



Universidad del Desarrollo

Facultad de Derecho

DERECHO PÚBLICO IBEROAMERICANO
REVISTA DEL CENTRO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Derecho Público Iberoamericano
Revista del Centro de Justicia Constitucional
Facultad de Derecho. Universidad del Desarrollo

DIRECTOR
Dr. Julio Alvear Téllez

SUBDIRECTOR
Dr. Eduardo Andrades Rivas

SECRETARIA DE REDACCIÓN
Dra. Vanessa Cisterna Rojas

COORDINADOR
Mg. Gaspar Jenkins Peña y Lillo

CONSEJO CIENTÍFICO
Derecho Público Iberoamericano

Es una publicación semestral que se edita en abril y octubre de cada año.
Los trabajos científicos son sometidos al proceso de arbitraje ciego externo.

Prof. Dr. Danilo Castellano Università di Udine (Italia)	Prof. Dr. Santiago Legarre Universidad Católica de Argentina (Argentina)
Prof. Dr. Gilles Dumont Université de Nantes (Francia)	Prof. Dr. Agustín Squella Narducci Universidad de Valparaíso (Chile)
Prof. Dra. Consuelo Martínez-Sicluna Universidad Complutense de Madrid (España)	Prof. Dr. Javier Couso Universidad Diego Portales (Chile)
Prof. Dr. Miguel Ayuso Universidad Pontificia de Comillas (España)	Prof. Dr. José Ignacio Martínez Universidad de Los Andes (Chile)
Prof. Dr. Carlos Pereira Menaut Universidad de Santiago de Compostela (España)	Prof. Dr. José Manuel Díaz de Valdés Universidad del Desarrollo (Chile)
Prof. Dr. Santiago Sánchez González Universidad Nacional de Educación a Distancia (España)	Prof. Dr. Carlos Salinas Araneda Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Chile)
Prof. Dra. Myriam Hoyos Castañeda Universidad de la Sabana (Colombia)	

REPRESENTANTE LEGAL
Sr. Federico Valdés Lafontaine

VERSIÓN IMPRESA: ISSN 0719-2959
VERSIÓN ONLINE: ISSN 0719-5354

Índices y bases de datos internacionales: Latindex (Catálogo) – VLex – Dialnet

Ediciones de la Universidad del Desarrollo
Avenida La Plaza 680, San Carlos de Apoquindo, Las Condes. Región Metropolitana, Chile
Teléfono: (56 2) 2327 9110 - Correo electrónico: rdpi@udd.cl

DERECHO PÚBLICO IBEROAMERICANO
REVISTA DEL CENTRO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL
AÑO XIV • N.º 27 • OCTUBRE DE 2025
ISSN 0719-2959

PRESENTACIÓN

7

ESTUDIOS

DERECHOS FUNDAMENTALES

Jesús Alcanda Vergara

Otra historia de los montes españoles

13

Javier Fernández Sandoval

La evolución posmoderna de los “derechos humanos”

45

Carlos Isler Soto

Evaluación crítica del magisterio del papa Francisco
sobre la pena de muerte

79

FUERZAS ARMADAS Y CONTRALORÍA

Gonzalo Carrasco Astudillo

La paralización del mecanismo de financiamiento
de las capacidades estratégicas de la defensa
mediante la Ley de Presupuesto

153

Cristian Román Codero

La *desalineación* entre las jurisprudencias judicial y administrativas:
solución y formas de concreción

(Estudio a partir del dictamen n.º E561358-2024
de la Contraloría General de la República)

191

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

Rodrigo Cespedes
Vicios redhibitorios y superstición:
el caso Stambovsky
(1990)
223

RECENSIONES

Gustavo Garduño Domínguez
Los nuevos derecho humanos: la última degradación del hombre
de Julio Alvear Téllez
233

NORMAS EDITORIALES
E
INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES
241

PRESENTACIÓN

Derecho Público Iberoamericano presenta su vigésimo séptimo número. En esta ocasión hemos reunido importantes colaboraciones de especialistas chilenos, españoles y mexicanos.

Distribuimos los estudios científicos en dos áreas: Derechos fundamentales y Fuerzas Armadas y Contraloría.

En el ámbito de los “derechos fundamentales” ofrecemos un artículo del académico español Jesús Alcanda Vergara sobre la peculiar continuidad de los fundamentos jurídicos de la política española de montes desde mediados del siglo XVIII hasta principios del siglo XXI. En él se denota un régimen de propiedad característico del antiguo régimen, alternativa al sistema individualista impuesto por la codificación napoleónica en Europa. Un segundo trabajo es de autoría del también académico hispano Javier Fernández Sandoval. Se titula “La evolución posmoderna de los derechos humanos” y aborda el desenvolvimiento conceptual y práctico de esta categoría, en la clave de la disolución del orden político clásico, la desnaturalización del derecho como criterio de justicia, y la transformación del Estado en un mero ejecutor de pretensiones individuales.

Un tercer artículo corre por cuenta de Carlos Isler Soto, donde examina la difícil cuestión de la legitimidad de la pena de muerte, centrándose en un análisis crítico de la novel doctrina de Francisco, que parece cambiar el magisterio jurídico de la Iglesia en la materia.

En el área de las “Fuerzas Armadas y Contraloría” se ofrecen dos colaboraciones. La primera pertenece al académico Gonzalo Carrasco Astudillo y trata de la paralización del mecanismo de financiamiento de las capacidades estratégicas de la defensa nacional, en virtud de las leyes de presupuesto que han sustituido el régimen de la ley reservada del cobre. La segunda colaboración proviene de la pluma de Cristian Román Cordero y trata del espinoso problema de la desalineación entre las jurisprudencias judicial y administrativa. El estudio se realiza a partir del dictamen n.º E561358-2024 de la Contraloría General de la República.

En Comentarios de jurisprudencia hemos recibido el análisis de Rodrigo Céspedes, que gira en torno al caso *Stambovsky v. Ackley* (1990), en el que se configura una sorprendente relación entre vicios redhibitorios y superstición, a propósito de la compraventa de una “casa embrujada”.

Finalmente, en las “recensiones” publicamos la reseña del académico mexicano Gustavo Garduño Domínguez sobre el libro *Los nuevos derechos humanos: la última degradación del hombre*, de reciente aparición.

Dr. Julio Alvear Téllez
Director

Estudios

Derecho Público Iberoamericano
Universidad del Desarrollo
N.º 27 | 2025

Derechos fundamentales

OTRA HISTORIA DE LOS MONTES ESPAÑOLES

ANOTHER STORY OF THE SPANISH MOUNTAINS

*Jesús Alcanda Vergara**

Resumen

Este artículo aborda los fundamentos jurídicos de la política española de montes desde mediados del siglo XVIII hasta principios del siglo XXI. Se destaca cómo el pensamiento moderno ha ido abriendo una enorme falla en la materia.

Para el lector, la amplia perspectiva histórica que se ofrece le ayudará a comprender el por qué de las tendencias fundamentales de la política actual de montes y la raíz de sus dificultades, aunque se le pueda añadir, sin duda, a esta perspectiva un sinfín de matices. La historia aquí compuesta no es contraria a otras historias de montes, tampoco las desmiente, tan solo las complementa¹.

PALABRAS CLAVE: historia, España, política de montes, comarcas de montaña.

Abstract

This article addresses the legal foundations of Spanish forestry policy from the mid-18th century to the beginning of the 21st century. It highlights how modern thinking has opened up a huge gap in this area.

For the reader, the broad historical perspective offered here will help him to understand the reasons for the fundamental trends in current forestry policy and the root of its difficulties, although a host of nuances can undoubtedly be added to this perspective. The history composed here does

* Ingeniero Técnico Forestal en la Universidad de Vigo, España. Correo electrónico: jalcanda@sacyr.com

Artículo recibido el 7 de mayo de 2025 y aceptado para su publicación el 28 de septiembre de 2025.

¹ Para efectos de este artículo, hay que considerar que comarcas de montaña equivale a terrenos por encima de los 750-850 m de altitud, aproximadamente.

not contradict other forestry histories, it does not contradict them, it only complements them.

KEYWORDS: history, Spain, policy of forestry sector, mountain regions.

*Siglo XVIII:
los montes para la restauración
de la marina real española*

El nuevo Estado Moderno² instaurado en Francia va a hacerse notar en España con la llegada de los Borbones a la Corona española a principios de siglo XVIII, pues los nuevos miembros de la corte van a ir introduciendo, a trazos, un despotismo ministerial nada compatible ni con la política de fueros de la monarquía tradicional hispánica, ni con las costumbres institucionales españolas; no en vano, el primer borbón en España, Felipe V, era nieto de Luis XIV de Francia, maestro de maestros sembradores del despotismo ilustrado³.

Con el cambio de reinado al fallecimiento de Felipe V, y aprovechando la bisonñez del nuevo rey, Fernando VI, los sastrecillos del despotismo ministerial lanzan en 1748 la Real Ordenanza de Montes de la Marina de 31 de enero, que afectaría a las vidas y haciendas de los pobladores de las cuencas hidrográficas que, cercanas a las costas, podían abastecer de madera los puertos astilleros de la Marina Real⁴. Esta ordenanza es un trasunto de la Ordenanza Francesa de Aguas y Bosques de 1669, impulsada por su ministro Jean-Baptiste Colbert, que afectaba a todos los bosques franceses y tenía entre sus fines suministrar madera a la Marina Real francesa. Así, la Real Ordenanza de Montes de la Marina de 1748 es una clara importación de los usos e ideologías del nuevo Estado Moderno que se iba conformando en Francia al socaire del pensamiento de Nicolás Maquiavelo, Jean Bodin, Thomas Hobbes, entre otros.

Con el pretexto de la restauración de la potencia naval de España, se aprueba esta ordenanza de 1748 que procura a la Marina de la Corona española un abastecimiento continuo de madera a través de la incautación

² Moderno, en todo el artículo, se empleará en el sentido teórico, no cronológico.

³ Juan Luis CASTELLANO, *Gobierno y poder en la España del siglo XVIII*, *passim*

⁴ *Ordenanza, que su magestad, (dios le guarde) manda observar para la cria, conservacion, plantios, y cortas de los montes, con especialidad los que están inmediatos a la mar, y rios navegables: methodo, y reglas, que deben seguir los intendentes de marina, establecidos en los tres departamentos de Cadiz, Ferról, y Cartagena. Expedida en 31 de Enero de 1748.*

del vuelo de muchos montes arbolados del común de vecinos situados en esas cuencas de los puertos astilleros⁵.

De tal modo, esta Real Ordenanza de Montes impone, en primera instancia, una complicada burocracia y una red de nuevos funcionarios rurales cuyos salarios iban a alimentarse de las multas a los paisanos, que, como es natural, iban a resistirse a una requisa de bienes que ni entendían ni podían tolerar^{6, 7}.



Los montes afectados por esta ordenanza estaban muy lejos de los tribunales y centros de gobierno, y no estaban dotados para la marea de litigios, delitos y crímenes que la ilustrada ordenanza iba a generar. Todo lo contrario, la reacción de los vecinos afectados fue ninguneada hasta extremos vergonzantes, y esta dejación facilitó la formación de una trama nefasta de corrupción, extorsiones y abusos que, como no podía ser de otra manera, provocaron una inflación de los precios de las maderas, leñas, pastos, en los montes de la Marina y en el área de influencia, porque los abusos y la codicia llevaron a los funcionarios a actuar, incluso, en montes no incluidos en la real ordenanza y, por tanto, fuera de la jurisdicción de la misma. Toda esta acu-

mulación de atropellos iba a ser denunciada en las Cortes Generales de fines de 1789, a pesar de no estar incluidas en el orden del día de esa convocatoria de Cortes, donde diputados de varias provincias, liderados por el diputado de la provincia de Cuenca, elevaron a las Cortes un extenso elenco de quejas, abusos, injusticias y mal trato a los bosques y a los paisanos que los cuidaban, demostrando las fatales consecuencias sobre los precios de la madera que se habían disparado⁸.

⁵ Gaspar Melchor de JOVELLANOS, *Informe sobre la Ley Agraria*, p. 93.

⁶ Emilio DE LA CRUZ, *La destrucción de los montes*, p. 89.

⁷ Juan DE LA CRUZ MARTÍNEZ, *Estudios sobre el ramo de montes arbolados en España...*; Antonio PONZ, *Viage de España (1787-1793)*.

⁸ AA.VV., *Colección de documentos inéditos para la Historia de España (CODAIN)*, tomo XVII, pp. 253-255, 309-310, 312-326.

La desidia que la aplicación de la real ordenanza había provocado sobre la población montana era tal que se tuvieron que publicar normas coercitivas para la extinción de incendios forestales, cuando antes era costumbre voluntaria acudir rápidamente ante cualquier conato de incendio. La oposición de la población montana a la aplicación de la real ordenanza fue tan fuerte que se tuvieron que publicar normas penales que permitían en carcelar a todo aquel vecino que se quisiera oponer a los intendentes de los bosques de la Marina Real y a su forma de aplicar la real ordenanza⁹.

La trama que generó la nueva administración no solo iba a privar a los vecinos de sus derechos seculares de aprovechamientos comunales, sino que iba a provocar una selvicultura de rapiña en las masas forestales intervenidas, que desembocaba en un notable deterioro de todos los bosques que caían en las fauces de la codicia que facilitaba la improvisada y plenipotenciaria administración rural que la Marina Real había impuesto¹⁰.

Aunque los efectos de la real ordenanza iban a ser devastadores sobre los bosques de estas cuencas tuteladas por la Marina Real, lo peor fue la instauración de un régimen de montes de saqueo de derechos montanos que se extenderá y se repetirá sin solución de continuidad hasta hoy (como se irá viendo a lo largo del presente artículo), amén de causar un sempiterno desinterés de los vecinos por sus montes, germen de todos los males posteriores en las comarcas de montaña¹¹.

Los efectos directos de este saqueo de montes comunales y *vecinales* por la instauración de un despotismo ministerial a través de esta real ordenanza se hicieron notar hasta 1833, momento en el que fue derogada del todo con la publicación de las (Nuevas) Ordenanzas Generales de Montes de ese mismo año de 1833¹². Antes, la Real Ordenanza de Montes de la Marina ya había sido derogada de modo parcial en 1812, fruto de la interminable acumulación de protestas y manifestaciones ante las Cortes Generales de 1789 elevadas por los distintos cargos oficiales que recogieron la avalancha de quejas de los vecinos afectados¹³. También procuradores, diputados provinciales, corregidores, regidores, alcaldes, presidentes de Hermandades, etc., presentaron ante los consejos y las juntas similares quejas que hicieron oír su voz contra esta ordenanza y sus consecuencias, como bien resume y relata José Vicente Vázquez de Figueroa, el que fue ministro español de Mari-

⁹ Alfredo José MARTÍNEZ, “La elaboración de la Ordenanza de Montes de Marina, de 31 de enero de 1748, base de la política oceánica de la monarquía española durante el siglo XVIII”, pp. 571-602.

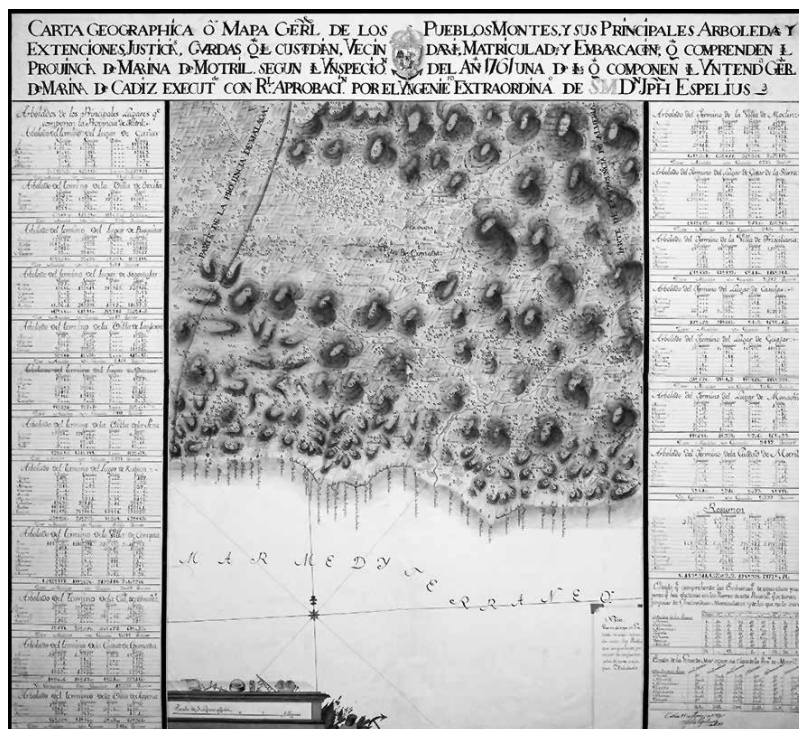
¹⁰ AA.VV., *op. cit.*

¹¹ DE LA CRUZ, *op. cit.*

¹² *Op. cit.*, p. 138.

¹³ AA.VV., *op. cit.*

na, en su discurso ante las Cortes Generales del día 5 de octubre de 1811, donde se opone totalmente a la Real Ordenanza de los Montes de la Marina de 1748: rechaza el texto, su aplicación y sus terribles efectos sobre los montes y sus nefastas consecuencias económicas sobre vecinos y municipios¹⁴. Este discurso se incluyó en una memoria que lleva el mismo nombre que el discurso y sobre el que la Comisión de Agricultura dictaminará que la real ordenanza “...por desgracia ha producido el efecto contrario del que propusieron sus autores”¹⁵.



No se ha mencionado en este apartado el papel que tuvo la real ordenanza de 7 de diciembre de 1748, “Ordenanza General de Montes, para el Aumento de Montes y Plantíos”, publicada once meses después de la primera. La razón de no insistir en los efectos de esta ordenanza es que se trata de una norma de análoga filosofía que la Real Ordenanza de Montes de la Marina (31 de enero de 1748), y que afectó al resto de montes no incluidos en los “Montes de la Marina”, pero que no contaba con un entramado de funcionarios al servicio de la ordenanza y, por tanto, su eficacia de

¹⁴ José VÁZQUEZ DE FIGUEROA, “Memoria sobre la ordenanza de matriculas y reglamentos de montes leída ante las cortes el 5 de octubre de 1811”, p. 126.

¹⁵ CORTES GENERALES Y EXTRAORDINARIAS, *Diario de sesiones*, p. 1995.

incautación de derechos o bienes era limitada; lo montes maderables bajo esta segunda ordenanza quedaban demasiado lejos de los puertos de la Marina Real, por cuya razón no fueron objetivo principal en el suministro de madera para los barcos de la Marina Real. De tal forma, sus efectos no fueron tan dañinos como los de la R.O. de 31 de enero de 1748, y su aplicación no alcanzó el rigor de la Ordenanza de Montes de la Marina, aunque sí consolidaba una política ciega de imposiciones ministeriales que relegaba los derechos tradicionales de usos y disfrutes en el monte español.

También es importante señalar que la Real Ordenanza de Montes de la Marina tuvo una nueva edición en 1803 (Real Ordenanza de 27 de agosto

REAL ORDENANZA

PARA EL GOBIERNO

DE LOS MONTES Y ARBOLADOS

DE LA

JURISDICCIÓN DE MARINA.



MADRID EN LA IMPRENTA REAL
AÑO DE 1803.

de 1803), y que, haciendo caso omiso a todas las quejas y abusos que se presentaron en las Cortes, esta nueva ordenanza supuso una vuelta de tuerca respecto de su madrastra de 1748, en el sentido de empeorar los perjuicios a vecinos y municipios, sobre todo a los de la provincia de Cuenca, cuyo procurador llevó la voz cantante en las protestas ante las Cortes Generales de 1789, lo que le valió la inquina de los funcionarios del Ministerio de la Marina, cuya venganza bien plasmaron en esta nueva real ordenanza de 1803. Un ejemplo muy representativo del vergonzante “despotismo ministerial” impulsado por las corrientes de “la Ilustración” que no harían más que crecer con el nuevo siglo entrante (XIX)¹⁶.

Siglo XIX: la desamortización y los beneficios cosmológicos de los montes

La derogación de la real ordenanza de 1748 por las nuevas Ordenanzas Generales de Montes de 1833¹⁷ como es lógico no pudo hacer desaparecer la

¹⁶ DE LA CRUZ, *op. cit.*, pp. 120-125.

¹⁷ *Op. cit.*, p. 138.

magna legión de intereses económicos, profesionales y de empleos que había originado durante sus ochenta y cinco largos años de vigencia y, con ello, perduró la inercia del saqueo y del abuso de esta nueva y despótica administración de montes, acrecentándose el desinterés de la inmensa mayoría de los vecinos por ellos.

Si el paisaje que dejó la aplicación de la Real Ordenanza de Montes de la Marina fue deprimente, el siglo XIX iba a hacer sentir un arma más potente de saqueo sobre todos los montes españoles: la desamortización.

El efecto revolucionario extendido en España por las hordas napoleónicas propició una clara oportunidad de mejorar y prosperar a toda clase de advenedizos cortesanos que eran capaces de cambiarse el apellido si eso les brindaba la oportunidad de ascender en los ambientes ministeriales, como así lo hizo el político español Juan Álvarez Mendizábal, que, en realidad, era un gaditano de apellidos originales Álvarez Méndez, que los cambió oportunamente para impulsar su carrera ministerial que cursó con los apellidos Álvarez Mendizábal. De esta suerte, el impulsor definitivo de la desamortización de bienes de la Iglesia resultaba ser un político que renegaba de su origen gaditano por un inventado origen vasco, que certificó en su declaración matrimonial como nacido en Bilbao, asimilando, los prejuicios racistas de las élites paletas de principios del siglo XIX. No le fueron mal al disfrazado Mendizábal sus negocios de avituallamiento al Ejército de la Corona, más bien al contrario, pues consiguió con el tiempo unir sus intereses cortesanos como ministro, a sus intereses comerciales como empresario de negocios de avituallamiento militar¹⁸, que siempre fueron bien acompañados por el apoyo financiero de Inglaterra, que veía bien sus iniciativas liberales en la península ibérica. Sus gestiones como liberal y masón le procuraron una notable fortuna que le sirvió para elevarlo a ministro de Hacienda y a primer ministro del gobierno de España (1835-1837).

Este peculiar plutócrata tiene el dudoso honor de iniciar el definitivo proceso desamortizador en España, mediante un conjunto de decretos y reales ordenanzas que lanzó en la década del treinta del siglo XIX centrados en la desamortización de todo tipo de bienes de la Iglesia católica. El fin principal de este ministro masón fue desarbolar las estructuras eclesiásticas españolas, presentando la operación como un medio rápido y eficaz para conseguir recursos que financiaran las tropas isabelinas en la 1ª Guerra Carlista (1833-1840), con lo que volvía a unir hábilmente sus intereses comerciales con sus intereses políticos: la Corona recaudaba fondos de la venta de los bienes de la Iglesia de forma que el ministro aseguraba los cobros de su empresa de avituallamiento de los ejércitos de la Corona, a la vez que recibía los aplausos de las logias correspondientes.

¹⁸ FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE, *El marco político de la desamortización en España*.



Se inició el periodo fuerte de desamortización en 1834 con una red de normas para incautarse de los bienes de la Iglesia, para su posterior venta¹⁹, con lo cual todos los campos y los montes de los conventos, de los monasterios y de las órdenes religiosas cuyo aprovechamiento era en su mayoría en régimen comunal quedaron en manos privadas, llevando la ruina y el hambre a multitud de vecinos del común. Juan Álvarez Mendizábal le dio una doble vuelta de tuerca, con su famoso decreto de desamortización de febrero de 1836²⁰. Este decreto se aplicó con una implacable contundencia ante la acuciante necesidad de conseguir fondos para financiar a las tropas liberales (isabelinas) que retrocedían en la primera fase de la Guerra Carlista. Y, sin duda, por este método espurio de usurpación de bienes ajenos se consiguió una enorme financiación de las tropas que defendían la causa liberal, y que finalmente decantó el Convenio de Vergara pactado entre el general carlista, Rafael Maroto y el general liberal, Baldomero Espartero, con

¹⁹ Decretos y órdenes de incautación de bienes de la Iglesia en España, entre otros: Real Decreto de 26 de marzo de 1834 sobre el cierre y venta de conventos y monasterios; Real Decreto de 10 de abril de 1834 (de Reina Gobernadora Doña M^a Cristina de Borbón, regenta de la Reina Isabel II de España), sobre el traslado de eclesiásticos; Real Decreto de 22 de abril de 1834 (Reina Gobernadora Doña M^a Cristina de Borbón, regenta de la Reina Isabel II de España), sobre la creación de la Junta Eclesiástica; Real Decreto de 4 de julio de 1835 (de Reina Gobernadora Doña M^a Cristina de Borbón, regenta de la Reina Isabel II de España) suprimiendo la Compañía de Jesús; Decreto de 10 (3?) de septiembre de 1835 (restauración de ventas del trienio liberal (1820-1823)...), etc., etc., etc.

²⁰ Real Decreto de Desamortización de Bienes de la Iglesia, del Ministerio de Hacienda del Reino de España, siendo su ministro Juan Álvarez Mendizábal. Complementado con una Instrucción de 1 de marzo y una Real Orden de 8 de marzo, ambas de 1836.

el que finalizaba la guerra en el norte de España, después de que Rafael Maroto fusilara a cinco generales carlistas para poder firmar el acuerdo.

Los nuevos terratenientes generados en las compraventas de tierras eclesiásticas nunca consiguieron el respeto de la multitud de vecinos del común damnificados por las desamortizaciones, iniciándose un secular proceso de tensiones en el agro español, que acabaría desatando un colosal y eterno resentimiento entre las familias de los empobrecidos vecinos y las familias de los advenedizos plutócratas que acapararon la riqueza común de los pueblos.

No es necesario insistir en que, durante siglos, los usos y disfrutes comunales de tierras proporcionaron a los vecinos de los pueblos usufructos de leñas, pastos para sus ganados, madera para sus herramientas, carros y construcciones, cosechas de cereales, de frutales, caza, frutos de huerta, entre otros..., etc. Es decir, el sistema de disfrutes comunales proporcionaba una multitud de pequeñas rentas en especie que constituían el sustento de muchas familias, en un delicado equilibrio jurídico y económico que anclaba su legitimidad en los fueros y cartas pueblas que habían otorgado los reyes medievales y que la monarquía hispánica mantuvo durante los siglos XV, XVI y XVII.

La real ordenanza de 24 de febrero de 1838 estableció que, en aquellos “montes de la Marina” donde el Estado era solo usufructuario, pasare a ser propietario de los montes cuyos ayuntamientos no hayan podido demostrar su titularidad, para lo cual el Ministerio de Hacienda daba un cortísimo plazo, algo imposible para los predios rurales cuyo régimen de propiedad no era algo que pudieran resolver en un santiamén.

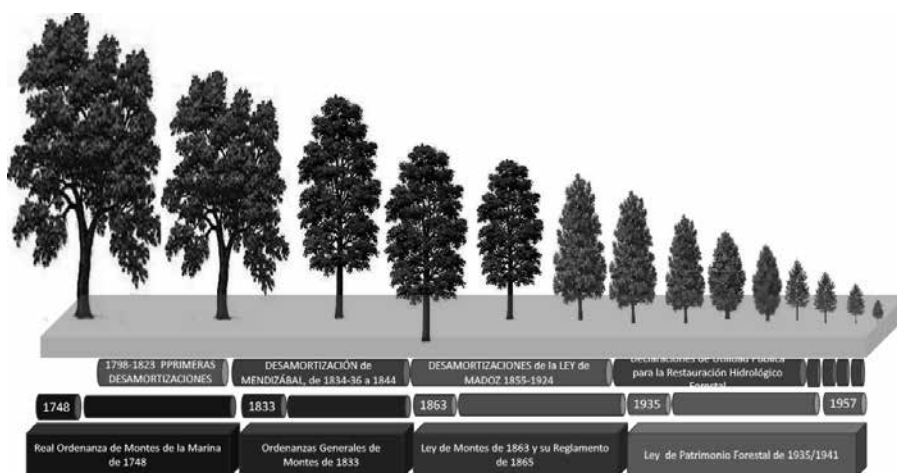
Tal orden asoló muchos derechos comunales y de servidumbres que cargaban sobre esos predios de titularidad municipal, como de igual forma ocurrió con los derechos de los vecinos de los innumerables terrenos expropiados a la Iglesia, que también contenían un secular aprovechamiento comunal. De nuevo, una ordenanza acentuaba aún más el hambre y la miseria para tanta otra gente del monte y del campo cuya base de sustento lo constituía el uso y disfrute del común.

De esta manera, la Marina Real primero incautó el vuelo del monte municipal, para que años después el Estado, mediante ardidés administrativos, se quedara, también, con el suelo del monte que durante siglos había pertenecido al municipio, perdiendo sus vecinos todo derecho de uso y disfrute común. Es decir, una usurpación de bienes y derechos municipales por capítulos, separados noventa años, para que los bisnietos que perdían el suelo del monte no se acordaran de que sus bisabuelos ya habían perdido el vuelo a manos de la misma banda de trileros²¹.

²¹ Aurelio DÍAZ, *Legislación forestal. Recopilación de las leyes, decretos y demás disposiciones oficiales vigentes relativa al ramo de montes, 1833-1880*.

La práctica habitual de los compradores de montes y dehesas de la Iglesia fue capitalizar su operación de forma inmediata, mediante las talas de bosques y dehesas adquiridos y la venta posterior de la madera originada en esas talas, con o sin venta final de las tierras adquiridas, pues estas habían sido compradas a precios de saldo en el rápido procedimiento de desamortización, que beneficiaba a amigos logreros de los desamortizadores cuando no a los propios desamortizadores, como fue el caso del ministro Juan Álvarez Mendizábal.

Entonces, en esta primera etapa desamortizadora, centenares de miles de hectáreas fueron saqueadas y destruidas, concentrándose el saqueo en predios de la Iglesia, pero que finalmente afectó, también, a infinidad de montes del común y montes de propios²², constatando un latrocinio sin precedentes al que se unieron los particulares (desamortizadores y vecinos pudientes) que aprovecharon el río revuelto para apropiarse del botín²³.



La segunda etapa desamortizadora, la realizada en 1855 por el ministro de Hacienda, Pascual Madoz, fue más devastadora porque las herramientas y los métodos del latrocinio estaban más depurados y sus aňagazas más afiladas, y ya no se iban a contentar solo con los bienes de la Iglesia, sino que sobre todo se iba a extender a los montes patrimoniales de los municipios y a los montes comunales.

En esta etapa, los 6rganos del Estado, con el pretexto de la desamortización, iniciaron una enajenación masiva de montes de propios, vendiendo parte a sus alcahuetes desamortizadores, quedándose el resto en manos del Esta-

²² Montes de propios son montes propiedad del ayuntamiento (montes patrimoniales del municipio).

²³ FRANCISCO SIMÓN, *La desamortización española en el siglo XIX*.

do. La reacción de algunos ayuntamientos fue tal que el Estado tuvo que compensarles a costa de los montes comunales, sentenciando con esto a muchos más al hambre y a la miseria, y todos aquellos que osaron oponerse dieron con sus huesos en la cárcel²⁴.

Pero si se quieren comprender los matices de este latrocinio que produjeron las desamortizaciones del siglo XIX, nada mejor que acudir al esclarecedor testimonio que Miguel de Unamuno relata en su magnífica novela *Paz en la guerra*:



PASCUAL MADDOZ E IBÁÑEZ

“...contra la gavilla de cínicos e infames especuladores, mercaderes impúdicos, tiranuelos del lugar, polizontes vendidos, que, como sapos, se hinchaban en la impúdica laguna de la expropiación de bienes de la Iglesia; los mismos que prestaban al treinta por ciento, los que les dejaron sin montes, sin dehesas..., los que se hicieron ricos comprando con cuatro cuartos y mil picardías todos los predios de la riqueza común...”²⁵.

Con esta inercia de atropellos, la Ley de Montes de 1863, pretextando unos grandilocuentes “beneficios cosmológicos de los montes” comenzó recorriendo las servidumbres y aprovechamientos que tenían por derecho los vecinos de todos los montes públicos (artículo 9.º de la Ley de Montes de 1863)²⁶, cuya aplicación desembocó en otro reguero de enfrentamientos y atropellos. La norma facilitaba y legalizaba la usurpación de los montes comunales, abriendo un sencillo proceso legal para convertirlos en montes de propios (y, por tanto, montes enajenables), empleando al Ministerio de Hacienda como cómplice en el despojo, debido a que este ministerio imponía cobros a los comunales con muy breve plazo para recurrir, cuyo incumplimiento hacía pasar el monte a propiedad del ayuntamiento, al haber anulado esta ley las servidumbres y aprovechamientos del común de vecinos.

²⁴ SIMÓN, *op. cit.*

²⁵ Miguel de UNAMUNO, *Paz en la guerra*.

²⁶ Ley de Montes de 24 de mayo de 1863.

Y este ardid se convirtió en un paso intermedio, ya que después de forzar la titularidad a favor del ayuntamiento, se dividía en lotes lo que fue del común para poderse los repartir entre los vecinos pudientes o terceros compinchados que compraban a buen precio los lotes, uniéndose todos al despojo. Este método y proceso fue una salida para muchos ayuntamientos en quiebra y animó a muchos potentados a participar en el saqueo, cuando no a la incursión de avispados terceros acostumbrados a participar en los trámites desamortizadores.

De tal manera, la pérdida patrimonial de los pueblos españoles durante las desamortizaciones la eleva el historiador Francisco Simón Segura en la nada despreciable extensión de 3 187 427 ha²⁷. Una auténtica destrucción del municipio tradicional español.

Estos *beneficios cosmológicos de los montes*, que se presentan como nuevo paradigma de la política y del derecho, fue el sintagma mágico que surgió como consecuencia de los avances técnicos proporcionados por la ciencia forestal que se producía en la recién fundada Escuela Especial de Ingenieros de Montes durante la década del cuarenta del siglo XIX conscientes en sus estudios de los beneficios que los bosques proporcionaban a las poblaciones aledañas y a la nación en general. Entre los principales beneficios “cosmológicos” de los montes que los ingenieros de esa época destacaban se encontraban los relacionados con los efectos de atemperamiento de los fríos y calores extremos que los bosques proporcionaban a los lugares y poblaciones cercanas, o los relacionados con la protección que los bosques ejercían para laminar las avenidas torrenciales y con la defensa que ejercen los bosques contra las avenidas catastróficas o, bien, el bosque como fábrica de oxígeno y de aire limpio (que empezaba a enrarecerse en las ciudades), además de proporcionar aguas de calidad a las fuentes y manantiales. Todos estos beneficios y algunos más son los que la ciencia forestal de mediados de siglo XIX consideraba como “beneficios cosmológicos de los montes”. Muy parecido al concepto actual de la importancia ecológica (cosmológica) de los montes.

Con la primacía de los *beneficios cosmológicos de los montes* sobre la realidad de los montes y sus gentes, esta primera norma general de montes de 1863 (que continuaba con la inercia de legislar la obligación de los montanos de prestar servicios gratuitos al resto de la nación) inició el pernicioso camino de una economía abstracta en las áreas de montaña, dando pie a las infinitas sendas de la arbitrariedad administrativa y judicial, tan refinadamente perfeccionadas en la actualidad, pero que tanta destrucción ha traído y trae a los bosques de los montes españoles.

²⁷ DE LA CRUZ, *op. cit.*, p. 164.

No es de extrañar que durante las tres guerras carlistas del siglo XIX, el núcleo más nutrido de reclutamiento para luchar contra los constitucionalistas y liberales lo hallara la comunión carlista entre las poblaciones rurales de España, y tampoco sorprende que esa oposición en guerra contra isabelinos liberales durara tanto, desde 1833 hasta 1876, en continuo batallar de guerras y escaramuzas. Los gobiernos liberales, por un lado, echaban a religiosos de los conventos y monasterios para quedarse con sus bienes y tierras; por otro lado, usurpaban montes municipales y, como consecuencia de ambos robos, se anulaban todos los disfrutes comunales de los vecinos afectados, y estos encontraban un buen motivo para unirse a la causa carlista, luchando contra los cortesanos liberales usurpadores de sus derechos, con la esperanza de que la comunión tradicionalista se los devolviera algún día.

Joaquín Costa señala en *La memoria sobre la Hacienda Pública en España de 1883*, que se cifran como vendibles 7 131 000 ha para el proceso desamortizador, y que la inmensa mayoría de terrenos eran municipales con aprovechamientos comunales, resultando que gran parte de los montes que habían sido exceptuados de la desamortización en 1859 pasaron después a montes de propios y, por tanto, vendibles, enajenables, según las normas desamortizadoras vigentes por entonces²⁸.

Si bien es verdad que la catalogación de montes públicos de 1859²⁹ ya había usurpado montes de propios y del común a favor del Estado, funcionando el Catálogo como un registro administrativo que asumía *iuris tantum* el tipo de propiedad registrado³⁰.

El desmán de ventas y latrocinios de montes de propios y comunales perpetrados al amparo de la desamortización, con la citada complicidad de la Ley de Montes de 1863, no fue interrumpido hasta la aprobación y publicación del *Estatuto municipal de 1924* (el *Estatuto de Calvo Sotelo*), dejando un despojo de más de tres millones de hectáreas arrebatadas a tierras comunales y de propios y de la Iglesia, amén del hambre y la miseria para tantos y tantos pobladores de la montaña, amén de los bosques arrasados por el camino, y amén de haber sembrado de caciques el agro español³¹.

²⁸ Joaquín COSTA, *Colectivismo agrario en España*.

²⁹ MINISTERIO DE FOMENTO DE ESPAÑA, "Clasificación general de los montes públicos [Texto impreso] / hecha por el Cuerpo de Ingenieros del ramo en cumplimiento de lo prescrito por Real Decreto de 16 de febrero de 1859 y Real Orden de 17 del mismo mes, y aprobada por Real Orden de 30 de setiembre siguiente".0

³⁰ José María ABREU Y PIDAL, *Propiedad, titularidad y funcionalidad de los terrenos forestales*.

³¹ Real Decreto-Ley de 8 de marzo de 1924 que aprueba el Estatuto Municipal, pp. 1218-1302.

Desde el siglo XVIII hasta la publicación de este estatuto municipal en 1924, el proceso devastador de bosques y montes (previo paso por la sala de exterminio del común) ha ido utilizando como pretexto para fundamentar su política y sus leyes una serie de grandilocuentes pretensiones: primero la reconstrucción de la potencia naval de la Marina Real Española (siglo XVIII); segundo, el paradigma de la desamortización de los montes en supuestas manos muertas como motor de la revitalización de la economía española y tercero, la imprescindible intervención y puesta en solfa de los derechos de uso y disfrute de las gentes de comarcas forestales para salvaguardia de los *beneficios cosmológicos de los bosques* de España, según rezaban las normas *ad hoc*. Estas dos últimas pretensiones recorrieron todo el siglo XIX. Se arraiga, entonces, una constante política secular que repite el mismo fundamento jurídico: arrasar derechos reales y tradicionales de las gentes montañas utilizando como pretexto la pretensión grandilocuente de turno, según la época.

Se analizará ahora cuál es la pretensión grandilocuente o las pretensiones grandilocuentes manejadas durante el siglo XX.

*Siglo xx:
de la repoblación forestal
a la protección ecológica de los montes*

El estatuto de 1924 frena el desmán desamortizador, pero sus efectos fueron efímeros, porque continúa el mismo guion de saqueo del común y de propios, sentándose las bases de una política y de un derecho ocupados en que el Estado intervenga y legisle hasta el último espacio, actividad o uso, comenzando por los tradicionales usos comunales que este estatuto intentó reglar: su artículo 159 determinaba que todo vecino de una entidad local tenía derecho a los aprovechamientos comunales, saltándose a la torera las prescripciones consuetudinarias (antigüedad de residencia, condición familiar, empadronamiento... etc.) que los vecinos hubieran establecido tradicionalmente para que un vecino se considerara como tal y pudiera beneficiarse de los usos y disfrutes comunales. El artículo 159 hacía tabla rasa y marginaba o descartaba las costumbres de uso del común que tenía cada municipio, lo que trajo no pocos problemas.

Además, en este siglo XX ya no son solo los montes de propios y comunales los vapuleados, sino que comienza un nuevo saqueo generalizado: el saqueo de montes de particulares, de montes privados.

Pronto, la entonces República de España promulga la Ley de Patrimonio Forestal del Estado en 1935, con fuertes aires estatistas (propios de la época),

como herramienta legal para llevar a cabo las repoblaciones forestales obligatorias con fundamento de protección hidrológico-forestal, y para todo tipo de predio (municipal, comunal o privado)³². Cuando termina la Guerra Civil española, los gobiernos de la nueva dictadura mantienen esta Ley del Patrimonio Forestal amainando las pretensiones expropiadoras que en su origen poseía el texto, pero decididos a llevar a cabo una ingente política de repoblaciones forestales para lo cual se lanza una nueva Ley de Patrimonio Forestal en 1941, con el mismo afán que la de 1935 a la que sustituyó³³.

De nuevo se vuelve a abrir la veda del saqueo: solo hasta 1953 el Estado español, a través de esta ley de repoblaciones, se quedó con medio millón de hectáreas, a costa de los ayuntamientos fundamentalmente, y relegando todo derecho real (servidumbres, censos, derechos consuetudinarios) que existiese sobre los montes arrebatados para ese nuevo objetivo de repoblar los montes, y acotando grandes superficies al pastoreo de los ganados montanos: otro encontronazo más con las gentes de las comarcas forestales, que se unía a la ristra de tropelías engarzadas por el Estado Moderno desde el siglo XVIII.

Nunca las condiciones y estado de los bosques españoles fue una maravilla, pero no es menos cierto que a esta evidencia de la necesidad de las repoblaciones en los montes españoles, que quedó patente a fines del siglo XIX y a comienzos del XX, contribuyó de forma considerable la cascada de talas de bosques provocadas por las desamortizaciones que provocaron la tala inmediata de los montes de la Iglesia, de los montes de propios y, sobre todo, de los montes comunales.

Para llevar a cabo estas repoblaciones, y no aumentar en exceso el gasto con una ristra ecuménica de expropiaciones, se firmaron consorcios y convenios con propietarios públicos y privados, mediante los cuales el Estado corría con los costos de repoblación forestal, y andando el tiempo tales costos se reintegrarían al Estado con el dinero de las ventas de la madera, que se originaría en las cortas selvícolas cuando la masa repoblada madurara, y que también serían costeadas y ejecutadas por el Estado. Como luego el Estado no tuvo presupuestos para financiar tanta corta selvícola que le resarciera de la inversión inicial, la inmensa mayoría de los consorcios y convenios firmados quedaron en una confusa suspensión de hecho y de carácter indefinido, ante la imposibilidad de cumplir lo acordado. El resultado fue que los consorcios y convenios procuraron una especie de incautación *sine die* del vuelo del monte consorciado (o conveniado) a favor de la Administración Estatal de Montes, quedando aplazado *sine die* cualquier derecho que albergara el mu-

³² Ley de Patrimonio Forestal de 9 de octubre de 1935, pp. 435-437.

³³ Ley de Patrimonio Forestal de 10 de marzo de 1941, pp. 2412-2417.

nicipio, incluidos los derechos comunales si los hubiere³⁴. Otro menoscabo para el monte municipal.

Con el cambio de régimen político en España (de la dictadura a la monarquía parlamentaria, en 1978), y con el traslado de las competencias forestales del Estado español a las diecisiete comunidades autónomas, los terrenos consorciados y conveniados para repoblación conformaron durante lustros un reducto de bosques cuyos propietarios no podían gestionar porque su gerencia había sido delegada a una recién instaurada administración autonómica que ni tenía presupuestos para gestionarlos ni quería realizar aquellas cortas selvícolas a las que obligaban los consorcios y los convenios, por cuya razón la mayoría de estas repoblaciones consorciadas y conveniadas, y ahora ya crecidas, se mantuvieron muchos años abandonadas o semiabandonadas, y muchas de ellas acabaron siendo pasto de las llamas durante las últimas décadas del siglo xx.

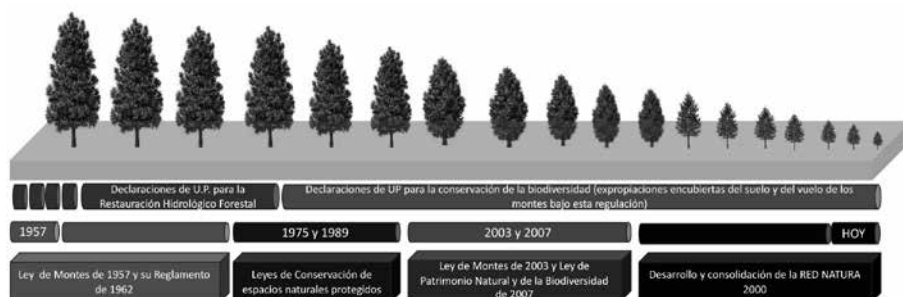
Estos consorcios y convenios fueron la cara menos dura de la intervención del vuelo de los montes municipales, pues muchas repoblaciones se realizaron previa declaración de “ribera probable” o previa declaración de utilidad pública para los trabajos de restauración hidrológico forestal, lo que daba pie a la administración para ejecutar las repoblaciones forestales *manu militari*, con o sin consorcios o convenios, sin ponderar los posibles desajustes agrícolas o ganaderos que pudieran generar a las gentes y los pueblos afectados por las repoblaciones impuestas en terrenos donde se realizaban usos y cuidados tradicionales (aprovechamientos de leñas, de ramoneo, de pastoreo, de aprovechamientos de cama, etcétera).

Cuando llega la Ley de Montes de 1957, el expolio ya se ha consolidado, y la nueva legislación (incluido el Reglamento de Montes de 1962) refuerza con claridad la inercia estatalista y tecnócrata de la Administración de Montes: se legisla cualquier uso, disfrute o aprovechamiento en todo tipo de monte, dictando normas para establecer los precios de la madera, la resina (la mie-ra), el esparto..., y estableciendo cupos forzosos para abastecer de traviesas a la compañía nacional de transporte ferroviario (RENFE).

La precaria situación económica tras la guerra civil (1936-1939) y los efectos combinados de la Ley de Patrimonio Forestal de 1935/1941 y la de Montes de 1957 iban a provocar el desenlace de un proceso paulatino de emigración permanente de la población de las comarcas forestales, despo-blación que, junto al desinterés local trabajado e impulsado por el Estado Moderno durante décadas, va a generar a fines del siglo uno de los mayores problemas de los montes españoles: los incendios forestales a partir del último cuarto del siglo xx, por abandono acelerado de la gestión y manejo de los

³⁴ José Luis MONTERO DE BURGOS, “Actualizar los antiguos consorcios”, pp. 6-10.

montes. Es verdad que los grandes requerimientos de mano de obra de las repoblaciones forestales de mediados de siglo XX frenaron esta aceleración progresiva de despoblación rural, cuyos verdaderos efectos comienzan a ser evidentes pasada la década de 1970, cuando las repoblaciones masivas habían finalizado por completo. La desaceleración del despoblamiento de las comarcas forestales proporcionada por la demanda de mano de obra de las repoblaciones quedó en un efímero espejismo. Doscientos años de vaciado de derechos en las comarcas forestales daban el fruto del gran despoblamiento.



Esa gran demanda de mano de obra de las repoblaciones fue la que llevó a muchos ayuntamientos a firmar los consorcios de repoblación, no pudiendo prevenir los posteriores sacrificios que tales consorcios conllevaron. A la emigración secular de los montanos se le iba a sumar ahora la de los hijos de los ganaderos que vieron a sus padres privados de cientos de miles de hectáreas de aprovechamientos de pastos, y que vieron como vía crucis la continuación del negocio o empleo familiar.

Desde la Real Ordenanza de 1748 hasta la Ley de Montes de 1957, todo el despojo y latrocinio de montes llevaba consigo un trasiego judicial notorio y un seguimiento jurídico delirante, por cuya razón el saqueo requería de cierto empaque de conocimientos jurídicos y económico-administrativos. Pero esto iba a cambiar a partir del último cuarto del siglo XX, que traería un nuevo método de saqueo de derechos mucho más sencillo, obviando lo jurídico y abreviando lo administrativo, para extender el saqueo hasta todo monte y todo derecho.

De esta manera, en el último cuarto del siglo XX se perfila esta nueva fórmula para arrasar derechos de las poblaciones de las comarcas forestales, más eficaz y más sibilina: la legislación contundentemente abstracta, basada en la deliberada ambigüedad sideral del articulado de sus leyes, imposibles de reglamentar de forma seria, y basado en la inflación terminológica de sus textos que incorporan una nutrida semántica ajena a todo contenido jurídico, y que conducirá a una arbitrariedad administrativa jamás conocida antes.

Esta legislación tan abstracta va a ser la fórmula empleada en la estocada final a los derechos comunales y de propios que se propinó a través, primero, de la Ley de Espacios Naturales Protegidos de 1975 y sobre todo a través de su posterior amplificación en la Ley de Conservación de Espacios Naturales Protegidos y de la Flora y de la Fauna Silvestres de 1989, dado que, además, con este tipo de normas, amén de seguir la usurpación de derechos comunales y de propios, se inicia el saqueo de los montes privados, imponiéndoles a todos un sinfín de limitaciones tanto del suelo como del vuelo en todos los predios forestales, con grave afectación de la economía de montaña, y, en general, de todas las economías de las comarcas forestales, con el regodeo de excluir cualquier tipo de compensación o justiprecio por esta expropiación encubierta, que ahora ya no tuvo límites ni en el espacio ni en el tiempo³⁵.

La protección legal de especies de flora y fauna y la declaración de espacios naturales protegidos en el ámbito legal se convierten en el nuevo paradigma por el que toda relegación de derechos tradicionales está permitida, y que va a sustituir al modelo anterior de la urgencia de las repoblaciones forestales para la protección hidrológico-forestal. Pero el efecto será el mismo: una sustracción o menoscabo de derechos reales que recaen sobre los montes a proteger (que se concentran en derechos de las gentes de montaña, ya sean propietarios o usuarios del común o de servidumbres), y el consiguiente deterioro de los montes protegidos por desistimiento de las gentes montañas en la gestión de los mismos ante tanta penalización de sus usos y disfrutes tradicionales procurada por la protección legal de los espacios naturales y las especies protegidas.

Por supuesto, la imposición a los cuatro vientos de limitaciones al suelo y al vuelo de montes de todo género de tenencia y propiedad no es más que una nueva herramienta trituradora de derechos de uso y disfrute, ya sean derechos comunales, o derechos de servidumbres, derechos consuetudinarios de disfrutes o derechos de cualquier otro tipo, que aumenta su devastación por doquier con el nuevo estado autonómico español, que acerca su poder fiscalizador de forma asfixiante, multiplicando por diecisiete el antiguo despotismo ministerial que antes se ejercía solo desde Madrid (un multiplicando por cada comunidad autónoma española).

Como no podía ser de otra forma, y siguiendo la costumbre iniciada con la Real Ordenanza de 1748, la gestión de la nueva política de montes de estas leyes de 1975 y de 1989 no incorpora técnica solvente, sino tan solo una retahíla de prohibiciones, obligaciones y castigos para las gentes de las comarcas forestales, que no solo se aplicaría a los montes incluidos en los espacios na-

³⁵ MONTERO DE BURGOS, *op. cit.*

turales protegidos declarados, sino que se extendería a los montes fuera de ellos, ya fueran de propios, comunales o privados (como antes en el siglo XVIII, la Real Ordenanza de Montes de la Marina actuó en montes fuera de su jurisdicción). Por cuya razón, y gracias a esa legislación abstracta, se incorpora un nuevo componente para rematar derechos: la inseguridad jurídica generalizada a toda actividad, uso, disfrute o aprovechamiento de montaña, propiciada por esas leyes abstractas que afectan a los montes. Una acción podrá ser sancionada o no, de acuerdo con la discrecionalidad del funcionario supervisor, gracias a la deliberada ambigüedad legal creada y, como consecuencia, el funcionario ve ampliada sin límites su potestad sancionadora³⁶.



Por tanto, a la economía abstracta ya comentada se le unió esta legislación del todo abstracta, para entronar la iniquidad y el ninguneo en la sociedad de montaña. La corrupción cae sobre los montes como un manto de lava que lo arrasará todo, facilitada por la indefinible discrecionalidad de la interpretación de estas leyes por parte del funcionariado y de los tribunales.

Terminado el siglo XX, el Estado se ha hecho milagrosamente con un millón y medio de hectáreas de monte, teniendo en cuenta que antes de la R.O. de 1748 no tenía ni una sola hectárea. Una contradicción histórica del pensamiento moderno que rescata al pueblo, puesto que pasados los siglos resulta que la formación del Estado Moderno ha consistido en destruir derechos de las gentes pobladoras de las comarcas forestales para hacerse con una descomunal finca de más de un millón y medio de hectáreas: viva la libertad, la igualdad y la fraternidad.

³⁶ Jesús ALCANDA, "El expolio de la propiedad forestal por la Administración del 'Medio Natural'", pp. 24-31.

La cuenta de la superficie de monte cuyos derechos comunales han sido borrados ya no es posible cifrarla ante la magnitud de normas confiscatorias y la confusión de expropiaciones encubiertas, visto que a fines del siglo xx tan solo quedaba en España un pequeño reducto de montes en este régimen comunal, en comparación con el régimen de tenencia de la tradición agraria española que fue dominada por los usos y disfrutes del común: según el Informe de Olavide de 1768, las tierras de aprovechamiento común en Andalucía (reino hoy del latifundismo) suponían las dos terceras partes del agro y monte andaluces³⁷.

*Siglo XXI:
en pro de las doctrinas de la biodiversidad
y del cambio climático*

Hasta bien entrada la segunda mitad del siglo xx, los protagonistas del saqueo se encontraban siempre entre funcionarios y legisladores con algunas participaciones accesorias de terceros logrereros de todo tipo; y, además, los conocedores de esos actos eran tan solo los afectados y sus vecinos, quedando al margen el resto de la sociedad que desconocía por completo lo que estaba sucediendo.

Pero a partir del último cuarto de siglo xx y sobre todo a partir del siglo xxi, es cuando a las huestes del despojo se incorpora un nutrido núcleo de reclutamiento: el apoyo incondicional de la sociedad urbanita (analfabeta en cuestiones de armonía social, ecológica y económica en comarcas de montaña) y que hablan en nombre de las nuevas beaterías dominantes de la biodiversidad y del cambio climático. Toda esta sociedad urbana va a apoyar tales *pseudoreligiones* usurpadoras, que son elevadas a dogmas de fe pagana: una grey urbana que desconoce por completo los delicados equilibrios de derechos ancestrales que han procurado durante siglos una economía en armonía con los usos y costumbres de las poblaciones de las comarcas forestales. El apoyo de esta facción de la sociedad urbana al nuevo paradigma (la cruzada para salvar la biodiversidad y el clima), con sus exigencias de niño consentido y sus disparatados dogmas, va a resultar una tremenda losa para los derechos de las gentes y pueblos de montaña. Otra más.

Estos puritanismos de la biodiversidad y del cambio climático se presentan como nuevo argumento para el expolio, en sustitución estratégica de lo que antaño fueron las necesidades de restaurar la potencia naval de la

³⁷ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, “La Constitución como norma jurídica”, pp. 291-342.

Marina Real (siglo XVIII), o la imperiosa necesidad de desamortizar las tierras de supuestas manos muertas y las necesidades urgentes de gestionar los beneficios cosmológicos de los montes (siglo XIX), o las necesidades de restauración hidrológico-forestal de las cabeceras de cuencas y la importancia bíblica de la conservación de la naturaleza (siglo XX) En fin, más de lo mismo: utilizar siempre un pretexto doctrinal a la sazón, y por desgracia siempre acompañado todo de una corrupción *in crescendo*, que salpica a todas las administraciones públicas implicadas, cuyo efecto se mantiene: usurpación de los derechos montanos y destrucción de los montes.

Ese apoyo ciego de la sociedad urbana ha producido el empoderamiento de la Administración de Montes (ahora administración del Medio Natural, tanto regional como estatal) que hace que las normas que abren el siglo XXI eleven a exponencial la sempiterna labor usurpadora de derechos montanos, ahora por igual a montes privados y a montes municipales, cargando sobre los milagrosos restos de la población montana el peso de nuevas necesidades generales de todo género, que anulan la capacidad gestora de la propiedad, mediante una imposición a los cuatro vientos de un sinfín de nuevas limitaciones al suelo y al vuelo de montes de todo género de tenencia y propiedad. Con un matiz asolador: las armas de usurpación de derechos son ahora infinitamente más potentes: por una parte, más abogados del Estado y de las Comunidades Autónomas (regiones) disponen de más legislaciones para devastar más derechos y, por otra parte, legiones de funcionarios con sofisticadas tecnologías y desorbitados presupuestos se ponen al servicio del saqueo de los derechos montanos.

Se añade, por tanto, un mecanismo de despoblación de comarcas forestales jamás visto hasta entonces, que va a tener fatales consecuencias para los montes. Las comarcas forestales españolas pierden más de un 40 % de su población desde mediados de la década de 1980 hasta la actualidad^{38, 39}, y con el despoblamiento vienen los incendios forestales. La superficie forestal arbolada incendiada desde 1980 llegaba ya en 2005 a una superficie equivalente a toda la comunidad valenciana del este de España: ¡Un bosque carbonizado equivalente a toda la comunidad valenciana (2 325 000 ha)!⁴⁰ (un dato suficiente para haber prescindido de toda la administración del “me-

³⁸ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, *Poblaciones de derecho desde 1986 hasta 1995. Cifras de las rectificaciones y renovaciones padronales. Población de derecho por municipios y sexo desde 1986*.

³⁹ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, *Cifras oficiales de población de los municipios españoles en aplicación de la Ley de Bases del Régimen Local (Art. 17). Población de derecho por municipios y sexo 1996-2022. Detalle municipal*.

⁴⁰ MINISTERIO DE MEDIO AMBIENTE, DIRECCIÓN GENERAL DE BIODIVERSIDAD, *Los incendios forestales en España, años 1980-2005*.

dio natural” y de sus leyes, porque peores resultados son muy difíciles de igualar, y porque si hay que tragar con esta magnitud de desastre, entonces es preferible que no le cueste ni un céntimo al contribuyente). Un auténtico cataclismo humano y ecológico que es consecuencia del secular despojo de infinidad de derechos de selvicultores, ganaderos y agricultores montanos. Otra vez, vuelta a la desaparición de más bosque al ritmo del despojo de derechos montanos de uso y disfrute. Pero frente a esta demoledora realidad nadie quiere darse por aludido.



Las dos normas básicas que abren el siglo XXI no son más que leyes continuadoras de esta consolidada costumbre de usurpación de derechos montanos: La Ley de Montes de 2003, que no es más que un apéndice de la citada ley de conservación de 1989; y la otra norma es la Ley 42/2007 del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, que sustituye a la citada ley de 1989. En ambas se regula de forma que su contenido permanece genuflexo a este nuevo ideal de la política de montes (ahora, política del Medio Natural) que pretenden de forma obstinada la vuelta a un ideal bosque originario, primigenio, virgen, paradisiaco y todo lo que no camine en esta dirección no es más que herejía que hay que ir puliendo allí donde se dé, relegando hasta el desprecio cualquier derecho tradicional de disfrute o aprovechamiento que el monte y sus gentes pudieran poseer.

Para más inri, y siguiendo con la costumbre secular de usurpar derechos del común y de los vecinos, el artículo 12.º de la Ley de Montes de 2003 instituye que todos los montes declarados de utilidad pública de entidades locales (y los declarables en un futuro) y todos los montes comunales integren el nuevo Dominio Público Forestal. Es decir, que este artículo pretende de-

manializar la mayor parte de los montes municipales, arrumbando el régimen jurídico y económico que tengan o hayan tenido, ya sean servidumbres, censos, dominios útiles... etc., obviando el derecho consuetudinario y lo legislado sobre esta materia en la Ley de Bases Reguladora del Régimen Local, el Texto Refundido del Régimen Local, la Ley de Bienes de Entidades Locales, etc., cuya realidad y contenidos entran en colisión con este nuevo derecho de protección de cosas y desprotección de personas.

A los nuevos sastrecillos de normas usurpadoras de derechos montanos les da igual que la demanialidad de un monte perteneciente a una entidad local no pueda decretarla con eficacia una ley, ya que la demanialidad, si la tiene, vendrá definida por el régimen jurídico y económico del monte; es decir, por el conjunto de derechos reales que en él confluyan, ya que los dominios útiles efectivos pueden impedir la consideración demanial del monte. Da igual. Vuelve a forzarse la sustitución de la realidad por una pretensión, descuajeringando todo vestigio de armonía de usos y disfrutes tradicionales. La debilidad de la institución del municipio es sideral, y no quedan vestigios del municipio tradicional español.

Del régimen jurídico local español se puede evidenciar sin esfuerzo que solo a los montes comunales con titularidad de las diputaciones provinciales se les podría atribuir un régimen verdaderamente demanial, y aún en este caso habría que examinar con detalle la realidad legal de los usos y los disfrutes de este tipo de predios. No así al resto de los montes comunales y de propios del resto de entidades locales, cuyo intento de demanializar es un auténtico disparate. La inclusión del artículo 12 en la Ley 43/2003, fruto de la secular tendencia estatalista y usurpadora, es una manifiesta temeridad, y una desconsideración de gran calado sobre los derechos reales que gravan los montes de entidades locales, y los artículos 15, 16 y 18 de esa misma Ley Básica de Montes no son más que la elevación a superlativo tanto de la temeridad como de la desconsideración. Con este artículo 12 se culmina la inmensa labor de arrasamiento de derechos de gentes montanas, iniciado en el siglo XVIII y que ahora alcanza a todo monte municipal. Pero da igual, que se siga arrasando derechos montanos y montes arbolados, para mayor gloria de la conservación de la biodiversidad y del cambio climático⁴¹. Este nuevo paradigma lo exige y no es más que el nuevo pretexto y la nueva pretensión del Estado Moderno para este inicio de siglo.

Es una constante en la normativa de conservación de especies y espacios naturales protegidos el situar las medidas legales de protección/conservación por encima de cualquier norma o planificación territorial o física de cualquier otro ámbito sectorial. Este acento de supremacía se inicia en la

⁴¹ ALCANDA, *op. cit.*

Ley 4/1989, de 27 de marzo, donde en sus artículos 2.º, 5.º, 7.º y 9.º queda muy claro que cualquier actividad, uso, disfrute o aprovechamiento, incluidas las disposiciones territoriales que las afectan, quedan todos supeditados al PORN aprobado legalmente para el espacio natural protegido en el que se incluyan, y cualquier planificación sectorial o norma ha de subordinarse a lo que dicten estos planes de ordenación de los recursos naturales. Esta misma filosofía de supremacía se continúa con la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y Biodiversidad (que sustituye a la de 1989), como bien puede leerse en sus artículos 19.º y 23.º, que insisten en la prevalencia de los PORN sobre cualquier otro instrumento de planificación sectorial, física o territorial. La subordinación de los derechos de las gentes montañas en estos espacios es absoluta, sin resquicios para ninguna salvaguarda de alguno de ellos. La usurpación vuelve a repetirse, si cabe, con más contundencia, ya que la vigencia de protección de espacios naturales y de especies de flora y fauna es sempiterna.

Tal supremacía jurídica convierte a las administraciones del “medio natural” (antes administración de montes, y antes administración de la Marina Real) en una especie de órganos plenipotenciarios, con predominio sobre cualquier actividad agrícola, ganadera, forestal, cinegética, industrial o de servicios que se pretenda realizar en el espacio natural protegido y alrededores.

Los PORN primero fueron redactados/aprobados por los funcionarios técnicos de las correspondientes administraciones del “medio natural” que los impulsaron, y que son los que luego van a velar porque se cumplan las limitaciones de uso y del resto de requisitos desplegados en las prescripciones del PORN, del mismo modo como estos mismos funcionarios son los encargados de volcar esa supremacía legal de forma directa en los campos y montes. Esta supremacía se convierte en el arma más poderosa que jamás tuvo el artificial Estado Moderno para destripar derechos tradicionales en los campos y montes. Y claro está sigue creciendo el despoblamiento de las comarcas forestales.

Teniendo en cuenta que el 70 % de los montes españoles lo son en régimen de propiedad privada (aunque se apunta un porcentaje del 8,5 % sobre los montes particulares que tienen una propiedad dudosa o desconocida) es inaudito que se intente con estas normas de protección cargar sobre las modestas economías de la propiedad forestal privada una lista interminable de grandes utilidades públicas e intereses generales, que no hacen más que crecer. Porque, si verdaderamente importan esos montes, no puede abandonarse el sustento de ellos sobre las economías forestales privadas que brillan por su escasísima rentabilidad y nula disponibilidad de caja. Con esta sobrepresión (legal, social y económica) sobre propietarios municipales y privados lo único que se consigue es que aumente el abandono de sus ges-

tores y propietarios, tanto selvicultores como agricultores y ganaderos: el incendio forestal y el despoblamiento son una consecuencia directa y evidente de los derechos montanos asolados, que se usurpan ahora con la complicidad de una sociedad urbana que ejerce una suficiencia y un egoísmo intolerables contra los pobladores de montaña, que tienen que regalar servicios y bienes de todo género por imperativo urbanita, en nombre del pretexto o pretensión doctrinal de turno, ahora la biodiversidad y el cambio climático.

Como guinda de todo el secular saqueo de derechos y propiedades, aparece la Administración de la UE para promocionar nuevas directivas usurpadoras de obligada trasposición a los ordenamientos de los países miembros, que se concentra en el fomento de la llamada Red Natura 2000, una red de supuesta conservación de hábitats y especies de flora y fauna, que traslada un delirio jurídico de ambigüedades e inseguridades territoriales, socio económicas, técnicas, institucionales, jurídicas, etc., y que evidentemente está reforzando la labor de usurpación de derechos montanos (de municipios y particulares) a través de más y más expropiaciones encubiertas de vuelo en sus montes, que hacen de sus predios un auténtico *res nullius*, para satisfacer los anhelos caprichosos de una ignorante y mimada sociedad urbana.



Ahora, el saqueo de derechos montanos en España alcanza cifras descomunales: 7,5 millones de hectáreas de espacios naturales protegidos y catorce millones de hectáreas de Red Natura 2000, donde todos los derechos sobre el suelo y el vuelo han sido confiscados, confiscación que, gracias a la ambigüedad de las normas que rigen, otra vez se extiende a los montes fuera de la jurisdicción de la Red Natura 2000 y de conservación de la biodiversidad, como antaño hizo la Administración de Montes de la Marina.

La Red Natura 2000 no es una anécdota en el itinerario legislativo de la UE, pues a esta trama le acompañan y le acompañarán más directivas de este género (como las ya consolidadas normas europeas de restauración de la naturaleza, las de deforestación, las del paisaje, etc.), porque la tendencia no ha concluido y continúa con esta nueva generación 3D de leyes (europeas, estatales y autonómicas), que elevarán a la enésima potencia la capacidad de usurpar vidas y haciendas en el agro y en el monte, consiguiendo, por fin, echar de los montes a sus últimos pobladores, para dejar las sierras tristes y oscuras. Un delirio sideral y secular de suicidio y destrucción.

Epílogo

Es evidente que se han quedado en el tintero muchas normas de naturaleza forestal cuyo papel no fue menor en la historia de los montes. Pero las normas nucleares de la política forestal española durante dos siglos y medio son las citadas en estas páginas. Lo que se resalta en este artículo son las normas principales que fueron las responsables fundamentales de construir una continuidad política y jurídica en las sucesivas administraciones de montes de España, conformando el resto de normas un conjunto heteróclito de complementos legales que bien resolvían daños colaterales provocados por esa continuidad jurídico-política o, bien, enmarañaban más los problemas generados por esa desdichada continuidad.

Por ende, el artículo ha pretendido hilar todas esas normas nucleares que han marcado el paso de la destrucción de los equilibrios jurídicos y socio-económicos conseguidos en las áreas de montaña (sus gentes y sus instituciones) durante siglos de convivencia.

La destrucción de estos trabajados equilibrios a través del continuo y secular saqueo de derechos y tierras no es más que un corolario de la destrucción de instituciones sociales básicas de la sociedad tradicional española, como lo son los históricos municipios y las tradicionales comarcas, que el artificial Estado Moderno ha convertido en meros lacayos institucionales.

Por supuesto, no se pueden dejar en el olvido algunas actuaciones particulares de miembros de esa misma administración de montes que desde fines del siglo XIX hasta hoy se han caracterizado por su esfuerzo, arte y dedicación, y que son dignas de encomio. Pero todos esos esfuerzos particulares han sido sistemáticamente ensombrecidos y anulados por el torrente devastador que ha supuesto la constancia secular de una política de montes usurpadora de derechos montanos, sin solución de continuidad desde mediados del siglo XVIII hasta la primera mitad del siglo XXI, como ha quedado patente en estas páginas.

La obstinación de hacer del Estado un artefacto construido de arriba abajo ha ido asolando todas las instituciones básicas de la sociedad tradicional española (familias, municipios, comarcas, gremios, órdenes, hermandades) al margen de toda realidad y, como consecuencia, las gentes de las comarcas forestales han visto cómo sus derechos han sido asaltados sin que nadie lo impidiera hasta hoy, ya que tanto la comarca como el municipio tradicionales fueron, durante siglos, los principales defensores de los derechos montanos, y ahora ambas instituciones han sido desnaturalizadas, a través de esta tozuda continuidad político-jurídica descrita en el presente trabajo.

Tras analizar estos recurrentes fundamentos político-jurídicos que se dan desde el siglo XVIII hasta hoy, es inevitable no pensar en un hecho paralelo a todo este desarrollo de leyes y normas trufadas de los mismos fundamentos ideológicos. Se trata de la curiosa coincidencia entre el desarrollo y formación del Estado Moderno⁴² en España (desde el siglo XVIII en adelante) al mismo tiempo que se daba el desarrollo, aquí descrito, de un derecho y una política destructores de derechos tradicionales en las áreas de montaña, abocado, a su vez, a la destrucción de los montes y al desalojo de sus gentes. Tal vez este estudio realizado en otro entorno que no sean las poblaciones de montaña sea menos nítido, porque en entornos más sofisticados los factores sociales, económicos, jurídicos, políticos se entrelazan y tienen infinitas aristas que no bogan hacia la claridad. Pero en este entorno montano no hay una maraña de factores que dificulten la razón y la coincidencia de ambos procesos en el tiempo es del todo clara y sugestiva.

El pensamiento moderno aplicado al derecho montano ha ido abriendo una enorme falla, primero, entre la sociedad rural montana y la comunidad política, para después sustituirla por un Estado artificial (que comenzó a consolidarse con la Ilustración aplicada al gobierno y a la política), a través de un nuevo derecho donde la facultad está separada de la norma: el desarrollo de causas y efectos seguido en el presente artículo es un ejemplo demoledor de esa falla entre la sociedad de montaña y el Estado artificial. Si algo es por completo incompatible con la naturaleza de las gentes montanas es la uniformidad pretendida con este nuevo y sordo derecho aquí presentado. Estas gentes nunca podrán entender ni aceptar la uniformidad que pretende ese derecho abstracto, tal vez porque pasan gran parte de su vida mirando hacia arriba barruntando la helada o el granizo, y quienes así acostumbran a mirar al cielo son muy imbricadas en la realidad. Vuelve a ser el entorno montano el mejor contraste, blanco sobre negro, de la inutilidad y desastre del Estado Moderno y su *modus operandi*.

⁴² El Estado Moderno como artefacto que se inicia con la separación de la política y la moral, y los conceptos modernos de la soberanía y del contrato social.

Tras la sucinta exposición histórica de la realidad de la existencia de una continuidad política y jurídica destructora de derechos montanos seguida de la consecuente destrucción de los montes, que es paralela a la construcción del Estado Moderno, es lógico afirmar que mientras no se pare dicha destrucción de derechos montanos, la destrucción de los montes va a continuar, sin olvidar que la voluntad de frenar tal devastación debe ir conexas a la voluntad de recuperar la realidad del municipio y comarca tradicionales: sus mancomunidades, sus naturales asociaciones, sus autoridades.

Negar esa realidad es obstinarse en emprender acciones de parcheo banal, pues el meollo del problema quedará siempre intacto, asegurando férreamente la continuidad del problema y sus efectos. El Estado Moderno en su empeño de negar la realidad se segaré él mismo la hierba bajo los pies: solo hay que ir, mientras tanto, reestableciendo esas instituciones básicas de la sociedad de montaña que por ser cuerpos naturales y básicos de la sociedad se restaurarán de forma innata, porque la naturaleza es muy cabezona y *el agua siempre va al fondo*. Una tarea larga y nada sencilla. La restauración de la biodiversidad y cualquier otro empeño o pretensión de moda son subordinados a esa primera necesidad.

Lo que se pide a cada actor que participe en el escenario montano es que haga justo examen de conciencia y juzgue si sus actos dificultan la secular y continua usurpación de derechos montanos, que al final destruye los montes, o si más bien sus actos fomentan esa delirante inercia de usurpación y destrucción contraria al bien común que viene repitiéndose con tozuda insistencia desde el siglo XVIII.

Lo que se pide a cada actor es que se deshaga de cualquier impedimento ideológico y haga un justo examen de conciencia para no alargar más siglos esta deriva demencial del derecho abstracto donde la administración de cosas está por encima del buen gobierno de las personas, dando privilegios a aquellas por encima y a costa de estas, porque esta es una dialéctica diabólica que solo puede llevar a la destrucción de los montes, previa destrucción y desalojo de las personas.

