil ha de preferirse esta preceptiva porque se trata de una misma situación que dispone de dos leyes que parecen aplicables. En el caso que nos ocupa la falta de eficacia por no adecuación a la ley que ha sido reclamada por esta vía de carácter general, pudo ser planteada mediante el procedimiento que establecen los artículos 18 a 26 del Decreto Ley N° 2695, pues estas normas justamente establecen que en el plazo de treinta días hábiles contado desde la última publicación a que se refiere el artículo 11 del mismo texto legal, o de un año desde la fecha de inscripción del inmueble –si se estimara que le asisten al oponente acciones de dominio–, se podrá impugnar la solicitud o la inscripción a nombre del peticionario, alegándose que no se cumplen los requisitos contemplados en ese texto legal;



TERCERO: Que tales normas, por razones de certeza jurídica, previenen un plazo extintivo del derecho de reclamar en contra de la actuación administrativa, de tal suerte que cuando no se emplean dichos preceptos y se opta por esta acción de nulidad general, vencido ya dicho término –como aconteció en la especie–, se obra cuando ha operado preclusión por no ejercicio del derecho, situación que no puede ser revertida del modo que se ha intentado en autos;

CUARTO: Que, en consecuencia, deben descartarse desde ya los errores de derecho acusados en el recurso de nulidad de la demandante, puesto que de haber incurrido la autoridad en equivocaciones que se le atribuyen al dictar el acto administrativo objetado, éstas debieron alegarse en la oportunidad y plazos que regula el Decreto Ley N° 2695, y no interponerse una acción genérica de impugnación de legalidad como lo es la intentada, por lo que el recurso de casación en el fondo adolece de manifiesta falta de fundamento y no puede prosperar.

Por estas consideraciones y de conformidad además con lo dispuesto en el artículo 782 del Código de Procedimiento Civil, *se rechaza* el recurso de casación en el fondo deducido en lo principal de fojas 202 en contra de la sentencia de doce de julio de dos mil once, escrita a fojas 201.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Ministro señor Brito.

Rol N° 7750-2011.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema, Integrada por los Ministros Sr. Pedro Pierry A., Sr. Haroldo Brito C., Sra. María Eugenia Sandoval G., y los Abogados Integrantes Sr. Nelson Pozo S., y Sr. Domingo Hernández E. No firman el Ministro señor Pierry y el Abogado Integrante señor Hernández, no obstante haber concurrido al acuerdo de la causa, por estar en comisión de servicios el primero y por estar ausente el segundo. Santiago, 7 de noviembre de 2011.

Autoriza la Ministra de Fe de la Excma. Corte Suprema.

## COMENTARIO

1. La sentencia transcrita, *Díaz Guajardo con Fisco de Chile*, insinúa nuevos alcances en el *tratamiento procesal de la nulidad de derecho público*. Los dos jalones más importantes al respecto fueron consagrados por sendas sentencias de la Corte Suprema: *Pérsico Paris*, de 1997<sup>1</sup>, y *Aedo Alarcón*, de 2000<sup>2</sup>. Sintéticamente, en la primera se consagró la existencia de una acción constitucional de nulidad, mientras que en la segunda se estableció una distinción entre la acción constitucional

---

<sup>1</sup>CS, 20 de noviembre de 1997, *Pérsico Paris*, RDJ t. 94 (1997), s. I, 126, GJ N° 209 (1997), 67.

<sup>2</sup>CS, 7 de noviembre de 2000, *Aedo Alarcón*, GJ N° 245 (2000), 17; debe hacerse presente la curiosa divergencia con el texto del fallo impreso en el N° 248 de la misma publicación.

de nulidad y las “acciones patrimoniales” que le están asociadas, dicotomía que calificamos de *estructuralmente* correcta, pero como inexacta en la *solución concreta* propuesta, por cuanto tendió a excluir la imprescriptibilidad de las “acciones patrimoniales” dirigidas en contra de la Administración<sup>3</sup>.

A fin de enmarcar debidamente el análisis de esta sentencia, debe recordarse preliminarmente que cualquier esfuerzo en torno a la regulación procesal de la nulidad de derecho público debería tener en cuenta, en primer lugar, su sometimiento a las normas existentes en el derecho chileno y, en segundo lugar, la protección de la finalidad esencial que la nulidad persigue: la articulación de la salvaguardia de los derechos de los particulares (arts. 1º, 4º, 5º CPR), del orden institucional de la República (art. 6º CPR), y de la inviolabilidad del ordenamiento jurídico (arts. 6º y 7º CPR).

2. En lo esencial, esta sentencia pretende contribuir a dilucidar la *naturaleza procesal* de la acción de nulidad de derecho público, sosteniendo que “debe entenderse como una acción de carácter general, esto es, inespecífica”, excluyéndose su aplicación “cuando el legislador ha regulado la materia de modo especial” (considerando segundo). La construcción propuesta puede ser desglosada en dos series de comentarios: *generalidad* y *supletoriedad* de la acción.

3. *Generalidad de la acción constitucional de nulidad*. Este aspecto merece ser destacado, por cuanto la extensión general de la nulidad de derecho público ha sido en ocasiones cuestionada por voces de la doctrina<sup>4</sup> y por soluciones de la jurisprudencia<sup>5</sup>. Esta sentencia, a pesar de su brevedad, es pródiga en expresiones tendientes a reafirmar una amplitud en el *ámbito de protección* frente a las diversas transgresiones a la legalidad que pueden perpetrar los órganos del Estado y, en particular, de su Administración.

Primeramente, *en cuanto al sustento normativo de la acción de nulidad de derecho público*, esta sentencia consagra a la dualidad compuesta por los artículos 6º y 7º de la Constitución como sus fuentes formales. De este modo, el inciso tercero del artículo 7º –que es la fuente directa de la *institución* de la nulidad– es articulado no sólo con los dos primeros incisos de ese artículo, sino también con el artículo precedente<sup>6</sup>.

