

SOCIETAS

ACADEMIA CHILENA
DE CIENCIAS SOCIALES,
POLÍTICAS Y MORALES



AÑO 2012 - Nº 14
SANTIAGO DE CHILE

SOCIETAS

Edición de 400 ejemplares
impresos en el mes de abril de 2012
siendo Presidente de la Academia de Ciencias Sociales, Políticas y Morales
D. José Luis Cea Egaña
en los talleres de
Andros Impresores Ltda.
www.androsimpresores.cl
Santa Elena 1955
Santiago - Chile



SOCIETAS

REVISTA
de la
ACADEMIA CHILENA DE CIENCIAS SOCIALES,
POLÍTICAS Y MORALES

AÑO 2012

Nº 14

Comité Editorial:

D. PEDRO MORANDÉ COURT
Director

D. CRISTIÁN ZEGERS ARIZTÍA

D. AGUSTÍN SQUELLA NARDUCCI

SANTIAGO DE CHILE, 2012

REPRESENTANTE LEGAL
D. José Luis Cea Egaña

Director responsable:
D. Pedro Morandé Court

Dirección y teléfonos de las oficinas:
Almirante Montt N° 453
Teléfonos: 6854400-6854416
Página web: www.institutodechile.cl

ISSN-0716-9833

DIRECCIÓN POSTAL DE LA ACADEMIA CHILENA
DE CIENCIAS SOCIALES, POLÍTICAS Y MORALES
CLASIFICADOR 1349 - CORREO CENTRAL
CORREO ELECTRÓNICO: acchcsso@ctcinternet.cl
SANTIAGO DE CHILE

ACADEMIA CHILENA DE CIENCIAS SOCIALES,
POLÍTICAS Y MORALES
(Año 2009-2012)

Don José Luis Cea Egaña
PRESIDENTE

Don Gonzalo Figueroa Yáñez (Q.E.P.D.)
VICEPRESIDENTE

Jaime Antúnez Aldunate
SECRETARIO

ACADÉMICOS DE NÚMERO POR ORDEN DEL SILLÓN

1. D. Ricardo Riesco Jaramillo (electo)
2. D. José Luis Cea Egaña
3. D. Andrés Bianchi Larre
4. D. Jorge Peña Vial
5. Pbro. José Miguel Ibáñez Langlois
6. Doña Patricia Matte Larraín
7. D. Enrique Silva Cimma
8. D. Juan de Dios Vial Larraín
9. D. Francisco Orrego Vicuña
10. D. Marino Pizarro Pizarro
11. Vacante
12. D. Carlos Cáceres Contreras
13. D. Luis Riveros Cornejo
14. D. Félix Schartzmann Turkenich
15. Vacante
16. D. Ernesto Videla Cifuentes
17. Doña Adriana Olgún de Baltra
18. D. Pedro Morandé Court
19. D. William Thayer Arteaga
20. D. Jorge Cauas Lama
21. D. Agustín Squella Narducci
22. D. Cristián Larroulet Vignau
23. D. Sergio Molina Silva
24. D. Fernando Moreno Valencia
25. D. José Joaquín Brunner Ried
26. D. Augusto Parra Muñoz
27. D. Enrique Barros Bourie
28. D. Osvaldo Sunkel Weil

29. D. Cristián Zegers Ariztía
30. D. José Zalaquett Daher
31. Cardenal Francisco Javier Errázuriz Ossa
32. D. Oscar Godoy Arcaya
33. Doña Lucía Santa Cruz Sutil
34. D. Máximo Pacheco Gómez
35. D. Jaime Antúnez Aldunate
36. Vacante

ACADÉMICOS CORRESPONDIENTES EN CHILE

- D. Lautaro Núñez Atencio (Antofagasta)
D. Hernán Varela Valenzuela (Concepción)
D. Ramón Domínguez Águila (Concepción)
D. Jorge López Santa María (Valparaíso)
D. Mario Juan Maturana Claro (Copiapó)
D. Marcelo Padilla Minvielle (Arica)
D. Juan Omar Cofré Lagos (Valdivia)

ACADÉMICO HONORARIO EN CHILE

- D. Alejandro Silva Bascuñán

ACADÉMICOS CORRESPONDIENTES EN EL EXTRANJERO

- D. Alberto Wagner de Reina (Perú) † 2006
D. Wolfgang Hirsch-Weber (República Federal Alemana)
D. Eugenio Raúl Zaffaroni (Argentina)
S.E. Príncipe Bola Adesumbo Ajibola (Nigeria)
D. Allan R. Brewer-Carías

ACADÉMICOS HONORARIOS EN EL EXTRANJERO

- Emcia. Rvdma. Cardenal Angelo Sodano (Santa Sede)
D. Rafael Caldera Rodríguez (Venezuela)
D. Theodore Schultz (Estados Unidos) † 1998
D. Alain Touraine (Francia)
D. Arnold Harberger (Estados Unidos)
D. Pedro J. Frías (Argentina)
D. Marino Barbero Santos (España)
D. Louis Joseph Favoreu (Francia) † 2004
Prof. Anthony Giddens (Inglaterra)
Prof. Dmitri Georges Lavroff (Francia)
D. Georges Couffignal (Francia)
D. Gustavo Zagrebelsky (Italia)
D. Robert Spaemann (Alemania)
D. Rocco Buttiglione

ACADEMIAS EXTRANJERAS CORRESPONDIENTES

Señores Académicos de Número de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas de España, por orden de antigüedad.

1. Excmo. Sr. D. Manuel Fraga Iribarne
2. Excmo. Sr. D. Juan Velarde Fuertes
3. Excmo. Sr. D. Salustiano del Campo Urbano
4. Excmo. Sr. D. Jesús González Pérez
5. Excmo. Sr. D. José Luis Pinillos Díaz
6. Excmo. Sr. D. Luis Ángel Rojo Duque
7. Excmo. Sr. D. Alfonso López Quintás
8. Excmo. Sr. D. Olegario González de Cardedal
9. Excmo. Sr. D. Juan Vallet de Goytisolo
10. Excmo. Sr. D. José Ángel Sánchez Asiaín
11. Excmo. Sr. D. Fabián Estapé Rodríguez
12. Excmo. Sr. D. Miguel Herrero y Rodríguez de Miñón
13. Excmo. Sr. D. Carmelo Lisón Tolosana
14. Excmo. Sr. D. Julio Segura Sánchez
15. Excmo. Sr. D. Gregorio Peces-Barba Martínez
16. Excmo. Sr. D. Pablo Lucas Verdú
17. Excmo. Sr. D. Sabino Fernández Campo Conde de Latores
18. Excmo. Sr. D. Dalmacio Negro Pavón
19. Excmo. Sr. D. Jaime Terceiro Lomba
20. Excmo. Sr. D. Pedro Cerezo Galán
21. Excmo. Sr. D. José Barea Tejeiro
22. Excmo. Sr. D. José M^a Segovia de Arana
23. Excmo. Sr. D. Heliodoro Carpintero Capell
24. Excmo. Sr. D. Marcelino Oreja Aguirre
25. Excmo. Sr. D. Antonio María Rouco Varela
26. Excmo. Sr. D. Manuel Jiménez de la Parga y Cabrera
27. Excmo. Sr. D. José Luis García Delgado
28. Excmo. Sr. D. José María Serrano Sanz
29. Excmo. Sr. D. Pedro Schwartz Girón
30. Excmo. Sr. D. Juan Antonio Carrillo Salcedo
31. Excmo. Sr. D. Julio Iglesias de Ussel
32. Excmo. Sr. D. Landelino Lavilla Alsina
33. Excmo. Sr. D. Alejandro Nieto García
34. Excmo. Sr. D. Mariano Álvarez Gómez
35. Excmo. Sr. D. Fernando Suárez González
36. Excmo. Sr. D. Luis González Seara

Señores Académicos de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España, por orden de antigüedad.

1. Excmo. Sr. D. Juan BmS. Vallet de Goytisolo
2. Excmo. Sr. D. Eduardo García de Enterría y Martínez-Carande
3. Excmo. Sr. D. José Luis Villar Palasí
4. Excmo. Sr. D. Manuel Albaladejo García
5. Excmo. Sr. D. José M^a. Castán Vázquez
6. Excmo. Sr. D. Manuel Diez de Velasco y Vallejo
7. Excmo. Sr. D. Jesús González Pérez
8. Excmo. Sr. D. Luis Diez-Picazo y Ponce de León
9. Excmo. Sr. D. Aurelio Menéndez Menéndez
10. Excmo. Sr. D. José Antonio Escudero López
11. Excmo. Sr. D. José Javier López Jacoiste
12. Excmo. Sr. D. Rafael Navarro-Valls
13. Excmo. Sr. D. Ángel Sánchez de la Torre
14. Excmo. Sr. D. Diego Espín Cánovas
15. Excmo. Sr. D. Antonio Rodríguez Adrados
16. Excmo. Sr. D. Víctor Fairén Guillén
17. Excmo. Sr. D. Gustavo Villapalos Salas
18. Excmo. Sr. D. Manuel Amorós Guardiola
19. Excmo. Sr. D. Landelino Lavilla Alsina
20. Excmo. Sr. D. Rafael de Mendizábal Allende
21. Excmo. Sr. D. José Juan Pintó Ruiz
22. Excmo. Sr. D. Antonio Pau Pedrón
23. Excmo. Sr. D. José Luis Pérez de Ayala y López de Ayala, Conde de Cedillo
24. Excmo. Sr. D. Fernando Sánchez Calero
25. Excmo. Sr. D. Luis Martí Migarro
26. Excmo. Sr. D. Alfredo Montoya Melgar
27. Excmo. Sr. D. Ramón López Vilas
28. Excmo. Sr. D. Gonzalo Rodríguez Mourullo
29. Excmo. Sr. D. Manuel Pizarro Moreno
30. Excmo. Sr. D. Jesús Marina Martínez-Pardo
31. Excmo. Sr. D. Juan Antonio Sagardoy Bengoechea
32. Excmo. Sr. D. Pablo Fuenteseca Díaz
33. Excmo. Sr. D. Lorenzo Martín-Retortillo Baquer
34. Excmo. Sr. D. Tomás Ramón Fernández Rodríguez
35. Excmo. Sr. D. Evelio Verdura y Tuells
36. Excmo. Sr. D. Manuel Olivencia Ruiz
37. Rafael Calvo Ortega

Señores Académicos de Número de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas de Argentina.

1. Dr. Segundo V. Linares Quintana
2. Dr. Horacio A. García Belsunce
3. Dr. Pedro J. Frías
4. Dr. Alberto Rodríguez Varela
5. Dr. Natalio R. Botana
6. Dr. Ezequiel Gallo
7. Dr. Horacio Sanguinetti
8. Dr. Carlos María Bidegain
9. Dr. Carlos A. Floria
10. Dr. Leonardo McLean
11. Monseñor D. Gustavo E. Ponferrada
12. Dr. Gerardo Ancarola
13. Dr. Gregorio Badeni
14. Dr. Eduardo Martiré
15. Dr. Isidoro J. Ruiz Moreno
16. Dr. Jorge Reinaldo Vanossi
17. Dr. Félix Luna
18. Dr. Víctor Massuh
19. Dr. Hugo O.M. Obiglio
20. Dr. Alberto Rodríguez Galán
21. Dr. Fernando N. Barrancos y Vedia
22. Dr. Dardo Pérez Guilhou
23. Dr. Adolfo Edgardo Buscaglia
24. Dr. Juan R. Aguirre Lanari
25. Dr. Bartolomé de Vedia
26. Dr. Miguel M. Padilla
27. Dr. Jorge Emilio Gallardo
28. Dr. René Balestra
29. Dr. Carlos Ortiz de Rosas
30. Dr. Rosendo Fraga
31. Dr. Juan Vicente Sola
32. Dr. Alberto Dalla Vía
33. Dr. Mario Daniel Serrafiero
34. Dr. Carlos Pedro Blanquier
35. Manuel Solanet
36. José Claudio Escribano
37. Vicente Massot
38. Rodolfo Díaz
39. Santiago Kovadloff
40. Felipe de la Balze

Señores Académicos de Número de la Academia Colombiana de Jurisprudencia.

1. Carlos Restrepo Piedrahita
2. Tulio C. Jiménez Barriga
3. Diego Uribe Vargas
4. Julio E. Rozo Rozo
5. Marco Gerardo Monroy Cabra
6. Álvaro Tafur Galvis
7. Luis Fernando Paredes Arboleda
8. Bernardo Gaitán Mahecha
9. Rafael Forero Rodríguez
10. Héctor Julio Becerra
11. Aurelio Tobón Mejía
12. Jairo Parra Quijano
13. Humberto Mora Osejo
14. Alberto Preciado Peña
15. Antonio José Cancino Moreno
16. Marino Jaramillo Echeverri
17. Hernán Fabio López Blanco
18. Jaime Bernal Cuéllar
19. Saúl Flores Enciso
20. Felipe Vallejo García
21. Javier Díaz Bueno
22. Cesáreo Rocha Ochoa
23. Carlos Uribe Garzón
24. Mauricio Plazas Vega
25. Horacio Gómez Aristizábal
26. Juan Carlos Esguerra P
27. Rafael Forero Contreras
28. Bernardo Carreño Varela V.
29. Alejandro Venegas Franco
30. Héctor Enrique Quiroga Cubillos
31. Enrique Gaviria Lievano
32. Emilssen González de Cancino
33. Augusto Trujillo Muñoz
34. R.P. Luis Fernando Álvarez s. j.
35. Carlos Fradique Méndez
36. Carlos Orjuela Góngora
37. Álvaro Barrero Buitrago
38. Jorge Enrique Valencia M.
39. Hernán Alejandro Olano García
40. Otto Morales Benítez
41. Eurípides de Jesús Cuevas Cuevas
42. Juan Bautista Paredes Caicedo

JUNTA PÚBLICA

**CEREMONIA DE INCORPORACIÓN DEL ACADÉMICO DON JORGE
PEÑA VIAL COMO MIEMBRO DE NÚMERO DE LA ACADEMIA DE
CIENCIAS SOCIALES, POLÍTICAS Y MORALES INSTITUTO DE CHILE**

**Celebrada el 5 de mayo de 2011
SALÓN DE ACTOS DEL INSTITUTO DE CHILE**

LA CONTEXTURA ÉTICA DE LA LIBERTAD

Discurso de don Jorge Peña Vial
5 de mayo de 2011
Universidad de los Andes

Se exige y reclama con vehemencia libertad. Si bien su delimitación teórica y conceptual es vaga y difusa, se presenta como vitalmente necesaria y su consecución como exigencia apremiante. Es riesgoso hablar de libertad en general, sin mayores precisiones, pues se presta para muchos equívocos. Fue un acierto de Antonio Millán Puelles el distinguir cuatro formas de libertad¹: fundamental, electiva, moral y política. Esta distinción de cuatro dimensiones de la libertad se puede condensar respectivamente en cuatro palabras: querer, elegir, poder más o menos, ser permitido o alentado. El querer alude la dimensión constitutiva de la persona, el elegir esto o lo otro a una capacidad propia del hombre, la libertad moral al modo como la ejercitamos, y la política a la dimensión social de la libertad. Sin embargo es un hecho que a la hora de hablar de libertad, la mayoría de las veces, sólo y casi únicamente se tiene en cuenta la libertad electiva. El énfasis exclusivo en la libertad electiva o libre albedrío, el considerar sólo este tipo de libertad, es decir, reducir la libertad a elegir –lo cual efectivamente es un hecho decisivo–, es fuente, a pesar de ello, de muchas ambigüedades, paradojas, cuando no patologías. Cualquier afirmación de la autoridad objetiva de los valores y normas parece constituir una amenaza. En efecto, si consideramos la libertad electiva como paradigma exclusivo de lo que consiste el ser libre, pareciera, prima facie, que las nociones de libertad y ética fueran del todo opuestas y antagónicas. Desde esta perspectiva la ética será concebida como mero límite que constriñe desde el exterior el despliegue de la libertad. El propósito del presente trabajo es mostrar la contextura ética de la libertad, cómo la libertad lleva consigo, inseparablemente, una intrínseca dimensión ética que la marca desde dentro. Si bien cabe distinguir con noción la libertad electiva de la libertad moral, son dimensiones que en la realidad están unidas y no cabe escindirlas. Si las separamos, tendremos una visión mutilada y parcial de la libertad ajena a una visión integrada de las acciones de la persona.

1) DOS CONCEPCIONES DE LIBERTAD

Puede decirse que la concepción liberal opera con esta visión parcial de libertad en la que todo radica únicamente en el hecho de elegir, en el mero ejercicio de la libertad electiva. Es la libertad como autonomía: el hombre debe ser su propio legislador y no debe plegarse a normas que le vengan de fuera, que no hayan sido sancionadas por

¹ Cfr., Millán Puelles, Antonio, *El valor de la libertad*, ed. Rialp, Madrid, 1995.

el tribunal de la propia razón. El representante más característico de una exagerada valoración de la libertad electiva es John Stuart Mill, con su libro *On liberty* de 1859: *our own good y our own way*. Hay que dejar que cada uno elija su propio estilo de vida, sin inmiscuirse en sus decisiones: “la única libertad que merece ese nombre es la de perseguir nuestro propio bien a nuestra propia manera, mientras no intentemos privar de sus bienes a otros, o a frenar sus esfuerzos para obtenerla. Cada uno es el mejor guardián de su propia salud, sea física, mental o espiritual. La especie humana ganará más en dejar a cada uno que viva como le guste más, que en obligarle a vivir como guste al resto de sus semejantes”². Mill sostiene que la libertad de elección incluye “configurar el plan de nuestra vida para que encaje con nuestro propio carácter, hacer lo que nos plazca, sometiéndonos a las consecuencias que pudieran derivarse, sin que lo impidan nuestros semejantes, en tanto no les perjudique lo que hagamos, aun cuando puedan pensar que nuestra conducta es demencial, perversa o errónea”. En todo esto hay una indestructible parte de verdad, en cuanto se afirma que nadie puede imponerme mi propio destino, mis propias convicciones y mis propias y subsiguientes decisiones y elecciones. En este sentido estamos de acuerdo con el liberalismo y, en general, con quien defiende la autonomía moral del hombre. Asimismo, el autor de *On liberty* está en el origen de muchas conquistas actuales relativas a la libertad de expresión, supresión de la censura, libre circulación de las ideas, que en su época no existían o estaban muy restringidas. Considera que si una persona posee una razonable cantidad de sentido común y experiencia, su propio modo de disponer de su existencia es el mejor, no porque sea el mejor en sí mismo, sino porque es el suyo. Este modo liberal de entender la libertad tiene una considerable cantidad de ventajas, que todos defendemos ardorosamente, pero también algunos indudables inconvenientes. Entre ellos cabe mencionar los resultados que a, largo plazo, desembocan en lo que podríamos llamar patologías de la libertad: desde un creciente individualismo en su ejercicio hasta el relativismo y el permisivismo moral. El error, a nuestro juicio, consiste en no aceptar un marco previo a mis propias decisiones prácticas, pensar que las reglas de juego de lo que es bueno o malo pueden ser establecidas de modo privado o individual. En afirmar que la libertad consiste en poder elegir lo que uno quiera, siendo uno mismo la propia regla de elección. Cuando se desvincula el uso de la libertad de unos principios comunes y universales se corre el riesgo, advertido por C. S. Lewis, de que la libertad solo obedezca a los impulsos. Lo que tenemos que aprender –lo que es especialmente perentorio en la educación de la juventud– es cómo elegir bien, sobre la base de juicios que sean genuinamente racionales y genuinamente nuestros, de modo que nuestras elecciones contribuyan a desarrollar nuestras capacidades. Los criterios de elección que encauzan y aseguran que efectivamente se ejerciten y desarrollen nuestras potencialidades, son precisos esos principios, principios que hacen posible la excelencia individual y fortalecen la cooperación social. Hay que admitir que el bien y el mal no son discernibles en cada caso más que como aplicación de aquellos principios comunes. La alternativa a esto es la fuerza bruta, la arbitrariedad

² Stuart Mill, John, *On liberty*, Hackett Publishing Company, Indiana, 1978; trad. al cast. de Josefa Sáinz Pulido, ed. Aguilar, Madrid, p. 29.

o sencillamente el individualismo insolidario: estamos condenados a la alternativa de regirnos por la fuerza o por principios.

En el planteamiento que he denominado liberal se enfatiza el acto de elegir como fin en sí mismo, y se deja en la penumbra lo elegido, con la única restricción de que se respete la ley y la libertad de los demás. Cada sujeto desplegará autónomamente su personal estilo de vida, aquel que considera óptimo y conveniente para él. Se parte del supuesto de lo que elijo es bueno por el mero hecho de elegirlo libremente; los demás deben limitarse a respetar mis decisiones, no porque sean buenas o malas, sino porque son las mías. Lo contrario sería someterse a tutelajes externos pretendidamente basados en parámetros objetivos pero conducentes a una moral heterónoma. Lo decisivo es elegir, y efectivamente a todos se nos debe respetar ese derecho si nos atenemos a las leyes y respetamos el bien general. Pero entrometerse a dictaminar qué es bueno y qué es malo, qué enaltece o envilece, no es tarea del Estado ni de la Iglesia ni de otra entidad, sino únicamente compete al individuo en su sacrosanto derecho a la libertad. El Estado debe proteger este derecho porque es el propio sujeto el único autorizado para saber y decidir qué le conviene. No es extraño que algunas ideologías que hacen de la libertad electiva un fin en sí mismo aprecien el escepticismo, el relativismo e incluso el nihilismo, porque ven en ello una condición necesaria para la “autonomía” personal.

La otra concepción de libertad, de raigambre más clásica, no considera la libertad electiva como fin sino como medio; como medio para la realización de la propia naturaleza, en definitiva, como medio para amar, dado que solo así se logra la plenitud. A nadie se le puede obligar a amar. Amor y libertad en esta concepción se identifican, pues nada es más libre que el amor. Y como decía el místico español: “En el ocaso del sol se te juzgará en el amor”; o lo que es lo mismo, se nos juzgará en el uso que hemos hecho de la libertad. El peso de nuestra libertad viene dado por el amor del que somos capaces y a mayor capacidad de amar mayor libertad. El varón que ama a una mujer no le interesa ejercer su libertad electiva respecto al sinnúmero de mujeres que ofrece el mercado, sino unirse a la persona amada. En este sentido ser libre no consiste en ser independiente –cuestión imposible–, sino depender de lo que se ama. Solo cuando se deja de amar esos vínculos se convierten en cadenas. Es que, además, todos dependemos de algo: de los padres, de los hijos, de los hermanos, de la mujer, del jefe, del vecino, de los clientes, del rating, de los ideales, de las pasiones, etc. El santo depende de Dios, el libertino de las mujeres, el avaro del dinero, el sensual de los placeres, el actor del éxito. El valor de la libertad viene dado por la excelencia de lo que depende. De lo mejor de uno mismo o de lo peor, de la razón o de las pulsiones, de un horario o de unos caprichos, de algo noble o vil, de los autores clásicos o de las telenovelas. En frase de Saint Exupery: “la calidad de un hombre se mide por el número y la calidad de sus vínculos”³. Sí, debemos elegir, pero no podemos pasar por alto, como carente de importancia o teniéndola solo para el individuo que elige, lo elegido. Entre otras cosas, porque el hombre, al elegir, tiene el triste privilegio de poder abdicar de su propia libertad. No otra cosa ocurre cuando decide embriagarse,

³ Esta frase aparece en Ciudadela, publicada en 1948. Hay una reciente versión castellana en Editorial Alba.

drogarse o convertirse en un títere impulsado mecánicamente por sus pasiones que se van tornando cada vez más imperiosas y necesarias.

Tanto la libertad fundamental como la electiva pertenecen al ámbito constitutivo de la persona, es decir, son propiedades que nos diferencian de los animales. No es necesario que nos enseñen a querer o elegir; sí, en cambio, a elegir correctamente. Es una libertad que pertenece al ámbito de lo práctico, no viene dada sino que se conquista mediante las propias decisiones y actos. Es lo que Aristóteles llamó eu-praxis, la praxis lograda, que se alcanza por el cultivo de las virtudes y que nos capacita para ser más y poder más. Usando bien nuestra facultad electiva y fortaleciéndola por medio de virtudes, se incrementa y amplía nuestra libertad con actos no sólo libres sino también liberadores. Pero lo importante no son las elecciones puntuales, las decisiones aisladas, sino el proyecto existencial que la persona se propone en su vida, el conjunto de tareas que decide afrontar, los aspectos del mundo que intenta mejorar. En la forja de ese diseño biográfico de la identidad personal ejercen un papel decisivo los actos de libertad radical (elección de un cónyuge, de una carrera, de una vocación, de una iniciativa social), y no actos aislados o el mero ejercicio trivial de la libertad entre elecciones carentes de hondura y relevancia (elegir entre Puma y Adidas, whisky o ginebra). Pero comprobamos que el sujeto postmoderno tiende a evitar excesivas definiciones en torno a su identidad para mantener la individualidad y la libertad intactas. La cultura postmoderna, argumenta Bauman, es más proclive a la inconstancia de los compromisos y la fragmentación de las experiencias. La metáfora para aludir a la identidad deja de ser la clásica del peregrino en pos de una meta para convertirse en la del turista que merodea sin tener claro el fin⁴.

Sin embargo una libertad que se ejerce con radicalidad comporta ideales, tiene carácter argumental, proyección de futuro, y le es connatural el compromiso. Quienes hacen de la libertad electiva un fin suelen ver una incompatibilidad entre libertad y compromiso: comprometerse implicaría sacrificar la libertad. Quiérase o no, toda elección implica una infinidad de exclusiones, la realización de una sola posibilidad implica la renuncia a todas las demás. A mayor compromiso menos libertad, porque se entiende la libertad solo como capacidad de elegir. Y no dejan de tener razón, debido a que quien se entrega y compromete ya no elige, porque ya ha elegido. Ahora quiere realizar ese ideal elegido ejerciendo la libertad en un nivel más profundo, quiere amar, de modo libre y renovado, lo elegido. Pareciera que, en definitiva, la libertad electiva está hecha para morir, y todo depende en el nivel en que muere: abajo la esclavitud, arriba el amor, en la fatalidad imperiosa o la dependencia liberadora. Los santos se apresuran a confiarla a Dios para no dejar que se la roben los ídolos. En este sentido si bien es necesario perderse, es preciso saber por qué o por quién se pierde uno: la calidad del objeto cuenta aquí aún más que la generosidad del sujeto. El que no es capaz de quemar las naves, conserva alguna reserva en su compromiso; pero el que las quema en cualquier parte, derrocha torpemente las energías de su libertad. De esta paradoja entre libertad y compromiso nos habla Ramón Llull en *El libro del amigo y el*

⁴ Cfr., Bauman, Z., "De peregrino a turista, o una breve historia de la identidad", en Stuart Hall y Paul du Gay (comps.), *Cuestiones de identidad cultural*, ed. Amorrortu, Buenos Aires-Madrid, 2003, pp. 40-48.

amado: “Dime loco, ¿qué es el amor?: es aquello que hace libre a los esclavos y esclavos a los libres, no sabiendo si es lo uno o lo otro”⁵.

A este respecto es interesante añadir dos agudas observaciones de Max Scheler. La primera consiste en la conveniente distinción entre la vivencia (experiencia) de la libertad y la realidad de la libertad, porque no necesariamente coinciden. Incluso más, se puede establecer una proporcionalidad inversa: a mayor vivencia de la libertad menor realidad de la misma. La intensa y eufórica sensación de libertad es muy engañosa y suele corresponderse a una libertad mínima y superficial. El ejemplo al que acude Scheler es el de la niña frívola, la “hija de papá”, que vive desahogadamente, goza de su juventud, no tiene mayores compromisos, hace lo que quiere y cuando quiere, y se pasa en bridge parties, cocktails parties and social parties. Sin duda goza de una ardorosa vivencia de la libertad, pero la realidad de la misma es escasa, y carente de motivaciones profundas, es una mera veleta movida por los vientos de sus impulsos y caprichos. No creo que una madre de seis hijos pueda disfrutar de una vivencia de la libertad semejante, pero sí dispone de una libertad real en la entrega por amor a los suyos.

La segunda advertencia de Scheler es que contrariamente a la actitud caprichosa de la niña frívola, la conducta del hombre o la mujer verdaderamente libre es máximamente previsible. Debido a que la libertad no es indeterminación, sino precisamente autodeterminación, de modo que el sujeto sabe lo que quiere y hace aquello que quiere, puede ocurrir que una persona adopte libremente la resolución de actuar siempre de la misma forma, de acuerdo con unos principios o una ley. En consecuencia hará siempre lo mismo bajo condiciones idénticas, y si esa decisión fuera renovada en todos los casos mediante consentimiento interno, su comportamiento será totalmente predecible y calculable, sin por ello ser menos libre. En este sentido, un hombre es tanto más predecible cuanto más libre sea. El marido ausente confía y tiene fe en que su mujer –por el amor que le tiene– le permanecerá fiel, y no se dejará influir por tentaciones y situaciones que puedan sobrevenirle de modo que modifiquen sus sentimientos y acciones; que sean cuales sean los avatares que le acontezcan a su esposa durante su ausencia, ella seguirá siendo ella misma y no se va a desviar por motivos cualesquiera. En cambio la conducta del loco, del borracho, del psicótico, y en menor grado la del caprichoso, se caracterizan por su impredecibilidad, lo que a fin de cuentas denota su carácter menos libre. Esa conducta suele estar plagada de continuas sorpresas, cambios imprevisibles y, ante ellas, uno no sabe a qué atenerse. Asimismo, “el que la libertad signifique precisamente la predictibilidad –escribe Scheler– del individuo, la coerción, en cambio, la impredecibilidad, explica otro fenómeno: que el hombre, como parte integrante de las masas, se torna cada vez más coercitivo e impredecible cuanto mayor sea su integración en las mismas. La masa es impredecible, caprichosa, histérica”⁶.

⁵ He traducido de modo más moderno el aforismo publicado por Editorial Aguilar: “Fatuo, ¿qué cosa es amor? Respondió que amor es aquella cosa que pone en servidumbre a los libres y da libertad a los siervos; y de aquí se origina la cuestión sobre si el amor es más cercano a servidumbre o si a libertad” (302), de Raimundo Lulio en Libro del amigo y del amado, trad. castellana anónima, publicada en Mallorca, Vda. De Frau, 1749, ed. Aguilar Argentina, Buenos Aires, 1960, p. 106.

⁶ Scheler, Max, “Fenomenología y metafísica de la libertad”, en *Metafísica de la libertad*, trad. al cast. de Walter Liebling, ed. Nova, Buenos Aires, 1960, p. 12.

2) INSEPARABLE CONEXIÓN ENTRE LIBERTAD Y VERDAD

Centrarse sólo en el hecho de elegir y no tener en cuenta lo elegido tiene enormes consecuencias sociales y conduce a desconocer el inseparable vínculo que existe entre libertad y verdad. En este sentido fueron proféticas las palabras de Juan Pablo II en la *Evangelium vitae*: “Cada vez que la libertad, queriendo emanciparse de cualquier tradición y autoridad, se cierra a las evidencias primarias de una verdad objetiva y común, fundamento de la vida personal y social, la persona acaba por asumir como única e indiscutible referencia para sus propias decisiones no ya la verdad sobre el bien o el mal, sino solo su opinión subjetiva y mudable o, incluso, su interés egoísta y su capricho” (Nº 19). Durante su magisterio se enfrentó a las dos grandes utopías ideológicas: la utopía totalitaria de la justicia sin libertad y la utopía libertaria de la libertad sin verdad. Por ello sostiene que “totalitarismos de signo opuesto y democracias enfermas han revolucionado la historia de nuestro siglo”⁷. La primera utopía, la de justicia sin libertad, ya en camino de decadencia y extinción, ha dejado tras de sí un inmenso mal, un cúmulo de ruinas espirituales y sociales. En cambio, la segunda utopía, la de la libertad sin verdad, está en fase de creciente expansión en el mundo democrático, y ha sabido aliarse a un extendido relativismo agnóstico y a un estricto positivismo jurídico. Pero Juan Pablo II no solo denunció el mal, sino que en su histórico discurso a la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1995, propuso el remedio: la cuestión fundamental que debemos afrontar “es la del uso responsable de la libertad”, y con este fin, es preciso que la atención de todos –filósofos, juristas, sociólogos– se centre en la cuestión concreta “de la estructura moral de la libertad, que es la arquitectura interior de la cultura de la libertad”. Con otras palabras, no puede haber una auténtica cultura democrática sino respetando la “estructura moral de la libertad”. Pero nos preguntamos, ¿cuál es esa estructura moral, esa arquitectura interna de la cultura de la libertad? Juan Pablo II contesta: “La libertad posee una «lógica» interna que la modifica y la ennoblece; está ordenada a la verdad y se realiza en la búsqueda y en el cumplimiento de la verdad. Separada de la verdad de la persona humana, la libertad decae en la vida individual en libertinaje; y en la vida política, en la arbitrariedad de los más fuertes y en la arrogancia del poder. Por eso, lejos de ser una limitación o amenaza a la libertad, la referencia a la verdad sobre el hombre, verdad que puede ser conocida universalmente gracias a la ley moral inscrita en el corazón de cada uno, es en realidad la garantía del futuro de la libertad”. En efecto, de esa concreta “verdad sobre el hombre” brotan los contenidos de todas las demás verdades: dignidad de la persona, sus derechos fundamentales inalienables, naturaleza del matrimonio, de la familia, de la sociedad, verdades objetivas que determinan los espacios para el desarrollo de la auténtica libertad. Solo así se evita la tentación de una libertad desnaturalizada, es decir, de una libertad sin los límites, realmente liberadores, de la verdad objetiva sobre la dignidad del hombre y los derechos inalienables de la persona⁸.

⁷ Juan Pablo II, homilía en 1993, hablando al mundo de la cultura, en Vilma.

⁸ Cfr., Herranz, Julián, “Lagonia del Diritto agnóstico”, en *Studi Cattolici*, abril de 1974, pp. 166-171.

3) UNA LIBERTAD QUE RESPETE LA NATURALEZA Y LA VERDAD DE LA PERSONA

Cuando la libertad atenta contra la naturaleza de la persona sobreviene una triste prerrogativa que posee el hombre: la de abdicar de su propia libertad o incurrir en una “libertad desnaturalizada” que obstaculiza su autorrealización. Aquí topamos con una palabra tremendamente equívoca y que recibe variadas acepciones. Me refiero a la palabra naturaleza, cuestión que en otra ocasión he abordado⁹, pero que se puede sintetizar en tres grandes y distintas concepciones de naturaleza: la teleológica de Aristóteles y dos modernas y divergentes, como son la nostálgica y primitiva de Rousseau, y la de Hobbes, para quien la naturaleza definitiva –y afortunadamente– ya ha quedado atrás. La naturaleza teleológica de Aristóteles ha sido frecuentemente malentendida, pues se la ha considerado como un sustrato fijo e inalterable, sin tener en cuenta que naturaleza no solo designa a la esencia sino que también e inseparablemente constituye el principio de actividad del viviente. En *Metafísica*, v. 4, Aristóteles distingue dos significados principales del término «naturaleza». Estos significados son complementarios y es conveniente distinguirlos pero sin separarlos, pues mutuamente están conectados. Por un lado, naturaleza: a) es el principio inmanente del movimiento de los entes naturales (1014 b, 18-20), y por otro, b) naturaleza es la substancia o esencia (ousía) de los entes naturales (1014 b, 35-36) y, por extensión, como substancia o esencia en general, también de los artefactos. La naturaleza en Aristóteles está vinculada a la noción de fin, de plenitud, de perfección, no está al principio sino al final. No radica en el origen sino en la plena actualización de todas sus potencialidades. La naturaleza de la bellota está en la encina, es decir, en la plenitud, lo que puede llegar a ser, aunque de hecho la mayoría de las bellotas, por falta de los cuidados requeridos, termine siendo alimento para cerdos.

Para evitar el equívoco que lleva consigo la palabra naturaleza –que puede ensombrecer un verdadero concepto de libertad– es interesante lo planteado por Leonardo Polo cuando sostiene que la noción de naturaleza es inseparable de los hábitos que la persona es capaz de adquirir. Los hábitos permiten el perfeccionamiento de la naturaleza humana; ésta es perfeccionable en virtud de sus hábitos que implican el refuerzo incesante del principio de actividad, de las facultades o instancias operativas. A este incremento de la potencia o alcance de los principios operativos, Aristóteles le dio el nombre de *hexis*, que se tradujo al latín por *habitus* y al castellano por *hábito*¹⁰. Mientras más y mejor se hace actuar el sistema muscular motor, más y mejor puede actuar después como resultado, y lo mismo acontece por lo que se refiere a las otras facultades, ya sea perceptivas, imaginativas, intelectuales y volitivas. Por eso mientras más se ejercita la inteligencia en una determinada ciencia, arte o técnica, mayor será la capacidad de comprender e innovar en esa ciencia, arte o técnica; y mientras más se educa la voluntad en determinados actos de dominio y realización, mayor será su fuerza y energía, lo que es lo mismo, adquirirá virtudes que le permitirán, incrementar más su libertad.

⁹ Me refiero a mi artículo titulado “Diversas acepciones de la naturaleza en relación con la cultura”, en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, N° 18/ año 2000, Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, pp. 25-57.

¹⁰ Para la definición y descripción aristotélica del hábito, cfr., *Ética a Nicómaco*, libro II.

Cuando se dice que los hábitos son una “segunda naturaleza” se está aludiendo a esta redundancia operativa que va más allá de la mera operación inmanente. Se trata de una disposición estable, una especie de acto mantenido en el tiempo, y por tanto distinto de la mera actualización operativa de la facultad que tiene una actividad intermitente. Estas disposiciones estables capacitan a la facultad para la libertad. Aunque los hábitos disponen en un sentido, facilitando la acción en una determinada dirección, el sujeto siempre conserva la libertad electiva de actuar en sentido contrario. El perfeccionamiento de la facultad como consecuencia del ejercicio de sus actos es la virtud; la imperfección que se deriva de un ejercicio defectuoso es el vicio, y constituyen un lastre para la libertad. Las virtudes se llaman intelectuales si perfeccionan la inteligencia, y morales si perfeccionan las tendencias. Así, la fortaleza y la paciencia perfeccionan la tendencia irascible y la templanza la tendencia concupiscible. Las virtudes vienen a fortalecer las tendencias, sobre todo durante la infancia, cuando estas son más plásticas e indeterminadas. Más que reprimir las tendencias naturales, las encauzan y refuerzan otorgándole energía y dirección para la acción práctica. Las virtudes morales perfeccionan la dotación tendencial humana, son un reforzamiento de las mismas que intensifican y permiten también la libertad respecto de nuestras tendencias. Desde esta perspectiva el hombre es un beneficiario de su propia actividad, pero también víctima si su actividad es equivocada. La virtud vendría a ser el ejercicio correcto de la propia dotación activa, que será aún mayor si su beneficiario es su prójimo y su aportación redundante en bien de los demás.

4) LIBERTAD TRASCENDENTAL, PERSONA, DONACIÓN

En atención a que la naturaleza humana es perfeccionable por los hábitos, Polo reserva para ella el nombre de esencia: “La esencia del hombre es la consideración de la naturaleza humana respecto de su perfección natural, la cual es el hábito ¿Qué significa «esencia»? Significa lo perfecto, pero naturaleza no significa lo perfecto sino principio de operaciones en orden a lo perfecto”¹¹. A la consideración de dicha esencia se llega cuando a la naturaleza se añaden los hábitos, los cuales constituyen su perfección más elevada. Que el hombre tenga la posibilidad de atenerse o no a los hábitos perfectivos de su naturaleza es indicativo de que la libertad es algo que pertenece radicalmente a la persona. La esencia del hombre es distinta de la esencia del universo, por cuanto el hombre, por su libertad, adquiere hábitos, una perfección intrínseca adquirida por él. Si el hombre fuese solo naturaleza, esta sería considerada únicamente como principio de operaciones, pero ya no sería libre. La mera naturaleza como tal y en sí misma no es libre¹². La naturaleza es libre mediante los hábitos. Por eso podemos decir que tenemos una esencia a la que le es inherente la libertad.

Los hábitos son los que hacen a la voluntad capaz de libertad, los que, por así decirlo, dan cauce a la libertad trascendental. Polo, al afirmar que la libertad no es radicalmente de la voluntad, sino de la persona, plantea que la trascendentalidad de

¹¹ Polo, Leonardo, “La coexistencia del hombre”, en *El hombre: inmanencia y trascendencia*, ed. Eunsa, Pamplona, 1981, vol I, p. 37.

¹² Cfr., Tomás de Aquino, S.Th. q. 22, a. 1.

la libertad no consiste en la autonomía, en el sentido que le da Kant¹³. En el planteamiento poliano la libertad comparece como la condición trascendental de una esencia como la humana. Una esencia como la humana –perfectible por los hábitos– solo es posible si existe la libertad trascendental, que no se identifica con nada de la esencia, sino con el acto de ser que la actualiza y que se llama “persona”. Polo dirá que la esencia del hombre no es un dato, “sino un cometido de la libertad que dura toda la vida, a saber: la conquista creciente de la dependencia de lo humano respecto del ser personal”¹⁴. En el caso del hombre el acto de ser es la libertad trascendental, y esta es la persona. La persona estrictamente dispone de la esencia en el sentido de destinarla. ¿Hacia dónde puede destinarla?, se pregunta Polo. Observa que el ser humano no encuentra réplica adecuada en el universo, ya que el acto de ser de este no es libre, sino sólo en otra persona. Partiendo de la dualidad esencia-persona advierte: “Si el hombre no vehicula su esencia –su naturaleza perfeccionada de modo habitual– por medio de la donación, a la espera de una aceptación que sea una auténtica réplica personal, se frustra su libertad. Desde aquí, el reconocimiento hegeliano en forma de autoconciencia y búsqueda de la identidad resulta casi trivial. Todo lo que el hombre puede en términos de esencia –todo dinamismo natural perfeccionado habitualmente–, en suma todo su disponer, adopta la forma de un donar cuya aceptación determina su valor definitivo. Debe ser evidente que aceptar no es menos que dar y que es superior cuando el que acepta es el ser creador del ser personal que da”¹⁵. Por eso carecer de aceptación de otra persona sería amputar la donación, carecer de réplica, una pura tragedia. En este sentido afirmar que el hombre es persona es mucho más que decir que es un “fin en sí mismo”. Robert Spaemann añade algo importante: el fin en sí mismo que es la persona no es un “fin para-sí”, sino de un modo muy peculiar, “para-otro” (libremente)¹⁶. En esto consiste la autotrascendencia de la persona que exige la relativización de sí mismo: poner entre paréntesis los propios intereses para captar la realidad del otro o, para decirlo al modo de Levinas, ponerse al servicio del otro.

La antropología filosófica cristiana añade a la griega la comprensión de la propia vida como un don que, encauzándose por el desarrollo de las virtudes, llega a desvelar el sentido más profundo de la libertad humana, a saber, el don de sí¹⁷.

Polo considera que la reflexión griega sobre el hombre, que en líneas generales es acertada, se detiene en la consideración del hombre como “poseedor”, y no alcanza a reconocer el aspecto “donante”, que siendo más radical no entra en contradicción con aquel sino que lo refrenda. Semejante profundización solo fue posible históricamente con el cristianismo, concretamente a partir de la revelación cristiana de Dios como amor. Lo cito: “¿Qué puede haber más allá de la tendencia a poseer y de la posesión misma? Obviamente el donar. Si la actividad de la voluntad es donante, trasciende

¹³ Cfr., Polo, Leonardo, “La coexistencia del hombre”, p. 38; *Ética: hacia una versión moderna de los temas clásicos*, Unión Editorial, Madrid, 1996, p. 151.

¹⁴ Polo, L., *Ética: hacia una versión moderna de los temas clásicos*, p. 77.

¹⁵ Polo, L., “La coexistencia del hombre”, p. 38.

¹⁶ Cfr., Spaemann, Robert, *Lo natural y lo racional*, ed. Rialp, Madrid, 1989, p. 100.