Mientras el artefacto del Estado sigue entretenido en su camino hacia la autodestrucción, ¿se sabrá recuperar la organización de las comarcas y municipios tradicionales: sus asociaciones, su cohesión, sus autoridades naturales, su derecho? ¿Serán las comarcas y municipios montanos el mejor lugar para iniciar esa recuperación (o el lugar donde será más sencilla esa recuperación)? ¿Se sabrá detener tanta desnaturalización del derecho en alta montaña, que solo vomita un voluntarismo jurídico que nada tiene que ver con las necesidades reales? ¿Se sabrá recuperar los tradicionales derechos de las gentes montanas? Que Dios ayude.

Bibliografía

- AA.VV., *Colección de documentos inéditos para la historia de España (CODAIN)*, Madrid, Editorial, 1850.
- ABREU Y PIDAL, José María, *Propiedad, titularidad y funcionalidad de los terrenos forestales*, Madrid, ICONA-MAPA, 1995.
- ALCANDA VERGARA, Jesús, "El expolio de la propiedad forestal por la Administración del 'Medio Natural'", en *Revista Foresta*, n.º 46, Madrid, 2009.
- CASTELLANO, Juan Luis, *Gobierno y poder en la España del siglo XVIII*, Granada, Editorial Universidad de Granada, 2006.
- COSTA MARTÍNEZ, Joaquín, *Colectivismo agrario en España*, Zaragoza, Editorial Guara, 1983.
- DE LA CRUZ AGUILAR, Emilio, *La destrucción de los montes*, Madrid, Universidad Complutense, Publicaciones de la Facultad de Derecho de Madrid, 1994.
- CORTES GENERALES Y EXTRAORDINARIAS, *Diario de sesiones*, 1811. Disponible en www.cervantesvirtual.com/obra-visor/diario-de-sesiones-de-las-cortes-generales-y-extraordinarias--9/html/ [fecha de consulta: 17 de abril de 2025].
- DÍAZ ROCAFULL, Aurelio, *Legislación forestal. Recopilación de las leyes, decretos y demás disposiciones oficiales vigentes relativa al ramo de montes, 1833-1880*, Madrid, Imprenta de Moreno y Rojas, calle Isabel la Católica n.º 10, 1881.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, "La Constitución como norma jurídica", en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 32, n.º 2-3, Madrid, 1979.
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, *Poblaciones de derecho desde 1986 hasta 1995. Cifras de las rectificaciones y renovaciones padronales. Población de derecho por municipios y sexo desde 1986*, Madrid, INE, 1996.
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, *Cifras oficiales de población de los municipios españoles en aplicación de la Ley de Bases del Régimen Local (Art. 17). Población de derecho por municipios y sexo 1996-2022. Detalle municipal*, Madrid, INE, 2022.
- JOVELLANOS, Gaspar Melchor de, *Informe sobre la Ley Agraria*, Madrid, Editorial I.E.P., 1955.
- MARTÍNEZ GARRIDO, Juan de la Cruz, *Estudios sobre el ramo de montes arbolados en España...*, Madrid, Imprenta de don José Trujillo, plaza de los Ministerios n.º 3, 1855. También Juan de la Cruz MARTÍNEZ GARRIDO, *Estudios sobre el ramo de montes arbolados en España...*, Editorial HardPress Publishing, 2020.
- MARTÍNEZ GONZÁLEZ, Alfredo José, "La elaboración de la Ordenanza de Montes de Marina, de 31 de enero de 1748, base de la política oceánica de la monarquía española durante el siglo XVIII", en *Anuario de Estudios Americanos*, vol. 71, n.º 2, Madrid, 2014. DOI: 10.3989/aeamer.2014.2.07
- MONTERO DE BURGOS, José Luis, "Actualizar los antiguos consorcios", en *Revista Forestal Española*, n.º 10, Madrid, 1994.
- MINISTERIO DE MEDIO AMBIENTE, DIRECCIÓN GENERAL DE BIODIVERSIDAD, *Los incendios forestales en España, años 1980-2005*, Madrid, Base de Datos de la EGIF, 2006.

- PONZ PIQUER, Antonio, *Viage de España (1787-1793)*, 3ª ed., Madrid, Editorial Atlas, 1972.
- SIMÓN SEGURA, FRANCISCO, *La desamortización española en el siglo XIX*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales del Ministerio de Hacienda, 1973.
- TOMÁS Y VALIENTE, FRANCISCO, *El marco político de la desamortización en España*, Barcelona, Ariel, 1975.
- UNAMUNO, Miguel de, *Paz en la guerra*, Madrid, Librería de Fernando Fe, 1897.
- VÁZQUEZ DE FIGUEROA, José, “Memoria sobre la ordenanza de matrículas y reglamentos de montes leída ante las cortes el 5 de octubre de 1811”, en *Museo Naval* 1050/14, Madrid, 1811.

Normas

- COMISIÓN EUROPEA, *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la restauración de la naturaleza* COM/2022/304 final. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52022PC0304> [fecha de consulta: 1 de febrero de 2025].
- Decreto de 10 (3?) de septiembre de 1835 (restauración de ventas del trienio liberal (1820-1823), en FRANCISCO JAVIER CAMPOS Y FERNÁNDEZ DE SEVILLA O.S.A, “Textos legales de las desamortizaciones eclesiásticas españolas y con ellas relacionados”, en FRANCISCO JAVIER CAMPOS Y FERNÁNDEZ DE SEVILLA O.S.A (coord.), *La desamortización. El expolio del patrimonio artístico y cultural de la Iglesia en España: actas del Simposium 6/9-IX-2007*, San Lorenzo de El Escorial, Madrid, Ediciones Ecurialenses/Real Centro Universitario Escorial-María Cristina, 2007.
- Ley de Montes de 24 de mayo de 1863, en *Gaceta de Madrid*, n.º 148, Madrid, de 28 de mayo de 1863.
- Ley de Patrimonio Forestal de 9 de octubre de 1935, en *Gaceta de Madrid*, núm. 291, Madrid, 18 de octubre de 1935.
- Ley de Patrimonio Forestal de 10 de marzo de 1941, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 100, Madrid, 10 de abril de 1941.
- MINISTERIO DE FOMENTO DE ESPAÑA, “Clasificación general de los montes públicos [Texto impreso] / hecha por el Cuerpo de Ingenieros del ramo en cumplimiento de lo prescrito por Real Decreto de 16 de febrero de 1859 y Real Orden de 17 del mismo mes, y aprobada por Real Orden de 30 de setiembre siguiente”, 1859, en Biblioteca Digital Hispánica.
- Ordenanza, que su magestad, (dios le guarde) manda observar para la cria, conservacion, plantios, y cortas de los montes, con especialidad los que están inmediatos a la mar, y rios navegables: methodo, y reglas, que deben seguir los intendentes de marina, establecidos en los tres departamentos de Cadiz, Ferról, y Cartagena. Expedida en 31 de Enero de 1748*, en ALFREDO JOSÉ MARTÍNEZ GONZÁLEZ, “La elaboración de la Ordenanza de Montes, del 31 de enero de 1748, base de la política oceánica de la Monarquía española durante el siglo XVIII”, en *Anuario de Estudios Americanos*, vol. 71, n.º 2, Madrid, 2014.

- Real Decreto de 26 de marzo de 1834 sobre el cierre y venta de conventos y monasterios, en *Gaceta de Madrid*, n.º 38, Madrid, 27 de marzo de 1834.
- Real Decreto de 10 de abril de 1834 (de Reina Gobernadora Doña M^a Cristina de Borbón, regenta de la Reina Isabel II de España), sobre el traslado de eclesiásticos, en *Gaceta de Madrid*, n.º 51, Madrid, 12 de abril de 1834.
- Real Decreto de 22 de abril de 1834 (Reina Gobernadora Doña M^a Cristina de Borbón, regenta de la Reina Isabel II de España), sobre la creación de la Junta Eclesiástica, en *Gaceta de Madrid*, n.º 62, Madrid, 23 de abril de 1834.
- Real Decreto de 4 de julio de 1835 (de Reina Gobernadora Doña M^a Cristina de Borbón, regenta de la Reina Isabel II de España) suprimiendo la Compañía de Jesús, en FRANCISCO JAVIER CAMPOS Y FERNÁNDEZ DE SEVILLA O.S.A (coord.), *La desamortización. El expolio del patrimonio artístico y cultural de la Iglesia en España: actas del Simposium 6/9-IX-2007*, San Lorenzo de El Escorial, Madrid, Ediciones Escorialenses/Real Centro Universitario Escorial-María Cristina, 2007.
- Real Decreto de Desamortización de bienes de la Iglesia, del Ministerio de Hacienda del Reino de España, siendo su ministro Juan Álvarez Mendizábal. Complementado con una instrucción de 1 de marzo y una real orden de 8 de marzo, ambas de 1836, en *Gaceta de Madrid*, n.º 441, Madrid, 21 de febrero de 1836.
- Real Decreto de 16 de febrero de 1859 y Real Orden de 17 del mismo mes, y aprobada por Real Orden de 30 de setiembre siguiente, Ministerio de Fomento de España, 1959, en Biblioteca Digital Hispánica.
- Real Decreto-Ley de 8 de marzo de 1924 que aprueba el Estatuto Municipal, en *Gaceta de Madrid*, núm. 69, Madrid, 9 de marzo de 1924.
- Real Ordenanza de Montes de la Marina de 31 de enero de 1789, Biblioteca virtual de Defensa, Biblioteca Central Militar de España, n.º de registro: 2124727885, copia digital.
- UNIÓN EUROPEA, *Reglamento (UE) 2023/1115 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de mayo de 2023, relativo a la comercialización en el mercado de la Unión y a la exportación desde la Unión de determinadas materias primas y productos asociados a la deforestación y la degradación forestal, y por el que se deroga el Reglamento (UE) n.º 995/2010 (Texto pertinente a efectos del EEE)*. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2023/1115/oj/eng> [fecha de consulta: 13 de febrero de 2025]

Siglas y abreviaturas

AA.VV.	autores varios
coord.	coordinador
DOI	Digital Object Identifier
ed.	edición
EGIF	Estadística General de Incendios Forestales

etc.	etcétera
ha	hectáreas
https	Hyper Text Transfer Protocol Secure
I.E.P.	Instituto de Estudios Políticos
INE	Instituto Nacional de Estadísticas
m	metro
M ^a	María
núm. <i>a veces</i> n.º	número
<i>op. cit.</i>	<i>opere citato</i>
O.S.A.	Orden de San Agustín
p.	página
PORN	Plan de Ordenación de los Recursos Naturales
pp.	páginas
RENFE	Red Nacional de Ferrocarriles Españoles
R.O.	real ordenanza
UE	Unión Europea
vol.	volumen
www	World Wide Web

LA EVOLUCIÓN POSMODERNA DE LOS “DERECHOS HUMANOS”

THE POSTMODERN EVOLUTION OF “HUMAN RIGHTS”

*Javier Fernández Sandoval**

Resumen

Pretendemos examinar la evolución conceptual y práctica de los derechos humanos en clave posmoderna, destacando su continuidad sustancial con los postulados racionalistas de la modernidad. Partiendo de la libertad negativa como núcleo fundacional, demostramos cómo los llamados “nuevos derechos” representan una radicalización lógica del proyecto liberal moderno. El análisis revela cómo esta evolución ha conducido a la disolución del orden político clásico, la desnaturalización del derecho como criterio de justicia, y la transformación del Estado en un mero ejecutor de pretensiones individuales. Por último, valoramos críticamente las reacciones que, desde posturas conservadoras o nacionalistas, buscan oponer resistencia al fenómeno posmoderno, evidenciando sus limitaciones al compartir los mismos principios que intentan combatir.

PALABRAS CLAVE: derechos humanos, posmodernidad, autodeterminación, nihilismo, nuevos derechos.

Abstract

We intend to examine the conceptual and practical evolution of human rights in a postmodern key, emphasizing their substantial continuity with the rationalist foundations of modernity. Based on negative liberty as the core, it shows how so-called “new rights” are a logical radicalization of the liberal modern project. The analysis reveals how this evolution has led to the dissolution of the classical political order, the denaturalization of law as a standard of justice, and the transformation of the state into a mere executor of individual claims. Finally, it critically evaluates reactions from

* Magíster en Derecho, Universidad de Sevilla. Correo electrónico: jfdezs97@gmail.com

Artículo recibido el 5 de mayo de 2025 y aceptado para publicación el 26 de septiembre de 2025.

conservative or nationalist perspectives, highlighting their limitations due to shared foundational principles with the postmodern phenomenon they seek to resist.

KEYWORDS: human rights, postmodernity, self-determination, nihilism, new rights.

Introducción

Los derechos humanos como categoría de la modernidad axiológica no han quedado petrificados en el tiempo. Desde su surgimiento a fines del siglo XVIII, con lógicos precedentes que arraigan en el derecho natural de signo protestante, los estudiosos del asunto han observado diversos cambios en la categoría en sí.

Estas innovaciones han sido caracterizadas con un eminente criterio cronológico, distinguiéndose sucesivas generaciones. Las caracterizaciones que han pretendido penetrar algo más en el asunto, sobrevolando la cronología, se han dividido en dos bloques principales. Los que, por un lado, reconocen el balance positivo de los derechos humanos como categoría, pero encuentran diferencias de contenido –y de fuentes– en las transformaciones posteriores y los que, de otro lado, encuentran que dichas diferencias responden a una gradualidad en las fuentes comunes que los sustentan. El análisis de esta cuestión es uno de los ejes de nuestro estudio.

La incidencia política de los llamados “nuevos derechos” representa otro asunto a comentar. Y es que, en el debate sobre la materia, se aprecia una conexión innegable en el proceso de transformación de los derechos humanos con procesos que han tenido una importancia sobresaliente en la modificación de estructuras que, hasta ahora, parecían descansar desde su surgimiento –vinculado a las revoluciones liberales–. Los “nuevos derechos”, en este sentido, parecerían poner en jaque algunos de estos elementos, tal y como ha evidenciado la aproximación al asunto, bien desde la mera sociología, bien desde la experiencia política.

Y no solo en clave política se aprecian estas innovaciones, también el plano jurídico ha sido objeto de cambios reseñables, que merecen ser tenidos en cuenta en el análisis de la transformación de los derechos humanos. De nuevo, distinguiendo las aproximaciones meramente sociológicas, dependientes de la fenomenología moderna y posmoderna, y consecuentes con la experiencia jurídica, punto de partida de la reflexión filosófica del derecho.

Por último, estimamos conveniente tratar algunas de las reacciones a este fenómeno. Y no en un sentido positivo, sino, más bien, al contrario. La ra-

zón estriba en que la fundamentación de dichas respuestas es un camino –indirecto– complementario al estudio de nuestro tema y, por ello, pertinente.

I. Modernidad y posmodernidad

Parece razonable que, tras examinar el título de nuestro análisis, nos detengamos en dos conceptos. El primero, la evolución como proceso, esto es, la conexión existente entre los derechos humanos vistos desde el prisma posmoderno y los "principios" previos a estos. Por otro lado, encontramos el propio término de posmodernidad, que debe analizarse no solo a nivel cronológico, sino, también, teórico.

Debemos advertir que en este primer epígrafe realizaremos una aproximación conceptual a los términos, sin abordar las implicaciones prácticas de la evolución posmoderna, que serán estudiadas en los incisos siguientes, con especial énfasis en el plano político-jurídico.

1. RADICALIZACIÓN, DESCOMPOSICIÓN Y EVOLUCIÓN

Una de las principales dificultades que nos encontramos cuando tratamos la posmodernidad en su dimensión teórica se refiere a su conexión –o no– con la modernidad. Existen autores que niegan dicha relación o, al menos, la entienden en un sentido pervertido; siendo más que una reacción una traición a los presupuestos modernos en el sentido teórico. Otro grupo de autores afirman la dimensión evolutiva de la modernidad a través de sus axiomas, siendo lo posmoderno un desarrollo coherente con el andamiaje previo a esta. Por último, podríamos encontrar un grupo de autores que, vistas las heterogeneidades entre los sistemas que entran en comparación, así como sus afinidades, se inclinan por posturas eclécticas.

La respuesta al asunto es compleja, pues complejo es el objeto de estudio. Sería errado afirmar que cualquiera de las posturas anteriores goza de razón absoluta respecto de las demás. ¿Acaso quienes afirman la continuidad perfecta no perciben giros copernicanos? ¿Y en el sentido contrario? Hemos de extremar, por ende, la cautela en el análisis del asunto para evitar incurrir en posturas esquemáticas.

La modernidad teórica, afirma Danilo Castellano:

"es sinónimo de subjetivismo: de palabra exalta al sujeto, aunque en realidad lo destruye. Decir que modernidad y subjetivismo son la misma cosa significa considerar que a) teóricamente se pretende hacer del pensamiento el fundamento del ser; b) gnoseológicamente se cree poder erigir la ciencia

(entendida al modo positivista) como único método de conocimiento (en realidad pretende constituirse en dominio de una naturaleza que a menudo ignora; c) éticamente se identifica la moral con la costumbre (fruto de las opciones ‘compartidas’) o, en algunos casos y opuestamente, con la decisión personal; d) políticamente se reivindica el poder de crear el orden político (que, por esto, se limita a sólo orden público) sobre bases absolutamente voluntaristas; y e) jurídicamente se sostiene que la justicia es la decisión (efectiva) del más fuerte (pseudo-argumento de Trasímaco, que hacen suyo las doctrinas positivista y politológica del ordenamiento jurídico, que tantos contemporáneos comparten)”¹.

La síntesis previa nos hace encontrarnos ante un fenómeno particular, ya que los principios que lo soportan son, en esencia, antiprincipios. La razón estriba en que el giro copernicano que concede el subjetivismo al “conocer” racional no solo invierte su subordinación al ser, tal y como afirmaban los clásicos, sino que imposibilita el propio conocer, porque se conocen las cosas y no lo que se piensa de estas². El racionalismo como articulación “filosófica” del subjetivismo moderno configura toda la modernidad en el sentido teórico, y la condiciona en el sentido temporal.

La posmodernidad surge en un contexto temporal particular. Juan Fernando Segovia³ apunta a la confluencia de una serie de elementos sin los

¹ Danilo CASTELLANO, “¿Es divisible la modernidad?”, p. 228. En su glosa al texto del maestro friulano, Julio Alvear aporta una caracterización de notable interés. Danilo Castellano, afirma el académico chileno: “completa la descripción del subjetivismo como principio maestro del proyecto moderno. Es como una fuente pestilente que sirve de canal para la expansión de los errores capitales que ha conocido la humanidad en los últimos siglos. Errores que son principios de otros errores: racionalismo, voluntarismo, inmanentismo, vitalismo, liberalismo, democratismo. El autor los describe a través de los siguientes principios: a) El principio del subjetivismo, en sí mismo considerado, pone fin a la vieja metafísica, que presumía conocer lo real fuera del hombre y del pensamiento; b) el principio de la razón inmanente y liberadora, conlleva el primado absoluto de la conciencia, tal como lo comprendió el protestantismo en sus efectos secularizadores y el naturalismo; c) el principio de la religión como necesidad inmanente, satisfecha con la elaboración racional del objeto que se encuentra en el espíritu. Por este principio, la filosofía moderna pretende crear a Dios; d) el principio de la verdad como identidad del espíritu: la verdad coincide con la vida, con la autodeterminación, etc.; e) el principio (político) de la democracia, como auténtico autodeterminarse de la identidad histórico-sociológica del pueblo y/o de los individuos”. Julio ALVEAR, “El subjetivismo como principio del mal. La esencia de la modernidad en el pensamiento de Danilo Castellano”, p. 143.

² Sobre esto, Juan Fernando Segovia desarrolla este eje de la modernidad preguntándose por su naturaleza, y afirma: “el racionalismo, ya por vía filosófica, ya por expulsión religiosa, acaba constituyéndose en una manera de ver el mundo como algo implantado por la razón en las cosas; de otra manera, diríamos que el racionalismo es «una razón que piensa el mundo, no que lo conoce”. Es cierto que el mundo existe con independencia de mí (el mundo está ahí como cosa extensa) pero no existiría como tal si yo no lo pensara. Y al pensarlo lo advierto como algo distinto del yo que lo conoce”. Juan Fernando SEGOVIA, *De la modernidad a la posmodernidad. Una visión católica*, p. 19.

³ *Op. cit.*, pp. 45-48.

cuales no puede entenderse el fenómeno. Así las cosas, el derrumbe del Estado, el fin de la historia y el progreso, la globalización de las finanzas, la radicalización de la duda escéptica, el multiculturalismo, la muerte de Dios o la nueva temporalidad, entre otros, son elementos que dan el tono de un nuevo contexto que refuerza la idea de una crisis de la modernidad y su transformación en posmodernidad. Ahora bien, este paso –lo hemos apuntado– no es unívoco, y admite múltiples matices.

Es claro que la ruptura con lo moderno, sustancialmente, responde a una radicalización de la modernidad. Partiendo de la libertad negativa, el papel del Estado como garante indirecto –identificando bien común con bien público– de la libertad personal pasa, tras la siniestra experiencia totalitaria, a garante directo de la libertad negativa. Pero es un fenómeno coherente en su esencia, puesto que se trata de suprimir los obstáculos que condicionen el ejercicio de la voluntad, confundida con la libertad; incluyendo, y aquí encontramos el salto, los supuestos beneficios nacidos de la modernidad en su fase fuerte. Lo mismo podría decirse de la traslación del derecho a pretensión que, aunque lo veremos después, opera no como una subjetivación, sino como individualización del derecho⁴, debido a que ya antes había sido subjetivado en la figura del Estado a través de la soberanía racionalista.

Se trata, en resumen, de una fase radicalizada de la modernidad y, por ello, moderna en lo sustancial, pero accidentalmente posterior. El propio término parece apuntarlo⁵, dado que el prefijo ‘pos’ pudiera dar a entender un juicio cronológico, lo que viene después, y –siendo cierto– también adjetiva un sustantivo previo, o sea, es una concreción accidental de la modernidad axiomática.

Por otro lado, esta radicalización coexiste, *rectius* favorece procesos de decadencia o descomposición. Así, por ejemplo, la primacía de la individualidad condiciona de manera indiscutible la crisis del Estado, máquina de poder confundida con la comunidad política y que constituyó la destilación más acabada de la modernidad fuerte. Como hemos apuntado, la descomposición no opera en el vacío, sino que es a través de la radicalización de los principios modernos por donde llegamos a la crisis de instituciones revolucionarias que, antaño, pretendieron fundar el nuevo orden. También de ello hay ejemplos en el plano jurídico, como se aprecia en la proliferación de normativas particulares y técnicas, oscureciendo la aspiración racionalista de la codificación. Pero, de nuevo, es una crisis que responde a la radicalización de sus presupuestos, en virtud de que la elephantiasis normativa contemporánea no puede

⁴ Javier FERNÁNDEZ, “El personalismo. Implicaciones jurídicas”, pp. 417-420.

⁵ Miguel AYUSO, “Antimodernidad, modernidad y posmodernidad. Los sedicentes antimodernos hoy”, p. 749 y ss.

desvincularse de la ensoñación racionalista de ordenar el mundo, antes codificando y ahora dilatando dicho ordenamiento.

En un tercer lugar, encontramos fenómenos que es difícil encuadrarlos en los procesos de radicalización o descomposición, previamente referidos. Se trata, a nuestro juicio, de la evolución y concreción de los principios modernos, no siempre radicalizada. Aquí ha tenido un peso notable el nuevo panorama tecnológico, que ha favorecido la aplicación de los principios modernos a un nuevo mundo que se abría paso. Pueden citarse como prueba de ello las regulaciones del ejercicio de libertad de expresión en redes o plataformas digitales, con regulación propia y particular, donde observamos un principio moderno aplicado a situaciones nuevas.

Como es evidente, la posmodernidad no puede encajarse de manera unívoca en un proceso determinado sin incurrir en un discurso o análisis cartesiano. No obstante, sí puede observarse que se trata de un fenómeno en esencia moderno, no teniendo cabida las posturas que pretenden salvar la modernidad axiomática condenando lo que alumbró. Los procesos de radicalización y evolución así lo describen, y en cuanto a los procesos de descomposición, ya hemos apuntado que esta viene, en efecto, de la evolución o radicalización de la modernidad, por lo que la disociación, de nuevo, es incorrecta. Los paladines de la tesis divisoria o del cambio sustancial suelen aferrarse, de manera historicista, a hechos y eventos particulares que dieron al traste con las bondades de la modernidad; como si los hechos o fenómenos fuesen bisagras de la historia de los hombres de modo reductivo. Dentro de estos hechos fatales ninguno es tan invocado como el mayo francés de 1968, por lo que hemos de referirnos al asunto para mostrar la continuidad coherente de ambas épocas.

2. EL 68 COMO PROBLEMA

La caracterización tiene su intención⁶. Y es que podemos leerla como una aproximación crítica a los acontecimientos del llamado mayo francés de 1968, y sería correcta como acepción. Lo que no obsta, por otro lado, para que la crítica se refiera al propio término o, incluso, a las valoraciones y adjetivaciones del mismo.

En cuanto a la primera acepción del “problema” es claro que la revolución de mayo de 1968 constituye un paso más en la ya iniciada senda de la secularización racionalista, tornado en efectivo el nihilismo virtual de la

⁶ Es análoga a la empleada por Pedro LAÍN, *España como problema*, quien, fiel a la lógica europea y laicista de La Falange, empleaba el término con ánimo de problematizar la sustancia católica española. El recurso fue también empleado –con sutil agudeza– por Miguel AYU-RO, *La hispanidad como problema. Historia, cultura y política*, pp. 1-120.

modernidad. La progresión radicalizada de los principios que ya implicaban la modernidad se convirtió en un ataque feroz no solo contra el orden cristiano —o lo que de este quedaba—, sino, también, de las instituciones revolucionarias modernas. Así, la libertad negativa que hizo rodar la cabeza de Luis XVI exigía ahora las de los jerarcas del Estado francés, afincados en partidos que se veían caducos. Tampoco el marxismo fue ajeno a esta revolución, pese a lo que la miopía conservadora hoy predica de este periodo. Las juventudes burguesas que clamaban contra la ortodoxia moscovita, que se afirmaba en un hombre férreo subordinado a los intereses del partido, disfrazados como comunes, y se decían maoístas; pero no tanto por una interiorización de la lectura peculiar de Mao Tse-Tung sobre el marxismo, sino porque esta representaba la contestación al estado de cosas que imperaba en el comunismo de la época. Por tanto, y desde este prisma, es lógico que no podemos realizar una valoración positiva de los sucesos de mayo de 1968 en tanto que supuso la radicalización de la modernidad axiológica.

Dicho lo anterior, pasemos a lo que estimamos más conveniente tratar en tanto que silenciado hoy por las voces críticas con el suceso en cuestión. Efectivamente, los movimientos conservadores han querido justificar su defensa de la modernidad respecto del orden antiguo en la traición que aquella sufrió de la mano de la “contestación”. Se abomina, por ejemplo, de los derechos sexuales invocando los derechos liberales, o se combate la ideología pacifista con el principio de no intervención como bandera.

He aquí la segunda acepción del problema, esto es, la problematización de la categoría del mayo francés en sí misma. Y primero hemos de realizarla desde el prisma terminológico. Se ha adjetivado con tanta alegría como negligencia a la “contestación”, y ello requiere un análisis. Thomas Molnar señaló que se trataba de un abuso, pues⁷, el ambiente nacido del americanismo el que alumbró estas concepciones, dando pie a una irradiación “occidental” de las mismas. La inexistencia de auténtica comunidad propia del mundo anglosajón, radicalizada por el nihilismo moral que el americanismo implicaba, conducía a una existencia del Estado *sui generis* en el mundo estadounidense o, incluso, a su inexistencia *formaliter loquendo*⁸, con la volatilización de la política como corolario (o premisa), supuso la exigencia de los diversos colectivos tradicionalmente marginados por el puritanismo cal-

⁷ Thomas MOLNAR, *El modelo desfigurado. Los Estados Unidos desde Tocqueville a nuestros días*, p. 242 y ss. Esta conexión puede apreciarse, con mención adicional a Frankfurt, en Thomas MOLNAR, *La autoridad y sus enemigos*, p. 135 y ss. Véase también Julio ALVEAR, *Los nuevos derechos humanos: la última degradación del hombre*, pp. 114-115.

⁸ Miguel AYUSO, *Constitución. El problema y los problemas*, p. 149. En relación con el mayo francés véase Miguel AYUSO, *La disolución de la política en la era del poshumanismo*, pp. 43-44.

vinista –horma del mundo estadounidense–, que cristalizó en la formulación de una actividad, lenguaje y actitud contestataria como reacción a su peculiar situación. No puede, entonces, desgajarse dicha contestación de 1968, de las exigencias estadounidenses previas, donde el pluralismo o la corrección política no eran más que la actualización del americanismo y el puritanismo modernos.

Por otro lado, encontramos la supuesta herencia marxista de la contestación, con las implicaciones en el surgimiento de los derechos nuevos que hoy se predica. De nuevo, es una paradoja múltiple. En primer lugar, porque la prédica supuestamente antimoscovita, en nombre de un supuesto maoísmo respondió –como hemos mencionado– a una lógica solo reactiva. Pero, por otro lado, el análisis de las exigencias no parece tener una conexión directa con el marxismo-leninismo, más bien al contrario. La liberación sexual, lejos de constituir un aliciente a la colectivización o al triunfo socialista, se formula como una auténtica exigencia individualista y liberal, con las premisas del dominio del propio cuerpo que no están en Vladímir Lenin, sino en John Locke. También el globalismo pacifista se encuentra de manera frontal con la dialéctica como nervio de la historia, haciendo del conflicto y de la guerra el ritmo del progreso; más bien es el liberalismo kantiano y la autonomía lockeana lo que fundamenta dicha exigencia.

Estos ejemplos, y otros muchos que la corrección extensiva de estas líneas nos obliga a omitir, parecen conectarnos con la esencia de la contestación de 1968, que no es marxista sino liberal, *rectius* contiene de marxismo lo que la hace operativa al liberalismo radicalizado. Así, es lógico que pudiesen invocarse las reclamaciones al Estado en la garantía de estas pretensiones, señalando como ejemplo los derechos de segunda generación o sociales. Pero no es menos cierto que, divergiendo del liberalismo decimonónico en el papel garante del Estado en forma directa, la sustancia de las reclamaciones es eminentemente liberal, ya que son expresiones radicalizadas de la libertad negativa. De esta forma, la libertad sexual no ataca la familia como expresión de clase o dominación económica –al modo marxista–, sino como condicionamiento a la autonomía de la voluntad individual, radicalizando la libertad política en libertad personal. Lo mismo podría señalarse del feminismo de moda desde la contestación que, lejos de ser expresión marxista del asunto, emplea su terminología dialéctica para una conquista plenamente liberal⁹,

⁹ Afirma esta continuidad Jean MADIRAN, *Después de la Revolución de 1968*, pp. 29-30: “Llega un día, el nuestro, en que la filosofía moderna alcanza normalmente su último término de maduración, de putrefacción, y en donde, en fin consciente de lo que ella llevaba en ella, se la oye anunciar claramente lo que ella era, sin saberlo bien, desde siempre. He aquí lo que un filósofo moderno escribió en 1966, en un número de revista consagrado a un cierto Jean-Paul Sartre: ‘Hacerse oír no es atraer la simpatía. Es esparcir el terror. La filosofía de mañana

la autonomía de la voluntad femenina. Por tanto, nos encontramos ante un genuino fenómeno liberal que toma del marxismo las herramientas para su efectividad o, más en específico, incorpora los elementos marxistas como actualización del liberalismo que lo originó¹⁰, con intención radicalizadora.

Se trata, como afirma Jean Madiran, de:

“una revolución que es la Revolución se levanta contra un orden que no es el orden. Pero no es cierto, sería imposible, por otra parte, que este orden no sea el orden en absoluto. Subsisten siempre, mientras se viva fuera del caos absoluto, verdaderos elementos de orden público, insuficientes, mal agenciados que permiten, sin embargo, la vida cotidiana. Son esos elementos reales de orden público los que atacaba la Revolución en mayo de 1968 para reducir al conjunto de la población a la desesperación, al atontamiento y al miedo: la seguridad física de las personas, su libertad de movimiento, su tranquilidad, las comunicaciones sociales, los intercambios, el aprovisionamiento y hasta la posibilidad de esperar una opinión individual sin ser obligado a bajar la cabeza ante la opinión colectiva de los soviets anónimos instalados por todas partes. Le falta justicia y consistencia a este orden real: hay que curarlo, no asesinarlo”¹¹.

El rechazo a los auténticos orígenes y naturaleza de la “contestación” conduce de manera fatal a errar en su confrontación, calificando como “cultural” a la refutación que debiera ser política, o camuflando cómodamente –pues se encuentra extinto– de comunismo al liberalismo radical.

será terrorista. No filosofía del terrorismo, sino filosofía terrorista, ligada a una práctica política del terrorismo’. Es toda la filosofía moderna que estaba ligada sustancialmente a la práctica política del terrorismo que ella ha engendrado. Tal declaración no hubiera asombrado a un Charles De Koninck, no asombrará a un Gilson. El resorte principal y último de la filosofía moderna no está en un error de inteligencia sino en una rebelión de la voluntad, es un ‘non serviam’ universalmente destructor de Descartes, que ciertamente hubiera estado horrorizado, de Descartes a Kant, de Kant a Hegel, de Hegel al cocktail molotov, vale la consecuencia”.

¹⁰ Cfr. Jean OUSSET, “Los acontecimientos de mayo-junio de 1968”, p. 570. Puede verse también ALVEAR, *Los nuevos derechos...*, *op. cit.*, pp. 113-114: “La contestación de mayo de 1968 desarrolla las premisas planteadas en siglos anteriores, pero con el siguiente elemento novedoso: no propone una ideología ‘positiva’, sino ‘negativa’, haciendo de la desestabilización permanente el objeto de la revolución. En este cuadro, cualquier proyecto deja de ser legítimo, porque la misma idea de proyecto –que envuelve elementos que atan– debe ser desechada. Ahora es la ausencia de proyecto lo que se propugna, pues es lo único que permite a cada individuo su propia realización según sus pulsiones inmediatas, dejando espacio al ‘vitalismo’. El individuo no debe actuar tras haber pensado, sino que debe pensar sólo en función de la satisfacción del instinto, la pasión y el deseo, de manera que la *vis* y no la razón se convierta en regla y guía de sus acciones. En este punto, mayo del 68 lleva a sus consecuencias extremas los presupuestos de la doctrina liberal: alguien es verdaderamente libre cuando puede hacer (y hace) lo que desea en el más amplio sentido de la palabra”.

¹¹ MADIRAN, *op. cit.*, p. 12.

II. La autodeterminación: la disolución de la comunidad política (y del hombre)

En cuanto a la incidencia política de los llamados nuevos derechos, debemos distinguir dos bloques diferenciados. Por una parte, no podemos obviar el cambio que supone la modernidad débil, esto es, la transformación del papel del Estado en relación con la libertad negativa. Tal clave se presenta como nodal a efectos de trasladar nuestro análisis en perspectiva política. Por otro lado, nos detendremos en los corolarios propios de lo político asociados a la concepción posmoderna de los derechos humanos, tomando para ello algunos ejemplos jurisprudenciales.

1. LA GARANTÍA DIRECTA DE LA LIBERTAD “NEGATIVA”

La posmodernidad no puede separarse de lo que Danilo Castellano ha denominado la “modernidad débil”. En un contexto posterior a la Segunda Guerra Mundial, el horror del conflicto operó como catalizador para una profundización en los principios modernos, desarrollándose, en lo sustancial, un fenómeno radicalizador de los mismos, compatible con procesos de evolución y descomposición, como hemos señalado con anterioridad.

El hombre¹², según los axiomas racionalistas, construye el mundo partiendo de sí y tendiendo a sí mismo. El punto de partida del conocimiento de la realidad es el hombre, no en calidad de receptor de la experiencia, sino como medida de la propia realidad. La nueva “política” descansa, por tanto, sobre la inversión de la obligación natural hacia el derecho natural¹³. Este pseudo derecho es ajeno a lo justo, siendo reconducido a la conservación del hombre y al ejercicio de su libertad negativa, esto es, a disponer de sí según su voluntad.

¹² Seguimos para ello Javier FERNÁNDEZ, “Personalismo y derecho político. Nexos y causas de una tendencia disolvente”, pp. 34-36.

¹³ Danilo CASTELLANO, *El derecho entre orden natural y utopía*, pp. 58-61, en especial p. 67: “Hobbes, por ejemplo, afirma claramente que ‘el derecho natural [...] es la libertad que todo hombre tiene de usar el propio poder como desea’; aunque precisa, sosteniendo así un criterio (al menos funcional) del ejercicio del poder, que lo hace siempre en vista de la conservación de la propia vida. La libertad, por otra parte, depende a su juicio del ‘silencio’ de la ley: donde hay ley no hay libertad y viceversa”. Conviene apuntar que de esta concepción “negativa” de la libertad se deriva una concepción dialéctica –en sentido moderno– del bien, punto nodal del análisis que nos ocupa. FRANCISCO ELÍAS DE TEJADA, “Construcción de la paz y asociaciones intermedias, pp. 78-79. También citado en Miguel AYUSO, *Las murallas de la ciudad*, pp. 100-101.

El Estado es deudor de esta concepción, siendo la conclusión deductiva de la garantía de la libertad negativa del hombre, heterogénea en su concreción según los autores. Lo importante que debemos destacar es la inversión de los términos. El mundo clásico y cristiano culminaba en el bien común como bien más perfecto, en tanto que el Estado es la cumbre de la maquinaria precisa para salvaguardar la libertad negativa del individuo. El Estado es, por ello, en la modernidad fuerte una *garantía indirecta* del ejercicio de la libertad negativa de los gobernados, pues la liberación queda cifrada, en este momento, en el ejercicio de la libertad negativa estatal que, de modo indirecto, garantiza la de los individuos.

La modernidad débil surgió de la falsedad de identificar el bien del Estado –bien público– con el bien del hombre. Pero la reacción se desarrolló sobre los mismos mimbres racionalistas, dando paso a una radicalización del pseudo derecho al ejercicio de la libertad negativa¹⁴. El Estado, tras la Segunda Guerra Mundial, se pone a disposición de los individuos, siendo ya no el garante indirecto sino directo de esa libertad. Esta, además, desarrollando su naturaleza nihilista, se torna en autodeterminación, necesitando la ayuda del Estado para la ejecución de sus pretensiones, ahora “derechos”¹⁵. El Estado, para la modernidad débil, se torna en *garantía directa* de la libertad negativa, en asegurador de las pretensiones tonadas en derechos, de cuya prestación extrae su propia legitimidad.

Tales pretensiones incorporan corolarios no menores. Para empezar, nos encontramos con un proceso doble disolvente. La comunidad política, por su parte, encuentra radicalizado el vaciamiento del que fue objeto en la modernidad fuerte, porque esta implica la supresión de todo principio de cau-

¹⁴ Danilo CASTELLANO, *Constitución y constitucionalismo*, p. 111 y ss. Conviene también consultar, en el contexto de modernidad “débil”, Juan Fernando SEGOVIA, *De la modernidad...*, op. cit., p. 108 y ss., y, del mismo autor, *Los derechos humanos. Individualismo, personalismo y antinaturalismo*, p. 25 y ss. Conviene señalar que, además de la indisoluble conexión con la libertad “negativa”, es importante leer las transformaciones del derecho político al calor del desarrollo de la libertad liberal. Sobre ello, véase Juan Fernando SEGOVIA, *Derechos humanos y constitucionalismo*, p. 27 y ss.

¹⁵ Es, a nuestro juicio, en esta fase radicalizada de la modernidad donde se percibe con mayor nitidez el “movimiento” que Leo Strauss atribuye a Thomas Hobbes, o sea, la inversión de la obligación por el “derecho” –*rectius* pretensión–, que sería la sustitución del orden por el sujeto como criterio político, confundido este último con subjetividad en clave inmanente. El bien común, con entidad propia, ha desaparecido de la cumbre de los saberes políticos, colocándose en su lugar toda la maquinaria del Estado al servicio y deseos del hombre, que el Estado, en tanto pretensiones, erige en bien de la comunidad. Esta inversión puede verse refutada en Rubén CALDERÓN, *Sobre las causas del orden político*, pp. 78-83. Es pertinente consultar, también, la glosa de Juan Fernando SEGOVIA, “Las causas del orden político según Rubén Calderón Bouchet o de los fundamentos del pensamiento político tradicional”, p. 867 y ss.

salidad formal y final, para quedar reducida a la causa eficiente encarnada en la soberanía como medio de imposición de la voluntad del gobernante y en la razón de Estado como nuevo criterio de autoconservación del poder. La concepción posmoderna de garante directo convierte al Estado en una entidad cualificada de prestación de servicios dictados por la autodeterminación subjetiva del individuo. La soberanía antaño predicada de los Estados se transfiere a los individuos y su voluntad, fijando la legitimidad del Estado en su cooperación para la efectividad de las pretensiones particulares.

Se radicaliza, por ello, la sustitución del bien común como causa final de la comunidad de los hombres. A la primera sustitución racionalista por el bien público, propio de la persona *civitatis*, le sigue la sustitución por el bien individual.

“Derivó de ahí –señala Danilo Castellano– como consecuencia del desplome de lo público sobre lo privado, la desaparición del bien (incluso del que sólo es su subrogado) y necesariamente la desaparición del bien común en sí. El único fin de la comunidad política que se considera legítimo es el de asegurar, garantizándolo en la perspectiva liberal y/o promoviéndolo en la perspectiva liberal-socialista, la libertad negativa que a su vez se convierte en liberación total en la perspectiva marxista y en la liberal-radical. Pero, como esto no es posible en absoluto, se asignó al poder la tarea de mediar entre instancias y pretensiones contrapuestas, tanto que ahora se afirma explícitamente que el Parlamento es el lugar de la composición de los intereses. El poder político, por ello, estaría legitimado por un contrato de mandato o bien por un consenso mayoritario de la sociedad civil, no ciertamente por la racionalidad del mando político, entendida la racionalidad como conformidad a la esencia y al fin natural de las personas. El Estado moderno de la vieja Europa desapareció. Se afirmó el Estado como proceso teorizado por la politología norteamericana desde finales del siglo XIX, que entiende que el poder político es un mero poder y que el conflicto es el alma de la llamada convivencia civil. Lo que implica que la realización de la voluntad, la obtención de los intereses, el agotamiento de las pasiones y los deseos tanto de los individuos como los grupos, y no –por tanto– la vida según la razón, representen el objetivo que conseguir. Esto es lo que se considera el bien, que no tiene nada de común siendo de parte o solipsista, en todo caso privado en el sentido moderno del término”¹⁶.

La consecuencia es, por tanto, evidente. La comunidad política queda descompuesta, ya que se pretende sustituir por la coexistencia arbitraria de grupos particulares en pugna respecto de sí o de otros a través del ejercicio de la libertad negativa. Se da, así, la paradoja de la instauración del caos y la anarquía como método de imposición de la soberanía de los Estados, sumi-

¹⁶ Danilo CASTELLANO, “¿Qué es el bien común?”, pp. 19-20.

dos estos –inevitablemente– en una profunda crisis nacida de la radicalización posmoderna de los “principios” que los alumbraron.

2. LOS NUEVOS DERECHOS Y SU INCIDENCIA POLÍTICA

Como hemos señalado con anterioridad, la libertad negativa y la autodeterminación como corolario, constituyen el núcleo de los derechos humanos y, por ello, de su evolución posmoderna. Es preciso aclarar que respecto de esta última, conviene reparar en las consecuencias jurídicas que de ella se deriva, o sea, de las implicaciones jurídicas de los nuevos derechos.

La autodeterminación, como decimos, se encuentra en el origen de los derechos humanos como categoría político-jurídica. Los procesos revolucionarios que los alumbraron se asientan sobre la determinación colectiva de la voluntad popular. No solo en la Revolución francesa y en la consiguiente *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*, sino que el caso español así lo demuestra. La Constitución de 1812 prueba una voluntad de determinación colectiva de una nueva entidad que representa el juicio volitivo racionalista que sigue al proceso de autoconocimiento de la nación. Así las cosas, la nación política, de cuño liberal, descansa en la autodeterminación colectiva de unas Cortes que dan lugar a una ficción jurídica a través de la cual el mandato imperativo de la Cortes tradicionales se transforma por voluntad de las partes en mandato representativo moderno; los sujetos determinan que a partir de tal momento no representan a los diversos cuerpos sociales que conformaban el orden antiguo, sino que son representantes de la nación e intérpretes de la voluntad general. Los derechos humanos surgen como categoría en dicho contexto, y son la plasmación de la garantía de la libertad negativa de los ciudadanos que se expresa por boca de sus representantes.

Los procesos de autodeterminación constitucional o colectiva propios del siglo XIX planteaban multitud de contradicciones. La más sangrante se refiere a que, respondiendo dichos procesos a una concepción racionalista e ideal del hombre abstracto, no parece tener sentido acantonar el proceso de autodeterminación en los viejos reinos cristianos, sino que –en puridad– debería de tratarse de un fenómeno universal. La nación política liberal se presenta, así, como una ficción ideológica que sirve de instrumento al servicio de la revolución en la medida en que pretende emplear los viejos modos de representación para introducir las innovaciones liberales. Este proceso, por sus contradicciones internas, se encontraba abocado a ser sustituido.

La sustitución se aprecia ya a principios del siglo XX, con la creación de la Sociedad de Naciones tras la Gran Guerra, como ensayo de un instrumento previo a la nación global. La Segunda Guerra Mundial frustró el proceso

concreto, pero no el proceso en sí. En primer lugar, porque las partes enfrentadas aspiraban a crear un orden nuevo según los diversos modelos ideológicos en liza. Pero, en especial, es la victoria de los aliados, primero sobre los fascismos y luego sobre el marxismo soviético, lo que dará paso a concretar la nación global. Tal es el sentido de la Organización de Naciones Unidas, con la *Declaración de derechos humanos* que la acompaña. La declaración, en tal contexto, opera como un elemento de legitimación de los Estados; es en la medida en que los Estados afirmen la libertad negativa de los gobernados el criterio para su propia legitimación.

De ahí que sea desde tales instancias a partir de las que se alienta al principio de autodeterminación de los pueblos. Las organizaciones internacionales, al amparo de los derechos humanos en su dimensión posmoderna, han sido objeto de notables interferencias en los Estados no sometidos a sus directrices. Se aprecia, de esta manera, una dinámica globalizadora de los derechos humanos en su versión posmoderna, con la garantía directa de la libertad negativa como argumento. La inadecuación de los ordenamientos jurídicos a los nuevos derechos, tales como los derechos reproductivos o los procesos de autodeterminación supuestamente frustrados por la pertenencia de diversos territorios a espacios culturales decimonónicos, como evidencia la promoción del indigenismo o el anticolonialismo, han supuesto una punta de lanza del proceso de globalización con la bandera de los derechos humanos como título de justificación.

En tales términos se pronuncia la *Carta de la Organización de las Naciones Unidas*, que afirma en su artículo 55:

“con el propósito de crear las condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones, basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, la Organización promoverá: a) niveles de vida más elevados, trabajo permanente para todos, y condiciones de progreso y desarrollo económico y social; b) la solución de problemas internacionales de carácter económico, social y sanitario, y de otros problemas conexos; y la cooperación internacional en el orden cultural y educativo; y c) el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades”.

Por su parte, la resolución 1514 (XV) de la *Asamblea General, o Declaración sobre la concesión de independencia a los países y pueblos coloniales* (1960), afirma:

“todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación; en virtud de este derecho, determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural”.

Por último, pueden citarse los dos pactos adoptados en 1966 (el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) consagran de igual forma el derecho de los pueblos a la autodeterminación. En el artículo primero de ambos se afirma:

“1. Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural. 2. Para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio de beneficio recíproco, así como del derecho internacional. En ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia. 3. Los Estados Partes en el presente Pacto, incluso los que tienen la responsabilidad de administrar territorios autónomos y territorios en fideicomiso, promoverán el ejercicio del derecho de libre determinación y respetarán este derecho de conformidad con las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas”.

Los derechos humanos en su versión posmoderna han operado sobre la falacia liberal del derecho a la autodeterminación, plasmada en el plano colectivo. Siendo un abuso afirmar la autodeterminación en sí, es claro que sus dimensiones individuales o colectivas carecen de fundamento desde el prisma clásico, que afirma la comunidad de los hombres como todo potestativo al servicio del bien común. La secesión¹⁷ alimentada por los derechos humanos posmodernos evidencia el proceso de radicalización de los principios modernos, con especial énfasis en el desmembramiento de las comunidades políticas.

Por otra parte, encontramos la aplicación individual o particular de los derechos humanos, con sus corolarios políticos. La posmodernidad, lo hemos referido, ha supuesto un proceso de radicalización moderna en la que la autodeterminación no se predica ya de los Estados, a través de la soberanía¹⁸, sino que se traspasa al propio individuo. La sustitución del bien público por el bien privado o particular modifica el papel del Estado como prestador de los servicios exigidos para el ejercicio de la libertad negativa de los gobernados. Se produce, así, no solo un desmembramiento de la comunidad política en clave colectiva –autodeterminación de los pueblos–, sino, también, de forma particular, pues la sociedad orgánica queda arrumbada por la aparición de

¹⁷ Miguel AYUSO, *¿El pueblo contra el Estado? Las tensiones entre las formas de gobierno y el Estado*, p. 108 y ss.

¹⁸ Rudi DI MARCO, *Diritto e “nuovi” diritti. L'ordine del diritto e il problema del suo fondamento attraverso la lettura di alcune questioni biogiuridiche*, p. 149 y ss.

lobbies o grupos de presión particulares nacidos para lograr la efectividad de sus pretensiones.

Surge, en tal contexto, el problema politológico, o sea, el Estado como proceso de confrontación de los individuos en liza por la conquista del poder al servicio de sus pretensiones. Señala Danilo Castellano:

“la disolución del Estado, del Estado moderno, es aún más evidente en la doctrina politológica. Ésta sostiene, en efecto, que el Estado no es una institución sino un proceso. Está en continuo devenir. Se hace en la historia, siguiendo un desarrollo que guían las fuerzas sociales que logran afirmarse e imponerse. La doctrina politológica no elimina a los partidos, sino que los utiliza y revaloriza. Pero no por la ideología y en función de la ideología que portan, sino por los intereses en que se apoyan y persiguen. No se trata de intereses ‘ideales’, sino de intereses ‘concretos’, a veces egoístas. Un papel similar al de los partidos lo juegan las instituciones. Quien momentáneamente detenta el poder se sirve de ellas para conseguir eficaz y rápidamente las finalidades que los grupos de presión han fijado previamente como metas”¹⁹.

Tal ha sido el razonamiento de los ordenamientos jurídicos contemporáneos y los tribunales constitucionales en el desarrollo posmoderno de los derechos humanos. En tal situación, en la STC 53/1985 se afirma:

“junto al valor de la vida humana y sustancialmente relacionado con la dimensión moral de ésta, nuestra Constitución ha elevado también a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona, que, sin perjuicio de los derechos que le son inherentes, se halla íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad (art. 10) y los derechos a la integridad física y moral (art. 15), a la libertad de ideas y creencias (art. 16), al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18.1). Del sentido de estos preceptos puede deducirse que la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás. La dignidad está reconocida a todas las personas con carácter general, pero cuando el intérprete constitucional trata de concretar este principio no puede ignorar el hecho obvio de la especificidad de la condición femenina y la concreción de los mencio-

¹⁹ Danilo CASTELLANO, *Política. Claves de lectura*, pp. 95-96. Para estudio de la politología en el pensamiento del autor véase Juan Fernando SEGOVIA, “La politología o el nihilismo político: teoría y práctica de la antipolítica”, p. 134: “Si se pregunta ¿qué fin asigna la politología a la actividad política?, no hay más contestación posible que el interés, la utilidad, los intereses. Consiguientemente, la politología, como ha anticipado Castellano, procede de la negación de la naturaleza de la comunidad política y su reemplazo por la organización, por el mecanismo; esto es, hace de la política un instrumento artefactual –un dispositivo construido por los hombres– al servicio de los intereses, una máquina que funciona según lo proyectado y que permite a cada uno perseguir su interés”.

nados derechos en el ámbito de la maternidad, derechos que el Estado debe respetar y a cuya efectividad debe contribuir, dentro de los límites impuestos por la existencia de otros derechos y bienes asimismo reconocidos por la Constitución”.

Por su parte, la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, reguladora de la eutanasia, establece:

“legalización y regulación de la eutanasia se asientan sobre la compatibilidad de unos principios esenciales que son basamento de los derechos de las personas, y que son así recogidos en la Constitución española. Son, de un lado, los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física y moral, y de otro, bienes constitucionalmente protegidos como son la dignidad, la libertad o la autonomía de la voluntad”.

Los Estados, por ello, quedan desmembrados por el cumplimiento de las finalidades específicas o particulares de los diversos grupos sociales²⁰, disolviéndose toda finalidad de la política que no se identifique con la satisfacción de los caprichos privados. Si bien es cierto que este corolario se encontraba ya virtualmente en la ideología de los derechos humanos —en razón a que descansan en la libertad liberal negativa—, no es menos cierto que la interpretación posmoderna de estos ha tornado en efectivo el nihilismo que anidaba en su fondo.

III. La agonía del derecho y el triunfo de los “derechos”

Una vez planteadas las implicaciones políticas de los derechos humanos en su dimensión radicalizada por la posmodernidad cabe ahora detenernos en el derecho. Y lo haremos en dos puntos concretos. En primera instancia, abordando la concepción posmoderna o inherente a la modernidad débil del propio derecho. Luego, trataremos algunos casos concretos que evidencian la incidencia posmoderna de los derechos humanos en el campo que tratamos.

²⁰ Así lo afirma la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el *Código Civil* en materia de derecho a contraer matrimonio: “El establecimiento de un marco de realización personal que permita que aquellos que libremente adoptan una opción sexual y afectiva por personas de su mismo sexo puedan desarrollar su personalidad y sus derechos en condiciones de igualdad se ha convertido en exigencia de los ciudadanos de nuestro tiempo, una exigencia a la que esta ley trata de dar respuesta”. Las implicaciones de esta lógica han sido tratadas agudamente en DI MARCO, *op. cit.*, p. 162 y ss.

1. EL DERECHO COMO PRETENSIÓN

La modernidad axiológica ha supuesto un proceso de subjetivación del derecho, abandonando la adecuación del obrar con la finalidad propia del hombre y su concreción prudencial. Esto podría resultar abusivo si no se procede a una explicación. La razón estriba en que durante el periodo de la modernidad fuerte el derecho fue asociado con la voluntad del gobernante, con la espada. Es derecho, pues, la determinación del poder para el asunto determinado, en –aparente– oposición a la noción subjetiva propia de la posmodernidad.

No obstante, un análisis más detenido nos coloca ante un proceso más complejo: la subjetivación del derecho como voluntad con cambios en el ejercicio de su titularidad. Así las cosas, durante la “modernidad fuerte” es la voluntad subjetiva del Estado la que se identifica con el derecho. Pero ya aquí encontramos una primera subjetivación, debido a que escondida tras el ropaje del bien público, este en realidad se concreta en el bien de una persona concreta, la *persona civitatis*. La naturaleza antipolítica del Estado implica que, pese a sus pretensiones de representación colectivas, no se trata sino de una técnica cualificada de poder encarnada en el gobernante o gobernantes que plasman su voluntad al resto de gobernados; voluntad confundida con el derecho que, al venir asociada al poder –confundido con la política–, se tiende a asociar con la espada. Pero, como decimos, la espada implica ya una subjetivación, pues es de igual forma un abandono del orden moral, del que participa el orden jurídico.

Según el análisis que venimos desarrollando, la posmodernidad operó de manera radicalizadora de estos “principios”, entendiendo que la subjetivación había de concederse a la totalidad de los sujetos o individuos. Se pasa, por ello, al derecho entendido como pretensión de la voluntad, cualquier voluntad, que debido a débil condición individual requiere de la asistencia del Estado para su efectividad.

La concepción posmoderna de los derechos humanos nos ha conducido al imperio de los “derechos”²¹. La radicalización posmoderna no exime al asunto de las carencias que ya poseía según los prismas de la modernidad teórica, puesto que la voluntad, del Estado o del individuo, carece de capacidad para legitimar o determinar el derecho²². No parece, por el contrario, constituir

²¹ Norberto BOBBIO, *El tiempo de los derechos*.

²² CASTELLANO, *El derecho...*, *op. cit.*, p. 173: “El poder, ningún poder en cuanto tal, tiene la posibilidad de constituir el derecho, ni siquiera el subjetivo. Preguntémosnos ahora: ¿puede el poder dejar en nada el deber y las obligaciones, en particular las naturales? La respuesta, obviamente, es negativa: al igual que no puede constituir la justicia y las obligaciones estrictamente ligadas a ella, tampoco puede el poder hacer vana la justicia ni exponer las obligacio-

esto un obstáculo a los paladines de los “derechos” y su hegemonía contemporánea, solo que estos constituyan canales de realización de la voluntad de los sujetos. Así, señala Norberto Bobbio:

“hasta ahora lo único que puede decirse es que son expresiones de aspiraciones ideales a las que dar el nombre de ‘derechos’ sirve únicamente para atribuirles un título de nobleza. Proclamar el derecho de los individuos de cualquier parte del mundo (los derechos humanos son de por sí universales) a vivir en un ambiente no contaminado no quiere decir otra cosa que expresar la aspiración a obtener una legislación futura que imponga límites al uso de sustancias contaminantes. Pero una cosa es proclamar este derecho, y otra satisfacerlo efectivamente. El lenguaje de los derechos tiene sin duda una gran función práctica, que es la de dar particular fuerza a las reivindicaciones de los movimientos que exigen para sí y para los demás la satisfacción de nuevas necesidades materiales y morales, pero se convierte en engañosa si oscurece u oculta la diferencia entre el derecho reivindicado y el reconocido y protegido. No se explicaría la contradicción entre la literatura enaltecedora del tiempo de los derechos y la denunciante del conjunto de los ‘sin derechos’. Pero los derechos de los que habla la primera son solamente los preanunciados en las asambleas internacionales y en los congresos, los derechos de los que habla la segunda son los que la gran mayoría de la humanidad no poseen de hecho (aunque sean solemne y repetidamente proclamados)”²³.

La problemática de la subjetivación radicaliza la ausencia de fundamento en los derechos humanos posmodernos, que imperan, sobre todo, condicionamiento al ejercicio de la voluntad. Esta herencia moderna, apuntada por Leo Strauss en los orígenes del racionalismo, plantea la asimilación del derecho a la licencia. Pero no en el sentido liberal decimonónico, o sea, la licencia como ausencia de prohibición, sino en el sentido radicalizado o posmoderno, esto es, la licencia como expresión de la voluntad subjetiva que el Estado garantiza. En este sentido, Álvaro d’Ors²⁴ señalaba la inconsistencia de la lógica de los derechos, aduciendo que la conexión orden moral-orden jurídico precisa de la determinación de un deber de manera originaria, no de un derecho en clave subjetiva.

Quizá sea Michel Villey el autor cuya crítica al concepto de derecho subjetivo es más conocida. Y no por ello menos matizable, ya que, si bien es

nes a la discrecionalidad arbitraria del sujeto, al consenso mayoritario contingente o a las opciones del Estado. Pues las obligaciones no obligarían en estos casos: el *dominus* de la obligación sería respectivamente el sujeto individual, un conjunto de individuos que se reconocen en la mayoría o el Estado”.

²³ BOBBIO, *op. cit.*, p. 22.

²⁴ ÁLVARO D’ORS, *Derecho y sentido común. Siete lecciones de derecho natural como límite del derecho positivo*, pp. 17-18.

cierto que es indudable la herencia gnóstica-protestante de la concepción liberal, no es menos cierto que la determinación de la cosa justa concede el título originario “natural” del sujeto en cuanto sujeto a ser respetado como tal. De este derecho originario deriva el eventual derecho a la *vindicatio*, esto es, el derecho a reclamar el restablecimiento del orden justo violado. El derecho subjetivo a la *vindicatio* tiene, por ende, una función restauradora del deber incumplido y, por tanto, reclama el cumplimiento de las obligaciones que no se honraron²⁵. No obstante, es innegable que la carga que el derecho subjetivo arrastra desde la modernidad no tiene nada que ver con esta concepción clásica²⁶, sino con la noción negativa de exigencia volitiva propia del racionalismo. Línea también apuntada por Álvaro d’Ors, que sostiene:

“el uso de ‘sujeto’ en lugar de ‘persona’ ha llevado a hablar de los derechos ‘subjetivos’, como si hubiera derechos no atribuibles a personas; pero se hace así para distinguir el ‘Derecho objetivo’ (con mayúscula), que es el criterio establecido para juzgar los conflictos jurídicos, y el ‘derecho subjetivo’ (con minúscula), que es la facultad que aquel criterio objetivo viene a atribuir a una determinada persona. La sustitución del término moral ‘persona’ por el abstracto de ‘sujeto’ obedece a una tendencia racionalista. Esta distinción racionalista, favorecida por el subjetivismo de los autores protestantes, no es imprescindible para entender el derecho como criterio decisorio de conflictos patrimoniales, del que no pueden separarse las consecuencias para las personas que intervienen en ellos: lo objetivo es siempre primario respecto a lo ‘subjetivo’, que no se puede concebir sin el criterio objetivo. Por eso, no ha faltado quien, prescindiendo de la naturalidad personal de los ‘sujetos’, haya llegado a reducir éstos a una mera referencia legal: como ‘puntos de imputación’ establecidos por el derecho objetivo”²⁷.

Sea como fuere, podemos convenir en que nos encontramos con un término de honda herencia racionalista, pese a acepciones aceptables, que encontró su cénit en la ideología de los derechos humanos y que, en el proceso radicalizador posmoderno, ha participado de la aceleración de sus postulados. En consecuencia, los Estados y sus ordenamientos encuentran hoy

²⁵ CASTELLANO, *El derecho...*, op. cit., p. 168. El propio autor señala a Cornelio Fabro como uno de los autores del pensamiento clásico cristiano más agudos en la reflexión del asunto. “Demostró, afirma Castellano, que el sujeto no es sinónimo de subjetivismo y que la exaltación del sujeto en la modernidad representa en cambio su disolución”. *Ibid.*

²⁶ Así lo afirma Michel VILLEY, *El derecho y los derechos del hombre*, p. 85 y ss. y, especialmente, en Michel VILLEY, *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*, p. 25 y ss., donde afirma la noción de Hugo Grocio: “ius est qualitas moralis personae competens ad aliquid iuste habendum vel agendum” como origen del término, dedicándose en las páginas posteriores a rechazar la posibilidad de encontrar precedentes homologables en el pensamiento clásico, específicamente romano.

²⁷ Álvaro d’ORS, *Nueva introducción al estudio del derecho*, pp. 26-27.

su “fundamento” en la garantía directa de la libertad negativa –como dijimos– y, por ello, en la plasmación de un listado de licencias que respondan a la efectividad de la voluntad de los sujetos.

Las diversas “olas” de derechos humanos, en especial las últimas, evidencian este proceso. Los derechos sociales, por ejemplo, o de segunda generación, amplían la autonomía de la voluntad liberal al plano económico, tradicionalmente marginado por la oligarquía burguesa durante el siglo XIX y principios del XX. Por su parte, los derechos de tercera generación predicen no ya la no injerencia del Estado en la autonomía de la voluntad, como los primeros, sino la prestación de las ayudas precisas para la efectividad de dicha autonomía, con las implicaciones internacionales respectivas, en tanto constituye la legitimación del Estado y, también, del ordenamiento. Sobre esto último, hay que atender a que los derechos nuevos más conflictivos se enuncian y se desarrollan de modo preferente a través del denominado *soft law* internacional, que emana de los organismos supranacionales, paneuropeos, iberoamericanos o panafricanos (declaraciones, directivas, resoluciones, reglas, cartas, recomendaciones, dictámenes, mandatos, etc.). Aquí se encuentran las “fábricas” más dinámicas para su producción. Hay materias en las que existe un amplio desenvolvimiento, como los llamados “derechos sexuales y reproductivos” o los “derechos de género” o los nuevos derechos de la tierra. Se listan derechos (y se imponen obligaciones) de manera bastante discrecional, de acuerdo con particulares intereses ideológicos o económicos”²⁸.

Así, los ordenamientos comienzan a experimentar un proceso de contracciones y mutaciones que los fuerzan a dar cabida a la cada vez mayor lista de pretensiones y caprichos exigidos por la autonomía individual de los grupos. Los Estados, bien a través de sus relaciones internacionales por organismos *ad hoc*, bien internamente con la presión de grupos y *lobbies*, se disuelven y reducen a ejecutores de tales exigencias en un proceso de ahonda la disolución. Veamos a continuación algunas concreciones.

2. LOS DERECHOS HUMANOS CONTRA EL ORDEN Y EL ORDENAMIENTO

La naturaleza moderna de los derechos humanos y su incidencia en el plano jurídico implicó el abandono del orden moral como criterio de legitimación, sustituido por la efectividad de la voluntad del Estado, a través de la soberanía. De tal manera, el orden fue paso a paso sustituido por el ordenamiento, esto es, el conjunto de normas nacidas de la voluntad del soberano. La obsesión racionalista focalizó sus esfuerzos en lograr un ordenamiento que fuese capaz

²⁸ ALVEAR, *Los nuevos...*, op. cit., pp. 27-28.

de integrar en sí la totalidad de la realidad, al son del *cogito* cartesiano. La culminación de este proceso la realizó el idealismo, que mimetizó lo real con lo efectivo y trató de ver en el sistema y su efectividad la fuente de toda legitimidad.

En el plano jurídico, la ideología positivista se lanzó en la construcción de ordenamientos y códigos que tratasen de ser lo más exhaustivos posibles. La supresión de los usos y costumbres jurídicos por normas ideales nacidas del poder latía como médula espinal del proceso, dando lugar a Estados con ordenamientos cada vez más complejos.

Los derechos humanos, en esta primera fase, eran concebidos como una parte dogmática y tendencial del ordenamiento. Constituían elementos de inspiración para el poder legislativo, a través de su inclusión en los textos constitucionales. No obstante, habría que esperar a entender la Constitución en un sentido de primacía del ordenamiento, de cima de la pirámide que diría Hans Kelsen, más que como texto orientativo.

La posmodernidad, al trasladar el ejercicio de la soberanía al individuo, supuso cambios notables. En primer lugar, hemos de reparar en que los derechos son ahora concebidos como la plasmación de las garantías del ejercicio efectivo de la voluntad de los gobernados. En este sentido, la función del ordenamiento es la satisfacción de los deseos y apetencias del individuo, lo que favorecerá un doble proceso de disolución.

Por un lado, la tendencia holística de los ordenamientos decimonónicos plantea serias limitaciones; pero no respecto del orden moral natural, sino desde la necesaria especialidad que requiere el cumplimiento de cualquier voluntad por el hecho de serlo. De esta forma, el propio ordenamiento –instrumento moderno antijurídico– acaba tornándose en lastre por sus dimensiones megálíticas, optándose por la proliferación normativa cada vez más selvática que regule el ejercicio de la libertad en cada caso concreto. Surge, así, una generación de normas cada vez más especiales e invasivas que comienzan con regulaciones exhaustivas, pero no, como en la época codificadora, sobre textos abstractos, sino sobre realidades concretas, tales como el tabaquismo o la seguridad vial. Paradoja, por otro lado, de fijar la legitimidad del Estado en la autodeterminación del sujeto, lo que hace que todo sea regulable por el Estado²⁹.

Además, los nuevos derechos entran en las Constituciones con una dogmática efectiva, esto es, los propios textos constitucionales contemplan mecanismos específicos que aseguren el cumplimiento de la libertad negativa que palpita bajo los nuevos derechos. Es el caso, por ejemplo, de la preferencia y la sumariedad (artículo 53 de la Constitución española) en los

²⁹ Es la tenaza posmoderna apuntada en Javier FERNÁNDEZ, “Personalismo y ‘derechos humanos’...”, *op. cit.*, p. 589 y ss.

procedimientos en relación con los derechos llamados fundamentales por las Constituciones, o los procedimientos de revisión por los tribunales constitucionales.

Por otro lado, existe una tendencia globalista de los nuevos derechos que, a través de organismos internacionales, introducen interferencias en los Estados que, a su juicio, no desarrollan las agendas conformadas según los nuevos derechos.

“Estos derechos –señala Julio Alvear–, aparecen, por tanto, como ‘más fuertes’ que los derechos constitucionales, pues no imponen los límites que el sistema de derechos establece dentro de un complejo equilibrio de facultades y obligaciones. Los nuevos derechos aparecen ‘más fuertes’ también por su contenido, dado que los jueces formulan las nuevas libertades como formas derivadas de una autodeterminación que corre por las vías de la incondicionalidad. Emergen, asimismo, más ‘fuertes’ porque se incoan bajo la presión de influyentes grupos de interés de signo globalista, que no sólo pueden implicar el sacrificio de principios inherentes a las tradiciones constitucionales de los distintos Estados, sino, además, la devaluación o distorsión de las libertades clásicas”³⁰.

Veamos algunos ejemplos.

El caso del aborto es, de nuevo, representativo. La ya citada STC 53/1985 afirma esta transformación posmoderna que vincula al Estado en el ejercicio de la libertad negativa. Así:

“los derechos fundamentales son los componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden jurídico objetivo como de cada una de las ramas que lo integran, en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política; son, en fin, como dice el art. 10 de la Constitución, el ‘fundamento del orden jurídico y de la paz social.

De la significación y finalidades de estos derechos dentro del orden constitucional se desprende que la garantía de su vigencia no puede limitarse a la posibilidad del ejercicio de pretensiones por parte de los individuos, sino que ha de ser asumida también por el Estado. Por consiguiente, de la obligación del sometimiento de todos los poderes a la Constitución no solamente se deduce la obligación negativa del Estado de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los derechos fundamentales, sino también la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos, y de los valores que representan, aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano. Ello obliga especialmente al legislador, quien recibe de los derechos fundamentales ‘los impulsos y líneas directivas’, obligación que adquiere especial relevancia allí donde un de-

³⁰ ALVEAR, *Los nuevos...*, op. cit., p. 82.

recho o valor fundamental quedaría vacío de no establecerse los supuestos para su defensa”.

Esta asunción, además, sobre el *humus* del positivismo constitucionalista acaba concediendo un poder omnímodo al Estado, que coexiste con su proceso de crisis. La razón es que la multiplicación de tensiones originadas por la libertad liberal radicalizada por la posmodernidad implica la necesidad de un árbitro superior, el Estado. Esta lógica totalitaria posmoderna se desprende del voto particular del magistrado Francisco Tomás y Valiente en el recurso previo de inconstitucionalidad 800/1983, que afirma:

“Nunca he sido un entusiasta de la filosofía de los valores. Tal vez por ello no comparto (y aquí comienzan mis discrepancias) las abundantes consideraciones axiológicas incluidas en los fundamentos 3.º, 4.º y 5.º. Al margen de las imprecisiones o titubeos terminológicos que contienen y que sería prolijo e inútil referir aquí, no encuentro fundamento jurídico-constitucional único pertinente, para afirmar, como se hace, que la vida humana ‘es un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional’ (fundamento jurídico 3.º) o ‘un valor fundamental’ (fundamento jurídico 5.º) o ‘un valor central’ (fundamento jurídico 9.º). Que el concepto de persona es el soporte y el *prius* lógico de todo derecho me parece evidente y yo así lo sostengo. Pero esta afirmación no autoriza peligrosas jerarquizaciones axiológicas, ajenas por lo demás al texto de la Constitución, donde, por cierto, en su art. 1.1 se dice que son valores superiores del ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político: Esos y sólo esos. Frente a tan abstractas consideraciones sobre la vida como valor, llama la atención que en la Sentencia no se formule ninguna sobre el primero de los que la Constitución denomina valores superiores: La libertad. De ahí, de esa omisión, que no olvido, deriva quizá la escasa atención que se presta a los derechos de libertad de la mujer embarazada”.

La misma lógica puede rastrearse en la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI. Según el texto legal, es la autodeterminación y la dignidad de la persona (en sentido personalista)³¹, la que fundamenta la introducción de obligaciones adicionales al Estado, tales como el cambio registral.

“En el ámbito nacional, se afirma en el Preámbulo de la Ley, el artículo 14 de la Constitución Española proclama el derecho a la igualdad de trato y a la no discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. Y tal reconocimiento se vincula al artículo 10 de la misma, que establece la dignidad

³¹ FERNÁNDEZ, “El personalismo...”, *op. cit.*, p. 407 y ss.

de la persona y el libre desarrollo de la personalidad como fundamentos del orden político y de la paz social. Además, la Constitución establece en su artículo 9.2 la obligación de los poderes públicos de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, y también de remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud”.

Se trata, como leemos, de una radicalización de la autonomía de la voluntad liberal. Los nuevos derechos constituyen, así, un elemento disolvente de un mecanismo moderno, el Estado, que se levanta potenciando la lógica de aquel, y que revela su entraña nihilista al suprimir todo soporte una vez que se radicaliza. Además, los restos de orden político que el Estado, a su pesar, custodia, se ven irremediabilmente arrastrados en este proceso de aceleración.

IV. El problema de las “reacciones”

La última parte de nuestro estudio debe tratar sobre las limitaciones que plantean algunas reacciones a la concepción posmoderna de los derechos humanos. El problema sustancial surge de resultados de aplicar conceptos modernos frente a su radicalización posmoderna. Nos encontramos ante una inconsistencia en el enfrentamiento del fenómeno, al pretender que los “principios” fundantes del problema constituyan –de manera ilógica– su solución.