---

<sup>3</sup>Véase nuestro *De las “acciones patrimoniales” derivadas de la nulidad de derecho público*, en *La primacía de la persona. Estudios en homenaje al profesor Eduardo Soto Kloss*. LegalPublishing. Santiago de Chile. 2009, 887-901.

<sup>4</sup>Acuña Bustos, Marcelo, *La naturaleza de la nulidad de derecho público*. Revista de Derecho de la Universidad de Concepción N° 212 (vol. II, año 70, julio-diciembre 2002), 373, esp. 385-387; Jara Schnettler, Jaime, *La nulidad de derecho público ante la doctrina y la jurisprudencia*. Editorial Libromar. Santiago. 2004, 230-232.

<sup>5</sup>CS, 28 de junio de 2006, *Camacho Santibáñez*, 3132/2005.

<sup>6</sup>Sin dejar de atender con entusiasmo las consecuencias positivas que podría engendrar la solución propuesta por la Corte Suprema, nos parece, sin embargo, que el solo artículo 7º bastaría para consagrar la generalidad de la acción constitucional de nulidad y el amparo frente a los cuatro tipos fundamentales de violaciones a la legalidad. De todas formas, cualquiera sea la solución adoptada, el inciso tercero del artículo 7º debe promoverse como baricentro de todo lo que concierne a la nulidad, tanto respecto del artículo 7º en su conjunto, como del artículo 6º, y como de cualquiera otra norma que pretendiera enlazarse. Véase nuestro

Lo anterior desemboca directamente en la segunda arista de la generalidad: *el reconocimiento explícito del ámbito de la legalidad protegido por la acción de nulidad*. En efecto, las causas de nulidad son extendidas allende las mencionadas explícitamente en el inciso primero del artículo 7° –falta de investidura regular, incompetencia, vicios de forma– que constituyen la validez *adjetiva* o *externa*, alcanzando la validez *interna*, por cuanto, según las expresiones de la Alta Jurisdicción, la acción de nulidad es “hábil para reclamar toda falta de validez por motivos sustantivos”. Y, en efecto, aunque la Corte haya rechazado el recurso por razones procesales, el análisis gira parcialmente en torno a *la violación del artículo 3° del DL N° 2695* por parte de la autoridad administrativa. En la dogmática administrativa, esto constituye un vicio *de fondo*, denominado por la jurisprudencia y la doctrina francesas “*violation de loi*”, la violación de ley.

En síntesis, si bien de manera hermética, la Corte Suprema ha avanzado hacia la recepción de un elemento indispensable a un verdadero Estado de Derecho: *la proscripción, amparada procesalmente, de los cuatro tipos esenciales de vicios de la actuación de los órganos públicos*: la violación de causa eficiente (*incompetencia*), la violación de causa material (*vicio de forma o procedimiento*), la violación de causa formal (*vicio de fondo*) y la violación de causa final (*desviación de poder*). Las puertas han quedado abiertas; no queda sino traspasar el umbral, a lo que no podríamos sino exhortar a los tribunales de justicia<sup>7</sup>.

4. *Supletoriedad de la acción constitucional de nulidad*. A la expansión que la Corte Suprema le ha conferido a esta acción en cuanto a su generalidad, una *reducción* le ha sido simultáneamente superpuesta: un *carácter supletorio*, por cuanto concluye que *la existencia de una acción específica para perseguir la invalidez del acto impugnado descartaría la operatividad de la acción constitucional*. Esta supletoriedad merece dos series de objeciones:

*En primer lugar*, esta construcción *tiende a infringir dos principios constitucionales* recogidos en las Bases de la Institucionalidad. Mientras el artículo 6° inciso primero establece la *superioridad normativa de la Constitución* (“la Constitución y las normas dictadas conforme a ella”), el inciso segundo del mismo artículo prescribe la *operatividad directa de la Constitución* (“los preceptos de esta Constitución obligan”). Así, y ciñéndonos a la exposición de la Alta Jurisdicción, no sólo se verificaría el hecho de que *un DL gozaría de supremacía sobre las normas constitucionales* (violando la superioridad normativa), sino que se fijaría además *la supletoriedad de las normas constitucionales respecto de las que se hallaren establecidas en actos de inferior jerarquía* (violando la operatividad directa). Dicho en términos simples, la Constitución sería supletoria de un decreto-ley.

---

*L'inexistence juridique des actes administratifs. Essai de théorie juridique comparée*. Thèse. Paris I. 2010, 519-527.

<sup>7</sup>Revirtiendo la reticencia con que frecuentemente se ha obrado en este sentido. Un caso particularmente llamativo se dio respecto de las violaciones de forma en procedimientos sancionatorios seguidos ante la SEC, que la Corte Suprema decidió censurar invocando la construcción artificial del *decaimiento* en lugar de la *nulidad* que hubiera correspondido aplicar. Véase nuestro *La dilación excesiva de los procedimientos sancionatorios a horcajadas entre decaimiento y nulidad*, en *Sentencias Destacadas 2010*. Libertad y Desarrollo. Santiago de Chile. 2011, 225-252.

Esta *pseudo-supletoriedad* preconizada por la sentencia es aun más llamativa si se tiene en cuenta que otros organismos estatales, como la Contraloría General de la República, han sabido conciliar correctamente supletoriedad y jerarquía normativa, entendiendo que la Ley N° 19.880, supletoria de otras leyes que rijan procedimientos administrativos, *no lo es respecto de actos jurídicos estatales de inferior jerarquía*.<sup>8</sup>

En suma, este solo primer argumento bastaría para refutar la construcción propuesta por la Corte.