¹⁷ “El concepto de virtud marca el punto de enlace de la antropología griega con la cristiana. Es la cumbre de la primera, y, por decirlo así, el cauce de la segunda” (Polo, Leonardo, “Tener y dar. Reflexiones en torno a la segunda parte de la encíclica *Laborem Exercens*”, en *Sobre la existencia cristiana*, ed. Eunsá, Pamplona, 1996, p. 127).

lo que los griegos entendían como telos. He aquí la hiperteleologización cristiana. Donar es dar sin perder, la actividad superior al equilibrio de pérdidas y ganancias, el ganar sin adquirir o el adquirir dando. Desde luego su punto focal se encuentra en la Revelación. Desde el punto de vista filosófico, quien lo ha incorporado al planteamiento cultural de Occidente, quien ha contribuido a su expresión literaria extensa, es Agustín de Hipona; por eso a San Agustín se le llama el padre de Europa. El aprecio por la verdad, por la capacidad humana de conocer, se la debemos en gran parte a los griegos. La dimensión amorosa elevada a culminación la debemos evidentemente al cristianismo. Desde su ápice divino, el don del amor es operante. Tomás de Aquino entiende la creación como la “donación del ser”¹⁸.

Los griegos no llegaron a formular la noción de creación –“donación del ser”– debido en gran parte a que su concepción de la voluntad como deseante, como orexis (deseo), resultaba ser un obstáculo insalvable a la hora de atribuírselo a Dios, debido a que el deseo supone tendencia a lo que se carece, y ello implica imperfección. De ahí que a lo más puede comparecer como Causa Final, como Motor Inmóvil, pero no como Causa Eficiente. Los principales filósofos griegos vislumbran a Dios como Logos, pero ninguno siquiera atisbó que Dios es Amor, pues eso lo sabe y solo es un aporte del cristianismo. El hombre no se define como el ser capaz de tener, de conocer, sino que ahora es preciso encontrar la raíz de su capacidad en el dar. El principio de la donación ha de ser más radical que el de la inmanencia e incluso que de la virtud. El hombre es persona porque es capaz de dar. La antropología griega, que tiene su eje en torno a noción de virtud, es asumida por la visión cristiana del hombre pero a su vez es trascendida, pues el amor constituye la forma virtutum, la forma de todas las virtudes. El incremento de la dignidad personal está en correlación con el crecimiento de la capacidad donal, con el aumento de la aptitud para amar. De acuerdo con la antropología cristiana, cada persona es un don debido al amor de predilección por parte de su creador. Cada persona es una novedad absoluta que ha sido creada directamente por Dios. Se nos ha dado el ser para que lo devolvamos libremente, por amor, a quien nos lo ha donado. Y se ha de responder con amor de dilección al amor de predilección. Tanto el amor de dilección como el de predilección son libres y superiores al amor electivo porque se refieren al fin, en tanto que el electivo se refiere a los medios. No cabe reivindicar una autonomía absoluta porque no nos hemos dado el ser a nosotros mismos. Pero esta dependencia trascendental es lo que fundamenta una autonomía real respecto de todo lo creado.

Pero, ¿acaso el que da, precisamente por el hecho de dar, no pasa a ser constitutiva y esencialmente dependiente de aquel que recibe el don que se le ofrece? Efectivamente es así, pero no en la forma pasiva de recibir, sino que el correlato del dar se encuentra en el aceptar. Dicho con terminología más técnica el dar no es “con” el recibir, sino “con” el aceptar. El valor del don no radica solo en el donante, sino también se lo otorga quien lo acepta. No es generoso solo el que da, sino sobre todo quien acierta en dar.

¹⁸ Polo, L., Sobre la existencia cristiana, ob. cit., pp. 130-131.

5) EL HOMBRE COMO “PERFECCIONADOR PERFECTIBLE”

Así solía definir Leonardo Polo al hombre. Debe ser perfeccionador, porque el hombre al carecer de nicho ecológico, ser deficitario desde una perspectiva biológica y no estar adaptado del todo a la naturaleza, necesita por medio de la ciencia y la técnica perfeccionar todo a su alrededor para poder vivir y desarrollarse. Requiere de lo que Aristóteles denominó *poiesis* o *tecné*, y que con el latín deriva en lo que nosotros conocemos como técnica, o arte en un sentido restringido, es decir, un saber hacer (cosas, artefactos, productos). Pero junto a la *poiesis* o *tecné*, Aristóteles consideró otro saber de índole práctico, la *praxis*, para referirse al ámbito de la ética, al hacerse a sí mismo del sujeto mediante el uso de su libertad, y por cuya virtud el hombre es perfectible. No solo perfeccionador de la naturaleza sino también perfectible en cuanto persona. Es la distinción –con el constante riesgo de la separación– de lo que Aristóteles llamó *poiesis* y *praxis*, los medievales denominaron, *facere* y *agere*, y nosotros conocemos como técnica y ética.

La libertad que considera a la persona como esencialmente mejorable y perfectible, por medio del cultivo de las virtudes, con la actualización de nuestras potencias, es lo que se denomina libertad moral. No hay ningún acto libre que de alguna manera no nos modifique. Tenemos esa capacidad de autodirigirnos hacia la plenitud que está inscrita en nuestro acto de ser, de autoconducirnos a la propia plenitud con el riesgo también siempre presente de autodestruirnos. Desde esta perspectiva el acto por excelencia de la libertad, el que posibilita el incremento de la misma, es el amor: querer el bien del otro en cuanto otro, es decir, la dilección, amor de benevolencia.

Pero ahora podemos preguntarnos: ¿por qué esta dimensión de la libertad, la libertad moral, que nos capacita para ser más y poder más, pareciera haber quedado eclipsado y en la penumbra? Me parece que ello se debe a que la modernidad ha centrado su atención exclusivamente en la producción, en los resultados, en los logros que mediante la ciencia y la técnica hacen posible el progreso. El hombre se reduce a ser esencialmente *homo faber*, es lo que produce. La tecnología, la política, el arte, el mismo progreso del ser humano se percibe en términos de adquisiciones, de logros. La misma ética contemporánea se acomoda a estas exigencias y es en gran medida consecuencialista: el cálculo de las consecuencias, efectos y resultados pasan a determinar el valor ético de las acciones. La pedagogía se centrará en la adquisición de competencias y diversos pragmatismos se someterán a estrictos imperativos económicos: el resultado es lo primero, lo radical. Esta atención exclusiva a las consecuencias, también está presente en Marx: la alienación acontece cuando al hombre se le priva del producto, de los resultados de su trabajo, se le ha expropiado aquello que ha producido, en definitiva, de su ser. Lo humano se condensa en el producto, en lo fabricado por el hombre; nada se le debe a la naturaleza ni tampoco se tiene en cuenta si la actividad humana redundará en el perfeccionamiento del sujeto. El hombre a priori es un receptáculo vacío, y solo en virtud de su dinamismo productivo logrará llenar de contenido, y así podrá contemplarse a sí mismo en lo hecho y producido. Esta concepción del hombre se corresponde con la interpretación de la libertad como indeterminación. Ahora bien, una libertad como indeterminación puede dirigirse hacia cualquiera dirección, ya que su determinación procederá de lo producido, de lo realizado como consecuencia de su despliegue dinámico.

Tener en cuenta que el hombre es un ser productivo, es sin duda un aspecto central del ser humano. Dispone de una libertad activa para afrontar y superar las carencias de una naturaleza deficiente en su dotación instintiva y no del todo apta para resolver sus problemas vitales. Por ello debe trabajar y esto hace de él un ser radicalmente técnico, un ser poético. Pero si bien son del todo admirables los aportes culturales de una libertad fáctica que despliega una gran actividad técnico-productiva, no puede seguir en la sombra lo que le acontece a la persona cuando trabaja, cuando produce. Dicho de modo más simple y directo: ¿qué le acontece al zapatero cuando produce buenos zapatos? ¿Mejora como persona humana en todos los aspectos, ya sean culturales, éticos o espirituales? En estas preguntas resuena la distinción clásica entre *poiesis* y *praxis*, entre *facere* y *agere*. Tomás de Aquino sostenía “que los resultados de las acciones transitivas no son más nobles que quienes las hacen”. Siempre que se actúa, hay un resultado de esa acción; ahora bien, la ética nos indica que el ejercicio de esa acción humana es más importante que el resultado. El producto o resultado (objetos, artefactos, casas, construcciones) está encaminado a la transformación de la naturaleza, a perfeccionar lo que nos rodea para crear un hábitat humano. Pero, ¿qué ha pasado entretanto con la persona que ha creado esos productos y artefactos? No podemos olvidar que el hombre es persona por sus actos libres, y no por sus resultados, puesto que estos no son inmanentes, son externos y quedan fuera del sujeto. Aun siendo condición *sine qua non* que el producto esté técnicamente bien hecho y terminado, lo decisivo es la acción productiva, la actividad humana puesta en juego en la construcción o creación de ese producto o resultado. De modo que el primer beneficiario de la actividad es uno mismo y no hay que esperar el producto para ello. Siempre que actuamos, precisamente porque actuamos, nos hemos hecho mejores o peores en nuestra constitución natural misma. No cabe prescindir de la alternativa virtud o vicio. La virtud es un premio que la naturaleza se da a sí misma cuando actúa bien. El perfeccionamiento no consiste en que yo, a golpe de actos libres, al modo existencialista, labre mi esencia cual escultura. No, el perfeccionamiento está intrínsecamente unido a mi libertad moral: siempre que actúo me hago mejor o empeoro, se ha crecido o decrecido. El hombre es capaz de crecimiento irrestricto mediante hábitos y virtudes, puede perfeccionarse internamente, es perfectible. Si ello no fuera posible se carecería de libertad moral. Además, cabe preguntarse: ¿qué sentido tiene el progreso material, el mejoramiento general de las condiciones de vida si el hombre mismo no mejora? Por momentos se tiene la sensación que todo cambia y progresa a nuestro alrededor, menos el hombre, que sigue siendo el mismo; que muchos progresos económicos traen consigo retrocesos y regresos en lo humano, cultural y espiritual.

6) DE QUÉ FACTORES DEPENDE EL VALOR PERFECCIONADOR DEL TRABAJO

Para concretar lo hasta ahora expuesto, podemos preguntarnos: ¿de qué factores depende la valía de la actividad humana o del trabajo? o ¿en qué debemos fijarnos para ver si un trabajo tiene un valor perfeccionador de la persona? Tomás de Aquino sostuvo que Dios puede ser definido como Ser (*Ipsium Esse Subsistens* del Éxodo) y como Amor (del evangelio de San Juan) en perfecta identidad. El hombre, como imagen y semejanza de Dios, habrá de ser descrito como poseedor de un ser que culmina

en actos de amor. En consecuencia, la valía del propio trabajo procederá originaria y fundamentalmente de la índole personal de quien lo realiza, y complementaria o conclusivamente del amor con que lo realice. Sobre la base de idéntica dignidad constitutiva de la persona, a más amor, a mejor amor, más dignidad personal. La valía del trabajo deriva de la dignidad personal, de la excelencia constitutiva igual en todas las personas, y del incremento de esa eminencia que cada uno consiga por medio del amor. Pero como la valía constitutiva es idéntica para cualquier persona, el valor de un trabajo vendrá medido de forma única en función del amor que ponga al realizarlo quien lo ejecuta. La importancia objetiva de un trabajo, para el bien de quien lo realiza y para la humanidad en su conjunto, estará en función del amor con que ese trabajo se lleve a cabo¹⁹. Es el amor el que dota de valor al trabajo, y trabajar por amor es una exigencia ética, hasta el punto de que un trabajo desamorado carece de todo poder perfeccionador.

Un trabajo técnicamente perfecto, pero hecho sin amor, puede mejorar a su autor desde cierto punto de vista, en sentido relativo (será un buen médico o arquitecto), pero no por ello, en un sentido radical, será buena como persona. El trabajo ennoblece al hombre en cuanto trabajador técnico; pero si está informado por el amor, que es la forma virtutis, lo ennoblece no solo en cuanto trabajador sino en cuanto hombre. San Josemaría, quien desarrolló una profunda teología y espiritualidad en torno al trabajo, lo expone con lucidez: “Por eso el trabajo del hombre no debe limitarse a hacer cosas, a construir objetos. El trabajo nace del amor, manifiesta el amor, se ordena al amor”²⁰. Solía citar a Machado: “Espacio y buena letra:/ el hacer las cosas bien/ importa más que el hacerlas”. El adverbio “bien” debe modificar intrínsecamente el verbo al que acompaña –“hacer”– y no exclusivamente al resultado de la acción, a las “cosas”. Lo importante es hacer bien (las cosas): que la misma operación sea perfecta. Hay, por lo tanto, una prioridad de la acción humana bien hecha sobre el producto. Como se ve, la aventura del trabajo es inseparable de la aventura del trabajador; y la perfección de lo hecho debe redundar en la perfección de quien lo hace. Por contraste, pareciera que ahora únicamente se atiende a las consecuencias que se generan ad extra como resultado del trabajo (prestigio, poder, dinero, éxito) y se silencian las consecuencias ad intra, que son las consecuencias más importantes generadas por esa actividad, a saber: el mejoramiento cognoscitivo, cultural, ético y espiritual de quien trabaja.

En consecuencia, tres son los factores integrantes de todo trabajo: 1) el producto de ese obrar; 2) las operaciones –manuales o intelectuales– con que se alcanza ese producto; 3) el amor que se pone en todo ello. La categoría ontológica de estos elementos es exactamente el opuesto a como se han enunciado: 1) el amor, 2) el trabajo en cuanto actividad y, por fin, el producto de ese trabajo. Atender no sólo a los zapatos, a la valía del producto, a los resultados –en donde tienen cabida los criterios de eficiencia, calidad–, sino también qué ha acontecido con el zapatero cuando ha realizado ese buen trabajo. Sí, condición sine qua non es el logro de los objetivos, la consecución de

¹⁹ En lo que expongo sobre el trabajo soy del todo deudor del excelente ensayo de Tomás Melendo, *La dignidad del trabajo*, ed. Rialp, Madrid, 1992, el cual se inspira en la espiritualidad del trabajo de San Josemaría.

²⁰ San Josemaría Escrivá de Balaguer, *Es Cristo que pasa*, N° 48.

metas, los beneficios obtenidos, pero mayor debiera ser la preocupación por el enriquecimiento o perfeccionamiento cognoscitivo, ético y espiritual de quienes trabajan.

Hace poco hojeaba de modo distraído un libro de Rensis Likert, al parecer un gurú empresarial, titulado *New patterns of management*²¹, en el que afirmaba que hay dos modos de concebir la empresa: sea una organización en la tarea que deben realizar los hombres, sea una organización centrada en los hombres que deben hacer esa tarea. Lógicamente ambos aspectos son inseparables y complementarios, pero la crucial alternativa radicará en el énfasis prevalente que se otorga a cada uno de ellos. Asimismo, la Encíclica *Laborem Exercens* de Juan Pablo II distingue entre trabajo objetivo y trabajo subjetivo, otorgándole mayor importancia a este último. Nos insta a valorar los aspectos antropológicos presentes en el trabajo: la relevancia de la ética antes que la técnica, de la cultura antes que los procesos, de los valores humanos antes que sus estructuras, la primacía del hombre sobre el capital, de la persona sobre el sistema.

Juan Antonio Pérez López, quien fuera destacado profesor del IESE, desarrolló una original teoría de la empresa²², entre otros aportes, sostuvo que hay tres motivaciones fundamentales a la hora de trabajar: la motivación extrínseca, intrínseca y trascendente. La extrínseca radica en las consecuencias y resultados externos que se derivan del trabajo: éxito, dinero, honores, prestigio, poder. La motivación intrínseca es la derivada del valor del trabajo mismo que se realiza, la satisfacción que su mismo ejercicio proporciona, donde lo decisivo es el valor del trabajo en sí mismo más que los resultados externos que de éste pueden seguirse. Con ello no se quiere decir que sean del todo ajenas las motivaciones extrínsecas, debido a que la atención a los resultados es necesaria, aunque la motivación intrínseca sea superior y más elevada. Sin embargo, la motivación intrínseca no es la más alta. No cabe duda, como lo hemos advertido, que las virtudes son una perfección intrínseca, permiten el crecimiento del ser humano, con ellas se puede más, pero el mero perfeccionamiento del sujeto no es un fin en sí mismo. Por ello la más alta motivación es la trascendente: consiste en disponerse y destinarse al servicio de los demás. De qué sirve todo el elenco de virtudes si no está informado por el amor. De ahí que el egoísta despliega una libertad muy pobre y raquítica. El horizonte dentro del cual se mueve una voluntad egoísta es máximamente estrecho para una facultad esencial abierta, en virtud de su libertad fundamental, a la totalidad de bien. La voluntad egoísta, aunque escoja de una manera libre, escoge lo peor, lo cual implica un oscurecimiento de la facultad intelectual, compatible con la libertad electiva, pero no compatible en forma alguna con la libertad moral. Para Millán Puelles la libertad moral presenta dos facetas o vertientes: “por un lado consiste en el dominio o gobierno de las pasiones (lo contrario de la servidumbre de las pasiones), y, por otro lado, la elevación al bien común, la cual es otra manera de poseerse a sí mismo, por cuanto en ella el hombre se desprende de las egoístas ataduras que le impiden el ejercicio de las más altas y nobles posibilidades de la facultad de querer”²³.

²¹ Traducido al castellano por Agustín Gil Lasierra con el título *Un nuevo método de gestión y dirección*, ed. Deusto, Bilbao, 1965.

²² Cfr., Pérez López, Juan Antonio, *Teoría de la acción humana en las organizaciones: la acción personal*, ed. Rialp, 1991, pp. 60-90.

²³ Millán Puelles, Antonio, *El valor de la libertad*, ob. cit., p. 190; y cfr., pp.190-231.

La motivación trascendente es vivir y actuar no por los resultados que puedan derivarse del trabajo, ni por su mismo valor intrínseco, sino por el servicio que reporta a los demás. Si los otros no pudieran mejorarse, si los demás no fueran susceptibles de virtudes, en ese caso, carecería de sentido la motivación trascendente. Hay una libertad más alta que no consiste en libertad de, ni en libertad para, sino que consiste en ser libre para otro, ser libre de sí mismo para servir. Solo con esta donación y desprendimiento de sí mismo la persona alcanza la plenitud al destinarse al servicio de los demás. Difusivo es el bien, la persona es efusiva. Disponer de sí mismo es darse. Ser libre es ser capaz de dar lo propio: la propia sabiduría, las propias capacidades, incluso –de un modo más radical– a uno mismo. Por eso la posibilidad más alta de la persona radica en su capacidad de amar, de darse uno mismo para el bien del otro. Y como dice el bolero: sin tener otro a quien amar ¿para qué sirve el vivir? Amor, amistad, esto es lo más alto de lo que el hombre es capaz. Solamente se puede ser feliz si a la propia vida se le puede dar un sentido, una finalidad. Para ello es importante que haya alguien que sea el beneficiario de mis esfuerzos, tareas e ideales. No basta saber las cosas, no basta realizar las tareas, es necesario destinarlas a alguien, a personas concretas que se beneficien de mi trabajo y de mi capacidad creadora.

PALABRAS DE ELOGIO A DON IVÁN LAVADOS MONTES

Jorge Peña Vial

Para mí es un honor inmerecido ocupar el sillón de una persona tan admirable y destacada como Iván Lavados. Nace en Talca en 1941. Estudia Derecho en la Universidad de Chile, adonde volvió como profesor del Departamento de Derecho Económico y siguió estudios de postgrado en Londres. Fue un universitario por los cuatro costados y un verdadero visionario de la educación. Anticipó una serie de reformas educativas. Fue un hombre de familia, la que constituyó el centro de su vida: su matrimonio de 43 años con Mercedes Aubá, sus hijos y nietos y su estrecha relación con sus hermanos, pueden atestiguarlo.

Los hermanos Lavados Montes, desde una modesta casa en Talca, saltaron a destacados cargos en la década de los 90, como la rectoría de la Universidad de Chile –Jaime–, la Superintendencia de Valores y Seguros –Hugo–, pero fue Iván el que se les adelantó, porque en el año 90 ya llevaba 30 años como Director Ejecutivo del Centro Interuniversitario de Desarrollo (CINDA).

Hijo de un pequeño industrial que tenía una fundición en el mismo terreno de su casa, y de una profesora normalista que hacía clases en la Escuela N° 6 de Talca, Jaime, el mayor, Iván y Hugo, crecieron en medio de una familia “achoclonada”, la que congregaba a más de 20 personas bajo su techo (entre ellas, 4 hijos del matrimonio anterior de su padre y varios tíos maternos y paternos). Desde temprano los Lavados convivieron con los obreros de la empresa de su padre, lo que está en el origen de su interés creciente por la realidad política y social. En esa casa se hablaba de política cotidianamente y con naturalidad, debido a que su padre era dirigente del Partido Agrario Laborista y uno de sus tíos que residía en la casa –Jorge Montes Moraga– fue dirigente del Partido Comunista desde joven y llegó a ser senador por Bulnes, Concepción y Arauco. Iván conservó buenos recuerdos de su infancia. Paseos en bicicleta por Talca, la entretenida convivencia en la casa familiar –“posible gracias a la gran generosidad de nuestro padre”– y las tardes futbolísticas inspiradas por sus medio hermanos fanáticos del Rangers. Pero con el tiempo ya no fue talquino sino santiaguino, y lo que es peor, ya no fanático del Rangers sino de Colo Colo.

Como universitario participó en la DC universitaria y en la UFUCH (Unión de Federaciones Universitarias de Chile). Le cautivó el Derecho Económico desde su época de estudiante hasta el final de su vida como profesor titular de esa asignatura. De todos los diplomas y abundantes honores que recibió en su vida, el que más alegrías y satisfacción le otorgó fue el que le dieron, en dos ocasiones, por ser el mejor profesor de la Escuela de Derecho de la Universidad de Chile. Académico prestigioso, excelente investigador, obtuvo varios proyectos Fondecyt.

Su vida profesional fue rica e intensa, construida desde su enorme capacidad para imaginarse el futuro y materializarlo en acciones concretas. En su juventud fue designado Director de Asistencia Técnica Internacional en Odeplan y allí tomó conciencia del potencial de cooperación para crear y transferir conocimiento, y sobre todo, para ponerlo al servicio del desarrollo de las instituciones y los países. A esa tarea dedicó su vida, en las múltiples áreas donde desarrolló su actividad: la creación de la Cooperación de Promoción Universitaria (CPU), su rol como Secretario General del Consejo de Rectores de las universidades chilenas, la presidencia de la Fundación Chile; su participación en la creación del Centro de Desarrollo Jurídico Judicial en CPU, desde donde se inició la reforma procesal penal; la vicepresidencia del Consejo Superior de Educación, que instaló los procesos de aseguramiento de la calidad de la educación superior en Chile, luego profundizada mediante su presidencia de la Comisión Nacional de Acreditación (CNAP), y por supuesto, la obra con la cual más se identificó y quiso, el Centro Interuniversitario de Desarrollo (CINDA).

Un recuerdo de su vida y obra se expone en el libro Iván Lavados: un camino de dignidad que se editó en su honor donde escriben los mejores expertos en educación universitaria. En ese libro se citan unas palabras de Iván Lavados que lo reflejan muy bien: “En la actividad académica y profesional me he dedicado a hacer valer los procedimientos especialmente en los roles de dirección. Por ello he privilegiado la búsqueda de consensos y he entendido la cooperación como expresión de solidaridad, y el pluralismo y la transparencia como base de la honestidad. He tratado de seguir un camino de dignidad en todas mis actividades”.

El 10 de junio del año pasado se hizo en la Universidad de Chile un encuentro de especialistas en la Educación Superior en Chile como homenaje a Iván Lavados. En el programa de ese encuentro se decía: “Todos los académicos que participan tuvieron la oportunidad de trabajar estrechamente con un visionario de la educación en Chile como fue Iván Lavados, quien anticipó en años temáticas tan relevantes para el país como el desarrollo del capital humano, la vinculación entre ciencia, tecnología e innovación, o la acreditación universitaria, entre muchos otros. Entre los que participaron ese día, teniendo en cuenta el legado de Iván Lavados, se encontraban conocidos expertos en educación superior y su hermano Hugo.

SOBRE EL ESPÍRITU EN EL TRABAJO ACADÉMICO

José Luis Cea Egaña*
Académico de Número

Me es grato y honroso extender la bienvenida más cordial a nuestro nuevo Miembro de Número, don Jorge Peña Vial.

Su trayectoria destacada, según lo demostraré, se debe, como siempre, a la formación y vocación que recibió de un hogar bien constituido.

Él recuerda con afecto a su padre, un abogado experto en derecho de aguas y, durante muchos años, Fiscal del Ministerio de Obras Públicas. Su madre era una señora culta y de ideas avanzadas que, desde 1969 hasta su muerte, fue bibliotecaria del colegio Saint George e infundió al hijo la pasión por la lectura y la reflexión.

Egresó de aquel establecimiento educacional llevando en su espíritu la huella de la Academia del Joven Laurel, dirigida por el maestro Roque Esteban Scarpa.

En 1970 fue el primer puntaje en la admisión a la Facultad de Filosofía de la Universidad Católica de Chile. Allí conoció al profesor José Echeverría Yáñez, a quien evoca reconocido, a pesar de las diferencias que los separaban en sus planteamientos filosóficos y antropológicos.

El turbulento clima político de esos años, poco propicio para el estudio y la meditación, lo llevó a aceptar una beca de la Fundación del Pacífico para estudiar en la Universidad de Navarra, en Pamplona. Desde 1970 hasta enero de 1976 cursó su licenciatura en aquella institución de formación superior. Entre sus profesores allí cabe destacar a tres. El primero, Leonardo Polo, en quien vio la encarnación del filósofo y su magisterio; el segundo, Jacinto Choza, quien le dirigió su tesis de licenciatura titulada *La Función de la Imaginación en la Sensibilidad Interna*; pero con quien ha tenido un más largo trato y mayor cercanía ha sido el director de su tesis doctoral, dedicada a *La Imaginación Simbólica*. Me refiero a Alejandro Llano, quien fuera rector de la Universidad de Navarra. En el tomo dos de sus memorias, titulado *Segunda Navegación*, Llano se refiere al Sr. Peña Vial escribiendo:

Es la delicadeza misma, filósofo y hombre de letras, buen escritor y lector, dotado de una gran y calmada sabiduría que hace de él un óptimo consejero. Su interpretación de la facultad imaginativa en Tomás de Aquino trascendía la literalidad medieval y, en aspectos esenciales, se podía leer como un texto contemporáneo. La posición interdisciplinar y fronteriza que él adopta se ha ido afinando más, si cabe, al ritmo sereno de su palabra y su pensamiento (op. cit., Madrid, Ed. Encuentro, 2010, p.184).

* Discurso de recepción del nuevo Miembro de Número, don Jorge Peña Vial, leído en el Salón de Actos del Instituto de Chile el jueves 5 de mayo de 2011.

En febrero de 1976 nuestro nuevo Miembro de Número regresó a Chile para impartir el curso de filosofía en el Colegio Tabancura. Entretanto, continuaba trabajando en su tesis. Persona de método, se impuso recluírse dos días a la semana en la casa del psiquiatra, antiguo presidente del Instituto de Chile y de la Academia de Medicina, Armando Roa, beneficiándose de la biblioteca que le facilitaba consultar, en un solo lugar, la bibliografía requerida. Defendió su tesis doctoral en febrero de 1980 con calificación *summa cum laude*.

En 1980, estando nuevamente en Chile, fue nombrado Director de Estudios del Colegio Tabancura. Ya dictaba clases no solo de filosofía, pues comenzó a formar pedagógica y culturalmente a los profesores de ese colegio, sobre todo de la enseñanza media. Todavía, quienes fueron entonces sus discípulos, recuerdan las conferencias que dictó en las sucesivas jornadas de esa institución educativa. Por ejemplo, disertó sobre “El Concepto de Virtud”, “Actitud ante la Asignatura”, “Actitud ante el Éxito y Fracaso de los Alumnos”, “Formación a través de la Lectura”, “El Juego”, “Riesgo del Profesor” y “Apología de la Memoria y del Espíritu Crítico”.

Su mérito en la labor educativa del Colegio Tabancura es digna de ser destacada. Personalmente pude comprobarlo tanto en la ascendencia que tuvo sobre uno de mis hijos como en muchas personas que fueron sus alumnos y actualmente sirven importantes funciones públicas.

Su labor como Director de Estudios en aquel colegio se extendió desde 1980 a 1985. En los cinco años siguientes continuó enseñando filosofía, alternándola con lecciones de Fundamentos Filosóficos en la Facultad de Periodismo de la Universidad Católica de Chile.

Su pensamiento en pedagogía está condensado en un artículo que difundió en la Revista del Centro de Estudios Públicos (CEP) titulado “Entre la Actitud Culta de los Alumnos y las Virtudes del Profesor”. En esa revista ha publicado otros cinco artículos, pero en temáticas diferentes.

En 1987, la editorial de esa Universidad publicó su primer libro, *Imaginación, Símbolo y Realidad*, que es una adaptación y síntesis de su tesis doctoral. Allí revisa la obra de los principales autores en el tema, incluyendo a Aristóteles, Tomás de Aquino, Kant, Sartre, Bachelard y Ricouer.

La argumentación, nos dice el Sr. Peña Vial, está centrada en el análisis de una inteligencia que se desenvuelve en el ámbito imaginativo y que da lugar a la metáfora, al símbolo y a la imagen poética. Es decir, no a la actividad de una inteligencia lógica y conceptual sino intuitiva y analógica, presente en el arte y en la poesía. Además, describe diversas regiones imaginativas y la función que cumple la imaginación en el mito, el sueño, el ensueño, en el cine y la creación artística.

Desde 1990 hasta la fecha ha volcado su esfuerzo y talento a la Universidad de los Andes, de la cual es uno de sus fundadores. Miembro de la Junta Directiva, fue Director de Estudios en ella entre 1990 y 1995. Después fue Director del Instituto de Filosofía desde 1991 al año 2000, labor que reanudó en 2004 y que sirve hasta hoy.

Junto a las tareas administrativas desarrolla una constante labor de investigación, ganando diversos concursos de Fondecyt. De uno de tales proyectos se deriva su segundo libro *Levinas: el Olvido del Otro*, publicado en 1997. Dos años más tarde volvió a ganar el Concurso Fondecyt con el proyecto “Ficción, Historia y Moral: Influjos

recíproco de lo Ficticio y lo Histórico en lo Narrativo”. De esa investigación derivó la que es quizás su obra principal. Me refiero a *Poética del Tiempo: Ética y Estética de la Narración*, aparecido en 2002, investigación que ha tenido trascendencia y difusión incluso internacional, no sólo en filosofía sino también en estética y literatura. En la primera parte de aquella obra aborda los aportes de los principales filósofos de la narración como Paul Ricoeur, Hannah Arendt, Alasdair MacIntyre, Charles Taylor y Martha Nussbaum. Idéntico comentario cabe hacer respecto de teóricos de la literatura como George Steiner y Claudio Magris, y de historiadores que han enfatizado lo narrativo, vgr., Hayden, White y Mink. Se afirma allí que la vida de cada cual tiene una estructura temporal y, por ende, también narrativa. La ambición de cada persona debería ser contar su vida pero a la vez tener una biografía digna de ser contada. En la segunda parte intenta introducir claridad en conceptos algo vagos y poco delimitados como son los de narración, imaginación y ficción. En la tercera y última parte traza los fundamentos de una estética de la narración y postula la presencia de la ética en ella.

Concurso de nuevo en Fondecyt, en 2002, y ganó con el proyecto “Metáforas de la Muerte: Acción y Pasión en el Morir”. Fruto de ese esfuerzo son diversos artículos publicados en revistas de su especialidad. Semejante comentario efectuó del proyecto “La Recepción Filosófica del Libro de Job”, del cual surgen varios artículos e, incluso, otro libro, *El Mal para Paul Ricoeur*, publicado en 2009.

Entre 1998 y 2003 el Sr. Peña Vial integró el Grupo de Estudio de Filosofía que asesora a los Consejos Superiores de Ciencia y Desarrollo Tecnológico de Fondecyt en los procesos de evaluación de proyectos e informes de área. En esos mismos años formó parte del comité editorial de la revista *Philosophica. Intus-Legere* y de la colombiana *Pensamiento y Cultura*. De 1997 a 2002 ejerció como columnista y miembro del comité editorial de la revista *Hacer Familia*.

Fue colaborador habitual del cuerpo de Artes y Letras del diario *El Mercurio* entre septiembre de 2003 y fines de 2009. Recuerdo que fui un lector fiel de nuestro nuevo Académico y conservo recortes de sus reflexiones semanales. Creo que tiene pensado publicar tales columnas, las cuales, por tocar temas permanentes, conservan vigencia. De ellas menciono, porque fueron muy celebradas, “La Religión del Cuerpo”, “Sensibilidad Lacrimosa”, “Tolerancia y Censura” y “Laicidad y Laicismo”.

Ahora me atrevería a sugerir que agrupe en un libro los artículos que ha difundido en diversas publicaciones periódicas y que se encuentran dispersos. Entre otras, las que ha escrito en la revista del CEP, por ejemplo “En torno al Sacrificio de Tarkosvsky”, “Heroísmo y Utopía (o de la esperanza)”, “Tolerancia y Verdad” y “Escisión de la Ética en Pública y Privada”. Reitero mi sugerencia a propósito de las monografías publicadas en el *Anuario Filosófico*, de las cuales realzo “La Responsabilidad del Artista”, “Narración y Libertad” y “La mística ojalatera”; o en el *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, en el cual se hallan sus monografías “Diversas Acepciones de la Naturaleza en su Relación con la Cultura” y “La Libertad y las Objeciones de Conciencia”. Ha colaborado en libros colectivos como *Estrategias Libertarias* y *La Fidelidad Conyugal*. En fin, en la revista *Anales del Instituto de Chile* se hallan sus contribuciones “Espíritu de Pobreza y Miseria” y “La Conveniente Conjunción entre Ética y Política”.

En la prolifera obra enunciada se aprecia el interés del Sr. Peña Vial por temas en lo fundamental humanistas, éticos y estéticos. Más precisamente, ha desarrollado

una sólida antropología cristiana en diálogo con las corrientes contemporáneas de la filosofía, sobre todo de la fenomenología y de la hermenéutica. Huye de tecnicismos y su estilo es claro, riguroso y dotado de una elegancia literaria que siempre se agradece.

Acercándome al término de mis palabras me detengo en el punto de la ética en las ciencias, abarcando las tres áreas del conocimiento que cultivamos en nuestra Academia.

Leo, primeramente, un texto de Edgar Morin que plantea con acierto el problema grave que la sociedad contemporánea enfrenta en el asunto¹:

“Después de dominar la materia y comenzar a dominar la vida, la ciencia intenta dominar a su amo humano, y con ello nos plantea problemas antropológicos nuevos y fundamentales, que son, al mismo tiempo, gigantescos problemas éticos (...). El desciframiento del genoma, la exploración del cerebro, las primeras manipulaciones genéticas, celulares, embrionarias, clónicas y cerebrales constituyen los preludios de una posibilidad de control, de sujetamiento incluso, de la vida humana por la tecnología (...).”

Pues bien, una respuesta persuasiva a tal aventura conquistadora de la ciencia se halla en la última de las monografías publicadas por el Sr. Peña Vial.² Léese allí que: “La acción política es una actividad humana y, por ello, cabe adscribirla y subordinarla al ámbito de la filosofía práctica (...). La política, la ciencia o la economía, en lugar de reclamar una legalidad independiente, deben ser reconducidas al hombre, quien es el que actúa y decide (...). No es el saber científico el que se cuestiona, sino la ideología que se le une y según la cual (la ciencia) es el único saber posible (...). El precio a pagar es muy alto: la ocultación por el hombre de su ser propio”.

Autoridades y amigos:

Espero haber demostrado las razones que tuvo nuestra Academia para designar, por unanimidad, al profesor Jorge Peña Vial como nuevo Miembro de Número en ella. Reemplazará así, en el sillón N° 4, al recordado Iván Lavados Montes. Como él, con su vitalidad, rigor y entusiasmo, con su abnegación y devoción por el trabajo bien hecho, sin duda efectuará los mejores aportes para consolidar un valor inestimable. Me refiero al valor de la ética en la libertad humana. Confiamos que el Sr. Peña Vial sobresalga por el cumplimiento de la hermosa reflexión que le hemos oído esta tarde y que repito aquí:

La motivación trascendente es vivir para el servicio de los demás. Esa es la expresión más pura y elevada de la libertad, ser libres de sí mismos para servir (...). Sólo se puede ser feliz si a la vida propia se le infunde un sentido o finalidad. No basta saber y laborar, porque es necesario destinar el esfuerzo a personas concretas que se beneficiarán de nuestro sacrificio y de nuestra capacidad creadora.

¡La Academia acoge con entusiasmo al Sr. Jorge Peña Vial y le expresa el mejor y sincero anhelo de éxito en ella!

¡A todos ustedes, gracias por venir y acompañarnos!

¹ VI. El Método. Ética (Madrid, Ed. Cátedra, 2009), p.84

² La Conveniente Conjunción entre Ética y Política, XXIX, Anales del Instituto de Chile I. La Política en Chile (Santiago, Imp. Andros, 2010), pp. 37-38.

JUNTA PÚBLICA

CEREMONIA DE INCORPORACIÓN DEL ACADÉMICO
DON JOSÉ ZALAUETT DAHER COMO MIEMBRO DE NÚMERO
DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS SOCIALES, POLÍTICAS Y MORALES
INSTITUTO DE CHILE

Celebrada el 19 de julio de 2011
BIBLIOTECA DEL INSTITUTO DE CHILE

PALABRAS DEL PRESIDENTE, DON JOSÉ LUIS CEA EGAÑA,
EN INCORPORACIÓN DE DON JOSÉ ZALAUQUETT DAHER

Santiago, 19 de julio de 2011

La Academia de Ciencias Sociales, Políticas y Morales del Instituto de Chile se reúne, en sesión pública y solemne, para recibir, como Miembro de Número, a don José Zalaquett Daher.

El señor Zalaquett fue elegido por la Corporación el 20 de diciembre de 2010. La decisión se fundó en los méritos, objetivamente evaluados, de su dilatada y sobresaliente trayectoria en favor del derecho, en particular de la dignidad y de los atributos fundamentales de la persona humana en el orden interno e internacional. En reconocimiento a su labor, ha recibido entre otras distinciones, el Premio Nacional de Humanidades y Ciencias Sociales (2003) y la Condecoración Héroe de la Paz Alberto Hurtado (2006).

Nuestra querida amiga, doña Lucía Santa Cruz Sutil, recibirá al profesor Zalaquett como nuevo Miembro de Número.

Reemplazará al destacado Ministro de Estado, profesor de Filosofía y Periodista, don Mario Ciudad Vásquez (QEPD), pasando a ocupar el sillón N° 30 de la Institución.

Nuestra Academia agradece a las autoridades, Miembros de Número, Miembros Correspondientes y a todos los amigos y amigas presentes acompañarnos en este acto de reconocimiento al noble amigo José Zalaquett.

Lo invito a leer su Discurso de Incorporación dedicado a “**La Ética de la Responsabilidad: Variaciones sobre un Tema de Max Weber**”.

LA ÉTICA DE LA RESPONSABILIDAD: VARIACIONES SOBRE UN TEMA DE MAX WEBER

Discurso de incorporación a la Academia Chilena de Ciencias Sociales,
Políticas y Morales pronunciado por José Zalaquett Daher
19 de julio de 2011

Señor Presidente de la Academia Chilena de Ciencias Sociales, Políticas y Morales del Instituto de Chile, profesor José Luis Cea Egaña; colegas Miembros de Número de la Academia; señoras y señores.

Me honra dirigirme a ustedes con ocasión de mi incorporación a esta Academia. Sean mis primeras palabras una expresión de sincero agradecimiento a mis colegas Miembros de Número por la confianza que han depositado en mí al sumarme al seno de esta respetada institución, en la que pasaré a ocupar el sillón del distinguido hombre público don Mario Ciudad Vásquez, cuya memoria evoco en esta ocasión con respeto. Mis agradecimientos también a mi amiga y Académica de Número, profesora Lucía Santa Cruz, por su generosa disposición a presentarme en esta ceremonia.

Este discurso de incorporación lleva por título “La Ética de la Responsabilidad: Variaciones sobre un tema de Max Weber”. Mediante este epígrafe he procurado significar tres cosas: La primera es la perenne importancia que tienen las cuestiones de ética política, las que en los tiempos que corren cobran ribetes de urgente actualidad. La segunda es el reconocimiento de la deuda intelectual que los actores políticos contemporáneos mantienen con la figura señera de Max Weber, principalmente en razón del iluminador discurso que este pronunciara en la Universidad de Munich, en 1919, titulado “La Política como Vocación”. La tercera es destacar que, a la manera de la forma musical “tema con variaciones”, las grandes ideas, como lo es la distinción entre dos criterios opuestos de ética política que formulara Weber, suelen generar, a partir de los comentarios que suscitan y las prácticas que inspiran, fecundas derivaciones que las enriquecen y complementan, siempre a partir de su núcleo originario.

En lo que sigue, procuraré desarrollar cada uno de estos tres aspectos.

LA ÉTICA POLÍTICA

Para referirme a la ética política comenzaré por reiterar algunas precisiones que tuve ocasión de formular en una exposición ante esta misma Academia, no hace mucho. La primera de ellas es que moral y ética no son conceptos sinónimos, aunque el uso les ha dado una connotación de equivalencia que acataremos. Valga dejar constancia, no obstante, que la moral, en particular la llamada moral normativa, se ocupa de formular normas generales de conducta, interpretarlas y aplicarlas. La ética o filosofía moral, en cambio, supone una mirada teórica o doctrinaria sobre tales actividades normativas. Si quisiéramos extender por analogía esta distinción al plano del derecho, deberíamos pensar, por una parte, en la figura del legislador o del juez y, por otra, en la del jurista.

Declaremos, para continuar, en qué sentido hablamos de **ética política**. A mi entender, esta expresión se refiere a un conjunto de principios, normas y criterios sobre la justicia, corrección y/o bondad de las instituciones políticas, de las políticas públicas y de la conducta de los agentes públicos. Se podría decir que estos tres aspectos se condensan en el último de ellos, esto es, la conducta de los agentes públicos, porque en definitiva es a las personas que cumplen tales funciones a quienes toca administrar las instituciones, así como concebir, acordar, organizar y ejecutar las políticas públicas.

El florecimiento moderno de la ética política, es decir, la filosofía moral aplicada a los asuntos públicos, tuvo lugar en Occidente, bien se sabe, a partir de la segunda mitad del siglo XVII. Desde entonces y hasta bien avanzado el siglo XIX, la mayoría de los pensadores de lo que podríamos llamar la filosofía “dura” se ocuparon de cuestiones éticas relativas a la justificación de la vida política organizada, la legitimización del poder político y las relaciones entre este y las personas, entre otras materias de esa índole. Hacia fines del siglo XIX, sin embargo, las grandes mentes filosóficas se vieron atraídas otra vez por tópicos de orden metafísico, alentadas en parte por las nuevas avenidas hacia el conocimiento que prometían ciencias relativamente nuevas, como la psicología y la antropología, además de los avances experimentados en el seno de antiguos saberes, como las matemáticas y las ciencias del lenguaje. Debido a que se generó así un relativo vacío de deliberación filosófica sobre el campo de la política y las instituciones públicas, quienes pasaron entonces a ocuparse de reflexiones teóricas de relevancia ética sobre estas materias, fueron politólogos de la talla de Max Weber o sociólogos como Emile Durkheim. Sin embargo, en los últimos cuarenta años y a partir de la publicación de *Teoría de la Justicia*, de John Rawls, en 1971, muchos de los más señeros filósofos han vuelto a concentrarse en temas de ética política.

Se hace necesario, por último, concluir estas consideraciones preliminares con una última precisión, que distingue tres dimensiones de la moral: normativa, autónoma y positiva. Entendemos por “moral normativa” el conjunto de principios, normas y criterios de conducta que deriva de alguna doctrina, de una determinada escuela filosófica o de la pluma de algún pensador señero. Así, podemos hablar, por ejemplo, de la moral cristiana, islámica, aristotélica o kantiana.