1. ¿LOS DERECHOS HUMANOS CONTRA LOS “NUEVOS DERECHOS”?

Quizá la mayor de estas reacciones incoherentes sería el desdoblamiento del concepto de derechos humanos. Estarían, por un lado, los “sanos” derechos humanos, o sea, los nacidos de las revoluciones liberales o de primera generación y, por otro lado, los “falsos” derechos humanos, esto es, los amparados bajo la posmodernidad. Es un tema recurrente en el estudio del fenómeno, por lo que seguiremos algún estudio previo³² en el que nos hemos ocupado del asunto.

Algunos autores han pretendido reconciliar esta nueva “metodología” con los principios de la filosofía clásica; así, encontraríamos una autorrealización responsable –dominio de sí–, fruto de la naturaleza racional, que frenaría los excesos de los nuevos derechos, al tiempo de mantener abierto el diálogo con las nuevas corrientes filosóficas nacidas en la modernidad.

³² FERNÁNDEZ, “Personalismo y ‘derechos humanos’...”, *op. cit.*, p. 623 y ss.

Estas tendencias rechazan los nuevos derechos, o derechos de “tercera generación”, incluso, algunos derechos sociales justificadores del estatismo, como punto característico. Ahora bien, el rechazo debe leerse desde dos prismas. Por un lado, uno semántico, esto es, una dimensión que rechaza los derechos nuevos por su acepción diferente a la empleada por los autores. Por otro lado, uno ontológico, o sea, una concepción que ve en los nuevos derechos la negación sustantiva del espíritu que animó a los primeros. Analicemos ambos puntos.

Los autores que se esfuerzan en dotar de contenido específico a los derechos humanos, distinguiéndolos de su naturaleza originaria o, si se quiere, realizando lecturas benéficas que con el tiempo se vuelven insostenibles, parten de la autorrealización responsable³³. Los derechos humanos, y la modernidad con ellos, serían un hito en la historia de los hombres que supuso una toma de conciencia del hombre respecto del mundo que le rodea. Este, con la modernidad, abandonaría la inercia perfecta de la sociedad natural y cristiana para comenzar un proceso de autoconciencia de sí, auténtica enseñanza que le haría comprender la profundidad de su dignidad. Las estructuras medievales, desde este prisma, se tornarían insuficientes para el progreso del hombre, siendo precisa una autonomía creciente en la esfera política y religiosa que le hiciera tomar conciencia de sí. Esta lectura personalista entendería los derechos humanos como un elenco de garantías que permiten al hombre obrar como señor de sí, alcanzando la responsabilidad madura de sus actos, la sana autodeterminación propia del ser adulto. Los derechos humanos, desde este prisma, se tornarían en criterio enjuiciador de la libertad³⁴, confundida con la personalidad y esta con la persona.

Los nuevos derechos representarían un cambio hacia atrás, un abandono de la autonomía necesaria para la responsabilidad, conquistada por la modernidad, y un retorno a la dominación de las pasiones o apetencias más animalescas. De forma que estos personalismos abogan por una restauración de la categoría de derechos humanos acorde con la sana autonomía y la responsabilidad de la acción.

Esta perspectiva es forzada y no alcanza al núcleo del problema³⁵. Primero, la lectura de una sana autonomía, realizada a siglos, vista del proceso que alumbró la modernidad, tiene un aire a cierta declaración de intenciones que, de no responder a la realidad, corre el riesgo de ser ilusa. De hecho, basta

³³ Karol WOJTYŁA, *Persona y acción*, capítulo III.

³⁴ Joseph RATZINGER, *El elogio de la conciencia. La verdad interrogada por la razón*, p. 64. Esquema que ya aparece en otros personalistas, especialmente en Jacques Maritain.

³⁵ Para un análisis desarrollado, véase Miguel AYUSO, “Hacia un balance: realidad y perspectiva de los derechos humanos”.

analizar los siglos modernos para confirmar que el ánimo de la responsabilidad del yo en la configuración –perfectiva si se quiere– de uno mismo es ajena a la emancipación moderna de la civilización cristiana; más que tales lecturas, los hechos apuntan más hacia el poderío económico, la autonomía –anarquía– moral y el indiferentismo religioso como síntomas de la rebelión del hombre contra el orden de las cosas. Da, más bien, la sensación de que dichas interpretaciones pretenden una relectura forzada de la modernidad triunfante –aunque sería discutible porque los autores coexisten con los inicios de la disolución de la modernidad en la posmodernidad– con la finalidad de llegar a puntos de acuerdo que pongan fin a la fatigosa empresa de oposición a la modernidad.

En otro orden de cosas, encontramos el rechazo a los derechos nuevos como opuestos a los primeros derechos humanos, esto es, el prisma ontológico al que hacíamos referencia. Esta objeción puede darse por respondida en la segunda parte de nuestro análisis, donde hemos pretendido mostrar la continuidad de los derechos humanos en todas sus fases, animados por las exigencias efectivas de la libertad “negativa”, por lo que, sobre esta cuestión, baste.

Un buen resumen, que sintetiza el núcleo del asunto, es el que aporta el ya citado estudio de Julio Alvear, donde afirma:

“Y es que, en rigor, el discurso de los derechos humanos es heredero de las revoluciones modernas, de su horizonte interpretativo y de su sustrato filosófico. Algunos derechos pueden ser interpretados sus trayéndolos a su hermenéutica revolucionaria, pero todo el peso de su inspiración originaria, que se ha ido radicalizando a través del tiempo, los hipoteca de un modo casi universal. La misma manera en que se consagran, con la técnica de los derechos subjetivos, en un lenguaje declamatorio y abstracto, es síntoma de esa hipoteca y permite a los intérpretes superar fácilmente la aparente neutralidad de algunas formulaciones en pro del modelo artificial de ser humano que funda las cartas de derechos de finales del siglo XVIII. Ese hito prefigura todo el desarrollo sucesivo de la teoría de los derechos humanos hasta los tiempos presentes. Tras la utopía bicéfala de la ‘Libertad’ y la ‘Igualdad’ (en mayúscula), la teoría de los derechos humanos se vuelve funcional a los proyectos políticos totalizantes (luego disgregadores) de la modernidad, que erosionan los lazos humanos, acaban con las autoridades naturales, derogan las reglas implícitas sobre las que se edifican las sociedades, ofenden el orden natural”³⁶.

³⁶ ALVEAR, *Los nuevos...*, op. cit., p. 86.

2. ¿LA SOBERANÍA CONTRA EL GLOBALISMO DE LOS “DERECHOS”?

Además de la “reacción” previa, existe otra de no menor importancia. Quizá más palpable que la primera, porque mientras esta se mueve en planos más intelectuales, parece que la segunda cobra fuerza como articulación política. En efecto, ante los avances de globalización inspirados por los derechos posmodernos, *rectius* por los derechos humanos radicalizados por la posmodernidad, surgen reacciones que invocan la soberanía de los Estados como límite a la agenda de los organismos internacionales. Esta tendencia occidental, tanto continental como americana, arroja esperanzas a los críticos con los derechos posmodernos, creyendo ver en la soberanía el medio de combate idóneo para la expansión de los derechos “nuevos”.

Sin embargo, ya adelantamos al comienzo del epígrafe que nos encontramos ante una ilusión. Y no porque no puedan producirse frenos concretos o accidentales, sino porque la invocación de la soberanía representa una consolidación sustancial de los principios del racionalismo político, que comparten tanto el fenómeno a combatir como su contrario.

La soberanía es una falsificación racionalista de la realeza de la política. La segunda presupone el orden natural, expresión de la ordenación de fines en la realidad en la que el orden político representa el acabamiento del orden moral, como señala Aristóteles al referir la naturaleza política de la ética. Por el contrario, la soberanía se asienta sobre el culto a la efectividad que tiene el racionalismo como base, y que el idealismo radicalizó en su fase hegeliana. La negación de cognoscibilidad de la naturaleza suprime de manera incontestable la causa formal y final de la experiencia político-jurídica, quedando las causas material y eficiente sin orden cualificador. De ahí que nos encontremos con una realidad material cuya única cualificación es la fuerza de la voluntad, aquella que no depende más que de la espada. En otras palabras, es la política reducida a poder desnudo o carente de toda cualificación.

El Estado como falsificación racionalista de la comunidad política responde a la primera falsificación, a la política reducida a puro poder. Tal es la razón por la que se afirma en la llamada “teoría del Estado” la soberanía como atributo sustantivo del Estado. Este es, por ello, soberano, o sea, su poder no encuentra cualificación fuera de su propia efectividad; es causa y fin de sí mismo, según la ideología soberanista.

Descubrimos, así, una falsificación sustantiva del orden político. De hecho, las decisiones concretas que pudieran coincidir con el orden moral lo hacen *per accidens*, en virtud de que no se fundamentan en la participación de toda acción en dicho orden, sino en la voluntad soberana del Estado, sin

más causa que sí. Por ello, muchas de las decisiones fundadas en la soberanía de los Estados no tienen justificación en ellas, pues el poder por sí mismo carece de capacidad de legitimación. Como mucho se limitan a cuestiones de inercia sociológica, “nosotros aquí lo hacemos así”, pero no por su adecuación con el orden moral, sino por decisión volitiva –carente de fundamento *per se*–. Sobre ello ha tratado Danilo Castellano, quien denuncia esta lógica que, aunque referida al comunitarismo en muchos de sus textos, es extensible al Estado soberano en el caso de que obrase de acuerdo al razonamiento que venimos analizando.

“Está claro que la justificación –afirma el maestro friulano– aunque se presente sólo como argumentación entendida en el sentido hasta ahora apuntado, es absolutamente interna al sistema. Nunca es justificación del sistema, sea éste una doctrina filosófica o ética, sea un ordenamiento jurídico. Desde este punto de vista resulta ejemplar, por ejemplo, el sistema hegeliano: Hegel procede con una lógica férrea en la argumentación. No da, sin embargo, razones de la opción inicial, de la que arranca ‘su’ filosofía, que por eso es ‘suya’ y no filosofía en sí y por sí. Aunque menos coherentes y menos férreas desde el ángulo lógico, repiten el error hegeliano algunas teorías políticas norteamericanas contemporáneas: diversos comunitaristas que parten del ‘nosotros aquí lo hacemos así’, esto es, de una opción levantada sociológicamente, no ofrecen las razones por las que una praxis identitaria deba considerarse válida y, por ello, idónea para pretender que todos ‘lo hagan así’. También en este caso el orden es exclusivamente un orden preferencial, elegido por un grupo social, que pretende ser normativo sobre la base de una opción de hecho de la que no se da justificación fundante. Además, incluso las “morales provisionales” teorizadas en el pasado (por Descartes por ejemplo) eran o declaraciones abiertas de impotencia o astucias de mercaderes: llevaban a la aceptación de un orden ético para el que se podían encontrar mil razones de oportunidad pero ni un solo argumento verdaderamente fundante”³⁷.

Esta problemática lastra a todas las realidades nacidas al calor de la soberanía. El nacionalismo, por poner un ejemplo significativo, no escapa al problema, debido a que la nación, entendida en sentido político, es la expresión subjetiva de la voluntad que encarna la soberanía o, en otras palabras, el sujeto del Estado³⁸. Lo cual es, por cierto, una falsedad que responde a una ficción: ficción de poder absoluto (soberanía) que precisa de un sujeto que

³⁷ Danilo CASTELLANO, *Orden ético y derecho*, pp. 19-20.

³⁸ Aunque de manera incoherente, pues los principios racionalistas de tendencia universal se aplicaron sobre determinadas comunidades políticas, tal y como señala Rafael GAMBRA, *Eso que llaman Estado*, p. 181.

la justifique (nación³⁹). De ahí que la invocación nacionalista como freno a la globalización pilotada por la radicalización posmoderna de los derechos humanos sea, en realidad, la invocación de la soberanía del Estado sobre injerencias externas; principio –debe decirse– que carece de fundamento desde el orden moral, en cuanto la violación del orden, operada por una comunidad no tiene, *per se*, “derecho” a la autonomía, más bien puede llegar a constituir *iniuria* –según los clásicos⁴⁰– o título de legitimación de guerra justa.

La soberanía, como dique de contención de los nuevos derechos, es una ilusión, en el sentido en que estos representan la subjetivación individual de sus postulados, la exigencia de un poder que se justifica por su efectividad y sin más principio que sí mismo. Lo sintetiza, y con ello cerramos el sumario, Danilo Castellano:

“La autoridad, en efecto, ha sido sustituida por la soberanía, entendida como supremacía. El poder soberano es considerado legítimo –como se ha apuntado– en cuanto poder efectivo, que –por ello– puede ser irracional en sí y en sus manifestaciones, o en sus imposiciones. Es una ingenuidad, por tanto, entender que el ordenamiento jurídico producido por él sea necesariamente racional. La racionalidad del ordenamiento producto de la soberanía, en efecto, ha planteado desde el origen por lo menos dos problemas que permanecen sin resolver. El primero procede del hecho de que el soberano puede cambiar de opinión imponiendo por norma su voluntad (haciendo, así, absolutamente incierta la certeza del derecho perseguida por la modernidad, a través sobre todo del positivismo jurídico). Todavía hoy se enseña que *lex posterior derogat priori*, subrayando así que la racio-

³⁹ De ahí su tendencia a la exclusividad. Álvaro D'ORS, *Ensayos de teoría política*, p. 269: “la Nación rompe con el pasado y con el porvenir. ‘Nación’ no es más que un cómodo eufemismo para designar la masa de población actualmente súbdita del Estado; en esa masa de cada día se quiere hacer residir la soberanía; en su voluntad o capricho de cada día. La Nación es así la negación de la continuidad y de las verdades absolutas. El pensamiento tradicional es incompatible con el nacionalismo; frente al concepto revolucionario de ‘Nación’ contraponen el de ‘patria’. La patria nada tiene que ver con el Estado, y por eso tenemos patrias grandes y patrias chicas. La patria es una comunidad histórica con los antepasados y con los descendientes, es una comunidad de engendrados legítimos, una comunidad de padres y de hijos, una gran familia, independiente del Estado, sea cual sea, anterior en su origen y superior a él. En la patria, a diferencia de la Nación, no caben incompatibilidades ni exclusivismos”. No se trata de una distinción semántica, pues también se han podido rastrear significados revolucionarios de “patria”; hemos de ver en ello la línea divisoria del racionalismo político encarnado en el principio de soberanía frente a la realeza de la política, que afirma el gobierno como exigencia de la naturaleza humana para su perfección. Remitimos para todo ello a Miguel AYUSO, *El Estado en su laberinto. Las transformaciones de la política contemporánea*, p. 15 y ss.

⁴⁰ Javier FERNÁNDEZ, “El concepto de ley natural en la *Relección del derecho de guerra* de Francisco de Vitoria”, p. 113 y ss.

nalidad del ordenamiento se construye sobre presupuestos contingentes y efectivos del mandato soberano. El segundo problema viene de la total ausencia de un punto de Arquímedes del ordenamiento distinto del poder. El poder, sin embargo, como sostiene incluso Rousseau, no puede ser el fundamento del derecho, ni siquiera –debe añadirse y subrayarse– poder del número de la democracia moderna: el consenso, en efecto, entendido como adhesión sin argumentos a un proyecto cualquiera –como se ha dicho– es la otra cara de la moneda de la teoría que considera al poder como fuente del derecho y como presupuesto de la legitimidad del poder político o, en verdad, de la autoridad. Por esto, tanto el poder político como el ordenamiento jurídico, que es su instrumento, requieren ser justificados en su obligatoriedad (no sólo, pues, en su ejercicio funcional a cualquier fin). En otras palabras, postulan (en el sentido de que exigen) que la legitimidad sea de mostrada y no sólo presupuesta. La exigencia se hace más fuerte cuando desaparece la confianza en la racionalidad del legislador (requerida, por ejemplo, por el formalismo kelseniano), que no puede sustituirse por la confianza en la racionalidad de la efectividad (Hegel), considerada a partir de algunas condiciones de legitimidad del derecho positivo (Schmitt): tanto la legitimidad formalista como la sociológica nunca ofrecerán respuesta a la cuestión de la legitimidad en sí⁴¹.

Conclusión

Varias cuestiones podrían extraerse a modo de síntesis de nuestro análisis. Quizá la primera y, a nuestro juicio, más significativa, es la que se refiere a la continuidad entre los derechos humanos y los nuevos derechos. Hemos observado que la radicalización –incluso en aquellos puntos en los que implica un rompimiento de estructuras previas– no responde a una “traición” o falseamiento de los derechos humanos como categoría político-jurídica.

Más aún podría decirse que la concepción posmoderna es el fruto maduro y acabado, por el momento, de la libertad negativa, raíz del liberalismo político-jurídico del que los derechos humanos no son más que expresión coherente. La pretensión, por ello, de dividir la modernidad en salvable-insalvable, asumible-inasumible, de sana-insana, etc., es un idealismo voluntarista. Idealismo porque no pretende reflexionar sobre la realidad de las cosas, sobre el objeto de estudio real, y no sobre el que fabrica la mente del sujeto que conoce. Voluntarista, por otro lado, porque esta maniobra racionalista persigue que la realidad se amolde a nuestros deseos o conveniencias. Pero no. Los derechos humanos son una categoría moderna racionalista anti-

⁴¹ Danilo CASTELLANO, *La tradición política católica frente a las ideologías revolucionarias*, pp. 80-82.

política y antijurídica, y los nuevos derechos participan –de manera radical– de esta naturaleza. Baste.

Bibliografía

- ALVEAR TÉLLEZ, Julio, “El subjetivismo como principio del mal. La esencia de la modernidad en el pensamiento de Danilo Castellano”, en Miguel AYUSO (ed.), *La inteligencia de la política. Un primer homenaje hispánico a Danilo Castellano*, Madrid, Itinerarios, 2015.
- ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Los nuevos derechos humanos: la última degradación del hombre*, Madrid, Marcial Pons, 2025.
- AYUSO, Miguel, “Antimodernidad, modernidad y posmodernidad. Los sedicentes antimodernos hoy”, *Verbo*, n.º 579-580, Madrid, 2019.
- AYUSO, Miguel, *Constitución. El problema y los problemas*, Madrid, Marcial Pons, 2016.
- AYUSO, Miguel, *El Estado en su laberinto. Las transformaciones de la política contemporánea*, Barcelona, Scire, 2011.
- AYUSO, Miguel, *¿El pueblo contra el Estado? Las tensiones entre las formas de gobierno y el Estado*, Madrid, Marcial Pons, 2022.
- AYUSO, Miguel, “Hacia un balance: realidad y perspectiva de los derechos humanos”, en *Verbo*, n.º 613-614, Madrid, 2023.
- AYUSO, Miguel, *La disolución de la política en la era del poshumanismo*, Madrid, Dykinson, 2023.
- Ayuso, Miguel, *La hispanidad como problema. Historia, cultura y política*, Madrid, Consejo de Estudios Hispánicos Felipe II, 2018.
- AYUSO, Miguel, *Las murallas de la ciudad*, Buenos Aires, Nueva Hispanidad, 2001.
- BOBBIO, Norberto, *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 1991.
- CALDERÓN BOUCHET, Rubén, *Sobre las causas del orden político*, Buenos Aires, Nueva Hispanidad, 1976.
- CASTELLANO, Danilo, *Constitución y constitucionalismo*, Madrid, Marcial Pons, 2001.
- CASTELLANO, Danilo, *El derecho entre orden natural y utopía*, Madrid, Marcial Pons, 2022.
- CASTELLANO, Danilo, “¿Es divisible la modernidad?”, en Bernard DUMONT, Miguel AYUSO y Danilo CASTELLANO (eds.), *Iglesia y política. Cambiar de paradigma*, Madrid, Itinerarios, 2013.
- CASTELLANO, Danilo, *La tradición política católica frente a las ideologías revolucionarias*, Madrid, Consejo de Estudios Hispánicos Felipe II, 2019.
- CASTELLANO, Danilo, *Orden ético y derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2010.
- CASTELLANO, Danilo, *Política. Claves de lectura*, Madrid, Dykinson, 2020.
- CASTELLANO, Danilo, “¿Qué es el bien común?”, en Miguel AYUSO (ed.), *El bien común. Cuestiones actuales e implicaciones político-jurídicas*, Madrid, Itinerarios, 2013.

- D'ORS, Álvaro, *Derecho y sentido común. Siete lecciones de derecho natural como límite del derecho positivo*, Madrid, Civitas, 1999.
- D'ORS, Álvaro, *Ensayos de teoría política*, Pamplona, EUNSA, 1979.
- D'ORS, Álvaro, *Nueva introducción al estudio del derecho*, Madrid, Civitas, 1999.
- DI MARCO, Rudi, *Diritto e “nuovi” diritti, L'ordine del diritto e il problema del suo fondamento attraverso la lettura di alcune questioni biogiuridiche*, Torino, Giappichelli, 2021.
- ELÍAS DE TEJADA, Francisco, “Construcción de la paz y asociaciones intermedias”, en AA.VV., *Derecho y paz*, Madrid, CSIC, 1964.
- FERNÁNDEZ SANDOVAL, Javier, “El concepto de ley natural en la *Relección del derecho de guerra* de Francisco de Vitoria”, en *Revista de Derecho Público Iberoamericano*, n.º 25, Santiago, 2024.
- FERNÁNDEZ SANDOVAL, Javier, “El personalismo. Implicaciones jurídicas”, en *Verbo*, n.º 625-626, Madrid, 2024.
- FERNÁNDEZ SANDOVAL, Javier, “Personalismo y derecho político. Nexos y causas de una tendencia disolvente”, en *Verbo*, n.º 31-32, Madrid, 2025.
- FERNÁNDEZ SANDOVAL, Javier, “Personalismo y ‘derechos humanos’. Una imbricación insoluble”, en *Verbo*, n.º 627-628, Madrid, 2024.
- LAIN ENTRALGO, Pedro, *España como problema*, Madrid, Escelicer, 1949.
- GAMBRA, Rafael, *Eso que llaman Estado*, Madrid, Montejurra, 1958.
- MADIRAN, Jean, *Después de la Revolución de 1968*, Buenos Aires, Areté, 1968.
- MOLNAR, Thomas, *El modelo desfigurado. Los Estados Unidos desde Tocqueville a nuestros días*, México, FCE, 1980.
- MOLNAR, Thomas, *La autoridad y sus enemigos*, San José, Universidad Autónoma de Centro América, 1986.
- OUSSET, Jean, “Los acontecimientos de mayo-junio de 1968”, en *Verbo*, n.º 67-68, Madrid, 1968.
- SEGOVIA, Juan Fernando, *De la modernidad a la posmodernidad. Una visión católica*, Madrid, Consejo de Estudios Hispánicos Felipe II, 2021.
- SEGOVIA, Juan Fernando, *Derechos humanos y constitucionalismo*, Madrid, Marcial Pons, 2004.
- SEGOVIA, Juan Fernando, “La politología o el nihilismo político: teoría y práctica de la antipolítica”, en Miguel AYUSO (ed.), *Racionalidad, orden y verdad del derecho y la política. Estudios en honor de Danilo Castellano*, Madrid, Marcial Pons, 2025.
- SEGOVIA, Juan Fernando, “Las causas del orden político según Rubén Calderón Bouchet o de los fundamentos del pensamiento político tradicional”, *Verbo*, n.º 539-540, Madrid, 2015.
- SEGOVIA, Juan Fernando, *Los derechos humanos. Individualismo, personalismo y antinaturalismo*, Madrid, Marcial Pons, 2022.
- RATZINGER, Joseph, *El elogio de la conciencia. La verdad interrogada por la razón*, Madrid, Palabra, 2010.

- VILLEY, Michel, *El derecho y los derechos del hombre*, Madrid, Marcial Pons, 2019.
- VILLEY, Michel, *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*, Santiago, Universidad Católica de Valparaíso, 1976.
- WOJTYLA, Karol, *Persona y acción*, Madrid, Palabra, 2011.

Siglas y abreviaturas

AA.VV.	autores varios
art.	artículo
cfr.	confróntese
CSIC	Consejo Superior de Investigaciones Científicas
ed.	editor
eds.	editores
etc.	etcétera
EUNSA	Ediciones Universidad de Navarra, Sociedad Anónima
FCE	Fondo de Cultura Económica
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i>
LGTBI	lesbianas, gays, bisexuales, transgénero e intersexuales
n.º	número
<i>op. cit.</i>	<i>opere citato</i>
p.	página
pp.	páginas
ss.	siguientes
STC	sentencia del Tribunal Constitucional

EVALUACIÓN CRÍTICA DEL MAGISTERIO DEL PAPA FRANCISCO SOBRE LA PENA DE MUERTE

A CRITICAL EVALUATION OF POPE FRANCIS' MAGISTERIUM ON THE DEATH PENALTY

*Carlos Isler Soto**

Resumen

Durante su pontificado, el papa Francisco pretendió modificar la enseñanza tradicional de la Iglesia sobre la pena de muerte. Según tal enseñanza tradicional, la pena de muerte es lícita en principio. Francisco, sin embargo, afirmó que ella es inadmisibles, y ordenó realizar una nueva formulación del Catecismo sobre el tema. En este artículo, exponemos lo que el pontífice enseñó sobre la pena de muerte, las razones que adujo para sostener su pretendida ilicitud, y las sometemos a evaluación crítica. Llegamos a la conclusión de que ninguna de las razones aducidas por el Papa es convincente, de modo que hay que atenerse a la doctrina tradicional sobre la licitud de la pena de muerte.

PALABRAS CLAVE: pena de muerte, papa Francisco, derecho penal, Magisterio de la Iglesia.

Abstract

During his pontificate, Pope Francis tried to modify the Church's traditional teaching on the death penalty. According to the traditional teaching, the death penalty is licit in principle. Pope Francis, however, affirmed that it is inadmissible and ordered a new formulation of the Catechism on the subject

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile. Abogado. Licenciado en Filosofía, Universidad de los Andes, Chile. Doctor en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Doctor en Filosofía, Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn. Profesor de Filosofía del Derecho, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad San Sebastián, Valdivia, Chile. Correo electrónico: carlos.isler@uss.cl ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4360-7497>

Artículo recibido el 17 de junio de 2025 y aceptado para su publicación el 26 de septiembre de 2025.

to be made. In this paper, we set out what the Pope taught on the death penalty, the reasons he gave for its supposed unlawfulness, and we subject these reasons to critical evaluation. We conclude that none of the reasons given by the Pope are convincing, so that one must adhere to the traditional doctrine on the licitness of the death penalty.

KEYWORDS: death penalty, Pope Francis, criminal law, Magisterium of the Church.

Introducción

Como es bien sabido, el papa Francisco realizó una importante modificación a la enseñanza tradicional de la Iglesia sobre la pena de muerte. La Iglesia había sostenido constantemente que dicha pena era, en principio, lícita, aunque los dos últimos papas habían abogado por su abolición basados en un juicio prudencial personal respecto de su no necesidad en el mundo contemporáneo. Francisco, en cambio, ha dicho que ella es ilícita e incompatible con el Evangelio. En este artículo vamos a analizar los argumentos dados por él para justificar dicho cambio, así como su aserción de que tal modificación no constituye un verdadero cambio, sino un “desarrollo” de la doctrina. Llegaremos a la conclusión de que todos los argumentos dados por el pontífice son insatisfactorios, de modo que un católico tiene hoy día más razones para atenerse a la doctrina tradicional de la Iglesia que a la del papa Francisco. Al hacer tal crítica, seguimos los deseos del Francisco, quien dijo que toda crítica bienintencionada a él dirigida era bienvenida y signo de amor por la Iglesia¹.

Para tratar el tema, partiremos de dos supuestos: primero, la pena de muerte parece en principio ser lícita si se adopta cualquiera de las teorías tradicionales sobre la pena. Tal como expresa Chad Flanders, la opinión mayoritaria entre los académicos de derecho en Estados Unidos contra la pena de muerte es

¹ En la conferencia de prensa en un vuelo de vuelta del viaje apostólico a Mozambique, Madagascar y Mauricio, Francisco dijo lo siguiente respecto de las críticas que recibía: “Una crítica que no quiere oír una respuesta es tirar la piedra y esconder la mano. En cambio, una crítica leal: ‘Pienso esto, esto, esto y esto’, y está abierta a la respuesta, esta construye, ayuda. En cuanto al Papa: ‘No me gusta esto del Papa’, hago la crítica, espero la respuesta, me dirijo a él, hablo, *hago un artículo* y le pido que responda, esto es leal, *esto es amar a la Iglesia...* Esto está claro: la crítica leal siempre es bien aceptada, al menos por mí”: “Conferencia de Prensa del Santo Padre durante el vuelo de vuelta del viaje apostólico a Mozambique, Madagascar y Mauricio, 10 de septiembre de 2019” (énfasis añadidos).

Por tanto, este artículo se escribe en un espíritu de filial obediencia al deseo del difunto papa Francisco de que se le hagan críticas constructivas a su magisterio.

“desconcertante, porque la pena de muerte puede ser justificada por casi cualquier teoría sobre el castigo, como este artículo demuestra. La pena de muerte es retributiva para los asesinos (entre otros crímenes posibles); potencialmente disuade la comisión de futuros asesinatos (aunque las estadísticas sobre esto sean notoriamente difíciles de probar, nadie ha mostrado conclusivamente que la pena de muerte no pueda disuadir, o incluso que no lo haga de hecho); y puede tener un lugar en la rehabilitación moral del delincuente, al menos en el tiempo que tiene antes de su ejecución (por esto los líderes religiosos visitaban al condenado en sus celdas, para que se arrepintiesen de sus pecados)”².

Y agrega, “La pena de muerte puede ser defendida de modo claro como un medio de incapacitación”³.

Agreguemos nosotros: existe todavía otra teoría del castigo altamente interesante y poco conocida, y que explica claramente todas nuestras intuiciones respecto de que el castigo, por un lado, defiende a la sociedad, y por otro, requiere culpa en quien lo recibe: la teoría del castigo como defensa social expuesta por Philipp Montague. Es necesario mencionarla no solo por parecernos la más convincente, sino porque también, si se adopta tal teoría, la pena de muerte en principio resulta lícita, como afirma el mismo Montague⁴. Dicha teoría sostiene que el castigo penal se justifica como aplicación del mismo principio normativo que permite la legítima defensa (incluso si el castigo penal se impone *después* de cometida una acción ilícita), el cual sería el siguiente:

“si alguien crea culpablemente una situación en la cual el daño es inevitable desde el punto de vista de otros y *ceteris paribus*, entonces dañar a la persona culpable está permitido o requerido (dependiendo de las circunstancias), y esto es una materia de justicia en la distribución de cargas”⁵.

Aplicado a la sociedad, dicho principio permite establecer *ex ante* un sistema de castigos como un medio de distribuir justamente las cargas entre quienes quieren cumplir la ley y quienes no. Una vez establecido el sistema de castigos como aplicación de tal principio más general –que también subyace a la legítima defensa–, entonces, cada vez que se cometa un delito, debe aplicarse necesariamente el castigo. Así,

“la explicación anterior explica la justificación de establecer e implementar sistemas de castigo criminal, mientras que la implementación incluye el

² Chad FLANDERS, “The Case Against the Case Against the Death Penalty”, p. 597.

³ *Op. cit.*, p. 597. n. 7.

⁴ Véase Phillip MONTAGUE, “Justifying criminal punishment as societal self-defense”, p. 282.

⁵ *Op. cit.*, p. 271.

castigar a los individuos que ignoran las amenazas implícitas en las prohibiciones del sistema de leyes penales. Por ello... El castigo como autodefensa social contiene una explicación de la justificación del castigo individual que surge de su explicación acerca de cómo está moralmente justificado el establecer sistemas de castigos”⁶.

La elección forzosa de la sociedad s

”no es si castigar a individuos, sino si establecer un sistema de castigo ante el riesgo para miembros de s creado por aquellos en s’. De ahí que el problema notado más arriba... –que el castigo ocurre después de que se haya dañado a personas inocentes– no surge”⁷.

Por todo lo anterior, como dice Flanders,

“la teoría del castigo en su conjunto no provee ninguna barrera para mostrar que la pena de muerte es un castigo totalmente justificable y justificado para ciertos delincuentes”⁸.

Este artículo no asume ninguna posición, en consecuencia, respecto de qué justifique el castigo penal⁹.

Por ende, dado que, supuesto que lo que legitime a una pena sea su carácter disuasorio, y/o retributivo, y/o defensivo de la sociedad, y/o incapacitador del criminal peligroso, y siendo la pena de muerte en principio compatible con cualquiera de tales funciones, quien se oponga a ella debe dar algún argumento por el cual justifique que, a pesar de que la pena de muerte pueda disuadir y/o retribuya y/o defiende la sociedad y/o incapacite al delincuente, ella es ilícita. Los argumentos más típicos, y mencionados por el papa Francisco, son los que recurren a la dignidad humana o al carácter sagrado de la vida humana. Hay otros argumentos de carácter prudencial, también mencionados por el pontífice, como el del posible error judicial. Por último, alguien podría decir que, aunque la pena de muerte pudiese en principio justificarse por su función disuasoria o incapacitadora, de hecho no disuade o incapacita. Lo importante es entender que la carga de la prueba la tiene quien niegue su legitimidad, dado que ella resulta en principio justificable según todas las teorías de la pena. Defenderemos en este texto que ninguno de los argumentos aducidos por el papa Francisco contra la pena de muerte resulta convincente.

⁶ MONTAGUE, *op. cit.*, p. 279.

⁷ *Ibid.*

Remitimos al lector al texto de Montague para una exposición detallada de tal teoría. Lo único importante ahora es que, también si se adopta tal teoría, la pena de muerte resulta en principio lícita.

⁸ FLANDERS, *op. cit.*, p. 597.

⁹ En lo personal, la teoría de Montague nos parece la más convincente.

El segundo supuesto del que partimos es el de que la Iglesia tradicionalmente ha enseñado la licitud de la pena de muerte. Al respecto, remitimos al libro de Feser y Besette¹⁰. Todos los papas anteriores a Francisco que se han pronunciado sobre el tema, lo mismo que todos los doctores de la Iglesia que se han pronunciado sobre la misma, han afirmado su licitud¹¹.

Que la Iglesia siempre ha enseñado tal licitud, lo reconoce el mismo papa Francisco en sus declaraciones, de modo que mayor prueba no se requiere al respecto.

Por tanto, quien quiera asumir la defensa de la posición del papa Francisco, tiene que asumir la carga de la prueba respecto de por qué sería ilícita y, en segundo lugar, explicar cómo la enseñanza de la Iglesia pudo estar en el error tanto tiempo respecto de este tema.

I. El magisterio del papa Francisco sobre la pena de muerte

En esta sección, iremos exponiendo, cronológicamente, las declaraciones más importantes del papa Francisco sobre la pena de muerte. Citaremos en extenso sus afirmaciones para ir analizándolas y criticándolas una por una. Dado que en tales declaraciones frecuentemente repite afirmaciones o temas mencionados en otras anteriores, comentaremos, al tratar sus declaraciones posteriores, solo las nuevas afirmaciones o argumentos que exponga en tales declaraciones o documentos posteriores.

1. EL DISCURSO DEL PAPA FRANCISCO A LA DELEGACIÓN DE LA ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE DERECHO PENAL (2014)

Este fue el primer pronunciamiento importante del papa Francisco contra la pena de muerte, y del cual algunos párrafos serán reproducidos en su encíclica *Fratelli Tutti*.

Al tratar el tema, afirma:

“Es imposible imaginar que hoy los Estados no puedan disponer de otro medio que no sea la pena capital para defender la vida de otras personas del agresor injusto.

¹⁰ Véase Edward FESER & Joseph M. BESETTE, *By Man Shall His Blood Be Shed: A Catholic Defense of Capital Punishment*, pp. 111-144, con citas de los padres, doctores y papas.

¹¹ San Roberto Bellarmino, doctor de la Iglesia, llegó a considerar *herética* la proposición de que la pena de muerte sea en principio ilícita: véase Edward FESER, “Bellarmine on Capital Punishment”.

San Juan Pablo II condenó la pena de muerte (cf. Carta enc. *Evangelium vitae*, 56), como lo hace también el *Catecismo de la Iglesia católica* (n. 2267).

...

Los argumentos contrarios a la pena de muerte son muchos y bien conocidos. La Iglesia ha oportunamente destacado algunos de ellos, como la posibilidad de la existencia del error judicial y el uso que de dicha pena hacen los regímenes totalitarios y dictatoriales, que la utilizan como instrumento de supresión de la disidencia política o de persecución de las minorías religiosas y culturales, todas víctimas que para sus respectivas legislaciones son ‘delincuentes’

...

Una forma de tortura es a veces aquella que se aplica mediante la reclusión en cárceles de máxima seguridad. Con el motivo de ofrecer una mayor seguridad a la sociedad o un tratamiento especial a cierta categoría de detenidos, su principal característica no es sino el aislamiento externo. Como demuestran los estudios realizados por diversos organismos de defensa de los derechos humanos, la falta de estímulos sensoriales, la completa imposibilidad de comunicación y la falta de contacto con otros seres humanos provocan sufrimientos síquicos y físicos como la paranoia, la ansiedad, la depresión y la pérdida de peso e incrementan sensiblemente la tendencia al suicidio”¹².

Hasta ahí la cita.

De este modo, para Francisco no solo la pena de muerte es contraria a la dignidad humana: también la cadena perpetua (“una pena de muerte oculta”), la prisión preventiva, las miserables condiciones carcelarias y las cárceles de alta seguridad.

Comentemos ahora lo afirmado por el papa.

La primera frase del texto citado dice:

“Es imposible imaginar que hoy los Estados no puedan disponer de otro medio que no sea la pena capital para defender la vida de otras personas del agresor injusto”.

Pues bien, si a Francisco la resulta

“imposible imaginar que hoy los Estados no puedan disponer de otro medio que no sea la pena capital para defender la vida de otras personas del agresor injusto”,

pareciera que ello se debe más a la falta de imaginación de Francisco que a otra cosa, según se mostrará a continuación.

¹² FRANCISCO, “Discurso del Santo Padre Francisco a una delegación de la Asociación Internacional de Derecho Penal”.

Todo ello, dejando de lado el tema de si resulta distributivamente justo (la justicia distributiva es uno de los temas sobre los cuales Francisco gustaba de pronunciarse) dedicar una cantidad ingente de recursos para mantener incapacitados de causar daño a criminales peligrosos por un larguísimo período de tiempo, recursos que necesariamente se quitan de la provisión de servicios a ciudadanos inocentes. Se ha mostrado muchas veces cómo el Estado de Chile gasta más en un preso que en un ciudadano inocente¹³. Supuesto que se pudiesen construir recintos carcelarios inmunes a la fuga o que impidan absolutamente la dirección de crímenes desde el interior, ello exigiría aumentar aun más la cantidad de recursos que el Estado habría de gastar en impedir la causación de delitos por parte de criminales peligrosos, recursos que habría que recortar necesariamente de los otros servicios sociales, cuya provisión Francisco demanda con tanta elocuencia. ¿Parece distributivamente justo tener que gastar mucho más en mantener incapacitado a un criminal, que culpable y libremente se puso él mismo en la situación de tener que ser impedido de causar daño, que en la educación de un joven inocente? Y, como todos sabemos, el mundo tiene recursos escasos. Aquí no vale el “wishful thinking”, o respuestas (si es que son respuestas) del tipo “la sociedad tiene que hacer un mayor esfuerzo por satisfacer ambas necesidades...”, o cosas por el estilo. “Haciendo un mayor esfuerzo” no se multiplican recursos escasos.

Agreguemos todavía algo más: ni siquiera si fuese financieramente factible para todos los Estados del mundo en las actuales circunstancias cons-

¹³ Tenemos claro que ello no significa que los encarcelados tengan mejores condiciones de vida que los ciudadanos inocentes, sino que, por el contrario, sus condiciones de vida son muy malas. El Estado destina una mayor cantidad de recursos para cada preso que para cada ciudadano honesto a causa de los gastos de operación de una cárcel. Sin embargo, aunque sea cierto que dicho exceso en el gasto en un preso por sobre un ciudadano honesto no implique que aquél tenga mejores condiciones de vida que el honesto, el ciudadano honesto puede legítimamente preguntarse si resulta distributivamente justo que el culpable reciba una porción mayor de recursos que el inocente, y ello a causa de una acción culpable suya.

Por ejemplo, en Chile, el año 2022, el costo de mantener a cada preso (en condiciones de vida muy precarias) fue de aprox. 950 000 CLP mensuales, mucho más de lo que invierte el Estado en cada escolar. Véase www.ex-ante.cl/costo-promedio-de-mantener-a-los-casi-55-mil-reos-es-de-us-556-millones-al-mes/

Mejorar las condiciones de los presos a niveles aceptables, tales como los que tienen en cárceles de Europa, implicaría *por lo menos* cuadruplicar (y hasta quintuplicar) dicha cifra. Véase el costo de mantener un preso en Alemania: www.finanzen.net/nachricht/geldkarriere-lifestyle/kosten-fuer-straftvollzug-das-kostet-ein-haeftling-pro-tag-in-deutschland-10850473

Si se diese tal caso, vale decir, si se cuadruplicase tal cantidad por preso (algo también exigido por el papa Francisco) el ciudadano de a pie podría legítimamente preguntarse si es *distributivamente* justa tal situación. Pocos han pensado que, además de exigencias de justicia retributiva, exigencias de justicia distributiva pueden hacer exigible la pena de muerte.

truir tales recintos carcelarios, puede realmente asegurarse que quienes se encuentren en su interior estarán necesariamente incapacitados de causar daño. Primero, porque, como es sabido, cada vez que se inventa un arma, se inventa el arma para neutralizar la primera. La tecnología permite a los Estados construir recintos más seguros, pero esa misma tecnología está a disposición de los grupos criminales, que podrían, mediante ella, encontrar los medios para derrotar los esfuerzos del Estado. Ahí es donde aparece clara la falta de imaginación de Francisco, que no podía imaginarse que los Estados no puedan hoy recluir sin incapacitar. Y es que si uno se representa imaginativamente Alcatraz, y solo ello, puede resultar plausible sostener que los presos ahí reclusos se encuentran efectivamente incapacitados. Pero la imaginación del estadista y del político debe ir más allá, y dirigirse también a las nuevas posibilidades que la misma tecnología usada en aquella prisión abre a los grupos criminales. Sostener que una prisión contemporánea necesariamente, y para siempre, incapacita, es como sostener que un antivirus o un *firewall* contemporáneo hacen imposible que nuestro computador sea hackeado. Si miramos solo el antivirus, puede que lo pensemos. Si vemos las posibilidades que la misma tecnología utilizada en el antivirus ha abierto a los *hackers*, veremos que la situación no es tan clara.

Más aun: incluso si la tecnología implicada en la construcción de tales recintos carcelarios fuese efectivamente invencible, todavía no está todo dicho. Los criminales en su interior perfectamente pueden utilizar otros recursos, como la corrupción de o la amenaza a guardias o jueces para seguir causando daño. Es sabido que tal es el modo de actuar de los grupos de crimen organizado. Uno de sus miembros puede estar en la cárcel, pero perfectamente los restantes en el exterior pueden, mediante el soborno o la amenaza, liberar al interno o permitirle dirigir actividades criminales desde el interior. Ese es el mundo real, el que Francisco parece no poder imaginar, y que no desaparece aunque neguemos su existencia. Incluso si –ilusoriamente– se niega que así sea el mundo real, la mera posibilidad de que pueda devenir así ya impide cualquier juicio categórico sobre la imposibilidad de que un recluso cause daño. El juicio prudencial de Juan Pablo II acerca de que hoy los casos en los cuales es necesario ejecutar a un criminal para proteger a la sociedad son casi inexistentes puede tener validez para la mayoría de los Estados económicamente desarrollados. Sostener que es válido respecto de todos los Estados del mundo es simplemente falso. Suiza puede mantener a todos sus reclusos incapacitados sin problema de seguridad alguno. No todos los Estados son Suiza.

Precisamente por ello, Marah McLeod sostiene que

“un análisis más detallado a las alternativas [a la pena de muerte] no letales propuestas muestra que el encierro en aislamiento implica una crueldad ex-

traordinaria y daño psicológico, mientras que la cadena perpetua sin posibilidad de libertad condicional, aunque pueda reducir el riesgo respecto de la sociedad en general, concentra el riesgo de futura violencia en otros prisioneros y guardias desarmados. Estas alternativas, en consecuencia, no representan la elección clara que los académicos han sugerido”¹⁴.

Además, ni siquiera la cárcel de alta seguridad representa una alternativa totalmente confiable. Como expresa McLeod,

“estudios y casos han demostrado que incluso los prisioneros en encierro en aislamiento pueden continuar perpetrando violencia, particularmente si son parte de grupos criminales organizados”¹⁵.

Así, cita a un juez de distrito de Estados Unidos, quien expresó que

“un prisionero puede también representar un peligro si es capaz de arreglar que gente fuera de la prisión incurra en actividad violenta por él –un peligro que estaría especialmente presente aquí si, como el gobierno sostiene, [el acusado] tiene una alta posición en la organización criminal Bloods”¹⁶.

Por otro lado, McLeod muestra que la cadena perpetua tampoco incapacita realmente a los criminales peligrosos si no se le añade el encierro en ais-

¹⁴ Marah Stith McLEOD, “The Death Penalty as Incapacitation”, p. 1127.

Así, refiriéndose al encierro en aislamiento, dice que “Critics who argue that the death penalty is unnecessary because of solitary confinement rarely stop to consider the severity and cruelty of that alternative in making this claim. However, an enormous body of research and scholarship has revealed that extraordinary harms follow from prolonged and even short-term solitary confinement. Critics describe it as a form of torture. Studies have demonstrated that extreme psychological, physical, and spiritual damage can result from such isolation. Some prisoners go insane; others become violent; others fall into severe depression; some commit suicide. One study found prisoners in solitary confinement five times more likely to commit suicide than other prisoners”: *op. cit.*, p. 1147, citando diversos estudios.

Como se vio, Francisco también ha criticado la cárcel de alta seguridad y la cadena perpetua, es decir, las dos únicas alternativas no letales a la pena de muerte para incapacitar a un criminal peligroso. No es claro, entonces, cómo pretende el papa que la sociedad se defienda de personas como Pablo Escobar: no se le puede ejecutar, no se le puede internar en una prisión de alta seguridad, tampoco encarcelar de por vida.

¹⁵ McLEOD, *op. cit.*, p. 1150, véanse los estudios y casos ahí citados.

¹⁶ United States v. Wilson [2013], citado en McLEOD, *op. cit.*, p. 1166.

Para muestra de lo anterior, véanse los siguientes casos, algunos de los incontables asesinatos de testigos clave que se ven en Chile últimamente, asesinatos ordenados desde la cárcel: www.biobiochile.cl/especial/bbcl-investiga/noticias/articulos/2025/05/18/la-caida-del-paco-checho-ejecutan-a-segundo-testigo-clave-en-causa-contra-capo-narco-de-concepcion.shtml; www.biobiochile.cl/noticias/nacional/region-metropolitana/2025/05/30/desde-la-carcel-ordenaron-matar-a-su-amigo-pero-murio-el-la-historia-de-chofer-asesinado-en-recoleta.shtml

lamiento, tan criticado por el papa Francisco¹⁷. Incluso si tales medidas realmente protegiesen a la sociedad en general, no protegen a quienes se encuentran en contacto con los prisioneros peligrosos:

“Puede proteger a quienes viven en la sociedad libre fuera de los muros de la prisión, pues el riesgo de escape puede ser pequeño y puede ser mitigado por medio de medidas de seguridad perimetrales; pero no puede garantizar la seguridad para quienes viven en la sociedad dentro de los muros de la prisión –internos, guardias de la prisión (que con frecuencia están desarmados), personal médico, capellanes, y las familias y amigos que visitan a los prisioneros”¹⁸.

Todo lo anterior muestra que tanto el juicio optimista pero cauto de Juan Pablo II respecto de que hoy es posible en casi todos los casos asegurar la incapacitación del criminal peligroso sin recurrir a la pena de muerte, como el juicio enfático de Francisco de que es imposible que un Estado no pueda hoy incapacitar sin recurrir a tal pena, son con alta probabilidad falsos, al menos si hablamos de Estados normales, no de Suiza o Noruega, en los cuales efectivamente los recursos abundan y *además* no hay grupos criminales organizados equivalentes a los que existen en Latinoamérica y otras partes del mundo.

¹⁷ Cfr. McLEOD, *op. cit.*, p. 1153.

¹⁸ *Op. cit.*, p. 1156, notas omitidas.

Exactamente lo mismo dicen Sunstein y Vermeule: “It is possible that capital punishment saves lives on net, even if it has *zero* deterrent effect. A life-life tradeoff may arise in several ways. One possibility, the one we focus on here, is that capital punishment deters homicides. Another possibility is that capital punishment has no deterrent effect, but saves lives just by incapacitating those who would otherwise kill again in the future. Consider those jurisdictions that eschew capital punishment altogether. What sanction can such jurisdictions really apply to those who have already been sentenced to life in prison without parole? Sentences of this sort may take more lives overall by increasing the number of essentially unpunishable within prison homicides of guards and fellow inmates. Many murderers are killed in prison even in states that lack the death penalty. And if murderers are eventually paroled into the general population, some of them will kill again. Overall, it is quite possible that the permanent incapacitation of murderers through execution might save lives on net. A finding that capital punishment deters –and deterrence is our focus here– is sufficient but not necessary to find a life-life tradeoff”: Cass SUNSTEIN & Adrian VERMEULE, “Is Capital Punishment Morally Required? Acts, Omissions, and Life-Life Tradeoffs”, p. 716.

En el mismo sentido Tännjö, “After all, once you have received a sentence for life in prison, you are invulnerable. You may kill as you see fit, and there is no way of sentencing you to a stricter punishment, if the death penalty is not available”: Torbjörn TÄNNJÖ, “Capital Punishment”, p. 487.

Al respecto, téngase en cuenta que el año 2024 se cometieron en Chile cuarenta y dos asesinatos dentro de las cárceles: véase www.emol.com/noticias/Nacional/2024/12/12/1151117/42-muertos-carceles-violentas.html

A continuación, el papa dice lo siguiente:

“Los argumentos contrarios a la pena de muerte son muchos y bien conocidos. La Iglesia ha oportunamente destacado algunos de ellos, como la posibilidad de la existencia del error judicial y el uso que de dicha pena hacen los regímenes totalitarios y dictatoriales, que la utilizan como instrumento de supresión de la disidencia política o de persecución de las minorías religiosas y culturales, todas víctimas que para sus respectivas legislaciones son ‘delincuentes’”

Efectivamente, los argumentos contrarios a la pena de muerte son “muchos y muy conocidos”. Pero Francisco parece no tener interés en conocer las respuestas a tales argumentos, que también son muchas y muy conocidas.

De tal manera, respecto de la posibilidad del error judicial, Cass Sunstein y Adrian Vermeule sostienen lo siguiente: si se demuestra que la pena de muerte salva vidas inocentes, sea por la vía de la disuasión, sea por la de incapacitación, entonces la objeción basada en la posibilidad del error judicial ya no es relevante, porque un sistema con pena de muerte habría de causar menos muertes arbitrarias que uno sin tal pena¹⁹. En efecto, pongamos el siguiente caso a modo de supuesto: un régimen con pena de muerte previene, por disuasión y/o incapacitación, cinco muertes de inocentes por cada ejecución. Supongamos que en un país con tal régimen se producen diez ejecuciones al año y supongamos, además, que una de ellas resulta ser un error judicial. En tal caso, en tal país se ha producido en tal año una muerte inocente. Si no existiese la pena de muerte, se habrían producido cincuenta muertes

¹⁹ “Once the act/omission distinction is no longer central, it becomes clear that *the standard moral objections to capital punishment apply even more powerfully to the murders prevented by capital punishment*. Those murders also cause irreversible deaths: those of the victims. Private murders are also often highly arbitrary, involving selectivity on any number of morally irrelevant or objectionable grounds”: SUNSTEIN & VERMEULE, *op. cit.*, p. 729. Igualmente, “For the rule-of-law questions, as for all others, the core problem of capital punishment is that it presents a risk-risk tradeoff, or a life-life tradeoff. To say the least, it is extremely desirable to prevent arbitrary or irreversible deaths, but *this consideration is on both sides of the ledger*”: SUNSTEIN & VERMEULE, *op. cit.*, p. 731, énfasis añadido y “On this view, the crucial point is that on the empirical assumptions we are making, a legal regime with capital punishment predictably produces far fewer arbitrary and irreversible deaths than a regime without capital punishment. In a sensible regime of capital punishment, legal rules, enforced by administrative, judicial, and citizen oversight, attempt to reduce arbitrariness and error up to the point where further reductions would inflict unacceptable harms. Where killing is carried out by private parties, however, there are no such institutions for keeping arbitrariness in check. Most striking is the potential size of the opportunity cost of foregone capital punishment”: SUNSTEIN & VERMEULE, *op. cit.*, p. 731.

Véase, en el mismo sentido Steven GOLDBERG, “On Capital Punishment”, p. 74.

inocentes. Los opositores a la pena de muerte frecuentemente cuentan las historias de personas erróneamente condenadas a muerte para mover a la opinión pública a abolirla. Sin embargo, en el supuesto que aquí hacemos, de no existir la pena de muerte, habría habido muchas más muertes inocentes. Quienes apoyan la pena de muerte no pueden presentar las historias de aquellos a quienes ella ha salvado porque no sabemos con certeza *quiénes* son. Sabemos que existen, pero no conocemos sus caras. Como nos recuerdan Sunstein y Vermeule, son lo que se puede llamar “personas estadísticas”, es decir, personas que sabemos que existen, pero cuya identificación no es posible. Pero, aunque no podamos identificarlas para poder presentar sus historias, sí sabemos que existen, y que también tienen familia y amigos que han quedado devastados por su injusta muerte²⁰.

No se diga aquí que, al hacer este cálculo, estamos diciendo que es legítimo matar a un inocente para salvar a cincuenta. Ello sería claramente una tergiversación de lo anteriormente dicho. Lo que se quiere decir es que, con la introducción de la pena de muerte, se introduce un régimen que sólo autoriza a condenar a muerte a los *culpables* de ciertos delitos. No hay autorización

²⁰ Los abolicionistas suelen usar, como argumento emocional, la representación gráfica de las más crueles formas de ejecución, de modo de provocar un rechazo por asociación psicológica en el espectador de la pena de muerte misma. Del mismo modo, presentan películas y libros con la triste historia de personas ejecutadas y convertidas mientras esperan la ejecución.

Los partidarios de la pena de muerte no pueden recurrir a tales argumentos emocionales: aunque sepan que una ejecución pueda salvar la vida de muchos inocentes, no pueden presentar las historias de tales personas salvadas, porque, como dicen Sunstein y Vermeule, no sabemos *quiénes* exactamente son (aunque sabemos que existen). Muy distinta sería la cosa si se pudiese presentar en el cine y la literatura la historia de las personas inocentes salvadas por la ejecución de un jefe del crimen organizado.

En ausencia de tales recursos emocionales, vale decir, de películas y libros conmovedores, a los partidarios de la doctrina tradicional de la Iglesia sobre la licitud de la pena de muerte sólo les queda recurrir a la razón. Al apelar solo a la razón y no a la emoción del lector o auditor, ellos muestran mucho más respeto por el mismo, al tratarlo como hombre al que se debe convencer, y no como animal del que se debe obtener una respuesta psicológica mediante causación de estímulos sentimentales.

Del mismo modo, muchos abolicionistas comienzan sus artículos o libros con largas exposiciones de cómo se administraba la pena de muerte en el pasado, los delitos absurdos por los que se aplicaba (adulterio, blasfemia, herejía), el modo cruel como se ejecutaba, etc., como si el defensor actual de la pena de muerte estuviese apoyando que se lapide a los adúlteros o se queme a herejes o se descuartice a William Wallace, y no que se ejecute a los cabecillas de organizaciones criminales extremadamente peligrosas o de grupos terroristas. Tales “introducciones históricas” son un mero medio de generar una asociación psicológica en el lector de tales textos, de modo que la justificada aversión que sienten cuando se representan la figura del lapidador se traslade al que solicita (un 65% de los chilenos) la pena de muerte para sicarios o jefes del crimen organizado.

alguna para matar inocentes. Sin embargo, se sabe que, por desgracia, algunos errores judiciales se pueden producir. Pero tales errores judiciales no son autorizados: simplemente son *tolerados* como consecuencia necesaria del régimen que se introduce en base al enorme bien (cincuenta vidas inocentes salvadas) que este producirá. Se aplica aquí el principio del doble efecto²¹.

De hecho, es el mismo razonamiento que realizamos al autorizar la legítima defensa. Sabemos que al reconocer una causal de justificación como la legítima defensa inevitablemente algunos inocentes habrán de morir, porque serán erróneamente identificados como injustos agresores en alguna ocasión. Sin embargo, nadie duda en reconocer tal causal de justificación, porque se entiende el enorme bien que produce. Y a nadie se le ocurriría objetar que, al reconocer tal causal de justificación sabiendo que inevitablemente se habrán de producir algunas muertes inocentes, se está *autorizando* a matar inocentes. Se autoriza a utilizar la fuerza letal solo frente a culpables y en caso de agresión injusta, actual o inminente. Nada más.

Con ello queda respondido el argumento de Francisco respecto a la posibilidad del error judicial, un argumento que, de ser considerado determinante, habría de llevar además a abolir no solo la pena de muerte, sino también la legítima defensa.

Respecto del argumento de que la pena de muerte es utilizada por regímenes totalitarios y dictatoriales, la respuesta es clara: *abusus non tollit usum*. Que pueda ser mal utilizada, no impide que pueda ser bien utilizada. Que pueda ser usada por regímenes totalitarios, no impide que pueda ser usada por regímenes democráticos. Que pueda ser usada como instrumento de supresión de la disidencia, no impide que pueda ser usada como instrumento de supresión del crimen. Más aún: con esta misma lógica, habría que prohibir también la cárcel misma, dado que también los regímenes totalitarios han hecho uso de ella para suprimir a la disidencia. O incluso habría que prohibir cualquier tipo de pena, o abolir la policía o los juzgados mismos, desde que los regímenes totalitarios también han hecho mal uso de ellos.

Respecto del argumento de que la pena de muerte no disuade –no mencionado por Francisco aquí, pero sí por otros autores–, se puede responder de muchas maneras. Primero, simplemente recurriendo a los estudios empíricos. Sunstein y Vermeule, en su artículo defendiendo la pena de muerte, sostienen que

“la base de nuestro argumento es un cuerpo significativo de evidencia reciente de que la pena capital puede efectivamente tener un efecto disuasorio, posiblemente uno muy poderoso. Un estudio nacional principal sugiere

²¹ En el mismo sentido, Torbjörn Tännsjö, “Even if we can foresee that some innocent people will be executed, this is not an intended effect of the system”: TÄNNSJÖ, *op. cit.*, p. 481.

que cada ejecución previene cerca de 18 homicidios en promedio. Si la evidencia actual es siquiera aproximadamente correcta –un asunto sobre el cual volveremos luego–, entonces la negativa a imponer la pena de muerte condenará efectivamente mucha gente inocente a morir”²².

Remitimos al lector al texto de Sunstein y Vermeule para las referencias a los estudios que afirman el carácter disuasorio de la pena de muerte. Incluso si dichos estudios resultasen refutados, lo cierto es que resulta no serio afirmar simplemente, como lo hacen algunos activistas contra la pena de muerte, que “está demostrado que no previene el crimen”, teniendo en consideración que existen estudios que sí afirman que tiene carácter disuasorio. Lo más que podría afirmarse es que el tema es debatido, y nada más²³.

Es común que los abolicionistas presenten como argumento demostrativo del carácter no disuasivo de la pena de muerte, el hecho de que en algu-

²² SUNSTEIN & VERMEULE, *op. cit.*, p. 706. El estudio nacional principal al que se refieren es Hashem DEZHBAKSH *et al.*, “Does Capital Punishment Have a Deterrent Effect? New Evidence from Postmoratorium Panel Data”.

²³ Al respecto, conviene recordar aquello que decía John Stuart Mill en su discurso de defensa de la pena de muerte respecto de quienes ya en aquella época sostenían que la pena de muerte no disuadía: “My honourable Friend says that it does not inspire terror, and that experience proves it to be a failure. But the influence of a punishment is not to be estimated by its effect on hardened criminals. Those whose habitual way of life keeps them, so to speak, at all times within sight of the gallows, do grow to care less about it; as, to compare good things with bad, an old soldier is not much affected by the chance of dying in battle. I can afford to admit all that is often said about the indifference of professional criminals to the gallows. Though of that indifference one-third is probably bravado and another third confidence that they shall have the luck to escape, it is quite probable that the remaining third is real. But the efficacy of a punishment which acts principally through the imagination, is chiefly to be measured by the impression it makes on those who are still innocent: by the horror with which it surrounds the first promptings of guilt; the restraining influence it exercises over the beginning of the thought which, if indulged, would become a temptation; the check which it exerts over the gradual declension towards the state--never suddenly attained--in which crime no longer revolts, and punishment no longer terrifies. (Hear, hear.) As for what is called the failure of death punishment, who is able to judge of that? We partly know who those are whom it has not deterred; but who is there who knows whom it has deterred, or how many human beings it has saved who would have lived to be murderers if that awful association had not been thrown round the idea of murder from their earliest infancy?”: John Stuart MILL, “Capital punishment”, pp. 268-269.

Algunos de quienes niegan el carácter disuasorio de la pena de muerte aducen el hecho correcto de que lo que más disuade al delincuente es la previsión de la posibilidad de ser descubierto y castigado más que el monto del castigo. Ello es cierto según lo expresado por diversos estudios. Pero del hecho de que el mayor disuasivo sea la previsibilidad de ser castigado, no se puede en caso alguno deducir que el monto o naturaleza del castigo no introduzcan una disuasión *adicional*. Ello es claramente falacioso. Para mostrar lo anterior, póngase a pensar el lector si no lo pensaría *más* a la hora de decidir si entrar con droga a Singapur que a la hora de ingresar con droga a cualquier país europeo, suponiendo que la posibilidad de ser descubierto en ambos países fuese la misma.

nos Estados europeos no ha aumentado el número de homicidios tras la abolición de la misma. Ello puede ser correcto, pero es irrelevante: todos dichos Estados abolieron la pena de muerte *después* de alcanzar un nivel muy bajo de criminalidad y *después* de que se hubiese creado una cultura de relativo respeto a la legalidad que, por sí sola, puede ahora disuadir a los individuos de cometer crímenes. Pero esa cultura de respeto a la legalidad, causada por el nivel bajo de criminalidad, fue a su vez causada por la aplicación de, entre otras, la pena de muerte. Ningún Estado europeo hubiese llegado a tener los bajos niveles de criminalidad que tienen hoy si se hubiese abstenido desde el inicio de aplicar la pena de muerte (de hecho, ni siquiera podría haber sobrevivido). De ahí que las estadísticas provenientes de tales Estados sean irrelevantes para determinar si la pena de muerte *en general* disuade o no. En países en los cuales no existía tal bajo nivel de criminalidad al momento de abolir la misma, la tasa de homicidios ha aumentado tras la abolición de la misma (es el caso de Chile). Que la pena de muerte se pueda abolir en ciertos Estados que *ya* gozan de bajos niveles de criminalidad y que ello no implique un aumento de la criminalidad, no significa en caso alguno que ello se replique en el caso de países que, en cambio, tienen un alto grado de criminalidad y son presa de grupos de crimen organizado²⁴.

Conviene recordar aquí que incluso el marqués de Beccaria, comúnmente considerado un abolicionista, en su notable *Dei delitti e delle pene* sostiene que, aunque la pena de muerte debe ser reducida, hay dos casos en los que sin embargo es necesaria y no debe ser abolida, y tales son, precisamente,

²⁴ Las falacias metodológicas de los estudios que pretenden demostrar el carácter no disuasorio de la pena de muerte en base a comparaciones entre países con situaciones muy diversas son muy bien mostradas en GOLDBERG, *op. cit.*

En ocasiones, los argumentos que dan quienes pretenden demostrar el carácter no disuasivo de la pena de muerte son más débiles todavía: dicen, correctamente, que ella no disuadirá al asesino profesional o al sicario. Eso no lo discute nadie: como dice Goldberg, ningún partidario de la pena de muerte sostiene que ella disuada al sicario. Ella, disuade, en cambio, a muchos de *volverse sicarios*: véase GOLDBERG, *op. cit.*, pp. 67-69. Esto ya lo había dicho Stuart Mill en el texto citado *supra*. No debemos preguntarnos si la pena de muerte disuade al sicario profesional, sino si disuade a jóvenes todavía inocentes de *ingresar* en los grupos de crimen organizado que ofrecen a tales jóvenes un “trabajo” fácil, que no requiere tediosos y largos estudios, que promete una remuneración mayor a la de los trabajos honestos, que incluye el “glamour” de portar armas, y que, por ende, se le aparece a muchos de tales jóvenes como un “trabajo” altamente atractivo, y cuya atracción la sociedad solo puede contrarrestar con la presentación vívida de cuál es el destino que ella asigna a quienes se dedican al sicariato: la muerte. Los primeros beneficiados con la reintroducción de la pena de muerte para el sicariato en Chile serían los jóvenes y menores de edad que actualmente son reclutados por grupos de crimen organizado y cuyo destino en la actualidad es, si tienen suerte, ir a la cárcel o a un centro del Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil (ex-SENAME), y si no la tienen, morir en ajustes de cuentas entre bandas rivales.

cuando solo ella pueda disuadir de cometer cierto crimen, o cuando solo ella incapacite a un criminal extremadamente peligroso²⁵.

2. CARTA AL PRESIDENTE DE LA COMISIÓN INTERNACIONAL CONTRA LA PENA DE MUERTE (2015)

Esta carta fue enviada por el papa el 20 de marzo de 2015, y la transcribimos en extenso para luego comentarla:

*“Excelentísimo Señor
Federico Mayor
Presidente de la Comisión Internacional contra la Pena de Muerte
Señor Presidente:*

Con estas letras, deseo hacer llegar mi saludo a todos los miembros de la Comisión Internacional contra la Pena de Muerte, al grupo de países que la apoyan, y a quienes colaboran con el organismo que Ud. preside. Quiero además expresar mi agradecimiento personal, y también el de los hombres de buena voluntad, por su compromiso con un mundo libre de la pena de muerte y por su contribución para el establecimiento de una moratoria universal de las ejecuciones en todo el mundo, con miras a la abolición de la pena capital.

...

El Magisterio de la Iglesia, a partir de la Sagrada Escritura y de la experiencia milenaria del Pueblo de Dios, defiende la vida desde la concepción hasta la muerte natural, y sostiene la plena dignidad humana en cuanto imagen de Dios (cf. *Gen* 1,26). La vida humana es sagrada porque desde su inicio, desde el primer instante de la concepción, es fruto de la acción creadora de Dios (cf. *Catecismo de la Iglesia Católica*, n. 2258), y desde ese momento, el hombre, *única criatura a la que Dios ha amado por sí mismo*, es objeto de un amor personal por parte de Dios (cf. *Gaudium et spes*, 24).

Los Estados pueden matar por acción cuando aplican la pena de muerte, cuando llevan a sus pueblos a la guerra o cuando realizan ejecuciones extrajudiciales o sumarias. Pueden matar también por omisión, cuando no garantizan a sus pueblos el acceso a los medios esenciales para la vida. *‘Así como el mandamiento de ‘no matar’ pone un límite claro para asegurar el valor de la vida humana, hoy tenemos que decir ‘no a una economía de la exclusión y la inequidad’ (Evangelii gaudium, 53).*

²⁵ Cfr, el siguiente pasaje de *Dei delitti e delle pene*, comúnmente omitido al exponer la doctrina de Beccaria: “La morte di un cittadino non può credersi necessaria che per due motivi. Il primo, quando anche privo di libertà egli abbia ancora tali relazioni e tal potenza che interessi la sicurezza della nazione” y “quando la di lui morte fosse il vero ed unico freno per distogliere gli altri dal commettere delitti, secondo motivo per cui può credersi giusta e necessaria la pena de morte”: Cesare BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, pp. 62-63.

La vida, especialmente la humana, pertenece sólo a Dios. Ni siquiera el homicida pierde su dignidad personal y Dios mismo se hace su garante. Como enseña san Ambrosio, Dios no quiso castigar a Caín con el homicidio, ya que quiere el arrepentimiento del pecador y no su muerte (cf. Evangelium vitae, 9).

En algunas ocasiones es necesario repeler proporcionalmente una agresión en curso para evitar que un agresor cause un daño, y la necesidad de neutralizarlo puede conllevar su eliminación: es el caso de la legítima defensa (cf. *Evangelium vitae*, 55). Sin embargo, los presupuestos de la legítima defensa personal no son aplicables al medio social, sin riesgo de tergiversación. Es que cuando se aplica la pena de muerte, se mata a personas no por agresiones actuales, sino por daños cometidos en el pasado. Se aplica, además, a personas cuya capacidad de dañar no es actual sino que ya ha sido neutralizada, y que se encuentran privadas de su libertad.

Hoy día la pena de muerte es inadmisibile, por cuanto grave haya sido el delito del condenado. Es una ofensa a la inviolabilidad de la vida y a la dignidad de la persona humana que contradice el designio de Dios sobre el hombre y la sociedad y su justicia misericordiosa, e impide cumplir con cualquier finalidad justa de las penas. No hace justicia a las víctimas, sino que fomenta la venganza.

Para un Estado de derecho, la pena de muerte representa un fracaso, porque lo obliga a matar en nombre de la justicia. Escribió Dostoevskij: *‘Matar a quien mató es un castigo incomparablemente mayor que el mismo crimen. El asesinato en virtud de una sentencia es más espantoso que el asesinato que comete un criminal’*. Nunca se alcanzará la justicia dando muerte a un ser humano.

La pena de muerte pierde toda legitimidad en razón de la defectiva selectividad del sistema penal y frente a la posibilidad del error judicial. La justicia humana es imperfecta, y no reconocer su falibilidad puede convertirla en fuente de injusticias. Con la aplicación de la pena capital, se le niega al condenado la posibilidad de la reparación o enmienda del daño causado; la posibilidad de la confesión, por la que el hombre expresa su conversión interior; y de la contrición, pórtico del arrepentimiento y de la expiación, para llegar al encuentro con el amor misericordioso y sanador de Dios.

La pena capital es, además, un recurso frecuente al que echan mano algunos regímenes totalitarios y grupos de fanáticos, para el exterminio de disidentes políticos, de minorías, y de todo sujeto etiquetado como ‘peligroso’ o que puede ser percibido como una amenaza para su poder o para la consecución de sus fines. Como en los primeros siglos, también en el presente la Iglesia padece la aplicación de esta pena a sus nuevos mártires.

La pena de muerte es contraria al sentido de la *humanitas* y a la misericordia divina, que debe ser modelo para la justicia de los hombres. Implica un trato cruel, inhumano y degradante, como también lo es la angustia previa al momento de la ejecución y la terrible espera entre el dictado de la sentencia y la aplicación de la pena, una ‘tortura’ que, en nombre del debido proceso, suele durar muchos años, y que en la antesala de la muerte no pocas veces lleva a la enfermedad y a la locura.

...

En la actualidad, no sólo existen medios para reprimir el crimen eficazmente sin privar definitivamente de la posibilidad de redimirse a quien lo ha cometido (cf. *Evangelium vitae*, 27), sino que se ha desarrollado una mayor sensibilidad moral con relación al valor de la vida humana, provocando una creciente aversión a la pena de muerte y el apoyo de la opinión pública a las diversas disposiciones que tienden a su abolición o a la suspensión de su aplicación (cf. *Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia*, n. 405).

...

Me despido encomendándolos al Señor Jesús, que en los días de su vida terrena no quiso que hiriesen a sus perseguidores en su defensa – ‘Guarda tu espada en la vaina’ (Mt 26,52)–, fue apresado y condenado injustamente a muerte, y se identificó con *todos* los encarcelados, culpables o no: ‘Estuve preso y me visitaron’ (Mt 25,36). Él, que frente a la mujer adúltera no se cuestionó sobre su culpabilidad, sino que invitó a los acusadores a examinar su propia conciencia antes de lapidarla (cf. Jn 8,1-11), les conceda el don de la sabiduría, para que las acciones que emprendan en pos de la abolición de esta pena cruel, sean acertadas y fructíferas”²⁶.

Hasta ahí la cita. Analicemos ahora sus dichos. Dice el pontífice:

“El Magisterio de la Iglesia, a partir de la Sagrada Escritura y de la experiencia milenaria del Pueblo de Dios, defiende la vida desde la concepción hasta la muerte natural, y sostiene la plena dignidad humana en cuanto imagen de Dios (cf. *Gen* 1,26). La vida humana es sagrada porque desde su inicio, desde el primer instante de la concepción, es fruto de la acción creadora de Dios (cf. *Catecismo de la Iglesia Católica*, n. 2258), y desde ese momento, el hombre, *única criatura a la que Dios ha amado por sí mismo*, es objeto de un amor personal por parte de Dios (cf. *Gaudium et spes*, 24)”²⁷.

Más adelante agrega:

“La vida, especialmente la humana, pertenece sólo a Dios. Ni siquiera el homicida pierde su dignidad personal y Dios mismo se hace su garante. Como enseña san Ambrosio, Dios no quiso castigar a Caín con el homicidio, *ya que quiere el arrepentimiento del pecador y no su muerte* (cf. *Evangelium vitae*, 9)”²⁸.