Sin embargo, *en segundo lugar*, dicha construcción teórica es también criticable en razón de la *fundamentación normativa de la solución propuesta*. El sustento propuesto por la Corte para la supletoriedad es el artículo 13 del Código Civil, señalándose en la sentencia que “cuando el legislador ha regulado la materia de modo especial... ha de preferirse esta preceptiva porque se trata de una misma situación que dispone de dos leyes que parecen aplicables”. Veamos el tenor literal de este artículo:

“Las disposiciones de una ley, relativas a cosas o negocios particulares, prevalecerán sobre las disposiciones generales de la misma ley, cuando entre las unas y las otras hubiere oposición”.

A nuestro juicio, la invocación del artículo 13 del Código Civil resulta particularmente llamativa, porque *a primera vista* aparece como incompatible con el caso de especie. Mientras la supuesta oposición se da entre la Constitución y un DL, el artículo 13 rige en caso de que las disposiciones de *una ley* –podría concederse que ella fuera la Constitución– prevalezcan sobre las disposiciones generales de *la misma ley*. Aquí no se trata de la misma ley; se trata de *dos cuerpos normativos distintos*, uno de los cuales –aun más gravemente– goza de *una jerarquía normativa superior* a la del otro.

5. Otro aspecto que nos parece muy cuestionable en la sentencia comentada es *la invocación de la certeza jurídica como fundamento para descartar la aplicación de la acción constitucional de nulidad*, entendiendo la Corte que la imprescriptibilidad afectaría dicha certeza (considerando tercero). Empero, dicha argumentación no advierte la distinción entre el *acto* y los *efectos* del acto: en el caso de especie, por más que el poseedor hubiera adquirido el dominio del inmueble por prescripción adquisitiva según lo dispuesto por el artículo 3° del DL (plano de los *efectos*), dicha adquisición no hubiera obstado a la antijuridicidad –y la nulidad– de la resolución (plano del *acto*). Tal nulidad podría ser *siempre* declarada y, lo que es de la mayor importancia, podría engendrar la responsabilidad del Estado por los perjuicios ocasionados al tercero.

La *función ejemplar de la nulidad* resalta la importancia de la declaración de nulidad en sí misma (plano del *acto*). Una censura efectuada sobre la actuación de la Administración no es jamás neutra porque, dadas la continuidad del Estado

---

<sup>8</sup>Ver, v. gr., dictámenes CGR N° 42.639/2007, 44.851/2009, 24.808/2010. Con provecho pueden consultarse el comentario y la recopilación de jurisprudencia acerca del artículo 1° de la Ley N° 19.880 efectuados por Lara Arroyo, José Luis, y Helfmann Martini, Carolina, *Ley de procedimiento administrativo. Repertorio*. Abeledo Perrot. Santiago. 2011, 1-30.

en el tiempo, la permanencia de muchas de las normas que lo rigen y la masividad de la actuación administrativa, el mismo órgano –u otros órganos– podrán tomar como parámetro lo juzgado por los tribunales de justicia en torno a la legalidad del acto, sujetándose a ello e inhibiéndose de obrar en contrario en ulteriores ocasiones. La sentencia de nulidad se yergue, por lo tanto, como un *ejemplo*, un modelo de actuación, que trasciende una simple circunscripción al caso concreto.

Esta función ejemplar de la nulidad, también presente en derecho privado, adquiere relevancia suma en Derecho Administrativo, y no debe ser subestimada, ni aun reconociéndose que la *represtación* de las situaciones jurídicas involucradas sea la función práctica más relevante asociada a la nulidad. En efecto, y contrariamente a lo expresado por la Corte, estimamos que la función ejemplar de la nulidad *propicia la certeza jurídica*, al permitir un rechazo más enérgico de las vulneraciones al ordenamiento jurídico perpetradas por órganos *cuya existencia y operatividad están condicionadas al respeto irrestricto de dicho ordenamiento*.

6. Finalmente, cabe observar la curiosa invocación de la *preclusión* en el considerando tercero como fundamento adicional para rechazar la interposición de la acción constitucional de nulidad, por cuanto incluso su principal teorizador, Giuseppe Chiovenda, sostuvo que “la preclusión no produce efecto sino en el proceso en que tiene lugar”<sup>9</sup>. No obstante, de la sentencia comentada aparece claramente que la acción constitucional de nulidad no podría impetrarse *tanto* en el proceso correspondiente a esta sentencia *como en cualquier otro* que la actora incoare. Ello muestra que la construcción responde a un intento de introducir subrepticamente la prescripción extintiva (improcedente *per se*, como es lógico, respecto de una acción imprescriptible) bajo el ropaje de otra denominación.

7. A guisa de conclusión, la sentencia comentada merece elogios en cuanto a las perspectivas de *generalidad* en la protección otorgada respecto de distintos tipos de vulneraciones al ordenamiento jurídico (punto 3). Sin embargo, merece críticas frente a tres aspectos principales: la preconización de una *supletoriedad* que contraviene las bases esenciales de nuestra institucionalidad (punto 4); la invocación de la *certeza jurídica*, errónea a nuestro juicio, como justificación para excluir la aplicación del régimen de la nulidad (punto 5); y la aplicación de la *preclusión* más allá de su alcance procesal natural, con el fin de eludir, impropiamente, la imprescriptibilidad de la acción de nulidad de derecho público (punto 6).

---

<sup>9</sup>Chiovenda, Giuseppe. *Principios de derecho procesal civil*. Reus. Madrid. 1922-1941. Tomo II, 359.

RECENSIONES  
Y  
RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS



Sergio Raúl Castaño, *Interpretación del poder en Vitoria y Suárez*. Cuadernos de Pensamiento Español. EUNSA. Pamplona. 2011 (109 pp.).