El término “moral autónoma” alude al conjunto de normas que nos damos a nosotros mismos con el objeto de guiar nuestra conducta. Estas difícilmente serán por entero originales; lo común es que la moral personal se identifique con alguna corriente de moral normativa o bien se forme a partir de distintas fuentes normativas, amén de algunos criterios o principios personales.

Por último, la “moral positiva o vigente” sería el conjunto de normas morales que prevalece en un lugar y tiempo determinados. Quien estudia la moral positiva no es el experto en materias normativas, sino el sociólogo, el historiador o el antropólogo.

Avanzando algo más en el análisis de este punto, permítanme agregar que desde la perspectiva de la moral normativa, esto es, la que brota de alguna escuela doctrinaria o del pensamiento de algún distinguido pensador, se suelen distinguir dos grandes corrientes. Una se inclina a juzgar una determinada conducta como justa o correcta si conduce a un fin bueno. Esta vertiente se denomina genéricamente teleológica, y dentro de ella se pueden situar, específicamente, las tendencias o líneas llamadas consecuencialistas o utilitaristas. La otra, que se conoce como vertiente deontológica,

afirma que la cualidad moral de un acto no se determina a partir de si este contribuye o no a un fin bueno, sino en la medida en que constituye el cumplimiento de un deber (correlacionado, por cierto, con derechos de otros). El gran filósofo deontológico sería Kant y su sucesor moderno más celebrado, John Rawls. En cambio, la moral aristotélica y la tomista estarían, de acuerdo con esta distinción, entre las de carácter teleológico.

Lo dicho no significa que una u otra corriente sea más o menos estimable. Simplemente es ilustrativo explicitar, en un comienzo, estas distinciones conceptuales. Al formularlas, hemos empleado algunos términos, como, por una parte, lo justo o correcto, que se refiere al juicio moral sobre un determinado acto u omisión y, por otra, un fin bueno, que se refiere a las consecuencias últimas de los actos u omisiones. Ahora bien, hay quienes están convencidos acerca de qué debe ser considerado como últimamente bueno y también opinan que lo correcto es aquello que contribuye a tal fin bueno. Entre ellos, algunos, pese a abrigar una certeza personal respecto de lo bueno y lo correcto, piensan que estas materias no son susceptibles de discusión racional. Otros no solo están persuadidos acerca de lo que es últimamente bueno y también de lo que es correcto (que es lo que conduciría a un fin bueno), sino que creen o bien que es posible racionalmente persuadir a los demás sobre este punto, o bien que se trata de una verdad revelada que no admite discusión. Entre estas últimas personas encontramos a muchos de quienes abrazan una fe religiosa y están convencidos de que lo último bueno consiste en la realización del plan divino y que, por tanto, es menester ajustarse a lo que consideran como la ley natural que dimanaría de dicho designio.

Por otra parte, hay quienes afirman que no es posible dirimir de modo racional lo que es últimamente bueno, aunque ellos por sí mismos puedan tener firmes creencias sobre ese punto. Estas personas, por lo general, postulan que hay innumerables concepciones de lo bueno y que debe reconocerse que existen, por tanto, múltiples posibles planes de vida. Tales personas son escépticas respecto de la posibilidad de que lo que es últimamente bueno sea una materia susceptible de resolución racional, pero no son necesariamente escépticas acerca de que lo justo o correcto pueda ser determinado racionalmente. De hecho, entre quienes piensan que efectivamente es posible establecer racionalmente qué es justo, se encuentran tanto Kant como Rawls.

Confieso adscribir a este último campo. Admito que abrigo convicciones personales firmes sobre la bondad de determinados objetivos últimos, pero pienso que no puede darse una discusión racional acerca de qué es un fin bueno. Siempre habrá una tensión en los debates sobre metas finales entre, por una parte, las personas de fe (sea esta de base religiosa o ideológica) y, por otra parte, quienes carecen de tales formas de fe. Sí creo, firmemente, que es posible hacer un esfuerzo para, racionalmente, determinar los principios de lo que es justo o correcto. Tarea difícil, ciertamente, pero, en mi opinión, susceptible de ser abordada con éxito.

Habiéndome ocupado del primero de los tres puntos que me he propuesto abordar, paso a referirme al segundo, esto es, a la noción de la ética de la responsabilidad expuesta por Max Weber en su conferencia de enero de 1919, titulada “La Política como Vocación”. Esta fue dictada en circunstancias históricas muy especiales. El 8 de noviembre de 1918, tres días antes del cese de fuego que marcó la detención de la Primera Guerra Mundial y la derrota de Alemania, se proclamó en ese país una República que reemplazaría al régimen imperial. El káiser Guillermo II abdicó

poco después. Tuvo lugar a partir de entonces un período de intensa efervescencia política, que duró hasta el 11 de agosto de 1919, cuando se estableció la República de Weimar. En esta etapa de diez meses de gran agitación se formaron consejos de obreros y soldados y se llegó a pensar que la revolución que anticipó Karl Marx echaría raíces, apropiadamente, en una nación industrial avanzada, como Alemania, antes que en Rusia.

Max Weber participó en el consejo de obreros y soldados de Heilderberg, desde su propia perspectiva política que buscaba aunar las ideologías políticas socialdemócrata y liberal.

A poco de comenzar esta revolución alemana, Weber dictó en la Universidad de Múnich la conferencia que comentamos, invitado por la Federación de Estudiantes Libres de dicha universidad. Frente a tal auditorio juvenil, en circunstancias enormes y más fogosas que las de la célebre revuelta estudiantil de mayo de 1968, en Francia, Weber, hombre sabio e íntegro, quien en esos días estaba pronto a cumplir 55 años de edad y se hallaba viviendo en lo que sería el penúltimo año de su vida, habló de política y de responsabilidad. Confieso que todavía releo “La Política como Vocación” con un sentimiento de emocionado respeto por su figura como pensador valiente y ciudadano ejemplar.

El contenido de la conferencia que dictó Max Weber en esa ocasión es fundamentalmente conceptual, como era de esperar de su autor, aunque repleto de referencias relativas a la política de su tiempo, las que hoy no son fáciles de seguir, salvo para los estudiosos de la historia alemana de esa época. No obstante, en la última parte de su lectura, Weber introduce su famosa distinción entre la ética de la responsabilidad o *Verantwortungsethik* y la ética de los fines últimos o *Gesinnungsethik* (esta última también ha sido traducida como la ética de la convicción o de la convicción política). Esta parte de la conferencia de nuestro autor ha mantenido una duradera inteligibilidad.

Resumiré lo fundamental de la concepción de Max Weber, según la entiendo, en los siguientes ocho puntos:

Primero: No es apropiado sostener que la ética y la política no tienen nada que ver entre sí. Si bien hay quienes viven de la política, a Weber interesa quienes viven para la política y, por tanto, están guiados por un norte ético, en lugar de flotar en la deriva moral del mero oportunismo.

Tampoco, nos dice Max Weber, es adecuado sostener que un mismo código de principios morales deba regir tanto para la política como para, por ejemplo, las relaciones amorosas, familiares o comerciales. Agreguemos que bien puede ser que un principio “madre”, por ejemplo, la célebre máxima de conducta kantiana, pueda ser válido para todas las “esferas vitales”, como las llama Weber (hoy no diríamos “esferas vitales” sino “ámbitos”, “campos” o “contextos”). Sin embargo, si se consideran las normas de conducta más precisas que pueden derivarse de un principio moral “madre” o “cúspide”, pronto se advierte que estas variarán dependiendo de la esfera vital de que se trate. Piénsese, por ejemplo, en cómo se modula (digo “modula”, no “debilita”) la obligación moral de actuar honestamente, en el sentido específico de decir la verdad, dependiendo de si esta se aplica a las relaciones de amistad, comerciales o políticas.

Segundo: El ámbito de la política se caracteriza al menos por dos elementos: uno es que las autoridades estatales detentan o pretenden detentar el monopolio legítimo

de la fuerza en una sociedad organizada; el otro es que para alcanzar el poder o mantenerse en él, el político precisa del apoyo de la gente (con todas las limitaciones propias de los seres humanos) así como de un aparato organizado de seguidores y colaboradores, que podrán ser muy leales e idealistas, pero suelen moverse también por incentivos de poder, prestigio y otros beneficios. En una de las variaciones sobre este tema de Weber que enunciaremos más adelante veremos que a estas dos características propias del ámbito de la política que nuestro pensador menciona, pueden agregarse otras.

Tercero: El político puede orientar su conducta de acuerdo con una de dos máximas: la ética de los fines últimos o la ética de la responsabilidad. La primera supone actuar teniendo como guía solo las propias convicciones políticas. Si fracasa en su intento por realizar, sus objetivos, el político que así obra culpará a la gente, porque no tuvo la claridad o el coraje para seguirlo, al destino o la Providencia, pero no atribuirá sus reveses a su propia falta de perspicacia y de responsabilidad. La segunda máxima se refiere a la actuación del político que procura alcanzar un determinado resultado pero obra tomando en consideración las eventualidades de la vida real (incluyendo la esperable respuesta de la gente) y las probabilidades de éxito.

Cuarto: La distinción de Weber no quiere decir que quien abraza una ética de los fines últimos esté falto de sentido de responsabilidad, ni que quien se guía por una ética de la responsabilidad carezca de objetivos elevados. Se trata, más bien, de una cuestión de énfasis; del criterio ético principal que inspira la acción del político.

Quinto: La ética de la responsabilidad no excluye la pasión. Por el contrario, la supone. Tampoco prescribe que no debe procurarse lograr lo que es (aparentemente) inalcanzable. Weber nos recuerda que lo posible no puede obtenerse si no se intenta lo (supuestamente) imposible una y otra vez.

Sexto: La ética de la responsabilidad es una máxima de acción moral para guiar la acción de los políticos en quienes la ciudadanía ha depositado su confianza. No corresponde extenderla a los funcionarios públicos, quienes, en un Estado moderno en forma, deben ejecutar obediente y eficazmente las decisiones adoptadas por los gobernantes (“sin pasión ni deliberación”, nos dice Weber). Tampoco cabe juzgar necesariamente conforme al criterio de la ética de la responsabilidad, las acciones de quienes no tienen el carácter de agentes públicos.

Séptimo: El político, nos dice Weber, en palabras que resuenan como un eco distante de otras que escribiera Maquiavelo, debe estar dispuesto a sacrificar su propia alma en el cumplimiento de su deber público. No debemos entender, por cierto, esta afirmación en el sentido religioso que consideraría enteramente vano ganar el mundo si se pierde el alma, sino en la connotación de que existen circunstancias en las que el político, para utilizar una expresión común en la cultura anglosajona, debe “hacer lo que hay que hacer”, aunque ello contrarie sus intereses o sus normas generales de conducta moral.

Octavo: El heroísmo del político, si se puede hablar de tal virtud, no consiste en actitudes “flamígeras” (en palabras de Weber), sino en el cumplimiento cotidiano del deber. Si el político actúa de acuerdo con el criterio de la ética de la responsabilidad, sabrá tomar decisiones difíciles, pero también advertirá cuándo es preciso detenerse y reconocer “hasta aquí llego; no puedo seguir más allá”. Solo una persona así constituida, nos dice Max Weber, tiene de verdad vocación política.

Conviene aclarar que la distinción entre ética de la responsabilidad y ética de la convicción no se corresponde por necesidad con la dicotomía entre moral teleológica o consecuencialista y moral deontológica que anunciamos en forma previa. Un político puede sentir el deber de cumplir con un mandato de tipo deontológico o bien con uno de carácter consecuencialista, pero, consciente de la maraña de factores políticos que inciden en la probabilidad de llevar adelante uno u otro designio, actúa responsablemente para maximizar sus probabilidades de éxito. A la inversa, puede tomar medidas impulsado solamente por sus convicciones morales (sean estas de carácter deontológico o teleológico), sin atender en lo principal a las circunstancias que inciden en forma relevante en el resultado, y terminar por ver frustrada la posibilidad de conseguir lo que se proponía. Conviene recordar que Max Weber fue un cientista social, en un período histórico en que su disciplina estaba en creciente desarrollo, y, por tanto, tenía en consideración el conjunto de factores que inciden en la posibilidad de realizar determinados fines, sobre todo en el campo político. Ello marca un cierto contraste con épocas precedentes, en que tomaron cuerpo las principales posiciones filosóficas de corte deontológico o teleológico, cuando se carecía de la visión disciplinaria de las ciencias sociales.

En tiempos recientes, el concepto de Max Weber de la ética de la responsabilidad ha adquirido notable actualidad. A propósito del proceso de democratización que se inició en todo el globo a partir de los años ochenta del siglo XX y continuando en la década siguiente, el cual tuvo como efecto el fin de la mayoría de las dictaduras militares en América latina, así como de las dictaduras comunistas en Europa Central y Oriental, amén de otras transformaciones políticas análogas en diferentes latitudes, algunos destacados gobernantes hicieron mención expresa a dicho concepto. Tal fue el caso del presidente Patricio Aylwin, en Chile, y de Václav Havel, Presidente de Checoslovaquia, luego de la llamada revolución de terciopelo en ese país y antes de la escisión de Eslovaquia.

Durante el período de democratización que comenzó en todo el mundo hace casi tres décadas ha emergido también un nuevo campo de teoría y práctica que ha llegado a ser conocido con el nombre (inapropiado, a mi juicio) de Justicia Transicional. Se trata de la tarea de forjar un sistema justo y sustentable, ojalá plenamente democrático, luego de un período de gobierno autoritario o totalitario y/o de conflicto armado interno, lo cual ha producido un legado de violaciones de los derechos humanos y/o crímenes de guerra. Distintos académicos que escriben sobre estos temas también han evocado la distinción de Weber entre la ética de la responsabilidad y la ética de la convicción o de los fines últimos.

Luego de expresar algunas consideraciones sobre ética política y de delinear el concepto de la ética de la responsabilidad, paso ahora al tercer y último punto que me he propuesto abordar en esta ocasión, esto es, el de algunas “variaciones” sobre el tema de Weber.

La primera variación está inspirada en la imagen del barco rompehielos. Enfrentado con aguas congeladas, este tipo de buque avanza abriendo grietas en la capa flotante de hielo, lo que le permite, gradualmente, mayores avances. El ejemplo que quisiera traer a colación me es cercano. Se trata de la conformación, por parte del presidente Patricio Aylwin, de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, poco después

de que él asumiera el mando de la Nación, luego de casi diecisiete años de gobierno militar en Chile, los que dejaron una secuela, hoy ampliamente reconocida, de masivas violaciones de los derechos humanos.

Debido a que la dictadura militar llegó a su fin mediante un proceso político, no por haber sufrido una derrota militar, el nuevo gobierno estaba sujeto a respetar las reglas del juego dentro de las cuales había alcanzado el poder, incluyendo las restricciones políticas e institucionales que llegaron a ser denominadas, en círculos académicos, “enclaves autoritarios” y que sólo se superaron, en su gran mayoría, con la reforma constitucional de 2005.

En esas circunstancias iniciales, el presidente Aylwin enfrentó la demanda proveniente de muchos de quienes lo apoyaban y de las agrupaciones de familiares de víctimas, de promover la derogación o anulación de la llamada ley de amnistía de 1978, de modo que se pudiera hacer justicia respecto de los crímenes políticos cometidos por agentes del Estado en el pasado reciente. Si Patricio Aylwin hubiese atendido dicha demanda y enviado un proyecto de ley al Congreso en tal sentido, la realidad de entonces indicaba que no contaba con los votos en el Parlamento, debido a la existencia de senadores designados; había, además, otros previsible obstáculos institucionales o jurisdiccionales. De haber promovido dicho proyecto de ley, a despecho de todo ello, el presidente Aylwin encaraba de seguro una tramitación prolongada del mismo, culminando con toda probabilidad en una derrota parlamentaria, malgastando, en dicho proceso, buena parte del capital político del que gozan los gobiernos en su primer tiempo. En lugar de ello, Aylwin optó por comenzar con la develación de la verdad de lo ocurrido. Es cierto que la frase con que resumió su aproximación al tema: “toda la verdad y la justicia en la medida de lo posible”, demostró no ser muy feliz desde el punto de vista “comunicacional”, como se dice hoy, aunque encerrase un contenido de responsabilidad política.

En todo caso, lo central es que el presidente Aylwin decidió empezar por la conformación de la Comisión de Verdad y Reconciliación, con una composición paritaria entre personas que habían apoyado al régimen militar (aunque no condonado sus violaciones) y quienes se habían opuesto a él.

El rigor del informe de dicha comisión y el hecho de que fuera aprobado unánimemente por personas de dispares persuasiones políticas, sacudió a la opinión pública chilena, incluyendo a quienes fueron partidarios del gobierno militar. Tal circunstancia contribuyó a crear un clima dentro del país que permitió, más adelante, sucesivos pasos en pro de la verdad, el reconocimiento de la misma, la construcción de una memoria social, las reparaciones que se han instituido y la justicia que se ha impartido.

No interesa especular si en su momento el presidente Aylwin previó o no que esta medida inicial abriría, crecientemente, tantas otras posibilidades de enfrentar el pasado de violaciones de derechos humanos en los años siguientes. Baste consignar que, en resumen, esta primera “variación” del tema de la “ética de la responsabilidad” se expresa en la lección de que, enfrentado con obstáculos mayores, el político debe preferir el curso de acción que prometa avances graduales y sucesivos.

La segunda variación que quisiéramos mencionar en esta oportunidad podría resumirse en la expresión siguiente: “de cara a la imposibilidad material de cumplir un mandato moral, es preciso, al menos, no condonar el estado de cosas que reprobamos”.

Esta “variación” se inspira en los primeros años de la transición a la democracia en Argentina, luego de la elección de Raúl Alfonsín a la presidencia de ese país, en 1983, una vez que la derrota de los militares argentinos en la guerra de las Malvinas facilitara el fin de la dictadura castrense que gobernó dicha nación desde 1976. Sería injusto criticar al gobierno de Alfonsín, el primero en intentar enfrentar sistemáticamente los dilemas hoy conocidos como de “justicia transicional” y quien, por tanto, no podía beneficiarse de la experiencia comparada, por los errores de cálculo que cometió, apreciados estos desde la ventajosa perspectiva del paso del tiempo. Comoquiera que sea, el hecho es que el presidente Alfonsín estimó, equivocadamente, que la derrota sufrida por los militares argentinos fuera del territorio continental de ese país y la consiguiente desmoralización que experimentaron, le concedía un espacio de acción más amplio y prolongado que aquel con el que efectivamente terminó contando. En el curso de un par de años, recuperada la cohesión corporativa que habían perdido luego de la guerra de las Malvinas, los militares argentinos, quienes mantenían en el territorio continental de su país el monopolio de la fuerza bélica, impulsados por una motivación de defensa grupal, crearon un clima de tensión política que provocó que el presidente Alfonsín terminara auspiciando, en 1986 y en 1987, sendas leyes conocidas como de “punto final” y de “obediencia debida”.

Una tercera variación basada en las ideas que expresó Max Weber en 1919, consiste en agregar elementos que singularizan el campo de lo político, además de los que él enunciara, esto es, que se trata del ámbito del monopolio legítimo de la fuerza dentro de una sociedad organizada y que para acceder al poder y/o mantenerse en él, el político debe contar con el apoyo de los electores (es decir, ni ángeles ni demonios, sino seres humanos, los cuales pueden, en ocasiones, elevarse por encima de sí mismos, aunque no sostenidamente) y debe contar, también, con un aparato estructurado de seguidores y colaboradores. Añadiendo a esta concepción inicial, se podría decir que, además, la esfera de lo político supone con frecuencia adoptar decisiones que atañen a todos, no solamente a personas o grupos determinados; o bien que las decisiones sobre políticas públicas son normalmente más complejas y de más lenta ejecución o maduración que las que se adoptan en distintas otras esferas.

Hemos recordado previamente que las normas morales más específicas (más allá de alguna norma “madre” o “cúspide” que pudiera tener aplicación universal) deben ser apropiadas a la “esfera vital” de que se trate. Esto no significa, por cierto, que para determinados ámbitos exista una especie de moral más diluida, sino simplemente que esta debe ajustarse a la naturaleza de los mismos. En razón de lo anterior, caracterizar más pormenorizadamente la esfera de lo político es relevante para definir el contenido más preciso del código moral que le sería aplicable. Por ejemplo, la opinión corriente que atribuye un valor, digamos, más “matizado” (aunque lejos de ser nulo) a las normas morales sobre promesas o sobre reserva en la esfera política, que el que se les asignaría en el ámbito de las relaciones afectivas o interpersonales, se hace cargo, intuitivamente, del hecho de que el mundo de la política tiene características que le son muy propias.

Una cuarta variación apunta a la debida consideración que debe tener el político de la conducta probable de la ciudadanía, cuando propone leyes o políticas públicas determinadas. A este respecto siempre me ha parecido razonable que, en lo que toca

al funcionamiento de la economía, el mundo político se cuida de sopesar los incentivos que pueden inducir a los individuos a actuar de cierto modo o abstenerse de proceder de alguna otra manera, a partir de la reacción esperable del promedio de las personas. No imagino un actor político moderno confiando en superar la pobreza mediante un ferviente llamado a todos a compartir generosamente la mitad de sus bienes y ganancias. En contraste, no puede dejar de ser extraño que tratándose de materias que tocan a lo que actualmente se denomina “temas valóricos”, como, por ejemplo, la prevención del embarazo adolescente, no son pocos los actores políticos que proponen medidas que parten de la base de que la gente debería actuar según las convicciones que ellos defienden, antes que tratar de anticipar cómo las personas se comportarán efectivamente.

Una quinta variación se refiere a la expansión contemporánea de la noción de actores políticos. Desde al menos la década de los años sesenta del siglo XX se ha venido desarrollando, de forma gradual, una serie de movimientos y acciones de parte de lo que se conoce como el mundo no gubernamental o la sociedad civil, en torno a temas de interés público, pero sin necesariamente buscar acceso al poder político. En inglés se conoce este tipo de activismo como **issue politics** o política en torno a temas específicos. A este respecto, son conocidos el surgimiento internacional y la evolución de acciones ciudadanas en torno a materias como los derechos humanos (a partir de los años sesenta), el medio ambiente (desde los años setenta) o la transparencia pública y el combate a la corrupción (que comenzaron en los años noventa).

Hoy, como hemos podido comprobar en nuestro país y en otras latitudes, las manifestaciones políticas masivas sobre diversos asuntos públicos cobran progresivamente más vigor y ponen progresivamente en entredicho las formas tradicionales de representación y participación política en una democracia. La necesidad de este involucramiento más activo de parte de la ciudadanía estaba ya implícita en el concepto más que doblemente centenario de democracia moderna, el cual pone énfasis en la soberanía popular. Por ello, no deja de ser destacable que tal involucramiento ciudadano comience a materializarse de forma ascendente en un período como el actual –que puede llamarse de cambio de época– el cual augura transformaciones “copernicanas”, como gustan decir algunos académicos, en aspectos como la organización político-estatal, las relaciones internacionales y el papel de la ciudadanía.

Hemos mencionado anteriormente que en “La Política como Vocación”, Weber se refiere al criterio ético que debe guiar la conducta del político. Pues bien, el curso de los acontecimientos parece estar ampliando el concepto de actor político, más allá de las autoridades estatales elegidas popularmente y de quienes buscan, mediante la acción de partidos políticos, alcanzar dichas posiciones de poder. Al actor político así concebido, que incluiría al ciudadano activamente comprometido por temas de interés público, no debería bastarle postular un “qué”, esto es, un determinado objetivo o demanda, si no va acompañado de un “cómo”, es decir, de una proposición sobre los caminos para lograrlo. No obstante, aunque aceptásemos expandir el concepto de actores políticos para incluir a todas las personas o grupos activamente interesados en temas públicos, pienso que sería llevar las cosas a un extremo exigir a los jóvenes y adolescentes que adhieran a los postulados de la ética de la responsabilidad. Ello no implica, por supuesto, que condonemos lo que en lenguaje corriente se podría

considerar “actitudes irresponsables”, tales como actos de violencia o vandalismo. Lo que quiero decir es que hasta que los jóvenes de hoy no se hagan pleno cargo de sus propias vidas y de las de otros, carecen, por definición, de mayores responsabilidades. Por ello, pueden permitirse pedir y reclamar sin necesariamente asumir el deber de señalar el “cómo”. En su mejor expresión (que no siempre se manifiesta en la práctica) tal actitud de los jóvenes puede constituir una clarinada de alerta sobre un problema largamente postergado e imprimirle un saludable sentido de urgencia.

Con todo, sí creo que cabe exigir responsabilidad al ciudadano activo en asuntos públicos que por su edad u otros factores no debería eximirse de proponer un “cómo”, aunque no fuere detallado, más allá de una simple demanda por un “qué”. Por ejemplo, bien puede ser que un determinado proyecto de desarrollo energético tenga un impacto medioambiental que se estime muy perjudicial. Una actuación responsable, sin embargo, supone no solamente una oposición sin más, sino también hacerse cargo de ciertas interrogantes ineludibles, entre ellas las siguientes: ¿puede corregirse el proyecto?; ¿cuáles serían las consecuencias esperables si no se realiza?; ¿hay alternativas factibles, en oposición a meramente deseables?

Podríamos seguir formulando variaciones sobre el tema de Max Weber de la ética de la responsabilidad, pero no quisiera abusar de su amable atención.

Permítanme concluir, entonces, diciendo que si bien las ideas éticas de Weber reconocen sus raíces en un tiempo y lugar determinados, su vigencia se continúa renovando a partir de otras muchas experiencias y reflexiones. Y agregar que el ejemplo de este gran pensador, lúcido y honesto como pocos, con profunda vocación académica y política, que pone el acento en los deberes y en la responsabilidad, desdeñando los fulgores, es de una dramática actualidad ética y pública.

Sean mis palabras de cierre una reiteración de los agradecimientos que expresé al comienzo de esta ya larga intervención, los que se han vuelto aún más vivos en razón de la paciencia y amabilidad con que me han escuchado.

Muchas gracias

DISCURSO DE RECEPCIÓN DEL ACADÉMICO SEÑOR JOSÉ ZALAUQUETT DAHER

Sra. Lucía Santa Cruz Sutil
Académica de Número

Para mí es un honor y un agrado muy especial representar a la Academia de Ciencias Sociales Políticas y Morales en la recepción de José Zalaquett Daher como Miembro de Número de esta institución.

Tengo la más absoluta certeza de que José Zalaquett goza de todos los atributos personales, morales e intelectuales para pertenecer a ella y para ennoblecer sus deliberaciones con el aporte de su integridad y de su honestidad intelectual. Son estos dones, además de su gran sensibilidad artística, y cultura general, lo que le permite en todas las ocasiones percibir la complejidad de los problemas que analiza y hacerlo con libertad y autonomía frente a cualquier otro mandato, sesgo o ideología.

Si hubiera que buscar cuál ha sido el objetivo central de la vida profesional de José Zalaquett creo que no erraríamos en señalar que su misión implícita o deliberada ha sido avanzar las fronteras de la civilización en todos los ámbitos y colaborar en la construcción de una sociedad más compasiva, más incluyente, menos cruel, más plural y más diversa, donde los derechos de las personas, su libertad y autonomía sean fortalecidas.

José Zalaquett es un hombre de Derecho. Sus estudios los cursó en la Universidad de Chile, recibiendo de abogado en 1967 y obteniendo un año más tarde el premio J.C. Fabres, entregado por el Colegio de Abogados a la mejor memoria de prueba publicada en 1968.

Hombre de sus tiempos, sufrió, igual que tantos, de uno y otro lado, los avatares producidos por la crisis y destrucción de la democracia a comienzos de los años setenta.

A partir de 1973 la defensa de los derechos humanos pasó a ser su leitmotiv, vocación y mandato que cultiva hasta hoy, tanto a nivel personal como profesional. En esos años dirigió el departamento jurídico del Comité de Cooperación para la Paz en Chile, creado a instancias del Cardenal Silva Henríquez, el cual más tarde se transformaría en la Vicaría de la Solidaridad, y que agrupaba a diversas iglesias cristianas y representantes de la comunidad judía, al alero de la Iglesia Católica.

Allí mostró su liderazgo en la dirección y coordinación del trabajo de procuradores y abogados internos y externos que trabajaban en la defensa de los derechos humanos durante el gobierno militar, como abogados defensores en los Consejos de Guerra, en la presentación de recursos de amparo y en otras tareas semejantes.

Durante su exilio, a partir de 1976, trabajó en Amnesty International y fue primero, su Secretario General Adjunto y más tarde, su Presidente.

Su participación como jurista especializado en el tema de los derechos humanos ha sido vasta, no solo en Chile sino también en múltiples instancias internacionales. Ha sido miembro y Presidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y actualmente es miembro de la Comisión Internacional de Juristas y director de varias otras organizaciones internacionales y chilenas de derechos humanos.

Se ha desempeñado, asimismo, como consultor de fundaciones, organizaciones no gubernamentales y ha asesorado a gobiernos en materias de su especialidad.

Sus publicaciones de libros, artículos en revistas especializadas chilenas y extranjeras y en la prensa han abarcado los más diversos temas, tanto a nivel académico como para la divulgación, principalmente respecto de asuntos vinculados, de alguna manera, a la ética política en sus diversas manifestaciones.

Pero José Zalaquett con su ojo acertado y lúcido, su gran sensibilidad, y profunda intuición imaginativa, especialmente hacia el arte moderno, ha dejado también una huella en el mundo de la crítica de arte y otros temas culturales. Ha participado activamente en actividades de difusión cultural, como miembro del directorio de la Corporación Cultural Mapocho, miembro del Comité Curatorial del Museo de Artes Visuales, socio fundador de la Corporación Matucana 100, entre otros.

La Universidad ha sido para José Zalaquett su medio natural tanto en la docencia como en la investigación y es profesor titular de Derechos Humanos en la Facultad de Derecho de la U. de Chile, Co-Director del Centro de Derechos Humanos de la misma Facultad. Entre 1994 y 2007 fue profesor de Ética y Gobierno en el Magíster en Gestión y Políticas Públicas de la Universidad de Chile. Además enseña en los cursos anuales del Instituto Interamericano de Derechos Humanos y ha dictado cursos de derecho en las Universidades de Harvard, Toronto, Nueva York y Maryland.

José Zalaquett ha querido así mismo servir a su país desde otras perspectivas y lo ha hecho en nobles misiones de búsqueda de reconciliación sobre la base de la verdad, sin odios ni resentimientos, pero con entusiasmo y efusión. En 1990 fue designado miembro de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación por el presidente Aylwin.

En su Discurso de Incorporación como una de las variaciones sobre el tema de la Ética de la Responsabilidad esbozada por Weber se refiere precisamente a esta experiencia cuando el presidente Aylwin a quien evoca con la imagen del “barco rompehielos que, enfrentado con aguas congeladas, abre grietas en la capa de hielo, lo que le permite, gradualmente, mayores avances”. Y recuerda cómo dando muestras de la ética de la responsabilidad fue capaz de reconocer los obstáculos institucionales o jurisdiccionales que existían en el camino para satisfacer la totalidad de las demandas referidas a los derechos humanos. “En lugar de ello, el Presidente optó por comenzar con la revelación de lo ocurrido buscando ‘toda la verdad y la justicia en la medida de lo posible’ frase que indudablemente contiene un enorme contenido de responsabilidad política”.

Con posterioridad José Zalaquett ha podido llevar esta experiencia a otras latitudes y ha asesorado a diversos países extranjeros sobre el tema de verdad, justicia y reconciliación respecto del pasado reciente. Entre 1999 y 2000 formó parte de la Mesa de Diálogo sobre derechos humanos.

Los honores que ha recibido no le han hecho perder su encanto y afabilidad o su capacidad para empatizar con los más débiles o el dolor. En reconocimiento de su

trabajo ha recibido doctorados honoris causa de parte de la Universidad de Notre Dame y de la City University de Nueva York, fue galardonado con el Premio Nacional de Humanidades y Ciencias Sociales en 2003, el Mac Arthur Foundation Award por el período 1990-1995, el Premio Unesco a la Enseñanza de los Derechos Humanos en 1994, la Condecoración Héroe de la Paz Alberto Hurtado en 2006 y la Medalla Rectoral de la Universidad de Chile.

Hoy nos presenta un interesante trabajo sobre La Ética de la Responsabilidad: Variaciones sobre un tema de Max Weber, en el cual se refiere a “la perenne importancia, que en los tiempos actuales cobra ribetes de urgente actualidad, de las cuestiones de ética política” haciendo un reconocimiento a “la deuda moral e intelectual que los actores políticos contemporáneos mantienen con la figura señera de Max Weber”, para luego referirse a cuestiones de la historia reciente de acuerdo con las categorías de análisis de Weber en el discurso que este pronunciara en la Universidad de Munich en 1919 titulado “La política como Vocación”.

Por ética política José Zalaquett significa aquel “conjunto de principios, normas y criterios que nos permiten discernir la justicia, corrección y/o bondad de las instituciones políticas, de las políticas públicas y de la conducta de los agentes públicos”.

Con este tema nuestro distinguido nuevo Miembro de Número apunta a uno de los problemas centrales de la era moderna, cual es la relación entre autonomía personal y ética.

Estamos frente a interrogantes mayores. ¿Qué relación existe entre la ética y la política? ¿Es el escepticismo ético la única forma de pensar compatible con la libertad? ¿Equivale la defensa de ciertos valores como mejores que otros a vulnerar el pluralismo y la tolerancia? O por el contrario: ¿Necesitan las sociedades compartir ciertos códigos morales para poder mantener la libertad y la civilización? Si es así, ¿quién los determina y de acuerdo con qué criterios?

Una de las características de la modernidad es la existencia de sociedades donde coexisten diversas creencias y opiniones, las cuales se toleran unas a otras. Se piensa que ello es un bien en sí mismo. En este sentido la idea de una sociedad monolítica, donde una sola cosmovisión se puede imponer sobre todas, es una creencia generalmente resistida.

Los fines deseados por los hombres son variados y no todos son compatibles entre sí. De esa diversidad fluye el pluralismo en término de “discurso” justificatorio de distintas concepciones de la “vida buena”. Como sostiene Isaiah Berlin, el reconocimiento de la pluralidad de fines y de valores legítimos es el concomitante de la libertad intelectual.

Sin perjuicio de ello, una sociedad bien organizada no requiere solo de leyes, sino que necesita elaborar además un conjunto de nociones compartidas respecto de lo que es el bien y lo que es el mal, para abrir y mantener un espacio que permita una actuación correcta en forma automática y espontánea, sin necesidad de raciocinio previo.

La tolerancia no es necesariamente sinónimo de neutralidad ética o indiferencia. Se puede ser tolerante y aceptar el supuesto de que hay bienes y males que son objetivos y pueden ser discernidos por todos como tales. En este sentido no todos los conceptos particulares sobre el bien y el mal son igualmente válidos, ni todos los criterios tienen igual validez o son indistintos e intercambiables, sin perjuicio de que

deben ser tolerados. La tolerancia no obliga al escepticismo moral, sino que es una virtud que permite que cada cual pueda defender su propia versión de la vida buena por medio del argumento racional, sea verdadero o falso. En otras palabras, la tolerancia exige libertad de pensamiento y discusión.

La posibilidad del entendimiento humano depende de la capacidad de entender por qué alguien persigue un fin diferente al mío. Pero depende también, según Berlin, de la posibilidad de reconocer que ello no impide que existan –junto con la diversidad– otros valores comunes que los hombres deban perseguir para mantener su calidad humana.

El problema fundamental, sin embargo, perdura y se expresa en el dilema de cómo se puede generar un acuerdo respecto al bien, que al mismo tiempo respete la libertad de los individuos. En otras palabras: ¿cómo definimos cuáles son estos bienes universales compartidos y aseguramos su predominio en la sociedad, sin sacrificar amplios márgenes de libertad personal?

Las respuestas son diversas y conflictivas. El primer escollo surge porque cualquier intento de definir un bien que pueda ser un principio de organización social, esto es, cualquier intento por dar a ese bien un contenido preciso, puede terminar con el pluralismo y suele llevar a sufrimientos masivos. En la tradición liberal, la promoción de la libertad parece más aceptable que la promoción de un determinado concepto de la virtud, en cuanto la aceptación de una verdad moral monolítica conllevaría el peligro de su imposición por medio del aparato represivo de la política, con las nefastas consecuencias que estos intentos han producido.

Las críticas contemporáneas a la idea de asociar estrechamente la política con bienes morales predefinidos, provienen de múltiples direcciones. Por unos, es percibida como una amenaza al principio liberal de la separación de Iglesia y Estado, e introduce elementos inherentemente religiosos y divisorios en la esfera pública.

Por otra parte, y siguiendo una línea diferente de argumentación, se teme que el reconocimiento de un código objetivo respecto al bien y el mal, que pueda ser impuesto desde el poder político, podría atentar contra uno de los principios fundamentales del ideario de la modernidad, cual es la libertad individual.

En efecto, consustancial al pensamiento liberal es la idea de una autoridad con poderes restringidos para intervenir en las vidas de las personas y el respeto por las opciones libres de cada persona, porque solo en esa opción libre se desarrolla la responsabilidad personal y solo dentro de un contexto de libertad y responsabilidad personal es entendible la idea misma del bien y del mal.

Cada ciudadano –se estima– es el mejor juez respecto de lo que es bueno para él y el papel de la autoridad es proteger esa libertad de opción más que favorecer ciertas opciones por sobre otras o imponer formas específicas de formas o estilos de vida.

Desde este ángulo, la idea misma de una moral objetiva protegida por la autoridad suscita el espectro de un gobierno invasivo que pretende legislar sobre la moral, destruyendo la libertad individual para optar entre diferentes proyectos de vida.

Ahora bien, el repudio de la virtud como objetivo último de la política no significa necesariamente repudiar la idea misma de la moral. En efecto, ello significaría eliminar una de las características de toda cultura, cual es la jerarquización de valores éticos. Cuando el hombre adquiere y valora su capacidad para elegir de manera libre

reconoce implícitamente su poder para escoger entre el bien y el mal. La idea misma de una elección carece de sentido si no implica un juicio, porque sin juicio no hay opción.

En este laberinto de preguntas y contradicciones a mí me parece que el filósofo moderno Charles Taylor, en su vasta obra, toca un tema que sigue siendo trascendente: cual es la relación entre la identidad moderna y la noción del bien y las fuentes de origen del bien. Para él, la formación de la identidad humana está íntimamente vinculada a su juicio respecto al bien y el mal. En otras palabras, la evaluación moral está al centro de la identidad humana y las personas entienden quiénes son en gran medida por la evaluación que hacen respecto de lo que está bien y la forma cómo ese entendimiento dirige la manera en que conducen sus vidas. Taylor tiene plena conciencia de que la moral se separó de sus fuentes tradicionales como resultado de la Ilustración y del cambio desde la razón sustantiva a la razón procedimental. Sin embargo, y a pesar de esta falta de acuerdo respecto de cuáles son las fuentes incuestionables que dan origen y permiten definir el bien, él contradice la pretensión de que cualquiera forma de vida o concepto del bien es idéntica a otra, y que la buena vida es simplemente aquello en lo que cada cual cree.

Sostiene que, al menos, se puede articular “una ética de la benevolencia y de la justicia universal”, que ha creado un consenso moral en relación, por ejemplo, con los derechos humanos universales, la exigencia de reducir el sufrimiento de los otros, y los ideales de libertad, igualdad y autodeterminación.

La posición de José Zalaquett frente a la definición de lo justo y lo correcto está identificada por él mismo: “No creo –dice– que sea posible pretender la carencia absoluta de convicciones sobre fines últimos, pero tampoco creo que pueda darse un debate racional acerca de qué es un fin bueno. Siempre va a haber una tensión en los debates sobre objetivos finales entre, por una parte, las personas de fe (sea de base religiosa o ideológica) y, por otra parte, quienes carecen de tales formas de fe. Sí creo, firmemente, que es posible hacer un esfuerzo para, racionalmente, determinar los principios de lo que es justo o correcto. Tarea difícil, ciertamente, pero, en mi opinión, susceptible de ser abordada con éxito”. Estamos frente a un asunto de medular importancia y que responde a la esencia de las preocupaciones de una Academia de Ciencias Sociales, Políticas y Morales.

En definitiva me atrevo a concluir que conscientemente o sin saberlo José Zalaquett ha sido uno de nuestros máximos exponentes de la Ética de la benevolencia. Y ello se lo agradecemos.

Bienvenido Pepe, a Nuestra Academia.

Muchas gracias.

JUNTA PÚBLICA

**CEREMONIA DE INCORPORACIÓN DEL ACADÉMICO DON ALLAN
R. BREWER-CARÍAS COMO MIEMBRO CORRESPONDIENTE DE LA
ACADEMIA DE CIENCIAS SOCIALES, POLÍTICAS Y MORALES
INSTITUTO DE CHILE**

**Celebrada el 27 de abril de 2011
BIBLIOTECA INSTITUTO DE CHILE**

PALABRAS DE BIENVENIDA AL SR. ALLAN R. BREWER-CARIÁS

José Luis Cea Egaña*
Presidente

La Academia de Ciencias Sociales, Políticas y Morales del Instituto de Chile saluda a las autoridades, académicos, amigas y amigos presentes y les agradece acompañarnos en esta sesión pública y solemne en la cual se incorpora como Miembro Correspondiente en Venezuela el jurista y personalidad apreciada en América y Europa, profesor Allan Randolph Brewer-Carías.

Extiendo una acogida especialmente afectuosa a Beatriz, leal cónyuge del nuevo integrante de nuestra Corporación, a quien expreso nuestra admiración por su alma noble y abnegada.

El Profesor Brewer-Carías honra nuestra Academia por su dilatada y sobresaliente trayectoria al servicio del Derecho Constitucional, del Derecho Administrativo y del estudio de la dignidad humana y de los atributos esenciales que fluyen de ella. En más de cien libros y seiscientas monografías el Sr. Brewer-Carías ha escrito, con prosa elegante y sencilla, lucidez de conceptos e ideas, en fin, con originalidad claramente argumentada, el caudal de investigaciones más copiosas que se conozca de catedrático alguno en Iberoamérica actualmente. Hoy, él disertará acerca de la **Ciudad Ordenada, el Gran Aporte Hispano en la Colonización de América**. Es un tópico novedoso, demostrativo del espíritu de indagación en las cuestiones más profundas y enaltecidas de nuestra cultura, en el contexto por lo que sitúa al derecho y a la política.

Lo recibirá nuestro distinguido Miembro de Número, el Académico don Enrique Silva Cimma, cuyo nombre fue escogido para cumplir tal misión por tratarse del mejor y más ilustre de los amigos que tiene en Chile el señor Brewer-Carías.

La Academia manifiesta su regocijo por tener a un nuevo Académico Correspondiente, ejemplo de compromiso con el cultivo de las Ciencias Sociales, Políticas y Morales en Chile, América y Europa.

Nuevamente, a todos ustedes, gracias por acompañarnos.

* Leído el miércoles 27 de abril de 2011 en la sede de la Institución.

SOBRE LA “CIUDAD ORDENADA” AMERICANA: EL GRAN APORTE COLONIAL HISPANO A LA HISTORIA DEL URBANISMO

Discurso de incorporación de Don Allan Brewer-Carías
como Académico Correspondiente Extranjero
27 de abril de 2011

Durante el siglo XVI, en este Nuevo Mundo americano, se produjo lo que puede considerarse como la más grande y descomunal operación de poblamiento que se haya realizado jamás en la historia de la humanidad, sin parangón en ningún otro tiempo, lo que sin embargo lamentablemente es casi completamente ignorado en las clásicas obras de Historia del Urbanismo escritas en Europa y en Norteamérica.

En todo caso, lo cierto es que el resultado de ese proceso fue que en la historia de la humanidad ningún otro país del mundo ha fundado tantos pueblos, villas y ciudades en un territorio tan grande, en un período tan corto, y en una forma tan regular y ordenada como lo hizo España en América durante ese siglo, y conforme a un modelo único de ciudad.