Aquí hay mencionados dos argumentos: la pena de muerte atentaría contra la dignidad humana y contra el carácter sagrado de la vida humana.

Empecemos con la dignidad humana. Como expresan Feser y Besette, la pretensión de que la pena de muerte atenta contra la dignidad humana

²⁶ FRANCISCO, “Carta al presidente de la Comisión Internacional contra la Pena de Muerte”.

²⁷ *Op. cit.*

²⁸ *Op. cit.*

“es presentada a menudo como si fuese obvia”²⁹, y no nos parece obvia en absoluto. Podemos compartir la afirmación del papa de que el homicida no pierde su dignidad personal, pero no que ello implique que no deba ser ejecutado. De hecho, ningún partidario serio de la pena de muerte ha afirmado jamás que el criminal pierda su dignidad humana. Lo que afirman es que pierde su derecho a la vida. O, más bien, que él mismo se despojó de tal derecho.

Francisco no define qué entiende por dignidad humana, y parece ocupar la concepción “popular” al uso en el discurso contemporáneo según la cual sería un estatus que a uno le ha de traer solo ventajas, y en base al cual se pueden hacer las exigencias más disparatadas. Cuando no hay otro argumento para reclamar algo, se apela a que tal cosa la exige la dignidad humana. La dignidad humana sería fuente de puros derechos, y nunca de deberes. De puras ventajas, y nada de desventajas. Se es digno para lo bueno, pero no para lo malo.

Pero existe un concepto filosófico de dignidad compartido por autores tan diversos como santo Tomás y Kant, que difiere parcialmente del popular, pero es mucho más coherente, y además resulta compatible con la creencia de que, en ocasiones, el modo de tratar a alguien como ser digno es castigándolo con la muerte.

Nadie podrá negar cuán profunda fue la defensa kantiana de la dignidad humana. La dignidad es el valor de aquello que es fin en sí mismo, y solo los seres racionales tienen tal valor. Tratar a alguien como ser digno, es tratarlo como un fin en sí mismo y no como un mero medio.

Sin embargo, se pregunta Kant, ¿cuál es la fuente de la dignidad humana, por qué el hombre, a diferencia del animal, es digno? Porque tiene libertad de la voluntad³⁰. Por ello, tratar a un ser humano como ser digno es tratarlo como ser libre.

Hasta ahí muchos lectores estarán felices. Todos quieren que los traten como seres libres y no como inmaduros. Pero, y aquí viene lo que a tantos lectores contemporáneos tal vez no les guste tanto, pero que viene *lógicamente* exigido por el razonamiento kantiano: el modo de tratar a alguien como ser libre, cuando ha cometido un crimen, es tratarlo como responsable. Si no

²⁹ FESER & BESETTE, *op. cit.*, p. 63.

³⁰ La libertad de la voluntad, según Kant, no puede ser demostrada, pero debe ser postulada como condición de posibilidad del actuar moral. La crítica de la razón teórica ha mostrado que puede ser postulada, no obstante no ser objeto de experiencia posible, en cuanto dicha crítica ha mostrado que el dominio de lo pensable excede el de lo conocible, de modo que pueden ser postulados ítems como Dios, la inmortalidad del alma o la libertad de la voluntad, que no son contradictorios en sí mismos y cuya existencia resulta condición de posibilidad del actuar moral.

lo hago responsable de lo que hizo, si no lo hago pagar por lo que hizo, no lo estoy tratando como ser libre y, en consecuencia, como un fin en sí mismo.

Y, agrega Kant, la única medida del castigo que permite hacer realmente responsable a alguien por el crimen cometido es la equivalencia. Si bien esta equivalencia no siempre se puede aplicar de modo exacto, en el caso del homicidio es claro que lo único cualitativa y cuantitativamente equivalente al crimen es la pena de muerte. Vale decir, la dignidad del delincuente exige que sea castigado con la muerte, porque solo con tal castigo, no con uno menor, se le hace responsable de su acción libre. Cualquier castigo menor lo trataría como algo menos que un ser libre y, por consiguiente, como algo menos que un fin en sí mismo³¹.

Así, el concepto filosófico de dignidad como el estatus de un ser que es fin en sí mismo, lejos de ser fuente de “puras cosas buenas”, es el que exige un castigo proporcional –no menor– al crimen, y en el caso del homicidio solo la pena de muerte satisface ese criterio. De tal manera, enseña Kant, al ejecutar al criminal, lejos de atentar contra su dignidad, lo honramos como ser libre³². Como dice Torbjörn Tännsjö, en una tal concepción, para el asesino, “su ejecución... puede ser entendida como un acto de respeto. Recibe lo que merece”³³.

Y el razonamiento de santo Tomás de Aquino es el mismo. También él afirma que la dignidad humana radica en la libertad de la voluntad, y agrega que, precisamente por ello, el hombre es imagen de Dios, porque tiene libertad de la voluntad. Pero tratarlo como ser libre puede exigir que se le castigue con la pena de muerte, si solo tal castigo permite hacerlo *plenamente* responsable de su acción ilícita³⁴.

Así, el concepto filosófico de dignidad, lejos de ser fuente de “puras cosas buenas”, como parecen entenderlo Francisco y tantas personas en la actua-

³¹ Véase Immanuel KANT, *Metaphysik der Sitten, Rechtslehre*, A 195-205 / B 225-235.

³² En el mismo sentido, FESER & BESETTE, *op. cit.*, p. 63: “Indeed, like other defenders of the death penalty, we would argue that it actually *affirms* human dignity precisely because, in inflicting on the offender a punishment proportionate to his offense, it treats him as a free and rational agent who is fully responsible for his behavior, rather than as a mere animal or a robot”. Y, citando a Louis Pojman, muestran el siguiente dilema que enfrenta quien niegue la licitud de la pena de muerte apelando a la dignidad humana: “Either a murderer has inherent dignity as a free being or he does not. If he does, then because he is responsible for his crime, he can legitimately have inflicted upon him a penalty proportionate to his offense, which would be death. If he does not, then he is no better than a beast, and beasts can legitimately be put to death. Either way, the penalty of death is legitimate. And either way, there is no affront to human dignity”: FESER & BESETTE, *op. cit.*, p. 75.

³³ TÄNNSJÖ, *op. cit.*, p. 486.

³⁴ Santo Tomás, a diferencia de Kant, decía que la pena de muerte era lícita, pero no que fuese necesaria, en el caso del homicidio.

lidad, trae consigo ventajas y desventajas. ¿Y podría ser de otro modo? ¿Acaso no consideramos que ser padre, o madre son cosas maravillosas, que enriquecen a la persona, y sabemos, sin embargo, que traen consigo no solo ventajas, sino también cargas, algunas incluso legales? ¿No sucede esto también con el tener amigos, que es una cosa maravillosa, pero que también exige cosas demandantes en ocasiones, incluso hasta el dar la vida por ellos? ¿Por qué habría de ser distinto con el concepto de dignidad?

Así, el filósofo clásico afirma que el criminal mantiene su dignidad, pero ha perdido su derecho a la vida, *por su culpa*, no porque alguien se lo haya quitado. Él se lo quitó.

Agreguemos todavía que, si algún contradictor pretende que es imposible perder así el derecho a la vida, que nunca se puede matar a un culpable, le va a resultar muy difícil, si no imposible, justificar el matar en legítima defensa o en una guerra defensiva. No creemos que algún contradictor llegue a tanto como para negar la licitud de matar en legítima defensa. Pues bien: tanta dignidad tiene el agresor actual como el pasado. Si el problema fuese la dignidad, no se podría matar tampoco al agresor actual³⁵. ¿Quiere

³⁵ Algunos abolicionistas de la pena de muerte podrían objetar que en la legítima defensa no se intenta la muerte del agresor, sino solo la propia defensa, de modo que estrictamente el acto de quien se defiende no es un acto de matar. Se pueden basar en que, precisamente, santo Tomás introduce el principio del doble efecto para explicar la licitud de la legítima defensa. Tal dice, por ejemplo, John Finnis, quien ahora niega la licitud de la pena de muerte, pero sostiene que se puede aceptar el “matar” en legítima defensa o en una guerra defensiva (él dice que solo la guerra defensiva puede ser justa) mediante aplicación del principio del doble efecto.

Sin embargo, hemos mostrado en Carlos ISLER, *Thomistic Tradition and Human Rights*, pp. 161-162, siguiendo parcialmente a Suzanne Uniacke, que no todas las instancias de legítima defensa pueden explicarse por aplicación del principio del doble efecto. Hay casos en los que necesariamente se debe intentar la muerte del agresor como condición de la salvación propia o de terceros, condición que excluye la aplicación del principio del doble efecto, que siempre exige que el efecto malo sea solo tolerado, nunca querido, y que éste no sea un medio para el efecto bueno.

Un ejemplo es el siguiente: supongamos que un grupo terrorista toma un conjunto de rehenes y amenaza con detonar una bomba en el edificio en el cual se encuentran en caso de intento de rescate por parte de la policía. Supongamos que alguno de esos terroristas tiene además en su poder el detonador de la bomba. La policía puede muy bien llegar a la conclusión de que la única manera de proceder a la operación de rescate incluye el matar al terrorista con un francotirador, antes de que comience la operación, porque, de quedar vivo, podría tal terrorista activar el detonador. Es claro que, en este caso, el francotirador tiene necesariamente que querer la muerte del terrorista como medio para salvar a los inocentes, lo que excluye la posibilidad de aplicar el principio del doble efecto. El principio del doble efecto exige que el efecto malo no sea un medio para el bueno. Por ende, la licitud (difícilmente negable) del matar a tal terrorista no puede ser explicada mediante el principio del doble efecto. De lo cual se sigue que hay instancias claras en las que es lícito matar a un *culpable* como parte de la legítima defensa propia o de terceros.

el abolicionista de la pena de muerte decirnos, también, que tenemos que dejarnos matar, a nosotros o a nuestras familias, por un agresor actual si somos asaltados? ¿Que no podemos defender nuestro país si éste es atacado?

En efecto, si la objeción a la pena de muerte se basa en la dignidad humana o en el carácter sagrado de la vida humana, entonces es simplemente *imposible* explicar la posibilidad de matar en legítima defensa o en una guerra defensiva. Es usual que, cuando a los abolicionistas de la pena de muerte se les pregunte si se puede matar en legítima defensa, digan “ahí sí, pero es que hay una agresión actual”. El problema es que si la razón por la cual no se pudiese aplicar la pena de muerte fuese la dignidad humana o el carácter sagrado de la vida humana, entonces daría exactamente lo mismo que hubiese una agresión actual: no se podría matar al agresor. Francisco o los abolicionistas que se basan en el concepto de dignidad humana –entendida a su manera– o el carácter sagrado de la vida humana nunca explican cómo puede ser, entonces, posible la legítima defensa³⁶. *Tanta dignidad humana tiene, y tan sagrada es* la vida del agresor actual que la del agresor pasado. Tomado en serio, el principio aducido por el papa llevaría a impedir matar en legítima defensa. Si el argumento contra la pena de muerte es la dignidad humana o el carácter sagrado de la vida humana, entonces con la pena de muerte cae la legítima defensa también.

Sigamos: asevera Francisco que la vida humana es sagrada. En otro texto, nos dirá que pertenece a Dios, que es su solo juez.

Pues bien: estamos totalmente de acuerdo en que la vida humana es sagrada. Pero el problema es que el papa olvida otro aspecto de la doctrina política tradicional católica que, además, *se deriva del carácter sagrado de la vida humana*, a saber: que el poder político viene de Dios³⁷. Si la vida hu-

De ahí que toda la tradición clásica dijese al unísono que el precepto moral “no matar” solo es absoluto respecto de los *inocentes*. De lo contrario, se impedirían, al menos, casos claros de legítima defensa.

³⁶ O rehuyen la respuesta diciendo que en la legítima defensa hay que tratar de usar medios no letales, “disparar a las piernas”, o algo por el estilo. Por supuesto que, si es posible, se deben usar medios no letales. Pero es claro que hay casos en los cuales no se pueden usar sino medios letales, hay casos en los cuales no se alcanza a apuntar a las piernas, o hacerlo pone en riesgo al propio defensor o su familia. Argumentos del tipo “hoy existen armas de electrochoque” (¿Y si el agresor viene con un fusil de asalto, se le debe responder solo con un arma de electrochoque?) son absurdos en un debate que pretende determinar si en todas las situaciones, y no solo en algunas, está prohibida o no cierta práctica. Más que respuestas, son intentos de evadir el responder.

³⁷ Esta doctrina la había afirmado ya Jesucristo en su diálogo con Pilato. Además está en la Carta de San Pablo a los Romanos.

Por supuesto que esto no significa en caso alguno que Dios nombre a tal o cual gobernante, o a tal o cual forma de gobierno, sino solo que la potestad política procede de Dios, siendo los pueblos libres de moldearla como mejor les acomode. La llamada “teoría del derecho divino de los reyes”, en cambio, es una perversión de la verdadera doctrina cristiana.

mana es sagrada –por provenir de Dios–, entonces también el poder político viene de Dios. Así, con plena coherencia, santo Tomás puede afirmar que la vida humana pertenece solo a Dios y, sin embargo, el gobernante, ejerciendo de vicario de Dios en pos del bien común, puede ejercer tal poder dado por Dios de ejecutar a un culpable si lo exige el bien común. Francisco menciona solo una parte de la doctrina tradicional, y deja de lado la segunda –que además viene exigida por la primera–, que explica de modo pleno por qué el gobernante puede castigar con la pena de muerte a quien tiene la vida regalada por Dios. Así, santo Tomás de Aquino dice que

“los hombres que en la Tierra gobiernan sobre otros son como ejecutores de la Divina Providencia. Pues Dios, de acuerdo al orden de su Providencia, rige a las cosas inferiores por medio de las superiores, como es manifiesto de lo dicho anteriormente. Por ende, nadie peca por ejecutar el orden de la divina providencia. Pero este orden de la divina providencia prescribe que los buenos sean premiados, y los malos castigados, como es manifiesto por lo dicho anteriormente. Por ende, no pecan los hombres que gobiernan a otros, en cuanto premian a los buenos, y castigan a los malos”³⁸.

Por ende, el argumento a partir del carácter sagrado de la vida humana tampoco funciona. Y de funcionar, impediría la legítima defensa cuando esta solo pueda ser letal.

El pontífice agrega luego lo siguiente:

“En algunas ocasiones es necesario repeler proporcionadamente una agresión en curso para evitar que un agresor cause un daño, y la necesidad de neutralizarlo puede conllevar su eliminación: es el caso de la legítima defensa (cf. *Evangelium vitae*, 55). Sin embargo, los presupuestos de la legítima defensa personal no son aplicables al medio social, sin riesgo de tergiversación. Es que cuando se aplica la pena de muerte, se mata a personas no por agresiones actuales, sino por daños cometidos en el pasado. Se aplica, además, a personas cuya capacidad de dañar no es actual sino que ya ha sido neutralizada, y que se encuentran privadas de su libertad”³⁹.

Este párrafo es muy enigmático. Dice el papa que la pena de muerte no se puede asimilar a la legítima defensa porque la agresión no es actual sino pasada. Lo que literalmente se deduce de aquí es que es lícito matar a alguien si hay una agresión actual (con lo que el papa estaría reconociendo que en al

³⁸ “Homines qui in terris super alios constituuntur, sunt quasi divinae providentiae executores: Deus enim, per suae providentiae ordinem, per superiora inferiora exequitur, ut ex supra dictis patet. Nullus autem ex hoc quod exequitur ordinem divinae providentiae, peccat. Habet autem hoc ordo divinae providentiae, ut boni praemiantur et mali puniantur, ut ex supra dictis patet. Non igitur homines qui aliis praesunt, peccant ex hoc quod bonos remunerant et puniunt malos”: *Summa contra Gentiles*, III, 146, 2.

³⁹ FRANCISCO, “Carta al...”, *op. cit.*

menos esta circunstancia se podría matar a alguien, no obstante la dignidad del agresor y el que su vida pertenezca a Dios). Vale decir, si se interpreta en su literalidad lo que manifiesta Francisco aquí, se entiende que según él, no obstante cuán sagrada sea la vida humana, se puede matar a una persona en legítima defensa, pero que ello no se aplica a la pena de muerte, porque ahí la agresión ya pasó.

Decimos que es enigmático este pasaje porque, al decir el papa que la razón por la cual no se puede asemejar la pena de muerte a la legítima defensa es que, en un caso, la agresión es pasada, y en el otro, actual o inminente, está implicando claramente que *en este último caso sí se puede matar a alguien, no obstante su dignidad personal de hijo de Dios*. Y con ello estaría echando por tierra todo su argumento de la imposibilidad de matar a alguien en base a su dignidad personal.

Si hubiese querido diferenciar a la pena de muerte de la legítima defensa sin incurrir en esta contradicción con lo que ya había dicho antes, lo que debería haber dicho es que en la legítima defensa no se intenta la muerte del agresor, sino la propia defensa, y en la pena de muerte sí se intenta tal muerte⁴⁰. Es la única manera de evitar la objeción de que, al permitir matar en legítima defensa, ya no se cree en el carácter sagrado de la vida humana o en la dignidad del hombre. Pero el papa aquí aduce un argumento incompatible con su propia afirmación precedente de que la vida humana es inviolable. Está diciendo: “no se puede matar nunca al ser humano, *excepto* cuando hay agresión actual o inminente”. Y al introducir una *excepción*, hace caer todo lo afirmado sobre el carácter inviolable de la vida humana. Lo lógico hubiese sido decir que la legítima defensa *no es excepción*, porque lo intentado no es la muerte del agresor. Como se ve, el papa argumenta mal aquí nuevamente al introducir una excepción –el matar en legítima defensa– a un principio cuyo carácter absoluto –nunca se debe matar a nadie, sea culpable o inocente– era la base de su negación de la licitud de la pena de muerte. Es decir, se contradice.

A continuación dice:

“En la actualidad, no sólo existen medios para reprimir el crimen eficazmente sin privar definitivamente de la posibilidad de redimirse a quien lo ha cometido (cf. *Evangelium vitae*, 27), sino que se ha desarrollado una mayor sensibilidad moral con relación al valor de la vida humana, provocando una creciente aversión a la pena de muerte y el apoyo de la opinión pública a las diversas disposiciones que tienden a su abolición o a la suspensión de su aplicación (cf. *Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia*, n. 405)”⁴¹.

⁴⁰ Sin embargo, como dijimos anteriormente, el principio del doble efecto no explica todas las instancias de matar en legítima defensa.

⁴¹ FRANCISCO, “Carta al...”, *op. cit.*

Ya hemos tratado el tema de los medios para reprimir el crimen. Respecto de que se ha desarrollado “una mayor sensibilidad moral con relación al valor de la vida humana”, ello es claramente falso, como muestra la legislación cada vez más permisiva del aborto y la eutanasia. Y respecto de la “creciente aversión a la pena de muerte y el apoyo de la opinión pública a las diversas disposiciones que tienden a su abolición o a la suspensión de su aplicación” por parte de la opinión pública, ello es otra vez falso a la luz de las encuestas⁴².

⁴² La más reciente encuesta indica que, en Chile, un 65,7% se encuentra a favor de la misma: www.elmostrador.cl/noticias/pais/2025/03/25/signos-657-de-los-encuestados-a-favor-de-reponer-la-pena-de-muerte/

Este apoyo abrumador a la pena de muerte en Chile no es algo circunstancial: una encuesta del 2009 indicaba un apoyo a la misma por parte del 63% de la población: www.latercera.com/diario-impreso/encuesta-63-apoya-pena-de-muerte-en-casos-de-extrema-crueldad/#

Otra del 2020 indica un apoyo a la misma del 67% de la población: www.24horas.cl/nacional/pulso-ciudadano-el-67-aprueba-que-chile-restablezca-la-pena-de-muerte-4393359

No obstante la campaña contra la pena de muerte emprendida por organizaciones auto-denominadas de defensa de los derechos humanos, como Amnistía Internacional, u organismos de la Unión Europea y Naciones Unidas, y pese al tabú que a nivel académico tales organizaciones han impuesto, prohibiendo siquiera discutir el tema, la popularidad de la pena de muerte sigue siendo muy alta en casi todo el mundo.

Así, en Perú, según una encuesta de 2018, un 87% de los encuestados manifiesta estar de acuerdo con la pena de muerte: www.ipsos.com/sites/default/files/ct/news/documents/2018-02/opinion-data-febrero-2018.pdf

La más reciente encuesta al respecto en Brasil, de 2018, muestra que el 57% de los brasileños apoyaba la reintroducción de la pena de muerte, subiendo desde el 47% que la apoyaba en 2008: véase <https://oglobo.globo.com/politica/datafolha-apoio-pena-de-morte-no-brasil-sobe-para-57-22264931>. Esta encuesta muestra que quienes más la apoyan son los jóvenes (desmintiendo al cardenal Fisichella), los más pobres, y los católicos (que se atienen así al magisterio perenne de la Iglesia y no al personal del papa Francisco).

Más aun: la apariencia de condena universal a la misma en los países de la misma Unión Europea es claramente una falsificación de la realidad presentada por tales organismos. Incluso ahí donde es mayoritariamente rechazada por la población, sigue habiendo una minoría importante que la apoya. Así, en Italia, según una encuesta de 2024, un 31% de la población apoya la reintroducción de la pena de muerte: www.swg.it/pa/attachment/65d4784c0cf6c/Radar_12%20-%2018%20febbraio%202024.pdf

En Francia, una reciente encuesta de Ipsos muestra que *la mayoría* de la población apoya la reintroducción de la pena de muerte: véase www.rfi.fr/en/france/20200917-new-poll-shows-jump-in-number-of-french-people-in-favour-of-the-death-penalty.

En la Europa extracomunitaria, en el Reino Unido, según una encuesta de 2022, más de la mitad de los británicos apoya la reintroducción de la pena de muerte: <https://yougov.co.uk/politics/articles/41640-britons-dont-tend-support-death-penalty-until-you->

En Japón cerca del 80 % de la población muestra apoyarla: www.nippon.com/en/japan-data/h02327/

Por todo lo anterior es tan extraño el tabú académico sobre el tema. Es difícil imaginar una brecha más grande, en el mundo contemporáneo, entre la burbuja académica y la gente común que en este tema.

En muchos países, de hecho, el apoyo popular a la misma ha aumentado, en especial en los países que el papa Francisco llamaba de las “periferias”, vale decir, aquellos a quienes dirigía especialmente su mensaje. La opinión mayoritaria en contra existe solo en los países más ricos de la Unión Europea. Francisco siempre dijo que hay que escuchar a las periferias. Esta sería una buena oportunidad.

Más adelante, afirma lo siguiente:

“Con la aplicación de la pena capital, se le niega al condenado la posibilidad de la reparación o enmienda del daño causado; la posibilidad de la confesión, por la que el hombre expresa su conversión interior; y de la con-

Es claro, por otro lado, que esta brecha se debe a que muchos en la academia no se atreven a manifestar su opinión a favor de la pena de muerte, temerosos de ser “cancelados”, lo que genera una sensación de opinión mayoritaria de la misma en contra de la pena de muerte que no es necesariamente real, o bien porque es realmente mayoritaria solo dentro de quienes se dedican a enseñar ciertas materias, como derecho internacional de los derechos humanos u otras disciplinas afines. Por ello tal vez algunos prefieren dedicarse a otras áreas del derecho, donde no tengan que pronunciarse sobre el tema, dejando las áreas del derecho internacional de los derechos humanos y afines a los abolicionistas y a los woke.

Así, la presunta “condena universal” de esta “cruel práctica” no es nada real, como pretenden los abolicionistas. Es un mito. Gary Becker, Nobel de Economía de 1992, al comenzar un texto defendiendo la pena de muerte, dice que “European governments are adamantly opposed to capital punishment –the European Union bans it outright– and some Europeans consider its use in the United States barbaric”: Gary BECKER, “The Morality of Capital Punishment”. Todo ello es correcto: los *gobiernos* europeos se oponen a la pena capital, lo mismo que la *Unión Europea*, y *algunos* europeos la consideran bárbara. Pero el 65% de los chilenos, 87% de los peruanos, 80% de los japoneses, entre muchos otros, la consideran no “bárbara” sino legítima y justa. Es discutible incluso que *la mayoría* de los *ciudadanos* europeos se opongan a ella (recuérdense las encuestas sobre Francia y Gran Bretaña). De ahí que sean falsas las expresiones de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos de que “es cada vez mayor el consenso acerca de la abolición universal de la pena de muerte” (¿dónde hicieron la encuesta, en las oficinas de la ONU?) La risible afirmación se puede leer aquí: www.ohchr.org/es/topic/death-penalty

Esta brutal brecha entre la burbuja del mundo académico y el mundo real es también constatada por Flanders por el caso de Estados Unidos: “This lack of prominent defenders of the death penalty is a puzzling state of affairs, and not least because of the large disconnect that exists between the academic mainstream and popular opinion. Usually, when there is strong public support for a measure, there are at least some academic backers, and not merely in the cocktail party sense of provocatively supporting the death penalty but actually taking a position in a law review article or a book. There is, again, little of this on display, especially in legal academia”: FLANDERS, *op. cit.*, p. 597.

Así, terminaremos el tema de la popularidad citando una encuesta internacional de la Fondation pour l’innovation politique, un think tank que se autodefine como “liberal y progresista”, que reconoce que el 59 % de la población de los países democráticos a nivel mundial la apoyaba en 2019, y especialmente los más jóvenes dentro de la población: “Le monde démocratique est majoritairement favorable à la peine de mort”. Véase www.fondapol.org/etude/enquete-planetaire-democraties-sous-tension-volume-i-les-enjeux/

trición, pórtico del arrepentimiento y de la expiación, para llegar al encuentro con el amor misericordioso y sanador de Dios⁴³.

Este argumento fue respondido por santo Tomás hace varios siglos. En efecto, sostiene que, lejos de impedir la conversión del criminal, la pena de muerte la facilita. Después de todo, es obvio que quien sabe que va a ser ejecutado lo más probable es que se confiese, o rece, o haga algo así, aun si ni siquiera es muy creyente, “por si acaso”. Así, además, lo indica la experiencia en Estados Unidos. Muchos de los condenados, al momento de la ejecución, piden disculpas públicas por el crimen cometido. Y, como dice santo Tomás, si no hace tal cuando sabe que va a ser ejecutado y no tiene nada que perder con pedir perdón, entonces es casi imposible pensar que lo habría de hacer después⁴⁴. Así, desde un punto de vista cristiano, se puede perfectamente sostener que la pena de muerte salva no solo vidas de inocentes, sino también almas de culpables.

Es más: la misma suposición de que el tiempo en la cárcel va a llevar al criminal a arrepentirse es poco creíble a nivel estadístico. Como expresan Feser y Besette, “muchos criminales, después de todo, solo son *endurecidos* para obrar mal durante su tiempo en prisión con otros criminales”⁴⁵. Resulta bastante más plausible que, si el criminal se va a convertir, lo hará si sabe que va a ser ejecutado que durante una estadía en prisión. Ello, sin contar con que, durante dicha estadía, él mismo va a endurecer en el crimen a otros criminales menos experimentados. En efecto, es sabido que las cárceles son, aquí y en todo el mundo, más escuelas del crimen que de otra cosa. Y los principales “profesores” en tales escuelas son, precisamente, los sicarios, jefes del crimen organizado y asesinos en serie. Poco probable resulta que se conviertan en su estadía en la cárcel. Mucho más lo es que endurezcan a los criminales primerizos en su carrera criminal.

Del mismo modo, nos dice el papa lo siguiente:

“La pena de muerte es contraria al sentido de la *humanitas* y a la misericordia divina, que debe ser modelo para la justicia de los hombres. Implica un trato cruel, inhumano y degradante, como también lo es la angustia

⁴³ FRANCISCO, “Carta al...”, *op. cit.*

⁴⁴ “Quod vero mali, quandiu vivunt, emendari possunt, non prohibet quin iuste possint occidi: quia periculum quod de eorum vita imminet, est maius et certius quam bonum quod de eorum emendatione expectatur. Habent etiam in ipso mortis articulo facultatem ut per poenitentiam convertantur ad Deum. Quod si adeo sunt obstinati quod etiam in mortis articulo cor eorum a malitia non recedit, satis probabiliter aestimari potest quod nunquam a malitia resipiscant”: *Summa Contra Gentiles* III, 146, 8.

⁴⁵ FESER & BESETTE, *op. cit.*, p. 73.

previa al momento de la ejecución y la terrible espera entre el dictado de la sentencia y la aplicación de la pena, una ‘tortura’ que, en nombre del debido proceso, suele durar muchos años, y que en la antesala de la muerte no pocas veces lleva a la enfermedad y a la locura”⁴⁶.

La pena de muerte sería una especie de “tortura” porque el condenado sabe que va a morir. Pues bien, nos parece que la mejor respuesta a esa objeción es la dada por Torjbörn Tännsjö:

“¿Es el mero hecho de saber que serás matado por otros en un cierto momento terrible en cuanto tal? Me parece que no. La muerte puede ser no deseada en cuanto tal, pero el hecho de que tenga lugar en un cierto momento que uno conoce antes de que ocurra, y de modo indoloro, debería ser más bien una fuente de tranquilidad más que de desesperación. Da espacio para prepararse, para hacer una revisión de la propia vida, y para culminar relaciones. Algunas personas reciben de su doctor la noticia de que morirán pronto. Esto significa que tienen la misma posibilidad de culminar sus vidas. Esto es normalmente visto como algo positivo. Algunas personas piensan, cuando el doctor les dice que su enfermedad es fatal y que les espera una muerte temprana, ‘¿por qué me pasó esto a mí?’ El asesino tiene una ventaja sobre ellos. Conoce la respuesta a esta pregunta”⁴⁷.

Francisco aduce, en ocasiones, textos bíblicos en apoyo de su posición. Así, al final de la carta dice que

“Él, que frente a la mujer adúltera no se cuestionó sobre su culpabilidad, sino que invitó a los acusadores a examinar su propia conciencia antes de lapidarla (cf. *Jn* 8,1-11)”⁴⁸.

El texto de Jesús ante la mujer adúltera ha sido, probablemente, uno de los textos más mal utilizados del *Nuevo Testamento*. En efecto, es común que, cuando se descubre a alguien haciendo algo malo, en vez de reconocer su error, diga “el que esté libre de pecado, que tire la primera piedra”. Se ha transformado, en la cultura popular –no en su sentido original–, en un exculpante de cualquier actuación mala.

Así, también se lo mal utiliza aquí en defensa de la tesis de la ilicitud de la pena de muerte⁴⁹.

Pues bien: nosotros no pretendemos ser capaces de exponer cuál sea el sentido profundo de tal pasaje del Evangelio de san Juan, para lo cual ca-

⁴⁶ FRANCISCO, “Carta al...”, *op. cit.*

⁴⁷ TÄNNSJÖ, *op. cit.*, p. 485.

⁴⁸ FRANCISCO, “Carta al...”, *op. cit.*

⁴⁹ Y también lo citan otros abolicionistas cristianos, como apoyo a la tesis de que la pena de muerte es incompatible con el Evangelio: véase Eduardo VALENZUELA, “Un argumento cristiano contra la pena de muerte”, p. 118.

recemos de la necesaria competencia. Pero sí tenemos claro qué es lo que *no* quiere decir. Y no quiere decir que la pena de muerte sea ilícita.

Para demostrar lo anterior, piense el lector qué habría pasado si, en vez de una mujer adúltera, hubiesen llevado ante Jesús a un peligroso criminal y le hubiesen preguntado si es lícito, como lo indica la ley del César, ajusticiarlo. Si en vez de decirle, “Maestro... esta mujer ha sido sorprendida en flagrante adulterio. Moisés en la Ley nos mandó lapidar a mujeres así; ¿tú qué dices?” (Jn, 8, 4-5)⁵⁰, le hubiesen dicho:

“Maestro, hemos capturado a este peligroso narcotraficante, de nombre Pablo Escobar Gaviria, que ha sembrado el terror en nuestra comarca. El César nos ordenó ejecutar a tales personas previo un justo y racional procedimiento. ¿Tú, qué dices?”.

Pues bien, ante tal situación, ¿cree el lector que la respuesta de Jesús hubiese sido “el que esté libre de pecado, que dispare primero”? Parece poco probable.

Pero supongamos que nuestro lector insistiese en tal habría sido la reacción de Jesús, vale decir, que hubiese dicho a sus interlocutores “el que esté libre de pecado, que dispare primero”.

Pues bien, ante tal improbable escenario, lo que tenemos que preguntarnos a continuación es si, en una tal situación la reacción de *los acusadores* hubiese sido la misma, vale decir, que “al oírle, empezaron a marcharse uno tras otro, comenzando por los más viejos” (Jn 8, 9). La reacción hipotética de los interlocutores de Jesús no es menor para entender el real sentido de este pasaje, porque el pasaje de la mujer adúltera recibe gran parte de su significado no solo de lo que dice Jesús, sino también de la reacción de los acusadores. Solo así, dicho sea de paso, puede Jesús además quedar solo con la mujer y decirle “Tampoco yo te condeno; vete y a partir de ahora no peques más” (Jn 8, 11).

Pues bien: ¿puede alguien creer que, en el caso hipotético que mencionamos, los acusadores de Pablo Escobar Gaviria, ante las hipotéticas palabras de Jesús “el que esté libre de pecado, que dispare primero”, hubiesen empezado a irse, empezando por los más viejos, y dejado libre a Pablo Escobar Gaviria (a quien buscaban hace años)? La respuesta obvia es: no.

Vale decir: si ante una situación hipotética distinta que implicase la aplicación de la pena capital por otro delito (por ejemplo, homicidio), no se pudiese afirmar que la reacción, *tanto de Jesús como de los acusadores* –recuérdese que el pasaje adquiere su sentido de la reacción de Jesús y *de los acusadores*–, hubiese sido la misma que ellos tuvieron en tal pasaje, entonces

⁵⁰ Todas las citas de la *Biblia* se hacen según la traducción de la *Biblia de Navarra*.

no se puede afirmar que el pasaje trata sobre la licitud o ilicitud de la pena de muerte en sí misma.

Por ende, aunque, como expresábamos anteriormente, no pretendemos poder exponer el sentido profundo del pasaje del Evangelio de San Juan citado, algo que escapa incluso a los más sabios, sí creemos que se puede saber qué *no* quiere decir, y no quiere decir que la pena de muerte sea ilícita.

3. EL DISCURSO DEL PAPA FRANCISCO CON MOTIVO DEL XXV ANIVERSARIO DEL CATECISMO DE LA IGLESIA CATÓLICA (2017)

Este discurso fue dado el 11 de octubre de 2017. Curiosamente, prácticamente la mitad del discurso está dedicada a justificar el cambio de redacción del *Catecismo de la Iglesia Católica* sobre la pena de muerte. En dicha parte, Francisco afirma repetidas veces que dicho cambio no está en contradicción con la enseñanza anterior, y llega a *destacar en cursivas* que la nueva redacción “*no comporta de manera alguna un cambio de doctrina*” (como si el afirmar enfáticamente que no hay cambio de doctrina sirviese para demostrar que no hay cambio de doctrina)⁵¹. Citamos aquella mitad del discurso de Francisco sobre este tema, para luego comentarlo:

“En esta perspectiva, me gustaría referirme a un tema que debería ser tratado en el *Catecismo de la Iglesia Católica* de una manera más adecuada y coherente con estas finalidades mencionadas. Me refiero de hecho a la *pena de muerte*. Esta cuestión no se puede reducir al mero recuerdo de un principio histórico, sin tener en cuenta no sólo el progreso de la doctrina llevado a cabo por los últimos Pontífices, sino también el cambio en la conciencia del pueblo cristiano, que rechaza una actitud complaciente con respecto a una pena que menoscaba gravemente la dignidad humana. Hay que afirmar de manera rotunda que la condena a muerte, en cualquier circunstancia, es una medida inhumana que humilla la dignidad de la persona. Es en sí misma contraria al Evangelio porque con ella se decide suprimir voluntariamente una vida humana, que es siempre sagrada a los ojos del Creador y de la que sólo Dios puede ser, en última instancia, su único juez y garante. Jamás ningún hombre, ‘ni siquiera el homicida, pierde su dignidad personal’ (*Carta al Presidente de la Comisión Internacional contra la pena de muerte*, 20 marzo 2015), porque Dios es un Padre que siempre espera el regreso del hijo que, consciente de haberse equivocado, pide perdón y empieza una nueva vida. Por tanto, a nadie se le puede quitar la vida ni la posibilidad de una redención moral y existencial que redunde en favor de la comunidad.

⁵¹ Esta frase, que “no hay cambio de doctrina”, será repetida en casi todas las alocuciones del papa y la Congregación de la Doctrina de la Fe sobre el tema, como se podrá ver.

En los siglos pasados, cuando no se tenían muchos instrumentos de defensa y la madurez social todavía no se había desarrollado de manera positiva, el recurso a la pena de muerte se presentaba como una consecuencia lógica de la necesaria aplicación de la justicia. Lamentablemente, también en el Estado Pontificio se acudió a este medio extremo e inhumano, descuidando el primado de la misericordia sobre la justicia. Asumimos la responsabilidad por el pasado, y reconocemos que estos medios fueron impuestos por una mentalidad más legalista que cristiana. La preocupación por conservar íntegros el poder y las riquezas materiales condujo a sobrestimar el valor de la ley, impidiendo una comprensión más profunda del Evangelio. Sin embargo, permanecer hoy neutrales ante las nuevas exigencias de una reafirmación de la dignidad de la persona nos haría aún más culpables.

Aquí no estamos en presencia de ninguna contradicción con la enseñanza del pasado, porque la Iglesia siempre ha enseñado de manera coherente y autorizada la defensa de la dignidad de la vida humana, desde el primer instante de su concepción hasta su muerte natural. El desarrollo armónico de la doctrina, sin embargo, requiere que se deje de sostener afirmaciones en favor de argumentos que ahora son vistos como definitivamente contrarios a la nueva comprensión de la verdad cristiana. Además, como ya mencionaba san Vicente de Lerins: 'Quizá alguien diga: ¿Ningún progreso de la religión es entonces posible en la Iglesia de Cristo? Ciertamente que debe haber progreso, y muy grande. ¿Quién podría ser tan hostil a los hombres y tan contrario a Dios que intentara impedirlo?' (*Commonitorium*, 23.1: PL 50). Es necesario, por tanto, reafirmar que por grave que haya sido el delito cometido la pena de muerte es inadmisibles, porque atenta contra la inviolabilidad y la dignidad de la persona.

'La Iglesia, en su doctrina, en su vida y en su culto perpetúa y transmite a todas las generaciones todo lo que ella es, todo lo que cree' (Conc. Ecum. Vat. II, Const. dogm. *Dei Verbum*, 8). Durante el Concilio, los Padres no pudieron encontrar una expresión más afortunada para explicar de manera sintética la naturaleza y la misión de la Iglesia. No sólo con la 'doctrina', sino también con la 'vida' y con el 'culto' se le ofrece a los creyentes la capacidad de ser Pueblo de Dios. Con una sucesión de verbos, la Constitución dogmática sobre la divina Revelación expresa la dinámica progresiva del proceso: 'Esta Tradición *progres*a [...] *crece* [...] *tiende constantemente* a la plenitud de la verdad divina, hasta que en ella se cumplan las palabras de Dios' (*ibid.*).

La Tradición es una realidad viva y sólo una mirada superficial puede ver el 'depósito de la fe' como algo estático. La Palabra de Dios no puede ser conservada con naftalina, como si se tratara de una manta vieja que hay que proteger de la polilla. ¡No! La Palabra de Dios es una realidad dinámica, siempre viva, que progresa y crece porque tiende hacia un cumplimiento que los hombres no pueden detener. Esta ley del progreso, según la feliz formulación de san Vicente de Lerins: '*Annis consolidetur, dilatetur tempore, sublimetur aetate*' (*Commonitorium*, 23.9: PL 50), pertenece a la pecu-

liar condición de la verdad revelada en cuanto que es transmitida por la Iglesia, y *no comporta de manera alguna un cambio* de doctrina.

No se puede conservar la doctrina sin hacerla progresar, ni se la puede atar a una lectura rígida e inmutable sin humillar la acción del Espíritu Santo. ‘Dios, que muchas veces y en diversos modos habló en otros tiempos a los padres’ (*Hb* 1, 1), ‘habla sin intermisión con la Esposa de su amado Hijo’ (*Dei Verbum*, 8). Estamos llamados a hacer nuestra esta ‘voz’, mediante una actitud de ‘escucha religiosa’ (*ibid.*, 1), para que nuestra vida eclesial progrese con el mismo entusiasmo de los comienzos, hacia esos horizontes nuevos a los que el Señor nos quiere llevar”⁵².

Hasta ahí la cita. Analicemos lo dicho párrafo por párrafo:

“En los siglos pasados, cuando no se tenían muchos instrumentos de defensa y la madurez social todavía no se había desarrollado de manera positiva, el recurso a la pena de muerte se presentaba como una consecuencia lógica de la necesaria aplicación de la justicia. Lamentablemente, también en el Estado Pontificio se acudió a este medio extremo e inhumano, descuidando el primado de la misericordia sobre la justicia. Asumimos la responsabilidad por el pasado, y reconocemos que estos medios fueron impuestos por una mentalidad más legalista que cristiana. La preocupación por conservar íntegros el poder y las riquezas materiales condujo a sobrestimar el valor de la ley, impidiendo una comprensión más profunda del Evangelio. Sin embargo, permanecer hoy neutrales ante las nuevas exigencias de una reafirmación de la dignidad de la persona nos haría aún más culpables”⁵³.

La pena de muerte sería así expresión de una mentalidad “legalista” más que cristiana. No sabemos qué quiere decir con “mentalidad legalista”. Por lo general, se dice que tiene una mentalidad tal quien exige que una ley, cualquiera que sea, se aplique siempre a rajatabla, sin importar las consecuencias. Pues bien, eso no tiene nada que ver con el tema de la pena de muerte. Se puede estar a favor o en contra de que la ley penal la establezca para algunos delitos, sin que ello tenga conexión lógica alguna con la respuesta a la pregunta de si tal ley debe aplicarse siempre a rajatabla o si puede haber excepciones, por ejemplo, por medio de indulto. Se puede estar en contra de la pena de muerte, preferir una ley penal sin tal pena, y aun así tener “mentalidad legalista”, vale decir, exigir que se aplique siempre de modo irrestricto. No hay relación alguna entre mentalidad legalista/no legalista con estar a favor/en contra de la pena de muerte.

⁵² FRANCISCO, “Discurso del Santo Padre Francisco con motivo del XXV Aniversario del Catecismo de la Iglesia Católica”.

⁵³ *Ibid.*

Agrega el papa:

“La preocupación por conservar íntegros el poder y las riquezas materiales condujo a sobreestimar el valor de la ley, impidiendo una comprensión más profunda del Evangelio”⁵⁴.

Desconocemos si, en efecto, en los Estados Pontificios existió la pena de muerte a causa de la “preocupación por conservar íntegros el poder y las riquezas materiales”, pero sí tenemos claro que la gran mayoría de chilenos, peruanos, estadounidenses, y otros que apoyan la pena de muerte no lo hacen porque quieran conservar su “poder” (la mayoría de ellos no tiene ninguno), ni sus “riquezas”, sino porque quieren simplemente seguridad y vivir tranquilos, libres de las amenazas del crimen organizado, del narcotráfico o del terrorismo. Nadie apoya hoy la pena capital, si es que alguna vez lo hizo, por mantener algún “poder”. Se la apoya porque se cree, correcta o incorrectamente, que disminuye el crimen, que ella hace que el propio país sea más seguro, que salva vidas y disminuye el sufrimiento de todos, incluyendo el de los delincuentes (como demostró John Stuart Mill). Sería extraño que autores tan disímiles, y tan comprometidos con la causa de la humanidad, como Beccaria, Kant y Stuart Mill, hubiesen apoyado tal pena por alguna preocupación por conservar íntegros su poder y riquezas materiales.

Asevera el pontífice:

“Aquí no estamos en presencia de ninguna contradicción con la enseñanza del pasado, porque la Iglesia siempre ha enseñado de manera coherente y autorizada la defensa de la dignidad de la vida humana, desde el primer instante de su concepción hasta su muerte natural”⁵⁵.

Esta es una de las tantas afirmaciones que hará el papa de que su doctrina no está en contradicción con la enseñanza anterior. Francisco lo repite varias veces, según vimos, como si repetir algo sirviese para convencer de que afirmar hoy que es verdadera una proposición que la Iglesia antes afirmaba ser errada (y un doctor de la Iglesia, herética), vale decir, que la pena de muerte es ilícita, no fuese contradecirse. Y la razón que da es muy curiosa: no hay contradicción porque

“la Iglesia siempre ha enseñado de manera coherente y autorizada la defensa de la dignidad de la vida humana, desde el primer instante de su concepción hasta su muerte natural”.

Pues bien, es correcto que la Iglesia siempre ha sostenido la dignidad de la vida humana, pero es claro que el *concepto* de dignidad que sostenía la

⁵⁴ FRANCISCO, “Discurso del Santo Padre Francisco con motivo...”, *op. cit.*

⁵⁵ *Ibid.*

Iglesia antes de Francisco es distinto del de Francisco, porque el concepto de dignidad tradicional no excluye el recurso a la pena de muerte (como no lo excluye el concepto kantiano o el tomista). El papa Francisco sustituye un concepto idiosincrático suyo de dignidad por el tradicionalmente enseñado, y a partir de tal nuevo concepto –no del tradicional– extrae la ilicitud de la pena de muerte.

Para mostrar cuán poco creíble sea la afirmación de que no hay contradicción con la enseñanza pasada porque la Iglesia siempre ha defendido la dignidad del hombre, basta con pensar qué pasaría si el día de mañana algún papa intentase modificar la enseñanza tradicional sobre el matrimonio, por ejemplo, y luego, intentando justificar que no hay cambio, que no hay contradicción con la enseñanza anterior, dijese que no hay tal porque “la Iglesia siempre ha defendido la dignidad humana”. Y es que, como dice Biliniewicz, no basta con decir que algo sea un “desarrollo” para que efectivamente lo sea⁵⁶.

En apoyo de su afirmación de que aquí no hay cambio de doctrina, sino “progreso”, Francisco cita a san Vicente de Lerins, quien escribió sobre el desarrollo de la comprensión del depósito de la fe. Sin embargo, lo que tenía en mente san Vicente es muy diverso de lo que el papa Francisco explica: para san Vicente, el progreso en la comprensión de la fe es un progreso que va de lo implícito a lo explícito, no de A a no-A. Ello queda muy claro si se citan otros pasajes del *Commonitorium* que el papa no cita: así, san Vicente dice al teólogo católico “que al escucharte explicar se entienda de modo más claro, lo que antes se creía de modo oscuro”, y le manda que “enseña, sin embargo, todo lo que aprendiste, de modo que aunque lo digas de modo nuevo, no digas nada nuevo (ut cum dicas noue, non dicas noua)”⁵⁷. Y, de modo crucial, en el mismo párrafo que Francisco cita, al comienzo del capítulo XXIII, dice que el crecimiento de la comprensión del depósito de la fe debe ser “en la misma doctrina, en el mismo sentido, y en el mismo significado”⁵⁸.

⁵⁶ “It is interesting that even those who disagree as to whether the death penalty is morally acceptable or not, and whether the Church can in fact change her teaching on this matter, agree that a reversal does not suddenly become a development simply by having the label ‘development’ attached to it”: Marius BILINIEWICZ, “Is Capital Punishment Contrary to the Dignity of the Human Person? Reflections About the Meaning of the Revised Paragraph 2267 of the Catechism of the Catholic Church”, p. 23.

⁵⁷ “Intellegatur te exponente industrius, quod antea obscurius credebatur”, y “Eadem tamen, quae dicisti, doce, ut cum dicas noue, non dicas noua”: *Commonitorium*, cap. XXII, p. 88.

⁵⁸ El párrafo completo, del cual Francisco solo cita algunas frases, dice lo siguiente: “Sed forsitan dicit aliquis: Nullusne ergo in ecclesia Christi profectus habebitur religionis? Habebatur plane et maximus. Nam quis ille est tam inuidus hominibus, tam exosus deo, qui istud prohibere conetur? Sed ita tamen, ut uere profectus sit ille fidei, non permutatio. Siquidem ad profectum pertinet ut in semetipsum unaquaeque res amplificetur, ad permutationem

El papa expresa, asimismo, que

“El desarrollo armónico de la doctrina, sin embargo, requiere que se deje de sostener afirmaciones en favor de argumentos que ahora son vistos como definitivamente contrarios a la nueva comprensión de la verdad cristiana”⁵⁹.

Como dice Biliniewicz, es claro que aquí el Papa “exige sumisión a su nueva comprensión”⁶⁰ de la pena de muerte.

Lamentablemente, no podemos cumplir los deseos del papa. En efecto, es sabido que un fiel católico, en circunstancias normales, debe recibir las enseñanzas del magisterio ordinario, y particularmente del petrino, incluso si no es infalible, con sumisión del intelecto y voluntad. Sin embargo, ello no es aquí posible, por la sencilla razón de que recibir con sumisión del intelecto y voluntad la “nueva comprensión de la verdad cristiana” del papa Francisco implica dejar de recibir con sumisión del intelecto y voluntad la “antigua” comprensión de la verdad cristiana enseñada por muchos más papas y todos los doctores, todos los cuales merecen, al menos, tanta sumisión del intelecto y voluntad como Francisco. De ahí que, sin importar cuán imperativas y enfáticas sean las exigencias de sumisión al nuevo magisterio realizadas por Francisco o sus partidarios, cuán fuerte se levante la voz exigiendo obediencia, es *sicológicamente* imposible acceder a tales demandas de sumisión sin que se expliquen razones suficientemente convincentes que justifiquen el cambio⁶¹. Y, según se ha expresado, todas las razones hasta ahora dadas

uero ut aliquid ex alio in aliud transuertatur. Crescat igitur oportet et multum uehementer que proficiat tam singulorum quam omnium, tam unius hominis quam totius ecclesiae, aetatum ac saeculorum gradibus, intellegentia scientia sapientia, sed in suo dumtaxat genere, in eodem scilicet dogmate, eodem sensu et eademque sententia”: *Commonitorium* c. 23, pp. 88-89.

⁵⁹ FRANCISCO, “Discurso del Santo Padre Francisco con motivo...”, *op. cit.*

⁶⁰ BILINIEWICZ, *op. cit.*, p. 23.

⁶¹ Por ejemplo, el cardenal Víctor Manuel Fernández, prefecto del Dicasterio para la Doctrina de la Fe, dijo lo siguiente: “Algunos que adoraban al Papa hace años dicen ahora que al Papas sólo hay que escucharlo cuando habla ex cathedra. Si no, podemos hacer nuestra reflexión’. Escuchen, el Papa nunca hablará ex cathedra, nunca querrá crear un dogma de fe o una declaración definitiva. Estoy seguro casi al 100%. Creemos que más allá del carisma de la infalibilidad, el Papa tiene la asistencia espiritual para guiar a la Iglesia e iluminarla’. Y traicionan el juramento de obediencia al Santo Padre de su ordenación, los cardenales, obispos y sacerdotes ‘que tratan al Papa de hereje, contra la tradición de la Iglesia’”: “Fernández: Toda persona tiene su dignidad inalienable”. Disponible en www.vaticannews.va/es/vaticano/news/2024-04/fernandez-despenalizar-los-delitos-delitos-contra-homosexualidad.html

Estamos totalmente de acuerdo con el cardenal Fernández cuando dice que “creemos que más allá del carisma de la infalibilidad, el papa tiene la asistencia espiritual para guiar a la Iglesia e iluminarla”. Precisamente por ello confiamos en la iluminación de todos los papas que han afirmado la licitud de la pena de muerte.

por Francisco son insuficientes. Obedecer a Francisco significa desobedecer a san Pablo, a san Inocencio I, a Inocencio III, León X, a san Pío V, a León XIII, entre otros⁶².

El pontífice dice, finalmente, que

“No se puede conservar la doctrina sin hacerla progresar, ni se la puede atar a una lectura rígida e inmutable sin humillar la acción del Espíritu Santo”⁶³.

Pues bien, en esto haremos caso al papa, y no nos ataremos a una lectura rígida e inmutable del nuevo número 2267 del *Catecismo de la Iglesia Católica*, que sostiene desde 2018 que la pena de muerte es inadmisibile, precisamente para no humillar la acción del Espíritu Santo. De este modo, el mismo Francisco nos autoriza a sostener que la pena de muerte, no obstante los términos del nuevo número 2267, en realidad sigue siendo lícita. Sostener lo contrario sería apegarse rígida e inmutablemente al magisterio de Francisco que, después de todo, puede progresar en el futuro, significaría ser “rigorista”, cualidad tan denunciada por el propio pontífice. El papa Francisco autoriza aquí a los católicos a disentir de su propio magisterio sobre la pena de muerte, para afirmar con libertad el magisterio tradicional. De hecho, si como dice Francisco, la Tradición “es una realidad viva”, la única manera de que siga viviendo es que, lejos de permanecer estática, se cambie la redacción del número 2267 del *Catecismo de la Iglesia Católica* y, como la actual

Por otro lado, nadie ha dicho que el papa Francisco haya sido “hereje”. La herejía es la negación formal de un dogma, y nadie ha dicho que Francisco haya hecho tal. Sí se ha afirmado que se ha apartado de la tradición de la Iglesia en este tema y otros, y no se puede pretender que los cardenales u obispos no puedan criticar al papa. De hecho, ello es contrario al Evangelio. ¿No nos muestra el Nuevo Testamento que San Pablo corrigió *públicamente* a San Pedro? ¿Es acaso el papa Francisco más que San Pedro, el único papa, dicho sea de paso, de quien tenemos certeza de que fue escogido por Dios mismo?

⁶² Véase, al respecto, FESER & BESETTE, *op. cit.*, pp. 123-135. Al respecto, es decidor que el papa Inocencio III haya exigido de los adherentes de la herejía valdense, como condición de su reconciliación con la Iglesia, el reconocimiento explícito de la licitud de la pena de muerte. Véase FESER & BESETTE, *op. cit.*, p. 123.

Más aun: en momentos en los que se valora tanto el ecumenismo, conviene recordar que tanto Lutero como Calvino y Zwinglio reconocieron la licitud de la pena de muerte. Es decir, Francisco ha negado una parte del depósito de la fe cristiana que ni siquiera los reformadores (a diferencia de los valdenses) se atrevieron a poner en duda.

Sobre Lutero, véase el *Grosser Katechismus*, cuando comenta el mandamiento “no matarás”: “Darum sind Gott und die Obrigkeit in dieses Gebot nicht einbezogen, und es wird ihnen damit nicht die Befugnis genommen zu töten. Denn Gott hat sein Recht, Übeltäter zu bestrafen, der Obrigkeit anstelle der Eltern anbefohlen, die vorzeiten (wie man in den fünf Büchern Mose lesen kann [vgl. Dtn 21, 18-21]) ihre Kinder selbst vor Gericht stellen und zum Tod verurteilen mussten. Darum betrifft, was hier verboten ist, Privatpersonen untereinander und nicht die Obrigkeit”: Martin LUTHER, “Deutscher Katechismus”, p. 547.

⁶³ FRANCISCO, “Discurso del Santo Padre Francisco con motivo...”, *op. cit.*

redacción dice que la pena de muerte es ilícita, entonces el único cambio *lógicamente posible*, necesario para que la Tradición siga viva y no muera, es que vuelva a decir que es lícita en ciertas ocasiones.

4. EL CAMBIO DE REDACCIÓN DEL CATECISMO

El 11 de mayo de 2018, Francisco aprobó la nueva redacción del n. 2267 del *Catecismo de la Iglesia Católica*, que quedó del siguiente modo:

“Durante mucho tiempo el recurso a la pena de muerte por parte de la autoridad legítima, después de un debido proceso, fue considerado una respuesta apropiada a la gravedad de algunos delitos y un medio admisible, aunque extremo, para la tutela del bien común.

Hoy está cada vez más viva la conciencia de que la dignidad de la persona no se pierde ni siquiera después de haber cometido crímenes muy graves. Además, se ha extendido una nueva comprensión acerca del sentido de las sanciones penales por parte del Estado. En fin, se han implementado sistemas de detención más eficaces, que garantizan la necesaria defensa de los ciudadanos, pero que, al mismo tiempo, no le quitan al reo la posibilidad de redimirse definitivamente.

Por tanto la Iglesia enseña, a la luz del Evangelio, que ‘la pena de muerte es inadmisibles, porque atenta contra la inviolabilidad y la dignidad de la persona’ (*Discurso del Santo Padre Francisco con motivo del XXV Aniversario del Catecismo de la Iglesia Católica*, 11 de octubre de 2017), y se compromete con determinación a su abolición en todo el mundo”⁶⁴.

Ya se ha comentado la mayor parte de las afirmaciones hechas en este párrafo, tales como la relativa a la dignidad de la persona y los nuevos medios de detención. Solo nos queda comentar la siguiente frase: “se ha extendido una nueva comprensión acerca del sentido de las sanciones penales por parte del Estado”.

Resulta difícil entender qué se quiere decir con eso. Si se ve cualquier manual de derecho penal, o un libro de filosofía del derecho penal, se podrá apreciar que todas las posiciones relativas al sentido de la sanción penal siguen siendo las mismas de antaño, defendidas con nuevos argumentos: la retributiva, la disuasoria (utilitarista), la de la sanción como medio de defensa social o incapacitación. Se siguen defendiendo, con nuevos argumentos, las posiciones ya defendidas por Platón, Aristóteles, santo Tomás, Kant, Bentham, Mill u otros. Y lo mismo ocurre a nivel del público en general: si se le preguntase a cualquier persona de la calle para qué existe el derecho penal, probablemente le dirá hoy, como antaño, que “para darle su merecido a los

⁶⁴ *Catecismo de la Iglesia Católica*, n. 2267.

malvados”, “para disuadir”, “para defender a la sociedad”, o algo por el estilo. No existe ninguna nueva comprensión del sentido de las sanciones penales.

Si lo que se quería decir era que hoy no se considera que la pena de muerte sea lícita, debería haberse dicho no que existe una nueva comprensión del sentido de la ley penal, sino de los “límites” de la ley penal. Pero, en tal caso, ello hubiese sido redundante respecto de lo afirmado anteriormente respecto de que la dignidad de la persona impide castigarla con la muerte. La frase en cuestión, o es falsa, o es redundante respecto de la anterior.

A menos que se quiera decir que, con la nueva comprensión del “sentido” de la ley, hoy exista una aceptación de que ella debe ser necesariamente medicinal, vale decir, que ello constituyese el fin principal de la pena⁶⁵.

Si se quiere decir eso, ello es más que discutible tanto a nivel académico como popular: pocos académicos dirán que lo que justifica el castigo penal es el ser éste medicinal. Que para ello se construyen cárceles. Y si se pregunta al público en general, dista de ser correcto que éste comparta tal visión. Si se hace una encuesta acerca de para qué debe construir el Estado cárceles, dudamos que salga en primer lugar como respuesta “para reformar a los delincuentes”. Lo más probable es que aparezca “para proteger a la sociedad de los delincuentes”.

Además, si el fin principal de la pena fuese el ser medicinal, ello se enfrenta a dificultades ya expuestas clásicamente por Kant y reiteradas más recientemente por C. S. Lewis:

“El concepto de Merecimiento es la única conexión entre el castigo y la justicia. Es solo en cuanto merecida o inmerecida que una sentencia puede ser justa o injusta. No sostengo aquí que la pregunta ‘¿Es merecido?’ sea la única que podamos razonablemente preguntar sobre un castigo. Podemos correctamente preguntar si es probable que disuada a otros y reforme al criminal. Pero ninguna de estas últimas dos preguntas es una pregunta sobre la justicia... Cuando dejamos de considerar lo que el criminal merece y consideramos solo lo que lo curará o lo que disuadirá a otros, lo hemos tácitamente sacado por completo de la esfera de la justicia; en vez de una persona, un sujeto de derechos, tenemos ahora un mero objeto, un paciente, un ‘caso’”⁶⁶.

⁶⁵ En santo Tomás de Aquino, el fin medicinal es secundario.

Y, según se expresó anteriormente, ni siquiera en este caso se puede excluir la pena de muerte: puede ser ocasión para el arrepentimiento y conversión del criminal, como lo fue en el caso del Buen Ladrón. Ni siquiera asumiendo una teoría medicinal de la pena como teoría general de la misma se puede excluir por principio el recurso a la pena de muerte.

⁶⁶ C. S. LEWIS, “The Humanitarian Theory of Punishment”, véase en FESER & BESETTE, *op. cit.*, p. 48.

Por otro lado, queda claro que la nueva doctrina, expuesta en el nuevo número 2267, está lejos de ser la tradicional de la Iglesia (pese a las protestas en contrario de Francisco y del cardenal Fernández), si se tiene en cuenta lo que dice el número 2266 del mismo *Catecismo*, que no ha sido modificado y que precede a la nueva redacción del número 2267. En efecto, dice el número 2266:

“A la exigencia de tutela del bien común corresponde el esfuerzo del Estado para contener la difusión de comportamientos lesivos de los derechos humanos y las normas fundamentales de la convivencia civil. La legítima autoridad pública tiene el derecho y el deber de aplicar penas proporcionadas a la gravedad del delito. La pena tiene, ante todo, la finalidad de reparar el desorden introducido por la culpa. Cuando la pena es aceptada voluntariamente por el culpable, adquiere un valor de expiación. La pena finalmente, además de la defensa del orden público y la tutela de la seguridad de las personas, tiene una finalidad medicinal: en la medida de lo posible, debe contribuir a la enmienda del culpable”⁶⁷.

Nótese cómo el número 2266 dice que el fin principal de la pena es la retribución, “reparar el desorden introducido por la culpa”, y que por ello las penas deben ser “proporcionadas a la gravedad del delito”. Precisamente desde tales premisas Kant afirmaba la necesidad de la pena de muerte en caso de homicidio, y santo Tomás su posibilidad. Porque dicha pena era la única “proporcional” a la gravedad del delito.

El número 2266 dice que, *además*, la pena tiene un valor de expiación, *cuando es aceptada por el culpable*. Sumado a lo anterior, tiene como fin la tutela del orden público y de la seguridad de las personas (se debe entender aquí la incapacitación del criminal y/o la disuasión) y, finalmente, *en la medida de lo posible*, debe contribuir a la enmienda del culpable. Para el 2266, el fin medicinal de la pena es accesorio. Y para el 2267 parece ser el principal. La nueva redacción del número 2267 es, entonces, contraria a la doctrina tradicional de la Iglesia no solo en lo relativo al tema específico de la pena de muerte, sino al fin de la pena en general. Y, además, es contrario al sentir de la mayoría de las personas, pocas de las cuales habrían de asignar a la pena como fin principal el ser una medicina antes que un medio de defensa del orden público o de retribución.

El cambio doctrinal de Francisco, según se puede ver en la discordancia de lo expuesto en dos números sucesivos del *Catecismo*, lejos de ser una “evolución coherente” de la tradición, introduce incoherencias en el magisterio *actual*.

⁶⁷ *Catecismo de la Iglesia Católica*, n. 2266.

Sigamos: la nueva redacción del *Catecismo* en el número 2267 dice que la Iglesia enseña “a la luz del Evangelio” que la pena de muerte es ilícita.

Ahora bien: por “Evangelio” se puede entender varias cosas. Puede significar la “Buena Noticia”, es decir, el conjunto de las verdades reveladas, y respecto de ellas la Iglesia hasta antes de Francisco siempre ha dicho que incluyen la afirmación de la licitud de la pena de muerte.

Puede significar el Nuevo Testamento, y en tal caso esta afirmación es claramente falsa, porque abundan los pasajes del Nuevo Testamento en los que se afirma la licitud de la pena de muerte.

O puede significar aquella parte del Nuevo Testamento que llamamos los cuatro Evangelios, y en este caso, no solo no existe base alguna para decir que en ellos se condena la pena de muerte, sino más bien lo contrario.

Es cierto que en ellos Cristo no aparece nunca afirmando o negando expresamente su licitud. Hay pasajes que, ciertamente, llaman a abstenerse de ejercer la violencia, pero no de modo general⁶⁸. Y, en cambio, hay otros en los que claramente se parece afirmar la licitud de la pena de muerte. Véase el siguiente pasaje del Evangelio de san Juan, en el cual Cristo se enfrenta a Pilato:

“Pilato le dijo: —¿A mí no me hablas? ¿No sabes que tengo potestad para soltarte y potestad para crucificarte? Jesús respondió: —No tendrías potestad alguna sobre mí, si no se te hubiera dado de lo alto. Por eso el que me ha entregado a ti tiene mayor pecado” (Jn 19, 10-11)⁶⁹.

Vale decir: ante la pretensión de Pilato de tener potestad (*exousía*) de condenar a muerte a Jesús, Jesús, en vez de negarle tal potestad, implícitamente le dice que sí la tiene y que ella le ha sido concedida desde lo alto. Si Jesús hubiese negado la licitud de la pena de muerte, se hubiese esperado que, ante la afirmación de Pilato, hubiese simplemente negado que el gobernador romano tuviese tal potestad.

Francisco cita en su encíclica *Fratelli Tutti* a algunos primeros cristianos que negaban la licitud de la pena de muerte. Pero, ¿qué decir del Buen Ladrón, tradicionalmente considerado por la Iglesia como “el primer santo”, el único canonizado directamente por Cristo, a quien se le ha dado además tradicionalmente el nombre de san Dimas, cuando le dice al otro ladrón que?

⁶⁸ Por ejemplo, en el Sermón de la Montaña, Mt 5, 38-41, el cual, correctamente entendido, se refiere a la actitud de las personas privadas respecto de las ofensas que personalmente reciben, no toca nada relativo a las obligaciones de las autoridades, y menos todavía toca el tema de la pena de muerte. Véase, al respecto, FESER & BESETTE, *op. cit.*, pp. 103-106.

⁶⁹ Se cita según la traducción de la *Biblia de Navarra*.

“—¿Ni siquiera tú, que estás en el mismo suplicio, temes a Dios? Nosotros estamos aquí justamente, porque recibimos lo merecido por lo que hemos hecho; pero éste no ha hecho ningún mal” (Lc 23, 40-41).

¿Y qué decir de las tajantes afirmaciones de san Pablo, el “primer cristiano” por antonomasia, en favor de la licitud de la misma?

En los *Hechos de los Apóstoles* afirma ante el gobernador romano Festo:

“Estoy ante el tribunal del César —contestó Pablo—, que es donde debo ser juzgado. A los judíos no les he hecho ningún mal, como tú bien sabes. Si soy reo de crimen y he hecho algo que merezca la muerte, no rehúso morir; pero si nada hay de lo que éstos me acusan, nadie puede entregarme a ellos: ¡apelo al César!” (Hch 25, 10-11).

O las claras palabras de su Carta a los Romanos, en las cuales afirma, simultáneamente, la licitud de la pena de muerte y su carácter derivado de la potestad judicial de Dios transferida al gobernante (por ende, excluyendo *ex ante* cualquier apelación al carácter sagrado de la vida humana como obstáculo para imponerla):

“Que toda persona esté sujeta a las autoridades que gobiernan, porque no hay autoridad que no venga de Dios: las que existen han sido constituidas por Dios. Así pues, quien se rebela contra la autoridad, se rebela contra el ordenamiento divino, y los rebeldes se ganan su propia condena. Pues los gobernantes no han de ser temidos cuando se hace el bien, sino cuando se hace el mal. ¿Quieres no tener miedo a la autoridad? Haz el bien, y recibirás su alabanza, porque está al servicio de Dios para tu bien. Pero si obras el mal, teme, pues no en vano lleva la espada; porque está al servicio de Dios para hacer justicia y castigar al que obra el mal. Por tanto, es necesario estar sujeto no sólo por temor al castigo, sino también por motivos de conciencia. Por esta razón les pagáis también los tributos; porque son ministros de Dios, dedicados precisamente a esta función” (Rm 13, 1-6)⁷⁰.

De ahí que no sea cierto que el “Evangelio” afirme la ilicitud de la pena de muerte, más bien, cuando aparece el tema explícitamente, afirma su licitud.

5. LA CARTA DE LA CONGREGACIÓN PARA LA DOCTRINA DE LA FE Y DECLARACIONES DEL CARDENAL FISICHELLA

Ya hemos visto cómo Francisco, antes del cambio de redacción del *Catecismo*, había afirmado que dicho cambio habría de ser “en continuidad con el magisterio precedente”, y ya hemos visto cuán falso sea aquello.

⁷⁰ San Pablo usa la misma palabra griega que Jesús en su diálogo con Pilato, *exousía*, al referirse a la autoridad/potestad. Véase el original, *Novum Testamentum Graece*.

A modo casi anecdótico, citemos lo que dijo el Prefecto de la Congregación para la Doctrina de la Fe al respecto: dicha Congregación, al exponer el cambio de doctrina, expone, eufemísticamente (como se hace a menudo cuando antes se decía A, y ahora no-A), que ha habido una nueva redacción del Catecismo “en continuidad con el magisterio precedente” que lleva adelante “un desarrollo coherente de la doctrina católica”. Citemos el texto de la carta a los obispos de la Congregación para la Doctrina de la Fe:

“7. La nueva redacción del n. 2267 del *Catecismo de la Iglesia Católica*, aprobado por el Papa Francisco, se sitúa en continuidad con el Magisterio precedente, llevando adelante un desarrollo coherente de la doctrina católica. El nuevo texto, siguiendo los pasos de la enseñanza de Juan Pablo II en *Evangelium vitae*, afirma que la supresión de la vida de un criminal como castigo por un delito es inadmisibles porque atenta contra la dignidad de la persona, dignidad que no se pierde ni siquiera después de haber cometido crímenes muy graves. A esta conclusión se llega también teniendo en cuenta la nueva comprensión de las sanciones penales aplicadas por el Estado moderno, que deben estar orientadas ante todo a la rehabilitación y la reinserción social del criminal. Finalmente, dado que la sociedad actual tiene sistemas de detención más eficaces, la pena de muerte es innecesaria para la protección de la vida de personas inocentes. Ciertamente, queda en pie el deber de la autoridad pública de defender la vida de los ciudadanos, como ha sido siempre enseñado por el Magisterio y como lo confirma el *Catecismo de la Iglesia Católica* en los números 2265 y 2266.

8. Todo esto muestra que la nueva formulación del n. 2267 del *Catecismo* expresa un auténtico desarrollo de la doctrina que no está en contradicción con las enseñanzas anteriores del Magisterio. De hecho, estos pueden ser explicados a la luz de la responsabilidad primaria de la autoridad pública de tutelar el bien común, en un contexto social en el cual las sanciones penales se entendían de manera diferente y acontecían en un ambiente en el cual era más difícil garantizar que el criminal no pudiera reiterar su crimen.

9. En la nueva redacción se agrega que la conciencia de la inadmisibilidad de la pena de muerte ha crecido ‘a la luz del Evangelio’. El Evangelio, en efecto, ayuda a comprender mejor el orden de la Creación que el Hijo de Dios ha asumido, purificado y llevado a plenitud. Nos invita también a la misericordia y a la paciencia del Señor que da tiempo a todos para convertirse”⁷¹.

Es decir, solo hay afirmaciones de que el cambio es en continuidad con el magisterio precedente, sin ninguna explicación de cómo pueda estar algo en continuidad con el magisterio anterior si antes se decía A, y ahora no-A. Parece que lo que se quiere es, simplemente, convencer a fuerza de repetición.

⁷¹ CONGREGACIÓN PARA LA DOCTRINA DE LA FE, “Carta a los Obispos acerca de la nueva redacción del n. 2267 del Catecismo de la Iglesia Católica sobre la pena de muerte”.

Lo peor de todo es que, además de cambiar la doctrina tradicional de la Iglesia (no “desarrollarla armónicamente”), no se da ninguna razón *nueva* que permita justificar este cambio. Si se quiere modificar algo dicho anteriormente, uno esperaría que se presentasen razones basadas en nuevos descubrimientos filológicos que permitan interpretar mejor algún pasaje del Evangelio, o de los padres griegos o latinos, o algo por el estilo. Pero no hay nada de eso. Simplemente se justifica el cambio por (malas) razones, *todas las cuales ya habían sido ponderadas y rechazadas por pontífices y doctores anteriores*. No hay ningún descubrimiento nuevo que permita replantear el problema. Se cambia la doctrina por un mero *fiat* de Francisco: *dice el papa Francisco que la pena de muerte atenta contra la dignidad humana, luego atenta contra ella*. Pero no se vaya a creer que hay quiebre con el magisterio anterior, no, no, no: Francisco está en plena continuidad con él. Incluso lo perfecciona.

Muy decidoras son, al respecto, las palabras del cardenal Rino Fisichella escritas en *L'Osservatore Romano*, tratando de “explicar” cómo el cambio de redacción del *Catecismo* en realidad en el fondo está de acuerdo con el magisterio tradicional de la Iglesia. Citemos al entonces Presidente del Pontificio Consejo para la Promoción de la Nueva Evangelización:

“La carta a los obispos de la Congregación para la Doctrina de la Fe que acompaña el nuevo texto del *Catecismo* manifiesta la preocupación de mostrar en qué medida el nuevo contenido está en continuidad con el magisterio precedente...