## I. INTRODUCCIÓN

Quiero en primer lugar agradecer al autor el honor que me hace en invitarme a participar en la presentación de su último libro. Además de compartir la misma concepción católica de la política y haber frecuentado a maestros comunes entre los que el deber de piedad exige mencionar especialmente a don Guido Soaje Ramos –de quien Sergio resulta hoy en día uno de sus más fieles y fecundos discípulos– nos une la comunidad de las preocupaciones tanto teóricas como prácticas a lo largo de los últimos tiempos.

## II. UN TEXTO EN SU CONTEXTO

Un libro rara vez aparece como algo aislado. Tanto sus temas como el hecho mismo de su aparición resultan incomprensibles si no se sitúan en un contexto determinado. Si además la materia es la filosofía política esta aseveración resulta más pertinente que nunca. Estudiar la legitimidad y el poder en Vitoria y Suárez y volcar una síntesis de valor científico en poco más de cien páginas no es tarea que pueda acometer cualquiera, pero que Castaño ha logrado magníficamente. El primer contexto es la ubicación de los autores Vitoria y Suárez dentro de la tradición aristotélico-tomista. Hasta fines del siglo XIX y principios del siglo XX la mayoría de los estudios hacían de los nombrados, como de la mayoría de los representantes de la segunda escolástica, simples continuadores del pensamiento clásico, sin reparar demasiado en los elementos originales que los diferenciaban y en algunos puntos los contraponían. Es a partir del renacimiento tomista surgido de la encíclica *Aeternis Patris* de León XIII y en especial de la nueva generación de tomistas en la primera mitad del siglo XX, cuando se harán esfuerzos para distinguir los elementos originarios de la segunda escolástica y en especial se estudiarán los tópicos y doctrinas en los que se apartan del pensamiento tomista. Si bien es verdad que dichos estudios –enmarcados la mayor parte de las veces en otras polémicas– han aportado significativos avances a la hora de clarificar los contenidos, en algunos casos se ha caído en el exceso de presentar a Vitoria y a Suárez en especial como casi los culpables de la ruptura de la tradición tomista. Pienso aquí en la presentación que Michel Villey trae de los mismos. Esta situación hace que autores como Miguel Ayuso haya hablado con acierto de la *crux interpretorum* de la segunda escolástica. Si de los trabajos científicos pasamos a las obras polémicas y de relativa divulgación (manuales) la cosa se agrava en razón de la presentación simplificada y privada de matices. Y el tema no es menor. En primer lugar porque desde el punto de vista científico la contribución de Vitoria y Suárez a la filosofía política y jurídica no es algo que pueda soslayarse fácilmente. Temas como el origen del poder, sus limitaciones, el derecho de resistencia a la



autoridad, la guerra justa, y un largo etcétera, jamás podrán ser tratados con un mínimo de rigor sin mencionarlos. Y algo más. El pensamiento político y jurídico, aún en sede científica, parte en sus reflexiones de la experiencia histórica y busca iluminar la acción de los hombres en la vida concreta; negarse a ello implicaría desconocer su formalidad de pensamiento práctico. Y para nosotros argentinos e hispanoamericanos, las figuras de las que se ocupa Castaño resultan señeras para poder comprendernos. Por ello hemos de alegrarnos por la iniciativa de la Universidad de Navarra de promover estudios sobre la segunda escolástica. Entre una aceptación acrítica de la segunda escolástica como parte de la tradición tomista y su rechazo sin matices, se ubica la obra que presentamos, *sine ira et cum studio*. Castaño analiza el pensamiento vitoriano y suarista, busca en ellos los elementos de continuidad con la tradición mencionada y al mismo tiempo nos muestra los aspectos originales y las discrepancias. En el primer sentido cabe señalar la acertada explicación de cómo los principios señeros de la tradición en esta materia la natural politicidad de hombre, el carácter perfectivo de la vida política, la necesidad de la potestad política, la primacía del bien común como fin y otros, son claramente recepcionados por Vitoria y Suárez, por lo que merecen entonces a justo título ser llamados continuadores de la tradición aristotélica y tomista. Si bien el centro del estudio se refiere a los autores mencionados en el título, sin embargo también otros relevantes autores de la segunda escolástica como Domingo de Soto, Bellarmino, Cayetano, son mencionados especialmente, lo cual ayuda a encuadrar mejor el pensamiento de Vitoria y Suárez. Ello le permite a su vez mostrar cómo por ejemplo el rechazo de la doctrina suarista de la “colación del poder” no invalida el resto de los aportes. No puedo dejar de señalar un gran hallazgo del autor en este punto. Gran parte de la polémica antisuarista en nuestros medios ha sido llevada adelante planteando una dialéctica entre dominicos-seguidores de Santo Tomás-buenos contra jesuitas-seguidores de Suárez-malos. Pero en la página 62 Castaño nos enseña que “Ya Cayetano, por nombrar a uno de los primeros grandes representantes de la segunda escolástica, había dado por válida la posibilidad de conceptualizar a la sociedad política con exclusión de la potestad de régimen”; es decir, que el presupuesto fundamental de la teoría de la traslación en Suárez ¡tiene por padre a Cayetano...!

El segundo contexto es la obra del autor: desde su trabajo sobre *La racionalidad de la ley* ha centrado su preocupación intelectual en el problema de la “legitimidad”, sus obras posteriores, como *Defensa de la política* y, en especial, *El estado como realidad permanente* han tocado tópicos que desarrollan lo que podría considerarse el núcleo de sus preocupaciones teoréticas.

- 1) La naturalidad de la vida política. La vieja afirmación del Maestro de los que saben es el punto de partida de las investigaciones de Castaño y la consiguiente crítica a los autores contractualistas.
- 2) El carácter perfectivo de la vida política, lo que lleva a ubicarla dentro de la ética y su consiguiente crítica a quienes la ven como simple remedio de males o como mera actividad técnica.
- 3) La primacía del bien común político rectamente entendida como criterio primario de legitimidad política y la correlativa crítica a quienes pretenden reducirlo a “conjunto de condiciones”.