El legado de ese proceso fue el desarrollo de lo que he llamado la “ciudad ordenada” americana, o simplemente, la ciudad americana, como en su momento lo fue la ciudad romana o la ciudad griega, cuya forma urbana quedó plasmada en todas las ciudades del continente americano como puede apreciarse todavía del casco histórico de las mismas, desde San Agustín en Florida y Puebla de Los Ángeles en el norte y en la Nueva España; hasta Santiago, Concepción, Osorno o La Serena en lo que fue esta provincia de la Nueva Extremadura, o hasta Mendoza y San Juan pasando por la cordillera; todas fundadas en el siglo XVI.

Además por supuesto del idioma, la religión y la cultura, esa forma urbana reticular común fue la gran creación y huella física que dejaron los españoles en el Nuevo Continente, materializada en la invariable traza urbana reticular y en algunos cuadrangular que tienen nuestras ciudades, que se configuró siempre partiendo de la cuidadosa selección del lugar apropiado, mediante el diseño inicial de una plaza mayor o central siempre levantada a cordel y regla y, por tanto, con ángulos rectos, desde la que paulatinamente creció el trazado de las calles en línea recta, con lo que necesariamente se formó la trama urbana en manzanas o cuadras en general iguales y, en todo caso, con forma ortogonal, tal y como todavía hoy se aprecia en todos los centros o cascos históricos de nuestras ciudades y pueblos latinoamericanos. El más claro ejemplo de lo que fue esa ciudad es hoy la ciudad La Antigua Guatemala, fundada en 1527, y luego de trasladada en 1541 al valle de Pochoy por un deslave, entre los volcanes de Agua, de Fuego y Acatenango, donde está enclavada, en la misma forma como fue detenida en el tiempo desde 1773, cuando tuvo que ser abandonada por haber sido casi toda destruida a causa de un terremoto. Se trata de una joya urbana, de la “ciudad ordenada” colonial, declarada por la Unesco en 1979 como Patrimonio Cultural de la Humanidad.

La historia de América hispana y de todos nuestros países, en todo caso, es en gran parte la historia de esa ciudad, la que aun cuando fue implantada por los españoles, no era en sí misma española, pues nada similar existía en España, sino que fue americana, pues fue diseñada por los españoles específicamente para América. De ella y de su siembra paulatina en todos los rincones del territorio en un período de menos de cien años, surgieron las provincias, y de aquellas, los actuales Estados americanos.

Pero lo más destacado de aquella empresa pobladora fue que se trató de un proceso ordenado, realizado en y con orden, obedeciendo a instrucciones precisas de la Corona, que fueron conformándose en aproximaciones sucesivas en solo seis décadas, desde 1513, cuando después de los excesos de los españoles en las Antillas, la Corona reasumió la Conquista hacia tierra firme, con la expedición de Pedrarias Dávila hacia la provincia de Castilla del Oro; hasta 1573, cuando Felipe II dictó en el Bosque de Segovia ese monumento jurídico denominado las Ordenanzas de Descubrimiento y Población, en lo que se puede considerar como el primer código urbanístico en la historia.

En todo ese tiempo, lo importante a destacar desde el punto de vista jurídico, y es eso lo que distingue la conquista de América hispana, por ejemplo, de la que se desarrolló cien años después por los ingleses en Norteamérica, es que en el proceso español americano nada se dejó al azar ni a la sola experiencia o criterio de los adelantados y pobladores, incluso a pesar de que en sus inicios el proceso del descubrimiento, conquista y colonización se hubiese desarrollado mediante las Capitulaciones, como iniciativas privadas. En América hispana todo fue ordenado mediante una política centralizada que se plasmó sucesivamente en Ordenanzas, Instrucciones y Reales Providencias elaboradas, primero en el Comité de las Indias del Real Consejo de Castilla y, luego, a partir de 1524, en el Real y Supremo Consejo de Indias creado por Carlos V, y que fueron formuladas especialmente para la empresa americana.

Ello fue esencial, porque conforme al ordenamiento jurídico vigente y aplicable en el proceso de ocupación del territorio americano, era precisamente mediante el poblamiento que se podía asegurar jurídicamente la incorporación de las nuevas tierras descubiertas en las Indias, al señorío de la Corona de Castilla, es decir, mediante la fundación de pueblos y ciudades. Para ese fin fue que se dieron instrucciones precisas tendientes a regular tanto la forma jurídica conforme a la cual debía realizarse el acto jurídico fundacional, siempre revestido de importante solemnidad, como se puede leer de cualquier acta de fundación de nuestras ciudades, como la forma urbana y la organización política conforme a las cuales debía quedar configurado el pueblo; normas que se aplicaron uniformemente por gobernadores y adelantados en todo el continente. Tan importante fue la fundación de una ciudad, que hacerlo sin licencia acarrearía nada menos que la pena de muerte.

La característica más destacada del proceso de poblamiento de América hispana, por tanto, fue que no solo tuvo móviles de conquista para asegurar la ocupación de los territorios descubiertos, sino que respondió a una exigencia jurídica impuesta por el ordenamiento jurídico que rigió en tiempos del Descubrimiento y de la Conquista, y que estaba contenida en el Código de las Siete Partidas de Alfonso X el Sabio (1221-1284).

Allí, en efecto, se regulaba la manera cómo un príncipe podía ganar señorío con relación a un reino existente, lo cual sólo podía ocurrir de cuatro maneras: por herencia; por elección voluntaria; por matrimonio con heredera del mismo, o por concesión pontificia o imperial. Esas normas, sin embargo, no eran las que podían aplicarse a la empresa que había iniciado Cristóbal Colón hacia las Indias, cuyo objetivo no era adquirir señorío sobre algún reino que pudiera existir según el conocimiento geográfico de la época, y menos cuando comenzó a quedar claro que en las tierras encontradas hacia el poniente, lo que verdaderamente apareció había sido un increíble e inconcebible Nuevo Mundo, cuyo territorio, contra todos los conocimientos existentes, asombrosamente se había "descubierto" intercalado en medio del Atlántico, entre Europa y las costas de Asia. En la Edad Media no se admitía geográficamente nada distinto a lo que era Europa, África y Asia, y ese era el conocimiento del que disponía Cristóbal Colón al iniciar su empresa, conforme al cual lo único posible era que pudieran encontrar nuevas islas en el mar, pero no nuevos continentes.

En ese contexto, las reglas que podían aplicarse para que Colón pudiera tomar posesión para los reyes católicos de cualquiera nueva isla que descubriera en su ruta, eran otras distintas a las antes mencionadas, reguladas en las Partidas, pues los reyes no tenían posibilidad de heredar las nuevas tierras que se descubrieren; ni podían adquirirlas por el consentimiento de todos los habitantes de los ignotos lugares; ni había posibilidad de que las obtuvieran por casamiento, y en las nuevas y desconocidas tierras ni el Papa ni los reyes tenían señorío sobre las mismas. Al contrario, Colón llevaba salvoconductos y mensajes de los reyes católicos, pero para otros monarcas que pudiera encontrar.

Por ello, lo que se aplicaba para la empresa de las Indias, y rigió en la ocupación de América, fue otra ley del Código de las Siete Partidas (Ley N° 29, título XXVIII de la Partida III), que al plantear la cuestión de a quién pertenece "la ysla que se faze nuevamente en el mar", prescribía así:

Pocas vegadas acaece que se fagan yslas nuevamente en la mar. Pero si acaeciese que se fiziese y alguna ysla de nuevo, cuya dezimos que deve ser de aquel que la poblare primeramente; e aquel o aquellos que la poblaren, deben obedescer al Señor en cuyo señorío es aquel lugar do apareció tal ysla.

Es decir, que sólo adquiriría señorío sobre de las nuevas tierras o islas que se descubriesen quien las poblare primeramente, es decir, quien estableciera en ellas una población. Por ello, incluso Colón, al concluir su accidentado primer viaje, como signo de toma de posesión de la isla La Española, en enero de 1493 dejó forzosamente un puñado de hombres en una villa que llamó La Navidad o La Natividad, construida con los restos de la Santa María en la costa norte de la isla en lo que hoy es Haití.

Ello explica que el título jurídico para poder incorporar las nuevas tierras que se fueron descubriendo en el Nuevo Mundo a la Corona de Castilla fue precisamente el poblamiento, es decir, la fundación de villas, pueblos o ciudades que pasaron a ser habitadas por las huestes de los conquistadores que de guerreros pasaron a ser vecinos; o incluso de la fundación de pueblos de indios habitadas por estos. Precisamente por ello, a diferencia de los ingleses en Norteamérica, los españoles en el resto de América fueron febriles fundadores de ciudades. Aquí, por tanto, los pueblos o ciudades no

resultaron del crecimiento o desarrollo de embarcaderos o de cruces de caminos, sino del cumplimiento de la obligación de poblar impuesta en las Capitulaciones, mediante la fundación de un número determinado de pueblos en el territorio descubierto en un plazo especificado, a cuyo efecto se autorizaba al adelantado para repartir tierras y solares entre su hueste. Con el tiempo, este hecho del poblamiento fue, además, el instrumento central para la demarcación de la jurisdicción de cada gobernación y de la provincia que la asentaba, siendo ello el origen remoto de los actuales Estados.

La tarea de los conquistadores fue, por tanto, primero, descubrir; y luego, poblar, de manera que si no se poblaba lo descubierto no podía haber conquista; o como lo dijo el capellán de Hernán Cortés, Francisco López de Gomara (1511-1564) en su *Historia General de las Indias y vida de Hernán Cortés*, al comentar el fracaso de la expedición de Pánfilo de Narváez hacia la Florida: “Quien no poblare no hará buena conquista, y no conquistando la tierra no se convertirá la gente, así que la máxima del conquistador ha de ser poblar” (Capítulo XLVI).

En este marco jurídico era entonces evidente que poblar no era simplemente el hecho físico o material de asentar campamentos, aldeas o rancherías en un territorio, sino que era, sobre todo, un proceso formal de crear un pueblo, lo cual debía estar respaldado por acta levantada por escribano en forma auténtica, en la cual se debían recoger los pormenores de un acto que era solemnísimo. Por ello, en el mismo Código de las Siete Partidas, al definirse qué era un pueblo, además de indicarse que era un lugar edificado y generalmente cercado (Partida 7, Título 33, Ley 6), se lo concebía como reunión de hombres mayores, medianos y menores en forma comunal (Partida 7, Título 1º, Ley 1) sometidos a unas autoridades y leyes.

En definitiva, lo que se imponía en el viejo derecho castellano para tomar posesión de una nueva isla, o tierra ignota, era la necesidad de fundar una civitas; siendo ese acto el de mayor importancia jurídica en el proceso de ocupación del territorio, para lo que, por supuesto, se requería de una licencia expresa del rey, del virrey o del gobernador de la provincia; pues con la fundación de una ciudad se tomaba posesión de lo descubierto en nombre de la Corona, quedando el territorio bajo el señorío y soberanía del rey; y además se determinaba el término de cada provincia o gobernación bajo el mando del adelantado.

Las provincias, por ello, al inicio, solo se definieron y se podían definir por una línea a lo largo de la costa del mar que era lo único conocido inicialmente, de manera que las provincias fueran encontrando su ámbito territorial, tierra adentro, a medida que se fuera sembrando el territorio de villas y ciudades. Así, por ejemplo, se estableció en la capitulación dada por Carlos V a Diego de Almagro para la conquista de Chile, el 21 de mayo de 1534, donde solo se indicó que estaba destinada a descubrir doscientas leguas del Mar del Sur hacia el estrecho de Magallanes, y nada más.

La provincias, por tanto, inicialmente se definieron por la extensión de las costas del mar, igual en el Pacífico, tanto en el Caribe como en el Atlántico, de manera que las mismas llegaban, tierra adentro, hasta donde llegara el poblamiento, por lo que una tierra recorrida sin que en la misma se hubiese dejado sembrado algún pueblo o ciudad, no pertenecía a la jurisdicción de quien la recorriera. Por no poblar, por tanto, en el propio siglo XVI muchas tierras dejaron de pertenecer a determinadas provincias, quedando en la jurisdicción de otras.

El rito fundacional de la constitución de las ciudades, por tanto, fue correlativo con la importancia del proceso, por lo que se siguió invariablemente el mismo procedimiento, incluyendo la traza de la plaza como un cuadrado o rectángulo, y a partir de ella, de las calles, indicándose el sitio de la iglesia y de los otros edificios públicos, así como de los diversos solares que se repartían a los vecinos, nombrándose las autoridades que regirían la ciudad y disponiéndose los ejidos, todo lo cual se debía recoger en las actas fundacionales.

Precisamente por ello, a diferencia de las ciudades norteamericanas, todas las ciudades latinoamericanas tienen fecha de nacimiento o de fundación precisa, que siempre celebramos, incluso aun cuando la ciudad hubiera tenido que fundarse de urgencia, o a la carrera, pues con ese acto quedaba jurídicamente demarcado el ámbito de cada gobernación. Así sucedió por ejemplo con Santiago de Quito, ciudad fundada curiosamente a la media noche del día 15 de agosto de 1534, con el único propósito de que quedara jurídicamente asentado, en acta levantada por escribano, que esas tierras ya estaban bajo la jurisdicción de la gobernación de Francisco Pizarro y que, por tanto, para cuando al día siguiente Pedro de Alvarado, entonces Capitán General de Guatemala, con Capitulación para ir a "descubrir y conquistar las islas en la Mar del Sur de la Nueva España" llegara al lugar, quedara claro que ya no podía pretender tener jurisdicción sobre esas tierras. Y efectivamente, cuando Alvarado, después de desembarcar en las costas de las Esmeraldas cerca de la actual Guayaquil, llegó al sitio de Riobamba el día 16 de agosto de 1534 se encontró con que los tenientes de gobernación de Pizarro, Diego de Almagro y Sebastián de Belalcázar, ya habían fundado en la víspera una ciudad, recibéndolo con el acta de la fundación de Santiago de Quito que daba cuenta del nombramiento de sus autoridades. Esa fundación, a la media noche, fue lo que convirtió al reino de Quito en parte de la gobernación de Pizarro, provocando que Alvarado tuviera que abandonar su empresa, vendiendo sus navíos a Almagro, y dejando a su huésped con más de tres mil indios guatemaltecos en las montañas de Ecuador. Por ello, dos semanas después, el 28 de agosto de 1534, para incorporar a la huésped de Alvarado en la empresa pobladora, se produjo la refundación de la ciudad con el nombre de San Francisco de Quito.

Y así fue como se conformó el territorio de América hispana, mediante la fundación de ciudades, cuya concepción y diseño, como dije, no surgió de experimentos locales de tipo práctico que pudieran haber realizado los adelantados, ni de las experiencias vividas en la península en el proceso de repoblación de los territorios recuperados a los moros, sino de prescripciones y normas jurídicas que se fueron conformando rápidamente en la Corona, particularmente por los influjos recibidos de los descubrimientos renacentistas, en especial en el conocimiento de la arquitectura, que comenzaba a influir en Europa en todos los órdenes. Ello había provocado que de golpe, después de un largo período de decadencia, en Europa se hubiera vuelto a la antigua forma de construir, sometiéndose los arquitectos a las reglas de simetría y proporción y al sistema de órdenes, lo que implicó la vuelta al uso de la regla, a las líneas precisas, a las fachadas rectilíneas, dando origen al plano regular que se convirtió en obligatorio para edificios y ciudades. Todo ello fue rápidamente absorbido por la Corona y transmitido a América, en un proceso normativo en el que se recogió la experiencia que los romanos habían aplicado un milenio y medio antes en la tarea de

poblar el vasto imperio que abarcó todas las costas del Mediterráneo y buena parte de Europa hasta Inglaterra; y que cinco siglos antes de los romanos los griegos habían seguido cuando comenzó la expansión helénica en el Mediterráneo.

En esa forma, la técnica de establecer centros poblados de nueva planta en forma regular que se siguió en América, la verdad es que es tan antigua como la civilización misma; y para constatarlo basta con referirnos a lo que escribió Aristóteles refiriéndose a la traza reticular perfecta que presentaron muchas ciudades griegas en el siglo IV a.C., indicando que había sido Hippodamo de Mileto, hijo de Eurifón, quien había concebido “el arte de proyectar y construir ciudades, siendo también el que ideó la disposición que presenta Pireo” (Libro Segundo, Capítulo V), que es el puerto de Atenas, donde la traza reticular aún se conserva. Ello lo escribió en *La Política*, libro en el cual dedicó muchos capítulos a la ciudad, a la polis, y a los principios para su establecimiento. Allí indicó, por ejemplo, que lo primero que debía tenerse en cuenta en la creación de las ciudades era la salud en el lugar escogido, de manera que bajo la influencia de los escritos de Hipócrates destacó particularmente la importancia de los elementos aire y agua. Recomendaba Aristóteles que “la ciudad debía tener fácil comunicación por mar y tierra, y de ser posible, con todos los puntos de su territorio”, y en cuanto a su emplazamiento, consideraba que debía ser ventajoso fundamentalmente en cuatro a la salud y la disposición de los vientos. El emplazamiento debía depender principalmente, decía, “de lo salubre de la localidad y de su orientación”, y además “de la pureza de sus aguas”, planteando que el sitio debía “abundar en fuentes y manantiales, y, de no ser así, construir grandes depósitos para la recogida de las aguas pluviales” (Capítulo X).

Aristóteles, además, sobre la forma urbana, consideraba que era “más bello y conveniente que las calles sean rectas, como indicó Hippodamo” (Libro Séptimo, Capítulo X); dando especial importancia a la plaza o ágora que debía estar a los pies de los templos o edificios destinados al culto divino, que –decía– debían “ocupar una eminencia, para que se vean desde lejos y den realce a la virtud, con torres que dominen las cercanías” (Libro Séptimo, Capítulo XI). Todo ello reflejaba la práctica antigua de los griegos de fundar ciudades, que nunca se dejó al azar, particularmente cuando se trató de fundaciones de nueva planta con motivo de la expansión colonial griega en el Mediterráneo.

Y lo mismo ocurrió en el mundo romano cuatrocientos años después de las enseñanzas de Hippodamo, proceso igualmente motivado por la necesidad de ocupar nuevas tierras del Imperio, todo lo cual se recogió en el único tratado antiguo sobre arquitectura que en la época del Renacimiento se había conservado, y que fue el libro de Marcus V. Pollio Vitruvius, *De Architectura Libri Decem* (Los diez libros de la Arquitectura) escrito a comienzos de la era cristiana, y que todo estudiante de arquitectura tiene que haber leído u hojeado o al menos manoseado. Olvidado durante trece siglos, el mismo fue descubierto en 1416 y publicado por primera vez en Roma en 1486, el mismo año de la publicación del libro de León Batista Alberti, *De re aedificatoria*, quien sin duda había tenido acceso al manuscrito de Vitruvio, y que tanta influencia tuvo igualmente en el renacimiento de la arquitectura.

Se trató, en todo caso, de una obra única en la cual se describía la arquitectura romana, sometida a precisas reglas, y en la que se incluyeron los principios fundamentales para la fundación de ciudades aplicados en Roma imperial.

Entre esos principios se destacan los siguientes:

Primero, siguiendo las mismas ideas expresadas por Aristóteles sobre la elección de los sitios para "escoger un sitio sano", Vitruvio explicó sobre el procedimiento de "inspección de los hígados de los animales para reconocer la calidad del aire" (Capítulo VII del Libro Primero), que conforme a los usos de los "antiguos" –decía–, si los mismos se encontraban "lívidos y corrompidos" o eran generalmente anormales, se debía concluir "que el de los hombres estarían iguales, y que las aguas y pastos no podían ser buenos en ese país", el que debían abandonar incontinentemente, "pues no apreciaban tanto otra cosa, que lo que podía contribuir al mantenimiento de la salud".

Segundo, sobre la situación de los lugares, los cuales no debían estar sometidos a condiciones climáticas extremas, para lo cual Vitruvio recomendaba que "debe ser alto, ni nublado ni helado, y en un clima ni caliente ni frío, sino temperado", y además, sin pantanos en los alrededores (Capítulo VII del Libro Primero).

Tercero, sobre el abastecimiento de la ciudad, de manera que el sitio de emplazamiento fuese de fácil acceso, fuera por tierra o por agua de manera que "asegurada la salubridad del lugar donde debe fundarse la ciudad," debía procederse a emplazarla "con el conocimiento que se tenga de la pureza de su aire, de la abundancia de los frutos y de la facilidad de los caminos, los ríos y los puertos de mar que existan para traer todas las cosas necesarias" (Capítulo VIII del Libro Primero).

Cuarto, en cuanto a la dirección de las calles y al sentido de los vientos, Vitruvio escribió sobre la necesidad de que las calles fueran alindadas, para cuya disposición se tuviera en cuenta el sentido y orientación que podían tener los vientos en el lugar, de manera que las ráfagas no corrieran libremente por las calles en perjuicio de los habitantes. De ello, concluía diciendo que "las calles deben disponerse de tal forma que los vientos, dando contra los ángulos que ellas formen, se rompan y dispersan" (Capítulo IX del Libro Primero).

Y quinto, con relación a la plaza o forum, Vitruvio formuló un conjunto de principios que se referían a sus diversos aspectos, como la proporción o grandeza de la misma, que debía diseñarse según la población de la ciudad; a su forma, reconociendo que "en los griegos es cuadrada y rodeada de dobles y amplios pórticos con columnas pegadas", considerando sin embargo que una forma rectangular podía ser "mucho más cómoda para los espectáculos". También se refirió a la ubicación de la plaza, de manera que –decía–, "Si la ciudad está al borde del mar es necesario que la plaza pública esté cerca del puerto, por tanto que si la ciudad está alejada del mar, la plaza deberá estar en el centro" (Capítulo X del Libro Primero); y finalmente a las edificaciones que debían estar en la misma, entre ellas los templos, debían estar en el punto más elevado; la tesorería; la prisión, y la casa del Senado, cuyas dimensiones debían ser proporcionadas a las del forum.

Todos estos principios también los recogió Alberti en su magna obra, *De re aedificatoria*, la que igualmente tuvo una extraordinaria influencia en el Renacimiento.

Pero lo importante de todos estos principios es que apenas divulgados penetraron en América por medio de las cortes de los reyes católicos, de Carlos V y de Felipe II, para lo cual jugó un papel decisivo la difusión de las ideas humanistas que fue posible con la creación de la Universidad de Alcalá de Henares en 1508. El resultado de ello fue que las ideas de Vitruvio y Alberti fueron inmediatamente plasmadas en las

instrucciones reales destinadas a guiar urbanísticamente el monumental proceso de conquista, colonización y poblamiento del enorme continente americano.

El orden del proceso, en todo caso, como dije al inicio, fue que el mismo resultó de la aplicación de precisas normas jurídicas que fueron incorporándose progresivamente en las instrucciones dadas a los adelantados, que comenzaron a expresarse en 1513 con motivo de la expedición de Pedrarias Dávila para la conquista de la provincia de Castilla del Oro en Tierra Firme, culminaron sesenta años después con las Ordenanzas sobre descubrimiento y población otorgadas por Felipe II en 1573.

El control jurídico del proceso fue tal que sesenta años bastaron para que un modelo de ciudad especialmente diseñado para América, ideado sobre la marcha durante la emergencia de la conquista y poblamiento, se hubiese aplicado en todo el continente americano bajo la influencia de las ideas expuestas por Vitruvio y Alberti.

Esa búsqueda permanente del orden, por lo demás, quedó plasmada desde la propia Instrucción dada a Pedrarias de 1513, al referirse al establecimiento de los pueblos en forma ordenada, de manera tal que el repartimiento de solares a los vecinos fueran –decía– “de comienzo dados por orden”, expresando con toda precisión que:

“por manera que fechos los solares, el pueblo parezca ordenado, así en el lugar que se dejare para plaza, como el lugar en que hobiere la iglesia, como en la órden que tovieren las calles; porque en los logares que de nuevo se facen dando la órden en el comienzo, sin ningud trabajo ni costa quedan ordenados, e los otros jamás se ordena”.

Ese modelo urbano ordenado, por supuesto, gravitó en torno a los tres elementos urbanos esenciales antes mencionados:

Primero, la plaza, que era lo que debía establecerse inicialmente, y de donde debía partir el proceso de poblamiento, y cuya forma debía hacer parecer el pueblo como ordenado. Por supuesto, no había otra forma renacentista ordenada que no fuera la forma cuadrangular o rectangular y, en todo caso, reticular, con lados y ángulos rectos.

Segundo, la iglesia que debía ubicarse también en un sitio ordenado, fuera del área de la plaza, pero en un lugar principal, que en general fue en una de las manzanas ubicadas a un costado de la plaza.

Y tercero, las calles que debían también tener orden, es decir, diseñarse ordenadamente, y no había otra forma para ello si su trazado debía partir de una plaza reticular, que no fuera en líneas rectas, formando ángulos rectos de lo que resultaban manzanas o cuadras regulares donde se debían ubicar los solares a ser repartidos, también ordenadamente.

La plaza, la iglesia y las calles, por tanto, fueron los elementos que configuraron el modelo urbano latinoamericano, de manera que para cuando el mismo culminó, los principios se recogieron en las mencionadas Ordenanzas de Descubrimiento y Población dadas por Felipe II en el Bosque de Segovia, de 1573, en las cuales se le precisó a los adelantados, como lo dice la frase con las que se inician, “el orden que se ha de tener en descubrir y poblar”.

En estas ordenanzas, las cuales incluso ya habían recogido la experiencia de aplicación práctica del poblamiento en las primeras décadas de la conquista, por tanto, se expresaron los mismos principios romanos y, antes, griegos, para la fundación de ciudades que se aplicaron invariablemente en toda América:

Primero, sobre la selección de los sitios y la ubicación de las poblaciones se detallaron las mismas reglas que venían de la antigüedad en materia de salubridad, abastecimiento y ubicación. Se recomendaba (artículos 34 al 37), en particular, que no se debían escoger lugares muy altos por el problema que representaba tanto el viento como el acarreo de cosas; ni muy bajos, ya que resultaban enfermizos. De preferencia debían elegirse lugares medianamente levantados, que recibieran buenos aires. La precisión de las ordenanzas era tal que, por ejemplo, se recomendaba que las poblaciones interiores se levantasen a la orilla de algún río que fuera navegable, dejando la ribera baja para los oficios que arrojaran inmundicias (Art. 123); e incluso, se disponía que si el lugar escogido se encontraba a la orilla del agua, debía tenerse cuidado de que quedase de tal forma que a la salida del sol los rayos pegasen primero en la población y no en el agua (Art. 40).

Segundo, una vez escogida la parte más conveniente para asentar en ella la nueva población, las Instrucciones de 1573 resumían la tarea subsiguiente al prescribir que se debía proceder a hacer la planta del lugar escogido, repartiéndola por sus plazas, calles y solares, a cordel y regla, comenzando por la plaza mayor, lo que implicaba siempre, como resultado, una planta o trama ortogonal. Desde la plaza, una vez trazada, debían salir las calles en forma rectilínea y paralela hacia los caminos principales o puertas de la ciudad, dejando tanto compás abierto que, aunque la población aumentase mucho, se pudiera proseguir en la misma forma (artículo 110). Por tanto, según las ordenanzas, resulta evidente que el punto de partida de la nueva ciudad o población siempre debía ser la plaza mayor, siendo por tanto la forma ortogonal o reticular la regla general de todas las ciudades, no solo las fundadas en el siglo XVI, sino también en los siglos subsiguientes de la Colonia, como puede constatarse en casi todos los centros poblados americanos.

Tercero, además, también se indicaba con precisión sobre la ubicación de la plaza, de manera que si la población se erigiere en la costa, la plaza debía hacerse en el desembarcadero del puerto, abierta al mar o al río; y si estaba tierra adentro, la plaza se debía fijar en medio de la población, de manera que fuese el corazón y su centro vital.

Cuarto, sobre la forma de la plaza, las ordenanzas también fueron precisas en establecer siempre la forma reticular, resultando plazas algunas veces rectangulares y casi siempre cuadrículares. También hubo precisión sobre la dimensión, que debía ser en proporción a la cantidad de vecinos que hubiere y al crecimiento futuro previsto de la población. Por ello, muchos pueblos aún conservan en la actualidad plazas de gran tamaño, aun cuando no guarden proporción con el tamaño del poblado actual.

Quinto, con relación a la orientación de la planta urbana, las ordenanzas también imponían la necesidad de que las esquinas de la plaza se orientasen a los vientos principales, para proteger la ciudad de los mismos. Así lo decía textualmente el artículo 114 de las ordenanzas, que "las cuatro esquinas de la placa miren a los cuatro vientos principales porque de esta manera, saliendo las calles de la placa, no estén expuestas a los cuatro vientos principales que sería de mucho inconveniente".

Sexto, trazada la plaza, de la misma debían salir las calles, de suerte que aunque la población llegase a crecer de manera considerable no se afease la población, o se obstruyese su defensa o comodidad (Art. 117), previéndose entonces el crecimiento ordenado de la población según la forma y dirección de las calles, de manera ilimitada,

de acuerdo con un esquema uniforme de la trama urbana, en damero. Ello fue tan efectivo, que hasta las primeras décadas del siglo XX muchas ciudades latinoamericanas continuaban creciendo con el orden reticular, mostrando muchas todavía el desarrollo casi perfecto de la retícula. Esa forma, sin embargo, fue luego abandonada particularmente a partir de la segunda mitad del siglo XX en casi todas las ciudades hispanoamericanas por la falta de autoridad tanto en la orientación ordenada de las ocupaciones espontáneas del suelo urbano que han dado origen a las amplias áreas marginales de las ciudades, sin regularidad alguna, como en el proceso de urbanización desarrollado exclusivamente por privados, que han abandonado la forma regular.

Séptimo, sobre las calles mismas, las ordenanzas prescribían sobre su anchura, la cual se determinaba según el lugar escogido para la ubicación de la ciudad, de manera que en los lugares fríos las calles debían trazarse anchas, para permitir que el sol entrase plenamente en la ciudad. En los lugares calientes, por el contrario, las calles debían ser angostas para evitar la inclemencia del sol (Art. 116) y asegurar la protección de la sombra, como sucede por ejemplo con las ciudades costeñas del Caribe. En esta forma se regulaba la posibilidad de mayor soleamiento de las ciudades ubicadas en lugares fríos, por la anchura de las calles; y al contrario, una mayor cantidad de sombra en las ciudades ubicadas en lugares calientes, por lo angosto de las calles, como medio de protección ante la inclemencia del sol.

Por supuesto, como dije, el texto de las ordenanzas de 1573, como sucede en general con la formación de las normas jurídicas, fue el producto final de todo el conjunto de normas que se fueron dictando sucesivamente durante las primeras décadas del proceso de conquista y poblamiento. Las ordenanzas, por tanto, recogieron la experiencia normativa de los primeros tiempos y guiaron rígidamente el proceso de poblamiento hacia el futuro, de manera que incluso hasta en legislaciones latinoamericanas del siglo XX para colonización e inmigración se encuentran sus secuelas.

Ese trazado regular de la ciudad, en todo caso, marcó el desarrollo del poblamiento en todo el continente americano y, por supuesto, en esta provincia de Nueva Extremadura.

Recuerden ustedes que después de la expedición inicial del mismo Diego de Almagro hacia estas tierras en 1536, fue Pedro de Valdivia, quien por encargo de Francisco Pizarro en 1540, iniciaría la conquista del reino de Chile, para lo cual, desde el Alto Perú, después de pasar por el desierto de Atacama, tomó la ruta de la costa, la misma que de regreso había recorrido Almagro, acompañado, entre otros, por Francisco y Pedro Villagra.

Llegó así al valle de Copiapó, donde tomaría posesión de la tierra descubierta poniéndole el nombre de Nueva Extremadura en sustitución del de Nueva Toledo que había tenido en la época de Almagro. Después de un año de recorrido, llegó a este hermoso valle del río Mapocho, en el país de los mapuches o mapochoes, donde el 24 de febrero de 1541, hace 470 años, al pie del cerro Huelén, que decidió bautizar como Santa Lucía, fundaría esta ciudad de Santiago del Nuevo Extremo. El diseño de la planta de la ciudad se atribuye al alarife Pedro de Gamboa, con una forma urbana cuadrangular casi perfecta, con la plaza de armas en el centro y la catedral al oeste de la misma; quedando ubicada entre el cerro Santa Lucía hacia el este, el río Mapocho al norte y un brazo o cañada del mismo que corría al sur, por donde luego se construyó la

Alameda, y que es la que explica que esa gran avenida contraste con el diseño urbano cuadrangular de la ciudad. La ermita de Nuestra Señora del Socorro que erigió Valdivia en la ribera sur de la cañada, en 1553, sería ocupada por los hijos de San Francisco de Asís, habiéndose construido la iglesia en 1572, y luego el convento, siendo aquella la edificación más antigua de la ciudad.

Al poco tiempo, y luego de conocerse el asesinato de Pizarro, en marzo de 1541, el Cabildo de Santiago como era la práctica de la época, signo del poder municipal, designaría a Valdivia como Gobernador Interino, correspondiéndole entonces dirigir la operación del poblamiento.

Así, enviado por Valdivia, y a medio camino entre Santiago y Copiapó, Juan Bohon fundaría en 1544, en el valle de Coquimbo, la ciudad de La Serena de Nueva Extremadura, en recuerdo de la ciudad natal del adelantado. Esa ciudad, situada al norte de Valparaíso y establecida para abrir el camino hacia el Perú, fue destruida en enero de 1549. Refundada por Francisco de Aguirre, pasó a denominarse como San Bartolomé de La Serena, también con un diseño reticular orientado según los puntos cardinales, con la plaza de armas en el centro y la iglesia catedral al este de la plaza.

En 1548 Valdivia se embarcaría en Valparaíso, que ya era el puerto de la provincia, para unirse a la causa del virrey La Gasca contra Gonzalo Pizarro, de donde regresaría como Gobernador de Chile, cuyo territorio para esa época ya se había extendido hasta el estrecho de Magallanes en toda la vertiente oeste de la cordillera de los Andes.

Como tal gobernador, Valdivia emprendería en 1550 la dificultosa campaña hacia el sur, fundando en la ribera del río Biobío, el más ancho de los ríos de la zona, donde tuvo su primer encuentro con los araucanos, la villa de Concepción del Nuevo Extremo, la que después de haber sido destruida en 1554 debido al constante ataque de los indios mapuches y luego de dos devastadores terremotos en 1730 y 1751, encontró su sitio definitivo en 1764, con una traza cuadrangular perfecta.

Valdivia, en su búsqueda del estrecho de Magallanes, en 1551 fundaría la villa La Imperial, cerca del actual pueblo Nueva Imperial y de la ciudad de Temuco; y en 1552, la villa de Santa María la Blanca de Valdivia, en la ribera del río Valdivia. Además, fundaría la villa de Los Confines, la que sería repoblada en 1559 con el nombre de Angol.

En abril del mismo año 1552, por su parte, Jerónimo de Alderete fundaría la villa Santa María Magdalena de Villarrica, en la ribera del lago Villarrica. Sería desde Valdivia que Villagra enviaría a explorar los estrechos en la zona de la isla de Chiloé, aun cuando solo sería a partir de 1567 cuando los españoles tomarían posesión de la misma, fundándose, por Marín Ruiz de Gamboa, la ciudad de Castro, en el fiordo del mismo nombre donde desemboca el río Gamboa.

En 1553 se produjo una extensa sublevación de los araucanos, comandados por el toqui general Lautaro, alzamiento que condujo a la destrucción de muchos de los fuertes y ciudades que habían establecido los españoles, entre ellos, Villarrica y Angol, falleciendo Valdivia a manos de los indios.

Por ello, Villagrá sería encargado por los Cabildos sureños en 1554 de la Gobernación hasta que la Audiencia de Lima, en 1557, lo nombrara como gobernador interino, venciendo a Lautaro ese mismo año en el río Mataquito.

Al poco tiempo, el recién designado Virrey del Perú, Antonio Hurtado de Mendoza, nombraría a su hijo García Hurtado de Mendoza como gobernador de Chile, quien desarrollaría campañas conquistadoras hacia el sur, recuperando Concepción y Angol, y fundando, en 1558, la villa de San Mateo de Osorno, al sur de Valdivia, ubicada en la ribera del río Rahue.

En la expedición que comandó Mendoza hasta el canal de Chacao iría Alonso de Ercilla y Zúñiga, el famoso autor de *La Araucana*. Años después, Martín Ruiz de Gamboa fundaría en 1580 la ciudad de Bartolomé de Gamboa de Chillán, la que, destruida varias veces por los ataques mapuches y por terremotos, solo vino a encontrar su asiento definitivo en 1835. La traza de la misma siguió la clásica forma cuadrangular, con plazas diseminadas también en forma equidistante, de manera similar a la de la ciudad de Mendoza.

Recordemos que en 1560 Villagra, como gobernador interino, había encargado a Pedro del Castillo para entrar en el país de Cuyo, por el paso de Uspalleta, para tomar posesión de la tierra y hacer alguna fundación, razón que lo llevó el 2 de marzo de 1561 a fundar la ciudad de Mendoza, así nombrada en honor del recién nombrado gobernador de Chile. En 1562, la ciudad sería trasladada a un lugar más adecuado por Juan Jufre de Loaysa y Montesso, quien había sido designado teniente de gobernador y capitán general de las provincias de Cuyo y Cariagasta. La denominó como la Resurrección, pretendiéndole quitar el nombre de Mendoza, trazándola con una cuadrícula perfecta que se conservaría en el rediseño que se efectuó luego del terremoto de 1863.

Además, el 13 de junio de 1562, más al norte y en la ribera del río San Juan, el mismo Juan Jufre fundaría la ciudad de San Juan de la Frontera, trasladada en 1593 a su actual emplazamiento.

Luego su hijo fundaría en 1594, en la misma provincia como parada entre Santiago de Chile y Buenos Aires, la ciudad de San Luis, llamada inicialmente San Luis de Loyola Nueva Medina de Río Seco.

Estas ciudades quedaron bajo el gobierno de Chile en la provincia que se llamó de Cuyo, aun cuando durante el invierno quedaban incomunicadas con Santiago.

Fue solo en 1776 cuando con la creación del Virreinato del Río de la Plata dichas ciudades se segregaron del gobierno de la provincia de Chile, pasando a ser gobernadas desde Buenos Aires.

Lo importante a retener en todas estas fundaciones es que la forma urbana siempre fue la misma, resultado de la aplicación de las mismas normas urbanísticas que guiaron el establecimiento de pueblos y ciudades en toda América, las cuales incluso se siguieron en las fundaciones tardías, como las que se efectuaron en los siglos posteriores, particularmente en Chile por las dificultades de la conquista.

Es así que la traza reticular se aprecia por ejemplo en las fundaciones del siglo XVIII, como las que realizó en gran escala el gobernador José Antonio Manzo de Velasco (1737-1745), proceso que quedó plasmado en poblaciones como Santa María de Los Ángeles (1739); San Agustín de Talca (1742); Nuestra Señora de Las Mercedes de Cuaquenes (1742); San Felipe el Real (1740); San Fernando de Tinguiririca (1742); Logroño de San José (Melipilla) (1743); San José de Buena Vista (Curicó) (1743); San Francisco de la Selva (Copiapó) (1744); y Santa Cruz de Triana (Rancagua) (1743).

Igualmente en las fundaciones efectuadas por su sucesor en la gobernación, Domingo Ortiz de Rozas (1745-1755), como los pueblos de Talcahuano (1746), San Luis de Coelemu (1749), Santo Domingo de Rosas de Ligua (1754), San Rafael de Rozas de Illapel (1752), Santa Bárbara de Casablanca (1753) y Santa Ana de Brivesca Petorca (1753).

Quizás la única excepción que se encuentra en Chile respecto de la forma urbana reticular, es la ciudad de Coihaique, en el extremo sur, en la región de los lagos, de muchísima más reciente fundación, la cual presenta una plaza pentagonal, única en América Latina, cuyo origen sin duda fue la forma que tenía el fuerte militar que dio inicio a la ciudad.

Pero salvo curiosidades urbanísticas como esta, lo cierto es que en toda América la fundación sistemática de ciudades como consecuencia de la necesidad de afirmación de señorío territorial que imponía el derecho castellano, condujo a la forma urbana ordenada de trazado regular propia de la ciudad americana, que, como dijimos, perduró hasta las primeras décadas del siglo XX, hasta que el suelo urbano comenzó a ser fuente de ingreso; hasta que la propiedad urbana se convirtió en un medio para producir renta; hasta que el uso del suelo urbano pasó a ser definido por su propietario, perdiendo la autoridad local su papel rector; y hasta que, en fin, el modernismo en la arquitectura se apoderó del urbanismo, desordenando a la ciudad.

Pero a pesar de estas variaciones, lo cierto es que en América el gran aporte y sello cultural indeleble que quedó como legado de la colonización fue la concepción de la ciudad americana como modelo urbano que nos es propio, ya que como dije, no existía ni existió en España. Prueba de ello, incluso, es que después de un siglo de implantación en América, parte del modelo mismo comenzó a ser exportado de América hacia la península, lo que ocurrió con las plazas mayores reticulares y cerradas que se construyeron y existen en las ciudades más importantes, como Madrid, Valladolid o Salamanca, construidas o rediseñadas después de que el poblamiento de América estaba básicamente concluido.

En todo caso fue esa ciudad americana, diseminada en el territorio de las provincias americanas, la que contribuyó a su demarcación territorial, y con ello, a la definición del territorio de los futuros países y Estados, como fue el caso precisamente de la provincia de la Nueva Extremadura o el Nuevo Extremo que fue el origen de este extraordinario país que es Chile, del cual tanto tenemos que aprender los americanos, y al cual ahora me siento más unido por este inmenso honor que me han hecho de incorporarme a esta reconocida Academia Chilena de Ciencias Sociales, Políticas y Morales del Instituto de Chile, y así estar también más cerca de mis admirados amigos de siempre, José Luis Cea Egaña y Enrique Silva Cimma, a quienes mucho agradezco su amistad.

Santiago, 27 de abril de 2011.

INCORPORACIÓN DEL PROFESOR ALLAN BREWER-CARIÁS
COMO MIEMBRO CORRESPONDIENTE DE LA ACADEMIA
DE CIENCIAS SOCIALES, POLÍTICAS Y MORALES
INSTITUTO DE CHILE

Prof. Enrique Silva Cimma
Académico de Número

Señor Presidente de la Academia
Señor Profesor Brewer-Carías y Sra. Beatriz de Brewer
Señores Académicos.

I. INTRODUCCIÓN

Es para mí un honor presentar al Instituto de Chile como Miembro Correspondiente de nuestra Academia al eminente académico y Profesor venezolano Allan Brewer-Carías.

Referirme a la vida jurídica e institucional de nuestro muy querido amigo es una distinción que agradezco a la Academia. Nos conocimos con él hace no menos de 35 años siendo él muy joven, con motivo de un importante Congreso Internacional que se celebraba en Madrid y al cual fuimos invitados como profesores latinoamericanos. Desde entonces trabajamos una estrecha amistad y un amplio contacto intelectual. Posteriormente fui invitado a Venezuela como ex Contralor General de la República de Chile y Profesor de Derecho Administrativo para asesorar a dicha entidad que estaba cobrando singular trascendencia como órgano constitucional de control. Allí volvimos a encontrarnos con un íntimo trabajo, ya que a él se le había asignado un trabajo similar por el entonces Contralor Dr. Muci Abraham. Destacaba ya como brillante maestro que había obtenido las más altas calificaciones universitarias en su patria y que empezaba a ser conocido también en el extranjero, porque desde el inicio de su carrera se le conocía como gran investigador en el campo jurídico y social. Sus obras lo han dado a conocer desde esa época en América Latina y en Europa: Francia, Italia y España, especialmente donde había profundizado sus estudios. Hoy es ya muy conocido en las Facultades de Derecho en Chile y América.

II. MODERNIZACIÓN DEL ESTADO

Sobresalió muy pronto en Venezuela durante los periodos de Acción Democrática y de COPEI, especialmente por la eminente función del Presidente de la República y Profesor Rafael Caldera con quien se distinguió como Presidente de la Comisión de Modernización del Estado.

Posteriormente se produce el cambio del sistema que da origen al nacimiento de lo que se denomina el proyecto de refundación de la República para establecer una “sociedad democrática participativa”, que persigue crear un Estado de justicia

federal y descentralizado que consolide la obtención de valores como la justicia y la solidaridad.

III. LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE Y LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA, 1999

Todo aquello induce a la extinción de la estructura vigente y lleva al país al nacimiento de lo que denominan la Asamblea Nacional Constituyente.

Todo esto, es cierto, deteriora el sistema que regía a la sazón, pero en definitiva conduce a la creación de tal Asamblea mediante el voto libre y de referendo democrático.

Esta Asamblea se reúne decididamente y logra crear una nueva Constitución denominada la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 y que constituye un texto francamente modernizado, y cuyo Art. 2 declara que Venezuela es un Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia que persigue como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la solidaridad, la democracia y la responsabilidad, y en general la inminencia de los derechos humanos.

El texto de esta nueva Constitución es muy extenso, pero es notable por el renacimiento de los principios sociales y la gran modernidad que consagra.

Paradójicamente el Prof. Brewer-Carías no es un político pero como jurista y publicista destacado resuelve participar en la elección de constituyente de la asamblea en formación y obtiene, dado su prestigio, la segunda mayoría nacional. Eso le permitió intervenir de lleno en la discusión del nuevo texto constitucional, que es, a mi juicio, notable por su valor jurídico e institucional. El Profesor Brewer participa intensamente en ese campo.

Como hombre de derecho formula algunas críticas al régimen de Chávez. Se le imputan conductas inaceptables y de manera arbitraria proceden a expulsarlo del país, por calificarlo como autor de actividades rebeldes e intolerables. Eso produce desde entonces el exilio de su patria y es prácticamente obligado a vivir alejado de Venezuela.

Es sin embargo respaldado a nivel mundial, y especialmente en el campo académico se levantan voces en distintos países reclamando en contra de la adversa decisión que se ha tomado.

Afortunadamente todo esto no paraliza ni la actividad jurídica ni la capacidad y acción del profesor quien, en su vida desde el exterior especialmente en algunos países de Centroamérica, sigue laborando.

Termina trabajando en la actividad universitaria de Estados Unidos, donde hasta hoy no ha paralizado su gestión.

Afortunadamente el amplio apoyo de los juristas extranjeros ha constituido para él un estímulo, que ha implicado que su condición de miembro académico en Venezuela se valore extensamente.

IV. SU MAGNA OBRA: LA CIUDAD ORDENADA

Después de casi tres décadas, es decir, con mucha anticipación Randy Brewer desarrollaba con extraordinaria intensidad de trabajo una obra generada inicialmente en

lo que había sido la gestación y el nacimiento de las ciudades en las colonias durante los siglos XVI y XVII cuando estaban a punto de independizarse. Sobre esta base consultó mucho la legislación de las colonias y, entre otras, tuvo en consideración la denominada Ordenanza de Felipe II, quien reguló la forma cómo las ciudades debían nacer en la colonización española. Lo interesante es, como se materializaba allí, la creación y el grado de regularidad y orden que debían tener las ciudades básicas en la época colonial. Tales antecedentes fueron acumulados y analizados a fondo por el Profesor Brewer desde el punto de vista de su regulación, de su ordenamiento, de la seguridad del sistema que se perseguía. Las innumerables perspectivas de esa época dieron origen a que el Imperio pretendiera la seguridad y la permanencia del Imperio colonial, especialmente desde el punto de vista de la proyección ordenada hacia el futuro y que, como Brewer lo sostiene, se ha prolongado hacia lo que da nacimiento al ordenamiento del sistema colonial y a los grados de dependencia y respeto de las colonias hacia el Imperio especialmente en el orden de su subordinación urbanística y al nacimiento de todo un sistema futuro.

Esto permitió la creación de lo que el profesor denominó “La Ciudad Ordenada”, que se caracteriza en que explica “El orden que se ha de tener en descubrir y poblar el trazado regular de la ciudad hispanoamericana”. Después de casi tres décadas de un trabajo extraordinario produjo lo que él llama “Una historia del poblamiento de la América Colonial a través de la fundación ordenada de las Naciones”.

Esta obra notable destaca el largo proceso de investigación en cuyo trabajo de concepción y ejecución han estado involucradas muchas personas a quienes agradece su amistad, ayuda e interés.

Se trata en efecto de una obra de tal proyección que contiene más de 600 mapas de las principales ciudades que precisan la investigación en todo el continente que es digna de exponerse en toda su extensión y que explican entre otras cosas hacia dónde conduce un trabajo que, por su magnitud, termina exhibiendo varias ordenaciones comunes como las exigencias que implican en que según se deduce del ordenamiento de Felipe II pretenden instruir precisamente a los creadores de las ciudades en que cada una de ellas debe en primer lugar hacer constar la acción del denominado “el escribano”, es decir, una especie de Ministro o Notario que deja constancia al crear una ciudad como además de nacer legalmente debe proceder de inmediato a lo que llaman “el poblamiento”, es decir, las personas que van a formar parte de esa ciudad que se crea.

Es notable cómo la obra de Brewer va indicando la forma en que debían materializarse los elementos básicos del nacimiento de cada ciudad del Imperio Español.

Se explican así los aspectos generales del descubrimiento y la necesidad de su “poblamiento”, que permite al Imperio asegurar cuál va a ser la exigencia que debe cubrir cada población.

Los técnicos en la materia urbanística indican después cuál ha de ser la estructura de cada ciudad, lo que hace que la existencia y desarrollo gradual vaya dándose con el máximo de caracteres de seguridad.

Se relata allí cómo esto se había elaborado desde antes del descubrimiento por parte de los reyes católicos los requisitos que deben cumplir las empresas colonizadoras y otras de la misma índole. Esto no solo se materializa en instrucciones a Colón sino

que se analiza también aquello que se va extendiendo con sus orígenes en la propia Edad Media, en los descubrimientos portugueses de comienzos del siglo XV en las islas Canarias y en el derecho castellano aplicable al proceso de descubrimiento y poblamiento de “las Indias”.

Este trabajo notable por su extensión, meticulosidad y proyecciones no solo en el campo jurídico sino que urbanístico merece destacarse.

La reciente obra del Profesor Brewer-Carías que se analiza con motivo de su incorporación a la Academia es y debe ser desde luego un trabajo digno de proyectarse por su extensión y la forma como se explica el amplio conocimiento en el desarrollo de los distintos pueblos del continente.

Su análisis para cada una de las Colonias, y de las nacientes Repúblicas de América, encuentran aquí una explicación digna del estudio en profundidad de la obra que Allan Brewer ha sido capaz de producir y que, con fundamento, se comenta por él en su incorporación a nuestra Academia.

A este respecto resulta notable dejar testimonio de cómo el Capítulo VII de la obra analiza el poblamiento de las provincias australes del continente referidas particularmente al detalle del plano de Chile; del pueblo de Valparaíso; del detalle de la prospectiva y planta de Santiago; de La Serena; de la ciudad de Coquimbo; de Concepción; del plano de Arauco; del actual Los Ángeles; de Talca; de Valdivia; de Villarrica; de Castro y Ancud; de la ciudad de Osorno; en fin, dentro de estos ámbitos es interesante como se incluyen también entre otras ciudades Cuyo y Mendoza, que primigeniamente pertenecieron a los territorios australes de Chile.

Queremos terminar señor presidente felicitando una vez más a nuestro querido amigo el Profesor Allan Brewer-Carías y a su dignísima esposa Beatriz para quienes naturalmente abrimos el aprecio y el reconocimiento de nuestra Academia como testimonio de su trabajo de profundidad y talento.

He dicho.

CONVERSACIONES



El Embajador Máximo Pacheco Gómez en la Plaza San Pedro, frente al Vaticano.

ENTREVISTA AL ACADÉMICO DE NÚMERO DON MÁXIMO PACHECO GÓMEZ

Máximo Pacheco Gómez se incorporó a la Academia el 7 de abril de 1988 ocupando el sillón N° 34 con una disertación acerca de los derechos fundamentales de la persona humana. Abogado y Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile entre los años 1951 y 2010, año en que recibe el título de Profesor Emérito. También fue electo Decano de la mencionada Facultad en 1972, no pudiendo terminar su período ante la intervención de esa y otras universidades en 1974. Su vida ha sido una original combinación de una vasta trayectoria académica con actividades políticas y de servicio público: Ministro de Estado, Senador, Embajador en la Unión Soviética y en la Santa Sede, juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Presidente de la Editorial Jurídica de Chile, entre otros. Ello le ha dado una notable amplitud de horizontes, capaz de combinar el juicio a las circunstancias y acontecimientos inmediatos con las tendencias sociales de mediano y largo plazo. Tiene grandes convicciones nacidas del respeto a los derechos humanos y de la doctrina social católica, pero una enorme apertura para el diálogo razonable con todos quienes profesan otros credos, filosofías o tendencias políticas. En suma, una rica y compleja personalidad que se expresa en la entrevista que ofrecemos, realizada en un ambiente de gran cordialidad y amena conversación.

¿Podría hablarnos de su familia de origen y de sus primeros estudios?

Nací en Santiago de Chile el 26 de octubre de 1924 y mis padres fueron Máximo Pacheco del Campo y Sara Gómez Pérez de Pacheco. En 1926 mi padre fue designado Gobernador de Rengo por el Presidente de la República don Carlos Ibáñez del Campo. Mis primeros estudios los hice en la Escuela Pública de Rengo.

¿En qué circunstancias se dio su ingreso al Instituto Nacional?

En 1930 la familia regresó a Santiago y me matricularon en el Instituto Nacional en Cuarta Preparatoria. El comienzo de mis estudios fue muy difícil porque mis compañeros de curso eran mayores que yo y mis conocimientos eran muy limitados. En el Colegio me llamaban “la guagua” y se reían de mí y me pegaban. Cuando yo regresaba a mi casa, alrededor de las cinco de la tarde, me encerraba en un closet a llorar, por alrededor de una hora. En la noche les rogaba a mis padres que me sacaran de ese colegio porque era para niños más grandes. Mi madre estaba de acuerdo con esto,

pero mi padre sostenía lo contrario, ya que así me haría hombre. Al término del año fui calificado como uno de los peores alumnos del curso. Pero dos años después, en Sexta Preparatoria, figuraba entre los mejores. En los estudios secundarios me distinguieron entre los mejores estudiantes, muy considerado por compañeros y profesores.

¿Cómo fue su paso a la Universidad?

Cuando terminé mis estudios en el Instituto Nacional decidí estudiar Derecho. Esta resolución no fue del agrado de mis padres, quienes deseaban que yo estudiara Medicina. Les di mis razones para esta decisión, pero ellos no quedaron satisfechos. En 1942 ingresé a estudiar en la Escuela de Derecho de la Universidad de Chile, donde fui alumno de profesores brillantes como don Arturo y don Fernando Alessandri, don Ernesto Barros Jarpa, don Aníbal Bascuñán Valdés, don Darío Benavente, don Pedro Lira Urquieta, don Eugenio Velasco Letelier, don Lorenzo de la Maza, don Raimundo del Río y muchos otros. Terminé mis estudios y mi memoria de prueba versó sobre "Los Principios Fundamentales de la Doctrina Social Cristiana" y fui aprobado con mérito sobresaliente. En el examen de Licenciatura fui aprobado con dos votos de distinción. En 1948 recibí mi título de Abogado. El 3 de noviembre de 2010 la Universidad de Chile me confirió la calidad de "Profesor Emérito".

¿Cómo pasó del agnosticismo de la juventud escolar a una posición afín con la doctrina social de la Iglesia, con que se graduó como abogado, y orientaría, más tarde, su actuación política?

Durante los estudios secundarios se nos preguntó a todos los alumnos si nos interesaba seguir el curso de Religión Católica, que impartía Monseñor Miguel Muller. Contesté que no tenía interés porque yo no era católico. Mis padres eran agnósticos. Ni siquiera teníamos una Biblia. Yo nunca visité una iglesia. Tampoco nunca visitó mi hogar un sacerdote. Mis padres y yo nunca fuimos a misa y no teníamos amigos católicos.

Pero cuando estudiaba Derecho, en 1942 conocí a Adriana Matte Alessandri y comenzamos a pololear. Ella era muy católica y durante el Mes de María asistía a Misa en la Iglesia de San Francisco a las 7:00 de la mañana y yo la acompañaba. Las prédicas estaban a cargo del Presbítero don Jorge Gómez Ugarte, uno de los mejores oradores de la Iglesia Católica. Al término del Mes de María fui a saludarlo y le expresé que, aunque no era católico, sus prédicas me habían impresionado profundamente. Agradeció mis felicitaciones y manifestó que él era Asesor de la Acción Católica y me invitó a las reuniones que ellos tenían y a las cuales asistían muchos universitarios a los que yo seguramente conocía, como Domingo Santa María, William Thayer, Javier Lagarrigue y otros.

Acepté esta invitación y comencé a asistir a esas reuniones que me impresionaron mucho. Después de un año, sentí el llamado de Dios y le manifesté a Monseñor que deseaba hacer mi Primera Comunión, la que hice en la Capilla de la Acción Católica cuando tenía 19 años. Dos años después me confirmé y desde ese momento me he sentido unido a la Iglesia profundamente.

Con posterioridad conocí la Orden Benedictina y por influencia del Profesor Jaime Eyzaguirre me vinculé a ella y el Padre Pedro Subercaseaux me consagró como Oblato Benedictino.

¿Hizo algún postgrado en Derecho, antes de dedicarse a la docencia?

Con posterioridad opté para obtener una beca que ofrecía el Gobierno de Italia en la Facultad de Derecho de la Universidad de Roma, donde permanecí dos años en el Instituto de Perfeccionamiento en Filosofía del Derecho, que dirigía el Profesor Giorgio del Vecchio y en 1950 obtuve el Diploma con distinción máxima.

Posteriormente regresé a Chile y en 1951 fui elegido Profesor de la Cátedra de “Introducción al Derecho”, la que desempeñé hasta 2010. En 1972 fui elegido Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, por una votación ponderada del 60% de los académicos, estudiantes y funcionarios de la Facultad, cargo que desempeñé durante dos años, hasta que en 1974, por Decreto del Rector Delegado de la Universidad de Chile, se puso término a mi Decanato por haber declarado que, en mi concepto, no debía expulsarse de la Facultad, por motivos políticos, a ningún académico, estudiante ni funcionario.

Alguna vez usted comentó que una visita a China, realizada en tiempos de Mao Tse Tung, le causó gran impresión. ¿Puede decirnos algo de ello?

Accediendo a una invitación de la Asociación de Ciencias Políticas y Jurídicas de China, una delegación de abogados chilenos visitamos en 1960 ese país durante 30 días. Las experiencias vividas fueron extraordinarias, de las cuales voy a referirme a algunas.

La primera fue la entrevista con Mao Tse-Tung. Profunda impresión nos causó esta entrevista. Su personalidad era admirada por los comunistas chinos y objeto de un culto como no he conocido otro igual. La gran personalidad y las condiciones históricas y culturales imperantes en China lo transformaron casi en un dios. Por ello, los comunistas chinos estaban convencidos de la genialidad universal del presidente Mao, como ellos lo llamaban; de que era un político, un filósofo y un poeta genial y que era uno de los hombres más grandes que ha habido en la historia de la humanidad. Para el chino comunista el presidente Mao resultaba ser una personalidad intangible.

Mao Tse-Tung nos recibió en su gabinete de trabajo, en uno de los departamentos de la antigua Ciudad Prohibida. Para llegar a él debimos entrar al parque y orillar un hermoso lago donde se mecían, suavemente, multitud de cisnes blancos.

La personalidad de Mao Tse-Tung me produjo una profunda impresión de serenidad y dignidad. Vestía el uniforme Sun Tat-Sen de gabardina color gris y en los breves momentos que alternamos con él, en cumplimiento de una visita protocolar, fue extraordinariamente afectuoso.

Usted contaba que apenas entraron a la sala se tomaron una fotografía, se despidieron, y al día siguiente salió la fotografía en todas partes. Es decir, fue nada más que una propaganda del régimen.

Absolutamente, es decir, cuando entramos a la sala estaba Mao, con mucha dignidad, eso lo tengo que reiterar. Él no hablaba, sino quien hablaba era el intérprete. Entonces, el intérprete nos dijo: Dice el Presidente Mao que si le pueden hacer el honor de tomarse una fotografía con él y yo le contesté: Dígale al Presidente Mao que el honor es para nosotros. Entonces nos colocamos, sacaron la foto y se retiró hacia la puerta por donde habíamos ingresado, la abrió, dijo mucho gusto y nada más.

¿Esa reunión no revestía ningún protocolo?, porque en la fotografía se le ve vestido con una camisa.

Claro, si yo no sabía que iba a eso.

¿Cómo surge la entrevista con Mao Tse Tung? ¿De improviso?

Nosotros estábamos en un museo y entonces llamaron por teléfono a la intérprete que se puso muy nerviosa y dijo: A los autos, a los autos. Nos subimos a los autos, que eran viejos y nos dirigimos hacia Pekín. Me di cuenta que el camino que tomábamos era



Junto al Presidente de China, Sr. Mao Tse-Tung, el año 1960, durante la entrevista concedida por él en su gabinete de trabajo.

distinto del que habíamos utilizado para venir. Pensé inmediatamente “¿para dónde nos llevan?”. Vi entonces el lago y los cisnes. Recuerdo también que tomamos litros de té mientras esperábamos que alguien nos recibiera.

¿Ustedes no sabían a dónde iban?

No sabíamos ni donde estábamos. De repente se abrió la puerta y apareció Mao Tse Tung. No había ninguna duda que era Mao. Hace una reverencia, la intérprete habla y dice: “el presidente Mao los ha recibido en su biblioteca. Es para él un gran honor recibir a juristas de América Latina”, y ahí vino el ofrecimiento de la foto, y la cosa más divertida es que en la delegación iban varios comunistas y la única fotografía que se publicó con Mao era la mía.

¿Pero usted tenía un cargo público?

Ninguno. Era profesor universitario, nada más.

Mencionó también un segundo episodio de este viaje al que se referiría.

En una oportunidad, uno de los dirigentes de la Asociación de Juristas Chinos nos preguntó si deseábamos tener una entrevista con Fu-Y, el último emperador de la China. Para nosotros, que habíamos admirado el Palacio de Invierno y el de Verano, que habíamos recorrido los tesoros de la Ciudad Prohibida, conocer al último Emperador que vivió en esos lugares de ensueño y que ejerció su dominio sobre el país más grande del mundo, nos pareció increíble. Preguntamos a qué Palacio deberíamos concurrir, pero se nos contestó que no nos molestáramos, porque él vendría a visitarnos al hotel donde nos hospedábamos.

En la tarde de ese día apareció en nuestro hotel el último emperador de la dinastía Chi, Fu-Y, nacido en 1906 y que asumió el poder cuando tenía tres años de edad. Vestía el uniforme Sun Yat-Sen de mezclilla azul y representaba mucho más de 54 años.

Nos reunimos con él alrededor de una gran mesa. Tomó la palabra y, valiéndose de intérprete, nos habló durante tres horas. Nos contó toda su historia, desde su niñez. Nos dijo que su infancia había sido absolutamente diversa de la de los demás niños; que en el Palacio Imperial vivía rodeado de los grandes señores feudales y al cuidado de 1.000 eunucos. Que su formación intelectual había sido muy deficiente y que él tenía la idea que descendía de una dinastía sagrada. Que el gobierno no lo ejercía él sino sus Ministros, que eran señores que velaban exclusivamente por su interés personal, en perjuicio del pueblo. Manifestó que él era el cabecilla de los déspotas y terratenientes, malvados y opresores, que explotaban al pueblo. Agregó que durante su reinado había rendido culto a los países occidentales y a los imperialistas, porque tenía temor de ellos. Luego manifestó que durante catorce años había sido emperador en el Norte de China, en Manchuria, y que como tal había sido un instrumento al servicio del imperialismo para realizar una política de dominación del pueblo chino. Agregó que, posteriormente, él apoyó con todas sus fuerzas la guerra desencadenada por los imperialistas contra China, lo que dejó un saldo de 10.000.000 de chinos muertos.

Explicó que, posteriormente, la Unión Soviética había liberado al territorio chino y lo había tomado a él como prisionero y había estado en prisión desde 1945 hasta 1950, recibiendo de parte de los soviéticos un trato muy humanitario. En el año 1950 la Unión Soviética lo entregó al gobierno chino, y este, en lugar de darle muerte, como –según dijo– lo merecía, lo trasladó a una ciudad del Norte, donde se hacía tratamiento a los prisioneros de guerra. Y en ese momento agregó textualmente: “Nunca pensé, ni en sueños, que pudiera tener un trato mejor, tanto en lo que respecta de las condiciones de vida, como del trabajo, educación y distracciones. Cada semana podíamos ver dos o tres películas. Este Centro de Educación es una verdadera Universidad, donde se educa a los prisioneros. Además nos organizaban visitas a todo el país, para que apreciáramos los progresos de la Nueva China”. Finalmente, el último emperador de la China expresó: “He comprendido la justicia de la dirección del gobierno por parte del Partido Comunista. Por ello, odio la vieja sociedad china y amo la Nueva China, tan sabiamente dirigida por el presidente Mao”.

Según mis apuntes, las últimas palabras que nos dijo Fu-Y fueron las siguientes: “Yo he nacido de mis padres, de la dinastía Chi, pero ellos me envenenaron al darme una doctrina que hizo de mí un criminal. El Partido Comunista me hizo de nuevo. Se ha dicho de mí que soy un inútil. Eso no basta: yo soy un criminal, que llevaba una vida corrompida que me enfermó gravemente. En el Centro de Educación me enseñaron, mejoraron mi salud y me enseñaron a trabajar. El Gobierno y el Partido Comunista, de acuerdo con mis deseos, me han permitido trabajar en el Jardín Botánico de Pekín. Gracias al Partido Comunista Chino y a Mao Tse-Tung he renacido”.

Nunca habíamos tenido una entrevista más impresionante y que nos produjera una mayor perturbación espiritual. Tuvimos la sensación de haber tocado fondo en la miseria humana. Partiendo del supuesto de que nuestro entrevistado haya sido realmente Fu-Y, quedan dos hipótesis: o que fue presionado a presentarse ante nosotros y renegar de sí mismo, al precio de su vida; o que Fu-Y era auténticamente un reeducado.

De estas dos hipótesis opto por la segunda: Fu-Y era un reeducado. Ya habíamos oído hablar que en China comunista hay reeducados y que existen organizaciones destinadas a la reeducación. Más aún, cuando visitamos la cárcel de Pekín, el Director nos informó que en ella se reeducaba política e ideológicamente a los delincuentes, especialmente a los contrarrevolucionarios, que en esa cárcel ascienden al cuarenta por ciento y nos dijo textualmente: “Los reeducamos para que comprendan el carácter de sus delitos y el perjuicio que ellos han causado a la sociedad; los reeducamos para que conozcan la verdadera situación política nacional e internacional: los llevamos a visitar las fábricas, las comunas y las grandes construcciones para que, después de conocer los grandiosos éxitos logrados en el país, reconozcan el acierto de la dirección del Partido Comunista Chino; en fin, los reeducamos para que conozcan el significado y trascendencia del trabajo en que nos encontramos empeñados y se forme en ellos una conciencia comunista”.

Confieso que la comprobación de la existencia en China del procedimiento de reeducación nos espantó. ¿Hay algo más humillante para un ser humano adulto que ser reeducado? La reeducación significa una sola cosa: que la visión del mundo de un hombre es totalmente falsa, y que debe aceptar una visión del universo que él no ha elegido y que ha sido elaborada por otros hombres. Esta es la máxima humillación

que puede sufrir un ser humano, porque tiene que reconocer que toda su persona estaba equivocada. La reeducación no consiste en hacer ver un error particular, sino en sustituir una visión del mundo por otra. Pero la visión del mundo es el conjunto de verdades, valores e ideales que tiene una persona; es la parte más profunda y elevada de su ser. En consecuencia, la reeducación consiste en obtener que un ser humano renuncie a lo que tiene de más esencial, que acepte una nueva personalidad, que reniegue de todo lo que fue, creyó y actuó; que deje de ser lo que es para adoptar la personalidad que otros le imponen y eso es algo repudiable.

Usted dijo que había quedado enfermo y que tuvo que irse a su pieza.

Exactamente, tuve que irme a mi pieza y los chinos llegaron rápidamente para saber qué pasó. Nada, les dije. Cíerrenme la puerta, no quiero ver a nadie.

La impresión fue la siguiente. En primer lugar, nos preguntan si quisiéramos conocer al último Emperador de la China. Enseguida, ellos dicen que va a venir en la tarde. De repente apareció un grupo de hombres físicamente bien ordinarios, todos gordos y entonces –con la mentalidad burguesa uno piensa que van a hacer el elogio a este caballero–, pero dice el tipo: “Este señor que están ustedes saludando fue el



Fachada de la casa de la Embajada de Chile en Moscú el año 1965.

último Emperador de la China, un hombre desleal”, etcétera, y habló pestes de él. Una presentación hablando pestes de la persona, entonces ahí terminó. Se para el último emperador y pensé que iba a contestar. Entonces dice: “Palabras benévolas para referirse a mi persona. Soy mucho peor que eso, soy un traidor”. Yo tengo todo escrito con la intérprete. Entonces se denigra a sí mismo, a su persona, a su familia, a su padre y a su madre y dice: “Señores, mi verdadero padre es el Partido Comunista y mi verdadera madre es la China Comunista”. Fue algo espantoso.

Después dicen los chinos, “les tenemos organizada una sesión de ballet y es muy hermosa”. Yo respondí: “Señor, perdóneme pero no voy a ir porque me siento muy mal. Con el perdón de usted me voy a ir a mi pieza porque tengo fiebre”. Me paré y me fui a mi pieza. Después volvió otro a decirme “Señor, ¿por qué tuvo esa impresión usted? Mire señor, le dije, le voy a ser muy franco, esto yo lo he visto hacer en mi país, pero esto se hace con animales, que se domestican y entonces se presentan al público para que se los vea en ese estado, pero con seres humanos jamás.

En 1964, durante el Gobierno del presidente Eduardo Frei Montalva, se restablecieron las relaciones diplomáticas entre Chile y la Unión Soviética, interrumpidas durante 17 años por decisión del presidente Gabriel González Videla. Con tal motivo, el Gobierno le confió la importante misión de Embajador en la URSS.

El 12 de junio de 1965 tuvo lugar en el Gran Palacio del Kremlin en Moscú la ceremonia de entrega de las cartas credenciales que me acreditaban como Embajador de Chile ante la URSS representada por Anastas Mikoyán, Presidente del Presidium del Soviet Supremo. La entrevista con el Presidente se extendió por espacio de cuarenta y cinco minutos. El tiempo que me concedió y la cordialidad que le imprimió a nuestro encuentro fueron consideradas como una deferencia totalmente excepcional. Al término de la reunión el presidente Mikoyán me dijo: “Embajador, usted tiene muchos hijos y veo que no hemos comido nada de lo que está en la mesa: chocolates, pasteles, sándwiches, tortas y otros, por lo cual le diré al mozo que los prepare para que usted los lleve a sus hijos”. Dio la orden correspondiente y el empleado envolvió todo en unas hojas del diario Pravda y los llevó a mi auto. En esta entrevista quedó de manifiesto el prestigio de que gozaba el Gobierno del presidente Frei en los más altos círculos directivos de la Unión Soviética.

Durante mi período como Embajador se tramitaron y suscribieron tres Convenios: uno comercial, uno de suministro de maquinarias y equipos soviéticos para Chile y uno de asistencia técnica. En materia cultural se suscribió un Convenio de gran trascendencia. Visitaron la URSS el senador Patricio Aylwin, el ministro William Thayer, el Subsecretario de Relaciones Exteriores, Oscar Pinochet, tres delegaciones parlamentarias, una delegación del Consejo de Rectores de Chile, una misión financiera, tres conjuntos artísticos, varios escritores, poetas, artistas, músicos, profesores, periodistas, deportistas y otros. En aquella época estudiaban en la URSS más de 200 chilenos en las Universidades de Moscú, Leningrado, Kiev y en la Patricio Lumumba.

Personalmente me esforcé en procurar una comprensión y valoración exacta del desarrollo político, social, económico y cultural de la URSS, como asimismo, un conocimiento profundo de su pueblo y de su geografía.



El Embajador Sr. Máximo Pacheco Gómez en uno de los salones del Gran Palacio del Kremlin junto al Presidente del Soviet Supremo de la URSS Sr. Anastas Mikoyán, algunos de los delegados del Soviet Supremo y funcionarios de la Embajada de Chile en Moscú luego de la presentación de las cartas credenciales en junio de 1965.

¿Realizó algún viaje de interés a regiones distintas o alejadas de Moscú?

En forma excepcional obtuve la autorización para viajar en el tren transiberiano desde Moscú a Vladivostok, cuya distancia, medida en el mapa, es semejante a la que existe entre Santiago y Canadá. La travesía dura 15 días. En el tren la mayoría de los soviéticos andaban vestidos con pijamas de popelina o con pantalones deportivos, camisetas y zapatillas. Algunos preparaban sus alimentos en sus propios departamentos. Durante el viaje la casi totalidad de los pasajeros leía, algunos descansaban o dormían y unos pocos jugaban a las cartas. Los pasajeros eran personas agradables, sencillas, bien educadas e introvertidas. Durante el viaje las mujeres asistentes de los vagones servían té a toda hora y hacían el aseo con aspiradoras eléctricas dos veces al día. La temperatura ambiente, dentro del tren, era de 20 grados Celsius aproximadamente.

Durante su permanencia en Moscú usted organizó también actividades culturales entre las que valdría la pena referirse al recital de Claudio Arrau en Moscú, adonde volvería después de muchos años.

No exactamente. Cuando yo llegué me dije ¿Qué actividad importante puedo hacer aquí? Entonces pensé invitar a Claudio Arrau. Me habían dicho que había estado el primer año de la revolución. Entonces le escribí a Claudio Arrau que yo acababa de asumir como embajador y que sería un gran honor para mí tenerlo en la Unión

Soviética. Me contestó con una carta manuscrita donde me dijo que iría con mucho gusto pero que quería pedirme un favor. Cuando había aceptado la invitación anterior había dado dos o tres conciertos con mucho éxito y quedó muy contento, pero cuando llegó el término de los conciertos, le dijeron que lamentablemente no tenían dinero para pagarle en rublos, pero sí que podían pagárselo en un tiempo más con barriles de petróleo. Entonces, me dijo, que estaría feliz que le mandaran barriles de petróleo como pago. Había resultado que a los seis meses su secretario administrador le dijo que había un embarque de barriles de petróleo en la estación de Berlín y le preguntó qué hacía con él. Arrau me dijo que lo había olvidado y que le dijo al secretario que se encargara del negocio, y que este secretario le dijo: maestro Arrau, usted ha hecho el negocio de la vida porque el petróleo subió inmensamente y lo que le van a entregar en petróleo, va a ser una cantidad fabulosa como usted nunca ha recibido. Arrau dijo, pero por supuesto que me lo depositen no más. Entonces me dice, consígame usted embajador que me paguen en barriles de petróleo.

¿Y hubo concierto?

No, después de eso. Cuando terminé como embajador asumió Oscar Pinochet de la Barra quien tomó el contrato y le dijo a Arrau: “usted tiene un contrato con el embajador Pacheco por lo que tiene que continuarlo”. Finalmente, dio el concierto Claudio Arrau estando Oscar Pinochet y se le pagó en rublos.

Entre las muchas otras actividades que realicé en la URSS, debo destacar también la visita a una basílica moscovita en compañía del poeta Pablo Neruda y su esposa, la visita del Conjunto de Música Antigua dirigido por Silvia Soublette, el encuentro con la familia de León Tolstoi, la visita a la Universidad de Moscú y a la Universidad Patricio Lumumba, la visita al Monasterio de Zagorsk. De todo ello hablé en mi libro Recuerdos de la Unión Soviética. Esta misión diplomática duró desde el 2 de junio de 1965 al 27 de enero de 1969.

¿Usted tuvo de Encargado de Negocios a James Holger?

Claro, más que encargado de negocios fue como secretario, y después escribimos un libro.

¿Y luego, un gran embajador no?

Cuando vino el problema de Honecker, entonces Aylwin me dijo ¿Qué puedo hacer? Tengo que nombrar un embajador y no conozco a nadie. Le respondí que la persona indicada era Jimmy Holger. Entonces habló con Jimmy y lo nombró embajador. Fue un magnífico embajador.

En 1968 el presidente Eduardo Frei le designó Ministro de Educación, cargo que desempeñó hasta el término de su gobierno, en 1970. ¿Cómo ve esa época, que además fue políticamente muy convulsionada, justo antes de la unidad popular?

Estaba en Moscú. Frei me llamó por teléfono y me dijo: “Mira Máximo, tengo que hacer un cambio de gabinete y me gustaría cambiar al Ministro de Educación que es un excelente Ministro pero que no quiere continuar, Juan Gómez Millas, te conozco a ti y me gustaría que lo remplazaras”. Presidente, le dije, muchas gracias, pero antes tengo que consultar a mi señora. “No, me dijo, me tienes que contestar de inmediato, porque esto tengo que resolverlo hoy en la tarde”. Bueno le dije, si usted me dice esto, acepto. Luego le dije, dígame Presidente ¿qué tengo que hacer? ¿Viajar de inmediato? Frei tenía unas reacciones muy especiales, se reía a mandíbula batiente. Y entonces me dice: “Cómo se te ocurre, si aquí lo estamos pasando pésimo, quédate en Europa todo el tiempo que puedas y después te vienes porque aquí lo vas a pasar muy mal. Efectivamente me fui con los niños y Adriana, mi señora, a Europa.

¿Cómo transcurrió su período como ministro de Educación? ¿Qué situación había?

Muy dura, porque era candidato a la Presidencia de la República Salvador Allende y los radicales, socialistas y comunistas estaban muy favorables a su candidatura. En la primera entrevista que tuve con el presidente de los profesores se presentó diciendo su nombre, Humberto Elgueta, y yo que era el Ministro le dije Máximo Pacheco a sus órdenes. Entonces me dijo: señor Ministro, usted ha violado el Convenio Magisterial. ¿Qué es eso?, le pregunté. Me dijo: no se ría señor Ministro, usted es un violador. Mire, le repliqué, llegué ayer y no he violado a nadie ¿qué significa esto? Sí Señor, me contestó, con don Juan Gómez Millas llegamos a un acuerdo y usted no lo ha cumplido.

Esa fue la primera entrevista. Después, en conversaciones con Frei me dijo que los profesores estaban en huelga ilegal y no los debía recibir en el Ministerio. Si quería, podía recibirlos en mi casa, pero no en el Ministerio. Los invité a mi casa en calle Juan Agustín Alcalde. Creía que iba a ir el presidente de los profesores y dos más y llegó un grupo en dos autos. El que era presidente era muy mal hablado e insolente. Yo tenía dos recibidores. Entonces hablábamos aquí y cuando se cansaba se iba al otro recibidor y venía otro a hablar conmigo. La entrevista comenzó a las diez de la noche. Eran las cuatro de la mañana y no la terminaban. Yo estaba agotado. Ellos habían puesto como condición que Patricio Rojas –el subsecretario– no participara porque tenían una pésima impresión de él. Estaba yo solo contra diez. Le había dicho a Adriana que esta iba ser una entrevista larga, pero que yo quería que fuera muy amable por eso les ofreceremos sandwichitos y whisky. Se acabaron tres botellas de whisky y terminó la entrevista. Adriana me preguntó: “¿llegaron a un acuerdo?”, “no”, le dije, y me respondió: “Ve usted, la ingenuidad suya, si con estos no se llega a ningún acuerdo”; y me pregunta: “¿cuándo vienen nuevamente?”. Le respondo que mañana, y me dice: “mañana les ofrezco vino tinto, no whisky”, y después pasamos como diez días con agua mineral, porque el whisky se había acabado.



Sentados en el recibidor de la casa de la Embajada el Presidente del Presidium del Soviet Supremo de la URSS Sr. Anastas Mikoyán junto a los 8 hijos de Máximo Pacheco Gómez.

Es decir, fue más bien una gestión ministerial de conflictos. ¿No pudo usted desarrollar alguna idea de educación? Porque siempre se plantea que el período de Frei Montalva fue un período de ampliación de la educación. “Educación para todos”, era el lema.

Exactamente.

Incluso fue también una época de conflictos universitarios. Hay que recordar que justo un año antes que usted fuera Ministro se había producido la toma de la Universidad Católica.

Estaba yo recibiendo a los Ministros allá en Moscú cuando renunciaron todos.

Entonces, ¿recuerda usted algún lineamiento que pudiera haberse desarrollado o simplemente los dos años que le tocaron fue, como se dice, apagando incendios?

Exactamente, un conflicto armado, donde todos disparaban para todos lados.

¿En algún momento se veía venir la Unidad Popular?

Sí, absolutamente.

¿Qué pensaba Frei de esto?

Frei, que era muy lector de la prensa europea y francesa, estaba al día de los conflictos en Francia. Entonces me decía: “Ten cuidado, por aquí va la línea, ¡estos quieren hacer lo mismo!”.

¿Sentía Frei el temor de tener que entregar el gobierno a Allende o al Partido Comunista?

Frei estaba muy amargado. No tenía ninguna crítica profunda, pero se daba cuenta de que la cosa estaba francamente mala y que no teníamos cómo manejarla.

¿Cómo sentía las divisiones internas de la Democracia Cristiana, con Radomiro Tomic, el Mapu y la Izquierda Cristiana?

Tremenda. A él le dolía mucho.

En el contexto electoral de esos años ¿Qué pensaba Frei Montalva? ¿Tenía alguna inclinación? ¿Por quién habrá votado Frei Montalva? ¿Por Jorge Alessandri o por Tomic?

Eso nunca lo supimos, hasta que llegó el día de la elección. Ese día nos reunió Frei en la Moneda y nos dijo: “Ya se produjo la elección ¿Qué creen ustedes que va a pasar? Y entonces nos fue interrogando a cada uno de los Ministros: Gabriel Valdés, Alejandro Hales y yo opinamos que iba a ganar Salvador Allende, otro ministro, que ganaría Alessandri y todos dieron su opinión. Le preguntamos al Presidente “¿Y usted qué opina?”, “Bueno, dijo, esto es lo que quería saber, qué opinaban ustedes”.

A usted le tocó acompañarlo a la entrega del mando ¿Tuvo una relación de traspaso con su sucesor como Ministro de Educación? ¿Se acuerda quién fue?

No recuerdo el nombre, pero fue un socialista.

¿Usted pasó el período de la Unidad Popular en Chile?

Sí. Se produjo entonces un desacuerdo en el Partido. Había algunos que querían que se dijera que nosotros estábamos a favor de Tomic, otros decían que no. En definitiva una mayoría grande era partidaria que nosotros no nos embarcáramos con Allende.

¿Pero votaron en el Congreso por él y le pidieron las garantías constitucionales?

Evidente. Después cambió la posición, pero la postura al principio era que no votáramos.

Se dice que se propuso que la Democracia Cristiana votara por Alessandri en el Congreso y que Alessandri renunciaría y se presentaría a candidato Frei

Es verdad que algunos lo propusieron. Pero quien lo rechazó absolutamente fue Jorge Alessandri. Dijo que no se prestaba para ello, que no lo aceptaba. Algunos pensaron que esa era la solución, yo nunca lo creí.

¿Y Frei como veía esa posibilidad?

Nunca, a pesar de tener una buena amistad con Frei, nunca supe cómo lo veía él. En la elección, quedó para mí demostrada la grandeza de Alessandri. Realmente era una persona grande que sabía lo que quería y sabía imponerlo.

¿Fue un sacrificio grande para él presentarse a esa elección presidencial?

Enorme. No lo quería por ningún motivo. Voy a contar un secreto de cuando fue elegido candidato en la elección de 1958. El Partido Liberal tenía que decidir el candidato y seguramente iban a proponer a don Jorge Alessandri. Estábamos almorzando –don Jorge almorzaba en la casa de mi suegro– y don Arturo Matte llegó tarde al almuerzo porque venía de una sesión del Partido Liberal. Entonces dijo don Arturo, como era: “Jorge, te felicito, eres el candidato de la derecha a la Presidencia de la República”. Don Jorge se quedó mirando con los ojos bien abiertos y se puso a llorar. “Matte, no has podido hacer algo peor para mí, si yo no quiero, yo no sirvo para eso Matte, no tengo capacidad para eso, tú bien conoces mis nervios y no me resisten. Pero, por favor, no, no Matte, si yo no resisto, yo no lo acepto”. De repente se paró don Jorge de la mesa y se fue a la sala de estar, se sentó en uno de los asientos y se puso a llorar. Nosotros mirábamos esta tragedia griega, porque nadie hablaba nada, salvo él, que lloraba.

Fue proclamado por el Partido Liberal que estaba dividido entre Frei y Alessandri. Incluyó la balanza un famoso discurso de Raúl Marín, que murió después de haberlo pronunciado, de un ataque al corazón. Cuando lo sacaban en camilla le gritaron, viva Raúl Marín Balmaceda, él se alzó y dijo “No, viva Chile”. Lo mismo que el Seguro Obrero, él fue quien lo descubrió. Fue a La Moneda a una audiencia con Alessandri y él se horrorizó por lo que había pasado.

Volviendo al período que le tocó vivir, después de ser Ministro y siendo usted un hombre de la Democracia Cristiana ¿cómo se veía al interior del Partido la crisis de la Unidad Popular y el posterior pronunciamiento militar?

Se vivió con división. Había algunos grupos que lo rechazaban absolutamente, como Leyton, Radomiro y varios otros. Serían diez o quince. Otros lo aceptaban como solución. Patricio Aylwin no lo aceptó como solución a pesar de que era el presidente del Partido. Cuando se dice que Patricio Aylwin fue quien instó esto y buscó esa solución, a mí me consta que es absolutamente falso. Nosotros nos íbamos a juntar con Patricio el 11 de septiembre. Lo llamé en la mañana para ponernos de acuerdo dónde almorzar. Mientras hablábamos nos interrumpió mi mujer diciendo que por la radio decían que hay un golpe militar. Patricio pide preguntarle qué radio está escuchando. La Radio Sociedad Nacional de Agricultura, le digo. Patricio dice: “¡Pero cómo es posible que la comadre escuche esa radio mentirosa! Tú comprendes que si hubiera un golpe militar, yo como presidente del Partido tendría que saberlo”. Esto prueba que él no sabía nada y que, por supuesto, tampoco estuvo metido.

¿Durante el período del gobierno militar usted se dedica a la docencia?

Sí, a la docencia. También creamos con Jaime Castillo la Comisión Chilena de Derechos Humanos.

¿Y qué gravitación tuvo?

Ese fue un invento de Jaime, no quiero ser vanidoso. Me llamó y me dijo: ¿Máximo, qué te parece si creamos una Comisión Chilena de Derechos Humanos?”, y yo le dije: “Maestro (así le decía), qué cosa más ingenua. ¿Usted cree que Pinochet va a permitir eso?” Fui a su oficina y le reiteré la misma opinión. No obstante, me convenció y con una ingenuidad increíble la sacamos adelante.

¿Y tuvo vinculación con la Vicaría de la Solidaridad?

Claro, con el obispo y sobre todo con el Cardenal Silva.

Cuando vino el período del acuerdo nacional ¿usted creía que Pinochet iba a cumplir con los plazos? ¿Usted mantenía relación con Jaime Guzmán?

Con Jaime, sí.



Con su hijo Máximo Pacheco Matte luego de una vuelta en helicóptero que ambos realizaron sobre la ciudad de São Paulo, Brasil.

¿Qué recuerdos tiene de Jaime Guzmán?