Custodiar el depósito de la fe no significa momificarlo sino volverlo siempre más conforme a su propia naturaleza y permitir que la verdad de la fe sea capaz de responder a las demandas de cada generación. La Tradición no se puede representar como un insecto aprisionado en el ámbar, por decirlo con una colorida expresión inglesa. Si así fuese, la habríamos destruido. La enseñanza de la fe de la Iglesia, más bien, es un anuncio, una palabra que permanece viva para provocar siempre, en todas partes y a todos a una toma de posición libre en favor del empeño en la transformación del mundo.

Tratando el tema de la pena de muerte en el horizonte de la dignidad de la persona, el Papa Francisco realiza por ende un paso decisivo en la interpretación de la doctrina de siempre. Y se trata de un desarrollo y de un progreso en la comprensión del Evangelio que abre horizontes que habían permanecido en la sombra. La historia del dogma no vive de discontinuidades, sino de continuidad abierta al progreso a través de un desarrollo armónico que de manera dinámica haga emerger la verdad de siempre”⁷².

Si el lector no entiende mucho qué quiso decir el cardenal Fisichella, no se preocupe, porque en realidad no hay mucho que entender.

⁷² Rino FISICHELLA, “La pena di morte è inammissibile”.

No podemos dejar de comentar, eso sí, otra afirmación hecha por el cardenal Fisichella en su texto: dice que

“El texto no solo se refiere a una ‘conciencia más viva’ de modo siempre más firme en la población, y en particular entre las generaciones jóvenes llamadas a hacerse cargo de una nueva cultura a favor de la vida humana”⁷³.

Aquí vuelve el slogan (falso) repetido por los abolicionistas de que habría hoy un “consenso” respecto de que la pena de muerte es ilícita. Dicho consenso no existe. Más bien, si se ve lo que indican las encuestas en diversos países –ya mencionadas–, la mayor parte de la población en la mayor parte del mundo, Chile incluido, apoya claramente la pena de muerte, y aun en aquellos países centroeuropeos donde existe un rechazo mayoritario a la misma, existen minorías importantes que la apoyan. Si hay algo que es claro, al menos en términos estadísticos, en este debate es que la mayor parte de la población mundial apoya la pena de muerte. Otra cosa son los *gobiernos*. Que muchos de ellos la han abolido por presiones de organismos internacionales es algo a lo que nos referiremos más adelante. Lo verdaderamente importante es lo siguiente: lo afirmado por el cardenal respecto al supuesto consenso es falso. Si el cardenal dice algo falso, en el mejor de los casos comete un error, pero este error es aquí grave porque un cardenal encargado de la nueva evangelización debe saber cuál es el estado de la opinión pública mundial, y debe ser capaz de entender que el consenso que encuentra en su medio centroeuropeo sobre cualquier tema no es extensible sin más al resto del mundo⁷⁴. Debe ser capaz de mirar las “periferias”, algo que el papa Francisco tanto recomendaba pero que aquí no se practica: la opinión de un alemán vale más aquí, parece, para determinar si hay un “consenso” a nivel mundial, que la de un chileno, un brasileño o un peruano.

6. EL DISCURSO DEL PAPA FRANCISCO A LA DELEGACIÓN DE LA COMISIÓN INTERNACIONAL CONTRA LA PENA DE MUERTE (2018)

Los principales pasajes de este discurso, dado el 17 de diciembre de 2018, son los siguientes:

⁷³ FISICHELLA, *op. cit.*

⁷⁴ Ello, sin mencionar que dicho consenso centroeuropeo, si realmente existe, es frágil: va a comenzar a resquebrajarse cuando se empiecen a dar atentados terroristas graves, o se instale en algún país europeo alguna organización tipo Cartel de Medellín o Tren de Aragua. El consenso en todo el resto del mundo, en cambio, respecto de la licitud de la pena de muerte, es fuerte y se mantiene desde siempre, no obstante las campañas de organizaciones internacionales por resquebrajarlo. Dichas organizaciones son exitosas solo en “convencer” a los gobiernos de tales países, no a sus poblaciones.

“La certeza de que cada vida es sagrada y que la dignidad humana debe ser custodiada sin excepciones, me ha llevado, desde el principio de mi ministerio, a trabajar en diferentes niveles por la abolición universal de la pena de muerte.

Ello se ha visto reflejado recientemente en la *nueva redacción del n. 2267 del Catecismo de la Iglesia Católica*, que expresa ahora el progreso de la doctrina de los últimos Pontífices así como también el cambio en la conciencia del pueblo cristiano, que rechaza una pena que lesiona gravemente la dignidad humana (cfr. *Discurso con motivo del XXV aniversario del Catecismo de la Iglesia Católica, 11 de octubre de 2017*). Una pena contraria al Evangelio porque implica suprimir una vida que es siempre sagrada a los ojos del Creador y de la cual solo Dios es verdadero juez y garante (cfr. *Carta al Presidente de la Comisión Internacional contra la Pena de Muerte, 20 de marzo de 2015*).

En siglos pasados, cuando se carecía de los instrumentos de que hoy disponemos para la tutela de la sociedad y aún no se había alcanzado el grado actual de desarrollo de los derechos humanos, el recurso a la pena de muerte se presentaba en algunas ocasiones como una consecuencia lógica y justa. Incluso en el Estado Pontificio se ha recurrido a esta forma inhumana de castigo, ignorando la primacía de la misericordia sobre la justicia.

Es por ello que la nueva redacción del *Catecismo* implica asumir también nuestra responsabilidad sobre el pasado y reconocer que la aceptación de esa forma de castigo fue consecuencia de una mentalidad de la época, más legalista que cristiana, que sacralizó el valor de leyes carentes de humanidad y misericordia. La Iglesia no podía permanecer en una posición neutral frente a las exigencias actuales de reafirmación de la dignidad personal.

La reforma del texto del *Catecismo* en el punto dedicado a la pena de muerte no implica contradicción alguna con la enseñanza del pasado, pues la Iglesia siempre ha defendido la dignidad de la vida humana. Sin embargo, el desarrollo armónico de la doctrina impone la necesidad de reflejar en el *Catecismo* que, sin perjuicio de la gravedad del delito cometido, la Iglesia enseña, a la luz del Evangelio, que la pena de muerte es siempre inadmisibles porque atenta contra la inviolabilidad y la dignidad de la persona”⁷⁵.

Pues bien: todas las afirmaciones del papa en este discurso habían sido hechas en discursos anteriores, y nos remitimos a los comentarios hechos en su momento.

7. EL TEMA EN FRATELLI TUTTI

El último texto importante es la encíclica *Fratelli Tutti*. Ahí dice lo siguiente (omitimos las citas en la transcripción, que son casi todas a otros discursos del propio papa Francisco):

⁷⁵ FRANCISCO, “Discurso del Santo Padre Francisco a una delegación de la Comisión Internacional contra la Pena de Muerte”.

“La pena de muerte

263. Hay otra manera de hacer desaparecer al otro, que no se dirige a países sino a personas. Es la pena de muerte. San Juan Pablo II declaró de manera clara y firme que esta es inadecuada en el ámbito moral y ya no es necesaria en el ámbito penal. No es posible pensar en una marcha atrás con respecto a esta postura. Hoy decimos con claridad que ‘la pena de muerte es inadmisibles’ y la Iglesia se compromete con determinación para proponer que sea abolida en todo el mundo.

264. En el Nuevo Testamento, al tiempo que se pide a los particulares no tomar la justicia por cuenta propia (cf. *Rm* 12,17.19), se reconoce la necesidad de que las autoridades impongan penas a los que obran el mal (cf. *Rm* 13,4; *1 P* 2,14). En efecto, ‘la vida en común, estructurada en torno a comunidades organizadas, necesita normas de convivencia cuya libre violación requiere una respuesta adecuada’. Esto implica que la autoridad pública legítima pueda y deba ‘conminar penas proporcionadas a la gravedad de los delitos’ y que se garantice al poder judicial ‘la independencia necesaria en el ámbito de la ley’.

265. Desde los primeros siglos de la Iglesia, algunos se manifestaron claramente contrarios a la pena capital. Por ejemplo, Lactancio sostenía que ‘no hay que hacer ninguna distinción: siempre será crimen matar a un hombre’. El Papa Nicolás I exhortaba: ‘Esfuércense por liberar de la pena de muerte no sólo a cada uno de los inocentes, sino también a todos los culpables’. Con ocasión del juicio contra unos homicidas que habían asesinado a dos sacerdotes, san Agustín pedía al juez que no quitara la vida a los asesinos, y lo fundamentaba de esta manera: ‘Con esto no impedimos que se reprima la licencia criminal de esos malhechores. Queremos que se conserven vivos y con todos sus miembros; que sea suficiente dirigirlos, por la presión de las leyes, de su loca inquietud al reposo de la salud, o bien que se les ocupe en alguna tarea útil, una vez apartados de sus perversas acciones. También esto se llama condena, pero todos entenderán que se trata de un beneficio más bien que de un suplicio, al ver que no se suelta la rienda a su audacia para dañar ni se les impide la medicina del arrepentimiento. [...] Encolerízate contra la iniquidad de modo que no te olvides de la humanidad. No satisfagas contra las atrocidades de los pecadores un apetito de venganza, sino más bien haz intención de curar las llagas de esos pecadores’.

266. Los miedos y los rencores fácilmente llevan a entender las penas de una manera vindicativa, cuando no cruel, en lugar de entenderlas como parte de un proceso de sanación y de reinserción en la sociedad. Hoy, ‘tanto por parte de algunos sectores de la política como por parte de algunos medios de comunicación, se incita algunas veces a la violencia y a la venganza, pública y privada, no sólo contra quienes son responsables de haber cometido delitos, sino también contra quienes cae la sospecha, fundada o no, de no haber cumplido la ley. [...] Existe la tendencia a construir deliberadamente enemigos: figuras estereotipadas, que concentran en sí mismas todas las características que la sociedad percibe o interpreta como

peligrosas. Los mecanismos de formación de estas imágenes son los mismos que, en su momento, permitieron la expansión de las ideas racistas'. Esto ha vuelto particularmente riesgosa la costumbre creciente que existe en algunos países de acudir a prisiones preventivas, a reclusiones sin juicio y especialmente a la pena de muerte.

267. Quiero remarcar que 'es imposible imaginar que hoy los Estados no puedan disponer de otro medio que no sea la pena capital para defender la vida de otras personas del agresor injusto'. Particular gravedad tienen las a sí llamadas ejecuciones extrajudiciales o extralegales, que 'son homicidios deliberados cometidos por algunos Estados o por sus agentes, que a menudo se hacen pasar como enfrentamientos con delincuentes o son presentados como consecuencias no deseadas del uso razonable, necesario y proporcional de la fuerza para hacer aplicar la ley'.

268. 'Los argumentos contrarios a la pena de muerte son muchos y bien conocidos. La Iglesia ha oportunamente destacado algunos de ellos, como la posibilidad de la existencia del error judicial y el uso que hacen de ello los regímenes totalitarios y dictatoriales, que la utilizan como instrumento de supresión de la disidencia política o de persecución de las minorías religiosas y culturales, todas víctimas que para sus respectivas legislaciones son 'delincuentes'. Todos los cristianos y los hombres de buena voluntad están llamados, por lo tanto, a luchar no sólo por la abolición de la pena de muerte, legal o ilegal que sea, y en todas sus formas, sino también con el fin de mejorar las condiciones carcelarias, en el respeto de la dignidad humana de las personas privadas de libertad. Y esto yo lo relaciono con la cadena perpetua. [...] La cadena perpetua es una pena de muerte oculta'.

269. Recordemos que 'ni siquiera el homicida pierde su dignidad personal y Dios mismo se hace su garante'. El firme rechazo de la pena de muerte muestra hasta qué punto es posible reconocer la inalienable dignidad de todo ser humano y aceptar que tenga un lugar en este universo. Ya que, si no se lo niego al peor de los criminales, no se lo negaré a nadie, daré a todos la posibilidad de compartir conmigo este planeta a pesar de lo que pueda separarnos.

270. A los cristianos que dudan y se sienten tentados a ceder ante cualquier forma de violencia, los invito a recordar aquel anuncio del libro de Isaías: 'Con sus espadas forjarán arados' (2,4). Para nosotros esa profecía toma carne en Jesucristo, que frente a un discípulo cebado por la violencia dijo con firmeza: '¡Vuelve tu espada a su lugar!, pues todos los que empuñan espada, a espada morirán' (Mt 26,52). Era un eco de aquella antigua advertencia: 'Pediré cuentas al ser humano por la vida de su hermano. Quien derrame sangre humana, su sangre será derramada por otro ser humano' (Gn 9,5-6). Esta reacción de Jesús, que le brotó del corazón, supera la distancia de los siglos y llega hasta hoy como un constante reclamo"⁷⁶.

⁷⁶ FRANCISCO, carta encíclica *Fratelli Tutti*.

Hasta ahí la cita.

Lo primero que llama la atención del texto citado es la tergiversación de lo expuesto anteriormente por Juan Pablo II. Según Francisco, Juan Pablo II habría hecho una distinción entre la moralidad de la pena de muerte (sería siempre moralmente ilícita), y su necesidad jurídica (no sería necesaria). El texto al que remite *Fratelli Tutti* es el parágrafo 56 de *Evangelium Vitae*, el cual dice lo siguiente:

“En este horizonte se sitúa también el problema de la *pena de muerte*, respecto a la cual hay, tanto en la Iglesia como en la sociedad civil, una tendencia progresiva a pedir una aplicación muy limitada e, incluso, su total abolición. El problema se enmarca en la óptica de una justicia penal que sea cada vez más conforme con la dignidad del hombre y por tanto, en último término, con el designio de Dios sobre el hombre y la sociedad. En efecto, la pena que la sociedad impone ‘tiene como primer efecto el de compensar el desorden introducido por la falta’. La autoridad pública debe reparar la violación de los derechos personales y sociales mediante la imposición al reo de una adecuada expiación del crimen, como condición para ser readmitido al ejercicio de la propia libertad. De este modo la autoridad alcanza también el objetivo de preservar el orden público y la seguridad de las personas, no sin ofrecer al mismo reo un estímulo y una ayuda para corregirse y enmendarse.

Es evidente que, precisamente para conseguir todas estas finalidades, *la medida y la calidad de la pena* deben ser valoradas y decididas atentamente, sin que se deba llegar a la medida extrema de la eliminación del reo salvo en casos de absoluta necesidad, es decir, cuando la defensa de la sociedad no sea posible de otro modo. Hoy, sin embargo, gracias a la organización cada vez más adecuada de la institución penal, estos casos son ya muy raros, por no decir prácticamente inexistentes.

De todos modos, permanece válido el principio indicado por el nuevo *Catecismo de la Iglesia Católica*, según el cual ‘si los medios incruentos bastan para defender las vidas humanas contra el agresor y para proteger de él el orden público y la seguridad de las personas, en tal caso la autoridad se limitará a emplear sólo esos medios, porque ellos corresponden mejor a las condiciones concretas del bien común y son más conformes con la dignidad de la persona humana’⁷⁷.

Como podemos observar, en este texto Juan Pablo II no hace ninguna distinción entre la moralidad de la pena de muerte y su necesidad jurídica. Solo indica que, en ciertos casos extremos, que hoy parecen ser inexistentes, puede ser *moralmente* lícita.

Ello es particularmente claro cuando se lee lo que dice en el parágrafo siguiente (se omiten las citas):

⁷⁷ JUAN PABLO II, carta encíclica *Evangelium Vitae*, n. 56.

“57. Si se pone tan gran atención al respeto de toda vida, incluida la del reo y la del agresor injusto, el mandamiento ‘no matarás’ tiene un valor absoluto cuando se refiere a la *persona inocente*. Tanto más si se trata de un ser humano débil e indefenso, que sólo en la fuerza absoluta del mandamiento de Dios encuentra su defensa radical frente al arbitrio y a la prepotencia ajena.

En efecto, el absoluto carácter inviolable de la vida humana inocente es una verdad moral explícitamente enseñada en la Sagrada Escritura, mantenida constantemente en la Tradición de la Iglesia y propuesta de forma unánime por su Magisterio. Esta unanimidad es fruto evidente de aquel ‘sentido sobrenatural de la fe’ que, suscitado y sostenido por el Espíritu Santo, preserva de error al pueblo de Dios, cuando ‘muestra estar totalmente de acuerdo en cuestiones de fe y de moral’.

Ante la progresiva pérdida de conciencia en los individuos y en la sociedad sobre la absoluta y grave ilicitud moral de la eliminación directa de toda vida humana inocente, especialmente en su inicio y en su término, *el Magisterio de la Iglesia* ha intensificado sus intervenciones en defensa del carácter sagrado e inviolable de la vida humana. Al Magisterio pontificio, especialmente insistente, se ha unido siempre el episcopal, por medio de numerosos y amplios documentos doctrinales y pastorales, tanto de Conferencias Episcopales como de Obispos en particular. Tampoco ha faltado, fuerte e incisiva en su brevedad, la intervención del Concilio Vaticano II.

Por tanto, con la autoridad conferida por Cristo a Pedro y a sus Sucesores, en comunión con los Obispos de la Iglesia católica, *confirmando que la eliminación directa y voluntaria de un ser humano inocente es siempre gravemente inmoral*. Esta doctrina, fundamentada en aquella ley no escrita que cada hombre, a la luz de la razón, encuentra en el propio corazón (cf. *Rm* 2, 14-15), es corroborada por la Sagrada Escritura, transmitida por la Tradición de la Iglesia y enseñada por el Magisterio ordinario y universal.

La decisión deliberada de privar a un ser humano inocente de su vida es siempre mala desde el punto de vista moral y nunca puede ser lícita ni como fin, ni como medio para un fin bueno. En efecto, es una desobediencia grave a la ley moral, más aún, a Dios mismo, su autor y garante; y contradice las virtudes fundamentales de la justicia y de la caridad. ‘Nada ni nadie puede autorizar la muerte de un ser humano inocente, sea feto o embrión, niño o adulto, anciano, enfermo incurable o agonizante. Nadie además puede pedir este gesto homicida para sí mismo o para otros confiados a su responsabilidad ni puede consentirlo explícita o implícitamente. Ninguna autoridad puede legítimamente imponerlo ni permitirlo’.

Cada ser humano inocente es absolutamente igual a todos los demás en el derecho a la vida. Esta igualdad es la base de toda auténtica relación social que, para ser verdadera, debe fundamentarse sobre la verdad y la justicia, reconociendo y tutelando a cada hombre y a cada mujer como persona y no como una cosa de la que se puede disponer. Ante la norma moral que prohíbe la eliminación directa de un ser humano inocente ‘*no hay privilegios ni excepciones para nadie*. No hay ninguna diferencia entre ser el dueño del mundo o el último de los miserables de la tierra: ante las exigencias morales somos todos absolutamente iguales”⁷⁸.

⁷⁸ *Evangelium Vitae*, n. 57.

Nótese cómo en este pasaje, que trata sobre la vida humana *inocente*, Juan Pablo II afirma que, *a diferencia del caso anterior*, en el cual es pensable que existan casos en los que se pueda directamente intentar la muerte del reo o agresor injusto, en el caso de la vida humana *inocente* la prohibición de matar adquiere un carácter absoluto. Nótese, en efecto, como cada vez que Juan Pablo II enuncia el absoluto moral de “no matar” *siempre* incluye en su enunciación la palabra “inocente”. Es claro, en consecuencia, que en el magisterio de Juan Pablo II solo está prohibido de modo absoluto intentar la muerte directa de un inocente. Respecto del culpable, afirma que es pensable un caso que exija su muerte, aun cuando dichos casos parecen ser hoy inexistentes.

Por todo ello, es falso hablar de “continuidad” entre el magisterio de Francisco y el de Juan Pablo II. Si bien Juan Pablo II en algunas ocasiones alentó a abolir la pena de muerte –lo mismo que Benedicto XVI–, lo hizo en el convencimiento de que el supuesto de hecho bajo el cual ella es legítima hoy no se da. Vale decir, apoyándose en un juicio no sobre la *moralidad* misma de una acción, sino sobre un *hecho social* (el darse o no cierto supuesto de hecho), una materia sobre la cual, vale la pena recordar, no tiene autoridad el magisterio de la Iglesia (del mismo modo que no tiene autoridad para pronunciarse sobre hechos de la naturaleza, como si el universo está o no en expansión). Juan Pablo II dijo simplemente que, en principio, este castigo puede ser lícito (sobre la materia de esta premisa tiene autoridad el magisterio de la Iglesia), pero hoy no se da el supuesto de hecho bajo el cual puede ser lícito (sobre esta segunda premisa no puede pretender autoridad alguna), en conclusión, solicito que sea abolida. Muy distinto es lo que dice Francisco.

A continuación, analizaremos textualmente varias de las otras afirmaciones de Francisco sobre el tema, párrafo por párrafo. Las que repitan ideas ya expresadas en discursos anteriores, las dejaremos sin comentar.

“265. Desde los primeros siglos de la Iglesia, algunos se manifestaron claramente contrarios a la pena capital. Por ejemplo, Lactancio sostenía que ‘no hay que hacer ninguna distinción: siempre será crimen matar a un hombre’. El Papa Nicolás I exhortaba: ‘Esfuércense por liberar de la pena de muerte no sólo a cada uno de los inocentes, sino también a todos los culpables’. Con ocasión del juicio contra unos homicidas que habían asesinado a dos sacerdotes, san Agustín pedía al juez que no quitara la vida a los asesinos, y lo fundamentaba de esta manera: ‘Con esto no impedimos que se reprima la licencia criminal de esos malhechores. Queremos que se conserven vivos y con todos sus miembros; que sea suficiente dirigirlos, por la presión de las leyes, de su loca inquietud al reposo de la salud, o bien que se les ocupe en alguna tarea útil, una vez apartados de sus perversas acciones. También esto se llama condena, pero todos entenderán que se trata de un beneficio más bien que de un suplicio, al ver que no se suelta la rienda a su audacia para dañar ni se les impide la medicina del arrepentimiento. [...] Encole-

rízate contra la iniquidad de modo que no te olvides de la humanidad. No satisfagas contra las atrocidades de los pecadores un apetito de venganza, sino más bien haz intención de curar las llagas de esos pecadores”⁷⁹.

El Papa cita a Lactancio. Sin embargo, hay otro texto en el que Lactancio admite la legitimidad de la pena de muerte⁸⁰.

El Papa cita a san Agustín. Sin embargo, no hay duda alguna de que san Agustín consideraba la pena de muerte lícita en principio⁸¹.

“266. Los miedos y los rencores fácilmente llevan a entender las penas de una manera vindicativa, cuando no cruel, en lugar de entenderlas como parte de un proceso de sanación y de reinserción en la sociedad. Hoy, ‘tanto por parte de algunos sectores de la política como por parte de algunos medios de comunicación, se incita algunas veces a la violencia y a la venganza, pública y privada, no sólo contra quienes son responsables de haber cometido delitos, sino también contra quienes cae la sospecha, fundada o no, de no haber cumplido la ley. [...] Existe la tendencia a construir deliberadamente enemigos: figuras estereotipadas, que concentran en sí mismas todas las características que la sociedad percibe o interpreta como peligrosas. Los mecanismos de formación de estas imágenes son los mismos que, en su momento, permitieron la expansión de las ideas racistas’. Esto ha vuelto particularmente riesgosa la costumbre creciente que existe en algunos países de acudir a prisiones preventivas, a reclusiones sin juicio y especialmente a la pena de muerte”⁸².

Este párrafo es pura retórica. Y, en todo caso, sí hay personas peligrosas para la sociedad: los miembros del Cartel de Medellín, del Cartel de Cali, de Sendero Luminoso, de Al Qaeda, del Tren de Aragua, por citar solo algunos.

“270. A los cristianos que dudan y se sienten tentados a ceder ante cualquier forma de violencia, los invito a recordar aquel anuncio del libro de Isaías: ‘Con sus espadas forjarán arados’ (2,4). Para nosotros esa profecía toma carne en Jesucristo, que frente a un discípulo cebado por la violencia dijo con firmeza: ‘¡Vuelve tu espada a su lugar!, pues todos los que empuñan espada, a espada morirán’ (Mt 26,52). Era un eco de aquella antigua advertencia: ‘Pediré cuentas al ser humano por la vida de su hermano. Quien derrame sangre humana, su sangre será derramada por otro ser humano’ (Gn 9,5-6). Esta reacción de Jesús, que le brotó del corazón, supera la distancia de los siglos y llega hasta hoy como un constante reclamo’.”

A ver: muchos cristianos dudamos de lo que dice Francisco sobre la ilicitud de la pena de muerte, y sin embargo no nos sentimos tentados a ceder

⁷⁹ *Fratelli Tutti*, n. 265.

⁸⁰ Véase FESER & BESETTE, *op. cit.*, p. 113.

⁸¹ Véanse los textos de san Agustín citado en FESER & BESETTE, *op. cit.*, p. 115.

⁸² *Fratelli Tutti*, n. 266.

“ante cualquier forma de violencia”. Que sepamos, nadie que apoye la pena de muerte apoya “cualquier forma de violencia”. Al menos no lo hicieron Aristóteles, santo Tomás de Aquino, Kant o Mill. Apoyaban simplemente la pena de muerte. Y es dudoso que el 65% de los chilenos que apoya la pena de muerte “se sienta tentado a ceder ante cualquier forma de violencia”.

Lo verdaderamente llamativo es, además, el mal uso que se hace de diversos pasajes de las Escrituras. Así, se nos dice que no debemos dudar de la nueva enseñanza, porque, como dice Isaías, “Con sus espadas forjarán arados”. Sin embargo, es claro que con ello Isaías se refiere al reino mesiánico que ha de existir después del final de la historia. En la época presente, se requieren espadas (lo mismo que cárceles). En el cielo se podrá prescindir de ellas, pero no en este mundo. En el cielo tampoco habrá hospitales o cuarteles de bomberos, y a nadie se le ha ocurrido suprimirlos por ello en la época presente.

Igualmente, es extraña la cita del pasaje del Génesis. En efecto, dicho pasaje, lejos de prohibir el uso de la pena de muerte, parece exigirlo en el caso del homicidio. Así ha sido entendido tradicionalmente. En efecto, en dicho pasaje se habla de que quien derrame sangre humana (el homicida) ha de ser castigado con la muerte. Y lo verdaderamente interesante es el versículo posterior, que la encíclica omite: “Si uno derrama sangre de hombre, otro hombre derramará su sangre; porque a imagen de Dios fue hecho el hombre” (Génesis 9, 5-6). Vale decir: el pasaje dice que el castigo por el homicidio es la pena de muerte y, lejos de ser un obstáculo para ella el que el hombre sea imagen de Dios, dicho carácter es el *fundamento* de la misma: es tan grave el crimen de matar a un hombre, imagen de Dios, que tal crimen solo admite como castigo adecuado la pena de muerte. Así se ha entendido siempre el sentido de dicho pasaje y por ello ha sido siempre citado por los que apoyan la pena de muerte⁸³.

8. LA DECLARACIÓN DIGNITAS INFINITA

El 2 de abril de 2024 se publicó la declaración *Dignitas Infinita* del Dicasterio para la Doctrina de la Fe, sobre la dignidad humana y sobre las amenazas que sufre hoy. Dejamos claro que compartimos todo lo dicho por el prefecto en dicha declaración relativo a la dignidad ontológica del ser humano

⁸³ La reconocida *Biblia de Jerusalén* traduce dicho pasaje del siguiente modo: “Quien vertiere sangre de hombre, por otro hombre será su sangre vertida, porque a imagen de Dios hizo Él al hombre”, y agrega el siguiente comentario: “Toda sangre pertenece a Dios, ver Lv 1 5+, pero de manera eminente la sangre del hombre hecho a su imagen. Dios le vengará (ver ya 4 10), y delega a este efecto al hombre mismo: la justicia del Estado y también los “vengadores de sangre”, Nm 35 19+” (énfasis añadido).

y sus fundamentos. Sin embargo, como se expresó más arriba, no creemos que de ello se siga en caso alguno la ilicitud de la pena de muerte.

En efecto, en la sección 4 de la declaración, titulada “Algunas violaciones de la dignidad humana”, y que aborda “algunas violaciones concretas y graves de la misma” (33), se dice, en el párrafo 34, lo siguiente:

“Queriendo señalar algunas de las muchas violaciones de la dignidad humana en nuestro mundo contemporáneo, podemos recordar lo que el Concilio Vaticano II enseñó a este respecto. Hay que reconocer que se opone a la dignidad humana ‘cuanto atenta contra la vida – homicidios de cualquier clase, genocidios, aborto, eutanasia y el mismo suicidio deliberado’. Atenta además contra nuestra dignidad ‘cuanto viola la integridad de la persona humana, como, por ejemplo, las mutilaciones, las torturas morales o físicas, los conatos sistemáticos para dominar la mente ajena’. Y finalmente ‘cuanto ofende a la dignidad humana, como son las condiciones infrahumanas de vida, las detenciones arbitrarias, las deportaciones, la esclavitud, la prostitución, la trata de blancas y de jóvenes; o las condiciones laborales degradantes, que reducen al operario al rango de mero instrumento de lucro, sin respeto a la libertad y a la responsabilidad de la persona humana’. Será necesario también mencionar aquí el tema de la pena de muerte: también esta última viola la dignidad inalienable de toda persona humana más allá de cualquier circunstancia. Por el contrario, hay que reconocer que ‘el firme rechazo de la pena de muerte muestra hasta qué punto es posible reconocer la inalienable dignidad de todo ser humano y aceptar que tenga un lugar en este universo. Ya que, si no se lo niega al peor de los criminales, no se lo negará a nadie, dará a todos la posibilidad de compartir conmigo este planeta a pesar de lo que pueda separarnos’. También parece oportuno reiterar la dignidad de las personas encarceladas, que a menudo se ven obligadas a vivir en condiciones indignas, y que la práctica de la tortura atenta contra la dignidad de todo ser humano más allá de todo límite, incluso si alguien es culpable de delitos graves”⁸⁴.

Lo interesante del texto es que comienza mencionando la declaración *Gaudium et Spes* del Concilio Vaticano II, que enumera, dentro de atentados concretos a la dignidad humana, hechos tales como los homicidios, genocidios, aborto, torturas, trata de blancas y otra, prácticas respecto de las cuales nadie podría negar su carácter intrínsecamente perverso. Sin embargo, el prefecto, yendo más allá de lo dicho por el Concilio, agrega la pena de muerte a dicha lista de prácticas, como si fuese de la misma naturaleza. Queda la sensación de que tal inclusión se hace como recurso retórico, con el fin de provocar en el lector una asociación psicológica entre prácticas tan repugnantes como el genocidio y trata de blancas, inequívocamente con-

⁸⁴ *Dignitas Infinita*, n. 34. Se omiten las citas en la transcripción.

denadas por el Concilio Vaticano II, y la pena de muerte, *que el Concilio no condena*. De hecho, lo que el Concilio condena son los “homicidios”, y queda claro del texto que los padres conciliares no quisieron condenar a la pena de muerte ni incluirla en la categoría de los homicidios.

La misma declaración *Dignitas Infinita* cita un discurso de Francisco de 2015 en las Naciones Unidas, en el cual denuncia:

“el comercio de órganos y tejidos humanos, explotación sexual de niños y niñas, trabajo esclavo, incluyendo la prostitución, tráfico de drogas y de armas, terrorismo y crimen internacional organizado. Es tal la magnitud de estas situaciones y el grado de vidas inocentes que va cobrando, que hemos de evitar toda tentación de caer en un nominalismo declaracionista con efecto tranquilizador en las conciencias. Debemos cuidar que nuestras instituciones sean realmente efectivas en la lucha contra todos estos flagelos”⁸⁵.

Coincidimos plenamente con el pontífice respecto de cada una de sus palabras aquí dichas. ¿Se le habrá ocurrido, sin embargo, a Francisco que, a la luz de lo que hemos dicho anteriormente sobre la imposibilidad de asegurar que todos los Estados puedan siempre mantener a un criminal encerrado e incapacitado, tal vez el único medio al cual algunos Estados puedan recurrir para que la lucha contra el terrorismo y el crimen organizado, flagelos que cobran una enormidad de vidas inocentes, sea efectiva, sea la pena de muerte? ¿Se le habrá ocurrido, tal vez, que, incluso si tales Estados pudiesen realmente asegurar la incapacitación para causar el mal de todos los reclusos, el prescindir de la pena de muerte habría de significarles un costo tal que necesariamente habría de dejar de satisfacer las necesidades más urgentes de muchos más ciudadanos inocentes, cuyas malas condiciones de vida no deja de denunciar en muchas de sus declaraciones? ¿Se le habrá ocurrido que, tal vez, para un Estado en particular eliminar la pena de muerte, aun supuesta la certeza de la incapacitación para el crimen de los reclusos, puede impedir luchar contra otros de los flagelos que la misma declaración *Dignitas Infinita* declara como “atentado a la dignidad humana”: “el drama de la pobreza”⁸⁶? ¿Entiende realmente Francisco que los recursos de la Tierra en

⁸⁵ *Dignitas Infinita*, n. 42.

⁸⁶ Recordemos que Francisco había dicho anteriormente que los Estados matan no solo por acción, sino también por inacción, al no garantizar adecuadas condiciones de vida a sus ciudadanos. Pues bien: es obvio que, para la mayoría de los Estados (Estados Unidos es una excepción, según mencionaremos abajo), es muchísimo más costoso mantener a un peligroso criminal encerrado de por vida e incapacitarlo mediante prisiones de alta seguridad que ejecutarlo. Por ende, cada peso o dólar dedicado a tal fin es un peso o dólar *menos* dedicado a garantizar adecuadas condiciones de vida a muchísimos más ciudadanos *inocentes*. En tal situación, si el Estado no es rico, y la pena de muerte fuese efectivamente ilícita (como pretende el papa Francisco), y además no garantizar un mínimo de condiciones de vida mate-

un momento determinado son siempre escasos y deben distribuirse entre objetivos que compiten entre sí? ¿Entiende lo que significa el concepto de “costo de oportunidad”, vale decir, que un peso o dólar utilizado en incapacitar a un peligroso criminal es un dólar *menos* utilizado en la lucha contra la pobreza, e incluso un dólar *menos* utilizado en mejorar las condiciones carcelarias, otro de los objetivos de su encíclica *Fratelli Tutti*?

Conclusión

Como conclusión, podemos ver que ninguna de las razones dadas por el papa Francisco para cambiar el magisterio tradicional resulta convincente, y todas habían sido respondidas por otros autores, y ponderadas y rechazadas por los padres y doctores de la Iglesia y los papas anteriores. Además, en sus textos, el papa tergiversa la doctrina de Juan Pablo II, de san Vicente de Lerins, de san Agustín, hace afirmaciones empíricas lisa y llanamente falsas (como que hay un consenso hoy sobre la ilicitud de la pena de muerte), y otras más que discutibles (como que la cárcel incapacita efectivamente a cualquier criminal). Además, tergiversa el sentido de algunos pasajes bíblicos, como Génesis 9, 6, Isaías 2, 4 y el pasaje de la mujer adúltera. Y no se hace cargo de los pasajes de la *Biblia* que afirman la licitud de la pena de muerte.

Nos gustaría hacer algunas reflexiones finales. Primero, en el magisterio de Juan Pablo II es claro que la pena de muerte es lícita si se dan ciertas condiciones. Pues bien: el papa Juan Pablo II afirmó que dichas condiciones son hoy casi inexistentes. Francisco, en cambio, afirma enfáticamente que son inexistentes, vale decir, que es *imposible* que hoy un Estado no pueda impedir al agresor de causar daño a inocentes sin recurrir a la pena de muerte.

Dicha afirmación, como puede verse, es una afirmación sobre un hecho del mundo. Incluso si resulta verdadera –lo que nosotros dudamos–, es claro que una afirmación de tal tipo no entra dentro del objeto posible del magisterio de la Iglesia. Esto es particularmente importante, porque muchos católicos tienden, lamentablemente, a no tener claro qué entra y qué no entra dentro de dicho magisterio.

Dentro de dicho magisterio entra el depósito de la fe, vale decir, las verdades reveladas por Cristo a sus apóstoles. Tales verdades incluyen doctri-

riales fuese, como él mismo dice, “matar por inacción”, entonces dicho Estado se encontraría en un genuino dilema moral y, consiguientemente, *incapacitado para actuar*, porque cualquier acción que realizase habría de ser inmoral: o mata a un culpable por acción, o mata a muchos más inocentes por inacción. Tales son las consecuencias absurdas que se siguen del magisterio de Francisco.

nas morales (incluyendo todas las que son propias de la ley natural), doctrinas sobre la naturaleza de la Iglesia, sobre el sentido de la historia, y sobre ciertos hechos históricos acaecidos en Palestina en el siglo I d. C. y otros pocos que habrán de venir en el fin de los tiempos.

Ahora bien: Cristo no pudo haber revelado nada a sus discípulos sobre si los Estados en el siglo XXI habrían de contar con medios para incapacitar criminales distintos de la pena de muerte, como no pudo revelar nada sobre si el universo está en expansión o quién descubrió América. Tales temas no son objeto *posible* de la Revelación porque ninguna relación tienen con la misión salvífica de Cristo, de modo que *no entran en el depósito de la fe*⁸⁷. Ningún hecho histórico posterior a los narrados en el Nuevo Testamento entra en el depósito de la fe. De este modo, no siendo objeto posible de revelación, cualquier afirmación que alguna autoridad eclesiástica, incluyendo el papa, haga sobre ellos, no puede ser una afirmación imputable a la Iglesia. En otras palabras, no exige ningún asentimiento especial por parte de los fieles más que el que exija la sapiencia personal de quien la haga. El papa Francisco, por ejemplo, ha realizado bastantes afirmaciones muy discutibles en materia de economía, incluso en encíclicas⁸⁸. Es obvio que, respecto de ellas, como de la afirmación del papa Juan Pablo II de que hoy es casi universalmente posible incapacitar al delincuente sin recurrir a la pena de muerte, el fiel católico puede libremente diferir, porque el magisterio de la Iglesia no puede extenderse a esos temas. Puede, ciertamente, pronunciarse sobre si la pena capital es lícita o no, y bajo qué condiciones. Ese tema sí entra en el depósito de la fe, por ser una verdad moral. Pero si se dan tales condiciones o no en tal o cual país en tal o cual momento, ello es completamente ajeno al depósito de la fe. *No es tema posible de revelación*.

⁸⁷ No entran dentro de lo que santo Tomás de Aquino llamaba los “revelabilia”.

⁸⁸ Así, ha llegado a afirmar que las guerras contemporáneas se han causado con el fin de vender armas. También el terrorismo. En una conferencia de prensa expresó que “Respecto a las guerras: las guerras vienen por la ambición; las guerras –no hablo de las guerras para defenderse de un agresor injusto–, las guerras son una ‘industria’. En la historia hemos visto muchas veces que un país, si el presupuesto no es va bien... ‘bueno, pues hagamos una guerra’, y termina el ‘desequilibrio’. La guerra es un negocio: un negocio de armas. Los terroristas, ¿hacen ellos sus armas? Sí, tal vez alguna pequeñita. ¿Quién les da las armas para hacer la guerra? Hay toda una red de intereses, y detrás de ellos está el dinero, o el poder: el poder imperial o el poder coyuntural”: “Conferencia de prensa del Santo Padre Francisco durante el vuelo de regreso a Roma, viaje apostólico a Kenia, Uganda y República Centroafricana”.

Igualmente, expresó que “Hace poco dije, y lo repito, que estamos viviendo la tercera guerra mundial pero en cuotas. Hay sistemas económicos que para sobrevivir deben hacer la guerra. Entonces se fabrican y se venden armas y, con eso los balances de las economías que sacrifican al hombre a los pies del ídolo del dinero, obviamente quedan saneados”: “Discurso del Santo Padre Francisco a los participantes en el Encuentro Mundial de Movimientos Populares”.

Vale decir: Juan Pablo II reiteró la posición tradicional de la Iglesia sobre la pena de muerte. Además de ello, hizo una afirmación *personal* sobre si se dan las condiciones exigidas por tal doctrina tradicional en el mundo moderno. Basado en la premisa de fe y en la premisa de hecho no revelada (personal), llamó en bastantes ocasiones a abolir la pena de muerte. Pero la premisa de hecho no revelada no es vinculante para los fieles católicos en cuanto tales⁸⁹. Lamentablemente, muchos fieles católicos, ya en la época de Juan Pablo II comenzaron promover la abolición de la pena de muerte no tanto por convicción personal de que el supuesto de hecho que la legitima no se da hoy día –algo que sería perfectamente lícito–, como por respeto al juicio que sobre tal supuesto de hecho (una verdad no de fe, ni siquiera posible objeto de fe) había hecho Juan Pablo II, o por respeto al pontífice mismo. Nosotros tenemos la mayor veneración por el ministerio petrino, pero someter el propio juicio a tal magisterio cuando se pronuncia sobre temas que no entran dentro del depósito de la fe no es veneración sino insensatez.

Hemos visto, en cambio, que lo enseñado por Francisco, a diferencia del caso de Juan Pablo II, contradice de lleno la doctrina tradicional de la Iglesia. Ello, aunque cause escándalo, no es imposible. Como se sabe, el papa sólo es infalible si se dan ciertas condiciones muy estrictas, de modo que siempre es posible que algún papa diga algo poco ortodoxo, incluso en documentos eclesiales. Y, como hemos visto a lo largo de este artículo, los argumentos dados por Francisco para oponerse a la doctrina tradicional son insatisfactorios, de modo que también es injustificado el cambio de redacción del *Catecismo de la Iglesia Católica*. Hay más razones para sostener la doctrina tradicional de la Iglesia sobre la pena de muerte, que para sostener la doctrina de Francisco sobre la misma.

Nos gustaría dejar claro que no vamos a tomar posición respecto de una discusión distinta: la de si lo enseñado por el papa Francisco contradice doctrinas que hayan de ser consideradas infaliblemente declaradas como verdaderas por la Iglesia. En efecto, tras el anuncio de la modificación de la redacción del *Catecismo de la Iglesia Católica*, algunos autores sostuvieron

⁸⁹ De hecho, consideramos que es manifiestamente falsa.

Así, por ejemplo, comentando la redacción del *Catecismo de la Iglesia Católica* bajo Juan Pablo II y Francisco, Marah Stith McLeod dice que “Whereas the former Catechism anticipated that situations where execution would be necessary to stop an offender from killing in the future would be “very rare, if not practically non-existent”, Catechism of the Catholic Church § 2267 (2nd ed.) (1995) (internal quotation marks omitted), the new Catechism appears to rest on the factual assumption that such situations never arise”: McLEOD, *op. cit.*, p. 1186, n. 271. En su artículo, McLeod muestra cuán discutibles son tanto la afirmación del Catecismo antiguo de que las situaciones que exigían la pena de muerte como medio de incapacitación “son raras, sino prácticamente inexistentes”, como la del actual que dice que ya no ocurren.

que la nueva redacción, que declaraba ilegítima en principio la pena de muerte, no solo contradecía la doctrina tradicional de la Iglesia –lo cual es difícil de negar–, sino, además, que aquella doctrina tradicional debía ser considerada como *infaliblemente* declarada como verdadera por los pontífices anteriores (algo que sostiene Edward Feser, en discusión con Christian Brugger). Si ello es así, entonces ningún católico por principio puede adherir a lo enseñado por Francisco.

Lo que nosotros aquí afirmamos, en cambio, es simplemente lo siguiente: la enseñanza del papa Francisco contradice la doctrina tradicional de la Iglesia, no constituye un desarrollo en continuidad con la misma, ni siquiera con la de los dos papas anteriores y, más aún, ninguno de los argumentos dados por Francisco resulta convincente para justificar la ilicitud de la pena de muerte, en primer lugar, y su consiguiente cambio de la doctrina tradicional, en segundo lugar.

En tales circunstancias, queda a la opción de cada uno el ver si adhiere a la doctrina de todos los doctores de la Iglesia y de todos los papas menos uno, o a la de este último papa, teniendo en consideración cuán convincentes o no son los argumentos dados por este último papa para justificar su oposición a la doctrina tradicional. Y, como se ha visto, nos parece que son todos ellos insuficientes. Y, además, no existe razón alguna para preferir una enseñanza posterior solo por el hecho de ser posterior. Por todo ello, el católico hoy tiene muchísimas más razones para adherir a la enseñanza tradicional y milenaria de la Iglesia sobre la licitud de la pena de muerte, que a la personal de Francisco sobre su ilicitud.

Por otro lado, nada de esto obsta a reconocer que en muchos Estados en los que hay pena de muerte pueda esta ser innecesaria, o que su aplicación pueda resultar, en algunos casos, injusta o hasta dañina por otras razones. Así, es sabido que en Estados Unidos la pena de muerte se aplica muchísimo después de la condena, debido a los innumerables recursos judiciales que se interponen contra ella⁹⁰. Este hecho le quita, naturalmente, mucho poder disuasivo e incluso incapacitador⁹¹. Además, a causa de toda la litigación que sigue, la aplicación de la pena de muerte en Estados Unidos puede, even-

⁹⁰ Así, McLeod muestra que el año 2017, el condenado a muerte cuya ejecución fue más rápida después de su condena fue ejecutado casi nueve años después de haber sido condenado a muerte. La mayor espera fue la de un condenado a muerte que fue ejecutado más de 33 años después de haber sido condenado: véase McLEOD, *op. cit.*, pp. 1197-1198.

⁹¹ De hecho, como afirman Feser y Besette, puede ser la causa de algunas estadísticas que los abolicionistas citan en su favor: “the inconclusiveness of the statistical evidence [sobre su carácter disuasorio] can plausibly be attributed to such factors as protracted appeals and processes and other obstacles to carrying out executions, which dilute the deterrent effects of the death penalty, and for which opponents of capital punishment are themselves largely responsible”: FESER & BESETTE, *op. cit.*, p. 72.

tualmente, ser más costosa para el Estado que una pena alternativa⁹². Del mismo modo, puede haber otros problemas en tal o cual país que hagan desaconsejable establecerla, restablecerla o mantenerla⁹³, pero nada de eso tiene que ver con el tema de si la pena de muerte es en sí misma lícita o ilícita⁹⁴.

Aquí, a propósito del juicio prudencial que un católico debe realizar respecto de si se debe introducir en tal o cual país en tal o cual momento la pena de muerte, no podemos dejar de hacer mención al juicio prudencial realizado por Juan Pablo II. Como se expresó anteriormente, nos parece que dicho juicio prudencial, basado en la (errónea) creencia de que hoy todos los Estados del mundo pueden garantizar la incapacitación de un delincuente peligroso sin recurrir a la pena de muerte no solo es falso, sino que además manifiestamente falso⁹⁵. Nosotros tenemos la mayor veneración y admiración por Juan Pablo II, pero nadie es perfecto, e incluso los grandes personajes pueden cometer errores. En este caso, nos parece que no solo el juicio prudencial emitido por el añorado papa polaco es falso, sino que, además, su misma emisión fue imprudente. La razón la expresa admirablemente Steven Long:

“son los poderes legislativos y los tribunales los que deben juzgar los factores prudenciales. Una prudencia del tipo una-medida-se-ajusta-a-todo es, simultáneamente, subversiva de la prudencia e indiferente a la gracia real de estado otorgada por la Providencia a aquellos que deben evaluar los factores prudenciales”⁹⁶.

⁹² Paternoster sostiene que el costo de una ejecución en Estados Unidos supera al de mantener al preso de por vida, véase Ray PATERNOSTER, “Capital Punishment”, pp. 775-777, llegando en algunos casos al doble. Dicho costo superior se explica totalmente por los costos de los diversos juicios y las correspondientes apelaciones.

⁹³ El mismo Paternoster muestra algunos de esos problemas en Estados Unidos: la ausencia de adecuada asesoría legal para los acusados, mal comportamiento de fiscales y policías, o condenas basadas en premisas científicas discutibles: véase PATERNOSTER, *op. cit.*, pp. 783-786. Respecto de la posibilidad de ejecutar a un inocente, dice que “While there has been no unambiguously documented case of an innocent person being executed, there are cases where the issue remains in doubt”: PATERNOSTER, *op. cit.*, p. 783. Todos los casos de condenas erróneas conocidos en Estados Unidos han sido descubiertos antes de la ejecución.

⁹⁴ De hecho, tales problemas podrían resolverse no solo aboliendo la pena de muerte, sino manteniéndola y asegurándose de que no haya tanta dilación entre la condena a muerte y la ejecución. Los problemas derivados del mayor costo son peculiares a Estados Unidos por su sistema de litigación que permite interponer muchos más recursos en los casos de pena de muerte, y por el altísimo costo de la litigación en general en dicho país.

⁹⁵ Aquí conviene recordar que Juan Pablo II hizo tal juicio por primera vez en la encíclica *Evangelium Vitae*, de 1995. Cuán equivocado era tal juicio se puede apreciar recordando que sólo tres años antes, Pablo Escobar se había fugado de la cárcel llamada La Catedral. Durante el pontificado de Francisco, otro peligroso líder narco, el Chapo Guzmán escapó en 2015 de una cárcel de alta seguridad en México.

⁹⁶ Steven A. LONG, “Magisterial Irresponsibility”. Long dirige su crítica aquí a Francisco, dado que entiende que la doctrina del papa Francisco se basa en un juicio prudencial sobre la

En efecto: lo propio de la prudencia es descubrir cuándo aplicar una regla en este caso concreto, y corresponde a quienes se enfrentan a tales casos concretos. No puede existir un juicio de prudencia universal, y menos uno que pretenda referirse a la utilidad o inutilidad de la aplicación de una regla a países tan distintos como Suiza o México.

Por lo anterior, no nos queda sino decir, con mucho temor y temblor, que la emisión de tal juicio prudencial (falso) por parte del gran papa Juan Pablo II fue ella misma imprudente. Y tuvo dos efectos negativos: el primero, que afectó la posición que las conferencias episcopales tomaron en los debates relativos a la pena de muerte en todos los países del mundo. Las conferencias episcopales, por respeto a la figura del papa, comenzaron a apoyar la abolición de tal pena, incluso en países en los cuales las condiciones no estaban dadas para la abolición de la misma⁹⁷.

no necesidad de la pena de muerte en el mundo actual. Aunque dicha lectura del magisterio del papa Francisco sea discutible, lo que aquí expresa se aplica perfectamente al juicio prudencial emitido por el papa Juan Pablo II.

⁹⁷ Que la pena de muerte ha sido abolida en diversos países *contra* la voluntad de su población –de modo que mal puede hablarse de un “consenso” casi universal sobre su ilicitud, un “consenso”, además, desmentido por diversas encuestas, según se vio–, lo expresa claramente Ray Paternoster: “The movement toward a more abolitionist position has not come about because of a groundswell of popular sentiment but for more pragmatic political and economic concerns. For example, Protocol 13 of the European Convention of Human Rights bans the death penalty under all circumstances. A number of countries that have recently abolished the death penalty have done so to qualify for membership in the European Union [Bosnia-Herzegovina (in 2001), Bulgaria (in 1998), the Czech Republic (in 1990), Hungary (in 1990), Lithuania (in 1998), Poland (in 1997), the Slovak Republic (in 1990), Ukraine (in 1999), Serbia (2002), Montenegro (2002), Estonia (1998), Latvia (in 1999), Turkey (in 2002), Armenia (in 2003)].

A good argument can be made that the recent trend toward abolition has not occurred because of popular support for abolition but in spite of a lack of support for it...

Many countries that moved toward abolition did so primarily for economic and political reasons, and in opposition to public opinion. For example, Hood and Hoyle noted that Albania ‘moved quite rapidly toward abolishing the death penalty *as it prepared for membership in the Council of Europe*’ and in the face of great public support for the death penalty (emphasis added, 11, 24). They also noted how Poland’s abolition of the death penalty was motivated by ‘political will, official inquiry, and the influence of United Nations policy,’ but not that it came at the behest of public support for the human rights of murderers. Ukraine abolished capital punishment by legislative fiat with support from the Supreme Court of Ukraine, but did so in the face of public opposition (2009, 12). A similar anti-democratic process unfolded in Lithuania, which adopted abolition in the hopes of enjoying EU or EC membership when public support for abolition hovered around 20 percent (23)”: PATERNOSTER, *op. cit.*, pp. 761-762.

Así, si es que existe hoy una política pública de la que genuinamente puede decirse que ha sido impuesta por una élite –y una élite únicamente *centroeuropea*, ni siquiera *européa*– contra el parecer de la mayoría, del pueblo (Paternoster llega a hablar de un “proceso anti-democrático”) en diversos países del mundo, tal es la abolición de la pena de muerte.

El segundo efecto fue también fatal, porque san Juan Pablo II, al abogar *de hecho* por la abolición de la pena de muerte (aunque reconociendo su licitud en principio), permitió que muchos católicos creyesen posteriormente que el magisterio de Francisco, en realidad, no estaba en contradicción con el magisterio anterior de la Iglesia, y que incluso “concluía” el camino iniciado por Juan Pablo II, que resultaba un desarrollo “coherente” de la doctrina. Después de todo, si san Juan Pablo II dijo que los casos en los que se puede aplicar la pena de muerte son “casi inexistentes”, y Francisco dice que “nunca” debe aplicarse, pareciera que no hubiese casi ninguna diferencia. De “casi ningún caso” se pasó a “ninguno”, un “desarrollo coherente de la doctrina”.

Que ello no es tal le queda claro no solo a quien conozca la doctrina tradicional de la Iglesia, sino también a quien sepa algo de lógica y comprenda que el contradictorio de un juicio universal negativo es un juicio particular positivo.

Entendemos, asimismo, que muchos católicos pueden verse hoy tentados de asumir la causa de la abolición de la pena de muerte no por convicción real de que ésta sea ilícita, sino como medio para promover otras causas justas. Por ejemplo, con el fin de luchar contra el aborto o la eutanasia, el cardenal Bernardin propuso la idea de una “cultura consistente de la vida”. Al oponerse a la pena de muerte, se da la impresión de que no hay “fisuras” en la defensa de la vida “desde la concepción hasta la muerte natural”. Algunos católicos han seguido lamentablemente dicha idea⁹⁸. Pero tenemos bue-

Todo lo anterior hace aún más extraña la postura del papa Francisco, tan crítico –a veces– de lo que llamaba “colonialismo ideológico”. Aquí, cuando se trata de imponer a todos los países del mundo la visión de una pequeña élite *centroeuropea* parece que la crítica del “colonialismo ideológico” no corre.

De hecho, que la abolición de la pena de muerte en muchos países *contra la voluntad de su población* ha sido un verdadero acto de colonialismo ideológico de la Unión Europea y otros órganos, puede verse en la siguiente declaración de los representantes de la UE en la que, además de abogar por la abolición universal de la misma, afirman que dicho objetivo será parte de la política exterior de la Unión Europea, hipócritamente felicitan a Zambia y Ghana por haberla abolido (como si lo hubiesen hecho de buena gana, y no presionados por la UE y órganos afines), y en el colmo de la hipocresía, dicen que llaman “a todos los Estados retencionistas a promover un proceso abierto y democrático hacia la abolición de la pena de muerte” (como si la abolición de la misma en los países que se integraban a la UE hubiese sido democrática), sin que haya, en cambio, ningún llamado a los países abolicionistas a establecer un proceso abierto y democrático para ver si se debe eventualmente reinstaurar (y pese a que, en algunos de ellos, como Francia o Gran Bretaña, la mayoría quiere restaurarla). Vale decir, se llama al debate en un solo sentido, y con un fin ya predeterminado, pero no se puede discutir para obtener un resultado distinto. Se puede debatir para que aprueben aquello con lo que estamos de acuerdo, pero no para eventualmente aprobar aquello con lo que discordamos. ¡Valiente ejemplo de “democracia”! Véase: www.coe.int/en/web/human-rights-rule-of-law/-/european-and-world-day-against-the-death-penalty

⁹⁸ Así, Eduardo Valenzuela dice que “La exigencia de una ética consistente de la vida ha sido otro motivo de importancia para corregir la actitud tradicional de la Iglesia respecto

nas razones para rechazarla. Una “ética consistente de la vida” es perfectamente compatible con la pena de muerte. Una “ética consistente de la vida” puede perfectamente sostener que es ilícito siempre y bajo cualquier circunstancia intentar la muerte de un inocente y, al mismo tiempo, aceptar la pena de muerte⁹⁹. De lo contrario, se llegaría al absurdo de que no se podría imponer *ninguna* pena, ni cárcel, ni siquiera una multa, so pena –valga la redundancia– de no manifestar una “ética consistente de la libertad/propiedad/lo que sea”. Tampoco se podría aceptar el matar en legítima defensa, o en una guerra defensiva. Por ende, por exigencias de rigor analítico los católicos no podemos dejar que se mezclen, en la misma discusión, el tema

de la pena de muerte. El entrecruzamiento de los problemas del aborto, de la eutanasia, la guerra y la pena de muerte ha sido particularmente álgido en la sociedad norteamericana que se polariza constantemente en torno a la defensa de un tópico, pero no de otro. El talón de Aquiles de los movimientos provida suele ser la tolerancia respecto de diversas formas de eliminación de personas para defender el Estado y el orden social”: VALENZUELA, *op. cit.*, p. 119.

Con todo, conviene destacar que la oposición del cardenal Bernardin a la pena de muerte en base a lo que llamaba una “ética consistente de la vida”, no se fundaba en la creencia de que la pena de muerte fuese en sí misma ilícita. En diversas alocuciones, deja claro que el principio moral “no matar” tiene carácter absoluto solo respecto del inocente. El sostiene, más bien, que una aceptación de la pena de muerte lleva a una “actitud” de desprecio por la vida, actitud que se manifestará en otros temas como el aborto o la eutanasia. De ahí que diga que la vinculación entre el tema de la pena de muerte y el aborto es una vinculación “política” y “sicológica”. Véase, al respecto de Joseph Cardinal BERNARDIN “A Consistent Ethic of Life: An American-Catholic Dialogue”, “A Consistent Ethic of Life: Continuing the Dialogue” y “Linkage and the Logic of the Abortion Debate”.

La posición del cardenal Bernardin, aunque nos parece más que discutible, resulta compatible con la doctrina tradicional de la Iglesia, ya que su oposición a la pena de muerte es solo prudencial, aunque él no lo diga explícitamente. Otra cosa es lo que ha sucedido con la doctrina de la “ética consistente de la vida” en autores posteriores, quienes lisa y llanamente dicen que la pena de muerte es tan ilícita, en principio, como el aborto porque ambas atentan contra el carácter sagrado de la vida (curiosamente, eso sí, no se pronuncian sobre la legítima defensa). Esta posterior deriva de la “ética consistente de la vida” es ya incompatible con la doctrina católica.

⁹⁹ De hecho, que la pena de muerte es expresión de la ética de la vida, en cuanto la *protege* de los asesinos y sicarios ya había sido explicado por el papa san Pio V en su *Catecismo Romano*. Al respecto, al tratar sobre el mandamiento que dice “No matarás”, explica que el fin del mismo es proteger la vida humana y, por ello, en cuanto la institución de la pena de muerte permite defender la vida, ella, lejos de oponerse al quinto mandamiento, es una expresión institucional de él: “Alterum permissum caedis genus est, quod ad eos magistratus pertinet, quibus data est necis potestas, qua ex legum praescripto iudicioque in facinorosos homines animadvertunt, et innocentes defendunt; quo in munere dum iuste versantur, non modo ii caedis non sunt rei, sed huic divinae legi, qua caedes vetatur, maxime obediunt. Cum enim legi huic finis is propositus sit, ut hominum vitae salutique consulatur: magistratum item, qui legitimi sunt scelerum vindices, animadversiones eodem spectant, ut audacia et iniuria supplicis repressa, tuta sit hominum vita”: *Catechismus ex Decreto Concilii Tridentini*, pars III, c. VI, IV, p. 312.

de la licitud del intentar la muerte del inocente con la del culpable, por muy retóricamente útil que sea para defender otras causas¹⁰⁰.

Por último, no podemos dejar de comentar una afirmación de Francisco, repetida por muchos abolicionistas de la pena de muerte: que ella es “cruel”.

Pues bien: decíamos que una enorme mayoría de chilenos consideran que la pena de muerte no es cruel sino necesaria, seguramente porque intuitivamente captan que ella disuade y/o incapacita a quien ha cometido un delito muy grave y es personalmente culpable de ello. ¿Qué respondería alguno de tales millones de chilenos¹⁰¹ si se le preguntase si “no siente vergüenza de promover un castigo tan cruel”?¹⁰². Probablemente respondería lo siguiente:

¹⁰⁰ Mucho antes de que este tipo de argumentos fuese expuesto en la teología católica contemporánea, ya había sido denunciado y refutado por John Stuart Mill, cuyas creencias humanistas nadie negará: “Much has been said of the sanctity of human life, and the absurdity of supposing that we can teach respect for life by ourselves destroying it. But I am surprised at the employment of this argument, for it is one which might be brought against any punishment whatever...”

Does fining a criminal show want of respect for property, or imprisoning him, for personal freedom? Just as unreasonable is it to think that to take the life of a man who has taken that of another is to show want of regard for human life. We show, on the contrary, most emphatically our regard for it, by the adoption of a rule that he who violates that right in another forfeits it for himself, and that while no other crime that he can commit deprives him of his right to live, this shall”: MILL, *op. cit.*, pp. 270-271.

Igualmente, Feser y Besette: “Many Catholics today glibly assert that capital punishment is incompatible with promoting a ‘culture of life’. This makes about as much sense as saying that fining thieves is incompatible with promoting a culture that respects property, or that imprisoning kidnappers is incompatible with promoting a culture that respects individual liberty. It is simple-minded sloganeering, not serious thinking”: FESER & BESETTE, *op. cit.*, p. 15.

¹⁰¹ O la pléyade de grandes filósofos que, desde Platón hasta Stuart Mill, pasando por Aristóteles, san Agustín, santo Tomás de Aquino, Thomas Hobbes, John Locke, Jean Jacques Rousseau, Cesare Beccaria (si se lee *Dei delitti e delle pene*, y no se lo cuentan a uno), Immanuel Kant, Friedrich Hegel, han apoyado la pena de muerte.

¹⁰² O, un castigo tan “incivilizado”, desde que los abolicionistas tienden a presentar la abolición universal de la pena de muerte como el triunfo de la “civilización frente a la barbarie”. Así, por ejemplo, un funcionario de Amnistía Internacional Chile decía, ante la reciente propuesta de la candidata presidencial Evelyn Matthei de reinstaurar la pena de muerte, que ello sería “retroceder 24 años de civilización”: <https://radio.uchile.cl/2025/03/13/amnistia-internacional-por-matthei-y-la-pena-de-muerte-es-impresentable-e-implica-retroceder-24-anos-de-civilizacion/>

Que desde la abolición de la pena de muerte, la tasa de homicidios consumados en Chile se haya duplicado, de un 3,2 por 100.000 habitantes al año en 2003 a 6,3 en 2023, eso, en cambio, para el funcionario de Amnistía Internacional no parece ser “retroceder 24 años en civilización”. Véase: <https://ourworldindata.org/grapher/homicide-rate-unodc?tab=line&country=~CHL&mapSelect=~CHL#explore-the-data>

Dicho aumento de la tasa de homicidios ha llevado consigo, además, un aumento de *todos* los otros crímenes y delitos violentos, desde que, como es sabido, el aumento de los delitos violentos más graves causa una crisis de la legalidad en general que anima a la comisión de

“Amigo, lo realmente cruel es condenar a morir a diez inocentes por no ejecutar mercedamente a un culpable; lo realmente cruel es condenar a morir

cualquier otro delito violento. El costo de la abolición de la pena de muerte en Chile lo paga no solo aquel ciudadano inocente que es asesinado y sus familiares y amigos, sino todo aquél que es víctima de delitos menos graves cuya comisión se ha visto incentivada por el deterioro del ambiente de legalidad causada por cada delito violento. Por ejemplo, todos los profesores que, en las escuelas, son agredidos por sus alumnos, un fenómeno preocupantemente en alza en Chile: www.emol.com/noticias/Nacional/2025/06/04/1168233/violencia-escolar-colegios-educacion-chile.html

Y en último término lo pagan todos quienes, aun no siendo víctimas de delitos, ven cómo el costo de la vida en general aumenta a causa del costo económico de la delincuencia, el cual es pagado especialmente por los más pobres. Solo a modo de ejemplo, Cristián Larroulet calcula que cada ciudadano promedio de la Araucanía, una región azotada por la violencia terrorista, pierde unos 2.600 dólares al año (2.470.000 pesos chilenos) como consecuencia de la delincuencia. Cada habitante de la Araucanía, una de las regiones más pobres de Chile, pierde 2.600 dólares al año por la delincuencia descontrolada. Véase: www.ex-ante.cl/el-sub-estimado-coste-economico-del-crimen-en-chile-por-cristian-larroulet/

Un estudio más reciente de CLAPES UC muestra que el aumento de la tasa de *homicidios* desde 2016 a 2022 ha causado una pérdida económica de un 2,59% del PIB anual, aproximadamente \$8.222 millones *de dólares* al año. Véase: <https://clapesuc.cl/investigacion/doc-trabajo-n145-costo-del-crimen-en-chile-y-latinoamerica-1999-2023>

Por todo ello, Chad Flanders responde correctamente a aquellos que, como el funcionario de Amnistía mencionado, dicen que la abolición de la pena de muerte es un signo de “civilización”: “the idea of ‘civilization’ stands on both sides of the debate here... a civilized society also protects its members, and the death penalty may be necessary to do so”: FLANDERS, *op. cit.*, pp. 618-619; “Civilization does not speak only on the side of the criminal offenders, but more generally: it looks at how we treat everybody on the many different areas of life. It is only when we have a grip on the larger idea of ‘civilization’ that we can look at whether the death penalty has a place within the punishment scheme of a modern, ‘civilized’ society”: FLANDERS, *op. cit.*, p. 620, nota omitida.

Para la gran mayoría de los chilenos, Chile es hoy mucho *menos* civilizado que hace 25 años, porque protege menos a sus ciudadanos inocentes del crimen. ¿O es propio de un país civilizado que los ciudadanos inocentes deban quedarse en sus casas de noche por temor a salir a la calle? ¿O que los profesores de colegios públicos tengan miedo de ser agredidos con armas blancas por sus alumnos?

No se diga que lo anterior es mero alarmismo o retórica: según el Índice Paz Ciudadana 2024, un 27,4% de los chilenos tiene un “alto temor” de ser víctima de un homicidio, un 23,3% tiene un “alto temor” a ser víctima de secuestros. Más de un cuarto de la población chilena vive en el terror: *eso* es cruel: no la pena de muerte. Un 97% de los chilenos ha tenido que cambiar sus rutinas por miedo al delito; el 76,3% ha dejado de ir a ciertos lugares; un 75,3% ha dejado de salir a ciertas horas, entre otras cosas. *Tres cuartos* de los chilenos *inocentes* viven encerrados a ciertas horas en sus casas, como si estuviesen en la cárcel: nuevamente, *eso* es lo cruel e incivilizado, bárbaro, no la pena de muerte.

Véase: https://pazciudadana.cl/wp-content/uploads/2024/10/Indice-Paz-Ciudadana-2024-Informe-conferencia_vF.pdf

Véase al respecto, también, los resultados de la ENUSC 2023 del Instituto Nacional de Estadísticas, que muestra el nivel de temor a la delincuencia en Chile y, sobre todo,

a quien testificó contra un líder del crimen organizado —o a la familia de tal testigo—, a los guardias de la cárcel, o a otros presos, por no atreverse a aplicar a tal líder, culpable tal vez de decenas de muertes, el castigo merecido; lo realmente cruel es condenar a los familiares de la víctima de un homicidio, tal vez un padre de familia cuyo asesinato dejó a sus hijos en la pobreza, a pagar, mediante sus impuestos, la mantención de por vida en una cárcel de alta seguridad al criminal que mató a su padre y, además, con un costo mayor para el Estado que el que éste destina a cada uno de los ciudadanos inocentes, ellos mismos incluidos; lo realmente cruel es decirle a una madre que no se puede operar a su hijo en el sistema de salud porque tales recursos están mejor utilizados incapacitando mediante cárcel de por vida a un sicario que ya ha matado a varias personas —y que tal vez mate a otras cuantas en prisión—; lo realmente cruel es tener un país entero preso del miedo de sicarios y del crimen organizado por no atreverse las autoridades a utilizar contra ellos el medio que san Pablo mismo dice que Dios les dio para enfrentar el crimen; lo realmente cruel es tener a ciudadanos honestos escapando de barrios dominados por el crimen organizado, perdiendo todo lo invertido en su vida de duro y honesto trabajo por el miedo que tienen sus gobernantes a utilizar el justo medio que Dios les dio para proteger a los inocentes: la espada. Y en momentos en los cuales el pueblo de Dios gime bajo la opresión de narcotraficantes, sicarios y criminales organizados y clama por la reinstauración de la pena de muerte, uno esperaría que sus pastores siguiesen el ejemplo de los profetas de Israel y se uniesen al clamor de su pueblo, más que seguirle el juego a una élite centroeuropea que de cristiana tiene bien poco”.

Bibliografía

AQUINO, santo Tomás de, *Summa Contra Gentiles, Summa Theologiae*. Se ocupan las ediciones disponibles en www.corpusthomisticum.org [fecha de consulta: 25 de mayo de 2025].

BECCARIA, Cesare, *Dei delitti e delle pene*, Torino, Einaudi, 1994 [1764].

BECKER, Gary, “The Morality of Capital Punishment”, April 28, 2006. Disponible en www.project-syndicate.org/commentary/the-morality-of-capital-punishment [fecha de consulta: 10 de junio de 2025].

cómo dicho temor afecta sobre todo a los más pobres. Véase: www.ine.gob.cl/docs/default-source/seguridad-ciudadana/publicaciones-y-anuarios/2023/nacional/síntesis-enusc-2023.pdf?sfvrsn=f8dfb450_4

Dicha encuesta muestra cómo un 53,8% de los hombres y un 73,6% de las mujeres ha dejado de salir de noche. Eso, nuevamente, es lo realmente cruel, inhumano y bárbaro. No la pena de muerte.