- 4) La racionalidad de la ley y consiguientemente del mando político, lo que al mismo tiempo funda el deber de obediencia de los súbditos por una parte y por otra el derecho de resistencia cuando la potestad se vuelve injusta.
- 5) La autarquía de la comunidad política como sinónimo de perfección derivada de la autarquía del fin y –aspecto especialmente desarrollado en el libro que presentamos– la supremacía de la potestad política como consecuencia insoslayable de la tesis enunciada.

### III. LA OBRA

La misma está estructurada en tres capítulos, el primero titulado “La naturaleza del poder político”. Este capítulo está dividido en dos partes; la primera, que presenta el carácter de introducción a la segunda, trata de las relaciones entre la comunidad perfecta y la potestad política en Vitoria. Luego se analiza el valor de la vida política, la necesidad e inderogabilidad de la potestad política y en especial de su función directiva, para seguir con la consideración de las relaciones entre la potestad política y la guerra justa. La presencia de este tópico puede sorprender, pero se encuentra ampliamente justificada, ya que el análisis sobre el carácter de autárquico de una comunidad política y consiguientemente de la potestad que la rige tiene su prueba decisiva en si ellas incluyen o no el derecho de declarar la guerra. El párrafo se cierra con un corolario sobre la naturaleza no integrada de la comunidad internacional.

Es en la segunda parte en la que se encuentran los aspectos más medulares del concepto de poder político. Partiendo de las conclusiones anteriores se estudia el principio *superiorem non recognoscens* como nota propia de la potestad política, y sus relaciones con la noción moderna de soberanía. Pero de esto no hablo más puesto que a continuación el mismo autor desarrollará este tópico.

El segundo capítulo aborda la cuestión de “La legitimidad del poder político”. Se subdivide en dos partes. La primera está dedicada al estudio de las fuentes del pensamiento de Vitoria y especialmente de Suárez, por lo que se presenta la tematización aristotélica de la cuestión, y luego se pasa a la de Santo Tomás.

La segunda parte del capítulo se dedica a estudiar el tema de la legitimidad en la obra de Suárez; allí aparecen claramente resaltados los aspectos que muestran la continuidad de las tesis del autor mencionado con las grandes líneas aristotélicas y tomistas, el especial tratamiento del tema de la tiranía como ejemplo de ilegitimidad y finalmente se muestran algunos aspectos en los que la impronta voluntarista de Suárez lo alejan de la línea central de la tradición.

El tercer capítulo es claramente el cierre de la obra y, a mi modo de ver, aquél en el que el libro cobra una acuciante actualidad. Se titula “Poder político y orden internacional”. También éste se divide en dos partes. La primera resulta a mi modo de ver la medular, ya que lo estudiado en los capítulos anteriores va a servir de fundamento a la tesis central de Castaño. Se denomina “La politicidad natural aristotélica como fundamento del orden internacional en Suárez” y se subdivide en tres partes. La primera estudia “La tesis de la natural politicidad ante el nacimiento de la modernidad” y trata tres cuestiones: en la primera analiza la circunstancia histórica, en la que se destacan dos temas centrales en las disquisiciones de la segunda escolástica: lo que con precisión inigualable don

Rubén Calderón Bouchet llamó la ruptura del sistema religioso en el siglo XVI, esto es, el impacto de la reforma protestante que volvió imposible la idea de una Cristiandad que abarcase a todos los estados cristianos y la consiguiente necesidad de refundar algún tipo de sistema de convivencia entre estados católicos y protestantes, por una parte; y el descubrimiento de América, por otra, con la aparición de nuevos problemas que podemos resumir en la cuestión de los justos títulos. La segunda cuestión a tratar es el fundamento teórico en el aristotelismo clásico, el cual puede encontrarse tanto en Vitoria como en Suárez; y, por último, la virtualidad de los principios aristotélicos en el plano jurídico internacional. En suma, Castaño nos muestra con rigor y precisión cómo los nuevos desafíos son abordados por los dos autores mencionados basándose claramente en las tesis jurídico-políticas clásicas.

La segunda parte de este tercer capítulo se titula “El contexto doctrinal de Suárez. Politicidad natural y rechazo del estado mundial en la escolástica del Siglo de Oro: Juan de Mariana y Domingo de Soto”. En ella queda claramente demostrado el rechazo unánime por parte de los autores mencionados de la idea de un “estado mundial”. El tercer subpárrafo lleva por título “La comunidad política como fundamento del orden internacional en Francisco Suárez”. Es una suerte de síntesis conclusiva, no sólo del párrafo sino a mi modo de ver de todo el libro. Apoyándose en los desarrollos anteriores, se va a demostrar que la tesis que afirma la independencia de la comunidad política como piedra basal del orden internacional es una conclusión insoslayable a la que se arriba desde las premisas expuestas, y que, *contrario sensu*, su negación implica negar la prelación ontológica de la comunidad política sobre la potestad, o la necesidad o naturalidad de la política.

El último párrafo está dedicado a “La doctrina de Vitoria sobre la guerra justa”. Confieso que luego de una primera lectura, la segunda parte de este último capítulo me pareció dislocada del resto. Sin embargo, en la segunda advertí su pertinencia. En efecto, Castaño, ya desde el primer capítulo advierte que la prueba decisiva de la existencia de una potestad política plena es la capacidad para declarar la guerra por sí. Las citas de los autores en la materia son unánimes desde Santo Tomás en adelante y de esta manera la tematización de la “guerra justa” se convierte en un elemento central del libro.

#### IV. OPORTUNIDAD DEL LIBRO

Hace apenas unas semanas los lectores de informativos electrónicos tomamos conocimiento de un documento emanado del Consejo Pontificio Justicia y Paz que, frente a la crisis económica que afecta a Europa en especial, proponía una suerte de “gobierno mundial”. Afortunadamente días después el mismo resultó al menos parcialmente desautorizado por otra alta instancia romana. Pero queda en pie y a nadie se le escapa que para el pensamiento único del mundo posmoderno, la idea resulta recurrente.