Los mejores. Con Jaime fuimos senadores durante el mismo período, pero antes lo conocía de la Universidad Católica. Me invitó varias veces a dar conferencias en la Católica, y era un hombre muy bondadoso y muy transparente. Muy cristiano. Le pidió a Gabriel Valdés que las sesiones del Senado en la mañana las termináramos a las doce porque él necesitaba descansar y Gabriel, que lo apreciaba mucho aceptó y después en la noche que termináramos a las ocho, y Gabriel Valdés también aceptó. Entonces, a las doce del día, cuando terminaba la sesión matutina, Jaime le pedía a mi hija Adriana que le comprara unas galletas de agua y una Panimávida y se iba con este cocaví al Hotel O'Higgins, arrendaba una habitación y ahí dormía la siesta hasta las cuatro y, en la tarde, terminada la sesión a las ocho, íbamos con Jaime a misa, en la que había cinco personas: el sacerdote, dos ancianas, Jaime y yo. El cura hacía las misas larguísimas y Jaime Guzmán decía: "Esta es nuestra penitencia".

Durante el período en que Jaime era asesor del gobierno militar y era profesor de la Católica y usted profesor de la Católica y de la Chile, ¿tenía una buena relación con él y una buena impresión de él? ¿creía que Pinochet y el gobierno militar fueran a cumplir los plazos establecidos constitucionalmente?

No, absolutamente no y se lo mencioné muchas veces a Jaime.

Pero en realidad cumplió los plazos.

Claro, pero yo no lo creía.

Cuando se formó la Alianza Democrática y vino el período del Ministerio de Jarpa y el Acuerdo Nacional, ¿tenía usted una presencia política?

No, yo no tenía presencia política. Sí hablaba mucho con algunas personas, hablaba mucho con Jaime Guzmán y con dos miembros de la Junta, el general Matthei y el general Stange, a quien pedía entrevista una vez al mes para contarle hechos que habían ocurrido y yo le pedía que investigaran. También él, alguna vez, me pedía que les transmitiera a personeros de la Iglesia y de la Democracia Cristiana su visión del escenario político.

¿Cómo fue que se le ocurrió ser Senador si nunca había sido parlamentario y no había entrado en el terreno electoral?

Iba en un viaje de Santiago a Talca. El gobierno alemán me pidió que defendiera a los alemanes que estaban en Colonia Dignidad y partí con Adriana en tren. Ahí en el tren nos encontramos con Eugenio Ortega, el marido de Carmen Frei, que había sido alumno mío y me dice: "qué bueno haberlo encontrado, ya que quería hablar con usted. Fijese que se ha producido una crisis en la Democracia Cristiana de Talca y nadie quiere asumir la candidatura a senador, ni Eduardo Frei ni Andrés Zaldívar, y

todos dicen que el único que podría triunfar es usted”. Entonces Adriana –que era muy impulsiva– dijo: “Mira Eugenio, cómo se te ocurre, Máximo nunca ha estado metido en estas cosas, esa es una tontera”, y lo insultó. Ortega se paró de la butaca y se fue al coche comedor. Le dije: “Adriana, cómo es posible que hayas hecho esto con Ortega, quizás él opina de buena fe que debiera ser la solución, a mí no me gusta, pero no merecía que lo hubieras insultado”. “Tienes razón”, me respondió. Se paró y fue al coche comedor a darle explicaciones a Ortega. Llegamos a Talca y Ortega tenía organizado un grupo que proclamaba a Máximo Pacheco. Después de participar en el juicio, llamé a Patricio Aylwin, quien era el presidente del Partido, para que nos recibiera. Llegamos a las doce de la noche a su casa, él estaba en cama y le informé de todo esto. Me dijo: “Sí, ya me lo habían dicho. Yo soy partidario que tú aceptes, todos te vamos a ayudar y vas a ganar”. Así nació la candidatura, ajena absolutamente a mis deseos.

¿Y cuántos años estuvo?

Un período de cuatro años.

¿Y fue una experiencia interesante?

Muy interesante, realmente valía la pena. Fue el primer Senado, presidido por Gabriel Valdés.

También fue usted embajador en la Santa Sede durante el gobierno de Ricardo Lagos. ¿Por qué el Presidente lo nombra embajador?

Estaba como juez en la Corte Interamericana de Derechos Humanos y un día me llamó por teléfono la Ministra Soledad Alvear y me dijo: “Máximo (había sido alumna mía) el Presidente me ha pedido que lo designe a usted embajador ante la Santa Sede”. Le pedí pensarlo cuando volviera de Costa Rica a Santiago y evaluarlo con mis hijos. Me encontré razón, pero me señaló que el Presidente quería una respuesta a la brevedad.

De regreso en Santiago, me reuní con mis hijos. Acababa de enviudar. Se produjo una división entre ellos, unos eran partidarios de que aceptara y otros lo contrario. El más partidario era mi hijo Máximo, porque lo había llamado Lagos para pedirle que me convenciera. Fue un período muy interesante con un respaldo total de Lagos, que me reveló una gran calidad humana y espiritual.

¿Por qué habla usted de calidad religiosa, cuando él aparece ante la opinión pública como un agnóstico?

Se mostraba como agnóstico pero estaba en una postura de mucho diálogo con el Cardenal Errázuriz, ya que le tocó a él primero su nombramiento como Arzobispo y después como Cardenal y le hizo un gran homenaje en La Moneda. Le tenía mucha estima y consideración. Lo iba a ver a la casa y Errázuriz lo iba a ver a La Moneda o a la casa de él. Tenían mucho diálogo y cuando había problemas –y Lagos era muy impetuoso– entonces me consultaba algo, yo le contestaba y aceptaba.



El Embajador Máximo Pacheco Gómez presentando sus cartas credenciales a Su Santidad el Papa Juan Pablo II.

Le tocó en el Vaticano el fin del período de Juan Pablo II y el comienzo de Benedicto XVI. ¿Qué recuerdos podría hacer de ese momento tan especial en la vida de la iglesia?

De Juan Pablo II tengo la mejor impresión. Estaba en su período de decrepitud, pero era un hombre extraordinario, realmente impresionaba mucho verlo y escucharlo. Después, del que me formé la mejor impresión fue del actual Papa Benedicto XVI.

Usted lo conoció antes de ser Papa ¿Lo invitó a la embajada?

Claro, yo lo invité. Le ofrecí una comida en su honor. Él aceptó, pero no era lo frecuente y comió en la casa y fue muy agradable. Le voy a mostrar algo que, en realidad, muestro poco pero me llena de orgullo. Una foto firmada por él, cuando me estoy despidiendo. También de Juan Pablo II y con la firma de los dos.

Durante este período se obtuvo la colocación del monumento a Teresita de Los Andes en la Catedral de San Pedro y la canonización del Padre Alberto Hurtado. Escribí el libro *La Separación de la Iglesia y el Estado en Chile y la Diplomacia Vaticana*, y la obra “*Crónicas del Vaticano*”.

¿Y cómo llegó usted a la Academia?

El difunto presidente de la Academia, Carlos Martínez Sotomayor, una vez a razón de nada me dijo: “Oiga Máximo, me gustaría que usted fuera miembro de la Academia” yo le respondí, “no creo que salvo usted alguien más lo haya pensado”. “No –me dijo– si he estado averiguando y sería bien recibido su nombre”, y Carlos Martínez fue quien presentó mi nombre.

¿Y quién lo recibió?

Eugenio Velasco.

¿Y cuál fue el tema que dictó?

Los derechos fundamentales de la persona humana. Mi incorporación fue el 7 de abril de 1988

¿Qué destacaría de la Academia?

La calidad de la gente. Hay mucha disciplina y mucha dignidad en los miembros y en los temas que se desarrollan.

DIÁLOGOS EN LA ACADEMIA

¿MAR PARA BOLIVIA?

Exposición de don Ernesto Videla Cifuentes
Académico de Número

La interrogante sobre la que se persigue discutir en esta sesión de la Academia es de enorme trascendencia y complejidad. Las recientes declaraciones vertidas por el presidente Evo Morales con motivo del “Día del Mar” donde anunció que Bolivia llevaría a los organismos y tribunales internacionales su pretensión de salir al Océano Pacífico en forma soberana, es una coincidencia que nos permite intercambiar ideas en un escenario real.

Lo planteado por el mandatario no es nuevo. En 1920, Bolivia intentó, sin resultados, que la Liga de las Naciones aceptara considerar la revisión del Tratado de 1904. Luego, lo ha intentado mediante el diálogo directo con Chile. Hasta 2009 justificó su pretensión en el hecho que su “mediterraneidad” le producía un “enclaustramiento” que dificultaba su desarrollo, lo que le permitió obtener el respaldo de la OEA, que invitó a las partes a buscar una solución a su problema. Pero, a partir de ese año, con la entrada en vigencia de su nueva Constitución, cambió aquel fundamento y en forma clara y categórica afirmó que pretendía una “Reivindicación marítima”; que era un objetivo “irrenunciable” e “imprescriptible” del país; y que si había tratados anteriores que fueran contrarios al fin perseguido, debían “renegociarse” o “denunciarse”. Lo que pretende Bolivia, entonces, no es una simple salida al mar, sino recuperar el total o parte del territorio perdido en la Guerra del Pacífico. La pregunta, entonces, es: ¿por qué debemos cederle a Bolivia una salida soberana al mar?

El tema del mar creo que tiene una secuencia histórica que se caracteriza por sus circunstancias.

DERECHO MARÍTIMO COLONIAL

En breves palabras, la primera etapa correspondería a una interpretación histórica de la condición marítima que habría tenido Bolivia basada en un derecho –títulos de dominio– heredado de la Corona española o bien como una concesión otorgada por los próceres americanos que le dieron existencia como nación. La cuestión sería, entonces, determinar si Bolivia –la Audiencia de Charcas– tenía acceso al mar Pacífico cuando alcanzó su independencia o si su acceso al mar deriva del decreto del Libertador Simón Bolívar, luego que Perú se opusiera a entregarle Arica y le asignó tan solo un puerto en Cobija.

Conviene recordar que Bolivia nació a la vida independiente en 1825 y que en esa época la vecindad de Chile con Perú se encontraba en el Despoblado de Atacama.

La discusión acerca del acceso al mar que tendría la Audiencia de Charcas y, por tanto, los derechos soberanos que tendría Bolivia en esa época y lo sucedido hasta la firma del Tratado de 1866, prefiero obviarla por cuanto sería motivo de un trato especial y es inoficiosa para la discusión que nos convoca la Academia.

DERECHO MARÍTIMO SUSTENTADO EN UN TRATADO

Una segunda etapa sería la que se extiende desde la Independencia boliviana hasta el término de la Guerra del Pacífico. En agosto de 1866, Chile y Bolivia firmaron el primer Tratado de Límites donde se reconocieron una demarcación de tierra y mar y establecieron que los límites entre ambos estarían en el paralelo 24° de latitud meridional desde el litoral del Pacífico hasta los límites orientales de nuestro país. Bolivia rechazó el tratado y las partes alcanzaron acuerdo en 1874 donde se mantuvo el límite en el paralelo 24°. En el tratado complementario de 1875 se estableció un procedimiento de arbitraje. De esta manera Chile al reconocerle a Bolivia soberanía terrestre al norte de dicho paralelo también lo hizo con el mar que proyectaba. En esta segunda etapa nuestro vecino obtuvo un título en derecho sobre el espacio territorial que le reconoció nuestro país.

En 1873 Bolivia y el Perú firmaron un Tratado de Alianza Defensiva al cual incluso intentaron sumar a la República Argentina. La violación del Tratado de 1874 por parte boliviana y su negativa a la invitación chilena de recurrir al arbitraje para zanjar sus diferencias precipitó la guerra a la que se sumó Perú, obligado por el Pacto Secreto.

En octubre de 1883 se firmó el Tratado de Paz y Amistad peruano-chileno. En 1884 Bolivia y Chile firmaron un Pacto de Tregua.

En este período, entonces, Chile le concedió a Bolivia una costa pacífica soberana y, luego, esta la perdió como consecuencia de la guerra.

EXIGENCIAS POLÍTICO-ESTRATÉGICAS

Terminado el conflicto bélico aparece a mi juicio una tercera fase del problema de alcances político-estratégicos. Chile había extendido sus dominios hasta Tacna, pero tenía pendiente la cuestión de Tacna y Arica con Perú; había firmado una tregua con Bolivia, pero no firmado la paz; y con Argentina, después de haber firmado, en plena guerra del Pacífico, el Tratado de Límites de 1881, enfrentaba serias dificultades en la demarcación de esa frontera. Para salir de este complejo y delicado panorama con sus tres vecinos, Chile optó por neutralizar a Bolivia, aunque fuera a un precio tan alto, como la cesión de Tacna y Arica. Así se explica que nuestro país en 1895 acordara con ella las bases para un tratado de Paz donde esta le cedía definitivamente a Chile los territorios cubiertos por el Pacto de Tregua a cambio de que el nuestro, si ganaba el plebiscito, le entregara Tacna y Arica. Si Chile lo perdía, se comprometía a ceder la caleta Vitor hasta la quebrada de Camarones y además pagarle 5 millones de pesos de plata. Esta vez, el ofrecimiento se situó en territorios que habían pertenecido a Perú. Bolivia, a la espera del desenlace que tendrían las tensiones de nuestro país con Argentina, rechazó la propuesta.

Bolivia también trató que en el arbitraje norteamericano sobre el tema de Tacna y Arica fueran considerados sus intereses, sin alcanzar los objetivos perseguidos.

Hubo otras iniciativas que no llegaron a puerto.

MEDITERRANEIDAD JURÍDICAMENTE CONSAGRADA

Esta cuarta fase culmina con la firma del Tratado de Paz y Amistad de 1904, después de 24 años que cesaran las hostilidades.

Con este caducaron los títulos que podía esgrimir Bolivia para tener una salida soberana al mar y se selló definitivamente su mediterraneidad.

RECURSO JURÍDICO INTERNACIONAL

En esta quinta fase, Bolivia, presa de un tratado que no solo entró en vigor debidamente formalizado, sino que, además, con el mayoritario respaldo ciudadano, al poco tiempo, intentó anular jurídicamente lo obrado. En 1920 recurrió a la Sociedad de las Naciones pidiendo, en síntesis, la revisión del Tratado de 1904, con el fin de lograr su reintegración al mar. Sabemos que la Asamblea declaró inadmisibile la solicitud boliviana (los Tratados solo pueden ser denunciados de común acuerdo por las partes contratantes). Más tarde, también lo intentaría, sin éxito, en la Conferencia de San Francisco en 1945.

En 1922, Chile rechazó la sugerencia boliviana de revisar el tratado de 1904.

RECURSO MULTILATERAL

Hasta que se firmó en Lima el Tratado Chileno-Peruano de 1929 y su Protocolo Complementario, Bolivia intentó que se le asignara al menos Arica y encontró en Perú, más que en Chile, el rechazo absoluto. De esta manera, advirtió que se le había puesto un candado a la posibilidad de obtener una salida al mar por esa ciudad. Ya en 1923, no asistió a la Quinta Conferencia Internacional Americana que se realizó en Santiago. Invocó como causa de su inasistencia su calidad de país mediterráneo, perjudicado por una clausura marítima, privada de los atributos esenciales de una nación libre y soberana, prisión geográfica, etcétera.

En esta sexta fase se empieza a configurar, pues, la estrategia boliviana de hacer un tema multilateral su aspiración marítima. En síntesis, ya no puede esgrimir derechos: su causa es el perjuicio que le ocasiona la mediterraneidad para su desarrollo.

COMPLEJO CULPOSO Y EXIGENCIAS INTERNACIONALES

Cerrada para Bolivia la vía del derecho orientó su estrategia a una acción netamente política, de carácter bilateral y multilateral. Para eso aprovechó una suerte de sentimiento culposo chileno con el país más chico que derrotó en la guerra y también la explotación de un pensamiento económico mundial donde los países subdesarrollados esperaban la ayuda de los desarrollados para derrotar la pobreza, en vez de combatirla aprovechando sus propias potencialidades.

En 1950, el gobierno boliviano pidió al chileno sucesivamente una parte de la ciudad de Arica; luego, tras el rechazo, sugirió dividir el puerto de esa ciudad en dos partes, una para Chile y otra para Bolivia; como también fue rechazada, pidió una

franja territorial al norte de Arica, con compensaciones. Esta última tomó cuerpo en forma reservada y se arribó a una fórmula que consistía en una franja al norte de Arica de 10 km de ancho contigua a la frontera peruana, desde el litoral hasta el límite. A cambio de esto Bolivia entregaría agua del Titicaca para regar los valles chilenos del norte o bien producir energía eléctrica para Chile. La fórmula fracasó cuando se conoció públicamente. Con posterioridad, se puso en duda la real capacidad del lago para proyectos de esa magnitud. Además, conviene advertir que es un lago con administración compartida y el mayor beneficiario del mismo es Perú.

En 1950 Víctor Paz Estensoro, que sería dos años después Presidente de Bolivia y en tres periodos, escribió una carta dirigida a Hernán Siles y otros líderes del Movimiento Nacionalista Revolucionario, que conviene reproducir por su franqueza y realismo: “Para nosotros el problema del puerto no figura entre los de primera fila que confronta Bolivia. La afirmación que a menudo se hace de que nuestro atraso proviene principalmente de la falta de una salida al mar, a más de pueril, es tendenciosa, pues busca desviar la atención pública de las verdaderas causas del estancamiento de Bolivia. Más premioso y más conveniente desde un punto de vista del interés nacional es poner toda nuestra capacidad, energías y recursos en desarrollar los grandes factores potenciales en el orden económico y humano que encierra Bolivia...”. Y agregaba: “En el curso de 15 a 20 años, habremos hecho de nuestra patria una nación mucho más poderosa de lo que es hoy. Entonces, la relación de fuerza que ahora existe entre Chile y Bolivia, que necesariamente tiene que traducirse en la negociación... se habría modificado a favor de Bolivia. Entonces, podremos ir a una negociación con Chile, pacífica y cordial, pero llevada de igual a igual y que podrá ser de mutua conveniencia. Paradójicamente, a nosotros no nos conviene que la cuestión del puerto tenga solución inmediata, sino más bien postergarla para el futuro”. En 1953, bajo su mandato, los gobiernos de ambos países firmaron el Acta de Arica, donde nuestro país reiteró su voluntad de cumplir fielmente el tratado de 1904 y los convenios sobre libre tránsito.

En 1962 vino la crisis del río Lauca. El gobierno chileno decidió usar sus aguas para regar el valle de Azapa, después que Bolivia se había negado a convenir la regulación de su caudal, en una disputa iniciada en 1939. Esto llevó al rompimiento de relaciones diplomáticas por parte de nuestros vecinos, quienes llevaron el caso a la OEA, la que se limitó a invitar a las partes a buscar un acuerdo pacífico.

En 1974, los países del Pacto Andino, con motivo del sesquicentenario de la Batalla de Ayacucho, en Lima manifestaron su comprensión por la situación de mediterraneidad boliviana.

En febrero de 1975, el gobierno de Chile, ante la evidente amenaza de una intervención militar desde el norte, convino con el de Bolivia un proceso de negociación conocido como “El Abrazo de Charaña”, lugar donde los gobernantes lo firmaron. En síntesis se trataba de que Chile cedería un corredor al norte de Arica con proyección marítima, cuya superficie de tierra y mar debía ser compensada en igual superficie por Bolivia. Este país también nos cedía la totalidad del aprovechamiento de las aguas del río Lauca.

En agosto de ese mismo año, con motivo del sesquicentenario de la creación de Bolivia, el Consejo Permanente de la OEA emitió una declaración donde expresó su preocupación por la situación de mediterraneidad boliviana y ofreció cooperar en la

búsqueda de soluciones que, “de acuerdo con los Principios del Derecho Internacional y especialmente con los contenidos en la Carta de la Organización de Estados Americanos”, ayudaran a remover las dificultades que dicha situación acarrea “para su desarrollo económico y social, conciliando intereses recíprocos y promoviendo entendimientos constructivos”.

En 1978, Bolivia desahució las negociaciones y suspendió las relaciones diplomáticas con Chile, después de haber aceptado los términos del acuerdo.

En 1987 se llevó adelante un nuevo acercamiento entre ambos países con un esquema similar al de Charaña, pero en vez de compensación territorial Bolivia ofrecía algunos recursos económicos, como recursos hídricos y combustible. También fracasó.

Desde 1979 hasta 1989 se emitieron en la OEA once declaraciones sobre la cuestión marítima boliviana. En ellas se invitó al diálogo, a iniciar un acercamiento para normalizar relaciones, incluso a buscar una fórmula que hiciera posible dar a Bolivia “una salida soberana al Océano Pacífico sobre las bases que consulten las recíprocas conveniencias y los derechos e intereses de las partes involucradas”.

A comienzos de este siglo se intentó una fórmula llamada “gas por mar”. Chile haría una concesión por 50 años prorrogables al Estado boliviano de una superficie en Chile del tamaño aproximado a 600 hectáreas, ampliables según necesidades para el establecimiento de una Zona Económica Especial destinada a la recepción, procesamiento, industrialización y comercialización del petróleo, gas natural, derivados y subproductos y otras actividades industriales y de servicios asociados. Una aguda crisis institucional hizo que se impusiera el eslogan “ni una molécula de gas a Chile”. La iniciativa fracasó.

Luego se acordó abordar una “Agenda sin exclusiones”, sin que se sepa qué finalidad se perseguía y los resultados alcanzados en las reuniones de viceministros que se efectuaron.

LA VERDAD

El actual gobierno chileno heredó una “Agenda de 13 puntos” convenida en 2006, pero junto con ella un panorama que ensombreció nuestras relaciones: la nueva Constitución boliviana que entró en vigencia el 7 de febrero de 2009. En la parte que concierne a Chile dice:

CAPÍTULO CUARTO REIVINDICACIÓN MARÍTIMA

Artículo 267. I. El Estado boliviano declara su **derecho irrenunciable e imprescriptible** sobre el territorio que le dé acceso al océano Pacífico y su espacio marítimo.

II. La solución efectiva al diferendo marítimo a través de medios pacíficos y el ejercicio pleno de la soberanía sobre dicho territorio constituyen **objetivos permanentes e irrenunciables** del Estado boliviano.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Novena. Los tratados internacionales anteriores a la Constitución y que no la contradigan se mantendrán en el ordenamiento jurídico interno, con rango de ley. En el plazo de cuatro años desde la elección del nuevo Órgano Ejecutivo, este **denunciará** y, en su caso, **renegociará** los tratados internacionales que sean contrarios a la Constitución.

Bolivia en su constitución se encargó de poner las cosas en su lugar: pretende una “reivindicación marítima”. Hoy sobran antecedentes para demostrar que su mediterraneidad no es la causa de su subdesarrollo.

Pero, además, puso en peligro la estabilidad de nuestras fronteras porque es imposible que Chile le conceda una franja de territorio soberano que lo divida y, por tanto, no se puede descartar que Bolivia, finalmente, incluso termine denunciando unilateralmente el Tratado de 1904.

De esta manera, Bolivia clausuró la posibilidad de que nuestro país le brinde una salida por el norte de Arica, porque está fuera del territorio que tenía antes de la Guerra del Pacífico; clausuró el argumento de la mediterraneidad que esgrimía en la comunidad internacional, como causa de su subdesarrollo para que Chile le diera una salida soberana al mar; la comunidad internacional no podría respaldar una “reivindicación territorial” por cuanto sería un precedente que afectaría a todas las naciones; y sería muy difícil que un tribunal internacional aceptara una eventual revisión del Tratado de 1904. Tan grave es lo que incluyó Bolivia en su Constitución referido al tema de la mediterraneidad que el gobierno chileno, a mi juicio, debió suspender en el acto las conversiones sobre la Agenda de 13 puntos convenida en la administración anterior. El actual gobierno chileno concordó con el boliviano buscar juntos soluciones al “tema marítimo” que fueran concretas, útiles y factibles, con la advertencia pública que serían sin cesión de soberanía y que debía buscarse una solución al delicado tema de la Constitución. El presidente Evo Morales en su entrevista del 21 de marzo a El Mercurio reconoció todo lo positivo que tenía el diálogo franco establecido. Dio muestras de realismo político al reconocer públicamente las limitaciones que tiene nuestro país para acceder a su aspiración territorial reivindicatoria. El mismo día que se conoció la entrevista, echó la Agenda por la borda.

Bolivia se encerró sola porque le quitó espacio a la diplomacia para operar en la búsqueda de un mejor entendimiento entre nuestras naciones.

Como he descrito someramente, desde hace cien años, sucesivos gobiernos chilenos han tratado de solucionar el “tema”, “problema” o la “cuestión” marítima boliviana. Ninguno ha encontrado la “solución imaginativa”, “creativa” o “moderna” con la que se ha querido abordar la situación, porque se eludió decir las cosas por su nombre. Tampoco ninguno consultó a los chilenos que habitaban las zonas elegidas para ofrecerle, incluso, la cesión de su soberanía. Bolivia se dejó encantar por cantos de sirena de políticos chilenos que, desconociendo la realidad o de manera irresponsable, han hecho ofrecimientos sin sustento alguno.

Este breve recuento histórico nos demuestra que Bolivia siempre ha tenido salida al mar, fuera por derecho fruto de la tesis –discutida– que la tenía de la Audiencia de Charcas o por concesión chilena en el tratado de 1874 y, por tanto, según las interpretaciones históricas solo la diferenciarían en que era o no soberana. El tratado de 1904

le mantuvo su salida al mar y en mejores condiciones que ningún país mediterráneo en el mundo.

Durante más de cien años Bolivia ha buscado una reivindicación territorial que es inaceptable porque Chile ha forjado su paz en el respeto a los tratados y, además, porque aceptarla, obviamente, luego tendría que enfrentar igual pretensión peruana.

En consecuencia, la respuesta a la interrogante ¿mar para Bolivia?, merece una clara respuesta: ¡la tiene!

UNA MIRADA DIFERENTE

Nuestra política con Bolivia ha estado pegada al pasado. Ambas naciones han ignorado los cambios que ha experimentado el mundo, la región y nuestra vecindad; hemos eludido hablar con la verdad y con ello creado falsas expectativas; la mayoría de los gobiernos, más preocupados de un logro político internacional, han creído encontrar la “fórmula mágica” para solucionar el problema, a veces, sin siquiera medirlo en toda su profundidad; en, síntesis, nos ha faltado mirar nuestras relaciones con una mirada de futuro con lo cual es posible fortalecer nuestras relaciones.

La afinidad con Bolivia deberíamos abordarla como la que existe entre todas las naciones: de igual a igual, sin desconocer, por cierto, sus particularidades realidades. Hacerlo, como se ha hecho, con un sentido paternalista otorgando facilidades privilegiadas en su beneficio sin reciprocidad alguna, es menospreciar a nuestro vecino. Hoy le hemos dicho que queremos terminar con esto porque es una falta de respeto. Pero, con la misma franqueza hemos dejado constancia que Chile, pese a sufrir actitudes agresivas suyas, como la ruptura de relaciones en marzo de 1978, le ha brindado un trato más preferencial que Perú, su aliado en la guerra, con el cual sí mantenemos relaciones diplomáticas.

La historia nos ha enseñado que carece de destino seguir supeditando las relaciones entre ambos países unilateralmente al acceso boliviano al mar. Esa política ha fracasado porque se ha “puesto la carreta delante de los bueyes”. Hay que invertir la situación y primero crear las condiciones. Hay que empezar a construir un camino, sin pausa, pero sin premura, que conduzca a los fines perseguidos. De nada sirve seguir ideando fórmulas si no cuentan con el respaldo ciudadano que las haga factibles. Por eso Bolivia debe tener una mirada compartida con Chile donde se armonicen mutuos intereses, porque solo cuando los pueblos adviertan que se benefician mutuamente, se podrán apaciguar las pasiones ultranacionalistas; se respeta un trato entre iguales, donde nadie le debe nada al otro; franco, directo y leal; prudente, que incite al entendimiento, paciente, que cuide los tiempos; factible, donde ninguno le pida al otro lo que no puede conceder; útil, que tenga sentido; concreto, exento de vaguedades; flexible; complementario; libre, amplio, sin mezquindades; actual, con las condiciones modernas, sin reminiscencias del pasado; sin presiones; previsor, con instancias para dirimir diferencias.

EL VALOR DE LA PAZ

Con la entrada en vigencia de los tratados de 1904 con Bolivia y de 1929 con Perú, Chile selló definitivamente la paz con sus hermanos y vecinos quebrantada en la Guerra del Pacífico. Por más de cien años esos notables compromisos asumidos en forma libre y sujetos a todas las formalidades establecidas en sus respectivos sistemas jurídicos internos han cumplido cabalmente su propósito. Han sido la base de una relación, no exenta de vicisitudes, pero pacífica y con el transcurrir del tiempo más estrecha. Es una lástima que este bien tan preciado que nos legaron aquellos que lo forjaron con inteligencia y valentía, por momentos, pareciera que nuestros pueblos y, en especial nuestros dirigentes, lo desvaloran. Me parece que nuestro diálogo con Bolivia debe tener siempre explícitamente presente que el Tratado de 1904 ha sido el sustento de nuestra convivencia pacífica y, por tanto, la mejor forma de conservarla es fortaleciendo y no debilitando sus disposiciones. Ninguna conversación puede llevarse adelante sin que exista esta mutua convicción. Quienes piensan que la paz es una situación estática, creo que se equivocan; ella debe construirse día a día.

¿MAR PARA BOLIVIA?

Exposición de don José Rodríguez Elizondo

Es el momento de dar la palabra a don José Rodríguez Elizondo, Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, experto en temas limítrofes con los países hermanos.

Como Ernesto Videla elaboró su ponencia desde el génesis histórico de Bolivia, yo aprovecharé su impulso para mirar el tema desde más cerca. Específicamente, desde la post-Guerra del Pacífico y a partir de la siguiente tesis, que he desarrollado en mis libros: Respecto a la aspiración marítima boliviana, Chile se ha dejado entrapar en el bilateralismo, por una defectuosa percepción del espíritu del Tratado de 1929.

Con esto quiero decir que el establishment chileno malentiende sus opciones. Entiende o quiere entender que la repudiable alternativa al bilateralismo es el inaceptable multilateralismo, con todos los países del mundo opinando sobre un tema que concierne solo a Chile y Bolivia. Con ello, conseguimos olvidar que los textos de 1929, particularmente el Protocolo Complementario del Tratado, reconocieron un trilateralismo tácito, por vía de la exclusión previa de Bolivia. Para ese efecto, los presidentes Augusto Leguía, peruano, y Carlos Ibáñez, chileno, a sabiendas de que el gobierno boliviano pretendía tener voz y voto en las negociaciones, se reconocieron sendos “vetos” para cualquier cesión “a una tercera potencia” de los territorios de Tacna y Arica. Esa cláusula, que es de la esencia del Tratado de 1929, impidió que el trilateralismo fáctico se legitimara como trilateralismo jurídico. Sin embargo, el hecho trilateral quedó en la historia y el expresidente boliviano Manuel Salamanca lo subrayó mediante frase que hizo fortuna: “Chile puso un candado al mar para Bolivia y entregó la llave al Perú”.

La importancia del “detalle” es que revela, por contraste, un cambio importantísimo en la ideología y praxis boliviana posteriores a esa frase, con base en las exploraciones de su diplomacia secreta. En efecto, desde que sus gobiernos optaron por singularizar a Chile como responsable único de su “mediterraneidad”, olvidaron la llave del candado y dieron un triunfo diplomático al Perú. Asumieron, así, un cambio de opciones estratégicas, pues estimaron que solo a los chilenos nos incumbía solucionarles “el problema pendiente”. Desde esta visión retrospectiva, resulta extravagante que nuestros gobiernos hayan cohonestado el cambio, reconociendo y proclamando que el tema de la “aspiración marítima” boliviana es estrictamente bilateral. Esto significa, por lo menos: a) que regalamos al Perú su corresponsabilidad en el sector de la triple frontera, y b) que olvidamos por qué Leguía e Ibáñez excluyeron a Bolivia –al menos en el largo plazo– de una posibilidad real de acceso al océano a través de Arica.

Por cierto, la historia del Tratado no dice expresamente cómo y cuándo se fraguó esa exclusión, pero da señales evidentes de que fue una exigencia peruana. Leguía tenía en vista la anterior política de Chile, que contenía la promesa de Tacna y Arica para Bolivia, la que –a mayor abundamiento– habría alejado las ilusiones recuperacionistas que presionaban al mandatario peruano. Por eso, sus discursos, antes y durante la firma del Tratado, incluían una frase sacramental y ambigua sobre un suelo cuya continuidad trazó la mano de Dios.

Como muestra de consideración al argumento del otrora enemigo y de confianza en el partner futuro, es el negociador chileno y canciller Conrado Ríos Gallardo, quien aparece formulando la indicación exclusoria en el Protocolo Complementario. Según esta interpretación, tal indicación se enmarcó en los dos niveles de consenso propios de cualquier negociación diplomática: uno en cuanto al contenido y, el otro, en cuanto a la acreditación de las iniciativas (quién conviene que aparezca como patrocinante). En síntesis, puede decirse que la exclusión de Bolivia fue impulsada por el Perú y que la autoría de la indicación se definió mediante un consenso formal, pues pareció “más político” que Chile tomara la iniciativa de acotar las posibilidades marítimas de Bolivia, respecto a un territorio experuano.

Por cierto, fue una jugada inteligente –y legítima– de Leguía, digna de la sofisticada diplomacia peruana. Por lo demás, nadie podía sospechar, entonces, que el tema de la autoría de la indicación cobraría importancia, en la misma medida en que el espíritu del Tratado de 1929 se fuera desvaneciendo. Nadie podía prever que el deterioro de ese espíritu permitiría, en 1979, en una célebre reunión de la OEA, que el delegado de Bolivia dijera que “la Guerra del Pacífico aún no ha terminado”... poniendo en serios apuros al gobierno del general peruano Francisco Morales Bermúdez.

LA DEMANDA PERUANA COMO EJEMPLO

El “bilateralismo chileno-boliviano”, visto así, revela una gruesa falla de nuestro aparato perceptor. Ha servido de plataforma a Bolivia para internacionalizar su tema en todos los foros a su alcance, desde la antigua Sociedad de las Naciones hasta la OEA, sin que el Perú se sienta afectado. Para entender el fenómeno a cabalidad, sólo faltaba “el puntillazo”, como dicen los aficionados a los toros. Ese que hoy asoma bajo forma de “judicialización” de la aspiración marítima boliviana, ante cualquier tribunal internacional que parezca plausible.

Por cierto, tal judicialización era una crónica anunciada con altavoz, desde que el presidente Evo Morales diseñara su Constitución refundacional de 2009. Ella contiene, por una parte, la mutación de la mera aspiración marítima en un derecho imprescriptible y, por otra, el mandato para denunciar cualquier tratado que sea incompatible con dicha invención constitucional. Esto abrió paso a la invención de los derechos expectaciosos, que retuerce el axioma tradicional según el cual las meras expectativas no constituyen derecho. Un perfecto oxímoron, como escribí en su oportunidad¹.

Como cualquiera podrá observar, estamos ante la tautología en todo su esplendor. Bolivia ha producido una seudodoctrina jurídica, en línea con lo que dijera el mismo

¹ Entrevista en El Mercurio, 13.2.2011.

Morales en Cochabamba, en 2008, durante una concentración masiva: “Cuando algún jurista me dice ‘Evo, te estás equivocando jurídicamente, eso que estás haciendo es ilegal’, bueno, yo le meto por más que sea ilegal y después les digo a los abogados: ‘si es ilegal, legalicen ustedes, para qué han estudiado’”².

Sobre esa base, totalmente voluntarista, el Tratado de 1904 con Bolivia, que para los chilenos es un tratado “intangible”, para el actual gobierno boliviano es solo un obstáculo que debe derribar. Unilateralmente, por cierto.

Lo llamativo es que este desarrollo era previsible... y fue previsto. Ernesto Videla lo hizo en una carta informativa de su autoría, al alertar sobre la nueva Constitución boliviana. Yo mismo escribí sobre su alcance antitratado de 1904 en mi último libro, aludiendo al “efecto-demostración” de la demanda marítima peruana. Imposible sería soslayar, a este respecto, que Alan García, notable discípulo de Maquiavelo, designó como su embajador en Bolivia a Manuel Rodríguez Cuadros. Este hábil diplomático (candidato presidencial retirado, este año) fue el canciller de Alejandro Toledo que dirigió las operaciones previas a dicha demanda. Todo indica que, como embajador, hizo una “transferencia tecnológico-jurídica” al gobierno de Morales. Es lo que explica su notable declaración de que “la demanda (peruana) es la llave del candado que puede posibilitar en un futuro cercano la solución histórica y permanente al problema del enclaustramiento marítimo boliviano”³.

Conviene agregar que los chilenos tenemos una dura cuota de responsabilidad en estos desarrollos negativos, por no haber sustentado, con fuerza, el espíritu compartido del Tratado de 1929, por no haber enfrentado políticamente la pretensión marítima peruana y por no haber reaccionado públicamente respecto de la temeraria Constitución boliviana. Respecto de lo primero, ante la persistente ofensiva diplomática boliviana post-Tratado con el Perú, hubo autoridades nuestras que “pestañearon”. El primer síntoma se produjo en 1950-1951 cuando, bajo la amical presión de Harry Truman, nuestro presidente Gabriel González Videla abrió paso a un debate sobre “el corredor boliviano”. En ese trance saltó a la palestra nada menos que el excanciller Ríos Gallardo, para advertirnos que “la interferencia de un tercero en las fronteras chileno-peruanas pone en peligro la existencia misma del tratado de 1929 (...) creamos un precedente que quien sabe a dónde nos puede conducir en el porvenir”⁴. Por cierto, la sola iniciativa y el debate consiguiente significaron una erosión del espíritu del Tratado que negoció don Conrado.

El segundo éxito de Bolivia fueron los acuerdos de Charaña en 1975. Pero, en este caso no se trató de un “pestañeo” diplomático, sino de una evidente necesidad estratégica. Aunque no puedo extenderme al examen del cuadro geopolítico de la época, baste decir que entonces Chile enfrentaba el peligro previsto por la HV3: eventuales acciones bélicas en sus tres frentes vecinales. Para impedirlo, el gobierno del general Augusto Pinochet negoció con el de su homólogo boliviano, Hugo Bánzer, una transferencia soberana de territorio ariqueño, con su correspondiente proyección marítima y con compensaciones también territoriales.

² Diario La Razón, 29-7-08.

³ Pauta semanal CELARE, 17.10. 2010.

⁴ Revista Nuevo Zig-Zag, 7-4.1951.

Aunque la operación Charaña fracasó, durante las negociaciones Bolivia se neutralizó y pasó el peligro de coyuntura. El costo obvio fue la muy visible trizadura, en el Perú, del espíritu del tratado de 1929. Y tanto que, según mis investigaciones, así nació la estrategia peruana que culminó con la demanda marítima de 2008. Baste mencionar que el libro fundacional *El mar peruano y sus límites*, escrito por el almirante Guillermo Faura, fue publicado en 1977 y escrito mientras los generales Pinochet y Bánzer negociaban.

Respecto de nuestra responsabilidad ante la pretensión marítima peruana, consistió en el error mancomunado del silencio y la ambigüedad. Esto se apreció, primero, cuando el gobierno del general Pinochet soslayó su significado estratégico omitiendo una respuesta formal y categórica. Luego, durante los gobiernos de Ricardo Lagos y Michelle Bachelet, cuando se perseveró en esa actitud, sobre la base de que “no existía controversia jurídica alguna con el Perú”. Visto que hoy estamos demandados ante la Corte Internacional de Justicia, quedó probado que el silencio y la juridicidad no pueden sustituir la invocación de las constantes estrategias en los temas de soberanía nacional.

En cuanto a la Constitución boliviana de 2009, uno debe formularse dos preguntas previas: respecto a si el gobierno chileno de la época estuvo bien informado y sobre qué hizo una vez promulgado el texto referido.

Sucede que nada de esto se puede saber. La nota que despachó la Cancillería chilena a su homóloga boliviana, sobre estas materias, fue declarada secreta. Tal secreto incluso fue cohonestado por el Tribunal de Transparencia, ante una petición de información del diario *El Mercurio*. Nuevamente un tema de alto interés nacional se sumía en el silencio más riguroso. Ningún chileno ajeno a los redactores de la nota –ni siquiera las autoridades del Ministerio de Defensa, según se me asegura– podía saber cuál fue la actitud real de Chile ante una Constitución boliviana que amenazaba, unilateralmente, el tratado limítrofe de 1904.

INTANGIBILIDAD VS. REALIDAD

Lo anteriormente señalado explica por qué, desde 1950, Chile y Perú viven a golpe de eufemismos su relación con Bolivia. En nuestro país suele decirse “si de nosotros dependiera, le daríamos un poco de playa, un enclave, un puerto”. En el Perú se dice “nuestro país no será obstáculo para que Bolivia tenga una salida al mar”. Nadie responsable, aquí y allá, osa aludir a la consensuada exclusión de Bolivia, respecto al único punto de salida posible, en términos de transferencia de soberanía. Es como si no existiera esa trilateralidad negativa que obliga a vivir “amarraditos los tres”.

Por lógica –aunque la política no sea necesariamente lógica–, chilenos y peruanos tendríamos que conversar sobre el Tratado de 1929 y su espíritu respecto a Bolivia. Si ratificáramos ese espíritu, tendríamos que ser consecuentes y asumir responsabilidades de consuno. Si estimáramos que se ha debilitado y que Bolivia ha conquistado espacios políticos ante la opinión pública mundial, debiéramos adoptar una postura consecuente. Ahí está, por ejemplo, mi sugerencia sobre una “política de trilateralismo diferenciado”, que supondría la actuación concesiva, en distintos niveles, de Chile y Perú respecto de Bolivia. Sería una especie de trilateralismo más isósceles que

equilátero, pues los actores decisivos serían los signatarios del Tratado de 1929. Estos, sin abandonar su marco, aceptarían iniciar conversaciones consensuadas con el tercer actor boliviano, con base en una oferta o un proyecto común⁵.

Por no haber visualizado esa u otra salida similar, estamos en un laberinto donde Chile es demandado por Perú, este país anuncia que ya no vetaría un corredor ariqueño para Bolivia, país que, a su vez, inicia la construcción de un nuevo caso jurídico contra Chile, mientras Argentina espera la solución del tema Campos de Hielos Sur. En cuanto a los “tratados intangibles”, el de 1929 con el Perú está con “tarjeta amarilla”, los de 1952 y 1954 no valen como tratados limítrofes para el Perú y el de 1904, con Bolivia, está condenado a la denuncia unilateral.

Es hora, entonces, de que los chilenos tengamos una visión más realista sobre las posibilidades del Derecho, como método para solucionar conflictos políticos entre poderes estatales. El problema básico es que, sobre todo en materia internacional, el Derecho está condicionado por las variables políticas que configuran la diplomacia y la estrategia, aunque muchos finjan no reconocerlas. De ahí que, cuando Perú define su pretensión sobre parte de nuestro mar, caracterizándola como estrictamente jurídica y Chile responde que no reconoce controversia jurídica alguna al respecto, lo que queda en pie es un conflicto a secas. Es decir, uno de fondo estratégico, que requiere un primer tratamiento diplomático.

Sirva de consuelo decir que aquello fue un aprendizaje con escarmiento. En efecto, ante la sorprendente voltereta del presidente Morales del 23 de marzo, nuestro actual Presidente, Sebastián Peñera, declaró que era “una pretensión inaceptable”. Empleó una palabra diplomáticamente cargada de connotaciones disuasivas y sólo en segundo lugar dijo que también era “jurídicamente inadmisibles”. Configuró, de este modo, una verdadera definición político-estratégica de Estado.

Quiero añadir que lo dicho no es un gran descubrimiento de este expositor. En el fondo, es la aplicación de viejos aprendizajes sobre lo que algunos politólogos clásicos, como Hans Morgenthau, llamaron “ideología del statu quo”. Los mismos, tal vez, que han llamado la atención sobre Chile al politólogo holandés contemporáneo, G. Van der Ree, quien escribió, hace poco, un ensayo que contiene el siguiente párrafo:

“Paradójicamente, la identidad legalista de Chile ha brindado a sus dos vecinos (Perú y Bolivia) una estrategia para sus reclamaciones. En vez de infructuosas insistencias en la naturaleza política y bilateral de los conflictos, ambos han optado por seguir una estrategia legalista. Haciendo uso de las instituciones internacionales, presentando su tema como un asunto legal y no un problema político, ellos intentarían derrotar a Chile en su propio juego”⁶.