- BERNARDIN, Joseph Cardinal, “A Consistent Ethic of Life: An American-Catholic Dialogue”, in Joseph Cardinal BERNARDIN, *Consistent Ethic of Life*, Kansas City, Sheed and Ward, 1988a [1983], chapter 1. Edición Kindle.
- BERNARDIN, Joseph Cardinal, “A Consistent Ethic of Life: Continuing the Dialogue”, in Joseph Cardinal BERNARDIN, *Consistent Ethic of Life*, Kansas City, Sheed and Ward, 1988b [1984], chapter 2. Edición Kindle.
- BERNARDIN, Joseph Cardinal, “Linkage and the Logic of the Abortion Debate”, in Joseph Cardinal BERNARDIN, *Consistent Ethic of Life*, Kansas City, Sheed and Ward, 1988c [1985], chapter 3. Edición Kindle.
- BILINIEWICZ, Marius, “Is Capital Punishment Contrary to the Dignity of the Human Person? Reflections About the Meaning of the Revised Paragraph 2267 of the Catechism of the Catholic Church”, in *The Heythrop Journal*, vol. LXIV, London, 2023.
- DEZHBAKHSH, Hashem *et al.*, “Does Capital Punishment Have a Deterrent Effect? New Evidence from Postmoratorium Panel Data”, in *American Law and Economics Review*, vol. 5, No. 2, New Haven, 2003.
- FESER, Edward 2018, “Bellarmino on capital punishment”. Disponible en <http://edwardfesper.blogspot.com/2018/03/bellarmino-on-capital-punishment.html> [fecha de consulta: 15 de junio de 2025].
- FESER, Edward & Joseph M. BESETTE, *By Man Shall His Blood Be Shed: A Catholic Defense of Capital Punishment*, San Francisco, Ignatius Press, 2017.
- GOLDBERG, Steven, “On Capital Punishment”, in *Ethics*, vol. 85, No. 1, Chicago, 1974.
- FISICHELLA, Rino, “La pena di morte è inammissibile”. Disponible en www.vatican.va/content/osservatore-romano/it/comments/2018/documents/la-pena-di-morte-e-inammissibile.html [fecha de consulta: 15 de junio de 2025].
- FLANDERS, Chad, “The Case Against the Case Against the Death Penalty”, in *New Criminal Law Review*, vol. 16, No. 4, Oakland, 2013.
- FRANCISCO, “Carta al presidente de la Comisión Internacional contra la Pena de Muerte”, 20 de marzo de 2015. Disponible en www.vatican.va/content/francesco/es/letters/2015/documents/papa-francesco_20150320_lettera-pena-morte.html [fecha de consulta: 10 de junio de 2025].
- FRANCISCO, carta encíclica *Fratelli Tutti*, 3 de octubre de 2020. Disponible en www.vatican.va/content/francesco/es/encyclicals/documents/papa-francesco_20201003_enciclica-fratelli-tutti.html [fecha de consulta: 10 de junio de 2025].
- FRANCISCO, “Conferencia de prensa del Santo Padre Francisco durante el vuelo de regreso a Roma, viaje apostólico a Kenia, Uganda y República Centroafricana, 30 de noviembre de 2015. Disponible en www.vatican.va/content/francesco/es/speeches/2015/november/documents/papa-francesco_20151130_repubblica-centrafricana-conferenza-stampa.html [fecha de consulta: 10 de junio de 2025].
- FRANCISCO, “Discurso del Santo Padre Francisco a los participantes en el Encuentro Mundial de Movimientos Populares”, 28 de octubre de 2014. Disponible en www.vatican.va/content/francesco/es/speeches/2014/october/documents/

- papa-francesco_20141028_incontro-mondiale-movimenti-popolari.html [fecha de consulta: 19 de junio de 2025].
- FRANCISCO, “Discurso del Santo Padre Francisco a una delegación de la Asociación Internacional de Derecho Penal”, 23 de octubre de 2014: Disponible en www.vatican.va/content/francesco/es/speeches/2014/october/documents/papa-francesco_20141023_associazione-internazionale-diritto-penale.html [fecha de consulta: 10 de junio de 2025].
- FRANCISCO, “Discurso del Santo Padre Francisco a una delegación de la Comisión Internacional contra la pena de muerte”, 17 de diciembre de 2018. Disponible en www.vatican.va/content/francesco/es/speeches/2018/december/documents/papa-francesco_20181217_commissione-contropena-dimorte.html [fecha de consulta: 10 de junio de 2025].
- FRANCISCO, “Discurso del Santo Padre Francisco con motivo del XXV Aniversario del Catecismo de la Iglesia Católica”, 11 de octubre de 2017. Disponible en www.vatican.va/content/francesco/es/speeches/2017/october/documents/papa-francesco_20171011_convegno-nuova-evangelizzazione.html [fecha de consulta: 10 de junio de 2025].
- FRANCISCO, “Viaje Apostólico de Su Santidad el Papa Francisco a Mozambique, Madagascar y Mauricio, Conferencia de Prensa del Santo Padre durante el vuelo de vuelta”, 10 de septiembre de 2019. Disponible en www.vatican.va/content/francesco/es/speeches/2019/september/documents/papa-francesco_20190910_voloritorno-madagascar.html [fecha de consulta: 10 de junio de 2025].
- ISLER, Carlos, *Thomistic Tradition and Human Rights*, Berlin: J.B. Metzler, 2023. También disponible en <https://doi.org/10.1007/978-3-662-68068-1>
- JUAN PABLO II, encíclica *Evangelium Vitae*, 25 de marzo de 1995. Disponible en www.vatican.va/content/john-paul-ii/es/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_25031995_evangelium-vitae.html [fecha de consulta: 10 de junio de 2025].
- KANT, Immanuel, *Metaphysik der Sitten, Rechtslehre*, in *Werkausgabe*, Frankfurt/Main, Suhrkamp Verlag, 1997 [1797], Band VIII
- LERINS, Vicente de, *The Commonitorium of Vicentius of Lerins*, edited by Reginald STEWART MOXON, Cambridge, Cambridge University Press, 1915.
- LONG, Steven A., “Magisterial Irresponsibility”. Disponible en <https://firstthings.com/magisterial-irresponsibility/> [fecha de consulta: 15 de junio de 2025].
- LUTHER, Martin, “Deutscher Katechismus”, in VEREINIGTE EVANGELISCH-LUTHERISCHE (ed.), *Unser Glaube. Die Bekenntnisschriften der evangelisch-lutherischen Kirche*, Gütersloh, Gütersloher Verlagshaus, 2013 [1529].
- MCLEOD, Marah Stith, “The Death Penalty as Incapacitation”, in *Virginia Law Review*, vol. 104, No. 6, Virginia, 2018.
- MONTAGUE, Phillip, “Justifying criminal punishment as societal self-defense”, in Matthew C. ALTMANN (ed.) *The Palgrave Handbook on the Philosophy of Punishment*, Cham, Palgrave MacMillan, 2023. También disponible en https://doi.org/10.1007/978-3-031-11874-6_12

- MILL, John Stuart, “Capital punishment”, in John Stuart MILL, *The Collected Works of John Stuart Mill*, edited by John M. ROBSON and Bruce L. KINZER, Toronto/London, University of Toronto Press/Routledge and Kegan Paul, 1988, vol. XXVIII: Public and Parliamentary Speeches. Part I November 1850-November 1868.
- PATERNOSTER, Ray, “Capital Punishment”, in Michael TONY (ed.), *The Oxford Handbook of Crime and Criminal Justice*, New York, Oxford University Press, 2012. También disponible en <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780195395082.013.0024>
- SUNSTEIN, Cass & Adrian VERMEULE, “Is Capital Punishment Morally Required? Acts, Omissions, and Life-Life Tradeoffs”, in *Stanford Law Review*, vol. 58, No. 3, Stanford, 2006.
- TÄNNSJÖ, Torbjörn, “Capital Punishment”, in Ben BRADLEY *et al.* (eds.), *The Oxford Handbook of Philosophy of Death*, New York: Oxford University Press, 2012. También disponible en <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780195388923.013.0022>
- VALENZUELA C., Eduardo, “Un argumento cristiano contra la pena de muerte”, en *Humanitas*, vol. 96, Santiago, 2021.

BIBLIAS

- Biblia de Jerusalén*, Bilbao, Desclée de Brouwer, 2009, edición Kindle.
- Novum Testamentum Graece*, ed. Eberhard Nestle, Kurt Aland), Stuttgart, Deutsche Bibelgesellschaft, 2006.
- Sagrada Biblia*, Pamplona, Universidad de Navarra, Facultad de Teología, EUNSA, 2016. Edición Kindle.

DOCUMENTOS ECLESIALES

- Catechismus ex Decreto Concilii Tridentini ad parochos*, Ratisbona [Regensburg], Georg Joseph Manz, 1866.
- Catecismo de la Iglesia Católica*. Disponible en www.vatican.va/archive/catechism_sp/index_sp.html [fecha de consulta: 16 de abril de 2025].
- CONGREGACIÓN PARA LA DOCTRINA DE LA FE, “Carta a los Obispos acerca de la nueva redacción del n. 2267 del Catecismo de la Iglesia Católica sobre la pena de muerte”, 1 de agosto de 2018. Disponible en <https://press.vatican.va/content/salastampa/it/bollettino/pubblico/2018/08/02/0556/01210.html#letteraes> [fecha de consulta: 10 de junio de 2025].
- DICASTERIO PARA LA DOCTRINA DE LA FE, Declaración *Dignitas Infinita*, 2 de abril de 2024. Disponible en www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_ddd_doc_20240402_dignitas-infinita_sp.html [fecha de consulta: 10 de junio de 2025].

OTROS DOCUMENTOS

CLAPES UC, *Costo del crimen en Chile y Latinoamérica: 1999-2023*. Documento de Trabajo 145. Disponible en <https://clapesuc.cl/investigacion/doc-trabajo-n145-costo-del-crimen-en-chile-y-latinoamerica-1999-2023> [fecha de consulta: 12 de junio de 2025].

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS, *Encuesta Nacional Urbana de Seguridad Ciudadana (ENUSC) 2023*. Disponible en www.ine.gob.cl/docs/default-source/seguridad-ciudadana/publicaciones-y-anuarios/2023/nacional/sintesis-enusc-2023.pdf?sfvrsn=f8dfb450_4 [fecha de consulta: 29 de mayo de 2025].

FUNDACIÓN PAZ CIUDADANA, *Índice Paz Ciudadana 2024*. Disponible en https://pazciudadana.cl/wp-content/uploads/2024/10/Indice-Paz-Ciudadana-2024-Informe-conferencia_vF.pdf (Fecha de consulta: 29 de mayo de 2025).

PÁGINAS WEB

<https://oglobo.globo.com/politica/datafolha-apoio-pena-de-morte-no-brasil-sobre-para-57-22264931> [fecha de consulta: 10 de junio de 2025].

<https://ourworldindata.org/grapher/homicide-rate-unodc?tab=line&country=~CHL&mapSelect=~CHL#explore-the-data> [fecha de consulta: 29 de mayo de 2025].

<https://radio.uchile.cl/2025/03/13/amnistia-internacional-por-matthei-y-la-pena-de-muerte-es-impresentable-e-implica-retroceder-24-anos-de-civilizacion/> [fecha de consulta: 29 de mayo de 2025]. <https://yougov.co.uk/politics/articles/41640-britons-dont-tend-support-death-penalty-until-you-> [fecha de consulta: 29 de mayo de 2025].

www.24horas.cl/nacional/pulso-ciudadano-el-67-aprueba-que-chile-restablezca-la-pena-de-muerte-4393359 [fecha de consulta: 29 de mayo de 2025].

www.biobiochile.cl/especial/bbcl-investiga/noticias/articulos/2025/05/18/la-caida-del-paco-checho-ejecutan-a-segundo-testigo-clave-en-causa-contracapocapo-narco-de-concepcion.shtml [fecha de consulta: 30 de mayo de 2025].

www.biobiochile.cl/noticias/nacional/region-metropolitana/2025/05/30/desde-la-carcel-ordenaron-matar-a-su-amigo-pero-murio-el-la-historia-de-chofer-asesinado-en-recoleta.shtml [fecha de consulta: 30 de mayo de 2025].

www.coe.int/en/web/human-rights-rule-of-law/-/european-and-world-day-against-the-death-penalty [fecha de consulta: 5 de junio de 2025].

www.elmostrador.cl/noticias/pais/2025/03/25/signos-657-de-los-encuestados-a-favor-de-reponer-la-pena-de-muerte/ [fecha de consulta: 29 de mayo de 2025].

www.emol.com/noticias/Nacional/2024/12/12/1151117/42-muertos-carceles-violentas.html [fecha de consulta: 29 de mayo de 2025].

www.emol.com/noticias/Nacional/2025/06/04/1168233/violencia-escolar-colegios-educacion-chile.html [fecha de consulta: 5 de junio de 2025].

ww.ex-ante.cl/costo-promedio-de-mantener-a-los-casi-55-mil-reos-es-de-us-556-millones-al-mes/ [fecha de consulta: 29 de mayo de 2025].

- www.ex-ante.cl/el-subestimado-costo-economico-del-crimen-en-chile-por-cristian-larroulet/ [fecha de consulta: 9 de junio de 2025].
- www.finanzen.net/nachricht/geld-karriere-lifestyle/kosten-fuer-straftvollzug-das-kostet-ein-haeftling-pro-tag-in-deutschland-10850473 [fecha de consulta: 29 de mayo de 2025].
- www.fondapol.org/etude/enquete-planetaire-democraties-sous-tension-volume-i-les-enjeux/ [fecha de consulta: 10 de junio de 2025].
- www.ipsos.com/sites/default/files/ct/news/documents/2018-02/opinion-data-febrero-2018.pdf [fecha de consulta: 29 de mayo de 2025].
- www.latercera.com/diario-impreso/encuesta-63-apoya-pena-de-muerte-en-casos-de-extrema-crueldad/# [fecha de consulta: 29 de mayo de 2025].
- www.nippon.com/en/japan-data/h02327/ [fecha de consulta: 29 de mayo de 2025].
- www.ohchr.org/es/topic/death-penalty [fecha de consulta: 5 de junio de 2025].
- www.rfi.fr/en/france/20200917-new-poll-shows-jump-in-number-of-french-people-in-favour-of-the-death-penalty [fecha de consulta: 10 de junio de 2025].
- www.swg.it/pa/attachment/65d4784c0cf6c/Radar_12%20-%2018%20febraio%202024.pdf [fecha de consulta: 29 de mayo de 2025].
- www.vaticannews.va/es/vaticano/news/2024-04/fernandez-despenalizar-los-delitos-delitos-contra-homosexualidad.html [fecha de consulta: 29 de mayo de 2025].

Siglas y abreviaturas

<i>al.</i>	<i>alii</i>
aprox.	aproximadamente
cap. <i>a veces</i> c.	capítulo
cfr. <i>a veces</i> cf.	confróntese
CLAPES	Centro Latinoamericano de Políticas Económicas y Sociales
CLP	peso chileno
Conc. Ecum. Vat.	Concilio Ecuménico del Vaticano
Const. dogm.	Constitución Dogmática
d. C.	después de Cristo
ed.	editor <i>a veces</i> edition
eds.	editores
enc.	encíclica
etc.	etcétera
ENUSC	Encuesta Nacional Urbana de Seguridad Ciudadana
EUNSA	Ediciones Universidad de Navarra, Sociedad Anónima

Gen	<i>a veces</i>	Gn	Génesis
		<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i>
		Hb	Hebreos
		Hch	Hechos de los apóstoles
		http	Hypertext Transfer Protocol
		https	Hypertext Transfer Protocol Secure
		Jn	Evangelio de San Juan
		Lc	Evangelio de San Lucas
		Lv.	levítico
		Mt	Evangelio de San Mateo
		n.	número
		Nm.	números
		No.	number
		<i>op. cit.</i>	<i>opere citato</i>
		ONU	Organización de las Naciones Unidas
		ORCID	Open Researcher and Contribution ID
		p.	página
		PL	Patrología Latina
		pp.	páginas
		Rm	Carta a los Romanos
SENAME			Servicio Nacional de Menores
		UC	Universidad Católica
		UE	Unión Europea
		v.	versus
		vgl.	vergleiche
		vol.	volumen
		www	World Wide Web

Fuerzas Armadas y Contraloría

LA PARALIZACIÓN DEL MECANISMO DE FINANCIAMIENTO DE LAS CAPACIDADES ESTRATÉGICAS DE LA DEFENSA MEDIANTE LA LEY DE PRESUPUESTO

THE PARALYSIS OF THE FINANCING MECHANISM FOR STRATEGIC DEFENCE CAPABILITIES THROUGH THE BUDGET LAW

*Gonzalo Carrasco Astudillo**

Resumen

El presente artículo plantea que el financiamiento de las capacidades estratégicas diseñado por la Ley n.º 21174, fundamental para el fortalecimiento del potencial bélico, ha sido mermado mediante el empleo de la Ley de Presupuesto, afectando la constitución del Fondo Plurianual para las Capacidades Estratégicas de la Defensa, al menos hasta el año 2024, y del Fondo de Contingencia Estratégico para el año 2025, pudiendo impactar en la eficiencia para enfrentar adecuadamente las amenazas tradicionales, las amenazas híbridas y las nuevas amenazas multidimensionales contra la seguridad.

PALABRAS CLAVE: Capacidades estratégicas, Ley de Presupuesto, Fondo Plurianual para las Capacidades Estratégicas de la Defensa, Fondo de Contingencia Estratégico, Estrategia de Defensa.

Abstract

This article argues that the financing of strategic capabilities designed by Law No. 21,174, essential for strengthening the war potential, has been undermined through the use of the Budget Law, affecting the constitution of

* LL.M. Magister en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile y Magister en Seguridad, Defensa y Relaciones Internacionales de la Academia Nacional de Estudios Políticos y Estratégicos. Correo electrónico: gscarrasco@uc.cl ORCID: 0009-0001-6941-2455.

Artículo recibido el 12 de mayo de 2025 y aceptado para su publicación el 22 de septiembre de 2025.

the Multiannual Fund for Strategic Defense Capabilities, at least until 2024, and the Strategic Contingency Fund for this year 2025, which could impact the efficiency to adequately confront traditional threats, hybrid threats, and new multidimensional threats to security.

KEYWORDS: Strategic capabilities, Budget Law, Multiannual Fund for Strategic Defense Capabilities, Strategic Contingency Fund, Defense Strategy.

Introducción

Las “capacidades estratégicas” constituyen un elemento fundamental para la defensa de cualquier país que busque ser efectivamente disuasivo. Existen múltiples definiciones sobre estas, pero más allá de eso, lo importante es que constituyen el instrumento metodológico de fuerza, el cual debe ser capaz de concretar y alcanzar los objetivos trazados por la “estrategia de la defensa” contemplada en la *Política de Defensa Nacional de Chile 2020*¹. En este sentido, la autoridad del presidente de la República se extiende a todo cuanto tiene por objetivo la conservación del orden público en el interior y la seguridad externa de la república, de acuerdo con la Constitución y las leyes (artículo 24 de la *Constitución Política de la República*), abarcando aquello al denominado “sector defensa”, fundamental para la protección de la patria, la mantención de la integridad territorial, la conservación de la soberanía y la independencia política.

Así, en el ámbito político, es la denominada Estrategia de la Defensa, la que se encarga de materializar esos deberes. Para ello:

“[la] Estrategia contiene los fines a lograr (representados por los Objetivos de la Defensa y las Áreas de Misión), los medios para lograr tales fines (capacidades estratégicas) y articula ambos mediante la forma de empleo prevista de esos medios para lograr los fines (Concepto Estratégico de Empleo de la Defensa)”².

Por tanto, las capacidades estratégicas:

“se fundan en la disponibilidad e integración funcional de una serie de factores en los que se encuentran los siguientes: material, entrenamiento, re-

¹ MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL, *Política de Defensa Nacional de Chile 2020*, aprobada mediante Decreto Supremo n.º 004 de 4 de diciembre de 2020, tomado de razón por la Contraloría General de la República con fecha 26 de mayo de 2021 y autorizada su circulación por resolución n.º 109 del 16 de diciembre de 2020 de la Dirección Nacional de Fronteras y Límites del Estado.

² *Op. cit.*, p. 51.

cursos humanos, organización, doctrina, infraestructura, sostenibilidad e información”³.

Planificar conforme a capacidades estratégicas permite un empleo de la fuerza militar adecuado para enfrentar los riesgos y amenazas modernas⁴. Por ello, se sostiene que constituye:

“una metodología para tener y desarrollar atributos en la fuerza que razonablemente sean útiles en los futuros desafíos a enfrentar, en un lapso de vida útil de las principales plataformas terrestres, navales y aéreas (20 a 30 años). Involucra su adquisición, mantenimiento, actualización, incremento de tecnología entre otros aspectos”⁵,

es decir, genera las condiciones adecuadas para enfrentar riesgos y amenazas futuras, en un escenario de alta incertidumbre, donde la migración irregular, el crimen organizado transnacional, el terrorismo y los conflictos tradicionales interestatales, exigen adaptación de los medios para hacerles frente. Por tanto, el adecuado financiamiento de las capacidades estratégicas resulta fundamental para efectos de la realidad geopolítica y geoestratégica actual.

En este contexto, el presente artículo plantea que la Ley n.º 21640 de Presupuesto 2024 y la Ley n.º 21722 de Presupuesto 2025, excediéndose en sus finalidades, han privado del normal despliegue del financiamiento de las “capacidades estratégicas” asociadas a la infraestructura militar y el potencial bélico chileno, generando una implosión del diseño original del nuevo mecanismo de financiamiento contemplado por la Ley n.º 21174 de 2019, que derogó la antigua Ley del Cobre. En este sentido, se establece como “objetivo general” para la presente investigación:

“analizar la manera en que la Ley de Presupuesto ha fisurado el mecanismo de financiamiento de las capacidades estratégicas, por medio de un uso legislativo con eventuales vicios de inconstitucionalidad, al modificar una ley permanente”,

lo cual podría repercutir de forma negativa en la disuasión, en cuanto componente estratégico de la Política de Defensa Nacional. Para lograr lo anterior, se establecieron los siguientes “objetivos específicos”, los cuales fueron desarrollados a lo largo de la investigación a fin de poder concluir lo pertinente:

³ MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL, *op. cit.*, p. 79

⁴ Se ha abandonado en la actualidad la “planificación por amenazas”, debido a que dicha amenaza ha perdido la claridad que antes poseía. Las amenazas multidimensionales, el influjo de actores no estatales (como es el caso del terrorismo) o el empleo de la guerra híbrida, dejan obsoleta la metodología de planificación por amenazas, ajustándose de mejor manera a la actualidad, la planificación por capacidades.

⁵ John GRIFFITHS, *Planificación estratégica por capacidades: Una revisión conceptual*, p. 3.

- A) “Establecer la importancia fundamental o primaria de la seguridad nacional y la defensa para la existencia del Estado y su adecuado financiamiento”. En relación con este objetivo, se consideró relevante poner de manifiesto la importancia de la seguridad y la defensa como aspectos indispensables para la supervivencia de cualquier sociedad o Estado, identificado lo anterior como un “bien público” en puridad, dando la debida distinción al mecanismo jurídico de financiamiento de dicho bien.
- B) “Enunciar una breve descripción del desarrollo de la legislación de financiamiento de la defensa en Chile y su inicial dependencia norteamericana”. Para este objetivo, se consideró importante destacar que inició el estudio desde el año 1938, hacia adelante, fundamentalmente porque desde ese año es posible visualizar de forma más sólida un intento de financiar la defensa en Chile con mecanismos legislativos, a través de la Ley n.º 6152. Este desarrollo se enlaza después con la incapacidad del país para proveer de un adecuado financiamiento militar, lo cual se suplía mediante el oxígeno económico que Estados Unidos de América entregaba a Chile, por medio de subsidios. Asimismo, se explica la manera en que esto deriva en una importante dependencia del país con el gigante norteamericano, lo cual se formalizó en el gobierno de Gabriel González Videla por medio del pacto denominado Convenio de Ayuda Militar entre Chile y los Estados Unidos de América del año 1952. Luego, se aportan datos sobre la cantidad de recursos invertidos en defensa, conforme a los aportes traspasados por Estados Unidos y lo que entregaba mediante la empresa CODELCO. Se analiza, también, la tecnocracia gerencial de Jorge Alessandri, que “desprecia-ba lo militar” por ser expresión de una forma ineficiente e innecesaria de gasto fiscal. Del mismo modo, y siempre dentro del ámbito del “financiamiento de la defensa”, se recorre de modo sumario la administración de Eduardo Frei Montalva, la administración del gobierno de la Unidad Popular y la propia del gobierno militar.
- C) “Analizar cómo la gestación y desarrollo de un mecanismo de financiamiento por ‘capacidades estratégicas’ se constituyó como un nuevo paradigma”. Para lograr este objetivo se consideró de especial relevancia un informe de la OCDE, en el cual se señalaba que el sistema de financiamiento proveniente del gravamen consistente en el retorno en moneda extranjera de las ventas del cobre y subproductos de CODELCO al exterior, correspondiente a un 10 % para la adquisición de material bélico, no era lo más adecuado ni eficiente desde la perspectiva presupuestaria. En este sentido, se

revisó la derogación de la denominada Ley del Cobre y se analizó la manera en que las “capacidades estratégicas” se incorporaron al ordenamiento jurídico mediante la Ley n.º 21174 de 26 de septiembre de 2019, que modifica la Ley n.º 18948 Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas, para que, a través de un mecanismo técnico y racional de financiamiento, se asignen los recursos asociados a un plan de desarrollo de la fuerza y un plan cuatrienal. Esto, con cargo al denominado Fondo Plurianual para las Capacidades Estratégicas de la Defensa y al Fondo de Contingencia Estratégico.

- D) “Determinar la distinción entre ‘recursos para las actividades generales de las Fuerzas Armadas’ y los ‘recursos que financian las capacidades estratégicas por medio de Fondos Plurianuales y de Contingencia’, como forma de clasificación sistémica de asignación de recursos”. Esta distinción, como objetivo específico, se consideró relevante por cuanto permite delimitar el área de investigación, buscando demostrar que, en la actualidad, el financiamiento del potencial bélico y su infraestructura asociada tiene una metodología de asignación de recursos distinta a la general, ya que obedece a necesidades diferentes.
- E) “Demostrar la alteración del mecanismo de financiamiento de las capacidades estratégicas por medio de la Ley de Presupuesto 2024 y la actual Ley de Presupuesto 2025, aun con la imposibilidad jurídica de que leyes permanentes se modifiquen por vía de leyes transitorias”. Sobre este objetivo, se analiza el incumplimiento planificado para el mecanismo de financiamiento, debido a la suspensión de la conformación de los recursos que habían de ser aposados en el Fondo Plurianual para las Capacidades Estratégicas de la Defensa y el Fondo de Contingencia Estratégico. En efecto, el artículo 35 de la Ley n.º 21640 de Presupuesto 2024 postergó hasta su vigencia, el cumplimiento de la obligación contenida en el artículo tercero transitorio de la Ley n.º 21174 respecto del traspaso de saldos al Fondo Plurianual para las Capacidades Estratégicas de la Defensa y al Fondo de Contingencia Estratégico; así como el aporte al Fondo Plurianual para las Capacidades Estratégicas de la Defensa a que se refieren el artículo 101 de la Ley n.º 18948 Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas y el artículo octavo transitorio de la señalada Ley n.º 21174. de 2019. Esta situación de alteración ha continuado para el presente año 2025, con algunos matices, ya que el artículo 37 de la Ley n.º 21722 señala:

“Autorízase al Fisco para postergar a contar de la fecha de publicación de esta ley y hasta su vigencia, el cumplimiento de la obligación contenida en

el artículo tercero transitorio de la Ley N° 21.174, que establece nuevo mecanismo de financiamiento de las capacidades estratégicas de la defensa nacional, respecto del Fondo de Contingencia Estratégico”,

el cual tiene por finalidad financiar una eventual crisis interna-cio-nal o, de plano, la guerra externa. Este cambio es igualmente ana-lizado.

- F) “Identificar un eventual vicio de inconstitucionalidad del artículo 35 de la Ley de Presupuesto 2024 y del artículo 37 de la Ley n.º 21722”. En el desarrollo de este objetivo, se advierten y analizan los inconvenientes constitucionales que se producen cuando una ley de presupuesto, de características breves y provisionales (tiene vigencia un año), pueda modificar leyes que tienen por vocación estabilidad y continuidad, como lo son las de tipo permanentes y generales. En este sentido, se explora un eventual vicio de inconstitucionalidad en este tipo de usos extralimitados de la Ley de Presupuesto.

Todos los objetivos planteados, se abordan mediante los respectivos capítulos de desarrollo del artículo. Por otra parte, la metodología empleada es principalmente la propia del método dogmático, y en menor medida el “análisis de jurisprudencia” y el “método histórico”, para revisar aspectos específicos del financiamiento de la defensa chilena.

Para finalizar este análisis se entregan unas breves conclusiones que permiten verificar que la suspensión de constitución del Fondo Plurianual para las Capacidades Estratégicas de la Defensa y lo que hoy constituye la suspensión del Fondo de Contingencia Estratégico, podría adolecer de vicios de inconstitucionalidad, pudiendo impactar de forma negativa en la capacidad disuasiva, lo cual se torna en extremo relevante si se considera que, en la actualidad, existen amenazas multidimensionales que se suman a las amenazas tradicionales, debido a nuevos escenarios y tecnologías dispuestas para ser empleadas a bajo costo.

I. La importancia primaria de la seguridad nacional y la defensa para la existencia del Estado y el debido financiamiento

Mantiene vigencia la teoría sobre la jerarquía de las necesidades humanas de Abraham Maslow, más conocida como la Pirámide de Maslow, la cual propone una estratificación de las necesidades humanas, desde las más fundamentales o básicas, hasta las más elevadas o ideales. Lo interesante es que,

luego de las necesidades más primarias como la alimentación o un techo con el cual cubrirse, está la seguridad, como necesidad fundamental para el desarrollo humano⁶.

La importancia gravitante de la seguridad y la defensa, para el mantenimiento de cualquier sociedad, fue prevista por Adam Smith hace 248 años. En efecto, sostiene que el Soberano tiene por deber fundamental, previo a otras funciones, brindar protección y seguridad a la sociedad, siendo una tarea más importante que obtener opulencia o riqueza.

Señala:

“El Soberano únicamente tiene tres deberes para cumplir [...] defender la sociedad contra la violencia e invasión de otras sociedades independientes [...], proteger en lo posible a cada uno de los miembros de la sociedad de la violencia y de la opresión de que pudiera ser víctima por parte de otros individuos de la misma sociedad... [y] ...erigir y mantener ciertas obras y establecimientos públicos”⁷.

Traducido al Estado moderno, esta obligación se materializa en el mantenimiento de una fuerza militar con capacidad disuasiva eficiente y creíble, con sus tres elementos fundamentales:

- a) disponer de la fuerza necesaria para infligir al adversario pérdidas importantes,
- b) que la fuerza sea real y no sobre papel,
- c) que exista la voluntad nacional de utilizar esa fuerza en caso de que sea necesario⁸.

En consecuencia, la seguridad y defensa constituyen bienes públicos que el Estado debe proveer a los ciudadanos y que, según John Rawls, son de carácter “primario”. En efecto, para ejemplificar los bienes primarios, afirma:

“este es el caso de la amenaza contra la seguridad nacional, el mantenimiento del orden público legal, la defensa de personas o grupos contra la fuerza, el fraude, el robo y la violencia. Todo ello es esencial para el intercambio,

⁶Abraham Maslow desarrolla esta teoría a lo largo de toda su trayectoria intelectual y académica. Sin embargo, donde encuentra un mayor detalle de las circunstancias necesarias para el mejor desarrollo humano es en *Motivación y personalidad*. Sobre el autor, señaló Robert FRAGER: “la gran afición de Maslow por aprender, junto con su tremenda inteligencia innata, hicieron de él un aventajado estudiante. Años más tarde, su nivel de inteligencia media 195, la segunda medida más alta de aquella época”, Abraham MASLOW, *Motivación y personalidad*, p. L., en el prólogo.

⁷Adam Smith, *Investigación sobre la naturaleza y causa de la riqueza de las naciones*, p. 612.

⁸Juan ARANCIBIA, *Ejército y libertad*, p. 51. En definitiva, una disuasión efectiva se relaciona con el aforismo latino “si vis pacem parem bellum”, es decir, si quieres vivir en paz prepárate para la guerra.

por supuesto, pero como el mercado no lo puede proveer, es obligación y función del Estado hacerlo”⁹.

Por su parte, el inciso 4.º del artículo 1.º de la *Constitución Política de la República de Chile*, marca a nivel ontológico la diferencia del Estado con el ser humano, estableciendo en la Constitución el principio de primacía de la persona humana por sobre el aparato estatal. Por ello, señala la norma citada, que el Estado está al servicio de la persona humana y no al revés, impidiendo que ideologías totalitarias pongan al hombre al servicio del Estado.

Lo anterior resulta relevante desde la perspectiva del ser, pues pone de relieve el mero carácter instrumental del órgano estatal. Es la persona humana el centro de gravedad en la conformación del régimen político y, por tanto, es anterior y superior al Estado, el cual es un puro accidente, obligado a satisfacer necesidades de carácter complejo, que el cuerpo intermedio no puede proveerse a sí mismo, tales como el de “seguridad”.

En ese sentido, el constituyente, sin ser taxativo, enumeró los que consideraba más relevantes en el primer artículo de la *Carta Fundamental*, disponiendo:

“Es *deber* del Estado *resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia*, propender al fortalecimiento de ésta, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”.

No se ahondará en el concepto de seguridad nacional, más bien se centrará en que el sistema de defensa nacional constituye un deber primario, fundamental y básico del Estado y, en consecuencia, el adecuado financiamiento de ese sistema es una cuestión de alta trascendencia política y constitucional. En otras palabras, se trata de aquellas materias que son consideradas “de Estado”, por cuanto trascienden los pragmatismos políticos comunes de corto alcance¹⁰.

II. Breve descripción del desarrollo legislativo del financiamiento de la defensa

La consolidación de las herramientas legislativas, como forma de institucionalizar el financiamiento de la defensa en Chile, datan de manera sistemática desde el año 1938, originándose a través de la Ley n.º 6152 de Arren-

⁹ John RAWLS, *Teoría de la justicia*, p. 238.

¹⁰ Henry Kissinger realiza una completa descripción del origen de “la razón de Estado” con el Cardenal Richelieu Richelieu en Henry KISSINGER, *Orden mundial*, p. 126.

damiento de Tierras Fiscales Ubicadas en Magallanes, del Ministerio de Tierras y Colonización, cuyo artículo 34 inciso tercero señalaba:

“El noventa por ciento (90%) de los fondos que el Fisco perciba a virtud de lo dispuesto en este artículo, se destinará a la adquisición de material de guerra y a satisfacer las necesidades más urgentes del Ejército, la Armada y la Aviación, en conformidad al plan que al efecto apruebe el Presidente de la República”.

Dichos fondos se refieren a los precios que el fisco percibía por los arrendamientos de terrenos fiscales de la provincia de Magallanes¹¹.

El mismo año, la Ley n.º 6159, autorizó al presidente de la República para realizar adquisiciones, construcciones o fabricaciones que fueran necesarias para la defensa nacional, fijándose, con posterioridad, límites en los montos de los ingresos, a través de la Ley n.º 6160. Estos últimos dos textos legales tienen el carácter de reservados y cuentan con una edición restringida en el *Diario Oficial*.

Unos pocos años después, en 1942, tiene lugar un hecho de relevancia para el Sistema de la Defensa Nacional, al crearse el CONSUDENA, el cual tenía por objetivo asesorar al gobierno en el estudio y resolución de los problemas que se refieren a la defensa nacional y relacionados con la seguridad exterior del país (artículo 1.º de la Ley n.º 7144, derogado en la actualidad), incluyendo la “función de administrar, vigilar y controlar la inversión de los recursos” entregados por la Ley n.º 6152, Ley n.º 6159 y la Ley n.º 6160. Por esa razón, dentro de los integrantes del CONSUDENA estaba el ministro de Hacienda.

Es en este contexto que surge por primera vez la vinculación del financiamiento del sistema de la defensa con el cobre, toda vez que el artículo 7.º de la Ley n.º 7144 disponía:

“la Caja de Amortización destinará las divisas compradas de acuerdo con la autorización que le confiere el artículo anterior, a los siguientes objetos: b) Colocará anualmente a disposición del Consejo Superior de la Defensa Nacional desde 155 millones de pesos hasta la suma máxima de 265 millones de pesos moneda nacional. El Consejo podrá, a su opción, disponer de esta suma en moneda nacional”.

Esto, permitía obtener un financiamiento que estuviera asegurado con independencia de tramitaciones legislativas en el Congreso.

El año 1955 se produce una ruptura, tanto en el sistema de financiamiento como en las atribuciones encomendadas al CONSUDENA (en el ám-

¹¹ Se tomó el año 1938 hacia adelante, por cuanto desde ahí existe un sistema jurídico más definido que regulaba de algún modo el financiamiento de la defensa nacional. Sin duda, antes de esa fecha existían formas de financiar la defensa nacional, pero menos orgánicas, razón por la cual se excluyó de esta investigación ese margen de tiempo.

bito financiero), por cuanto la Ley n.º 11828, que Fija Disposiciones Relacionadas con las Empresas Productoras de Cobre de la Gran Minería y Crea el Departamento del Cobre, dispuso en su artículo 12:

“Las compañías retornarán en dólares de los Estados Unidos de Norteamérica las cantidades que necesiten para cubrir la totalidad de sus costos y demás gastos en moneda corriente de Chile. Con autorización del Departamento del Cobre podrán efectuar, excepcionalmente, el retorno en otras monedas para dicho objeto. Las compañías deberán vender estas divisas al Banco Central de Chile, el cual estará obligado a adquirirlas al tipo de cambio libre bancario”.

Esto significa que quedaba excluida de la norma la posibilidad de financiar material bélico.

Sin embargo, en 1958 y a consecuencia del incidente del islote Snipe con Argentina, en el segundo gobierno de Carlos Ibáñez del Campo, es publicada la Ley n.º 13196, la cual gravó con impuesto de un 15 % a las utilidades provenientes de la minería del cobre, con el fin de financiar la compra y mantenimiento de armamento y pertrecho de las Fuerzas Armadas. Ese texto legal consolida en Chile la tendencia de unir, durante mucho tiempo, los ingresos obtenidos por la explotación del cobre con los recursos destinados para sostener los gastos asociados a las capacidades militares.

Lo anterior no implicó que el financiamiento de la defensa gozara de buena salud. En efecto, durante el desarrollo de esta forma de financiamiento, ocurrieron circunstancias históricas tales como el denominado Tacnazo, expresión de un grave y deficitario mecanismo de financiamiento en 1969, cuestión que llevó a que el general Roberto Víaux Marambio tomara la decisión de acuartelarse con el Regimiento Tacna, a fin de poder presionar a la autoridad política de turno exigiendo una solución a la asfixiante situación que sufrían las Fuerzas Armadas de la época, por cuanto se les ordenaba constitucionalmente defender la soberanía nacional, pero no se le proveían los medios o recursos que permitieran cumplir dicha la obligación, generando un fenómeno de asfixia profesional¹².

III. El financiamiento de la defensa militar en Chile y su dependencia estadounidense

Chile no ha podido desarrollar un sistema de financiamiento para sus Fuerzas Armadas que sea robusto, profesional e independiente que sea reflejo de la

¹² Roberto ARANCIBIA, “El gobierno de la democracia cristiana y los militares chilenos, pp. 17-18.

madurez institucional capaz de visualizar su importancia, considerando los elementos geoestratégicos con sus vecinos.

Desde el periodo de posguerra¹³, Chile tuvo una incapacidad de financiamiento militar que mitigaba o suplía mediante la menesterosa búsqueda de ayuda y subsidio económico de Estados Unidos de América. La formalización de esta dependencia se materializó en el gobierno de Gabriel González Videla por medio del Convenio de Ayuda Militar entre Chile y Estados Unidos de América del año 1952, que establecía en su artículo 1.º, como obligación, que:

“cada uno de los dos Gobiernos proporcionará o continuará proporcionando al otro, así como a los demás Gobiernos que acuerden en cada caso ambas partes de este Convenio, los equipos, materiales, servicios y demás ayuda militar que autoricen los Gobiernos que suministren la ayuda, de acuerdo con sus respectivas Constituciones y en conformidad con los términos y condiciones que se acuerden en cumplimiento de este Convenio [...]”.

La ayuda recién indicada tenía por fin la defensa del hemisferio, en conformidad con los planes de defensa que aceptaran ambas partes (en lo fáctico Estados Unidos) dentro de la región definida en el artículo 4.º del Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca. Por su parte, conforme al n.º 2 del artículo 1.º del Convenio de Ayuda Militar entre Chile y Estados Unidos de América:

“el Gobierno de la República de Chile se compromete a hacer uso eficaz de la ayuda que reciba del Gobierno de los Estados Unidos de América de conformidad con el presente Convenio con el objeto de llevar a efecto los planes de defensa, que acepten ambos Gobiernos, conforme a los cuales tomarán parte en misiones importantes para defensa y mantenimiento de la paz del Hemisferio Occidental”.

No obstante, como suele ocurrir con las dependencias económicas con potencias extranjeras, se produce un fenómeno de aturdimiento institucional, pivotando en una negligente comodidad y falta de esfuerzo real, que deja en una condición estratégica de debilidad al país. Este factor de dependencia económico-militar ha sido estudiado, con profundidad, por Anthony O'Brien, en su tesis doctoral, de la Universidad de Notre Dame¹⁴.

¹³ Así se concluye de la literatura revisada, entre otros, Jack CHILD, *The Unequal Alliance: the Inter-American Militan-System*, pp. 1-253; Heliodoro GONZÁLEZ, “Arms-Sales Policy: The Chilean Case”, pp. 3-24; Kenneth NOLDE, *Arms and Security in South American: Towards an Alternative View*.

¹⁴ Anthony O'BRIEN, *The Politics of Dependency: A Case-Study of Dependency-Chile 1938-1945*, si bien explica en su teoría parte del comportamiento chileno en las inversiones sobre el potencial bélico, es evidente que no es un argumento totalizante capaz de explicar la complejidad de la situación política entre 1938 y 1945 en Chile. Sin embargo, es uno de los factores que influyen en la pasividad política de la defensa nacional de Chile.

Por fin, luego del ataque a Pearl Harbor, llevado a cabo el 7 de diciembre de 1941, y después de la respuesta mediante su empleo del potencial bélico, Estados Unidos consideró haber logrado neutralizar la amenaza japonesa. Debido a lo anterior:

“en octubre de 1943 viajó a Santiago el almirante Spears a manifestarle al gobierno chileno que no habría más entregas de armas porque el peligro japonés había desaparecido en la región”¹⁵,

quebrándose el frágil sostenimiento financiero militar chileno, potenciado por exceso de confianza en la ayuda estadounidense.

Dicho exceso de confianza se manifiesta, por ejemplo, en el oficio de comunicación del embajador Rodolfo Michels a Joaquín Fernández Fernández, ministro de Relaciones Exteriores de la época (1942-1946) cuando informaba:

“al tratar del aspecto político de nuestra colaboración, creo conveniente hacer resaltar la posición especial de Chile en el continente, donde tiene el prestigio de ser nación con fuertes tradiciones democráticas y que ha gozado siempre de un régimen de respeto al derecho y a las libertades. La colaboración de Chile con los Estados Unidos dentro del continente tendrá así su fundamento en algo más sólido que en acuerdos temporales o en la solidaridad que se crea ante un peligro común”¹⁶.

A esa altura, la seguridad político-estratégica de Chile en sus relaciones vecinales, especialmente con Argentina, era bastante deficiente, sin consistencia ni planificación razonada en el ámbito profesional. Junto a lo anterior, la economía chilena empezaba a mostrar sus primeras tendencias inflacionistas, razón por la cual el gobierno de la época propició continuar con la protección estadounidense, pues con ello, al menos, garantizaba que los vecinos no intentarían un ataque militar contra la soberanía chilena.

Esta “lealtad” nacional al gobierno estadounidense confluyó luego con la política de seguridad hemisférica de Estados Unidos, en el sentido de que Washington quiso mostrar a Chile como un “ejemplo de gobierno democrático” al resto de Latinoamérica, consolidando la hegemonía de la democracia liberal y los derechos individuales a través del diseño institucional de Chile¹⁷.

¹⁵ NARA, RG. 59. Records. Chile. 825.24/1500.

¹⁶ MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES, oficio n.º 1198. La realpolitik ha demostrado que no existen Estados o países amigos, sino que únicamente intereses que podrían en algún momento coincidir.

¹⁷ La Ley n.º 8987 de Defensa Permanente de la Democracia, fue un texto legal publicado en el *Diario Oficial de la República de Chile* el 18 de octubre de 1948. Tuvo por finalidad proscribir la participación política del Partido Comunista de Chile.

Por eso, la llegada de Carlos Ibáñez del Campo produjo inquietud en la Casa Blanca, en esencia porque su carácter de “autoridad fuerte” y sentido patriótico podían implicar un retroceso en las relaciones bilaterales que hasta ese momento tenían los dos países.

Pero nada de eso ocurrió, Carlos Ibáñez del Campo siguió manteniendo una fuerte dependencia estadounidense. Es más, durante su gobierno, el gasto en defensa fue aún menor, debido a factores como la acomodaticia defensa estadounidense protectora de Chile en caso de agresión, sumándose a la realidad nacional de la época una inflación cada vez más agresiva¹⁸.

En este sentido, el Departamento de Ciencia Política de la Universidad de Michigan realizó un estudio denominado “War Correlates Project, 1816-1980”, sobre la evolución del gasto en defensa en Argentina, Perú y Chile en la década de 1950 y personal uniformado, del cual se puede concluir que, una vez que Jorge Alessandri asume el gobierno, en el año 1958, el presupuesto aprobado para la defensa militar en Chile era el más bajo desde 1949, y esto aun con los conflictos limítrofes con Argentina latentes.

EVOLUCIÓN DEL GASTO DE DEFENSA DE ARGENTINA, PERÚ Y CHILE
EN LA DÉCADA DE 1950 Y PERSONAL UNIFORMADO

Gasto en Defensa (US\$ millones)

País/Año	50	51	52	53	54	55	56	57	58	59
Argentina	320	326	442	503	566	411	301	395	256	252
Perú	26	34	34	36	28	33	56	55	67	51
Chile	119	145	193	377	119	169	170	133	119	91

Personal Uniformado (miles)

País/Año	50	51	52	53	54	55	56	57	58	59
Argentina	62	62	62	71	71	s/d	s/d	s/d	s/d	s/d
Perú	31	35	36	36	36	37	38	40	41	42
Chile	39	39	40	50	55	42	42	41	40	41

Datos extraídos de Emilio MENESES, “Ayuda económica, política exterior y política de defensa en Chile, 1943-1973”.

El bajo presupuesto en materia de defensa recién señalado es aun considerado como factor de análisis a la denominada Ley del Cobre de 1938, de tal forma que, sin dicha ley, las adquisiciones de material bélico habrían sido todavía más escuálidas. En este contexto, resulta relevante lo que señaló el exministro Julio Philippi en 1987:

¹⁸ Sofía CORREA, Consuelo FIGUEROA, Alfredo JOCELYN-HOLT, Claudio ROLLE y Manuel VICUÑA, *Historia del siglo XX chileno: balance paradójico*, pp. 7-406; Cristián GARAY, “La larga marcha del estatismo. La resistencia a la Misión KleinSaks 1955-1958”, pp. 165-205.

“cuando la Administración Alessandri subió al poder se percató de que la pasada crisis y movilización militar de 1958 había encontrado a Chile totalmente desarmado y falto de preparación para una contingencia bélica”¹⁹.

No obstante lo anterior, Jorge Alessandri era partidario de una tecnocracia gerencial que despreciaba lo militar por considerarlo expresión de una forma ineficiente e innecesaria de gasto fiscal. En efecto, trabajaba la política como “gerente de empresa”, proyectando esta identidad gubernamental como “el mundo racional de la toma de decisiones”²⁰, despreciando todo aquello que no tuviera lógica de “gestión”. Esta idea, dominante en ciertos sectores según Cristián Garay y Ángel Soto²¹, poco o nada aportó a un correcto financiamiento de una defensa militar que permitiera a Chile contar con un potencial bélico adecuado para enfrentar las amenazas en materia de seguridad exterior.

Su estrategia, para evitar un gasto en el ámbito de la defensa, fue levantar una iniciativa regional de desarme continental, que tuvo corta vida, fracasando al corto tiempo. La falta de realismo en el análisis estratégico y una mirada sesgada, reducida a lo exclusivamente económico, no le permitió ofrecer mejores condiciones en el financiamiento de la defensa nacional, aun cuando las relaciones vecinales se iban deteriorando de forma acelerada²².

Emilio Meneses sostiene que Jorge Alessandri no tuvo mayor interés en proveer de un gran financiamiento a las Fuerzas Armadas, porque sustancialmente se basaba en:

“tres razones: primero, la Administración consideraba que las iniciativas de desarme y los entendimientos políticos directos eran más eficientes y económicos que una preparación militar efectiva y proporcional a la amenaza potencial. Segundo, la disciplina económica y austeridad en el gasto pasaron a ser objetivos fundamentales de esta gestión. Tercero, el material necesario sería obtenido por el Programa de Ayuda Militar”²³.

Por su parte, Javier Urbina muestra la profunda dependencia en la entrega de material bélico por parte de Estados Unidos a Chile, así, por ejemplo, en el año 1960 alrededor del 50 % del material de vuelo de la Fuerza Aérea de Chile era de origen estadounidense, en el mismo plan estaban: submarinos, destructores, cuatro aviones T-37, bombarderos B-26, tres aviones A-16, etcétera²⁴.

¹⁹ MENESES, *op. cit.*, p. 49.

²⁰ Tomás MOULIAN, “Desarrollo económico y estado de compromiso: desajuste y crisis estatal en Chile”, p. 24.

²¹ Ángel SOTO y Cristián GARAY, “Tecnocracia y apartidismo de derechas en Chile. El ‘relato’ de Jorge Alessandri” (1958-1964), p. 274.

²² En 1958 la crisis territorial con Argentina y en 1962 Bolivia rompe relaciones diplomáticas con Chile.

²³ MENESES, *op. cit.*, pp. 50-51.

²⁴ Javier URBINA, “Aspectos militares de las relaciones chileno-norteamericanas en el contexto de la seguridad hemisférica”, pp. 24-25.

El U.S. Department of Commerce, en su *Historical Statistics of the U.S. from Colonial Times to 1970*²⁵, proyecta, conforme indica Emilio Meneses, todos los créditos y ayudas estatales que Estados Unidos brindó a los países de Latinoamérica en la década de 1960. La tabla, en millones de dólares, queda graficada del siguiente modo:

CRÉDITOS Y AYUDA ESTATAL DE ESTADOS UNIDOS
A PAÍSES LATINOAMERICANOS EN LA DÉCADA DE 1960

País/Año	60	61	62	63	64	65	66	67	68	69
Argentina	47	41	66	11	5	-3	-3	-20	-14	5
Brasil	47	270	159	139	213	153	235	143	199	106
Colombia	-7	53	45	69	38	35	59	86	108	101
Centroamérica	43	46	35	31	40	53	53	53	52	56
Perú	-16	-20	5	4	17	33	30	24	24	10
Chile	10	122	88	111	97	102	88	50	151	106

Nota: Valores negativos (—) suceden cuando los retornos exceden los créditos o donaciones.

Más adelante, en la administración de Eduardo Frei Montalva, la situación del financiamiento de las Fuerzas Armadas y el sistema de defensa nacional siguió deteriorándose aún más. Ayudó a esto su convicción antibelicista, contrariando la adquisición de armamentos y elementos de combate militar. La perspectiva pacifista buscaba evitar gastos militares por “amor a la paz” y lo llevó a que tuviera que esforzarse en una política exterior basada en los mismos criterios idealistas. Para concretar lo anterior, su gobierno determinó no autorizar la transferencia de los fondos provenientes de las leyes reservadas que garantizaban recursos para la adquisición de material bélico.

La consecuencia de lo anterior fue que, entre:

“1965 y 1970, el Ejército dejó de percibir US\$ 17,8 millones, la Armada no recibió US\$ 20,4 millones y a la Fuerza Aérea se le retuvieron US\$ 30,7 millones, lo que da un saldo no invertido cercano a los US\$ 69 millones en moneda de esos años”²⁶.

Esta práctica de “suspensión” en el ingreso de recursos destinados al financiamiento de la defensa se repite el año 2024 y el año 2025, aun cuando los paradigmas del financiamiento de la defensa han cambiado.

Empero, el realismo se impuso a Eduardo Frei Montalva, con el correlativo: “fracaso de su política de paz continental [...] que implicó la retención ilegal de

²⁵ U.S. DEPARTMENT OF COMMERCE, *Historical Statistics of the U.S. from Colonial Times to 1970*, p. 87.

²⁶ MENESES, *op. cit.*, p. 55.

los fondos del cobre (US\$ 69 millones) para la adquisición de armamentos”²⁷. Esta situación de suspensión de financiamiento para la defensa se repite, de algún modo, en la Ley de Presupuestos 2024, ya que mediante su artículo 35 se suspenden los efectos de creación o constitución de los dos fondos especiales que se contemplan para costear las capacidades estratégicas y en la Ley n.º 21722, cuyo artículo 37 suspende el financiamiento del Fondo de Contingencia Estratégico.

Sus planes reformistas coincidentemente ayudados por un alto e histórico precio en el cobre, sumado a la coyuntural y transitoria ayuda económica de Estados Unidos, le permitieron implementar una reforma agraria y proyectos sociales que eran imposibles de realizar, si no fuera por ese beneficioso, pero frágil contexto. Aunque, el aturdimiento del espíritu chileno al recibir excesivos programas de ayuda social provocó:

“un círculo vicioso en que más reformas despertaban más demandas, y éstas, a su vez, requerían de más fondos; una vez ampliados los programas se volvía a repetir el ciclo. Esta política terminó por generar altos niveles de expectación e insatisfacción al no aumentar sustancialmente esos recursos hacia el fin del período gubernamental”²⁸.

Indica Emilio Meneses que lo anterior:

“se tradujo en el aumento de la clientela electoral de los partidos de izquierda. El resultado último fue la elección del candidato presidencial de la Unidad Popular en 1970”²⁹.

En relación con lo anterior, señalan Alejandro San Francisco, Miltón Cortés y José Manuel Castro que:

“durante la campaña, Allende desarrolló abiertamente un discurso de lucha de clases, entre los ricos y los pobres, entre el pueblo y los acomodados, con la violencia revolucionaria como amenaza implícita”³⁰.

e “incluso como presidente de la República, repetiría muchas veces esa fórmula”, no tan solo como candidato. En ese contexto histórico, el financiamiento de las Fuerzas Armadas deja de ser un tema que tenga alguna visibilidad o importancia.

Súmase a lo anterior que, debido a la elección de Salvador Allende en 1970, Estados Unidos suspende la ayuda militar al país, con lo cual las Fuerzas

²⁷ MENESES, *op. cit.*, p. 55.

²⁸ *Op. cit.*, p. 57.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ Alejandro SAN FRANCISCO, Milton CORTÉS, José Manuel CASTRO, *El gobierno de Allende, la Unidad Popular y la crisis de la democracia en Chile 1970-1973*, p. 30.

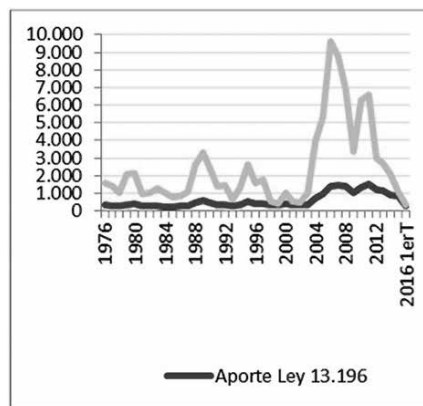
Armadas quedan en un gran vacío respecto a la sostenibilidad financiera militar, y el consiguiente daño a la seguridad y defensa del país. Con posterioridad: “en el Gobierno Militar conducido por el Presidente Augusto Pinochet se dictaron tres normas que regularon en definitiva estos aportes”³¹ estos son: “[el] Decreto Ley N° 1.530, de 1976; la Ley N° 18.445 de 1985 y por último, la Ley N° 18.628, del 23 de junio de 1987”³². Mas, el esquema de financiamiento continuó sobre la base del gravamen consistente en el retorno en moneda extranjera de las ventas del cobre y subproductos de CODELCO al exterior, correspondiente a un 10 %, los cuales se traspasaban por el Banco Central a la Tesorería General de la República, para la adquisición de material bélico.

Con la Ley n.° 18628, del 23 de junio de 1987 se pasa de las ventas de cobre, al total de las ventas en el exterior de CODELCO, la base sobre la que se aplica el 10 %. Además, se amplía el piso de rendimiento de la ley desde noventa millones de dólares nominales (1975-1984) a ciento ochenta millones de dólares. En otras palabras, el sistema operaba con un monto mínimo, que en caso de no ser cubierto obligaba al fisco a cubrir la diferencia que se generara. El gasto de los recursos era aprobado por los ministros de Hacienda y Defensa Nacional a través de un decreto y finalmente la Tesorería General de la República traspasaba los recursos a las cuentas corrientes de cada una de las instituciones de las Fuerzas Armadas.

Hasta el año 2016, poco antes del cambio de sistema de financiamiento de las capacidades estratégicas, los aportes de recursos mediante la Ley del Cobre, eran como sigue:

APORTES DE LA LEY N.° 13196
Y TOTAL DE APORTES DE CODELCO

**En el periodo 1976-2016
1^{er}T, el total de aportes
al fisco por Ley n.° 13196
fue de
USD 24 mil millones,
en moneda 2015.
Dicho monto representa
el 24 % de los aportes
de CODELCO
al fisco
en el mismo periodo**



Exposición de Oscar Landerretche M. como presidente del directorio de CODELCO, 2016.

³¹ Hugo ÁLVAREZ CÁRCAMO, “Ley Reservada del Cobre. Visión jurídica y política”, p. 336.

³² *Ibid.*

IV. Gestación y desarrollo de un mecanismo de financiamiento por “capacidades estratégicas”

Luego, al menos desde el año 2010 y con la entrada de Chile entra a la OCDE, se empezaron a traslucir ciertas deficiencias del mecanismo de financiamiento de la defensa nacional. En efecto, en el mensaje del legislador plasmado en la Ley n.º 21174, ya se dan argumentos sobre la ineficiencia económica y militar de la Ley n.º 13196 al señalar:

“no tiene sentido vincular las inversiones a la cantidad exportada y al precio internacional del cobre. Pero más complejo todavía es que un mecanismo de financiamiento que funciona por un carril propio distorsiona la planificación estratégica de mediano y largo plazo. Así, los proyectos de compra de equipamiento bélico, en la práctica, se desligan de sus gastos de operación y sostenimiento, al provenir de fuentes distintas que no se coordinan a fin de producir soluciones eficientes”³³.

Asimismo, argumenta el legislador:

“el contexto en que se desarrolló la evolución histórica que experimentó el régimen de financiamiento de las fuerzas armadas, hoy es otro. Las desconfianzas entre el mundo civil y el militar han ido desapareciendo de la mano de una incesante profundización democrática. Nuestra madurez institucional es incomparablemente mayor y no se ve razón alguna, ni política, técnica o de cualquier otra índole, que justifique que un bien público por excelencia, como es la defensa nacional, no se discuta de cara a la ciudadanía que los legisladores representan”³⁴.

Apoyó lo anterior un informe de la OCDE de 2004, al cual se alude en el Mensaje de la Ley n.º 21174, en el que se advertiría

“que los méritos de nuestro sistema presupuestario se veían parcialmente opacados por las características del mecanismo de financiamiento del equipamiento militar”³⁵,

calificándolo como “altamente inapropiado desde el punto de vista presupuestario”³⁶. Si bien no se entregan mayores referencias sobre ese informe (nombre o título), sobre si estudia en específico el sistema de financiamiento de la defensa militar o si es sobre un tema más general y de forma tangencial señala aquello, etcétera.

³³ Historia Fidedigna de la Ley n.º 21174.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ *Ibid.*

³⁶ *Ibid.*

Por fin, el 6 de septiembre de 2019 se publica en el *Diario Oficial* la Ley n.º 21174, que Establece Nuevo Mecanismo de Financiamiento de las Capacidades Estratégicas de la Defensa Nacional, que modifica la Ley n.º 18948 Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas” y cuyo objetivo principal fue consagrar un sistema de financiamiento basado en el concepto de “capacidades estratégicas” de la defensa, con un carácter plurianual, estable, transparente, con capacidad de respuesta frente a contingencias de guerra o crisis, con amplios controles civiles y democráticos que incluyen al Congreso y a la Contraloría General de la República, derogando la Ley del Cobre.

La nueva ley discurre sobre el concepto de “capacidades estratégicas”. Al respecto, cabe señalar que el *Libro de la Defensa Nacional de Chile* (2017) entiende la “capacidad” como la “habilidad que se obtiene de la interdependencia y ponderación de factores de capacidad para cumplir las misiones asignadas a la Defensa Nacional”. Esta habilidad busca generar efectos y a través de aquellos, lograr las tareas encomendadas por la planificación.

Con posterioridad a ello, de la *Política de Defensa Nacional de Chile 2020* se desprende que las “capacidades estratégicas”, surgen a partir de la disponibilidad e integración funcional de material, entrenamiento, recursos humanos, organización, doctrina, infraestructura, sostenibilidad e información³⁷, dando origen a las capacidades estratégicas, agrupadas en siete áreas generales al interior de la defensa nacional.

Dichas capacidades tienen una vinculación conceptual y metodológica con la estrategia de la defensa, la cual articula los fines como objetivos de la defensa y sus áreas de misión, en conexión con los modos o conceptos estratégicos de la forma de emplearla y al final con los “medios”, siendo estos últimos las “capacidades estratégicas” que están asociadas al cumplimiento de las áreas de misión y planificación del desarrollo de la fuerza.

La *Política de Defensa Nacional de Chile 2020* grafica lo anterior del siguiente modo:

Estrategia de la Defensa



MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL, *Política de Defensa Nacional de Chile*, p. 51.

³⁷ MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL, *op. cit.*, p. 79.

Por su parte, las siete áreas de recursos y habilidades que posee el país referidos a la defensa nacional se han establecido del siguiente modo, de acuerdo con su política:

Áreas generales de capacidades estratégicas



Subsecretaría de Defensa

En relación con el desarrollo de la fuerza, cabe señalar que esta se define como el conjunto de medios humanos y materiales aportados por las Fuerzas Armadas y el Estado Mayor Conjunto, organizados como unidades militares y entrenadas para la realización de operaciones en cumplimiento de tareas consideradas en las diferentes áreas de misión, incluyendo su despliegue territorial. Ello se materializa mediante programas y proyectos de inversión, asociados principalmente a medios materiales, infraestructura y sostenimiento, los que deben considerar el desarrollo asociado en personal, doctrina, entrenamiento y otros que permitan alcanzar de manera efectiva las habilidades, planes y acciones deseadas.

La planificación de desarrollo de la fuerza debe entregar las orientaciones para el desarrollo de capacidades estratégicas de esta política y considerar los siguientes factores:

- (1) fuerzas actuales, capacidades estratégicas y eficacia operacional alcanzadas, principales sistemas que las componen, nivel de alistamiento operacional alcanzado, costos de operación, capacidad y costo de sostenimiento, manejo de obsolescencias, eficiencia logística y vida útil remanente;
- (2) demandas de evolución en capacidades estratégicas requeridas, derivadas de cambios en los escenarios, en los objetivos, en las prio-

ridades o en la estrategia de la defensa de acuerdo con la orientación política superior y

- (3) marco financiero esperado en el corto, mediano y largo plazo que permita generar y sostener la estructura de fuerzas y su evolución en el tiempo.

El legislador ha dispuesto que la planificación del desarrollo de la fuerza quede definida en un plan elaborado con un horizonte de tiempo de doce años, que incorpore los diferentes programas y proyectos de inversión de corto (cuatro años) y mediano plazo (cinco a doce años), priorizados y programados en el tiempo, con una visión de largo plazo, de acuerdo con las orientaciones de la política de defensa nacional.

V. La distinción entre “recursos para las actividades generales de las Fuerzas Armadas” y los “recursos que financian las capacidades estratégicas por medio de fondos plurianuales y de contingencia”

El ordenamiento jurídico efectúa una gran clasificación entre aquello que denomina “recursos para actividades generales de las Fuerzas Armadas”³⁸ y aquellos “recursos que financian las capacidades estratégicas de las Fuerzas Armadas”. Del artículo 94 de la Ley n.º 18948 emana que se entenderá por “actividades generales” todas aquellas que no signifiquen capacidades estratégicas, pues este último concepto tiene un mecanismo especial de financiamiento, considerando su directa vinculación con el potencial bélico en sí.

Normalmente las definiciones por exclusión, como lo hace el legislador al tratar el financiamiento de las actividades generales, pueden presentar ambigüedad si no se complementan con definiciones positivas o, bien, no se delimita de forma adecuada la oposición del otro por contraste. Hay que recordar que “recursos para actividades generales de las Fuerzas Armadas” se definen por la ley como todos aquellos que no sean destinados para las “capacidades estratégicas”.

En este sentido, la delimitación de la oposición de las actividades generales, es decir, el contenido de las “capacidades estratégicas”, se encuentran detalladas y precisadas en la política de defensa nacional. En efecto, de acuerdo con el artículo 97 de la Ley n.º 18948, la política de defensa nacional, será el criterio orientador superior de las capacidades estratégicas del país,

³⁸ Los recursos para las actividades generales provenientes de la Ley de Presupuesto del Sector Público se regulan jurídicamente por el Decreto Ley n.º 1263 Orgánico Constitucional de Administración Financiera del Estado.

en concordancia con el artículo 5.º letras a) y b), de la Ley n.º 20424, Estatuto Orgánico del Ministerio de Defensa Nacional.

De esa manera, se pretende obtener un financiamiento del potencial bélico proporcional a las amenazas y riesgos de forma eficiente, ya que el nuevo mecanismo reacciona a nivel financiero por medio de una planificación estratégica que intenta dar respuesta a los diversos escenarios internacionales que se van presentando. En otras palabras, el financiamiento de las capacidades estratégicas busca operar en armonía con la realidad internacional, vecinal y económica nacional, mediante una metodología de capacidades que deben permitir el cumplimiento de objetivos de desempeño en un contexto de probabilidades de ocurrencia de una crisis o una guerra.

Para satisfacer lo anterior, se crea el Fondo Plurianual para las Capacidades Estratégicas de la Defensa y el Fondo de Contingencia Estratégico. El primer fondo se constituye para la inversión en material bélico e infraestructura asociada, y sus gastos en sostenimiento sobre la base de un programa de financiamiento de inversiones a cuatro años, que permita materializar la planificación del desarrollo de la fuerza. Estos recursos se contabilizan fuera de la Ley de Presupuesto del Sector Público, y el uso en compras se dispondrá mediante Decreto Supremo reservado en conjunto de los ministerios de Defensa y de Hacienda. El fondo se debe mantener en una cuenta reservada especial del Servicio de Tesorerías, de conformidad con el artículo 98 de la Ley n.º 18948.

Este Fondo Plurianual para las Capacidades Estratégicas de la Defensa se compone de los siguientes recursos:

- 1) Un monto equivalente al 55 % del total de los recursos de la cuenta n.º 9 154 (Ley n.º 13196) en la Tesorería General de la República al 31 de diciembre de 2017, traspasados en conformidad a la ley.
- 2) Los que contemple la Ley de Presupuestos del Sector Público para cada año, considerando el programa cuatrienal de inversiones.
- 3) Los intereses que devenguen las inversiones del fondo.
- 4) Los demás aportes que establezca la ley.

Por su parte, el segundo fondo, es decir, el Fondo de Contingencia Estratégico está destinado a financiar el material bélico e infraestructura asociada y sus gastos de sostenimiento para enfrentar situaciones de “guerra externa” o de “crisis internacional” que impliquen una grave afectación a la seguridad exterior de la república. El legislador también permite que pueda ser usado en aquellas hipótesis en que el material bélico se vea con daño severo como consecuencia de emergencias o catástrofes, situaciones que serán declaradas como tales por el presidente de la República, mediante Decreto Supremo fundado.

Además, el Fondo de Contingencia Estratégico posibilita anticipar una adquisición del material bélico contemplada en la planificación del desarrollo de la fuerza, cuando por las características y disponibilidad sea necesario. Esto será dispuesto mediante Decreto Supremo fundado y reservado. Su administración financiera estará a cargo del Banco Central, de conformidad con el artículo 102 de la Ley n.º 18948.

Por otra parte, es menester señalar que este Fondo de Contingencia Estratégico se compone de los siguientes recursos:

- 1) Un aporte único y especial equivalente al 20 % del total de los recursos de la cuenta n.º 9 154 (Ley n.º 13196), en la Tesorería General de la República, al 31 de diciembre del año 2017, que le serán traspasados en conformidad a la ley.
- 2) Los intereses que devenguen las inversiones del fondo.
- 3) Los demás aportes que establezca la ley.

Además de lo dicho hasta ahora, la Ley n.º 21174 crea lo que se denomina el “aporte basal”, consistente en un monto de recursos fijo y mínimo para el mantenimiento y sostenimiento, asegurando de este modo una permanente actualización de las capacidades estratégicas existentes, con un monto equivalente al promedio de los aportes basales enterados al Fondo Plurianual en los seis años inmediatamente anteriores al año en que se aprueba el aporte, de conformidad al artículo 101 de la Ley n.º 18948.

Por último, se establecen numerosos controles de probidad en los artículos 101 y 106 de la Ley n.º 18948, tales como: el Control de las Comisiones de Defensa del Congreso Nacional, previo a discusión presupuestaria; el Control del Congreso Nacional, en la discusión de la Ley de Presupuesto de cada año; el Control de la Contraloría General de la República acerca de decretos que aprueban los proyectos del programa cuatrienal de inversiones; el Control de las Comisiones Técnicas del Congreso Nacional de políticas y planes de la defensa; el Control de la Contraloría General de la República respecto del financiamiento e inversiones de las capacidades estratégicas; el Control del Congreso Nacional en cuanto a forma de materialización de las capacidades estratégicas y el Control de las Comisiones Técnicas del Congreso Nacional, en relación con el anticipo de adquisiciones.

VI. Alteración del mecanismo de financiamiento de las capacidades estratégicas por medio de la Ley de Presupuesto 2024 y 2025

Hasta lo señalado con anterioridad las capacidades estratégicas habrían de tener un mecanismo de financiamiento diferenciado del general, en aten-

ción a que responde a cuestiones propias de la defensa, con una planificación del entorno vecinal que oriente el desarrollo de proyectos asociados al potencial bélico, siguiendo las disposiciones de la política de defensa nacional, que a la postre se materializa en la denominada “planificación para el desarrollo de la fuerza”, con una duración no menor a ocho años y de lo cual deriva un “plan cuatrienal de inversiones”, según el Ministerio de Defensa Nacional.

En conformidad a todo lo indicado hasta ahora, la Ley de Presupuesto debe, fundamentalmente, considerar aspectos de gastos generales de las Fuerzas Armadas, sin perjuicio de que pueda enterar recursos para el Fondo Plurianual para las Capacidades Estratégicas de la Defensa, considerando el programa cuatrienal de inversiones, como una fuente de financiamiento presupuestaria que pierde su carácter principal, para convertirse un elemento constitutivo más, entre otros, de un fondo que cubre en especial principal la inversión en material bélico y su infraestructura asociada.

Sin embargo, la Ley de Presupuesto n.º 2.640 para el sector público, correspondiente al año 2024, indicaba en su artículo 35 inciso primero, lo siguiente:

“Autorízase al Fisco para postergar a contar de la fecha de publicación de esta ley y hasta su vigencia, el cumplimiento de la obligación contenida en el artículo tercero transitorio de la ley N° 21.174, que establece nuevo mecanismo de financiamiento de las capacidades estratégicas de la defensa nacional, respecto del traspaso de saldos al Fondo Plurianual para las Capacidades Estratégicas de la Defensa y al Fondo de Contingencia Estratégico; así como con el aporte al Fondo Plurianual para las Capacidades Estratégicas de la Defensa a que se refieren el artículo 101 de la ley N° 18.948, orgánica constitucional de las Fuerzas Armadas, y el artículo octavo transitorio de la señalada ley N° 21.174”.

En efecto, el artículo 3.º transitorio de la Ley n.º 21174 señala:

“Para efectos de lo dispuesto en el artículo 1º de esta ley, el traspaso de los saldos que corresponda efectuar al Fondo Plurianual para las Capacidades Estratégicas de la Defensa y al Fondo de Contingencia Estratégico deberá materializarse dentro del plazo de cuarenta y ocho y de veinticuatro meses, respectivamente, contado desde la fecha de entrada en vigencia del artículo 4 de esta ley, conforme a las instrucciones que impartan conjuntamente los Ministros de Defensa Nacional y de Hacienda”.

Por tanto, los saldos provenientes de la legislación anterior y que debían transferirse a los nuevos fondos tanto Plurianual para las Capacidades Estratégicas como al de Contingencia Estratégica en los plazos de cuarenta y ocho y veinticuatro meses, no han sido transferidos en el plazo original y, en con-

secuencia, ambos fondos no han podido constituirse más que de manera nominal.

Asimismo, el mismo artículo 35 de la Ley n.º 21640 suspendió los efectos del artículo 8.º transitorio, el cual señala:

“Sin perjuicio de lo señalado en el inciso primero del artículo 101 de la ley N° 18.948, orgánica constitucional de las Fuerzas Armadas, el aporte basal al que se refiere dicho artículo, desde el año quinto y hasta el año décimo de vigencia de la presente ley, corresponderá al monto promedio de los gastos devengados en operación y sostenimiento e inversiones en material bélico, del período de seis años inmediatamente anterior al año de entrada en vigencia de esta ley. No obstante, el aporte de los recursos a que se refiere el número 2 del artículo 100 de la ley N° 18.948, orgánica constitucional de las Fuerzas Armadas, podrá ser un monto superior al aporte basal”.

En este sentido, el legislador dispuso garantizar una cantidad suficiente de recursos para financiar el potencial bélico, mediante un “aporte basal mínimo”. De esta manera, el aporte anual que la Ley de Presupuestos del Sector Público debe enterar al Fondo Plurianual para las Capacidades Estratégicas de la Defensa, debería contemplar un aporte que no puede ser inferior al monto promedio de los aportes basales enterados a dicho fondo en el periodo de seis años previos al año en que se aprueba el aporte anual que se deba efectuar.

Cabe recordar, como ya se señaló que dentro de los distintos recursos que van ingresando al Fondo Plurianual para las Capacidades Estratégicas de la Defensa, se encuentran, también, aquellos recursos que contemple la Ley de Presupuestos del Sector Público para cada año, considerando el programa cuatrienal de inversiones, de conformidad con el artículo 100 de la Ley n.º 18948.

En este sentido, el monto no debe ser inferior al monto promedio de los aportes basales de los últimos seis años inmediata anteriores al año en que se aprueba el aporte anual que se deba efectuar. No obstante, al no existir algún punto de referencia de promedio para los aportes basales, en el inicio de la aplicación del nuevo mecanismo de financiamiento de las capacidades estratégicas, el artículo 8.º transitorio dispuso que desde el año quinto y hasta el año décimo de vigencia de la presente ley, el aporte basal correspondería al monto promedio de los gastos devengados en operación, sostenimiento e inversiones en material bélico, del periodo de seis años anteriores al año de entrada en vigencia de esta ley.

En definitiva, en Chile las leyes de presupuesto han trastornado el diseño original del mecanismo de financiamiento de las capacidades estratégicas dispuesto en la Ley Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas³⁹. En

³⁹ La Ley n.º 21174 incorpora un nuevo título VI a la Ley n.º 18948, sobre el Financiamiento de las Capacidades Estratégicas.

efecto, sin aporte basal, sin integración de los recursos para el Fondo Pluri-anual para las Capacidades Estratégicas de la Defensa y sin integración de los montos para el Fondo de Contingencia Estratégico, dichos “fondos” quedan con una mera existencia nominal, solo en el texto de la ley, sin recursos a los cuales acudir conforme al diseño planteado.

Lo anterior no significa que no haya financiamiento para los proyectos asociados al potencial bélico y su infraestructura. Lo que se está evidenciando en este estudio es que el perjuicio fundamental está en que el “mecanismo operativo” fijado por la Ley Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas para el financiamiento de la defensa nacional fue quebrado o, a lo menos, alterado, mediante una mera ley presupuestaria, extralimitándose en sus fines de mero cálculo de ingresos y gastos para el sector público⁴⁰.

Además, la suspensión del mecanismo de financiamiento de las capacidades estratégicas contribuye a generar una dependencia de las capacidades de defensa del país en la voluntad política de turno y a sus coyunturas siempre inestables. En este sentido, cabe recordar que el mensaje de la Ley n.º 21174, señala expresamente en el punto n.º 4 “Asignación mínima” que:

“Sin perjuicio de las definiciones que en cada ocasión se adopten en el proceso legislativo, y con el objeto de reforzar la estabilidad en el esfuerzo por satisfacer las capacidades estratégicas de defensa, este proyecto de ley establece una asignación mínima a ser garantizada en cada presupuesto para cada uno de los años”.