No es éste el espacio para disputar sobre su conveniencia u oportunidad, pero dicho debate no debería darse sin la consideración previa de la cuestión en sede científica. ¿Es algo bueno, deseable, conforme a la recta concepción del orden político? Y éste sí es el lugar para ese debate. Y el libro de Castaño hace un aporte

valiosísimo al mismo, al rastrear en dos autores fundamentales de la segunda escolástica –y, como vimos, no solo en ellos– la discusión y sus aportes a la cuestión. La elección de Vitoria y Suárez me parece clave por dos razones. La primera es que los mismos, pese a la distancia en el tiempo, se inscriben –cronológicamente al menos– en los tiempos modernos, pues han tenido que afrontar la cuestión de cómo organizar un orden internacional en épocas en que el recurso a la autoridad pontificia y a la del imperio no podían ser la respuesta por la sencilla razón de que eran parte del problema. La segunda porque siempre en tiempos de crisis –y los nuestros vaya si lo son– conviene volver la mirada a la tradición para no encandilarse con espejismos. Suárez y Vitoria además nos brindan la respuesta a otra cuestión. La oposición a la existencia de un gobierno mundial ¿es *per se* o *per accidens*? Me explico: ¿la misma es consecuencia de la deriva anticristiana que exhibe cada vez más el actual proceso de “globalización”?; ¿o por el contrario se funda en la naturaleza de la comunidad política, en su autarquía como nota propia y esencial? El libro –y los autores citados– se inscriben claramente en la segunda respuesta.

Otra cuestión que Castaño resuelve magistralmente es la de la autoridad imperial. Y de nuevo aquí la elección de Vitoria y Suárez aparece como pertinente en grado sumo. El primero, contemporáneo de Carlos V, y el segundo, de Felipe II. En ambos autores aparece la tesis de la inclusión de las comunidades políticas dentro del Imperio. Y Castaño –ahondando hasta la metafísica– demuestra cómo dicha supremacía resulta solamente de honor, y cómo ninguno le reconoce una verdadera potestad política.

## V. OTRAS DOS CUESTIONES

Como toda obra verdaderamente científica, al tiempo que hace avanzar el conocimiento deja planteadas otras cuestiones. En lo personal la lectura de la obra que presentamos me deja dos inquietudes. Primero la naturaleza de la denominada “comunidad internacional”. ¿Es realmente una “comunidad”? ¿Estamos realmente ante un “grupo social”? Si la respuesta es positiva, ¿cuál es su naturaleza? ¿O será sólo un “agregado social” cuya misión se reduce a mantener un “orden público internacional” sin buscar un fin perfectivo del hombre? La segunda cuestión es consecuencia de la primera: ¿qué es el “derecho internacional público”? ¿Cómo se aviene con él la tesis de la “politicidad del derecho?”. Esperemos que otro libro Castaño nos lo aclare.

LUIS E. ROLDÁN\*

---

\*El presente texto corresponde a la disertación del profesor Luis E. Rolán (Pontificia Universidad Católica Argentina - Universidad Nacional de La Matanza; ex Subsecretario de Estado de Culto) en la presentación del libro *Interpretación del poder en Vitoria y Suárez*, que obtuvo lugar en la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires el 23 de noviembre de 2011. La presentación fue presidida por el Académico profesor Roberto Walton, y estuvo a cargo de un panel integrado por los profesores Raúl Madrid (Pontificia Universidad Católica de Chile), Laura Corso de Estrada (CONICET), el profesor Roldán y el autor del libro.

I. CHILE

*Actualidad Jurídica* – Universidad del Desarrollo, N° 24/2011.

De interés, La mujer en el trabajo y la familia: roles en conflicto (C. Halpern); Aplicación de los principios de tipicidad, culpabilidad y proporcionalidad en la infracción administrativa (E. Alcalde); La participación ciudadana y el derecho de asociación en la ley 20.500, de 2011 (H. Rosende – N. Enteiche); ¿Tiene sentido regular constitucionalmente materias como la familia y los elementos constitutivos del matrimonio? (I. Covarrubias); Libertad moderna y divinización del Estado constitucional: las dos caras del pensamiento político de Hegel (J. Alvear); Inconstitucionalidad del artículo 227 del Código Procesal Penal: un atentado al debido proceso (A. Leiva), y Embalse Pitama, jurisprudencia de daño ambiental (C. Boettiger).

---

*Revista Chilena de Derecho* – Universidad Católica de Chile, Vol. 38, N° 1 -2011.

De interés, El Tribunal Constitucional y el uso de “tests”: una metodología necesaria para fortalecer la revisión judicial económica (J. García G.); La proporcionalidad de la pena a la luz de la Octava Enmienda. Comentario a Corte Suprema de EE.UU., 17.5.2010, *Graham v/Florida*, 560 US.2010 (G. Candia – M.Schlack), y Levantamiento del velo corporativo. Sentencia de la Corte Suprema 2.6.2009 (I. Urbina).

---

*Revista de Derecho* – Universidad Católica de la Santísima Concepción, N° 23/2011-1.

Destacamos, La jurisprudencia sobre el derecho del mar: desarrollos recientes (M. Peña Torres); Genealogía del proceso ¿fines públicos o privados? (R. Marcial), Formas de reparación del daño (E. Llamas); Anticoncepción, moral y derecho (M. Silva Abbott), e Igualdad, en especial ante la ley en el Tribunal Constitucional (F. Saenger).

---

*Revista de Derecho* – Universidad Católica de Valparaíso, Vol. XXXVI-2011.