Es una paradoja interesante. La identidad legalista de Chile ha brindado a sus vecinos del norte una coartada “técnica”, que bien puede insertarse en la innovadora estrategia de aproximación indirecta, del británico Basil Liddell Hart, cuya explicación excede las posibilidades de esta exposición. A mayor abundamiento, todo ello ha sido

⁵ Temas para después de La Haya, Ed. Planeta, Santiago, 2010, pp. 158-161.

⁶ G. Van der Ree, Chile's (inter)national identities: framing the relations with Bolivia and Peru, *Bulletin of Latin American Research*, vol. 29, N° 2, 2010 (traducción de JRE).

facilitado por un bilateralismo sin asidero en la realidad dura, que ha dejado a Chile solo ante una responsabilidad que nació compartida.

En definitiva, la transferencia de soberanía que ahora “exige” Bolivia plantea un problema que no tiene solución aparente. Bloquea cualquier solución la consideración de la realidad geopolítica, las rigideces que creó la demanda marítima peruana y el texto y espíritu del Tratado de 1929. Por eso, más allá de las consideraciones jurídicas especiosas de Evo Morales y de la “transferencia tecnológica” del embajador Rodríguez Cuadros, el gran problema para Chile consiste en aprender a enfrentar ese tipo de desafíos mediante un mejor equilibrio entre las tres grandes “D” del poder estatal: el Derecho, la Diplomacia y la Defensa.

EL AGUA EN EL MUNDO DE HOY

Ricardo Riesco J.
Rector de la Universidad San Sebastián
Exposición hecha el 25.4.2001

Señor Presidente, le agradezco la invitación que me ha extendido para exponer, ante tan capacitada audiencia, reflexiones acerca de un tema que, al igual que en múltiples otros momentos de la historia profunda y reciente de la humanidad, surgen cada cierto tiempo como verdaderas ideas-fuerzas que, cual profecías agoreras, vaticinan escenarios apocalípticos.

Entre otras muchas, fueron especialmente paradigmáticas la de T. R. Malthus en 1898 y luego la del Club de Roma de los años sesenta del siglo pasado. Anunciaban terribles hambrunas, en circunstancias que hoy la obesidad es un problema creciente en el mundo y en Chile. Esta laya de vaticinios abundan, y representan una secuencia larga y variada, pero ninguno de ellos nunca han llegado a cumplirse, ya que se fundan en extrapolaciones bastante lineales y simples de variables complejas y dinámicas. Al final se traducen en una suerte de falacias alarmistas.

Hoy lo que nos convoca en esta reunión es el agua, elemento del cual se piensa existiría una creciente escasez en nuestro planeta. Recordemos, de entrada, que el 71% de los 510 millones de km² de la superficie de nuestra Tierra son océanos, es decir, agua, y solo el 29% restante son tierras emergidas. En rigor, la denominación más ajustada a los rasgos predominantes de nuestro planeta debería ser en propiedad, a la luz de estos guarismos, Agua y no Tierra.

Debemos tener consciencia plena que en nuestro planeta lo inanimado y animado, la totalidad de lo inorgánico y lo orgánico, el conjunto de fenómenos naturales y las dinámicas culturales, la naturaleza y el hombre; sí, absolutamente todo está indefectible y perpetuamente hipotecado por la acción de la fuerza de gravedad. Nada ni nadie puede sustraerse a la acción de esta fuerza y escaparse hacia el espacio extraplanetario. De ahí que la pregunta adónde se fue el agua existente, es una interrogante inconducente e irreal, debido a que es una opción que no existe en la naturaleza.

Sabemos que este elemento puede encontrarse en estado sólido (hielo, nieve), líquido (agua) o gaseoso (la atmósfera), pero no puede desaparecer del sistema cerrado e interrelacionado, en el cual no existen espacios vacíos. Esta condición es el rasgo permanente del planeta que habitamos. Si bien todo está en perpetuo movimiento, ello tiene lugar dentro de un circuito cerrado en el cual cualquier cambio en determinado lugar y en un tiempo acotado debe ser compensado por un correlato, de signo inverso, en otro lugar y en otro tiempo. Solo así se puede mantener en armonía y en equilibrio dinámico el ecosistema general del planeta. A modo de ejemplo, para ilustrar el funcionamiento del ecosistema global de la tierra, la ocurrencia de una estación del año

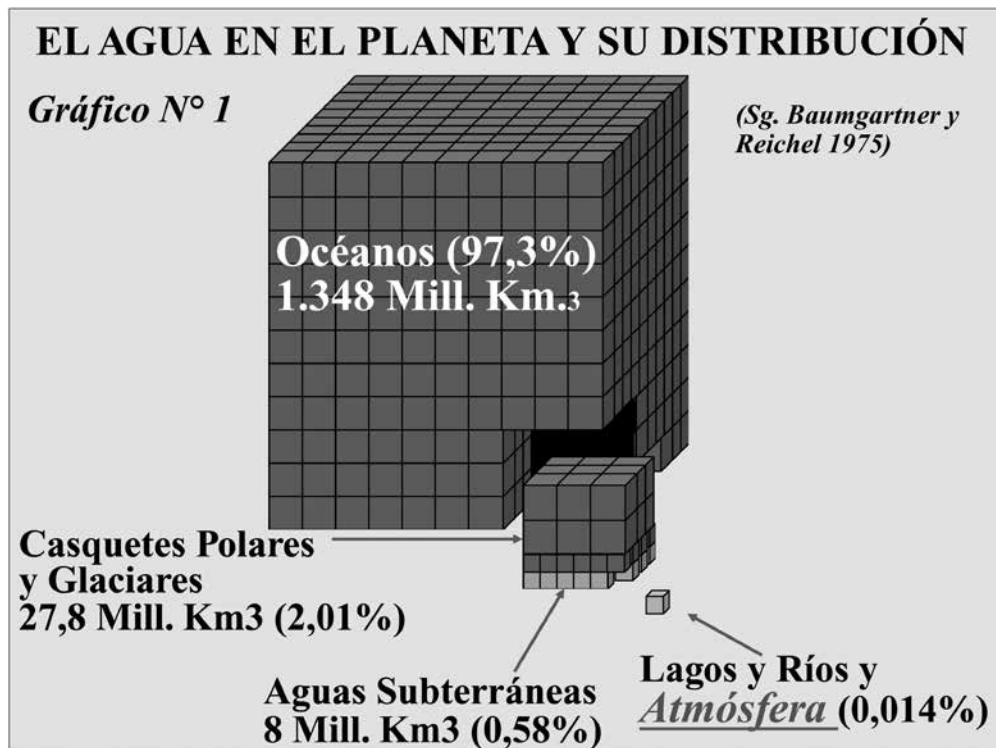
con precipitaciones anormalmente abundantes en una zona conlleva necesariamente a que en algún otro lugar se esté viviendo una condición opuesta caracterizada por un período de sequía.

Esta relación de causalidad rige, a su vez, si hubiese un calentamiento global en marcha. De existir este, ello desatará en consecuencia una mayor evaporación de las aguas. Pero esto último se traducirá, necesariamente, en una mayor precipitación. De otro modo no se cierra el círculo en la naturaleza. Así, todo ecosistema, sea este a nivel global, regional o local, de macro, meso o microescala, tiene la capacidad de autoequilibrarse y autorregularse.

Propongo seguir avanzando en esta exposición formulando las siguientes cuatro interrogantes, las que incluyen, a modo de anticipo, una respuesta que desarrollaré detalladamente a continuación.

1. **¿Cuánta agua hay? (MUCHA)**
2. **¿Se está acabando el agua? (NO)**
3. **¿Se está ensuciando el agua? (SÍ)**
4. **¿Es la concentración de la población en ciudades el gran problema del agua? (SÍ)**

El gráfico N° 1 **El Agua en el Planeta y su Distribución** muestra que el 97,3% de toda el agua existente en el planeta está en los océanos, y es agua salada. En los casquetes polares y en los glaciares se reúnen 27,8 millones de km³, equivalentes al 2,01% de las aguas del globo. A su vez, las aguas subterráneas equivalen a 8 millones de km³, correspondientes al 0,58% del total de aguas. Por último, en los lagos y ríos y

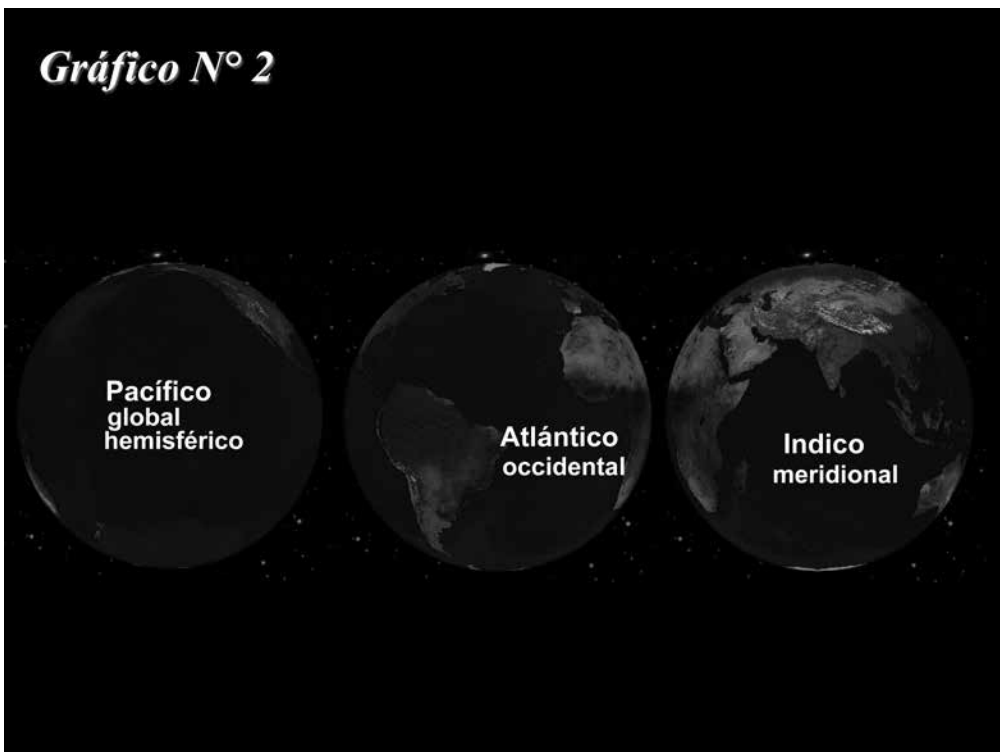


continentales, por una parte, y en la atmósfera se encuentra sólo el 0,014% de toda el agua disponible. De lo consignado se desprende que solo el 2,7% del agua no es salobre.

Todo aquello que denominamos tiempo meteorológico, vale decir, los cambios en el estado en que se encuentra el agua en la atmósfera, representa una fracción de ese 0,014%, probablemente del orden de 0,007% del agua que existe en todo el planeta tierra. Una primera conclusión que se desprende de estas cifras es que existe una enorme disponibilidad de agua y en caso alguno la humanidad enfrenta escasez de este recurso. Ello se explica en razón a que las principales fuentes de evaporación son los océanos del mundo, que se reitera, constituyen el 71% de la superficie del globo. Pero cuando se produce la evaporación desde los océanos, este elemento pasa en calidad de vapor de agua no salobre a la atmósfera. En consecuencia la evaporación es sinónimo de desalación.

También vale la pena destacar que con los cambios de estado de solo 0,007% del agua del planeta se cumple, mediante la circulación general de la atmósfera, la función principal de la atmósfera. Ella consiste en contribuir a la distribución lo más homogéneamente posible de la radiación solar que se recibe de modo heterogéneo sobre la superficie de la tierra en razón de la esfericidad. Dos otros mecanismos naturales tienen también similar función, a saber: el movimiento de rotación de la tierra en 24 horas sobre su propio eje, y el movimiento de traslación del planeta en torno al sol en su órbita anual de 365 días.

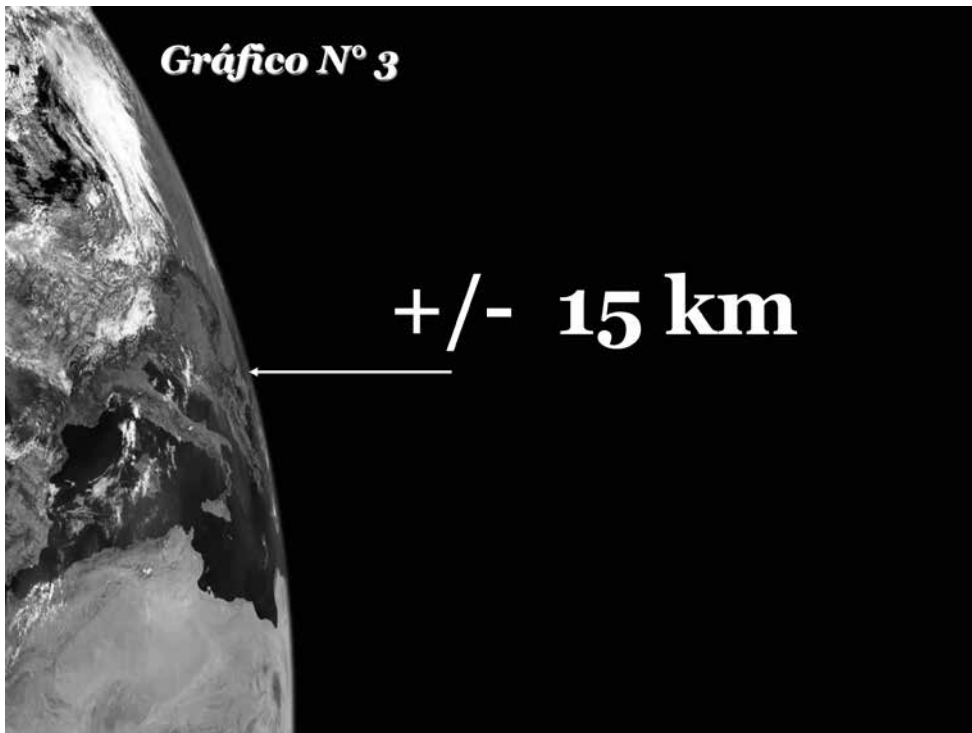
El Gráfico N° 2 muestra la verdadera visión de nuestro planeta mirado, por ejemplo, desde un satélite. En todas las tres miradas, lo predominante en ellas es la



supremacía de los océanos en comparación con los continentes emergidos. Sólo la superficie del Pacífico es mayor a aquella de todos los continentes emergidos sumados (Pacífico: 180 millones de km², versus 150 millones de km² de todas las tierras). Es decir, hay 2,3 veces más superficie oceánica que continental, condición que asegura una disponibilidad prácticamente ilimitada de aguas.

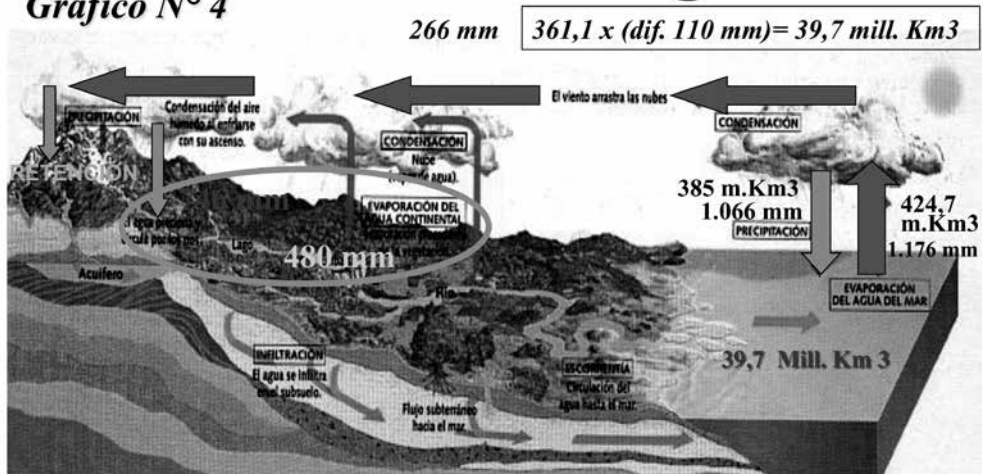
El Gráfico N° 3 señala, a escala real, la proporción de la atmósfera respecto a la tierra. En efecto, con un grosor de unos 15 km, la atmósfera equivale tan solo al 0,24% del radio terrestre (6.370 km). En síntesis, los Gráficos 2 y 3 dan cuenta directa e inequívoca de las dimensiones, de la escala gigantesca del planeta que habitamos.

A su vez, el Gráfico N° 4, el llamado **Ciclo Hidrológico**, nos permite profundizar y fundamentar con mayor precisión nuestras respuestas a las 4 interrogantes formuladas anteriormente. Este ciclo representa la secuencia dinámica permanente que se produce entre evaporación, saturación, condensación y precipitación del agua en el mundo. En efecto, de toda la evaporación (paso del agua líquida a vapor de agua) que se produce sobre los océanos (promedio anual de 1.176 mm), el 90% (1.066 mm) se vuelve a precipitar directamente sobre los océanos. Es decir, el Ciclo Hidrológico se despliega, casi en su totalidad, al margen de los continentes y, así, sin la intervención del ser humano. Los océanos son, de tal forma, los grandes pulmones naturales responsables de la renovación del ecosistema global. Ello vuelve a corroborar la impronta acuática y no terrestre de nuestro planeta. Dicho de otra forma, recalca el carácter natural de una dinámica que obra al margen de alguna influencia humana sustantiva y perdurable. Solo el 10% de lo evaporado de los mares penetra los continentes y forma parte del llamado **Ciclo Hidrológico Continental** (terrestre), o si se quiere, aquel que sí está afecto a una influencia del hombre.



Ciclo Hidrológico

Gráfico N° 4



- Cantidad promedio anual de agua circulando en el planeta = 496.000 Km³
- Cantidad promedio anual de vapor de agua en la atmósfera = 13.000 Km³
- El agua en la atmósfera recircula 38 veces al año ($496.000 : 13.000 = 38$ vueltas)
- En promedio, el agua recircula una vez cada 9,6 días ($365 : 38 = 9,6$ días)

¿se puede acabar el agua?

De ese gráfico se desprende que:

- La cantidad promedio anual de agua circulando en el planeta es 496.000 km³
- La cantidad promedio anual de vapor de agua en la atmósfera es de 13.000 km³
- El cociente entre ambas cifras anteriores señala que el agua en la atmósfera recircula 38 veces al año
- En promedio, el agua se renueva una vez cada 9,6 días ($365 : 38 = 9,6$ días)

En consecuencia, el Ciclo Hidrológico y el Ciclo Hidrológico Continental aseguran una perfecta reposición de agua fresca sobre los continentes, en lapsos de tiempo relativamente cortos. Se concreta así un efecto renovador y purificador natural de la atmósfera.

El Gráfico N° 5 **Explosión Demográfica y Urbanización de la Tierra 1800-2000** nos entrega luces sobre la relación respecto a la cuarta interrogante inicial, a saber:

¿Es la concentración de la población en ciudades el gran problema del agua?, y cuya respuesta había sido un contundente y definitivo sí.

El gráfico revela que mientras la población mundial en estos doscientos años (1800-2000) creció 7 veces, pasando de 906 millones el año 1800 a 6.350 millones el 2004, la urbanización del planeta (es decir, la concentración de la población en ciudades) aumentó 18 veces en igual período. También indica el gráfico que mientras el año 1950 solo Nueva York y Tokio tenían más de 10 millones de habitantes, el año 1975 se incorporaba Ciudad de México, llegando el mundo al año 2005 con más de 20 ciudades con más de 10 millones de habitantes.



Hoy se estima que cerca de dos tercios de los 7 mil millones de la población mundial viven en ciudades. Incluso China ha reportado recientemente que por poco el 50% de sus 1.339 millones corresponde a población urbana.

Entre otras múltiples consideraciones de diversa naturaleza, esta dinámica ha determinado al menos tres grandes desafíos respecto del recurso agua en nuestro planeta. En primer lugar, estas grandes megalópolis demandan cantidades de agua que exceden por mucho las disponibilidades naturales de los lugares donde ellas se asientan. Pero de este hecho no debe colegirse necesariamente que se estaría acabando el agua en nuestro planeta. Por el contrario, el desafío de asegurar el suministro de agua a la población ha estado presente siempre entre las necesidades más apremiantes para los hombres, desde los orígenes de la historia de la cultura. Incluso más, gobernar se fundaba, en muchas de esas sociedades, en una trilogía compuesta por garantizar la provisión de agua, alimentos y defensa (seguridad) a sus ciudadanos.

La necesidad de construir canales aductores de agua desde largas distancias fue una tarea propia desde Mesopotamia en adelante, pasando por Egipto, en el tiempo de los romanos y de los árabes, entre otros. Para todos ellos y muchos otros el manejo del agua representó siempre una señal de desarrollo, progreso y sofisticación técnica.

Aquello que sí es inédito debido el tamaño poblacional y geográfico de las actuales aglomeraciones urbanas, es que se ha desacoplado la velocidad de reciclaje y de autorregeneración y limpieza natural que tiene todo ecosistema, respecto de la velocidad con que las ciudades están cargando y alimentando esos ecosistemas con contaminación de diversa índole. Así, el habitante urbano del presente siglo no es más sucio ecológicamente hablando que sus antecesores. En absoluto. Es fácil demostrar que es

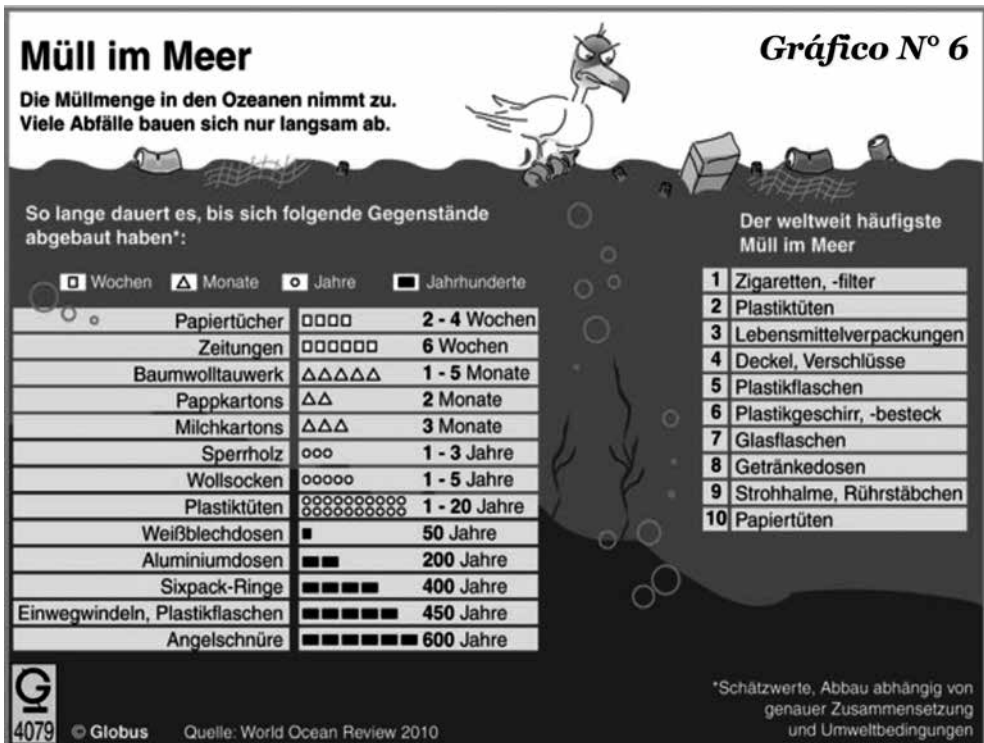
ecológicamente más limpio y educado que cualquier ciudadano de épocas anteriores. Lo que sucede es que la gran aglomeración urbana presiona desmesuradamente su entorno, como consecuencia de una carga de millones de habitantes. Por consiguiente, individualmente contemplados, cada ciudadano no es contaminador. Sin embargo, estas gigantescas aglomeraciones, las megalópolis, están muy contaminadas y registran niveles inéditos de contaminación.

El Gráfico N° 6 dimensiona un proceso en marcha que efectivamente es un serio problema contemporáneo a nivel mundial. Se trata de la contaminación progresiva de los océanos con elementos con características tales que su reciclaje demanda tiempos extremadamente largos de regeneración. Estos tiempos van desde semanas hasta años e incluso siglos. También señala el gráfico cuáles son los diez principales y más comunes contaminantes que se están vertiendo en los océanos.

Los datos señalados están avalando la respuesta a la tercera interrogante planteada inicialmente, a saber: **¿Se está ensuciando el agua?**, y cuya respuesta es un evidente sí.

De acuerdo con estimaciones indirectas concernientes a la disponibilidad de agua potable de la población mundial actual, se ha llegado a un amplio consenso en señalar que alrededor de mil millones de personas carecerían de abastecimiento de agua potable.

El mayor uso del agua en el mundo corresponde –por lejos– a la agricultura, luego a la industria, el uso doméstico de los hogares y, finalmente, su uso en la minería. En Chile las cifras no difieren mayormente de esta estructura mundial. En el país el 84,6% del agua se destina a regadío agrícola. La industria consume el 6,5%, los



hogares el 4,4% y la minería el 4,5%. De los 30 millones de hectáreas de la superficie agrícola del país se riega tan solo el 3,3% de ella, que equivalen a 1.093.993 hectáreas. El 72,2% de ellas (789.902 há) son regadas gravitacionalmente (muy ineficiente). El restante 27,8% corresponde a riegos presurizados (304.091 há).

En la categoría de riego gravitacional destaca la modalidad de “riego tendido”, que es particularmente ineficiente. El 41,45% del millón de hectáreas que se riegan en el país lo hace por este método arcaico e ineficaz.

Señor presidente, a modo de conclusión de mi exposición me permito reiterar algunos aspectos que nos permiten tener una visión global sobre el tema tratado.

1. No hay razones objetivas que permitan afirmar que se está acabando el agua, debido a que nuestro planeta está constituido en más del 71% de su superficie por océanos.
2. Todo en la tierra está hipotecado por la fuerza de gravedad que impide poder salirse de este verdadero circuito ecológico cerrado en que funciona nuestro planeta.
3. La naturaleza tiene una capacidad natural de autorregenerarse.
4. La concentración de la población en megalópolis ha determinado un creciente problema de contaminación de las aguas.
5. La ubicación de estas grandes aglomeraciones no coincide necesariamente con las regiones de más disponibilidad de aguas.
6. Es posible observar que se están vertiendo contaminantes a los océanos a una velocidad mayor a la capacidad que ellos tienen de autolimpiarse.
7. Existe, por todas las razones anteriores, una presión sobre el recurso agua que puede dejar la sensación de que este recurso se estaría acabando. Esto último debe ser descartado, pero no así la idea de que el agua se está ensuciando.
8. Debido a que la demanda mayoritaria por este elemento proviene de un uso agrícola, la innovación y el uso de tecnologías de riego más eficientes es capaz de descomprimir las eventuales estrecheces de este recurso.
9. Todos los estudios prospectivos sobre esta materia señalan coincidentes que la humanidad está ad portas de un uso masivo de agua de mar desalinizada.

Le reitero, señor presidente, mis agradecimientos por la oportunidad de haber podido dirigirme a tan distinguida audiencia.

SITUACIÓN DEL AGUA EN EL MUNDO

Exposición del Prof. Luis Gurovich
Abril 25, 2011

Agradezco en primer lugar la invitación de la Academia, porque es una gran oportunidad para expresar algunas inquietudes sobre el tema del agua, que tiene una trascendencia transversal con muchas disciplinas del quehacer humano. Yo voy a dedicar más tiempo al tema social, legislativo y moral que está detrás de la problemática del agua, agradeciendo al Prof. Ricardo Riesco por los antecedentes estadísticos sobre el tema, que presentó previamente en esta oportunidad,

El agua constituye la vida misma, ya que sin agua no hay ninguna posibilidad de vida. La gestión del agua es una consideración importante, porque hoy la situación del agua en el mundo está definida por una sola palabra: escasez. Felizmente, en nuestro país no tenemos aún esa situación de escasez prácticamente en ninguna parte en forma extrema.

La causa de la escasez hídrica es muy concreta: en menos de 50 años la economía mundial, incluyendo el aumento de la población, ha aumentado 7 veces, por lo que la presión sobre el recurso es acelerada y esto nos ha llevado a una situación compleja.

La población del mundo ha aumentado de 2.300 millones a 6.300 millones de personas en 60 años, y el consumo de agua promedio ha aumentado de 400 a 800 metros cúbicos por habitante al año. Estas cifras son muy importantes, porque indican cómo ha mejorado la calidad de vida de la gente, que siempre va asociado a un mayor consumo de agua.

Hoy ya no nos podemos centrar en resolver el problema de los recursos hídricos sobre la base de buscar nuevas fuentes de agua, sino centrar los esfuerzos en la gestión de la demanda de agua, esto es, en el ahorro del uso indiscriminado e irracional del recurso, poniendo especial énfasis en la pregunta: ¿En qué estamos gastando el agua? Entonces, el agua deja de verse como un recurso, sino que es un elemento básico del ecosistema, complejo, y global.

En la agricultura se proyecta un aumento en el consumo hídrico, pero es en el consumo urbano que el aumento futuro es tremendamente grande; lo mismo ocurre con la industria, que incluye en Chile preferentemente a la actividad minera. Pero no debe olvidarse que la gran cantidad del agua es consumida por la agricultura, mucho más que por la actividad urbana e industrial.

El 97% del agua está en los mares y océanos pero con una salinidad tal que no es compatible con la vida humana. Del 3% restante, solo un tercio, esto es, 1% del total está realmente disponible para nuestras actividades como "agua dulce disponible". El 2% adicional se encuentra en los casquetes polares o en napas subterráneas por debajo de los 1.000 m de profundidad, por lo que su uso es económicamente imposible.

Actualmente se explota solo el 50% del agua dulce disponible, por supuesto es la de menor costo de extracción, y todavía queda el 50% que no se utiliza y eventualmente vuelve al mar, cerrándose así el ciclo hidrológico. Estas cifras indican que hay un camino que explorar antes de poder sostener que enfrentamos un desastre de proporciones globales por escasez de agua.

A nivel global, para el año 2050 hay una proyección de declinación en el consumo de agua en la agricultura y un aumento en el consumo doméstico e industrial. Sin embargo, un estudio del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo realizado el año 2004 llegó a las siguientes conclusiones:

1. 1.200 millones de personas no tienen acceso a fuentes protegidas de aguas; esto es, un tercio de la población mundial.
2. En la mayor parte de las regiones el problema radica en una dificultad de disponibilidad y captación del agua.
3. Existe una creciente desigualdad en la disponibilidad hídrica entre diferentes regiones del planeta.

Kofi Annan, ex-Secretario General de las Naciones Unidas, al presentar este estudio, expresó: “el acceso al agua apta para el consumo es una necesidad fundamental y, por lo tanto, es un derecho humano básico”.

Hay una tremenda diferencia dentro de los continentes. En América del Sur existe una situación privilegiada con respecto al resto. Hay zonas más complicadas con respecto a la falta de agua para el futuro próximo, lo que significa que otros 800 millones de personas van a tener problemas de abastecimiento con el agua, si usamos la información de que 1.000 metros cúbicos por persona es lo mínimo necesario por año para tener un nivel de vida aceptable, según cifras de Naciones Unidas. En Oceanía hay 5 veces y 0,6 veces en Asia, o sea, hay una diferencia de un orden de magnitud en ambas disponibilidades.

¿En qué se consume el agua? Se consume en la agricultura, en el consumo industrial y en el consumo doméstico o urbano. El agua se utiliza para el consumo potable, para la industria, especialmente para la minería y en la generación de energía eléctrica, pero en este último caso es un uso no consuntivo, ya que el agua, después de mover las turbinas de generación, vuelve al cauce natural. En el caso de la minería, agricultura y la ganadería, el uso del agua es consuntivo.

El agua dedicada a la producción de alimentos es el 65% del total, en el uso urbano es 10%, en la generación de energía eléctrica, 10% y el otro 15% es utilizado en la industria. Cualquier cosa que hagamos para mejorar la disponibilidad de agua pasa por mejorar el uso del agua en la agricultura: si se incrementa la eficiencia del uso agrícola en la producción de alimentos en tan solo 10% se resuelven todos los problemas de demanda de agua hasta el año 2070.

Las Naciones Unidas considera –como decíamos anteriormente– que 1.000 metros cúbicos por año por habitante es una disponibilidad mínima; los países que tienen menos que esa cantidad se consideran como deficitarios y los países que tienen menos de 500 m³ se dice que están afectados por una absoluta escasez de agua.

Veamos la situación de diferentes países. En el caso de China la situación se mantendrá más o menos similar, en cambio Egipto tenía 1.000 y ahora va en 800, Israel partió con un superávit y hoy es uno de los países con menor cantidad de agua

disponible y actualmente 30% de sus necesidades se están obteniendo a partir de la desalinización del agua del mar.

29 países, con una población total de 500 millones de habitantes, son deficitarios y son los países que tienen el mayor crecimiento de su población; 11 de estos países están en África y 7 millones de personas mueren por alguna enfermedad asociada al agua, según la OMS.

Hay muchos países en que el costo del agua está determinado por metro cúbico consumido; en Chile no estamos en ese predicamento, pero tenemos casos como Alemania en que el valor es US\$ 1,99 por metro cúbico.

En los últimos 3 años se ha producido una nueva tecnología para desalinizar el agua, de tal manera que desalinizar un metro cúbico de agua cuesta 67 centavos de dólar, o sea, en estas partes del mundo en que se está pagando más por el precio del agua podría desalinizarse el agua del mar y ahorrar un poco con ello.

Se reunieron científicos de 50 países para analizar el tema del agua, llegando a la conclusión que este tema es tan importante como el problema del cambio climático. Si se continúa con la tendencia actual del consumo de agua, a 20 años se va a utilizar 40% más de agua dulce que en la actualidad. La cantidad de personas que viven en países con escasez pasará de 470 millones a 3.000 millones al 2025.

La mayor cantidad de los problemas está en la gestión en vez de la escasez. El agua está, pero se gestiona mal. Hasta el 50% del agua en las zonas urbanas y hasta el 60% que se utiliza para la agricultura se desperdicia por la evaporación.

Para alimentar a la población del mundo se va a requerir de 17% más de agua para el riego. Pero si aumento en 10% la eficiencia de riego podemos duplicar el abastecimiento de agua potable. Es decir, tenemos en nuestras manos las herramientas para evitar esta situación de escasez.

Las dos únicas fuentes adicionales de agua dulce son:

1. **La desalinización, nuevas tecnologías.** Este es un proceso que demanda mucha energía y por el momento no se encuentra en práctica para fines agrícolas, sino solo para consumo urbano e industrial, circunscrito a muy pocas regiones en el mundo.

2. **La síntesis electroquímica** de dos átomos de hidrógeno y un átomo de oxígeno: si alguien se quiere ganar el Premio Nobel no tiene más que inventar la tecnología necesaria para lograr esta síntesis.

¿Qué involucra el tema de los recursos escasos? involucra abordar problemas culturales y éticos de igualdad de derechos de utilización, y disminuir los desequilibrios espaciotemporales, reducir la degradación de las aguas subterráneas y superficiales, regular la competencia intersectorial, resolver disputas interregionales e internacionales; estas son frases muy bonitas, pero si uno se pone a pensar un segundo en qué hay detrás de estas, se da cuenta que son temas realmente muy complejos.

Desde el punto de vista jurídico, el agua es un bien nacional de uso público; otra gente dice que es un derecho para la humanidad, pero la pregunta es ¿quién es el dueño del agua? y ¿quién administra su uso? Estas respuestas son fundamentales para la gestión del agua.

La legislación chilena establece claramente que el Estado de Chile es el dueño del agua. Pero asigna derechos de aprovechamiento a perpetuidad gratuitamente a ciertas personas.

La crisis del agua está afectando la seguridad del mundo, porque se dice que las próximas guerras van a ser por agua y no por petróleo, porque es un elemento indispensable. También está alterando la posibilidad de tener una vida estable y no son pocas zonas del mundo que han tenido que ser abandonadas porque ya no hay agua, porque no hay fuentes de trabajo, salud y la gente tiene que emigrar y dejar ahí el esfuerzo de varias generaciones. También está el tema de sustentabilidad del medio ambiente.

En el contexto de las irregularidades que se presentan por el uso del agua, la gestión de agua se basa solo en transacciones con criterio de asignación de mercado y en estos casos se ha señalado una constante expresión en zonas de escasez. Nosotros nos enteramos a veces por los diarios que hay grupos económicos, transnacionales, que tendrían legalidad sobre los derechos de agua que utiliza la población. Sin embargo, en nuestro país no hay problemas serios de falta de agua, pero hay países en que se ha llegado a conflictos muy sangrientos.

Por lo tanto, la gestión del agua tendrá que ser más flexible con la posibilidad de llegar a tener un mercado ordenado. Esto es apuntar a una subvención estatal complementaria a la actividad productiva del sector privado. Básicamente, un mercado ordenado consiste en que se asigne un porcentaje de agua a cada actividad y dentro de cada actividad el libre mercado determinará quién será el dueño de los usos de aprovechamiento. Pero en este momento compiten todos con todos, porque la agricultura no tiene cómo competir con una empresa de agua potable, porque esta empresa compra derechos de aguas con un horizonte de planificación de hasta 100 años, más aún teniendo presente que va a tener que seguir dando un servicio y además recibe de cada uno de nosotros la cuenta que pagamos. Por lo tanto ambas actividades no concurren al mercado con la misma fuerza y eso está empezando a producir algunos problemas de distribución.

Eficiencia, ¿qué podemos hacer para mejorarla? Usamos el 50% del total, los embalses ahora son más caros, pero todavía podemos hacer algo para juntar el agua del invierno y utilizarla en el verano. Por suerte eso es parte del agua que utilizamos para la generación de electricidad, lo que hace más rentable la posibilidad de construir embalses.

Las técnicas de riego más eficientes pueden ayudar enormemente y con la técnica de riego por goteo Chile es un país líder con relación a la cantidad de superficie que se riega por este método, estamos dentro de los 3 primeros del mundo, con más de 10% de nuestra superficie. Recuerden que 70% del agua se usa en la agricultura y todo lo que hagamos en la agricultura repercute en el resto de los usuarios.

Cultivos más eficientes, biotecnología y cultivos adaptados al medio, selección de cultivos con más racionalidad. Se eliminan las pérdidas de un sistema de transporte y de almacenamiento del agua dulce. Hoy en Chile hay una sola ciudad que va a tener un tratamiento de 100% de sus aguas servidas antes de volver al río: Santiago.

¿Cuáles son los problemas de esta demanda incontrolable de la población y de nivel de consumo?

Hay causas económicas y ecológicas, existiendo un punto donde es más barato explotar nuevas fuentes alternativas del agua. Desde el punto de vista de la eficacia, el traspaso del agua desde una cuenca a otra, que es lo que estamos viendo con la

energía eléctrica, se puede hacer también con el agua. Esto se hizo en China en los años 1300 a 1400 con la construcción del Gran Canal; se calcula que murieron unos 50 millones de esclavos para hacer este canal excavado en el suelo, y con ese canal se salvó a la población china de la hambruna.

Regulación y ordenamiento del mercado. Eliminar subvenciones, que cada cual pague lo que consume y el mercado va a primar los usos más racionales. A veces se dice que Chile es una potencia agroalimentaria, pero se necesita agua para eso. Por lo que debemos tener una política que determine cuánta agua se ocupará para cada actividad como la agricultura, la industria, etcétera.

Aspectos tecnológicos. La desalinización del agua de mar –ya les mencioné el tremendo impacto que hemos tenido en ese sentido en cuanto a la reducción de costo. Hay aspectos ecológicos, porque producir energía barata puede producir contaminación.

Por último, lo más terrible es que si uno no tiene agua toma la del vecino, por lo que los conflictos por el agua serán un tema preocupante.

Para terminar, el año pasado se publicó un par de artículos interesantísimos, en revistas muy importantes, que pueden revisarlos para profundizar el tema: *The Economist*, *Scientific American* y *National Geographics* (2010) y un libro extraordinario que se llama *La Globalización del agua* y que tiene un par de antecedentes valiosos; a modo de ejemplo, desarrolla la idea que el agotamiento y la contaminación de los recursos a escala local están asociados a la estructura de la economía mundial, ya que al desarrollarse el comercio entre los países se consume más agua para producir bienes. Así, estamos exportando agua junto con la fruta que mandamos afuera e importamos agua con las máquinas que compramos de afuera que se hacen con acero y para hacer acero se gasta mucha agua. Cabe preguntarse si el comercio internacional permite mejorar la gestión eficiente del agua o si simplemente desplaza el peso ambiental al otro lado del mundo.

El uso del agua se mide mediante la “huella hídrica”, que es un indicador basado en el consumo. Esta herramienta pone de relieve la justa relación entre el consumo nacional y el uso del agua en el resto del planeta, lo que permite encontrar países que son dependientes del agua.

CONCLUSIÓN

La crisis por la que atraviesa el planeta nos compromete a desarrollar políticas sustentables. El ingenio es evidente para adelantarnos a consecuencias dramáticas de la escasez de estos recursos.

VIDA PRIVADA E INFORMÁTICA. SOBRE LA “CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL HABEAS DATA”

Renato Jijena Leiva
Profesor Derecho Informático PUCV

I. INTRODUCCIÓN Y ACLARACIONES

Es necesario hablar de “privacidad” y no de “confidencialidad” (como lo hace la convocatoria a este coloquio en la Academia Chilena de Ciencias Sociales, Políticas y Morales, porque la primera es la garantía fundamental que poseen las personas cuyos datos personales son “tratados” ilegal y abusivamente mediante la “informática” y la “telemática”).

La “confidencialidad” es un atributo que pueden poseer los sistemas informáticos o elementos como los correos electrónicos, cuya violación en Chile es constitutiva del delito del artículo 2° de la Ley N° 19.223.

De cara a las Garantías Constitucionales, la privacidad nos lleva al ámbito del artículo 19 N° 4; la confidencialidad y una posible esfera de secreto, eventualmente al concepto de “toda forma de comunicación privada” a que alude el artículo 19 N° 5 de la Carta Fundamental.

Hipótesis de trabajo: ¿Es necesario proteger legalmente la privacidad de las personas cuyos datos nominativos y sensibles pueden ser recopilados, procesados, almacenados, perfilados o cruzados sin autorización de su titular y con fines de lucro? ¿Vivimos “la era de la no intimidad”; es real el problema; es pura teoría; es necesario regular el mercado del tráfico de bases de datos personales; son diligentes los órganos del Estado en su calidad de “responsables de bases de datos”? ¿Hay casos concretos de abusos que requieran una legislación ad hoc, emanada de la definición previa de una Política Pública?

¿De qué tipo de antecedentes estamos hablando?: ...nombres y apellidos, RUT, edad, domicilio, sexo, estado civil, grupo familiar, estudios, profesión, credo religioso, etnia, opción sexual, filiación política, estados de salud, datos biométricos, renta/ingresos, patrimonio/activos, deudas/créditos, morosidad y protestos (insolvencia), pasatiempos, viajes, hábitos como consumidor, etc. ¿Cuáles serían parte de la esfera social y cuáles de la esfera privada de la sociedad chilena del siglo XXI?

Artículo 2° Ley N° 19.628; definición legal de datos “personales”: “f) Datos de carácter personal o datos personales, los relativos a cualquier información concerniente a personas naturales, identificadas o identificables”. El dato personal o nominativo puede ser de mayor importancia o sensibilidad como ocurre con la filiación política, el credo religioso que se profesa, los antecedentes laborales, la situación de salud, los datos biométricos (huella digital), las acciones que se poseen, los impuestos pagados, etcétera.

II. PRINCIPIOS Y DERECHOS FUNDAMENTALES EN MATERIA DE TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES. LA “AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA” Y EL “DERECHO DE ACCESO O HABEAS DATA”

Suele afirmarse que el abuso de las posibilidades computacionales constituye la amenaza por excelencia contra la intimidad, porque cruzándose telemáticamente datos personales o nominativos puede obtenerse un perfil de las personas cuyos antecedentes son procesados. Esta imagen inmaterial del titular de los datos debe ser resguardada porque puede ser creada errada o dolosamente, lo que eventualmente se traducirá en discriminaciones, en la imposibilidad de ejercer algún derecho, o en la pérdida de algún beneficio.