Así, y con un prisma republicano transversal, se pretendía excluir de los vaivenes de la política contingente a la defensa del país, debido a la relevancia que tiene para el Estado de Chile la estabilidad en su financiamiento. Aquello se desprendía del mensaje del proyecto de ley, cuya historia fidedigna muestra en su n.º 2 “Madurez del sistema político” del II. “Fundamentos del proyecto de ley” que:

“este proyecto de ley es un voto de confianza en nuestro sistema político, invitando a los parlamentarios a pronunciarse sobre materias de las que han estado excluidos por décadas. Esto se hace en la esperanza de que sabremos enfrentar, juntos, con sensatez y responsabilidad republicana, los desafíos que plantea el esfuerzo por lograr el necesario equilibrio entre el control democrático del parlamento, la flexibilidad en el manejo de los recursos fiscales y la relativa estabilidad que necesita la defensa como política de Estado”.

⁴⁰ El artículo 11 del Decreto Ley n.º 1263 dispone: “El presupuesto del Sector Público consiste en una estimación financiera de los ingresos y gastos de este sector para un año dado, compatibilizando los recursos disponibles con el logro de metas y objetivos previamente establecidos”.

En consecuencia, la paralización del mecanismo de financiamiento que realiza el artículo 35 de la Ley de Presupuesto 2024 y el actual artículo 37 de la Ley de Presupuesto 2025, afecta el despliegue de una planificación basada en capacidades, que tenía por fin permitir la operatividad en condiciones de incertidumbre, por cuanto provee de las condiciones adecuadas para hacer frente a una serie de circunstancias y desafíos modernos, trabajando dentro de un marco económico racional y no en insumos de dinero en “bloque” como ocurría con la denominada Ley del Cobre y el 10 % de las ventas del mineral y subproductos de CODELCO.

Este freno o paralización de los efectos del mecanismo de financiamiento de capacidades estratégicas de la Ley Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas n.º 18948, por medio de una mera ley presupuestaria, es un fenómeno de cierto arrastre, proveniente de las leyes n.º 21395 de 2021 (Presupuesto 2022), n.º 21516 de 2022 (Presupuesto 2023) y n.º 21640 de 2023 (Presupuesto 2024), lo cual configura serios indicios de inconstitucionalidad, por exceder el ámbito de funciones asignadas a este instrumento de rango legal presupuestario, al consolidar efectos jurídicos que sobrepasan la anualidad.

La única variación para el presente año 2025, es que la Ley n.º 21722 señala en el artículo 37:

“Autorízase al Fisco para postergar a contar de la fecha de publicación de esta ley y hasta su vigencia, el cumplimiento de la obligación contenida en el artículo tercero transitorio de la Ley N° 21.174, que establece nuevo mecanismo de financiamiento de las capacidades estratégicas de la defensa nacional, respecto del Fondo de Contingencia Estratégico”.

De la lectura de esa norma, se puede deducir que la suspensión de los efectos del artículo transitorio radica únicamente sobre el Fondo de Contingencia Estratégico, no disponiendo nada en relación con el Fondo Plurianual, razón por la cual se estima que debiera constituirse este último, quedando de todas maneras pendiente lo relacionado con los recursos destinados a la crisis internacional y el conflicto externo o guerra.

VII. La imposibilidad de que leyes permanentes se modifiquen por vía de la ley de presupuesto

En Chile, el tesoro público y los recursos financieros que posee el fisco se encuentran sistematizados y organizados a través de lo que se ha denominado como el Sistema de Administración Financiera del Estado. Al respecto, el ordenamiento jurídico indica:

“Sistema de Administración Financiera del Estado comprende el conjunto de procesos administrativos que permiten la obtención de recursos y su aplicación a la concreción de los logros de los objetivos del Estado. La administración financiera incluye, fundamentalmente, los procesos presupuestarios, de contabilidad y de administración de fondos” (artículo 1.º del Decreto Ley n.º 1263).

Este sistema de administración financiera del Estado surge en el ámbito jurídico por medio del Decreto Ley n.º 1263 de 1975. Existen pocos antecedentes históricos que permitan obtener las fuentes de discusión técnica sobre su contenido. Aún así Álvaro Bardón indica que en 1974 se dio curso a un proceso de:

“racionalización en la administración presupuestaria, en la contabilidad del gobierno, su crédito y abastecimiento, se simplificaron los programas presupuestarios y se reorganizó la administración y contabilidad de la deuda externa”⁴¹.

Por su parte, Jorge Precht señala que, en 1974, se había conformado una comisión de reforma de la administración financiera del Estado para dar solución a la grave y deficiente gestión económica de la época⁴².

Esta comisión tuvo por coordinador a:

“Maximiliano Vildósola Strumil, funcionario de la Dirección de Presupuestos, y participaron en ella representantes de la Contraloría General de la República, de la Tesorería, Servicio de Impuestos Internos, Oficina de Planificación y Dirección de Aprovevisionamiento del Estado”⁴³.

Su función fue eliminar burocracia, simplificar las excesivas y confusas clasificaciones presupuestarias, suprimir la afectación de ingresos, entre otros.

El resultado de todo lo anterior se consolidó en un anteproyecto de ley, enviado, según señala Jorge Precht, al ministro de Hacienda de la época, Jorge Cauas, a la CONARA y después a la Junta de Gobierno, la cual determinó por fin su aprobación. Jorge Precht menciona como las personas que más influyeron en su elaboración, a los asesores del Subcomité de Hacienda de la Junta de Gobierno, Manuel Daniel Argandoña y Raúl Santa María de la Vega, y con especial énfasis, al ministro de Hacienda, Jorge Cauas, y al director de Presupuestos Juan Carlos Méndez⁴⁴.

⁴¹ Álvaro BARDÓN, *Una década de cambios económicos*, p. 40

⁴² Jorge PRECHT, “Principios Jurídicos de la Hacienda Pública”, p. 792.

⁴³ *Op. cit.*, p. 792.

⁴⁴ Sebastián SOTO, *Pesos y contrapesos en la distribución de competencias presupuestarias entre el Presidente de la República y el Congreso Nacional*, p. 152.

Este Decreto Ley n.º 1263, según Jorge Precht, es “la mayor contribución administrativa que legó al país el Régimen Militar”⁴⁵, junto con la orgánica jurídica que dio origen al Banco Central. Hasta la actualidad, en sus aspectos esenciales, el Decreto Ley n.º 1263 Orgánico Constitucional de Administración Financiera del Estado, sigue incólume, con escasas modificaciones legislativas, las que además han sido de poca trascendencia.

Este texto legal dispone que todos los ingresos que perciba el Estado deben reflejarse en un presupuesto que se denominará del Sector Público, sin perjuicio de mantener su carácter regional, sectorial o institucional. Asimismo, todos los gastos del Estado deberán estar contemplados en el presupuesto del Sector Público.

Por tanto, el Presupuesto del Sector Público se define por el artículo 11 del Decreto Ley n.º 1263 como aquel que:

“consiste en una estimación financiera de los ingresos y gastos de este sector para un año dado, compatibilizando los recursos disponibles con el logro de metas y objetivos previamente establecidos”.

Su ejercicio debe coincidir con el año calendario y debe quedar totalmente tramitado, a más tardar, el 1 de diciembre del año anterior a su vigencia, conforme al artículo 14 del mismo cuerpo normativo.

Por su parte, la Dirección de Presupuestos tiene por:

“función principal la elaboración del Presupuesto de la Nación y la aplicación de la política presupuestaria en el contexto de los planes de desarrollo social y económico y demás objetivos nacionales”,

conforme al artículo 1.º del Decreto con Fuerza de Ley n.º 106 del Ministerio de Hacienda de 1960. Coopera, dentro de su ámbito de competencia, el Ministerio de Desarrollo Social.

En consecuencia, el presupuesto de la nación se materializa a través de una ley, que tiene un procedimiento específico, distinto al de la ley común. Conforme al artículo 67 de la *Constitución Política de la República*, el proyecto de ley de presupuesto debe ser presentado por el presidente de la República al Congreso Nacional, a lo menos con tres meses de anterioridad a la fecha en que debe empezar a regir; y si el Congreso no lo despacha dentro de los sesenta días contados desde su presentación, rige el proyecto presentado por el mandatario.

El inciso segundo del citado artículo 67 dispone:

“El Congreso Nacional no podrá aumentar ni disminuir la estimación de los ingresos; sólo podrá reducir los gastos contenidos en el proyecto de Ley de Presupuestos, salvo los que estén establecidos por ley permanente”.

⁴⁵ PRECHT, *op. cit.*, p. 792.

En este sentido, señala Sebastián Soto Velasco:

“respecto de los ingresos, la Constitución solo tiene una regla de competencia. Señala que la estimación del rendimiento de los recursos de la Ley de Presupuestos y de los nuevos que establezca cualquier otra iniciativa de ley, corresponderá exclusivamente al Presidente de la República, previo informe de los organismos técnicos respectivos”⁴⁶.

Aquí es necesario poner de relieve un aspecto que resulta esencial para este análisis: existe una mirada restrictiva por parte del constituyente en relación con la alteración o afectación a leyes permanentes, de parte de la Ley de Presupuesto. Lo dice, de algún modo, el artículo 67 de la *Constitución*, cuando permite que el Congreso, en relación con los gastos del proyecto de Ley de Presupuesto, pueda reducirlos “*salvo los que estén establecidos por una ley permanente*”.

En este sentido, la Ley de Presupuesto es un texto de rango legal, pero con características especiales que la hacen tener una función restringida y cuya interpretación debe ir en la misma línea de limitación. Lo anterior, porque únicamente comunica el Presupuesto del Sector Público y porque tiene un carácter anual que la hacen de duración finita.

En este sentido, coincide con la literatura científica más clásica en Chile, que excluye la posibilidad de que una ley de presupuesto pueda afectar la regulación jurídica que ha fijado una ley permanente. Así, Miguel Luis Amunátegui sostiene:

“es inconstitucional derogar una Ley por la supresión de uno o varios ítems del Presupuesto, porque la tramitación a que la Ley Fundamental ha sometido la aprobación de los Presupuestos, es distinta de la que exige para la derogación de una Ley”⁴⁷.

Según Sebastián Soto Velasco, en la misma posición se encontrarían Mariano Egaña y Antonio Varas. Mariano Egaña señala:

“que siempre que en el Presupuesto se propone una partida de efectos permanentes, ya para aumentar la dotación de un establecimiento o ya para hacer un gasto que ha de continuar todos los años, se ha exigido un Proyecto de Ley”⁴⁸.

Tal como indica Sebastián Soto Velasco, que Jorge Huneeus tuvo una tesis similar a la aquí propuesta, en el sentido de que la ley de presupuesto, de características efímeras por durar solo una anualidad, no podría modificar

⁴⁶ SOTO, *op. cit.*, p. 161.

⁴⁷ Jorge HUNEEUS, *Obras de don Jorge Huneeus*, p. 219.

⁴⁸ SOTO, *op. cit.*, p. 122.

leyes que tienen por vocación estabilidad y continuidad, como lo son las leyes permanentes y generales. En este sentido, Jorge Hunneus argumenta que “el Presupuesto no es una ley idéntica a las demás pues es una ley anual que no tiene efectos permanentes”. Por eso, “no es posible alterar en la discusión de una ley anual y no permanente”⁴⁹.

Por su parte, Eliodoro Yáñez sostenía:

“los gastos fijos consultados en el presupuesto, aquellos que provienen de leyes de carácter general o especial, no deben ser objeto de votación o modificación por parte de la Cámara, porque ellos ya han sido votados en la ocasión en que se aprobó la ley que los creó”⁵⁰.

Estos clásicos argumentos de la doctrina tradicional chilena mantienen actualidad y robustez, y se suman al argumento de texto del artículo 67 de la *Constitución Política*, que excluye la competencia del Congreso para modificar, en lo referido a los gastos, lo que esté relacionado con las leyes de carácter permanente. Lo anterior, sin perjuicio de la constante discusión sobre “gastos fijos” y “variables”⁵¹.

Además, se puede sostener como otro argumento, esto es, que aceptar la posibilidad de que una ley de presupuesto pueda modificar una ley permanente podría, al mismo tiempo, permitir el absurdo de que una ley de presupuesto modifique las bases orgánico-financieras del Estado, autorizando que sus alcances vayan más allá de una pura anualidad, alterando lo dispuesto en el Decreto Ley n.º 1263. Lo anterior, además de no tener sentido lógico, constituiría un peligro para la normal tramitación legislativa y, en términos generales, para el régimen democrático.

Si bien la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha variado en el tiempo, permitiendo en la actualidad que leyes presupuestarias modifiquen por un tiempo leyes de carácter permanente, esto pareciera inadecuado para la estabilidad institucional del país, contrario al texto constitucional y a un razonamiento jurídico armonioso con los objetivos de cada tipo de ley, ya

⁴⁹ HUNNEUS, *op. cit.*, p. 220.

⁵⁰ Ministerio del Interior, Comisión consultiva de reformas constitucionales, 1925, Actas oficiales de las sesiones celebradas por la Comisión y Subcomisiones encargadas del estudio del Proyecto de Nueva Constitución Política de la República, p. 66, citado por SOTO *op. cit.*, p. 124.

⁵¹ Ni siquiera desde la perspectiva de los “gastos fijos” o “gastos variables”, podría argumentarse una “constitucionalidad de la suspensión del financiamiento de la defensa”, por cuanto el aporte basal establecido en el nuevo régimen constituye un gasto fijo, justamente por cuanto tiene por fin dar un piso mínimo de recursos enterados al Fondo Plurianual, todos los años. Difícilmente resulta plausible sostener que el “aporte basal” sea un gasto variable, ya que tiene por finalidad garantizar un monto fijo todos los años, para la mantención del potencial bélico y su infraestructura asociada.

que las leyes presupuestarias únicamente aprueban el cálculo de entradas y gastos de la Administración Pública: nada más⁵².

*VIII. Riesgos de inconstitucionalidad de los artículos
35 de la Ley de Presupuesto 2024
y 37 de la Ley de Presupuesto 2025*

Todo lo ya dicho, está muy relacionado con el financiamiento de las capacidades estratégicas de las Fuerzas Armadas. En efecto, estas y la respuesta financiera a la crisis internacional y al conflicto externo (guerra) fueron asegurados por medio del Fondo Plurianual de Capacidades Estratégicas de la Defensa y el Fondo de Contingencia Estratégico.

En otras palabras, al amparo de las recomendaciones de la OCDE, la derogación de la antigua Ley del Cobre tenía por fundamento la necesidad de configurar un nuevo régimen jurídico, que permitiera la racionalidad en la inversión de recursos para el potencial bélico, conforme a planes del desarrollo de la fuerza, que reflejaran por medio de los planes cuatrienales una respuesta financieramente eficiente contra los riesgos y amenazas, emanadas tanto del entorno vecinal, regional y mundial.

Todo este nuevo diseño fue frustrado mediante el empleo de la Ley de Presupuesto para frenar la integración de los distintos recursos pecuniarios que debían ingresar a los dos fondos establecidos en la Ley n.º 21174, alterando los efectos de una ley orgánica constitucional, como es la Ley n.º 18948. En efecto, la Ley de Presupuesto, desde el año 2021 hasta la actualidad, se ha ocupado con la finalidad de paralizar o suspender los efectos de los artículos 3.º y 8.º transitorios de la Ley n.º 21174, los cuales tenían por finalidad, como cualquier norma transitoria, marcar la ruta pausada de cambio de régimen jurídico, y así no afectar un desarrollo normal por cambios radicales de sistema.

En consecuencia, se sostiene que la actual y vigente Ley de Presupuesto para el Sector Público n.º 21722; la Ley n.º 21640, correspondiente al año 2024,

⁵² Así se reconoce, por ejemplo, en la sentencia del Tribunal Constitucional, rol. 2935/2015. Caso gratuidad educación superior. Sebastián Soto señala que un caso ejemplar en que la Ley de Presupuesto modifica temporalmente leyes permanentes es la “glosa que exceptiona del cumplimiento del artículo 9 de la Ley 18.834, Estatuto Administrativo de los Funcionarios Públicos, en virtud de la cual el número de funcionarios a contrata no puede exceder del 20 % del total de los cargos de la planta de una determinada repartición”. En SOTO, *op. cit.*, p. 122. Sin perjuicio de que no estar de acuerdo con esa utilización de la Ley de Presupuesto, es posible reconocer que, en la práctica, tiene cierta aplicación, al menos para lo referido a los gastos variables.

así como las correspondientes al año 2023, 2022 y 2021, han excedido sus finalidades y campo de acción, con los eventuales riesgos de inconstitucionalidad asociados, pues alteran aspectos esenciales de leyes permanentes, como es la Ley n.º 18948 Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas, en su título VI, sobre las capacidades estratégicas, con un énfasis específico en los medios para hacer frente a la crisis internacional y la guerra.

Todo lo anterior, en un contexto internacional en que Bolivia firma el 20 de julio de 2024 un acuerdo bilateral de seguridad y defensa con Irán, en la ciudad de Teherán, que incluye la venta de material bélico y el entrenamiento de personal militar. Esto, junto con una alta cantidad de drones iraníes que han sido entregados a Bolivia⁵³. Por su parte, Argentina ha mostrado un gran acercamiento militar a Estados Unidos de América, comprando y renovando aviones de combate y con un presupuesto para el año 2025 que contempla un aumento en los recursos destinados a defensa y seguridad⁵⁴. Además, las Fuerzas Armadas peruanas han reforzado las relaciones con las fuerzas militares de la República Popular China, a través del general de brigada Song Yanchao, subjefe de la OCMI del Ministerio de Defensa Nacional de China⁵⁵.

Conclusiones

De todo lo revisado, es posible concluir que Chile aún no logra consolidar un mecanismo de financiamiento de la defensa nacional en armonía con el sistema establecido por medio de la Ley n.º 21174 y que garantice contar con los medios y capacidades estratégicas adecuadas para generar una disuasión seria y de peso, conforme a su realidad vecinal y regional.

La Ley n.º 21174, que modificó la Ley n.º 18948 Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas, al derogar la denominada Ley del Cobre, tuvo por finalidad generar un nuevo sistema de financiamiento capaz de reflejar un gasto en defensa que estuviera fundado en una planificación técnica y racional, donde los riesgos y amenazas estuvieran en coherencia con la inversión en capacidades estratégicas. En cierto modo, del análisis es dable concluir que ese propósito no se ha cumplido, debido a la permanente suspensión de los efectos de constitución del Fondo Plurianual para las Capa-

⁵³ BBC NEWS MUNDO, "Lo que se sabe del acuerdo de seguridad entre Bolivia e Irán". En relación con la adquisición de drones iraníes véase, también, Carlos BASSO, "Compra de drones iraníes por parte de Bolivia tensiona a Chile".

⁵⁴ Germán PADINGER, "Entre visitas de portaaviones, la compra de los F-16 y el acercamiento a la OTAN, ¿cambia la posición de Argentina en el mundo?".

⁵⁵ COMANDO CONJUNTO DE LAS FUERZAS ARMADAS, "Delegación militar de la República Popular China visitó al jefe del CCEFAA".

ciudades Estratégicas de la Defensa, al menos hasta el año 2024, y del Fondo de Contingencia Estratégico.

En suma, es posible concluir que la manera de suspender el diseño del financiamiento de las capacidades estratégicas, por medio de leyes presupuestarias, que tienen por función aprobar año a año el cálculo de entradas y gastos de la Administración Pública, tiene riesgos de inconstitucionalidad, pues excede su finalidad, alterando una ley permanente, como es la Ley Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas.

Bibliografía

- Actas oficiales de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución. Disponible en <https://actas.minsepres.gob.cl/actas-de-la-comision-ortuzar/> [fecha de consulta: 15 de marzo de 2025].
- ÁLVAREZ CÁRCAMO, Hugo, “Ley Reservada del Cobre. Visión jurídica y política”, en *Actualidad Jurídica*, n.º 16, Santiago, 2007.
- ARANCIBIA CLAVEL, Roberto, “El gobierno de la democracia cristiana y los militares chilenos”, en Roberto ARANCIBIA CLAVEL, *Ejército y Sociedad en el siglo XX chileno*, Santiago, Academia de Historia Militar, 2023.
- ARANCIBIA DE TORRES, Juan, *Ejército y libertad*, Santa Cruz de Tenerife, Gráficas Tenerife, 1986.
- AYALA ESPINO, José, *Instituciones y economía. Una introducción al neoinstitucionalismo económico*, segunda reimpression, Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, 2005.
- BARDÓN, Álvaro, *Una década de cambios económicos*, Santiago, Andrés Bello/BBC, 1985.
- BASSO PRIETO, Carlos, “Compra de drones iraníes por parte de Bolivia tensiona a Chile”. Disponible en www.elmostrador.cl/noticias/2023/08/03/compra-de-drones-iranies-por-parte-de-bolivia-tensiona-a-chile/ [fecha de consulta: 18 de marzo de 2025].
- BBC NEWS MUNDO, “Lo que se sabe del acuerdo de seguridad entre Bolivia e Irán”. Disponible en www.bbc.com/mundo/articles/cld9nq1zqwyo [fecha de consulta: 17 de abril de 2025].
- CHILD, Jack, *The Unequal Alliance: The Inter-American Militan-System*, Boulder, Colorado, Westview Press, 1980.
- COMANDO CONJUNTO DE LAS FUERZAS ARMADAS, “Delegación militar de la República Popular China visitó al jefe del CCFFAA”. Disponible en www.gob.pe/institucion/ccffaa/noticias/892844-delegacion-militar-de-la-republica-popular-china-visitó-al-jefe-del-ccffaa
- CORREA, Sofía, Consuelo FIGUEROA, Alfredo JOCELYN-HOLT, Claudio ROLLE y Manuel VICUNA, *Historia del siglo XX chileno: balance paradojal*, Santiago, Sudamericana, 2001.

- GARAY, Cristián, "La larga marcha del estatismo. La resistencia a la Misión KleinSaks 1955-1958", en Adolfo IBÁÑEZ, *Reformas económicas e instituciones políticas: la experiencia de la Misión Klein-Saks en Chile*, Santiago, editor Juan Pablo Couyoumdjian, Universidad del Desarrollo, 2011.
- GONZÁLEZ, Heliodoro, "Arms-Sales Policy: The Chilean Case", in *Inter-American Economic Affairs*, vol. 34, 3 Washington D.C., 1980.
- GRIFFITHS SPIELMAN, John, "Planificación estratégica por capacidades: una revisión conceptual". Disponible en www.athenalab.org/wp-content/uploads/2021/07/Planificacio%CC%81n-estrategica-por-capacidades-JG-1.pdf [fecha de consulta: 25 de marzo de 2025].
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, *Fenomenología del espíritu*, Bamberg, Johann Leonhard Schuberth, 1807.
- Historia Fidedigna de la Ley n.º 21174, del 26 de septiembre de 2019. Disponible en www.bcn.cl/historiadela ley/nc/historia-de-la-ley/7686/ [fecha de consulta: 25 de enero de 2025].
- HUNEEUS, Jorge, *Obras de don Jorge Huneeus*, Santiago, Imprenta Cervantes, tomo primero: La Constitución ante el Congreso, 1890.
- INNERARITY, Daniel, *Hegel y el romanticismo*, Madrid, Tecnos, 1993.
- KISSINGER, Henry, *Orden mundial*, Madrid, Debate, 2016.
- MANSUY Huerta, Daniel, *Salvador Allende. La izquierda chilena y la Unidad Popular*, Santiago, Taurus, 2023.
- MASLOW, Abraham H., *Motivación y personalidad*, Madrid, Ediciones Díaz de Santos S.A., 1991.
- MENESES, Emilio, "Ayuda económica, política exterior y política de defensa en Chile, 1943-1973", en *Estudios Públicos*, n.º 35, Santiago, 1989.
- MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL, *Política de Defensa Nacional de Chile*, 2020. Disponible en www.defensa.cl/wp-content/uploads/2023/06/POLÍTICA-DE-DEFENSA-NACIONAL-DE-CHILE-2020.pdf [fecha de consulta: 15 de marzo de 2025].
- MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES, oficio n.º 1198, Santiago, 1943.
- MOULIAN, Tomás, "Desarrollo económico y estado de compromiso: desajuste y crisis estatal en Chile", *Colección de Estudios CIEPLAN*, n.º 8, Santiago, 1982.
- NARA, RG. 59. Records. Chile. 825.24/1500, Bowers al secretario de Estado, Santiago, 19 de octubre de 1943.
- NOLDE, Kenneth, *Arms and Security in South American: Towards an Alternative View*, Ph. D. Thesis, Miami, University of Miami, 1980.
- O'BRIEN, Anthony, *The Politics of Dependency: A Case-Study of Dependency-Chile 1938-1945*, Ann Arbor: UMI, Ph. D., Thesis. University of Notre Dame, 1977.
- PADINGER, Germán, "Entre visitas de portaaviones, la compra de los F-16 y el acercamiento a la OTAN, ¿cambia l posición de Argentina en el mundo?". Disponible en <https://cnnespanol.cnn.com/2024/06/02/analisis-f16-otan-china-argentina-orix/> [fecha de consulta: 13 de abril de 2025].

- PRECHT, Jorge, “Principios jurídicos de la hacienda pública”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 20, n.º 2, Santiago, 1993.
- RAWLS, John, *Teoría de la justicia*, Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, 1995.
- SAN FRANCISCO, Alejandro, Milton CORTÉS, José Manuel CASTRO, *El gobierno de Allende, la Unidad Popular y la crisis de la democracia en Chile 1970-1973*, Santiago, Ediciones Universidad San Sebastián, 2023.
- SMITH, Adam, *Investigación sobre la naturaleza y causa de la riqueza de las naciones*, novena reimpresión, Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, Serie de Economía, 1997.
- SOTO, Ángel y Cristián GARAY, “Tecnocracia y apartidismo de derechas en Chile. El ‘relato’ de Jorge Alessandri (1958-1964)”, en *Tzintzun. Revista de Estudios Históricos*, n.º 68, Morelia, Michoacán, 2018.
- SOTO VELASCO, Sebastián, *Pesos y contrapesos en la distribución de competencias presupuestarias entre el Presidente de la República y el Congreso Nacional*, tesis doctoral, Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2016.
- URBINA, Javier, “Aspectos militares de las relaciones chileno-norteamericanas en el contexto de la seguridad hemisférica”, Seminario Política Exterior Chilena, Santiago, Universidad Católica de Chile, Instituto Ciencia Política, mimeo, 1984.
- U.S. DEPARTMENT OF COMMERCE, *Historical Statistics of the U.S. from Colonial Times to 1970*, Washington D.C., U.S. Bureau of Census, 1975, Part II.
- VIVANCO, Ángela, *Curso de derecho constitucional*, Santiago, Ediciones UC, 2010, tomo II.

NORMAS

- Decreto n.º 328, en *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 21 de julio de 1952.
- Decreto Ley n.º 1263 Orgánico Constitucional de Administración Financiera del Estado, en *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 28 de noviembre de 1975.
- Decreto Ley n.º 1530, en *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 1976.
- Ley n.º 6152, en *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 19 de enero de 1938.
- Ley n.º 6159, en *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 1 de enero de 1938.
- Ley n.º 6160, en *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 1 de enero de 1938.
- Ley n.º 7144, en *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 5 de enero de 1942.
- Ley n.º 13196, en *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 1958.
- Ley n.º 11828, en *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 5 de mayo de 1955.
- Ley n.º 18445, en *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 17 de julio de 1987.

Ley n.º 18628, en *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 23 de junio de 1987.

Ley n.º 18948, en *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 27 de febrero de 1990.

Ley n.º 21174, en *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 26 de septiembre de 2019.

Siglas y abreviaturas

BBC	British Broadcasting Corporation
CIEPLAN	Corporación de Estudios para Latinoamérica
CODELCO	Corporación Nacional del Cobre
CONARA	Comisión Nacional de Reforma Administrativa
CONSUDENA	Consejo Superior de Defensa Nacional
D.C.	Distrito de Columbia
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i>
LL.M.	Master of Laws
n.º a veces N°	número
NARA	National Archives and Records Administration
No.	number
OCDE	Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos
OCMI	Oficina de Cooperación Militar Internacional
<i>op. cit.</i>	<i>opere citato</i>
p.	página
Ph.D.	Doctor en Filosofía
pp.	páginas
RG	Record Group
S.A.	sociedad anónima
STC	sentencia del Tribunal Constitucional
UC	Universidad Católica
U.S.	United State
US\$ a veces USD	Dólares estadounidenses
www	World Wide Web

LA DESALINEACIÓN
ENTRE LAS JURISPRUDENCIAS
JUDICIAL Y ADMINISTRATIVA:
SOLUCIÓN Y FORMAS DE CONCRECIÓN
(ESTUDIO A PARTIR DEL DICTAMEN N.º E561358-2024
DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA)

THE MISALIGNMENT BETWEEN JUDICIAL
AND ADMINISTRATIVE JURISPRUDENCE:
SOLUTION AND FORMS
OF IMPLEMENTATION
(STUDY BASED ON THE “DICTAMEN” E561358-2024
OF THE “CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPUBLICA”)

*Cristian Román Cordero**

Resumen

En este artículo estudiamos el problema de la desalineación entre las jurisprudencias judicial y administrativa a partir del dictamen n.º E561358-2024 de la Contraloría General de la República, que es utilizado como modelo de análisis.

PALABRAS CLAVE: desalineación, jurisprudencia judicial, jurisprudencia administrativa.

Abstract

In this article we study the problem of misalignment between judicial and administrative jurisprudence based on “dictamen” E561358-2024 of the

* Magíster en Derecho mención Derecho Público, Universidad de Chile. Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de Chile. ORCID: 0000-0002-1444-3342. Correo electrónico: croman@derecho.uchile.cl

Artículo recibido el 8 de abril de 2025 y aceptado para publicación el 30 de septiembre de 2025.

“Contraloría General de la República”, which is used as an analytical model.

KEYWORDS: misalignment, judicial jurisprudence, administrative jurisprudence.

Presentación

El derecho administrativo chileno reconoce, entre sus fuentes, tres jurisprudencias: la constitucional, la judicial y la administrativa (siendo esta última la que expide la Contraloría General de la República, a través de sus dictámenes)¹.

Pues bien, entre tales jurisprudencias, en relación con una misma materia, bien puede haber coincidencia, pero también contradicción; evidenciándose así lo que, en otra oportunidad, hemos denominado, respectivamente, *alineación* y *desalineación* jurisprudencial². Y, al estar tales jurisprudencias en permanente revisión y cambio³, este fenómeno oscila entre una y otra, por periodos variables de tiempo⁴.

Dicho lo anterior, y siendo habitual, la *desalineación* entre las jurisprudencias judicial y administrativa (y en el entendido de que ambas son com-

¹ Sobre esta materia, por todos, véase: Iván ARÓSTICA, “Los dictámenes y la interpretación en sede administrativa”, pp. 149-160; Juan Carlos FLORES, “Límites constitucionales de las facultades interpretativas de los organismos de la Administración”, pp. 60-84; Eduardo SOTO, “Control contralor. La Contraloría General de la República en el ámbito de la organización del Estado: antecedentes históricos y funciones”, pp. 781-789; Eduardo SOTO, “La función dictaminante de la Contraloría General de la República”, pp. 791-801; Cristian ROMÁN, “Dictámenes de la Contraloría General de la República y acción declarativa de mera certeza”, pp. 389-434; Ignacio GEPP y Alfonso MUÑOZ, *Potestad dictaminadora de la Contraloría General de la República*; Alejandro GUZMÁN, *La interpretación administrativa en el derecho chileno*; Luis LIZAMA, *La Dirección del Trabajo: una explicación de su facultad de interpretar la legislación laboral chilena*; Yuri VARELA, *La consulta tributaria vinculante en el Estado de Derecho*.

² Véase Cristian ROMÁN, “El plazo de prescripción de las infracciones administrativas. (Comentario sobre el dictamen de la Contraloría General de la República N° 24.731-2019)”, pp. 291-314.

³ Cristian ROMÁN, “Los cambios jurisprudenciales en el derecho administrativo chileno”.

⁴ Este problema ha adquirido relevancia en el último tiempo; lo que ponen de relieve, entre otros: María MANRIQUEZ, “Conflictos de competencia e interpretación en materia público-administrativa entre los tribunales superiores de justicia y la Contraloría General de la República”, pp. 103-125; Alejandro CÁRCAMO, “Tribunales de justicia y Contraloría General de la República: ¿cómo compatibilizar sus pronunciamientos jurisprudenciales contradictorios?”, pp. 107-116.

petentes para pronunciarse sobre ella⁵)⁶, a continuación, nos referiremos a la solución de este problema y a las formas de concreción de la misma. Y en especial a estas últimas, pues el dictamen que comentaremos innova justo a este respecto.

En efecto, el dictamen de la Contraloría General de la República n.º E5613 58-2024 reafirma la solución a este problema (que, adelantamos, no es otra que la primacía de la jurisprudencia judicial); mas, establece una nueva forma de concretarla: al existir una *desalineación* entre las jurisprudencias judicial y administrativa sobre una misma materia, aquella califica a esta, por ello, como un *asunto litigioso*; de lo que se sigue que se abstendrá de pronunciarse al respecto, en lo sucesivo⁷.

Como plan de exposición, nos referiremos, en primer lugar, a la solución de la *desalineación* entre las jurisprudencias judicial y administrativa; y, en segundo lugar, a las formas de concreción de la misma (y con ocasión de estas, comentaremos el dictamen). Al final, apuntaremos nuestras conclusiones y las fuentes consultadas.

I. La solución

Aunque es una obviedad, necesario es recordarla, y tenerla presente. Entre las jurisprudencias judicial y administrativa, prima, como es lógico, la primera. Por tanto, la *desalineación* entre ellas, tiene una única solución posible: la primacía de la primera respecto de la segunda⁸.

⁵ Ya que de no serlo –lo es una y no la otra, mas igualmente pretende pronunciarse al respecto–, el problema sería otro: una contienda de competencia. A esto nos hemos referido en ROMÁN, “Dictámenes...”, *op. cit.*, pp. 389-434.

⁶ Lo que se explica, en gran parte, por el creciente número de solicitudes de pronunciamiento que particulares dirigen a la Contraloría General de la República. Por todos, véase: Guillermo JIMÉNEZ, “¿Por qué los particulares litigan en la Contraloría? La potestad dictaminante como foro de resolución de disputas”, pp. 165-192.

⁷ De acuerdo con lo previsto en el artículo 6.º de la Ley n.º 10336, Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República.

⁸ En este sentido, Eduardo Soto Kloss ha observado que, a través de sus dictámenes: “la Contraloría General de la República fija el sentido y alcance de las disposiciones legales o reglamentarias que regulan la organización y funcionamiento de los distintos servicios o entidades de la Administración del Estado, sometidos a la fiscalización de este organismo contralor. (/) Son estos dictámenes los que conforman, en definitiva, la llamada ‘jurisprudencia administrativa’, conjunto de soluciones jurídicas que se imponen dentro del ámbito de la Administración, y obligan a sus funcionarios (artículos 6º inciso final citado y 19). Cabe señalar sí, que ella no obliga ni vincula a los tribunales de justicia, para quienes esta jurisprudencia contralora no es sino una mera opinión, ilustrada, es cierto, pero mera opinión, finalmente, para el caso sometido a su conocimiento y decisión jurisprudencial”, SOTO, “Control contralor...”.

Esto se explica:

- i) *En el plano teórico*, por el hecho de que⁹:
 1. La jurisprudencia judicial importa el ejercicio de la jurisdicción; en tanto que la jurisprudencia administrativa, el ejercicio de una potestad administrativa (esto es, la potestad dictaminante o, si se quiere, la potestad interpretativa –en sede administrativa– de la ley) y
 2. La jurisprudencia judicial se expide en razón de una atribución de rango constitucional; en tanto que la jurisprudencia administrativa, en razón de una atribución de rango legal¹⁰.
- ii) *En el plano práctico*, solo por el hecho de que quien tiene la *última palabra* al respecto, en el sistema institucional chileno, es la jurisprudencia judicial, y en específico la Corte Suprema.

De ahí que no sea de extrañar que esta última magistratura, sin ambages, haya señalado:

“la Contraloría debe inclinarse frente a la jurisprudencia de los tribunales, lo que es fundamental para el orden institucional y particularmente válido cuando ésta es uniforme y permanente en el tiempo, por cuanto la jurisprudencia, con mucho mayor énfasis que en otras ramas del derecho, es fuen-

op. cit., p. 787. Asimismo, Alejandro Guzmán Brito, quien ha señalado: “Es doctrina generalmente aceptada que la interpretación proferida por un jefe de servicio dotado con la potestad de interpretar normas no obliga con ella a los tribunales de justicia, sean ordinarios, especiales o arbitrales, de manera que cuando éstos se vean en el caso de aplicar en sede jurisdiccional normas que cuentan con cierta interpretación administrativa pueden desconocerla o ignorarla y conservan plena libertad para formular las interpretaciones que les parezcan correctas a la norma de que se trate. Por cierto, pueden coincidir con el sentido de alguna interpretación administrativa existente, mas no porque deban coincidir con ella, sino porque de hecho llegaron a la misma conclusión a que se había llegado el intérprete administrativo que sea. También, en ese caso, pueden usar la interpretación administrativa con la cual coinciden como argumento de autoridad en función de reforzar sus propias conclusiones”, GUZMÁN, *op. cit.*, p. 175.

⁹ ROMÁN, “Dictámenes...”, *op. cit.*, pp. 411-412.

¹⁰ He aquí la importancia del pretendido reconocimiento constitucional de la potestad dictaminante de la Contraloría General de la República, en el marco de los procesos constitucionales recientes. En efecto, en caso de ser ella reconocida en el ámbito constitucional, se situaría en el mismo plano que la jurisdicción, propia de los tribunales; contexto en el cual la tesis de la “inclinación” de la jurisprudencia administrativa frente a la jurisprudencia judicial, al menos, perdería fuerza argumental. En este sentido, cabe recordar que la Propuesta de Nueva Constitución (del primer proceso constitucional, redactada por la denominada Convención Constitucional), en su artículo 354.1, señalaba: “Artículo 354.1.- La Contraloría General de la República podrá emitir dictámenes obligatorios para toda autoridad, funcionario o trabajador de cualquier órgano integrante de la Administración del Estado, de las regiones y de las comunas, incluyendo los directivos de empresas públicas o sociedades en las que tenga participación el Estado”.

te del derecho administrativo, por lo que si ella establece –interpretando la ley– [...], este criterio jurisprudencial constituye fuente del derecho y como tal integra el denominado bloque de la legalidad, siendo obligatoria para el ente contralor; naturaleza de la que carecen los dictámenes de la Contraloría, que son únicamente constitutivos ‘de la jurisprudencia administrativa’ como señala el artículo 6 inciso final de su Ley Orgánica”¹¹.

II. Formas de concreción

Señalado lo anterior, preciso es determinar de qué forma se concreta dicha solución (a la *desalineación* entre las jurisprudencias judicial y administrativa).

Al respecto observamos dos formas de concreción:

- A) Una, la normal, que es la *dura* (por lo que bien podríamos denominarla *hard solution*), y que se verifica mediante el control judicial de el o los dictámenes que da(n) sustento a la jurisprudencia administrativa *desalineada* con la jurisprudencia judicial, y su consecuente declaración de ilegalidad y
- B) Otra, la excepcional, que es la *blanda* (o *soft solution*), y que se verifica, ante la previsibilidad o probabilidad de dicho escenario, y a fin de precaverlo, a través del ejercicio de la potestad dictaminante por parte de la Contraloría General de la República, ya sea de oficio o en el contexto de una solicitud de pronunciamiento, para así:
 - Reconsiderar su propia jurisprudencia administrativa y *alinearla* (preventivamente) a la jurisprudencia judicial (*adoptándola*) o, bien,
 - Calificar la materia, habida consideración la *desalineación* entre las jurisprudencias judicial y administrativa, por ello, como un *asunto litigioso*, absteniéndose de pronunciarse al respecto, en lo sucesivo (y esta última es la forma que, en específico, establece el dictamen que comentaremos).

Veamos, a continuación, estas dos formas de concreción.

A) LA HARD SOLUTION

Tiene lugar toda vez que los tribunales (en especial, la Corte Suprema), en el marco de un procedimiento contencioso administrativo (por ejemplo, un recurso de protección), a instancia de un particular o de un órgano de la Administración del Estado, efectúa el control judicial de el o los dictámenes

¹¹ CORTE SUPREMA (2012), sentencia rol. n.º 2791.

de la Contraloría General de la República que da(n) sustento a la jurisprudencia administrativa *desalineada* con la jurisprudencia judicial, y declara, por ello, su ilegalidad.

Cabe destacar que esta forma de concretar la solución a la *desalineación* entre las jurisprudencias judicial y administrativa (vale decir, la primacía de la primera respecto de la segunda), tiene al menos dos inconvenientes:

- i) Es una solución un tanto *traumática*, pues importa, en mayor o menor medida, lo que algunos autores denominan *choque de trenes* (entre tribunales –en su caso, la Corte Suprema– y la Contraloría General de la República) y
- ii) Es una solución de lenta operatividad, puesto que tiene lugar, de modo habitual, luego de un periodo de tiempo, mediano o largo, singularizado por la incertidumbre jurídica que la *desalineación* entre las jurisprudencias judicial y administrativa en sí representa, así como también por el hecho de no saber cómo esta se resolverá al final (esto es: conocerá o no el tribunal requerido; y en caso de hacerlo, qué decidirá)¹².

A la luz de estos inconvenientes, se concluye que la *hard solution* debe ser, en lo posible, evitada; y ello explica el hecho que la Contraloría General de la República, últimamente, esté empleando fórmulas preventivas, en tanto pretenden precaver dicho escenario, y que hemos englobado bajo la expresión *soft solution*, que a continuación veremos.

B) LA SOFT SOLUTION

Esta ocurre cuando la Contraloría General de la República, ante la previsibilidad o probabilidad del control judicial (y la consecuente declaración de ilegalidad de el o los dictámenes que da(n) sustento a la jurisprudencia administrativa *desalineada* con la jurisprudencia judicial), y a fin de precaverlo, ejerce su potestad dictaminante, ya sea de oficio o en el contexto de una solicitud de pronunciamiento, para así:

- i) reconsiderar su jurisprudencia administrativa y *alinearla* (de forra preventiaca) con la jurisprudencia judicial (lo que llamamos “reconsideración de la jurisprudencia administrativa”) o, bien,
- ii) calificar la materia, habida consideración de la *desalineación* entre las jurisprudencias judicial y administrativa, por ello, como *asunto litigioso*, absteniéndose de pronunciarse al respecto, en lo sucesivo

¹² Esto último se ve acrecentado en nuestro medio por la ausencia de un orden jurisdiccional contencioso administrativo y de un marco normativo sistemático sobre el particular, a modo de ley de bases, ley general o cualquiera otra similar, si no derechamente un código. Cristian ROMÁN, *Curso de derecho administrativo*, parte IX: Justicia administrativa.

(lo que llamamos “calificación de la materia como asunto litigioso”).

En términos generales, respecto de la *soft solution*, podemos señalar:

- i) Se erige en una opción o alternativa respecto de la *hard solution* (y así evitar los perniciosos efectos propios de esta, antes destacados);
- ii) Su operatividad corresponde, en exclusiva, a la Contraloría General de la República, dado que es ella la que decide expedir o no el respectivo dictamen (ya sea de oficio o en el contexto de una solicitud de pronunciamiento) y
- iii) Admite dos formas (al menos, son dos las que, hasta el momento, hemos pesquisado en nuestra investigación). En efecto, dicho Ente de Control:
 - reconsidera su jurisprudencia administrativa y la *aline*a a la jurisprudencia judicial (*adoptándola*) o, bien,
 - califica la materia como *asunto litigioso* –y, en consecuencia, se abstiene de pronunciarse al respecto, en lo sucesivo–.

Ahora bien, los supuestos que pueden ser considerados por la Contraloría General de la República para emplear la *soft solution*, en cualquiera de sus variantes, se refieren a la inminencia de la *hard solution*, y son dos, en esencia:

- i) *La existencia de una DESALINEACIÓN entre las jurisprudencias judicial y administrativa*. Cabe destacar que esta *desalineación* es aún más patente:
 - *En cuanto al fondo*: cuando las posiciones evidenciadas en tal *desalineación* jurisprudencial son extremas, contradictorias o irreconciliables; en otras palabras, ellas exponen posiciones en blanco y negro, sin matices. Esto tiene lugar, por lo regular, cuando la jurisprudencia –ya sea judicial o administrativa– sirve a un rol legislativo auxiliar que desde una perspectiva doctrinal se conoce como de “innovación normativa en su grado máximo”^{13, 14}

¹³ Se trata de: “aquellos supuestos en que se descubre una laguna o antinomia o bien una imprecisión o vaguedad excesiva en un enunciado normativo que dificulta o imposibilita su aplicación. Esta situación determinará la producción de un nuevo enunciado normativo no vinculado a uno anterior –creando nuevas reglas a partir de principio, aumentando la extensión de cláusulas generales, incorporando reglas procedentes de la práctica, descubriendo principios generales del derecho, etc.– o, incluso, la necesidad de crear un mecanismo ex novo imprescindible para el adecuado cumplimiento de su misión de control de la actividad de la administración”, Diana SANTIAGO, *La jurisprudencia y su función en el ordenamiento jurídico administrativo. Un estudio desde la óptica de los principios de igualdad y seguridad jurídica*, p. 162.

¹⁴ Esto último, en todo caso, es independiente de la discusión en cuanto a si de esta forma la jurisprudencia, ya sea administrativa o judicial, excede o no sus límites. Así, por ejemplo, esta práctica ha sido abiertamente cuestionada, en relación con el derecho urbanístico, por Eduardo Soto Kloss. Véase Eduardo SOTO, “Prólogo”, pp. 19-20.

(en otras palabras, la jurisprudencia crea una regla donde, en rigor estricto, no la había).

– *En cuanto a la forma:*

- a) La jurisprudencia judicial se ha mantenido estable durante un tiempo, mediano o largo; en otras palabras, en ella, en relación con dicha materia, no se evidencian vaivenes o zigzags.
 - b) La jurisprudencia judicial al respecto no reconoce votos disidentes o, bien, estos últimos no cuentan con gran apoyo dentro del respectivo tribunal (tratándose de tribunales colegiados).
 - c) La jurisprudencia judicial es expedida por la Corte Suprema.
- ii) *Es previsible o probable el control judicial de la jurisprudencia administrativa DESALINEADA con la jurisprudencia judicial.* La Contraloría General de la República puede advertir esto a través de distintos hechos, tales como, por ejemplo, solicitudes de pronunciamiento a fin de que reconsidere su jurisprudencia administrativa (habida consideración de esa *desalineación*), la publicación de artículos de doctrina relevando esa *desalineación*, etc. O, simplemente, a través de la observación constante que ella haga de la jurisprudencia judicial; práctica que, a la luz de todo lo señalado, parece necesaria y conveniente¹⁵.

Veamos a continuación las dos formas en las que opera la *soft solution*:

- i) *Reconsideración de la jurisprudencia administrativa y*
- ii) *Calificación de la materia como asunto litigioso.*

i. Reconsideración de la jurisprudencia administrativa

Características

A este respecto, en relación con esta forma de *soft solution*, podemos señalar:

- i) Esta se concreta a través de la expedición de un dictamen por parte de la Contraloría General de la República, de oficio o en el marco de una solicitud de pronunciamiento, con el cual reconsidera su jurisprudencia administrativa, *alineándola* con la jurisprudencia judicial (la que de esta manera *adopta*), precaviendo así el control judicial sobre ella.
 - Puede hacerlo: *alineándola* sin explicitarlo, vale decir, sin referencia a dicha jurisprudencia judicial o *Alineándola* explicitándolo, lo que puede ser:

¹⁵ Cristian ROMÁN, “Citas cruzadas de jurisprudencia en el derecho administrativo chileno”.

- a través de una referencia genérica a dicha jurisprudencia judicial (en especial, a sus fundamentos), por ejemplo: “este nuevo criterio está en armonía con la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema, misma que ha tenido en consideración como fundamentos...”, o
- a través de una referencia específica a dicha jurisprudencia judicial (con individualización precisa de la(s) respectiva(s) sentencia(s)), por ejemplo: “este nuevo criterio está en armonía con la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema contenida en las sentencias roles N°s 1-2025, 2-2025...”¹⁶.
- ii) De esta manera, la jurisprudencia judicial así *adoptada* por la jurisprudencia administrativa adquiere efectos generales, en los términos que singulariza a los dictámenes (esto es, respecto de todos los órganos de la Administración); fenómeno que, en otra oportunidad, hemos denominado “efecto caja de resonancia”¹⁷.
- iii) Así se pone término, en cuanto se relacione con este asunto, a la *desalineación* entre las jurisprudencias judicial y administrativa; de lo que se sigue que la impugnación judicial respecto de esta última (esto es, respecto de el o los dictámenes que le da(n) sustento), por tal motivo, ya resulta inviable (evitándose así la *hard solution*). En efecto, de mala manera, los tribunales podrían declarar la ilegalidad de la jurisprudencia administrativa si ella se encuentra *alineada* con la jurisprudencia judicial.

Origen

El origen de esta forma de concretar la *soft solution* (o, al menos, el primer caso en que pudimos constatarla), fue el dictamen de la Contraloría General de la República n.º 24.731-2019¹⁸ (relativo al plazo de prescripción de las infracciones administrativas cuando la ley sectorial nada dice al respecto).

¹⁶ Esta última distinción es relevante, pues en esta segunda hipótesis (y en especial en la segunda clase de esta), la Contraloría General de la República: (i). reconoce, en forma más o menos manifiesta, que su jurisprudencia administrativa está subordinada a la jurisprudencia judicial y (ii). *ata* su jurisprudencia administrativa a la jurisprudencia judicial citada (y con ello a los vaivenes o zigzags propios de esta). Así, si dicha jurisprudencia judicial cambia, ello podría afectar la motivación de tal dictamen, produciendo de esta forma una suerte de “decaimiento” del mismo. Por esta y por otras razones, en otra oportunidad cuestionamos esta práctica, que denominamos “citas cruzadas de jurisprudencia”. Véase ROMÁN, “Citas cruzadas...”, *op. cit.*

¹⁷ ROMÁN, “El plazo...”, *op. cit.*, pp. 300-301.

¹⁸ Texto íntegro de este dictamen lo hemos transcrito en el anexo A.

Veamos al menos brevemente dicho dictamen a continuación.

- *Materia*: en términos muy sencillos, pero vinculados con la prescripción de las infracciones administrativas, cuando la ley sectorial nada dice al respecto, y en el entendido de que rige el principio de prescripción¹⁹, se suscitó una interesante discusión en cuanto a qué norma aplicar de modo supletorio. Al respecto existieron al menos dos interpretaciones: la primera proponía aplicar como complemento el *Código Penal*, en lo relativo a las faltas (artículo 94, seis meses); y la segunda, aplicar de forma auxiliar el *Código Civil*, en específico la regla general (artículo 2515, cinco años)²⁰.

Pues bien, al respecto la Contraloría General de la República, en 2005, optó por la primera²¹; mas, en 2019, a través de este dictamen, cambiando su jurisprudencia administrativa, optó por la segunda.

- *Fundamento*: cabe, entonces, preguntarse: ¿qué motivación tuvo este dictamen que introdujo este gran cambio jurisprudencial, que modificó una jurisprudencia administrativa que perduró por catorce años, y que, además, aumentó el plazo de prescripción de las infracciones administrativas en tales casos de forma tan ostensible (de seis meses a cinco años)?

Conforme planteamos en otra oportunidad²², a nuestro juicio, el fundamento elaborado por la Contraloría General de la República en este dictamen era más bien aparente o de “fachada”. Este, en términos muy simples, fue el siguiente: el derecho administrativo es hoy suficientemente garantista; así ya no es necesario aplicarle de forma supletoria el *Código Penal*; pero luego hace lo propio con el *Código Civil*. Y a continuación agrega que tal conclusión “resulta coherente” con la nueva jurisprudencia de la Corte Suprema sobre esta materia (la aplicación supletoria del *Código Civil* –artículo 2515, cinco años–), misma que cita con profusión. En lo pertinente, este dictamen señaló:

¹⁹ Esto por la declaración efectuada tanto por el Tribunal Constitucional, la Corte Suprema y la Contraloría General de la República, en orden a que los principios del orden penal aplican al derecho administrativo sancionador con matices. Por todas, véase: TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (1996), sentencia rol n.º 244; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2006), sentencia rol n.º 479, TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2006), sentencia rol n.º 480 y TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2013), sentencia rol n.º 2264.

²⁰ Otra, ecléctica, ha sido aplicar la norma de prescripción de los delitos (cinco años), a partir del artículo 94 del *Código Penal*. Aunque con poco sustento jurisprudencial.

²¹ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (2005), dictamen n.º 14.571-2005.

²² ROMÁN, “El plazo...”, *op. cit.*, pp. 291-314.

“Descartada la necesaria aplicación de las normas y principios del Derecho Penal al ejercicio de la potestad sancionatoria de la Administración para alcanzar la finalidad garantista que la justificaba, resulta menester entonces acudir al Derecho común en aquellas materias no reguladas por el Derecho Administrativo, el que en nuestro caso corresponde al Código Civil.

La conclusión anterior resulta coherente con diversos pronunciamientos de la Excm. Corte Suprema en que no se considera al Derecho Penal o al Derecho Procesal Penal como parte del derecho común, puesto que los primeros son disciplinas especiales con relación al último, atendido, entre otros aspectos, la particularísima función social que desempeñan.

Atendido lo anterior, ese máximo tribunal ha concluido que [...]

Por las razones expuestas, atendida la falta de una norma que regule el plazo de prescripción de la responsabilidad por infracciones administrativas, procede aplicar el plazo general de prescripción de 5 años establecido en el artículo 2.515 del Código Civil, contados desde el momento que se comete la infracción.

En los términos expuestos se complementan los dictámenes N°s 28.182, de 2015 y 26.724, de 2016, de este origen, y se reconsideran los dictámenes N°s. 59.466, de 2015 y 26.202, de 2017, y toda la jurisprudencia vigente en el sentido antes expuesto.

Finalmente, en resguardo del principio de seguridad jurídica, este nuevo criterio solo generará efectos para el futuro, sin alcanzar a las infracciones que ya prescribieron conforme al criterio sustituido (aplica criterio de los dictámenes N°s. 17.500, de 2016 y 3.263, de 2019, entre otros)”.

Por tanto, el fundamento elaborado por la Contraloría General de la República fue aparente o de “fachada”, siendo el verdadero la nueva jurisprudencia judicial de la Corte Suprema o, si se quiere, el *alinearse* con ella. Por ello, en otra oportunidad, asociado con este dictamen señalamos:

“nos parece que los *fundamentos* propios de la Contraloría General de la República contenidos en este dictamen son insuficientes y contradictorios. Siendo así: ¿Cuáles han sido los verdaderos fundamentos de éste? Pues bien, nos parece que, en defecto de ellos, lo han sido los que hemos llamado *fundamentos de ratificación*, esto es, la actual jurisprudencia de la Corte Suprema. Por tanto, los *fundamentos de ratificación*, en rigor estricto, no son tales (no ratifican) sino que son los verdaderos (y únicos). Así, prescindiendo de los fundamentos propios, habría bastado con que el dictamen hubiese señalado: ‘reconsideramos nuestra jurisprudencia administrativa en esta materia para alinearnos con la actual jurisprudencia judicial de la Corte Suprema’ o, si se quiere, ‘nos inclinamos *motu proprio* ante la jurisprudencia judicial de la Corte Suprema’. Atendido lo anterior, pareciera que los fundamentos propios son una suerte de ‘fachada’, a fin de ocultar que la Contraloría General de la República ha procedido de esta manera”²³.

²³ ROMÁN, “El plazo...”, *op. cit.*, pp. 299-300.

En otras palabras, la Contraloría General de la República reconsideró su jurisprudencia administrativa, *alineándola* a la jurisprudencia judicial, en forma explícita, y con referencia genérica a esta última; aunque ocultándolo al agregar otros fundamentos, los propios, que eran insuficientes y contradictorios, y que, por ello, llamamos “de fachada”. En suma, la finalidad seguida por aquella, con este dictamen, no fue otra que precaver lo que hemos llamado *hard solution*, que en este caso y en ese momento era inminente.

– *Inminencia de la hard solution*: en este caso y en ese momento, se evidenciaba por:

- i) En cuanto a la *desalineación*: ya que, en 2019, mientras la Contraloría General de la República mantenía su jurisprudencia histórica, en cuanto a que cabía aplicar como suplemento el *Código Penal*, en específico el plazo de las faltas penales (seis meses); la Corte Suprema, luego de vaivenes o zigzags, había uniformado su jurisprudencia en relación con esta materia aplicando dicha cualidad de suplemento al *Código Civil*, en específico el plazo general (cinco años). Así, a este respecto había una *desalineación* entre las jurisprudencias judicial y administrativa; y que, además, era patente, pues la jurisprudencia judicial era de la Corte Suprema y se mantenía estable durante ya un buen tiempo y sin votos disidentes.
- ii) *En cuanto a la previsibilidad o probabilidad del control judicial de la jurisprudencia administrativa desalineada con la jurisprudencia judicial*: ya que al respecto se había efectuado una solicitud de pronunciamiento a la Contraloría General de la República por parte de un órgano de la Administración, en lo relativo a su ley sectorial (la Unidad de Análisis Financiero); en cuya virtud se expide este dictamen. Tal solicitud, entendemos, era indiciaria, por una parte, de la inconveniencia observada por este en la aplicación a su respecto de la jurisprudencia administrativa entonces vigente –el plazo de seis meses– (en especial, a la luz de la solución establecida entonces por la jurisprudencia judicial –el plazo de cinco años–) y, por otra, de la muy probable impugnación judicial que dirigiría en contra del dictamen que dicho ente de control expidiera a su respecto, en tanto reiterara tal jurisprudencia administrativa.

Ventajas

Cabe observar que esta forma de concretar la *soft solution* al problema de la *desalineación* entre las jurisprudencias judicial y administrativa, por parte de

la Contraloría General de la República, es muy novedosa y aconsejable. Ello, conforme sostuvimos en otra oportunidad:

“por al menos tres razones: (a).- Evita que la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República y la jurisprudencia judicial de la Corte Suprema estén desalineadas [...]; (b).- Evita el conflicto institucional que importaría la revisión judicial de los dictámenes de la Contraloría General de la República y su eventual anulación por ilegales (situación que por su gravedad bien puede ser calificada como ‘choque de trenes’); y (c).- Dota de fuerza vinculante a la jurisprudencia de la Corte Suprema en los términos que singulariza a la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República en relación a los órganos de la Administración. (/) Y tan buena práctica la estimamos que creemos que la Contraloría General de la República no sólo debiera emplearla profusamente en lo sucesivo sino que, además, explicitarla (no emplear fundamentos ‘de fachada’ para esconderla), de suerte tal que cualquier persona u órgano de la Administración puedan solicitarle su ejercicio, esto es, que reconsidere su jurisprudencia administrativa en una determinada materia con el solo fundamento de que ésta se encuentra desalineada con la jurisprudencia judicial de la Corte Suprema”²⁴.

En suma, estimamos que esta forma de concretar la *soft solution* puede operar vinculada con cualquiera otra materia en el que se den los supuestos para su ejercicio, ya sea de oficio o, incluso, a requerimiento de particulares; no obstante, siempre y en todo caso, tal decisión corresponderá de modo exclusivo y excluyente a la Contraloría General de la República. En otras palabras, a esta le incumbirá decidir: o no hacer nada (en cuyo caso, es muy probable que opere la *hard solution*), o hacer algo, esto es, aplicar la *soft solution*: reconsiderando como medida preventiva su jurisprudencia administrativa, *alineándola* con la jurisprudencia judicial, o calificando la materia (en la que se verifique la *desalineación* entre las jurisprudencias judicial y administrativa), por ello, como un *asunto litigioso*; opción esta última que a continuación veremos.

ii. Calificación de la materia como asunto litigioso

Características

A este respecto, asociado con esta forma de *soft solution*, podemos señalar:

- i) Esta se concreta a través de la expedición de un dictamen por parte de la Contraloría General de la República, de oficio o en el marco de una solicitud de pronunciamiento, con el cual califica la ma-

²⁴ ROMÁN, “El plazo...”, *op. cit.*, pp. 300-301.

- teria, en la que se verifica la *desalineación* entre las jurisprudencias judicial y administrativa, por ello, como *asunto litigioso*; razón por la cual se abstendrá de pronunciarse al respecto, en lo sucesivo.
- ii) Así pone término a la *desalineación* entre las jurisprudencias judicial y administrativa; resultando ya inviable impugnar esta última (en específico, el o los dictámenes que le daba(n) sustento), evitándose así la *hard solution*. En efecto, con tal calificación la jurisprudencia administrativa sobre esa materia (*desalineada* con la jurisprudencia judicial) pierde, en los hechos, su fuerza vinculante, ya que la Contraloría General de la República no volverá a reiterarla.
 - iii) El dictamen que califica dicha materia como un *asunto litigioso*, en razón de la *desalineación* entre las jurisprudencias judicial y administrativa, por cierto, no la resuelve, sino que establece –implícitamente– que corresponderá hacerlo a los tribunales, en el ejercicio de la jurisdicción, y como es propio de esta, caso a caso, y con efectos singulares (pudiendo estos, además, si se les requiriera, pronunciarse sobre temas conexos).

Origen

El origen de esta forma de concretar la *soft solution* (o, al menos, el primer caso en que pudimos constatarla), fue el dictamen de la Contraloría General de la República n.º E561358-2024^{25, 26} (relativo a la aplicación del principio de la confianza legítima respecto de los funcionarios públicos a contrata), sobre el cual versa este comentario.

Consideremos un somero análisis de dicho dictamen a continuación.

- *Materia*: se refiere a la aplicación del principio de la confianza legítima respecto de los funcionarios públicos a contrata, en especial al número de renovaciones necesarias para ello. Para la Contraloría General de la República, conforme a su jurisprudencia administrativa, se precisaban dos renovaciones, y lo mismo había establecido la Corte Suprema; si bien esta última, recientemente, había cambiado su jurisprudencia, exigiendo cinco renovaciones. De esta forma, se había verificado una *desalineación* entre las jurisprudencias judicial y administrativa.

²⁵ Texto íntegro de este dictamen lo hemos transcrito en el anexo B.

²⁶ Sobre la novedad de este criterio, téngase presente aquellos seguidos, históricamente, al respecto por la Contraloría General de la República. Por todos, véase Sofía CISTERNA, “Algunas notas en relación con el alcance del “asunto litigioso” como causal de abstención de a potestad dictaminadora de la Contraloría General de la República”, pp. 287-318.

- *Fundamento:* en lo medular, el dictamen:
 - i) *Reconoce que, se ha producido una desalineación entre las jurisprudencias judicial y administrativa.* En el fondo, señala:

“Conforme lo han determinado los dictámenes N°s 22.766 y 85.700, ambos de 2016, 6.400, de 2018 y E156769, de 2021, todos de esta Contraloría General, las continuas renovaciones de las contrataciones –desde la segunda al menos–, generan en los servidores la confianza legítima de que tal práctica será reiterada en el futuro.

En similar sentido se pronunció la Excma. Corte Suprema en las causas roles N°s 38.681-2017, 15.122-2018 y 161.254-2022, entre otras, en orden a que el plazo necesario para dar lugar a la confianza legítima, en el caso de las personas designadas a contrata, era de dos años.

Sin embargo, con posterioridad ese Tribunal Superior de Justicia, en un criterio unificador de su jurisprudencia, ha sostenido en las causas roles N°s 26.112-2023, 26.131-2023, 26.196-2023, 26.279-2023 y 26.301-2023, entre otras, que el referido principio opera después de cinco años de servir en la apuntada modalidad. En el mismo sentido se ha concluido en fallos más recientes, como ocurre, por ejemplo, con las causas roles N°s 26.112, 26.131, 26.196, 26.279 y 26.301, todas de 2023, de la Excma. Corte Suprema”.

Conforme observamos, el dictamen pone de relieve que, durante un tiempo, sobre esta materia, hubo una *alineación* entre las jurisprudencias judicial y administrativa; aunque, con posterioridad, una *desalineación*. Asimismo, destaca que esta última es patente, pues, en cuanto al fondo, las posiciones son contrapuestas (una plantea dos renovaciones, y la otra, cinco); y en cuanto a la forma, la jurisprudencia judicial ha sido expedida por la Corte Suprema y se ha mantenido estable (sin vaivenes o zigzags).

- ii) *Precisa que tal materia es un asunto litigioso no por ser judicializable, sino que por existir al respecto una desalineación entre las jurisprudencias judicial y administrativa.* En lo esencial, señala:

“Al respecto, debe anotarse que el solo hecho de tratarse de aspectos susceptibles de ser debatidos en sede judicial no constituye un fundamento para atribuirle necesariamente tal carácter, comoquiera que, en definitiva, toda cuestión puede ser objeto, eventualmente, de discusión en el ámbito jurisdiccional (aplica dictamen N° E417326, de 2023, de este origen).

No obstante, atendido el actual y reiterado criterio de la Excma. Corte Suprema y lo planteado por la jurisprudencia administrativa de esta Contraloría General, antes citada, en relación con el plazo de la vinculación funcional que daría origen a la confianza legítima, se advierte que tal materia devino en litigiosa.

Ello, toda vez que, por una parte, la pretensión de los recurrentes en este tipo de asuntos es que se declare que a su respecto se ha configurado la confianza legítima, atendido el lapso de su desempeño a contrata, y por

otra, que las respectivas entidades públicas han entendido, en contrapartida, que a dichos servidores no les asiste tal protección, dando lugar a una controversia cuya resolución compete a los Tribunales de Justicia, lo cual se confirma, además, por las múltiples acciones jurisdiccionales intentadas y actualmente en curso”.

A medida que avanzamos, el dictamen entiende que la existencia de la *desalineación* sobre esta materia entre las jurisprudencias judicial y administrativa (que, en este caso, además, es patente, según hemos destacado), permite calificarla como *asunto litigioso*. Y precisa, expresamente, que tal calificación no es porque se trate de una materia judicializable, en los términos que señala, sino porque existe tal *desalineación*.

Ahora bien, necesario es precisar que la materia respecto de la cual se verifica la *desalineación*, que fundamenta su calificación como *asunto litigioso*, conforme indica el dictamen, consiste en: “el plazo de la vinculación funcional que daría origen a la confianza legítima”; empero luego agrega:

“Ello, toda vez que, por una parte, la pretensión de los recurrentes en este tipo de asuntos es que se declare que a su respecto se ha configurado la confianza legítima, atendido el lapso de su desempeño a contrata, y por otra, que las respectivas entidades públicas han entendido, en contrapartida, que a dichos servidores no les asiste tal protección”.

Y a partir de esto último podría entenderse que la materia calificada como *asunto litigioso* va más allá del tema del “plazo” (o, mejor dicho, el número de renovaciones necesarias), comprendiendo, incluso, la aplicabilidad o no del principio de la confianza legítima, con los efectos que se le han atribuido, respecto de los funcionarios públicos a contrata.

Estimamos que ello no es así. Al efecto, distinguimos entre, por un lado, la materia respecto de la cual se verifica la *desalineación* entre las jurisprudencias judicial y administrativa, y que ha permitido a la Contraloría General de la República calificarla como *asunto litigioso* y, por otro, el conflicto del que conocen (y conocerán) en relación con dicha materia los tribunales. Así, en este caso, la materia se refiere al “plazo” o, si se quiere, al número de renovaciones necesarias para que aplique el principio de la confianza legítima, con los efectos que se le han atribuido, respecto de los funcionarios públicos a contrata; mientras que el conflicto se refiere a lo anterior, aunque bien puede excederlo, pudiendo los tribunales, si les fuera requerido, pronunciarse, además, sobre temas conexos, tal como, por ejemplo, sin vacilaciones la aplicación o no de dicho principio, en tales términos, a esos funcionarios públicos.

- iii) *Concluye que, por tanto, siendo un asunto litigioso, corresponde se abstenga de informar, en lo sucesivo.* En lo medular, señala:

“De este modo, y teniendo presente lo dispuesto en el citado artículo 6°, inciso tercero, de la ley N° 10.336, que impide a esta Entidad Fiscalizadora emitir pronunciamiento en aquellos casos en que se plantea un asunto de naturaleza litigiosa, corresponde que, en lo sucesivo, se abstenga de resolver sobre la apuntada materia”.

Conforme vamos progresando, el dictamen, en esta parte, establece la conclusión obvia de la calificación de una materia como *asunto litigioso*: la Contraloría General de la República se abstendrá de pronunciarse al respecto, en lo sucesivo. Y, aunque no lo dice, pero es obvio: ello corresponderá a los tribunales de justicia. Con todo, cabe precisar que estos últimos podrán no solo resolver, en el ejercicio de la jurisdicción (y con las características que le son propias: caso a caso, y con efectos relativos), el tema del “plazo” o, si se quiere, el número de renovaciones necesarias para que aplique el principio de la confianza legítima, con los efectos que se le han atribuido, respecto de los funcionarios públicos a contrata, sino que, si así se les requiriera, excediéndolo, además, temas conexos, tal como, por ejemplo, sin rodeos la aplicación o no de dicho principio, en tales términos, a esos funcionarios públicos.

- *Inminencia de la hard solution*: esto, en este caso y en ese momento, se evidenciaba por:
 - i) *En cuanto a la desalineación*: ya que esta era observable con nitidez al menos un año antes, tal como tuvimos oportunidad de ponerlo de relieve en nuestra exposición “Los cambios jurisprudenciales en el Derecho Administrativo”, presentada en las IV Jornadas de Teoría y Praxis del Derecho (2023). En efecto, como un ejemplo de la *desalineación* entre las jurisprudencias judicial y administrativa, señalamos:

“Número de renovaciones sucesivas para generar confianza legítima en el funcionario público a contrata. La Contraloría General de la República había establecido la tesis de que para ello eran necesarias dos renovaciones sucesivas²⁷; tesis a la que se plegó, con cita expresa a dicha jurisprudencia administrativa, la Corte Suprema²⁸. A pesar de ello, recientemente, esta última,

²⁷ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (2018), dictamen n.° 8.764-2018.

²⁸ CORTE SUPREMA (2017), sentencia rol n.° 38.681-2017. Al efecto, sostuvo: “Octavo: Que en la actualidad, es un verdadero axioma que si una relación a contrata excede los dos años y se renueva reiteradamente una vez superado ese límite, se transforma en una relación indefinida, conforme al principio de confianza legítima que la Contraloría General de la República comenzó a aplicar decididamente con ocasión del Dictamen N° 85.700, de 28 de noviembre de 2016, cuya normativa cubre, entre otros, a los funcionarios designados en empleos a contrata regidos por la Ley N° 18.884. (/) Noveno: Que el artículo 10 de la Ley N° 18.834, sostiene que los empleos a contrata durarán como máximo hasta el 31 de diciembre de ca-

cambiando su jurisprudencia, ha establecido que para ello se precisa, ya no dos, sino que cinco renovaciones sucesivas²⁹. Es así como hoy se observa una ‘desalineación’ sobre este punto de derecho entre las jurisprudencias judicial y administrativa”³⁰.

Destaquemos, además, que esta *desalineación* era ya, en esa época, patente, pues la jurisprudencia judicial de la Corte Suprema se mantenía estable durante ya un buen tiempo y sin votos disidentes.

- ii) *En cuanto a la previsibilidad o probabilidad del control judicial de la jurisprudencia administrativa desalineada con la jurisprudencia judicial*: aunque el dictamen no hace referencia a alguna solicitud de pronunciamiento a fin de reconsiderar su jurisprudencia administrativa sobre esta materia por estar *desalineada* con la jurisprudencia

da año y que quienes los sirvan expirarán en sus funciones en esa oportunidad, por el sólo ministerio de la ley, es decir, por la expiración del tiempo de designación, esto es, para el periodo que media entre la contratación y el 31 de diciembre, debiéndose ejercer la facultad de prorrogar una contrata, según el contenido del Dictamen antes citado, con al menos treinta días de anticipación al vencimiento del plazo, lo que se traduce en un límite temporal para que el jefe de servicio determine la no renovación del vínculo a través de la dictación del respectivo acto administrativo en aquellos casos en que se hubiere generado la confianza legítima en la renovación del vínculo, o resuelva renovarlo por un lapso menor a un año o en un grado o estamento inferior. En este sentido, cuando se haya generado en el funcionario la confianza legítima de que será prorrogada o renovada su designación a contrata que se extendió hasta el 31 de diciembre, el acto administrativo que materialice alguna de las decisiones referidas deberá dictarse a más tardar el 30 de noviembre del respectivo año y notificarse según lo disponen los artículos 45 a 47 de la Ley N° 19.880, acto administrativo que además deberá dar cumplimiento a lo dispuesto en su artículo 11, es decir, exteriorizar los fundamentos de hecho y de derecho por tratarse de actos que afectan potestades particulares; y a su artículo 41 inciso cuarto, que obliga a que las resoluciones finales contendrán la decisión que será fundada, de forma que los actos administrativos en que se materialice la decisión de no renovar una designación, de hacerlo por un lapso menor a un año o en un grado o estamento inferior, o la de poner término anticipado a ella, deberán contener el razonamiento y la expresión de los hechos y fundamentos de derecho en que se sustenta”.