Destacamos Ordenamiento territorial, justicia ambiental y zonas costeras (E. Cordero Q.); La aplicación del principio de proporcionalidad en orden a juzgar

sobre la licitud o ilicitud de una restricción a los derechos fundamentales (I. Díaz); La participación ciudadana en el procedimiento de evaluación de impacto ambiental y las reformas introducidas por la ley 20.147 (C. Mirocevic); Discrecionalidad del Ministerio Público y objeto del juicio abreviado (M. Rodríguez); La administración de justicia como un bien jurídico (J. Wilenmann), y El protagonismo político del Poder Judicial entre 1965 y 1973 (A. Amunátegui).

---

*Revista de Derecho y Ciencias Penales* – Universidad San Sebastián, N° 16/2011.

De interés, Los derechos humanos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (J. L. Cea); Reflexiones iniciales sobre la Ley 20.500, de asociación y participación ciudadana en la gestión pública (C. Céspedes); La metodología de la regulación. Una lectura francesa aplicada al derecho comparado (L. Villablanca); Teorías absolutas de la pena, origen y fundamentos, conceptos y críticas fundamentales (M. Durán), e Imprescriptibilidad de la acción civil por comisión de delitos de lesa humanidad, comentario a Corte Suprema 8.4.2010 (C. Céspedes).

---

*Ius et Praxis* – Universidad de Talca, Año 16, N°s. 1 y 2/2010 y Año 17, N° 1/2011.

Del N° 1/2010, Las acciones constitucionales de protección en Chile y de amparo en México (H. Nogueira), y Una relectura de la patria potestad como función tuitiva sobre la persona y bienes de los hijos (M. S. Rodríguez). Del N° 2/2010, Intereses y derechos en colisión sobre la identidad del progenitor biológico: los supuestos de la madre soltera y del donante de gametos (H. Corral), y La posición de los tratados internacionales en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico chileno a la luz del derecho positivo (E. Aldunate). Del N° 1/2011, La interpretación jurisprudencial extensiva a los verbos rectores de la *lex aquilia de damno* (C. Aedo).

---

*Revista de Derecho Público* – Universidad de Chile, Vol. 73/2011.

De interés, La mediación en el derecho administrativo (J. Rodríguez Arana); La eventual recepción de fórmulas participativas en Chile: particularidades y desafíos (F. Soto B.); Derecho administrativo y administración militar en Chile (R. Huidobro), y Acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 169 del Código Sanitario (C. Moraga).

---

*Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* – Universidad Católica de Valparaíso, Vol. XXXII/2010.

De interés, Las “gentes” y la propiedad colectiva (C. Amunátegui); El concepto de res publicae (J. D. Terrazas); Dialéctica y retórica en los “Tópicos” de Cicerón (A. Guzmán B.); El proceso en contra de Tomás Moro (H. Corral), La institución de la justicia de paz (I. Sanjurjo de D.), y La criminalidad en Chile durante el período indiano (A. Monteverde).

---

*Intus-legere* – Universidad Adolfo Ibáñez/Valparaíso, Año 2010, Vol. 4, N° 1.

Destacamos, El concepto de virtud moral en el Alto Medioevo (F. Martín de B.), y Orden natural y orden político en la filosofía política de M. T. Cicerón (J. R. Pierpauli).

---

*Cuadernos de Extensión Jurídica* – Universidad de los Andes, N° 21/2011.

Dedicados a la prescripción extintiva, de interés para el derecho público la prescripción extintiva de las acciones indemnizatorias en el contrato de concesiones de obra pública (H. Corral), en la ley de protección al consumidor (J. I. Contardo), en la ley sobre libre competencia (C. González) y en las sanciones sanitarias (J. C. Flores); también en materias civil (J. Wahl, J. P. Vergara y F. Elorriaga), laboral (J. Varela) y penal (G. Balmaceda).

---

*Revista de Historia del Derecho* – Universidad de Chile, N° 22/2010.

Dedicada en honor al Profesor *Bernardino Bravo Lira*, con ocasión de haber obtenido el Premio Nacional de Historia 2010, estos dos tomos comprenden 76 trabajos (37 el primero y 39 el segundo) divididos en ocho secciones. Ante la imposibilidad de mencionar todos los que se destacan, indicamos sólo aquellos de mayor interés para el derecho público en sus aspectos históricos. Referentes al *derecho romano*, “*Spes animantis*”: la protección del feto en el derecho romano clásico (F. Samper), “*Peculium*” y el problema de la persona jurídica en el derecho romano (A. Radokvas), El ejemplo de los romanos (F. Cuenca); a la *historia de los derechos europeos*, Legislación y actividad judicial en los concilios de Enrique II de Inglaterra, 1154-1189 (J. M. Cerda), El factor religioso en el proceso de construcción de la Unión Europea: del tratado constitucional al tratado de Lisboa (R. M.

Martínez de Codes), Renacimiento medieval y “salus animarum” (E. Montanos); a la *historia del derecho español*, Privados, validos y primeros ministros en la monarquía española del antiguo régimen (J. A. Escudero); a *historia del derecho indiano*, Felipe II y las instituciones jurídicas en el reino de Chile (E. Andrades), Justicia para gobernar el nuevo mundo (A. E. López), La invención del derecho indiano: las raíces cosmopolitanas de la disciplina (H. Pihlajamaki), La Real Audiencia de Lima, el virrey y la resolución de apelaciones contra actos de gobierno (J. de la Puente), La nobleza incaica en el derecho indiano (F. de Trazeguiés); a *historia del derecho iberoamericano*, La influencia de la legislación municipal boliviana en Antofagasta 1879-1888, un capítulo desconocido en la historia del derecho público chileno (J. A. González), “Bernardino Bravo con Fisco”, apuntes sobre la evolución histórica de la responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado (C. Román), La desamortización de los bienes de los regulares en Chile: la primera discusión jurídica del derecho patrio sobre la naturaleza y alcance del dominio (F. Westermayer); en *codificación y constitucionalismo*, Racionalismo y constitucionalismo en Latinoamérica (M. Ayuso-J. F. Segovia), Notas sobre la evolución histórica del control de constitucionalidad de las leyes (E. Navarro) y La crisis de lo divino y el laicismo (D. Negro Pavón); a *historiografía*, Filosofía e historia del derecho, espacios para el encuentro (A. Botero), y a *enseñanza del derecho e historia universitaria*, Una luz desde las entrañas mismas de la conquista, la Universidad de Córdoba y la enseñanza del derecho (M. Aspell), La academia de jurisprudencia teórico-práctica en México, 1811.1876 (M. del R. González) y Léxico jurídico y enseñanza del Derecho en la Real Academia Carolina de Practicantes Juristas de Charcas (J. M. Mariluz Urquijo).