²⁹ CORTE SUPREMA (2023), sentencia rol n.º 26112-2023. Al efecto, sostuvo: “Pues bien, en busca de un criterio unificador, esta Corte ha considerado establecer el plazo de cinco años, que se estima es un periodo prudente para que la Administración evalúe íntegramente no sólo el desempeño del funcionario sino que, además, estudie la necesidad de seguir contando con el cargo que sirve la persona, por cuanto existe una real necesidad del servicio de contar con una persona que desempeñe las funciones específicas que motivaron la dictación del acto administrativo que determinó el inicio del vínculo con la Administración”.

³⁰ ROMÁN, “Los cambios...”, *op. cit.* Asimismo, en los apuntes de nuestro curso de Derecho Administrativo impartido en 2023 en la Universidad de Chile sostuvimos: “Cabe destacar que la Corte Suprema en una sentencia del pasado día viernes 31 de marzo de 2023, ha cambiado el criterio, estableciendo que el plazo para adquirir la confianza por parte del funcionario público a contrata es de 5 años”, ROMÁN, *Curso...*, *op. cit.*, p. 56.

dencia judicial (por lo pronto, se expide de oficio), sí releva la existencia de posiciones diametralmente contrapuestas al respecto hechas valer por las partes (Administración y funcionarios públicos a contrata); y estas se refieren no solo al “plazo” o, si se quiere, al número de renovaciones para que opere el principio de la confianza legítima, con los efectos que se le han atribuido, respecto de los funcionarios públicos a contrata, sino que, también, de forma directa a la aplicación o no de dicho principio, en tales términos, a estos últimos; revelando, de esta forma, que la Contraloría General de la República sí consideraba previsible o probable el control judicial de su jurisprudencia administrativa.

Ventajas

Esta forma de *soft solution* tiene las ventajas propias de tal recurso: evita la ocurrencia de la *hard solution* (con sus perniciosos efectos, antes señalados). Asimismo, cabe destacar que reafirma con mucha nitidez la primacía de la jurisprudencia judicial por sobre la jurisprudencia administrativa, ya que, dada la calificación de la materia, en la que se ha observado la *desalineación* entre las jurisprudencias judicial y administrativa, como *asunto litigioso* por parte de la Contraloría General de la República, esta se abstendrá de pronunciarse al respecto, en lo sucesivo; lo que deberán hacer los tribunales (huelga destacar que esto lo harán sin tener que reparar en la jurisprudencia administrativa que alguna vez *adoptaron*, citándola, o, si se quiere, sin tener que “pensarlo dos veces” a ese respecto, pues esta ha perdido fuerza vinculante, en tanto, como consecuencia de dicha calificación, ya no volverá a ser reiterada por dicho ente de control³¹).

³¹ Sobre las citas cruzadas de jurisprudencia en el derecho administrativo chileno véase: ROMÁN, “Los cambios...”, *op. cit.*; ROMÁN, “Citas cruzadas...”, *op. cit.* En este último, al cuestionar lo que llamamos las citas cruzadas de jurisprudencia en el derecho administrativo, sostuvimos: “esta práctica presenta al menos dos inconvenientes que preciso es destacar. En primer lugar, de una u otra manera, petrifica la jurisprudencia ajena citada, y en segundo lugar, de una u otra manera, ata al tribunal/Contraloría que citó la jurisprudencia ajena, a los cambios que esta última experimente. Inconvenientes que el tribunal/Contraloría, estimamos, antes de efectuar la cita cruzada de jurisprudencia ajena, debe necesariamente considerar y ponderar. [...] Ahora bien, el primer inconveniente en este caso es: ¿Puede la Corte Suprema cambiar su jurisprudencia en relación a esta materia? Ciertamente, sí. Aunque deberá tener claro que si lo hace, ello incidirá en la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República, lo que podría constituirse en un acicate o aguijón (una suerte de nudge) a fin de que no lo haga. (Con todo, la petrificación, como inconveniente de la cita cruzada de jurisprudencia, es más patente si la cita fuera al revés, vale decir, la Corte Suprema cita a la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República: ¿Puede esta última cambiar su jurisprudencia?) Y el segundo inconveniente en este caso es: Si la Corte Suprema

Diferencias y similitudes

En este contexto, podemos reconocer al menos tres diferencias entre estas dos formas de *soft solution*, es decir, entre la “reconsideración de la jurisprudencia administrativa” (estudiada en el acápite anterior) y la “calificación de la materia como asunto litigioso” (estudiada en este). A saber:

- i) *En cuanto a si la Contraloría General de la República resuelve o no la materia.* En la primera, la Contraloría General de la República resuelve la materia, al *alinearse* su jurisprudencia administrativa con la jurisprudencia judicial; mientras que, en la segunda, no, pues, al declararla como *asunto litigioso*, se abstendrá de pronunciarse al respecto, en lo sucesivo (correspondiéndole, por tanto, a los tribunales hacerlo).
- ii) *En cuanto a la fuerza vinculante de la resolución final de la materia.* En la primera, la materia se resuelve con los efectos generales propios de los dictámenes (esto es, respecto de los órganos de la Administración), al *alinearse* la jurisprudencia administrativa con la jurisprudencia judicial, o si se quiere, con la *adopción* de esta última por la primera (fenómeno que hemos denominado “efecto caja de resonancia”); mientras que en la segunda, la resolución de la materia (que no realiza la Contraloría General de la República, sino que los tribunales), no tendrá los efectos generales antes apuntados, sino que solo aquellos que singularizan al ejercicio de la jurisdicción (vale decir, caso a caso, y con efectos relativos).
- iii) *En cuanto a la dinámica entre la potestad dictaminante (de la Contraloría General de la República) y la jurisdicción (de los tribunales).* En la primera, corren por carriles separados, y coinciden solo en el dictamen mediante el cual la jurisprudencia administrativa se *alinea* con la jurisprudencia judicial, *adoptándola*, produciéndose desde entonces, entre ambas, una completa sincronía; mientras que en la segunda, bien podríamos decir que la jurisprudencia administrativa ya no corre, pues, al declarar la materia, en la cual se observa la *desalineación* entre las jurisprudencias judicial y administrativa, como *asunto litigioso*, dicho ente de control se abstendrá de pronunciarse al respecto, en lo sucesivo (en este contexto, estimamos, debiera producirse una suerte “dictaminización” de la ju-

cambia su jurisprudencia judicial, misma que la Contraloría General de la República ha citado como fundamento esencial de dicho dictamen: ¿Está esta última obligada a cambiar su jurisprudencia, a fin de volver a “alinearse” con la nueva jurisprudencia judicial? Y en el caso de una respuesta afirmativa, si la jurisprudencia judicial experimenta zigzagueos (como lo es habitual): ¿La jurisprudencia administrativa debe seguir igualmente esos zigzagueos?”.

risdicción, en cuanto se pronuncie sobre esta materia, en el sentido de que los tribunales –tal como la Contraloría General de la República, al dictaminar– deberán observar, muy especialmente, su precedente jurisprudencial; y si lo cambian, hacerlo con una fundamentación reforzada)³².

Asimismo, hay un aspecto coincidente entre estas dos formas de *soft solution*: la impugnación judicial del respectivo dictamen es inviable. En el primer caso, respecto del dictamen que *aline*a la jurisprudencia administrativa con la jurisprudencia judicial, pues es dudoso que los tribunales declaren su ilegalidad, pues eso importaría hacer lo propio, de forma oblicua, con la jurisprudencia judicial. En el segundo caso, respecto del dictamen que califica la materia, en la que se verifica una *desalineación* entre las jurisprudencias judicial y administrativa, por ello, como *asunto litigioso*, pues es dudoso que los tribunales declaren su ilegalidad si se tiene en consideración que, a través de él, el ente de control reconoce abiertamente la primacía de la jurisprudencia judicial por sobre la jurisprudencia administrativa. Con todo, a mayor abundamiento, en relación con este último caso, valoramos que el control judicial sí podría tener lugar conectado con la existencia de tal *desalineación*; en cambio no así en el caso de que tal *desalineación* permita calificar a la materia en la que ella se verifica como *asunto litigioso*, pues lo contrario importaría una vulneración a la autonomía constitucional de la Contraloría General de la República³³ (en efecto, si así aconteciera, se le estaría forzando a pronunciarse sobre una materia que, en su interpretación, es un *asunto litigioso*, y que, por ello, por mandato legal expreso, debe abstenerse de hacerlo).

Conclusiones

A modo de conclusión, podemos destacar:

- i) La *alineación* y *desalineación* entre las jurisprudencias judicial y administrativa asociadas a una determinada materia, es una constante. Entre ellas, prima, en orden lógico, la primera respecto de la

³² Sobre la necesidad de permanencia de la jurisprudencia en el derecho administrativo, véase ROMÁN, “Los cambios...”, *op. cit.* Asimismo, cabe destacar que, en materia de derecho administrativo, hemos observado ya este fenómeno, en especial en la Tercera Sala de Corte Suprema, en el ámbito de ministros, evidenciado en lo que hemos denominado “constancias individuales de cambio de criterio”. Sobre este particular, véase Cristian ROMÁN, “Constancias individuales de cambio de criterio en recientes sentencias de la Corte Suprema relativas al derecho administrativo”, pp. 227-241.

³³ *Constitución Política de la República*, artículo 98, inciso 1°.

segunda; en otras palabras, la jurisprudencia administrativa se debe “inclinarse” frente a la jurisprudencia judicial. Ahora bien, en cuanto a la forma de concretar esa solución, reconocemos dos formas: la *hard solution*, que consiste en el control judicial de el o los dictámenes que da(n) sustento a la jurisprudencia administrativa *desalineada* con la jurisprudencia judicial, y su consecuente declaración de ilegalidad; y la *soft solution*, en cuya virtud se busca evitar y precaver ese escenario, y que consiste en el ejercicio por parte de la Contraloría General de la República de su potestad dictaminante, a fin de *alinearse* su jurisprudencia administrativa con la jurisprudencia judicial (“reconsideración de la jurisprudencia administrativa”) o calificar la materia, en la cual se evidencia la *desalineación* entre las jurisprudencias judicial y administrativa, por ello, como *asunto litigioso* (“calificación de la materia como asunto litigioso”).

- ii) El dictamen en comento establece esta última: constata que, en relación con cierta materia (el “plazo” o el número de renovaciones necesarias para que opere el principio de la confianza legítima, con los efectos que se le han atribuido a los funcionarios a contrata), se ha producido una *desalineación* entre la jurisprudencia judicial y administrativa, y, por ello, la califica como *asunto litigioso*; razón por la cual se abstendrá de pronunciarse al respecto, en lo sucesivo. De esta forma se pone término a la *desalineación* jurisprudencial, pues el ente de control no reiterará su jurisprudencia administrativa; en tanto que su resolución corresponderá a los tribunales, en el ejercicio de la jurisdicción, esto es, caso a caso, y con efectos singulares, e, incluso, pudiendo pronunciarse, en la medida que les sea requerido, sobre otras cuestiones conexas (entre ellas, sin ambages sobre la aplicación o no de dicho principio, en tales términos, respecto de esos funcionarios públicos).

ANEXO

(A) Dictamen de la Contraloría General de la República N° 24.731-2019 (de 12 de septiembre de 2019)

N° 24.731 Fecha: 12-IX-2019

El Director de la Unidad de Análisis Financiero –UAF– requiere a esta Contraloría General que se complemente el dictamen N° 26.724, de 2016, en el sentido de establecer el plazo de prescripción de la acción para perseguir las infracciones al artículo 3° de la ley N° 19.913, que crea la Unidad de Análisis Financiero y modifica diversas disposiciones en materia de lavado y blanqueo de activos.

Al respecto, el artículo 1° del citado cuerpo legal preceptúa que la UAF es un servicio público descentralizado, que tiene por objeto prevenir e impedir la utilización del sistema financiero y de otros sectores de la actividad económica para la comisión de alguno de los delitos descritos en su artículo 27 y en el artículo 8° de la ley N° 18.314, que determina conductas terroristas y fija su penalidad.

Luego, las letras b), f) y j) del artículo 2° de la referida ley N° 19.913, le confieren a ese organismo, entre otras atribuciones y funciones, las de solicitar antecedentes a cualquiera de los sujetos indicados en su artículo 3°, para desarrollar o completar el análisis de una operación sospechosa que haya sido previamente reportada a la UAF o detectada por esta; impartirles instrucciones de aplicación general para el adecuado cumplimiento de las obligaciones establecidas en el Párrafo 2° de su Título I, pudiendo en cualquier momento verificar su ejecución; e imponer las sanciones administrativas que establece ese texto legal.

Además, su artículo 3° obliga a los sujetos que consigna a informar sobre operaciones sospechosas que adviertan en el ejercicio de sus actividades. En tanto, el artículo 5° estipula que dichos sujetos deberán, además, mantener registros especiales por el plazo mínimo de cinco años, e informar a la UAF, cuando esta lo requiera, de toda operación en efectivo superior al monto que ahí indica.

Finalmente, su artículo 19 añade que quienes no cumplan con las obligaciones o deberes contenidos en esa misma ley serán sancionados por el director de la mencionada Unidad, sanciones que tienen naturaleza administrativa acorde con lo ordenado por el referido artículo 2°, letra j).

Por su parte, cabe recordar que mediante el citado dictamen N° 26.724, de 2016, se concluyó que la contravención a la obligación de informar las operaciones sospechosas previstas en la ley N° 19.913, y la consecuente acción para sancionarla, tiene el carácter de prescriptible, siguiendo las reglas generales.

Ahora bien, como es frecuente en nuestro ordenamiento jurídico administrativo, la indicada ley N° 19.913 no contiene disposiciones sobre el plazo de prescripción de la acción para perseguir la responsabilidad derivada de su contravención.

En este sentido, teniendo en consideración lo resuelto por esta Entidad Fiscalizadora en cuanto a que, cuando no existe un texto legal claro e inequívoco, resulta posible la aplicación por analogía de instituciones correspondientes a otras ramas del Derecho para resolver situaciones no reguladas expresamente, corresponderá buscar en aquella alguna norma que resulte conciliable con el asunto de que se trata (aplica criterio del dictamen N° 14.571, de 2005, entre otros).

Puntualizado lo anterior, debe tenerse presente que la jurisprudencia de este Órgano de Control ha sostenido, hasta ahora, que no habiendo regulación especial en relación a esta potestad sancionadora y a la prescripción respectiva, se debe recurrir a la regla general contenida en los artículos 94 y 95 del Código Penal, según la cual la responsabilidad infraccional se extingue en el plazo asignado a las faltas, a saber, seis meses contado desde el día en que se hubiere cometido el ilícito (dictámenes N°s 59.466, de 2015 y 26.202, de 2017, entre otros).

Sin embargo, se ha estimado necesario realizar un nuevo estudio de la materia, ya que si bien el Derecho Penal y el Derecho Administrativo sancionador tienen elementos comunes, no es posible soslayar que regulan ámbitos sustancialmente diferentes, teniendo particularidades y características propias que reclaman repensar la aplicación que, por defecto, se ha dado a las normas y principios del primero al ámbito en análisis.

En este sentido, cabe evidenciar que el procedimiento penal tiene por objeto la verificación de un hecho punible descrito por la ley –a fin de determinar responsabilidades e infligir la pena correspondiente–, y en cambio, los procedimientos sancionatorios administrativos –como los que instruye la UAF–, persiguen determinar el cumplimiento formal y sustantivo de una determinada regla y reaccionar frente a su inobservancia, a través de una potestad asignada a la Administración.

Desde esta perspectiva, la potestad sancionatoria administrativa no se identifica con el poder de que está provista la judicatura penal, sino que responde a un tipo de actividad administrativa y, por ende, no jurisdiccional, que históricamente aparece asociada a la actividad de policía y a la mantención del orden público en su más amplia concepción.

En este sentido, el foco del Derecho Administrativo moderno ha estado puesto en dotar a los órganos de la Administración de prerrogativas o poderes para resguardar el interés general y alcanzar los fines que la justifican, al tiempo de asegurar un conjunto de garantías a los ciudadanos frente al ejercicio de esas potestades públicas.

Siendo así, y considerando las diferencias ostensibles entre las disciplinas penal y administrativa, debe concluirse que no resulta necesario acudir a las reglas de la primera para asegurar derechos a los particulares, puesto que a esa labor se avoca también el Derecho Administrativo, particularmente a través de la regulación del acto y el procedimiento administrativo.

En nuestro medio, la ley N° 19.880 consagra diversos principios y reglas adjetivas encaminados a proteger los derechos de los interesados en el procedimiento, los que resultan especialmente aplicables a la potestad sancionadora, sin perjuicio de la aplicación preferente de reglas especiales contenidas en normas de rango legal. Entre ellas, los principios de probidad, transparencia, imparcialidad, contradictoriedad e impugnabilidad constituyen manifestaciones de la finalidad de garantía que reconoce el Derecho Administrativo al procedimiento.

Así, si bien en épocas pretéritas parecía indispensable acudir al ordenamiento penal para alcanzar la protección del ciudadano frente al ejercicio de la potestad sancionatoria de la Administración, el estado actual de desarrollo del Derecho Administrativo, tanto por la vía normativa como jurisprudencial, hacen innecesaria esa operación.

A mayor abundamiento, conviene recordar que tanto la jurisprudencia administrativa de este origen como la judicial habían venido sosteniendo que la aplicación del Derecho Penal al ámbito en análisis no era automática, sino que reconocía matices y exigía un análisis especial, lo que evidencia la dificultad de trasladar categorías propias de la sede penal a una diversa.

Descartada la necesaria aplicación de las normas y principios del Derecho Penal al ejercicio de la potestad sancionatoria de la Administración para alcanzar la finalidad garantista que la justificaba, resulta menester entonces acudir al Derecho común en aquellas materias no reguladas por el Derecho Administrativo, el que en nuestro caso corresponde al Código Civil.

La conclusión anterior resulta coherente con diversos pronunciamientos de la Excma. Corte Suprema en que no se considera al Derecho Penal o al Derecho Procesal Penal como parte del derecho común, puesto que los primeros son disciplinas especiales en relación al último, atendido, entre otros aspectos, la particularísima función social que desempeñan.

Atendido lo anterior, ese máximo tribunal ha concluido que, frente a la ausencia de un texto legal expreso que regule el plazo de prescripción en relación con el ejercicio de la potestad sancionatoria de la Administración, cabe aplicar en forma supletoria las normas del derecho común dentro del ámbito civil y, en ese entendido, hacer aplicación de la regla general de prescripción extintiva de cinco años a que se refiere el artículo 2.515 del Código Civil.

Ello resulta coherente, según esta línea jurisprudencial, con un mandato expreso del legislador, consignado en el artículo 2.497 del mismo Código, conforme al cual las reglas relativas a la prescripción se aplican igualmente a favor y en contra del Estado.

En refuerzo de lo anterior, el máximo tribunal ha señalado que la aplicación de la prescripción de seis meses del artículo 94 del Código Penal en esta materia atentaría contra la debida relación y armonía que debe guardar el ordenamiento, ya que no resulta coherente que la acción disciplinaria por responsabilidad administrativa de los funcionarios públicos prescriba en cuatro años –de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 158 del Estatuto Administrativo y 154 del Estatuto Administrativo para Funcionarios Mu-

nicipales– y, en cambio, tratándose de la acción sancionatoria dirigida en contra de los administrados, la responsabilidad se extingue en el plazo de seis meses.

Finalmente, como ha señalado también la Excma. Corte Suprema, aún de resultar aplicable el Derecho Penal para colmar el vacío sobre el plazo de prescripción en estudio, correspondería acudir no a aquel contemplado para las faltas penales, sino que al término de cinco años asignado para los simples delitos, atendido que constituye la regla general y dada la entidad de los bienes jurídicos protegidos mediante el poder sancionatorio entregado a los órganos administrativos.

Por las razones expuestas, atendida la falta de una norma que regule el plazo de prescripción de la responsabilidad por infracciones administrativas, procede aplicar el plazo general de prescripción de 5 años establecido en el artículo 2.515 del Código Civil, contados desde el momento que se comete la infracción.

En los términos expuestos se complementan los dictámenes N^{os}. 28.182, de 2015 y 26.724, de 2016, de este origen, y se reconsideran los dictámenes N^{os}. 59.466, de 2015 y 26.202, de 2017, y toda la jurisprudencia vigente en el sentido antes expuesto.

Finalmente, en resguardo del principio de seguridad jurídica, este nuevo criterio solo generará efectos para el futuro, sin alcanzar a las infracciones que ya prescribieron conforme al criterio sustituido (aplica criterio de los dictámenes N^{os}. 17.500, de 2016 y 3.263, de 2019, entre otros).

Saluda atentamente a Ud.,

Jorge Bermúdez Soto

Contralor General de la República

*B) Dictamen de la Contraloría General de la República
nº E561358
(de 6 de octubre de 2024)*

Conforme lo han determinado los dictámenes N^{os}. 22.766 y 85.700, ambos de 2016, 6.400, de 2018 y E156769, de 2021, todos de esta Contraloría General, las continuas renovaciones de las contrataciones –desde la segunda al menos–, generan en los servidores la confianza legítima de que tal práctica será reiterada en el futuro.

En similar sentido se pronunció la Excma. Corte Suprema en las causas roles N^{os} 38.681-2017, 15.122-2018 y 161.254-2022, entre otras, en orden a que el plazo necesario para dar lugar a la confianza legítima, en el caso de las personas designadas a contrata, era de dos años.

Sin embargo, con posterioridad ese Tribunal Superior de Justicia, en un criterio unificador de su jurisprudencia, ha sostenido en las causas roles N^{os} 26.112-2023, 26.131-2023, 26.196-2023, 26.279-2023 y 26.301-2023,

entre otras, que el referido principio opera después de cinco años de servir en la apuntada modalidad. En el mismo sentido se ha concluido en fallos más recientes, como ocurre, por ejemplo, con las causas roles N°s 26.112, 26.131, 26.196, 26.279 y 26.301, todas de 2023, de la Excm. Corte Suprema.

En dicho contexto, es menester recordar que el inciso tercero del artículo 6° de la ley N° 10.336, prevé que esta Institución Fiscalizadora no intervendrá ni informará los asuntos que por su naturaleza sean propiamente de carácter litigioso, o que hubieren sido sometidos al conocimiento de los Tribunales de Justicia.

Al respecto, debe anotarse que el solo hecho de tratarse de aspectos susceptibles de ser debatidos en sede judicial no constituye un fundamento para atribuirle necesariamente tal carácter, comoquiera que, en definitiva, toda cuestión puede ser objeto, eventualmente, de discusión en el ámbito jurisdiccional (aplica dictamen N° E417326, de 2023, de este origen).

No obstante, atendido el actual y reiterado criterio de la Excm. Corte Suprema y lo planteado por la jurisprudencia administrativa de esta Contraloría General, antes citada, en relación con el plazo de la vinculación funcional que daría origen a la confianza legítima, se advierte que tal materia devino en litigiosa.

Ello, toda vez que, por una parte, la pretensión de los recurrentes en este tipo de asuntos es que se declare que a su respecto se ha configurado la confianza legítima, atendido el lapso de su desempeño a contrata, y por otra, que las respectivas entidades públicas han entendido, en contrapartida, que a dichos servidores no les asiste tal protección, dando lugar a una controversia cuya resolución compete a los Tribunales de Justicia, lo cual se confirma, además, por las múltiples acciones jurisdiccionales intentadas y actualmente en curso.

De este modo, y teniendo presente lo dispuesto en el citado artículo 6°, inciso tercero, de la ley N° 10.336, que impide a esta Entidad Fiscalizadora emitir pronunciamiento en aquellos casos en que se plantea un asunto de naturaleza litigiosa, corresponde que, en lo sucesivo, se abstenga de resolver sobre la apuntada materia.

Saluda atentamente a Ud.,
Dorothy Pérez Gutiérrez
Contralora General de la República

Bibliografía

- ARÓSTICA MALDONADO, Iván, "Los dictámenes y la interpretación en sede administrativa", en *Actualidad Jurídica*, n.º 14, Santiago, 2006.
- CÁRCAMO RIGHETTI, Alejandro, "Tribunales de justicia y Contraloría General de la República: ¿cómo compatibilizar sus pronunciamientos jurisprudenciales contradictorios?", en *Revista de Derecho Administrativo*, n.º 40, Santiago, 2024.

- CISTERNA MANZUR, Sofía, “Algunas notas en relación con el alcance del “asunto litigioso” como causal de abstención de a potestad dictaminadora de la Contraloría General de la República”, en *Revista de Derecho Administrativo Económico*, n.º 37, Santiago, 2023.
- FLORES RIVAS, Juan Carlos, “Límites constitucionales de las facultades interpretativas de los organismos de la Administración”, en *Revista de Derecho Público*, n.º 69, Santiago, 2007.
- GEPP MURILLO, Ignacio Andrés y Alfonso José MUÑOZ BALHARRY, *Potestad dictaminadora de la Contraloría General de la República*, memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago, Universidad de Chile, 2013.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, *La interpretación administrativa en el derecho chileno*, Santiago, Editorial Legal Publishing, 2014.
- LIZAMA PORTAL, Luis, *La Dirección del Trabajo: una explicación de su facultad de interpretar la legislación laboral chilena*, memoria de prueba para optar al grado de Magister en Derecho, Santiago, Universidad de Chile, 1998.
- IREGUI PARRA, Paola Marcela, *Precedente judicial en el contencioso administrativo. Estudio desde la fuentes del derecho*, Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2016.
- JIMÉNEZ SALAS, Guillermo, “¿Por qué los particulares litigan en la Contraloría? La potestad dictaminante como foro de resolución de disputas”, en *Revista de Derecho Administrativo Económico*, n.º 37, Santiago, 2024.
- MANRÍQUEZ PAREDES, María, “Conflictos de competencia e interpretación en materia público-administrativa entre los tribunales superiores de justicia y la Contraloría General de la República”, en *Revista Chilena de la Administración del Estado*, n.º 13, Santiago, 2025.
- ROMÁN CORDERO, Cristian, “Citas cruzadas de jurisprudencia en el derecho administrativo chileno”. Disponible en www.diarioconstitucional.cl/articulos/citas-cruzadas-de-jurisprudencia-en-el-derecho-administrativo-chileno/ [fecha de consulta: 14 de septiembre de 2025].
- ROMÁN CORDERO, Cristian, “Constancias individuales de cambio de criterio en recientes sentencias de la Corte Suprema relativas al derecho administrativo”, en *Revista de Derecho Administrativo*, n.º 39, Santiago, 2024.
- ROMÁN CORDERO, Cristian, *Curso de derecho administrativo*, Santiago, Universidad de Chile, apuntes de clases, inédito, 2023.
- ROMÁN CORDERO, Cristian, “Derecho administrativo sancionador y prescripción”. Disponible en www.diarioconstitucional.cl/articulos/derecho-administrativo-sancionador-y-prescripcion/ [fecha de consulta: 14 de septiembre de 2025].
- ROMÁN CORDERO, Cristian, “Dictámenes de la Contraloría General de la República y acción declarativa de mera certeza”, en *Sentencias Destacadas 2017*, Santiago, Libertad y Desarrollo, 2018.
- ROMÁN CORDERO, Cristian, “El plazo de prescripción de las infracciones administrativas. (Comentario sobre el dictamen de la Contraloría General de la República N° 24.731-2019)”, en Sandra PONCE DE LEÓN SALUCCI y José Manuel DÍAZ

- DE VALDÉS JULIÁ (eds.), *Principios constitucionales: antiguas y nuevas propuestas. Homenaje al profesor José Luis Cea Egaña*, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2023.
- ROMÁN CORDERO, Cristian, “Los cambios jurisprudenciales en el derecho administrativo chileno”, en *Actas de las IV Jornadas de Teoría de Derecho y Praxis* (en prensa).
- SANTIAGO IGLESIAS, Diana, *La jurisprudencia y su función en el ordenamiento jurídico administrativo. Un estudio desde la óptica de los principios de igualdad y seguridad jurídica*, Madrid, Editorial Marcial Pons, 2021.
- SOTO KLOSS, Eduardo, “Control contralor. La Contraloría General de la República en el ámbito de la organización del Estado: antecedentes históricos y funciones”, en Eduardo SOTO KLOSS, *Derecho administrativo. Temas fundamentales*, 3ª ed., Santiago, Editorial Legal Publishing, 2012.
- SOTO KLOSS, Eduardo, “La función dictaminante de la Contraloría General de la República”, en Eduardo SOTO KLOSS, *Derecho administrativo. Temas fundamentales*, 3ª ed., Santiago, Editorial Legal Publishing, 2012.
- SOTO KLOSS, Eduardo, “Prólogo”, en Paulina PASTENE NAVARRETE, *Estabilidad del permiso de construcción en Chile. Análisis a la luz de la jurisprudencia administrativa y jurisprudencial*, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2022.
- VARELA BARRAZA, Yuri, *La consulta tributaria vinculante en el Estado de derecho*, Santiago, Editorial Legal Publishing, 2009.

JURISPRUDENCIA

- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (2005), dictamen n.º 14571-2005, de 22 de marzo de 2005.
- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (2018), dictamen n.º 8764-2018, de 12 de abril de 2018.
- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (2019), dictamen n.º 24.731-2019, de 12 de septiembre de 2019.
- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (2024), dictamen n.º E561358-2024, de 6 de noviembre de 2024.
- CORTE SUPREMA (2012), sentencia rol n.º 2791-2012, de 3 de julio de 2012.
- CORTE SUPREMA (2017), sentencia rol n.º 38681-2017, de 13 de marzo de 2018.
- CORTE SUPREMA (2023), sentencia rol n.º 26112-2023, de 31 de marzo de 2023.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (1996), sentencia rol n.º 244, de 26 de agosto de 1996.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2006), sentencia rol n.º 479, de 8 de agosto de 2006.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2006), sentencia rol n.º 480, de 27 de junio del 2006.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2013), sentencia rol n.º 2264, de 10 de octubre de 2013.

SIGLAS Y ABREVIATURAS

ed.	edición
eds.	editores
etc.	etcétera
Excma.	excelentísima
n.º a veces Nº	número
Nºs	números
<i>op. cit.</i>	<i>opere citato</i>
p.	página
pp.	páginas
UAF	Unidad de Análisis Financiero
www	World Wide Web

Comentarios de Jurisprudencia

Derecho Público Iberoamericano
Universidad del Desarrollo
N.º 27 | 2025

VICIOS REDHIBITORIOS Y SUPERSTICIÓN: EL CASO STAMBOVSKY (1990)

Rodrigo Céspedes*

Resumen

Este trabajo reseña y comenta un caso sobre la venta de una casa supuestamente embrujada. El comprador solicita la resolución del contrato argumentando que el vendedor guardó silencio sobre la reputación de la vivienda. El tribunal de segunda instancia, fallando con equidad, da lugar a la demanda, sosteniendo que el vendedor tiene el deber de revelar la fama que tenía el inmueble.

Introducción

En el último tiempo, he escrito mucho sobre casos extraordinarios (desde sacrificios humanos hasta exorcismo), pero el caso *Stamovsky v. Ackley* (1990)¹ supera todos los límites. Parece un episodio de las famosas series *Los expedientes secretos X* o de *La dimensión desconocida* (aunque con jueces y abogados). Esta sentencia es, en particular, difícil de encapsular en un comentario, y creo con honestidad que el fallo debería leerse completo porque una reseña no le hace justicia. La mezcla entre la superstición y los elementos técnicos del documento lo hacen muy memorable, hasta el estudiante más distraído lo recordaría. Este incidente es único no solo los hechos que involucran fantasmas, sino la forma graciosa en que está escrita la decisión, con frecuentes alusiones a la literatura y a la cultura popular. Después de relatar de modo sucinto los hechos y el fallo, comentaré algunos de sus aspectos.

* Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad Federal de Pará, Brasil. ORCID: 0000-0001-9607-3498. Correo electrónico: rodcespedes@yahoo.com

¹ Jeffrey M. *Stamovsky v. Helen Ackley & Ellis Realty*, 169 A.D.2d 254, 572 N.Y.S.2d 672, New York Supreme Court, Appellate Division, 1990.

I. Hechos y fallo de primera instancia

Esta sentencia fue conocida como el caso de los Caza Fantasma (en referencia a la famosa película de Hollywood, *The Ghostbusters*, 1984, filme al que los jueces remiten en la argumentación). Después de comprada una casa, la familia comienza a ser molestada por supuestos espíritus. Una vez que se investiga un poco más a fondo, se dieron cuenta de que la vivienda tenía fama de estar embrujada y así era conocida en el barrio, cosa que no podían saber los compradores, ya que eran forasteros, era una suerte de leyenda urbana². El demandante-comprador sostuvo que no fue informado de este “vicio” ni conocía las historias sobrenaturales que circulaban. En consecuencia, solicitó terminar el contrato fundado en el silencio doloso del vendedor, que debió revelar esta reputación. El tribunal de primera instancia falló en favor del vendedor aplicando la vieja y dura doctrina romana del *caveat emptor*³, adoptada por el *common law*, según la cual el comprador asume el riesgo de los defectos de la cosa vendida, por lo que no se puede reclamar con posterioridad al vendedor (es el comprador el que tiene que estar “alerta” frente a los vicios y la cosa es comprada en el estado en que se encuentra). Además, el vendedor no tenía la obligación de revelar el “embrujo” a los posibles compradores. Por todo lo anterior, el demandante no podía resolver el contrato ni tenía derecho a indemnización alguna. El demandante apeló la decisión de primera instancia.

² Un mito o leyenda urbana es un relato que circula, de boca en boca (de oídas, diría un abogado), con cierto aire de misterio y que no se basa necesariamente en la verdad (aunque muchas veces inverosímiles, solo son conjeturas y rumores). Internet y redes sociales (canales informales) la magnifican y hacen que la fuente no se pueda rastrear. Es una especie de folclore, pero contemporáneo. A veces son tan fuertes que se transforman en un lugar común, una idea compartida que no tiene mucho sustento; solo se invoca como fundamento que “todo el mundo lo sabe”; juega como una suerte de inconsciente colectivo. Es curioso que, en una sociedad moderna, donde la ciencia y tecnología tiene un papel más relevante que en el pasado, se den con tanta facilidad. Muy relacionado con las teorías de la conspiración y con un fundamento psicológico en miedos y prejuicios de la población. Estas van desde la negación del viaje a la Luna hasta fantasmas. Mis preferidas son las que se relacionan con la reciente pandemia de COVID: remedios mágicos, inexistencia del virus, experimentos fallidos con virus, guerra biológica, etc. (algunas respaldadas por autoridades).

³ Reinhard ZIMMERMANN, *The law of obligations: Roman foundations of the civilian tradition*, pp 307-308.

II. La decisión de segunda instancia

La Corte Suprema de Nueva York revocó la decisión del tribunal de primera instancia y declaró la resolución del contrato, pues el “embrujo” de la casa no era una condición que un comprador de inmuebles pudiera prever tras una inspección razonable de la propiedad. Según el tribunal, la doctrina del *caveat emptor* normalmente excluiría una acción de resolución, de modo que el vendedor no tendría la obligación de revelar información sobre la propiedad vendida. En este caso, el vendedor va más allá y de modo activo falsea el estado de inmueble, un acto de mala fe. Esta doctrina puede dejarse de lado para hacer justicia equitativa. De hecho, la inspección meticulosa del inmueble por parte del comprador es probable que no revelase la presencia de fantasmas ni tampoco la tétrica fama de la casa en la comunidad. En este caso, el vendedor no solo se aprovechó de forma injusta de la ignorancia del comprador, sino que creó un silencio que hace improbable, incluso, que el comprador pregunte. En este sentido, cumplir el contrato era inequitativo.

III. Comentario

Debo confesar que estudiar los vicios redhibitorios fue aburrido, tedioso, nunca me interesaron, pero si me los hubieran explicado con un caso así, nunca lo habría olvidado. Algunos acontecimientos reales tienen esa virtud: al parecer la realidad supera la ficción. Hay varios aspectos técnicos interesantes: los vicios redhibitorios, la teoría del valor, la interpretación extensiva, la equidad y la buena fe. Sin embargo, lo que más me llama la atención es la fuerza con que las creencias sobrenaturales siguen presentes a fines del siglo xx, a tal punto de provocar la ineficacia de un contrato.

El término ‘sobrenatural’ sugiere creencias en eventos que no son parte de la naturaleza e inexplicables por la ciencia. Están más allá de la evidencia científica, y las pruebas que tenemos de ellas son más bien anecdóticas; parecen no resistir la observación, la experimentación o el rigor matemático. Carlos Castañeda lo denominó “una realidad aparte” (no se percibe a simple vista)⁴: lo sobrenatural parece englobar mundos paralelos invisibles (cielo, pur-

⁴ Carlos CASTAÑEDA, *Una realidad aparte: nuevas conversaciones con Don Juan*, pp.1-301. El autor fue un personaje bastante curioso y con una vida misteriosa. Autoproclamado antropólogo, escribió libros en parte autobiográficos de su supuesto encuentro con chamanes mexicanos quienes le mostraron “nuevos mundos”, invisibles para la mayoría. Parte importante de las enseñanzas de los chamanes fue el uso de peyote, una droga alucinógena para ver otras realidades (aunque con peyote cualquiera tendría visiones alucinantes).

gatorio e infierno; los planos astrales, las “otras dimensiones”, pero no como las entendería un físico); entidades (ángeles, demonios, fantasmas, hadas, duendes); fenómenos (adivinación, proyección astral, precognición, combustión espontánea) e individuos con habilidades (médiums, brujas). Un escéptico diría que tanto las religiones tradicionales como las simples creencias sobrenaturales son lo mismo, pues ambas serían credos irracionales. Una y otra tendrían su asidero psicológico en el miedo a lo que no se sabe o a no saber⁵. Un practicante de las grandes religiones podría hacer la distinción entre superstición y religión. En ese caso, superstición se entenderá como un término peyorativo: denotará una creencia asistemática sin mayor respaldo que la creencia misma, sin textos sagrados revelados por Dios ni el peso de la tradición. La libertad religiosa, tanto la constitucional como la consagrada en instrumentos internacionales, protegen cualquier creencia, y no se puede discriminar según la fe, sea en simples supersticiones o en religiones tradicionales. Un punto diferente, más allá de no discriminar, sería determinar si esas creencias permiten incumplir deberes jurídicos. Un caso podría ser la objeción de conciencia que permitiría, por ejemplo, eximirse de la carga pública del servicio militar⁶. Otro podría ser las defensas culturales que exculpan o justifican determinados actos u omisiones criminosos basadas en las particularidades culturales de determinadas etnias (como el hecho de la posesión de hojas de coca e indígenas en el norte de Chile)⁷. Esta sentencia va un poco más allá: el simple suceso de que una casa es conocida por su infestación de fantasmas autorizaría la resolución de la compraventa, basado en que esta creencia colectiva perturbaría el derecho del comprador y el valor del inmueble. Desde otro punto de vista, el vendedor (aún un no creyente en fenómenos sobrenaturales) tendría el deber jurídico de revelar que el in-

⁵ Michael SHERMER, *Por qué creemos en cosas raras: pseudociencia, superstición y otras confusiones de nuestro tiempo*, pp.1-520.

⁶ La objeción de conciencia es la negativa a realizar determinados actos requeridos por una norma jurídica cuando se considere que contradicen convicciones íntimas de carácter religioso, filosófico, político o ideológico. Permite incumplir válidamente una norma. El Tribunal Constitucional chileno ha definido la objeción de conciencia como el rechazo a un deber que pugna con las más íntimas convicciones de la persona y es una manifestación de la libertad de conciencia consagrada en el artículo 19 n.º 6 de la *Carta Fundamental* y emana de la dignidad humana, y permite eximirse de deberes por razones éticas, religiosas, profesionales u otras, STC, rol 3729-17, considerando 133. El tribunal acepta el requerimiento de inconstitucionalidad contra el Proyecto de Ley de despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales (Ley n.º 21030), en especial si se podía extender la objeción de conciencia, por las tres causales, individual a instituciones jurídicas y al personal no estrictamente médico dentro de una institución.

⁷ Rodrigo CESPEDES, “Religiones indígenas y jurisprudencia chilena”, pp. 1-8. Cito varios casos de defensas culturales o crímenes culturalmente motivados en la casuística chilena y comparada.

mueble tiene fama de estar embrujado frente a todo comprador, sea o no escéptico.

La película de horror *Poltersgeist* (1982) es, sin duda, un clásico del cine de terror. Esta narra la historia de una familia que vive en una casa embrujada⁸ construida sobre un cementerio y es hostigada por espíritus (agregar un abogado a la trama hubiera sido un buen detalle). Si los hechos fueran verídicos nadie en su sano juicio viviría en un lugar así. Muchos compradores tendrían reservas si la casa solo tuviera “fama” de que sus moradores son atormentados a diario por espectros. Los fantasmas serían demonios o espíritus de una persona fallecida que entran en contacto con los vivos. En el folclore, escucho sobre almas *en pena*: espíritus atormentados que tienen asuntos pendientes en el mundo de los vivos, de alguna manera atados porque no pudieron terminar su viaje al más allá. Los fantasmas están siempre presentes en la religiosidad popular y en el folclore de cada país; también en el arte (por ejemplo, en *Don Giovanni* de Wolfgang Amadeus Mozart o *Un cuento de Navidad* de Charles Dickens). Solo basta con creer en la dualidad cuerpo/espíritu, la vida ultraterrena y la posibilidad de la interacción de este mundo con las “realidades aparte” (ya sea a través de ectoplasma, sensaciones de frío, voces que aparecen de la nada o visiones espectrales incorpóreas). Todas las religiones aluden a espíritus y hay, según la creencia popular, personas sensibles a estos espíritus, como los médiums⁹. Estos imaginarios colectivos incluirían a gran parte de la población mundial; son una idea muy popular y extendida. El tipo de evento sobrenatural de la sentencia comentada parece ser un *poltergeist* (del alemán, “espíritu ruidoso”; al parecer una especie de fantasma, hada o duende): fenómenos sobrenaturales que ocurren en una vivienda, normalmente el movimiento súbito de objetos, autocombustión, sonidos o voces sin explicación física.

Ambas instancias centran el razonamiento en la extensión de la doctrina de *caveat emptor*. Esta doctrina hace recaer en el comprador la diligencia para determinar si el objeto a comprar tiene vicios, es él quien tiene la responsabilidad de analizar la calidad y “estar atento” o “estar vigilante o en guardia”. Corresponde al comprador la responsabilidad de tomar las medidas oportunas para asegurarse antes de la calidad del objeto a adquirir. Se presume *a priori* que la cosa adquirida no tiene defectos y se compra “tal como está”. El

⁸ Véase César PARRA, *Fantasmas y casas embrujadas de Chile*, pp.1-240. También Sonia MONTECINO, *Mitos de Chile: enciclopedia de seres, apariciones y encantos*, pp-1-728.

⁹ En nuestro medio, puede verse Sergio SALINAS, *Jaime Galté: El más grande médium de nuestra historia... maestro espiritual más allá del tiempo*, pp.1-142. Jaime Galté era, además de médium, abogado y profesor de derecho procesal. Si estuviera vivo, le pediría que escribiera él este comentario, ya que definitivamente tenía experiencia de primera mano sobre el tema.

riesgo de la calidad, parafraseando la terminología, lo asume el comprador. De esta manera, el vendedor vende y el comprador compra aceptando la cosa con todos los defectos evidentes. Como contrapartida, el vendedor no puede comportarse de manera engañosa, de mala fe; aquí entra el problema de los vicios ocultos. Muy en general, los vicios redhibitorios son los defectos que puede tener una cosa vendida y que no son evidentes en el examen de la cosa en el momento de la entrega. Es decir, estos desperfectos están ocultos: no son identificables a simple vista. El descubrimiento de estos vicios, con posterioridad a la compraventa, faculta al comprador para ejercer acciones contra el vendedor tendientes a resolver el contrato y al resarcimiento de perjuicios. En Chile, el *Código Civil* regula los vicios redhibitorios y que, para ser calificados como tales, tienen que haber existido al tiempo de la venta (no después); no haberlos dado a conocer el vendedor; que puedan pasar desapercibidos sin negligencia grave del comprador; ser de tal entidad que el bien vendido no sirva para su uso natural o sirva con deficiencia (los hogares no cumplirían su fin si tenemos apariciones molestándonos), de tal manera que de haberlos conocido el comprador no la hubiera comprado o la hubiera hecho a menor precio. De reunir estas características, en general, los vicios autorizan al comprador para exigir como alternativa la “rescisión” del contrato o la rebaja del precio. El articulado (1857-1870) parece indicar un defecto objetivo, en la materialidad de la cosa (un animal con una enfermedad no visible; una casa con problemas en los cimientos). En la decisión comentada, el defecto no es objetivo o material: se centra en la “fama” de la propiedad y en la creencia subjetiva del comprador y los futuros compradores (que pueden o no ser supersticiosos), pero se preocuparán del valor de su inversión (aunque no crean en fantasmas). El tribunal de segunda instancia se centra en los efectos razonables del vicio (aunque sea una precepción subjetiva) más que en las características del defecto mismo. De esta manera, adapta de modo equitativo la doctrina a la situación concreta, un caso no previsto por el legislador. En lo personal, creo que difícilmente alguien, incluso con mucha imaginación, hubiera previsto un conflicto jurídico de estas características, menos el legislador que siempre concibe las normas en términos generales. El tribunal destaca que el *common law* se adapta y el derecho surge de los hechos (*ex facto jus oritur*). En este caso, la equidad y el sentido común dictan que se debe crear una excepción a la doctrina y la jurisprudencia asentada, ya que la aplicación rígida repugnaría a la justicia.

La buena fe parece ser la clave en muchos conflictos, incluso en algunos tan peculiares como este. La buena fe es una noción que está siempre presente en todo el ordenamiento jurídico. Este concepto está vinculado a ideas como lealtad o corrección, rectitud u honradez y tiende a eximir de responsabilidad o legitimar situaciones irregulares. En derecho privado se distin-

guen dos tipos de buena fe: una objetiva y otra subjetiva. Este es un caso de buena fe objetiva que se aplica al ámbito contractual y consiste en el deber que tiene los contratantes de actuar en forma correcta y leal en sus relaciones mutuas (un estándar socialmente exigible) tanto en los tratos preliminares como en las distintas etapas de ejecución del contrato; por ejemplo, los contratantes deben ser veraces en cuanto a su solvencia. En el caso en discusión, el vendedor tenía el deber de revelar información relevante. La fama de la vivienda sin duda era un aspecto importante por transparentar: nadie querría comprar una casa embrujada, aunque no crea en fantasmas, solo por un asunto de valor futuro esperado del inmueble.

Los economistas se han preguntado por qué determinadas cosas valen lo que valen. El oro no sirve mucho, pero es escaso y deseado. El agua es necesaria, pero es abundante y vale poco (aún). Hay varias teorías para determinar el valor de las cosas. En este caso, el asunto es puramente psicológico: el valor de un bien no está por necesidad determinado por una característica intrínseca, tampoco por el trabajo requerido para producirlo; lo relevante son los objetivos del comprador. Es claro que un comprador supersticioso nunca compraría una casa embrujada porque no podría disfrutarla; uno escéptico es probable que pensara en la dificultad de la reventa y la pérdida de valor en el futuro. Algunas viviendas están “estigmatizadas”, se “evitan” por razones que no están relacionadas con sus características o calidad. No hay mucha demanda de casas donde han ocurrido muertes violentas y, aunque sean lujosas y de calidad óptima, su valor es bajo. La casa embrujada entraría en esta categoría y su estigma, según el tribunal, debió divulgarse por el comprador. En efecto, la Corte señala que el valor de la propiedad fue afectado por su reputación de estar embrujada. En este caso, la fama de una casa con *poltergeist* afecta el equilibrio del contrato, el comprador no estaba en condiciones de conocer esta característica; el deber de revelar esta peculiaridad corresponde al vendedor, que guardó un silencio doloso. La solución opuesta ofendería el más básico principio de equidad.

Lo que más llama la atención es la redacción festiva del fallo, los jueces parecen jugar con el lenguaje. Desde el inicio, la Corte destaca que los hechos son inusuales y para describir el conflicto jurídico, utiliza expresiones metafóricas como “*espíritu* de equidad”, “para *horror* del demandante” o “negocio/ganga *sobrenatural*”. Señala que debe concederse la resolución del contrato, porque el comprador no puede quedar en una situación en la cual lo único que puede hacer es “llamar a los cazafantasmas”, sin otra alternativa (“a lo imposible nadie está obligado”). En el mismo sentido señala que en la visita de rutina al inmueble, el comprador no va a “llevar una psíquica o una médium” (se le pediría una diligencia no razonable, más allá de cualquier estándar sensato) ni tampoco tomar seguros contra desastres sobre-

naturales. La sentencia cita las palabras del fantasma de Hamlet de William Shakespeare: “no me compadezcas, sólo escucha atentamente lo que te voy a contar”. En contexto, significa que la demanda no puede descartarse *a priori* porque los hechos parecen inverosímiles o descabellados; solo hay que escuchar a las partes, prestar atención a la situación en su conjunto y fallar con justicia. Es sintomático que la Corte utilice precisamente Hamlet, personaje marcado por la duda frente a la aparición del fantasma de su padre. Un juez vive en estado de duda, tiene pocas certezas, pero busca la verdad, tiene el deber de emitir un juicio, pero con prudencia. En resumen, una sentencia memorable la que debería usarse como ejemplo de decisión equitativa y argumentación jurídica (sin duda tendría éxito y sería popular entre los estudiantes).

Bibliografía

- CASTAÑEDA, Carlos, *Una realidad aparte: nuevas conversaciones con Don Juan*, Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, 1971.
- CÉSPEDES, Rodrigo, “Religiones indígenas y jurisprudencia chilena”, en *Revista Latinoamericana de Derecho y Religión*, vol. 4, Núm. 1, Santiago, 2018.
- MONTECINO, Sonia, *Mitos de Chile: enciclopedia de seres, apariciones y encantos*, Santiago, Editorial Catalonia, 2017.
- PARRA, César, *Fantasmas y casas embrujadas de Chile*, Santiago, RIL Editores, 2008.
- SALINAS CANAS, Sergio, *Jaime Galté: El más grande médium de nuestra historia... maestro espiritual más allá del tiempo*, Santiago, Ediciones De Arrabal, 2016.
- SHERMER, Michael, *Por qué creemos en cosas raras: pseudociencia, superstición y otras confusiones de nuestro tiempo*, Valparaíso, Alba Editorial, 1997.
- ZIMMERMANN, Reinhard, *The law of obligations: Roman foundations of the civilian tradition*, Oxford, Clarendon Press, 1996.

SIGLAS Y ABREVIATURAS

COVID	enfermedad por coronavirus
etc.	etcétera
n.º a veces	núm número
pp.	páginas
STC	sentencia del Tribunal Constitucional
v.	versus
vol.	volumen

Recensiones

Derecho Público Iberoamericano
Universidad del Desarrollo
N.º 27 | 2025

JULIO ALVEAR TÉLLEZ, *LOS NUEVOS DERECHOS HUMANOS:
LA ÚLTIMA DEGRADACIÓN DEL HOMBRE,*
MADRID, MARCIAL PONS, 2025

Gustavo Garduño Domínguez*

El discurso moderno de los derechos humanos tiene una génesis hasta cierto punto reciente y su desarrollo ha sido proporcionalmente breve. No obstante, en los pocos más de doscientos años de su configuración a manos de la filosofía política y jurídica liberal, esta teoría ha transitado diversos hitos que, para muchos, demuestran la falsificación de su razón de ser –la verdadera protección de la naturaleza humana–, lo que suscita numerosas dudas sobre la legitimidad de sus bases antropológicas.

Así, pues, el sector doctrinal clásico acusa la precariedad de los derechos humanos, en particular de los *nuevos*, por encontrarse vacíos de contenido y convertir deseos insaciables en relaciones jurídicas –que, de modo notorio, carecen de asidero racional–. De dicho fenómeno da cuenta la clasificación en generaciones que, más allá de su mero valor didáctico, evidencia la falta de unidad histórica y ontológica entre los referidos derechos, lo que hace en extremo cuestionable su verdadera legitimidad.

En ese sentido, la gradual dilatación del catálogo de derechos humanos, en forma casi arbitraria e indiscriminada, acrecienta las dudas sobre el efectivo valor de tales prerrogativas, porque si su existencia depende del reconocimiento o la *creación* estatal, y no de que en verdad deriven de la naturaleza humana, entonces el Estado podría limitarlos conforme al gusto de las autoridades a cargo o de los mandatos democráticos –los deseos de la veleidosa *voluntad general*–, sin temor a lesionar algún sustrato intocable.

* Doctor en Derecho, *cum laude*, Universidad de Navarra. Magister en Derecho Procesal Constitucional y Magister en Derecho Económico. ORCID: 0000-0003-4027-456X. Correo electrónico: ggardunod@gmail.com

Precisamente, en *Los nuevos derechos humanos: la última degradación del hombre* –editado por la prestigiosa casa Marcial Pons– el doctor Julio Alvear Téllez se refiere a una de las *novedades* que más perplejidad provocan en la ciencia jurídica actual: la enunciación de *nuevos* derechos cuya validez material descansa, cuando mucho, en la *argumentación* que de ellos hagan los tribunales –domésticos e internacionales–.

El *leitmotiv* del libro se resume en que los *citados* derechos devienen nocivos para alcanzar el único y verdadero bien común, ya que parten de la negación de las esencias y atentan contra el orden natural (p. 16). Salta a la vista que el autor en esta obra tiene como objetivo demostrar, de modo sintético, que esos nuevos derechos son solo *pretensiones de pretensiones* derivadas de una posmodernidad confusa, así como de la mala inspiración de la teoría moderna de los derechos humanos y del abandono del pensamiento clásico.

El libro se encuentra estructurado en cuatro capítulos, que se describen a continuación.

El primero clasifica los *nuevos* derechos humanos en seis categorías: los que carecen de tradición constitucional, los ajenos a las tres generaciones históricas, los del *soft law*, los creados por las cortes constitucionales y la legislación, los *creados* por tribunales supranacionales y aquellos nacidos en la academia o el activismo (pp. 19-35), que se explican con brevedad en las siguientes líneas:

- a. Derechos sin tradición constitucional: carecen de *alcurnia constitucional*, no pertenecen al conjunto de derechos fundamentales reconocidos.
- b. Derechos que no encajan en las tres generaciones históricas: no se alinean con alguna de ellas y se enuncian en respuesta a las transformaciones emergentes.
- c. Derechos del *soft law*: están proclamados en instrumentos no vinculantes y, algunos de ellos, en documentos convencionales que son obligatorios para muy pocos países; esos pactos devienen en “fábricas dinámicas” de “nuevos derechos” que, en ocasiones, terminarán siendo *reconocidos* por tribunales nacionales o internacionales.
- d. Derechos creados por cortes constitucionales y legislación: son “nuevos derechos” establecidos en el ámbito jurisdiccional, con el riesgo de volverse implícitos, instrumentales o transversales –si no es que autorreferenciales–. Esa tesis contrasta con la difundida posición de Ronald Dworkin, quien reivindicaba la capacidad creativa de los jueces¹.

¹ Ronald DWORKIN, *Los derechos en serio*, *passim*.

- e. Derechos creados por tribunales supranacionales –la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, entre otros: se caracterizan por derivar de una interpretación laxa o dinámica de “instrumentos vivos”, que “reconstruye” el contenido del derecho, con lo que se termina ampliando el catálogo original; se trata de un trabajo de creatividad ilimitada no asido al verdadero significado de las palabras.
- f. Derechos ideados por la academia y activistas: son los propuestos por académicos y defensores de derechos humanos.

Ese ejercicio de categorización arriba a un apartado denominado “La identificación de los ‘nuevos derechos’: la Torre de Babel jurídica”. Ahí se condensan las dificultades del caótico panorama acarreado por el entrecruzamiento de criterios que, pretendidamente, sostienen a tales *derechos*. En esa sección también se demuestra que el *soft law* es una razón débil para fundamentar cualquier teoría jurídica *respetable*, porque, de suyo, se trata de un conjunto de declaraciones de intenciones o ideales que carecen de reconocimiento normativo.

El primer capítulo del libro culmina con el análisis breve de la correlación entre diversas ideologías y cuatro clases de pretensiones o *nuevos derechos humanos* (pp. 38-46):

- a. Derechos de la identidad individual: reivindican la posibilidad de “elegir” los atributos y cualidades personales, así como *aspiraciones* reproductivas y hasta deportivas.
- b. Derechos a la identidad cultural: reivindican la *facultad* que una persona tendría para elegir su identidad personal, la cual asume en conflicto con “otros” que resultan sus “opresores”.
- c. Derechos infrahumanos: son atribuidos a seres “sintientes” y entes naturales, ya vegetales, ya inertes.
- d. Derechos transhumanos: reivindican la facultad de las personas para utilizar el desarrollo tecnológico y rebasar así los límites de la condición humana.

El capítulo segundo acusa el papel de los tribunales en la gestación de *nuevos* derechos. A través del análisis de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (pp. 55-58) y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (pp. 58-61), Julio Alvear ilustra cómo se han reinterpretado normas para introducir *nuevos* contenidos sin legitimidad democrática o legislativa, ni con fundamento en el derecho positivo (pp. 50-55). Es importante mencionar que esa actividad desbocada podría acotarse, sin duda, mediante la aplicación del margen nacional de apreciación, que se utiliza con *intensidad dispar* en Europa, pero casi nunca en el ámbito americano –tal y como sucedió cuando la Corte Interamericana de Derechos Humanos resolvió

los asuntos Artavia Murillo y, más recientemente, Beatriz, entre muchos otros–.

En esta sección también se critican los nueve modelos teóricos que “justifican” la existencia de los referidos derechos (pp. 61-71). Por su relevancia, se describen de modo sucinto en los siguientes renglones.

- a. Modelo de la protección inadecuada: supone que los derechos aumentan por el crecimiento de la conciencia de la humanidad.
- b. Modelo de las causas profundas: se adentra en las cadenas de razones por los que se violan los derechos humanos.
- c. Modelo de las libertades/capacidades: implica que deberían limitarse algunas libertades triviales en beneficio de otras que sí son sustanciales.
- d. Modelos de los derechos de la humanidad: supone la priorización de derechos *nuevos* cuando los “clásicos” recogen necesidades secundarias.
- e. Modelo de “empoderamiento” de actores postergados: conlleva la transformación de derechos en poderes “antidiscriminatorios” para lograr que ciertos grupos aislados o vulnerables logren ser visibilizados.
- f. Modelo de la mutación interior: implica la transformación jurídica mediante un programa de “enseñanza” que logre dismantelar “las formas de poder hegemónico” al patriarcado, el individualismo y el colectivismo.
- g. Modelo del estratega: consiste en convertir los derechos en “armas para una guerra jurídica”, con funciones apelativas, contestadoras, conectoras, desencadenantes y, también, iusgenerativas.
- h. Modelo del neoconstitucionalismo: concibe a los derechos como objetivos a desarrollar, no como zonas de indemnidad frente al poder del Estado.
- i. Modelo de la constitución invisible: alude a un conjunto de elementos normativos y conceptuales que están fuera de los contenidos y procesos regulares del ámbito constitucional.

La última sección de este capítulo agrupa en cuatro grandes grupos las críticas internas que pueden formularse a los *nuevos* derechos:

1. El modelo del paradigma transformador;
2. El modelo de los “derechos insaciables”;
3. El modelo de los derechos antisistémicos y
4. El modelo de los derechos individualistas y antinaturales (pp. 72-84).

El capítulo tercero se dedica al estudio de las críticas filosóficas a los *nuevos* derechos. En el se apunta a la teoría moderna de los derechos huma-

nos como la consecuencia de un contexto político y jurídico, la Modernidad, que a través del constitucionalismo y el Estado fraguó su propio *mundo iuscéntrico*. Además, se acusa que esta teoría es el resultado de una antropología alterada e individualista, en un Estado que no apunta al bien común (pp. 90-95).

Por otro lado, en ese capítulo el autor denuncia la ruptura entre la teoría moderna de los derechos y la concepción clásica de la sociabilidad natural del ser humano. En paralelo, se explica que el individualismo y la exacerbación liberal buscan convertir a la persona en “pura voluntad de elección” sin anclaje en la verdad (pp. 100-107).

Asimismo, acusa que el vaciamiento de los derechos humanos se vio acelerado por un colofón: mayo de 1968, pues fue un catalizador de la concepción “liberadora” del derecho que llevará de modo indefectible al nihilismo² por estar centrada en el deseo individual y la subjetividad, alejándose de una visión objetiva y universal de la justicia (pp. 111-116).

El capítulo cuarto aborda la influencia de la *French Theory* y la define como una filosofía estructuralista y posestructuralista, que responde a la crisis axiológica de las humanidades. Se trata de “una interpretación estadounidense de lecturas francesas de filósofos alemanes” (p. 118). Más adelante, se estudian la producción de “sentido” y la experimentación infinita de deseo –que parte de la visión móvil de la realidad de Gilles Deleuze–, la logofobia y la deconstrucción –con la transgresión de los límites– de Jacques Derrida, así como la filosofía de la sospecha de Michel Foucault (pp. 119-127).

En suma, en esta sección Julio Alvear Téllez demuestra cómo el asedio a la realidad, las palabras y al conocimiento buscan el reemplazo de tales esencias con categorías que responden al relativismo y, sobre todo, al nihilismo. Ahí también se observa la aplicación de la *French Theory* a la pragmática estadounidense, en particular con “políticas identitarias”, convertidas en medios de legitimación de *nuevos* derechos que causan una grave fragmentación y polarización social, así como de antagonismos artificiales que derivan de la promoción de agendas particulares (pp. 130-138).

Las conclusiones del libro advierten que los *nuevos* derechos humanos son corrosivos para la persona, la familia, la sociedad y la comunidad política. Además, en la obra se resalta que su proliferación representa una amenaza para la justicia y el orden natural, como producto de filosofías subyacentes intencionalmente construidas hacia la pérdida del sentido (pp. 139-143).

La obra es provocadora y disruptiva respecto del *mainstream* contemporáneo. Además, invita a revisar los derroteros que han tomado los derechos humanos desde la modernidad, y pone de manifiesto muchos cuestio-

² Miguel AYUSO, *La disolución de la política en la era del pos-humanismo*, pp. 50-61.

namientos, de los cuales, el que terminaría *preocupando menos* es qué tanto puede ampliarse el catálogo de derechos sin que se quede vacío, tal y como lo advertía, con razones y objetivos diferentes, alguien tan poco sospechoso de conservadurismo como Eric Posner³.

Todo lo anterior es encomiable y está aunado a la gran actualidad de su contenido; de tal forma, la lectura de este libro, que es referente para la argumentación en el debate iusfundamental, resulta del todo recomendable.

Bibliografía

AYUSO, Miguel, *La disolución de la política en la era del pos-humanismo*, Madrid, Dykinson, 2023.

DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984.

POSNER, Eric, *The Twilight of Human Rights Law*, New York, Oxford University Press, 2014.

SIGLAS Y ABREVIATURAS

ORCID Open Researcher and Contribution
ID

p. página

pp. páginas

³ ERIC POSNER, *The Twilight of Human Rights Law*, *passim*.

Normas editoriales

Derecho Público Iberoamericano
Universidad del Desarrollo
N.º 27 | 2025

NORMAS EDITORIALES E INSTRUCCIÓN PARA LOS AUTORES

Derecho Público Iberoamericano es una revista semestral del Centro de Justicia Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo. Se publica los meses de abril y octubre de cada año.

Se propone analizar el derecho público contemporáneo desde una perspectiva problemática, levantando dudas donde hay consensos artificiosos, aportando certezas donde abundan los disensos permanentes, con la convicción de que los principios primarios de toda investigación en este ámbito son los derechos fundamentales de la persona humana y la promoción del bien común. En tal tarea buscamos vincular a la comunidad científica nacional y extranjera promoviendo con especial empeño el análisis de las dificultades que afronta el derecho iberoamericano, sin merma de la pluralidad y del interés universal que corresponde a toda publicación científica.

Para alcanzar tales objetivos, *Derecho Público Iberoamericano* promueve, cultiva y difunde el estudio del derecho público desde las diversas aproximaciones científicas: dogmática constitucional, derecho internacional de los derechos humanos, teoría constitucional, filosofía jurídica y política, sociología jurídica, historia del derecho y otras disciplinas concurrentes.

La revista cuenta con cuatro secciones permanentes: “estudios”, “ensayos”, “comentarios de jurisprudencia” y “recensiones”.

I. Materias de interés

1. Derechos fundamentales. 2. Justicia constitucional. 3. Organización política. 4. Derecho Administrativo. 5. Regulación económica. Otras disciplinas concurrentes: Derecho Tributario, Derecho Económico, Derecho Ambiental, Derecho Eléctrico, Derecho de Aguas, etcétera.

II. Perspectivas de interés

1. Dogmática jurídica. 2. Teoría del Derecho. 3. Evaluación práctica. 4. Análisis jurisprudencial. 5. Sociología jurídica. 6. Historia del Derecho. 7. Filosofía jurídica y política. 8. Otras ópticas concurrentes.

III. Tipos de colaboración

1. Artículos de doctrina. 2. Monografías. 3. Ensayos. 4. Comentario de jurisprudencia. 5. Comentario de problemas jurídicos. 6. Recensiones o reseñas bibliográficas.

IV. Normas para la redacción de los trabajos

1. Los trabajos deben ser inéditos y originales. Serán escritos en español, salvo que la filiación académica del autor sea diversa, en cuyo caso el manuscrito se publicará en el idioma correspondiente. No se consideran originales las traducciones al español de artículos ya publicados en otro idioma.
2. Los trabajos deberán ir encabezados con un título en español e inglés, un resumen en español e inglés de no más de ciento cincuenta palabras, y de palabras claves en ambos idiomas. Este recurso es obligatorio tratándose de estudios y ensayos.
3. El nombre del autor se indicará bajo el título. A pie de página se mencionarán los grados académicos y la universidad o institución a la que pertenece. En casos de tener varios grados académicos, se indicará el más alto.
4. Los manuscritos deben ser redactados en tipografía Times New Roman, tamaño 12 con interlineado de 1,5 para el texto y 10 para las notas con interlineado de 1,15, en hoja tamaño carta.
5. Para el sistema de citas se siguen como pauta las Normas MLA (Modern Language Association of America)

V. Conflicto de interés.

Se entiende por conflicto de interés aquel que existe entre un autor o la institución a la que este pertenece, el revisor o editor del trabajo, y un tercero con el cual se mantiene una relación que influye o puede influir impropriamente en las afirmaciones, argumentaciones o conclusiones contenidas en su tra-

bajo, sea por causa de doble compromiso, conflicto de intereses propiamente tal o deber de lealtad en colisión con otros similares.

El autor (o autores) al enviar un trabajo al Comité Editorial de *Derecho Público Iberoamericano*, se entiende que acepta estas normas y que, por consiguiente, asume que el escrito enviado no debe suponer ningún conflicto de intereses real o potencial que se derive de su autoría y publicación, de acuerdo a lo indicado en este acápite V de las normas editoriales e instrucción para los autores.

VI. Normas éticas

Los autores deben ajustarse a las normas éticas reconocidas internacionalmente para la publicación de los trabajos científicos. Son especialmente reprochables todas las formas de autoplagio y de plagio, particularmente el plagio completo, el plagio parcial y el plagio *verbatim*.

Tanto el Comité Editorial de la revista como los árbitros a quienes se encarga la revisión ciega de los trabajos científicos, tendrán especial diligencia en detectar este tipo de irregularidades.

De ser detectada alguna forma de plagio en cualquiera etapa del proceso editorial, el trabajo será excluido y devuelto inmediatamente al autor, quien no podrá publicar en *Derecho Público Iberoamericano* por un plazo de dos años calendarios, contados desde la notificación de su exclusión por los motivos señalados.

El autor (o autores) al enviar un trabajo al Comité Editorial de *Derecho Público Iberoamericano*, se entiende que acepta estas normas y que, por consiguiente, asume que el escrito enviado debe cumplir las normas éticas internacionales sobre autoría y publicación de los trabajos científicos, en particular las referentes al autoplagio, al plagio completo, al plagio parcial y al plagio *verbatim*, tal como se señala en este acápite VI de las normas editoriales e instrucción para los autores”.

VII. Referencias bibliográficas

1. Las referencias bibliográficas a PIE DE PÁGINA serán abreviadas, con la finalidad de no abultar en demasía el texto. Se indican solo tres elementos: autor –nombre y apellidos (en versales)–, título de la obra (*cursiva* si es LIBRO, y “entre comillas” si es ARTÍCULO) y página citada.

Ejemplo: Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, *El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo*, p. 46.

Las referencias JURISPRUDENCIALES se indicarán del modo que sigue: tribunal / (año de dictación): rol /, considerando o párrafocitado.

Si la identidad de las partes es relevante para la identificación de la sentencia, podrá también ser agregada, a continuación de la identificación del tribunal y antes del año de dictación.

Tratándose de tribunales nacionales, extranjeros o internacionales, la referencia a pie de página podrá hacerse de acuerdo al uso oficial o común de cada tribunal, reconocido en la comunidad científica, como es el caso, por ejemplo, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos o del Tribunal Constitucional español.

2. La referencia completa de las obras citadas se hará al final del trabajo bajo el título *Bibliografía*.

- Si se trata de un *libro*, se sigue el siguiente orden: AUTOR (ES), sea institución o persona (apellidos (EN VERSALES), nombre en letra redonda, *Título de la publicación (en cursiva)* / (edición, si no es la primera, lugar de publicación, editorial, año de publicación, vol. o vols. –sin indicar el número de páginas:

Ejemplo: GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*, 2ª ed., Madrid, Civitas, 1983, vol. III.

- Si es una traducción puede indicarse así:

Ejemplo: LE TOURNEAU, Philippe, *La responsabilidad civil*, traducción de Javier TAMAYO JARAMILLO, Bogotá, Editorial Legis, 2004.

- Si se trata de ARTÍCULO DENTRO DE UN LIBRO: autor (es) del artículo (apellidos (en VERSALES), nombre en letra redonda / “título del artículo” (entre comillas) / seguido de la palabra ‘en’, indicación de nombre y apellidos (en VERSALES) del editor (ed.), coordinador (coord.) o director (dir.) / título de libro (*en cursiva*) / número de edición, si no es la primera, lugar de publicación, editorial, año de publicación.

Ejemplo: VICENTE DOMINGO, Elena, “El daño”, en L. Fernando REGLERO CAMPOS (coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, 3ª ed., Madrid, Editorial Aranzadi, 2006.

- Si se trata de un ARTÍCULO DE REVISTA: autor (es) del artículo (apellidos (en VERSALES), nombre en letra redonda / “título del artículo” (en redondas y entre comillas) / seguido de la palabra ‘en’, nombre de la revista (*en cursivas*), año, vol. y n.º (cuando corresponda) / ciudad / año.

Ejemplo: BERNASCONI RAMÍREZ, Andrés, “El carácter científico de la dogmática jurídica”, en *Revista de Derecho*, año 2, vol. XX, n.º 1, Valdivia, 2007, pp. 57-81.

- En cuanto a las REFERENCIAS YA CITADAS: por regla general se identifica por apellido del autor (en VERSALES), las dos primeras palabras de la

obra, puntos suspensivos (en *cursivas* si es libro o entre comillas si es “artículo”), *op. cit.* y página o, simplemente, apellido (en *VERSALES*), *op. cit.*, y página cuando corresponda.

- Ejemplos: GONZÁLEZ, *El principio...*, *op. cit.*, p. 15.
- BERNASCONI, “El carácter...”, *op. cit.*, p. 35.
- LE TOURNEAU, *op. cit.*

En el caso que la obra o documento citado se reitere inmediata y sucesivamente, basta con colocar *ibid.* si es idéntica u *op. cit.* y página, según corresponda.

- Si se trata de un DOCUMENTO EN FORMATO ELECTRÓNICO: autor (es) (nombre en letra redonda, apellidos (en *VERSALES*)/ título (en *cursiva* si es libro y entre “comillas” si es artículo), año de publicación) / disponible en: dirección electrónica completa. Fecha de consulta.
- Si se trata de JURISPRUDENCIA: tribunal / (año de dictación): rol / fecha de la sentencia, sede de edición o publicación, si es del caso, y responsable de la misma, o la fuente electrónica donde se ubica.

Si la identidad de las partes es relevante para la identificación de la sentencia, podrá ser agregada a continuación de la identificación del tribunal.

Tratándose de tribunales extranjeros o internacionales, la cita completa podrá hacerse de acuerdo con el uso oficial o común de cada tribunal, de la manera en que ha sido reconocida por la comunidad científica.

VIII. Envío de los trabajos

Los trabajos deben ser enviados a través del sitio web de *Derecho Público Iberoamericano*, a nombre del director de la revista, Dr. Julio Alvear Téllez, o del coordinador de redacción, Sr. Gaspar Jenkins Peña y Lillo.

IX. Proceso de selección de los trabajos

Si el trabajo ha cumplido con las normas precedentes, *Derecho Público Iberoamericano* decidirá su publicación previo informe favorable de dos árbitros especialistas en el tema, si se trata de un artículo científico. La evaluación será anónima. El autor recibirá oportunamente el resultado de los informes de acuerdo con los criterios de relevancia u oportunidad de la materia tratada, redacción, originalidad, solidez argumentativa y conclusiva, y uso de fuentes bibliográficas, entre otros.

Este número, de cuatrocientos ejemplares,
se terminó de imprimir en el mes de octubre de 2025
por Versión Producciones Gráficas
Santiago, Chile