## II. EXTRANJERO

*Revista de Derecho* – Universidad de Montevideo/Uruguay, N° 19/ 2011.

De interés, Mediación penal como forma alternativa de resolución de conflictos: la construcción de un sistema penal sin jueces (P. Galain); El principio de legalidad en el ámbito penitenciario (R. Mata), y Principios generales de la deontología jurídica (Uriarte, Lavista y Lanza).

---

*Revista de la Facultad de Derecho* – Universidad de la República/Uruguay, N° 30/2011.

Dedicada a conmemorar los 100 años del nacimiento del profesor Enrique Sayagués Laso, trágicamente asesinado en 1965 en su bufete de abogado, de interés El humanismo de un docente jurista (M. Brito); El derecho administrativo 50 años después de la obra de E. Sayagués Laso (C. E. Delpiazzo); Actualidad y permanencia del “Tratado de derecho administrativo” de E. Sayagués Laso (D. H.



Martins); Enrique Sayagués Laso, asesor letrado (F. Rotondo); Discrecionalidad y desviación de poder (D. Artecona); Limitaciones a la revocación de un acto administrativo firme por razones de legitimidad en Alemania y Uruguay (A. Durán Martínez); Los delitos de lesa humanidad (J. L. González); La corrupción y su alcance (M. Malet); Estado de Derecho y Administración Pública (M. Saettone); La teoría de la responsabilidad del Estado por omisión legislativa y el artículo 332 de la Constitución (L. Sánchez), y Posición jurídica del particular frente a la Administración (M. C. Vázquez).

---

*Revista Jurídica de Mar del Plata* – Universidad Fasta/Argentina, N° 4/2005-2006.

De interés, El jefe de gabinete, posición orgánica de la jerarquía administrativa y relaciones de jerarquía (C. Druck); Derechos humanos y salud pública en la pandemia del VIH7 sida (M. I. Pérez); La politicidad natural, concepto y derrotero doctrinal; algunas de sus consecuencias en la praxis política, jurídica y económica (S. R. Castaño), y Libertad de prensa, consideración axiológica (H. H. Hernández).

---

*Revista de la Facultad de Derecho* – Universidad de Rosario, N°s. 17/18, 2005/2006.

Destacamos, La certeza del derecho en la edad de la incertidumbre (G. Alpa), y ¿Cuál es el rol de la dignidad humana en el bioderecho internacional? A propósito de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de 2005 (R. Andorno).

---

*Ius Canonicum* – Universidad de Navarra/España, Vol. 51/2011, N° 101.

De interés, Derecho canónico y codificación. Alcance y límites de la asunción de una técnica (N. Alvarez); El derecho a cambiar de religión, consecuencias jurídicas de la pertenencia y disidencia religiosa en el derecho comparado (A. M. Vega), y Crónica de derecho canónico 2010 (J. Sedano).

---

*Icade* – Universidad de Comillas/Madrid, N°s. 83/84/2001.

Del volumen especial para el cincuentenario de la revista destacamos Convención de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad y proceso de in-

capacitación (A. Fernández de Bujanda); Daño resarcible y principio general en materia de reparación (F. Fernández de B.); Aspectos controvertidos de la estructura dogmática de la infracción penal (J. Gómez – A. Obregón); Orden internacional, estado de derecho y comisiones internacionales (F. Jiménez); Intervención pública en la protección de los menores y respecto a la vida de familia: aportaciones del Tribunal de Estrasburgo (I. E. Lázaro), y La necesaria formación de los juristas en el derecho internacional público (S. De Tomás).

---

*Revista de Derecho Público* – Universidad Nacional de Educación a Distancia, N<sup>o</sup>s. 79/2010, 81 y 82/2011.

Del N<sup>o</sup> 79, de interés La postulación y los derechos a la tutela y de defensa: la confidencialidad de las relaciones con el abogado defensor y sus límites (I. López-Barajas); Las declinaciones de la subsidiariedad en el derecho italiano (A. D'Atena) y Detención, garantías esenciales y estado de derecho en la jurisprudencia del TEDH (A. Salinas de Frías). Del N<sup>o</sup> 80, ¿Leyes interpretativas inconstitucionales? (F. Santaolalla); Protección constitucional a las personas vulnerables y nuevos derechos (M. A. Alegre), y Los derechos sociales de los extranjeros en Italia: un análisis comparado con España (M. Gioiosa). Del N<sup>o</sup> 81, Requiem para el mandato representativo (A. Torres del Moral); Redes sociales on line: aplicación de las Directivas de protección de datos y privacidad de las comunicaciones electrónicas (R. M. García Sanz); ¿Inviolabilidad o intimidad domiciliaria? A propósito de la jurisprudencia constitucional sobre el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio (M. Navas), y Los conflictos entre libertades económicas y derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (J. Sarrión).



## 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
Familia, matrimonio y vida	2010 (276 pp.)	Del Río Alba, Corral Talciani, Gómez de Pedro, Martín, Besio 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