Conceptualmente, un dato es un antecedente que da cuenta de un hecho o de una característica determinada. El conjunto organizado de datos constituye información y, sociológicamente hablando, un nuevo bien económico de alto valor y una forma de poder.

Un dato es personal o nominativo cuando permite identificar cualquiera característica de una persona para relacionarse en sociedad, por ejemplo al consignarse en una guía de teléfonos datos generales, o cuando son de mayor importancia o sensibilidad como ocurre con la filiación política, el credo religioso que se profesa, los antecedentes laborales, la situación de salud, la mayor o menor riqueza, las operaciones comerciales que se realizan, las acciones en empresas que se poseen, los depósitos en cuenta corriente o a plazo, los impuestos pagados, etcétera.

¿Un conflicto fundamental?. Por un lado está el legítimo interés de aquellas personas cuyos datos nominativos se procesan computacionalmente, en resguardar su vida privada y la necesaria confidencialidad de antecedentes como sus creencias religiosas, su filiación política, sus tendencias sexuales, su estado de salud, el monto de su patrimonio, etc. Por el otro, un interés –también muy legítimo– que poseen los gobiernos y los particulares para acceder a cierta información: ...los Estados para cumplir con sus fines promocionales y asistenciales de orden público, como por ejemplo saber quiénes tienen SIDA al momento de fijar políticas de salud; y los particulares, generalmente constituidos en empresas de servicios o entidades gremiales, que para asegurar la vigencia de un orden público económico necesitarán conocer los antecedentes comerciales irregulares o negativos de las personas que actúan en la vida comercial.

Se trata, por ende, de lograr un equilibrio y establecer límites entre el derecho a la intimidad que consagra el artículo 19 N° 4 de la Constitución y un derecho a la información –consagrado en el artículo 19 N° 12– fundado en razones de orden público.

La interrogante a dilucidar o la hipótesis de trabajo, en consecuencia, puede ser la siguiente: ¿cómo conciliar el Derecho a la Información con el Derecho a la Intimidad?; ¿cómo equilibrar por un lado la máxima libertad o acceso a la información con un adecuado resguardo de la privacidad?. Se trata de una cuestión importante por cierto, no de meras disquisiciones teóricas o doctrinarias, porque si bien es cierto el orden público social y económico de una Nación requiere que tanto el Estado como los particulares manejen determinados datos personales, sea para fijar políticas de salud o para evitar la morosidad comercial, esto no puede traducirse, al extremo, en abusos contra las personas. Así ha ocurrido con la información comercial o sobre los

antecedentes patrimoniales de los chilenos, que en base a inexistentes argumentos legales o erradas interpretaciones constitucionales hasta antes de la ley era procesada y comercializada sin límite alguno¹ y hoy, al tenor de la nueva ley aprobada que se informa, se hace con límites mínimos o meramente formales.

La respuesta doctrinaria ha sido la formulación de un nuevo concepto del Derecho a la Intimidad, que surge frente a la llamada o reclamada libertad informática o de procesamiento de datos personales-nominativos; que deja de lado el enfoque individualista o negativo con que fue concebido para plantearse desde una perspectiva socializadora y positiva (ya no es “el derecho a ser dejado a solas”); y que se concibe como la posibilidad de que los ciudadanos titulares y propietarios de los datos que les conciernan controlen el uso y el eventual abuso de los antecedentes que a su respecto sean recopilados, procesados, almacenados y cruzados computacional y telemáticamente.

Los órganos estatales y las empresas comerciales que a partir de nuestro número de identificación nacional procesan información personal, se han preocupado de aclarar que ellos solo estarían manejando o procesando ciertos “datos públicos”. Esto es delicado, porque el límite entre la esfera privada y la esfera social o pública de una persona no se ha establecido legalmente con claridad, y porque el problema de los cotidianos atentados contra la vida privada, la igualdad laboral, la igualdad ante la ley y la libre iniciativa en materia económica –para nombrar algunas garantías fundamentales afectadas– surge cuando se cruzan computacionalmente y con toda facilidad antecedentes personales y se elaboran perfiles.

En la medida que un particular consienta o una norma legal establezca que ciertos datos o antecedentes personales sean susceptibles de conocerse², estos pasarán a formar parte de una esfera social o pública porque lo vincularán con la sociedad.

En el caso contrario, esto es, si cada titular de los datos que lo individualizan opta por mantenerlos reservados o no existe una ley que por razones de orden público permita expresamente conocerlos³, tales antecedentes, que les pertenecen⁴, serán parte de una esfera íntima o reservada que no puede ser atisbada, procesada o conocida por particulares, por empresas que quieran comercializarlos e incluso por órganos estatales. Dichos datos en Chile están protegidos por la esfera íntima que consagra la garantía del artículo 19 N° 4 de la Constitución.

¹ Con ocasión de la interposición de recursos de protección en contra de la empresa DICOM S.A. se ha argumentado, sobre la base de interpretar las Actas de la Constitución de 1980 pero sin fundamento serio, que la Carta Fundamental distinguiría entre un patrimonio moral y un patrimonio económico de las personas; por ende –lo que es un absurdo y una falacia, porque el debate nunca fue abordado por el Constituyente y porque entre los años 1977 y 1979 el problema del procesamiento computacional de datos personales no existía–, ciertos datos que conformarían el primero serían reservados y el segundo comprendería toda la información comercial/nominativa que sería pública, tendiendo la sociedad derecho a conocerla y DICOM a recopilarla, procesarla, cruzarla y comercializarla.

² Pensemos en los siguientes datos: número de teléfono; profesión; filiación política; origen étnico; situación laboral; cotizaciones previsionales; monto de impuestos declarados; créditos bancarios obtenidos; viajes realizados; valores transados en la Bolsa; participaciones en sociedades; etcétera.

³ Tal es el caso del prontuario o registro de condenas, de la base de datos del Servicio de Registro Electoral, del Boletín Comercial de la Cámara de Comercio de Santiago, etcétera.

⁴ A propósito de los datos patrimoniales, desde 1929 a la fecha la Superintendencia de Bancos ha sostenido que uno de los atributos del dominio lo constituye la facultad exclusiva del dueño para permitir o impedir a terceros que se impongan o no de sus negocios.

Se produce –doctrinaria y legalmente– la conciliación entre el Derecho a la Intimidad y el Derecho a la Información por medio del control que para el titular de los datos posibilita el denominado Derecho de Acceso o Habeas Data, una nueva garantía fundamental (o un nuevo mecanismo de resguardo y tutela) que contemplan en el Derecho Comparado tanto algunas Cartas Fundamentales como las llamadas Leyes de Protección de Datos, y una consagración del principio de la autodeterminación informativa.

El Habeas Data es una acción cautelar de rango constitucional, heredera de otro recurso y tan importante como el Habeas Corpus, que en las modernas sociedades de la información permite a los titulares de los datos personales y patrimoniales –al decir de una sentencia histórica del Tribunal Constitucional alemán– “autodeterminar” el uso que se haga de sus antecedentes cuando ellos son recopilados, registrados y cruzados computacionalmente.

Atendida la relevancia de este Derecho de Acceso él ha sido consagrado en tratados internacionales y en Constituciones como las de Portugal, España, Paraguay y –en 1994– en Argentina, considerándosele como un instituto del derecho procesal constitucional del que conocen órganos autónomos ad hoc y los Tribunales Superiores de Justicia. Porque de lo que se trata es de proteger la intimidad de las personas.

III. PRIVACIDAD Y PROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS DATOS PERSONALES O NOMINATIVOS. EL HABEAS DATA EN LA LEY N° 19.628 DE CHILE

1. Ley N° 19.628, sobre tratamiento de datos personales y protección de la vida privada.

1.1. Contenido y estructura.

“En agosto de 1999 se aprobó la **Ley N° 19.628** sobre Protección a la Vida Privada, transformándose Chile en el primer país de América Latina en contar con legislación respecto al tema. Esta ley fue modificada el año 2002 por la **Ley N° 19.812** en materia de datos personales comerciales y económicos, estableciendo límites a las empresas tratadoras de esta información para comunicar datos de deudores de casas comerciales o del sistema financiero con el objeto de facilitar la reinserción laboral”.

Se afirma por muchos que la intención del legislador con ambas leyes, fue otorgar una real garantía de protección a los ciudadanos, pero en la práctica esta legislación ha sido insuficiente pues sólo se ha regulado el tratamiento de datos y no el derecho de titulares a controlar los mismos, que es, por cierto, la premisa que se recoge en los fundamentos de uno de los proyectos de ley que a esta fecha buscan modificar la Ley N° 19.628.

La Ley N° 19.628 consta de un Título Preliminar sobre Disposiciones Generales (artículos 1º, 2º y 3º); de un Título I sobre la Utilización de Datos Personales (artículos 4º al 11); de un Título II sobre Derechos de los Titulares de Datos (artículos 12 a 16); de un Título III acerca de la Utilización de Datos Personales relativos a Obligaciones de Carácter Económico, Financiero, Bancario o Comercial (artículos 17 a 19); de un Título IV sobre Tratamiento de Datos por Organismos Públicos (artículos 20, 21 y 22); de un Título V acerca de la Responsabilidad por las Infracciones a esta Ley (artículo 23); de un Título Final que modifica el Código Sanitario (artículo 24); y de tres disposiciones transitorias.

En esencia, existen datos personales o nominativos que le pertenecen a sus titulares y que son tratados manual o automatizadamente, tanto por órganos públicos como por empresas o personas particulares, a quienes la ley califica como responsables del registro o banco de datos.

La regla general formalmente declarada por el texto legal es que dicho tratamiento de datos personales solo puede hacerse en virtud de autorización legal o del titular de los datos, pero del contexto de las normas se desprende que la mayoría de los datos provienen de fuentes de acceso público (por lo cual no se requiere de autorización para su tratamiento) y se consagran importantes y amplias excepciones sobre todo en materia de datos personales-patrimoniales, lo cual transforma a la regla general en una mera declaración de principios.

El mecanismo de resguardo recogido parcialmente del Derecho Comparado se denomina Derecho de Acceso o Habeas Data, y este, después de ejercerse ante quien aparezca como responsable sólo puede reclamarse ante los tribunales ordinarios de justicia.

El artículo 1º establece que se sujetará a las disposiciones de esta ley el tratamiento de los datos de carácter personal, definidos por el artículo 2º como los relativos a cualquier información concerniente a personas naturales identificadas o identificables, contenidos en registros o bancos de datos y procesados tanto por organismos públicos como por entidades particulares.

La ley chilena sobre protección de datos personales, N° 19.628 del año 1999, fue redactada con la asesoría directa de grupos, gremios y empresas interesadas en asegurar el negocio que constituye el procesamiento de datos personales, lo que se sumó al desconocimiento de los parlamentarios que la impulsaron. Estas afirmaciones resultan evidentes del análisis comparado con las dos normas en que los parlamentarios dijeron haberse fundado, la ley francesa de 1978 y la española de 1992, con las cuales existen diferencias radicales, de forma y de fondo.

Las causas de la falta de real aplicación de la ley en Chile se deben a sus graves errores de fondo y de estructura, que desde 1999 han impedido su vigencia efectiva. A la ley chilena le faltan aspectos orgánicos esenciales, como la existencia de un registro de bases de datos particulares, de un ente fiscalizador, de un procedimiento de reclamo administrativo y de sanciones eficaces. La norma ha transformado al Habeas Data en una mera declaración de intenciones, ya que por la vía de las excepciones y por establecer como regla general una enorme libertad en materia de procesamiento de datos personales, se permite su "tratamiento" sin autorización de los titulares.

A lo anterior se agrega que el derecho de acceso se sometió a la competencia de los tribunales y no de un ente administrativo eficaz y especializado (cuando en contrario, incluso se había propuesto una Superintendencia de bases de datos); y porque "para no encarecer los costos del negocio", dicen las actas, se eliminó la obligación de que se informara una vez al año a los titulares de los datos sobre su procesamiento, con lo cual se permitió el anonimato que hoy cubre el tráfico indiscriminado de información nominativa.

Aunque el tema de los "datos personales o nominativos procesados computacionalmente" va mucho más allá que el problema de los protestos, de la morosidad comercial y de los archivos históricos almacenados en bancos de datos por cierto tiempo, esta es la principal connotación que se le ha dado en Chile a la Ley N° 19.628.

1.2. Sombras.

a) Omisión de las personas jurídicas como titulares de datos o sujetos de tratamiento automatizado. Nada dice la ley respecto de los datos “personales” de las personas jurídicas, las que también poseen atributos de su personalidad aunque su naturaleza jurídica emane de una ficción legal. Son sujetos de información cuyos antecedentes también son “tratados” computacionalmente, y por definición quedan al margen de la ley que expresamente solo rige en relación con “titulares” personas naturales⁵.

Ocurre que la información sobre las personas jurídicas es tan relevante como la de las personas naturales y también merece ser resguardada. Esta tutela jurídica por ende permanece en el ámbito de las reglas generales del derecho, por lo que cualquier persona jurídica respecto de la cual se abuse de sus antecedentes propios o bien estos sean procesados en forma errada (datos obsoletos, caducos, inexactos), deberá recurrir a los procedimientos, acciones y recursos generales contemplados en nuestro ordenamiento jurídico. Estimamos que si bien en menor amplitud que las personas naturales, las personas jurídicas también gozan de un necesario derecho a la confidencialidad o reserva de los antecedentes que a ellas se refieren, por cuanto estos las convierten en sujetos de derechos y en personas identificadas e identificables. En la realidad actual del procesamiento de datos, no se explica cómo el legislador no consideró de manera alguna esta situación.

b) Respecto de las bases de datos públicas o administradas por organismos públicos, la ley contempla un Título específico –el IV–, compuesto por los artículos N° 20, 21 y 22. El artículo 22 alude a la obligación de que sea el Servicio de Registro Civil el ente que llevará un Registro Público de Bancos de Datos, pero solo con relación a entes estatales y excluyendo de la obligación de registro a las empresas particulares. Esta disposición es de difícil comprensión porque en sí no lleva envuelta el establecer una instancia o grado de fiscalización alguno, que es la razón de ser en las leyes de protección de datos de la existencia de órganos ad hoc. ¿Cuáles son las sanciones a aplicar al órgano público que no se registre?; ¿puede el Servicio de Registro Civil realizar algún control al efecto y con qué facultades, si en Derecho Público solo puede hacerse aquello que esté expresamente permitido?

Nunca se entendió la importancia de que la ley contemplara un órgano de fiscalización y la existencia de un registro ad hoc. Durante la tramitación parlamentaria inicialmente no se abordó el tema bajo el débil argumento de “no querer ser burocráticos”; posteriormente se propuso que fuera la Contraloría General de la República; luego se estableció que sería un organismo público el encargado de llevar un registro de los bancos de datos tanto públicos como privados; la solución final elaborada en la Comisión Mixta para hacer el sistema aún menos restrictivo para las empresas dedicadas al procesamiento de información, es insuficiente, porque ni siquiera incluye la obligación de registro para empresas o personas privadas. Debe calificarse como “omisión grave” que respecto de las bases de datos administradas por entidades

⁵ Debe reconocerse que el punto no es unánime sino discutido en el Derecho Comparado, sobre todo para quienes consideran que existen otros mecanismos jurídicos para resguardar los atributos de las personas jurídicas, a saber, el derecho de sociedades, las leyes sobre propiedad industrial e intelectual, las normas sobre libre competencia, etcétera, todas las cuales, empero, de manera alguna resguardan el eventual tratamiento abusivo que se haga por las empresas que prestan servicios de información.

particulares se haya excluido toda obligación de que los responsables de las mismas estén anotados en algún registro.

c) “Fuentes accesibles al público”. Una novedad de la ley chilena es la incorporación en términos amplísimos del concepto de “fuentes accesibles al público” en la letra i) del artículo 2°, las que legalmente han sido transformadas en la regla general. Se definen amplia y ambiguamente como “los registros o recopilaciones de datos personales, públicos o privados, de acceso no restringido o reservado (es decir, permitido) a los solicitantes”. La consecuencia práctica de esta norma es que al ser los datos legalmente públicos, cualquiera puede procesarlos y comercializarlos, validándose definitivamente el lucrativo negocio de la venta de datos personales.

La primera cuestión a dilucidar es determinar cuáles son los registros “de datos personales públicos o privados de acceso no restringido o reservado a los solicitantes”, porque los que no detenten esta calidad, aquellos cuyo acceso sea permitido, constituirán fuentes accesibles al público. La ley no hace una categorización. En Chile existen algunas fuentes de información que son de acceso restringido, ya que existen leyes que previamente así lo han establecido al darle a los datos el carácter de reservados o confidenciales. Nos referimos a lo menos al secreto estadístico (IN), al secreto tributario, al secreto bancario o al secreto de la filiación política. Al existir tales normas, son de acceso restringido; si no existieran (que es la regla general) serían de acceso permitido o fuentes públicas.

d) Análisis del artículo 4^o. Ubicada en el Título I sobre la utilización de datos personales, se trata de la norma más conflictiva y confusa, misma que, en nuestra opinión, es clave para entender que estamos frente a una normativa que apuntó a proteger y legalizar el negocio del procesamiento de datos personales desde la perspectiva de las empresas del ramo, más que a resguardar los derechos de los titulares a quienes aluden o a quienes se refieren los datos personales o nominativos.

El artículo sienta un principio general en materia de procesamiento de datos personales, el que, atendidas las excepciones que luego consagra, no es sino una mera “declaración de principios”. Señala que el tratamiento de los datos personales sólo podrá efectuarse cuando esta ley u otras disposiciones legales lo autoricen, o cuando el titular consienta expresamente en ello. Fácil es concluir que se transformará en

⁶ **Artículo 4°.** El tratamiento de los datos personales sólo puede efectuarse cuando esta ley u otras disposiciones legales lo autoricen o el titular consienta expresamente en ello.

La persona que autoriza debe ser debidamente informada respecto del propósito del almacenamiento de sus datos personales y su posible comunicación al público.

La autorización debe constar por escrito.

La autorización puede ser revocada, aunque sin efecto retroactivo, lo que también deberá hacerse por escrito.

No requiere autorización el tratamiento de datos personales que provengan o que se recolecten de fuentes accesibles al público, cuando sean de carácter económico, financiero, bancario o comercial, se contengan en listados relativos a una categoría de personas que se limiten a indicar antecedentes tales como la pertenencia del individuo a ese grupo, su profesión o actividad, sus títulos educativos, dirección o fecha de nacimiento, o sean necesarios para comunicaciones comerciales de respuesta directa o comercialización o venta directa de bienes o servicios.

Tampoco requerirá de esta autorización el tratamiento de datos personales que realicen personas jurídicas privadas para el uso exclusivo suyo, de sus asociados y de las entidades a que están afiliadas, con fines estadísticos, de tarificación u otros de beneficio general de aquéllos.

una amplia cláusula tipo, especialmente en los contratos de adhesión, aquello de que “por el presente instrumento se autoriza desde ya a...”⁷.

La norma consagra diversas excepciones en los incisos quinto y sexto, con relación a la autorización del titular requerida para el tratamiento de los datos. Establece que en determinados casos no requiere autorización el tratamiento de datos personales que provengan o que se recolecten de “fuentes accesibles al público” (que ya sabemos son, por definición, la regla general).

IV. LA PROTECCIÓN JURÍDICA DEL ARTÍCULO 19 N° 4 DE LA CONSTITUCIÓN DE 1980 Y LAS PROPUESTAS DE CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL HABEAS DATA

1. Proyectos de ley modificatorios y de constitucionalización del Habeas Data.

1.1. Para reformar la Constitución Política:

a) Para reformar la Constitución Política se ha presentado por un grupo de diputados un boletín N° 5883-07 de junio del 2008, que incorpora en el 19 N° 4 la garantía constitucional de la protección de datos personales y dispone la creación de una autoridad de control independiente para el cumplimiento y aplicación de la ley.

En parte dice: “...el derecho fundamental a la intimidad, como un concepto de carácter estático, debe ser dejado de lado, ya que protege aspectos que no se encuentran vinculados con el desarrollo tecnológico. Se impone entonces, una concepción más dinámica y abierta, que permita la relación armónica de las nuevas tecnologías –absolutamente necesarias para el actual desarrollo humano– lo que implica el reconocimiento no solo de un derecho, sino que de nuevos instrumentos de protección, por lo que se hace indispensable su incorporación en sede constitucional”.

En concreto, propone: “Modifícase el artículo 19 N° 4 de la Constitución Política de la República, agregándose los siguientes incisos segundo y tercero: Toda persona tiene derecho a la protección de sus datos personales, los que deben ser tratados para fines concretos y específicos, con su propio consentimiento, o en virtud de otro fundamento contemplado en la ley, y tendrá asimismo, derecho a acceder a dichos datos, para obtener su rectificación, actualización o cancelación, según procediere. Una ley orgánica constitucional establecerá las normas para la debida aplicación de este derecho, como asimismo el órgano autónomo que velará por el cumplimiento de dicha ley y controlará su aplicación”.

b) En abril del año 2009, esta idea de que al recurso de amparo y al recurso de protección se agregue una nueva acción de rango constitucional incorporada por el constituyente al ordenamiento jurídico chileno, para velar por el respeto de la garantía fundamental de la privacidad, ha sido compartida por el senador Jorge Pizarro. Concretamente, el Boletín 6495-07 propone que en el artículo 19 N° 4 se diga que toda persona tiene derecho a controlar la información que le concierne, de modo de

⁷ Estas cláusulas no son ajenas al actual sistema financiero chileno. Así por ejemplo, en las Condiciones Generales de la solicitud de productos de una Financiera se señala que el solicitante faculta a la entidad “para proporcionar a sus empresas relacionadas todos los datos referidos a mi individualización que he facilitado en la presente solicitud de crédito, tales como nombres y apellidos, estado civil, domicilio, profesión u oficio, Carnet de Identidad Nacional, Rut, y si fuera requerido para ello, lo faculto para informar a sus empresas relacionadas acerca de los depósitos y captaciones que mantengo y las obligaciones que he contratado...”.

obtener un adecuado resguardo a sus derechos fundamentales, y que en el ejercicio de su derecho podrá conocer sus datos personales y los que le afecten personalmente o a su familia, y obtener su rectificación, complementación y su cancelación, si estos fueren erróneos o afectaren sus derechos constitucionales, de acuerdo con las regulaciones establecidas por la ley.

c) En julio del 2009 y mediante el Boletín 6594⁸ se presentó un proyecto de reforma constitucional, iniciado en Moción de los honorables senadores señores Muñoz Aburto, Escalona y Gazmuri, con la que inician un proyecto de reforma constitucional que crea una Agencia de Protección de Datos Personales, y que en un único artículo dice: Incorpórese, en el artículo 19°, numeral 4° de la Constitución Política de la República, a continuación de la expresión “familia” un punto seguido y la oración “Habrà una Agencia, autónoma y con personalidad jurídica, encargada de velar por la adecuada protección de los datos de carácter personal, resguardar la aplicación de las leyes y los derechos de los ciudadanos en la materia y los responsables de los registros privados o públicos”.

1.2. Para modificar la Ley N° 19.628:

a) El Boletín N° 6120-07 de octubre del año 2008, que modifica la Ley N° 19.628, ha sido uno de los más importantes relacionados con las modificaciones a la norma legal, e implicó un cambio radical o un viraje de 180° en comparación a la institucionalidad jurídica existente⁹. Hubo un cambio notable de escenario o de perspectiva, porque desde lo que era una normativa dictada para legalizar, validar o blindar jurídicamente el negocio de las empresas responsables de bases de datos, se migró o se pasó a centrarse en la real protección de los derechos de los titulares de datos personales o nominativos, tanto para las personas naturales como para las personas jurídicas o empresas –mismas que, sin justificación válida, habían sido preteridas como titulares de derechos en la Ley N° 19.628 del año 1999.

Embarcado el gobierno el año 2008 en un proceso de incorporación a una entidad comercial e internacional como la OECD, quedó en evidencia que las deficiencias de la legislación nacional estaban siendo e iban a seguir siendo una barrera de entrada –solucionada en la práctica con verdaderos parches jurídicos¹⁰– para la incorporación de Chile a la entidad, y a consecuencia de esta traba, no tuvieron otra opción que la de presentarse ante los evaluadores europeos promoviendo e impulsando los cambios en materia de Políticas Públicas y las normas chilenas relacionadas, y comprometiendo formalmente ante el ente internacional la posterior aprobación en el Parlamento de las modificaciones legales necesarias para la estandarización o adecuación normativa a las directrices y políticas del órgano europeo.

⁸ Véase la URL http://www.senado.cl/prontus_galeria_noticias/site/artic/20090710/pags/20090710164630.html

⁹ Véase la URL <http://www.habeasdataorg.cl/2008/10/19/chile-bienvenidos-los-nuevos-aires-los-nuevos-nortes-y-los-tiempos-de-cambios-parte-primera/>.

¹⁰ En efecto, y a modo de ejemplo: “...al ser considerado actualmente Chile como un país con un nivel no adecuado de protección en materia de datos personales, ha debido someterse al mecanismo de las cláusulas tipo en los respectivos contratos que se suscriben con empresas españolas, con el fin de alcanzar las autorizaciones que correspondan por la Agencia Española de Protección de Datos cuando se pretenden realizar transferencias internacionales de los mismos (servicios globales). Es este el obligado camino que nuestro país deberá seguir mientras no se estatuya una legislación que le permita solicitar a la Comisión Europea la declaración de adecuación de la protección”. Citado de la URL http://www.consejotransparencia.cl/prontus_consejo/site/artic/20091214/pags/20091214173541.html

El proyecto contenido en el Boletín 6120 busca, esencialmente y adecuándose a los estándares de la Unión Europea y de la OECD, lo siguiente: i) subsanar la inexistencia de un registro de responsables privados de bases de datos y de un órgano fiscalizador autónomo o Autoridad de Control, asignando competencia al Consejo de Transparencia, un error¹¹ compartido por la nueva ley mexicana de protección de datos personales que a la IFAI en el órgano de control y protección de datos; ii) mejorar los estándares de protección y resguardo de los derechos de los titulares de datos personales, y conferir las competencias y herramientas necesarias a una autoridad autónoma para velar por el adecuado cumplimiento de las normas sobre protección de datos; iii) establecer como regla general que la información no sea pública y que requiera de la autorización de sus titulares para procesarse; iv) prohibir la transferencia internacional de datos personales a terceros países que no tuvieran un adecuado sistema de protección; v) aumentar las condiciones de seguridad de sistemas en el tratamiento de datos; vi) establecer infracciones y sanciones; y, vii) otorgar protección a las personas jurídicas.

b) “Los Boletines 5309-03, 5356-07, 6298-05 y la indicación sustitutiva del Ejecutivo que refunde y reemplaza los tres proyectos. En resumen se derogan las disposiciones relativas a los datos comerciales y económicos de la Ley N° 19.628. Con esto se establece una legislación especial en la materia que, entre varias cosas, incorpora la deuda positiva (esto es la deuda al día) en los actuales informes financieros de las personas, pues se fundamenta que un sistema de información comercial basado en la noción del incumplimiento, resulta perjudicial para el acceso al crédito. Por otra parte se establece el acceso gratuito y al menos una vez año a los datos que manejan los bancos de datos comerciales, sobre su procedencia y destinatario, el propósito del almacenamiento, organismos a los que se transmiten los datos, etc. Por último, y relacionado con lo anterior, se elimina el actual Boletín Comercial creando un sistema consolidado de deudas”.

c) Un par de noticias en la prensa han dado cuenta, como una novedad inédita en la política chilena, de la elaboración de un nuevo Anteproyecto de ley para proteger los datos personales o nominativos, privados y sensibles de las personas naturales y jurídicas. Lo han hecho los cinco miembros –dice la nota de prensa– de la Comisión de Economía del Senado de la República. La Comisión de Economía del Senado entendió que, junto a la necesaria regulación de un mercado desregulado que permite el tráfico anónimo de listas, bases y bancos de datos personales con fines de lucro, era esencial entender la perspectiva de proteger una garantía fundamental como la privacidad, en Chile vulnerada cotidianamente.

Los cuatro principios asumidos como esenciales por los senadores –que en parte menciona la nota de prensa– para la nueva Política Pública de Chile han sido: i) Buscar proteger la garantía del artículo 19 N° 4 de la Constitución, ante el procesamiento computacional de datos personales; ii) Legislar desde la perspectiva del titular y propietario de datos personales, para dotarlo de mecanismos jurídicos idóneos y

¹¹ Señalamos en una columna de opinión que esta opción implicaría “desnaturalizar” al referido Consejo; véase la URL http://www.latercera.com/contenido/895_146299_9.shtml; insistimos sobre el mismo punto en la URL <http://www.habeasdata.org.cl/2010/06/27/transparencia-y-no-datos-personales/>.

eficaces que le permitan ejercer el Habeas Data del artículo 12 de la Ley N° 19.628, autodeterminando, autorizando (casi sin excepciones) y controlando el procesamiento de sus antecedentes; iii) Subsanan los problemas derivados de la falta de un registro público de responsables de bases de datos y de un órgano fiscalizador y de control autónomo y descentralizado funcionalmente; y, iv) Establecer nuevos estándares legales que modifiquen las condiciones, cargas, obligaciones y responsabilidades de los operadores, agentes o responsables de bases y bancos de datos nominativos, tanto del sector público pero muy especialmente del sector privado, que es donde se presenta con mayor gravedad el conflicto y en forma reiterada los casos de abusos.

CONFIDENCIALIDAD EN EL MUNDO DIGITAL.
LA PRIVACIDAD EN LAS REDES SOCIALES: VIVIENDO
VOLUNTARIAMENTE EN EL PANÓPTICO

Francisco José Pinochet Cantwell*

Con profundo agrado he recibido la presente invitación por parte del Instituto de Chile, y particularmente del profesor José Luis Cea Egaña, su Presidente, para presentar la presente Ponencia, referida a los problemas que presenta la protección de la confidencialidad en el marco del mundo digital, problemática que ha sido el objeto de nuestro estudio desde que en 2006 publicase mi libro *El Derecho de Internet*. En esta Ponencia queremos abordar desde una perspectiva respetuosa de los derechos fundamentales las transformaciones que supone en nuestras formas de asociatividad el carácter masivo que presenta la participación en las redes sociales, intentando hacer una reflexión sobre las implicancias que estas transformaciones tienen en nuestra propia calificación de lo privado y lo público.

La verdadera revolución social que ha implicado la difusión de la Internet y la actual masividad que presenta su uso es un hecho que resulta hoy innegable, si bien las consecuencias últimas de esta revolución todavía son inciertas. En efecto, la utilización de términos tales como la “aldea global”, impensables en la época de nuestros padres, presentan hoy no solo un carácter difundido, sino lo que es más importante, relativamente unívoco, circunstancia que expresa la conciencia existente sobre la relevancia de los efectos prácticos que esta transformación de nuestras formas de comunicación, operada por medio de los avances tecnológicos, ha tenido sobre nuestra forma de relacionarnos con otras personas. En este sentido, podemos decir que para percibir la realidad y el alcance de la revolución de que estamos hablando, más importante aún que el estudio de las construcciones teóricas destinadas a explicar el surgimiento de estas nuevas formas de asociatividad, puede ser simplemente comparar la manera como los cada día más numerosos usuarios se valen de las nuevas herramientas tecnológicas para desarrollar aquellos campos de la vida cotidiana que antes necesariamente se producían en un contexto de necesaria

* Abogado. Licenciado en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Magíster en Derecho Procesal por la Universidad Nacional de Rosario, Argentina. Ha sido Profesor de Derecho del Instituto de Economía de la Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas de la Pontificia Universidad Católica de Chile y Profesor de Derecho Informático en la Facultad de Derecho de esta misma Universidad. En la actualidad es Profesor de Derecho Procesal Civil en la misma. Ha sido profesor de Derecho Procesal Civil, Derecho Procesal Tributario y Derecho de Internet en la Escuela de Derecho de la Universidad Andrés Bello. Es miembro del Instituto Chileno de Derecho Procesal y miembro del Colegio de Abogados de Chile. En la actualidad es Presidente del Capítulo Chileno del Instituto Panamericano de Derecho Procesal. Ha escrito artículos de Derecho publicados en Argentina, Chile, Perú y México. Es autor del libro *El Derecho de Internet*.

relación física: ir de compras, conversar con un amigo, incluso buscar y obtener información para realizar una investigación.

Sin embargo, al igual como ocurre con toda revolución de la técnica, en sí valorativamente neutra, la corrección de los fines perseguidos por medio del uso de las nuevas tecnologías de la comunicación dependerá de la licitud de las motivaciones y de los objetivos que persigamos mediante la utilización de estos medios, quedando de esta forma el juicio de corrección de la conducta todavía entregado a nuestras concepciones sociales desarrolladas sobre el valor que presentan determinados bienes que consideramos fundamentales para nuestra propia existencia, como ocurre en primerísimo término con el respeto de dignidad de toda persona, y fundada en esta primera afirmación, con el respeto debido a aquellos intereses consustanciales a la personalidad misma, protegidos técnicamente por mecanismos de los derechos fundamentales. Esta idea, que nos interesa resaltar desde el mismo inicio de nuestro discurso, debemos tenerla presente, toda vez que de ella dependerá el desarrollo que posteriormente realizaremos sobre la protección de los derechos fundamentales en el ámbito de las redes sociales.

En efecto, basta con leer los periódicos para apreciar la infinidad de fines perseguidos con la utilización de Internet: algunos de ellos nos parecerán nobles o valientes, como ocurrió con la organización de las protestas acaecidas en el Magreb, con el fin de obtener el reconocimiento de derechos políticos que, en el contexto de nuestras culturas occidentales, resultan consustanciales a nuestra concepción de espacio público, como son la libertad de expresión y la existencia de una institucionalidad pluripartidista; mientras que otras nos parecerán abyectas y cobardes, como ocurre con la difamación personal o con la publicación de información de contenido personal en la Internet, protegida por el marco de anonimato relativo que permite esta red de comunicación.

Precisamente estos problemas concernientes en términos generales a la utilización de Internet alcanzan un cariz especial tratándose de las redes sociales, espacios desarrollados para la afirmación de la propia individualidad personal y herramienta que ha permitido una masificación en el ejercicio de la libertad de expresión (y con ello, la apertura de un ámbito tradicionalmente reservado por limitaciones técnicas a quienes consagraban sus vidas a la discusión pública en nuestros sistemas democráticos), pero que también implican para sus usuarios el nacimiento de nuevos riesgos que amenazan espacios a los que tradicionalmente la comunidad tenía vedado su ingreso.

Esta circunstancia la podemos apreciar, por ejemplo, en lo que concierne a la protección de la imagen personal. Antes, en los tiempos donde los archivos dependían de la existencia de un soporte material, resultaba particularmente difícil tener una fotografía o un video de una persona, suponiendo este hecho la existencia de una confianza o de una relación especial. Por el contrario, hoy para tener una imagen de otra persona basta con descargarla de Facebook, lo que ha llevado incluso a situaciones tragicómicas, como que la imagen del propio fundador de Facebook, Mark Zuckerberg, sea utilizada en Paraguay para promocionar una universidad privada¹. Sin embargo, existen casos todavía más graves, que es la utilización de nuestras imágenes con fines

¹ EMOL. Universidad paraguaya retira carteles con la foto del creador de Facebook. Disponible en: <http://www.emol.com/noticias/tecnologia/detalle/detallenoticias.asp?idnoticia=455367>

no comerciales, en actuaciones que además de afectar el derecho de control que tenemos sobre nuestra propia imagen también afectan otros intereses pertenecientes a la esfera moral de la personalidad, como ocurre con nuestra identidad, nuestro honor o nuestra privacidad. En este sentido, debemos destacar la gravedad que reviste la falta de control que tenemos sobre las imágenes en las que aparecemos, particularmente porque en la actualidad es posible que otra persona suba a la red imágenes obtenidas con nuestra autorización solo para fines privados, haciendo públicas situaciones embarazosas que afectan la imagen que pretendemos exhibir a nuestros semejantes y con la que nos identificamos en la sociedad. En este punto, por más que exista la posibilidad de autocontrol, debemos tener presente que este solo funcionará una vez que la información sea socializada y a requerimiento del propio afectado, de manera que el control solo operará de manera *ex post* y de manera eventual, siendo posible que el daño a los intereses antes señalados se haya ocasionado para el momento en que el mecanismo de autocontrol haya operado.

En segundo término, y relacionado con el objeto particular de nuestra exposición, vemos también cómo esferas que antes se encontraban cubiertas por el manto de protección propio de la intimidad, hoy pueden ser expuestas por terceros, generando de esa forma acceso incluso a las relaciones personales que otra persona entabla. La indiscreción propia de las redes sociales como forma de comunicación nos permite saber quién hizo qué, con quién y cuándo, sobre todo porque otras personas pueden también publicar información que contenga estos ítems. A modo de ejemplo, piénsese en los juicios de divorcio llevados a cabo en los primeros tiempos de existencia de las redes sociales, cuando los filtros de privacidad no se encontraban suficientemente depurados, donde la infidelidad de uno de los cónyuges era descubierta precisamente por un comentario o una fotografía publicada en la red².

En este ámbito, debe también tenerse en consideración el valor comercial que presenta la información que entregamos voluntariamente al momento que definimos nuestro perfil personal que deseamos exhibir en las redes sociales o que emitimos comentarios que deseamos compartir con otros usuarios: estado civil, vínculos de familia, preferencias personales y otros gustos, lugares a los que vamos de vacaciones, etc. Toda esta información permitiría sin problemas a una empresa crear un perfil de consumidor que le permita dirigir en forma selectiva su publicidad. Pese a la relevancia que presenta esta temática, no será abordada en esta oportunidad, toda vez que pertenece propiamente a la regulación sobre almacenamiento y difusión de bases de datos, tema que por su propia especificidad escapa del objetivo de nuestro trabajo.

Finalmente, en lo que en nuestro concepto constituye las más paradójicas de las formas de afectación de los intereses pertenecientes a la esfera moral de un individuo, debemos pensar en la forma como las mismas herramientas que posibilitan el ejercicio de nuestra libertad de expresión termine jugando en su contra, como ocurre con las opiniones políticas que en un contexto de familiaridad se expresen en una red social (vg. el caso de los sueldos “reguleques”³, o de opiniones vertidas por personas

² EMOL. Estudio revela que uno de cada cinco divorcios en EE.UU. lo provoca Facebook. Disponible en: <http://www.emol.com/noticias/tecnologia/detalle/detallenoticias.asp?idnoticia=460554>

³ EMOL. Tras seguidilla de polémicas, Ximena Ossandón renunció a la vicepresidencia de Junji. Disponible en: <http://www.emol.com/noticias/Nacional/detalle/detallenoticias.asp?idnoticia=455535>

criticando una forma o idea de campaña política que posteriormente le ha impedido ingresar al gobierno).

Esta última problemática ha llevado incluso a que en países desarrollados se plantee la necesidad de protección de la libertad de expresión, ya no en cuanto derecho a manifestar en un espacio público las ideas o convicciones de su titular, sino en cuanto a la imposibilidad de sufrir consecuencias adversas por estas opiniones libremente vertidas, máxime cuando entre la opinión y la consecuencia pasa un tiempo prudencial. En principio, podemos constatar que las personas, cuando emiten sus opiniones en estas redes, suelen hacerlo situándose en un contexto similar al que rige nuestras comunicaciones privadas, olvidando que existen ciertos elementos fácticos de enorme relevancia que por la propia naturaleza del intercambio comunicativo las hace diferentes (cualquiera sea el nivel de protección que socialmente acordemos conferirle), como es el hecho que estas comunicaciones queden registradas y/o el que puedan ser conocidas por una audiencia mayor a la que originalmente están destinadas, de manera que, producto de la forma misma en que operan las redes sociales, nos podemos encontrar con que la propia existencia de estos espacios de libertad puede terminar por ser negada, por los efectos que tiene la autocensura en un emisor consciente de los riesgos que implica expresar su opinión en estos medios.

Sin perjuicio de lo señalado anteriormente, podemos afirmar preliminarmente nuestra creencia en orden a que las ventajas que nos proporciona la existencia de estas redes sociales supera los riesgos que el desarrollo de estas nuevas tecnologías supone para nuestros intereses vitales, en la medida que todavía queda entregada en nuestras manos la definición de cuáles son los ámbitos de nuestra vida que estamos dejando abiertos al escrutinio público. Sin embargo, la definición de esta materia, tratándose del derecho a la intimidad, supone un previo análisis de ciertas mutaciones sociales que en nuestro concepto, lenta e inadvertidamente, se están produciendo en la manera como definimos el ámbito protegido por este derecho.

1. ¿HACIA UNA NUEVA CONCEPCIÓN DE LO PRIVADO?

Según lo acertadamente expuesto por el profesor Corral⁴, el desarrollo del derecho a la intimidad como una garantía autónoma y distinta, por ejemplo, del derecho de propiedad (en cuanto al ámbito material de protección) es tardío en nuestra tradición jurídica, no pudiendo reconocerse una figura asimilable en cuanto a su contenido con anterioridad al siglo XIX. En efecto, según lo expuesto por el mismo autor, solo a partir del desarrollo de las modernas sociedades, en las cuales confluye un doble fenómeno, como es por una parte la transformación de las propias condiciones de vida, que permitían asegurar un ámbito no sujeto a las intromisiones externas, y por otra el desarrollo de los modernos medios de comunicación, con la aptitud suficiente para exponer al gran público estas esferas resguardadas, fue que se hizo indispensable reforzar la privacidad como una esfera personal autónoma digna de protección, con prescindencia, por ejemplo, del derecho de propiedad y sus mecanismos tradicionales

⁴ v. Corral Talciani, Hernán. "Configuración Jurídica del Derecho a la Privacidad. I: Origen, Desarrollo y Fundamentos", en: Revista Chilena de Derecho, 2000, vol. 27, N° 1, pp. 52-65.

de protección de la vivienda familiar. Precisamente, antes del visionario trabajo de los abogados Warren y Brandeis (desarrollado precisamente con la finalidad de condenar la intromisión que significaba en la esfera privada de la madre de uno de los autores la cobertura periodística que se proporcionaba a las actividades sociales que tenían lugar en su hogar)⁵, las soluciones que el Derecho proporcionaba a este tipo de afectaciones suponía la existencia de otro derecho que permitiese afirmar la necesidad de exclusión de las actuaciones materiales externas, como ocurriría en el caso del allanamiento de morada o de la violación de las comunicaciones.

En nuestros días la situación parece haber cambiado. En efecto, más allá de los conflictos que se suscitan por la intromisión de los medios de comunicación social en la vida privada de ciertas figuras públicas (figuras que, paradójicamente, son las mismas quienes abren las puertas de su intimidad a fin de poder obtener beneficios económicos) nos encontramos con que las principales afectaciones de la privacidad personal se producen como consecuencia de ataques provenientes de otros individuos, quienes pese a no tener acceso a los mass media, pueden hacer pública información de carácter confidencial o privado por un medio como la Internet, especialmente propicio para la comunicación en forma descentralizada de información. En este sentido, y a diferencia de lo que ocurre con las afectaciones provenientes de los mass media, las vulneraciones a la privacidad en este campo de la Internet suele provenir de personas no institucionales, encontrándose la comunicación dirigida primordialmente a personas mutuamente conocidas y no a un sujeto destinado como es la masa, audiencia de los medios de comunicación social⁶.

Sin embargo, la principal alteración que podemos constatar en la materia no proviene de los potenciales ofensores de la privacidad, sino en el ámbito mismo que los titulares entienden protegido por este derecho. En efecto, el derecho a la privacidad en el contexto de Internet y de las redes sociales particularmente, ha pasado de ser un derecho destinado a evitar el escrutinio público respecto de ámbitos que configuran nuestra información personal, a ser un derecho destinado a controlar la posibilidad de difusión y repetición de la información que, si bien por su propia naturaleza debe ser considerada como privada, ha sido expuesta voluntariamente por su propio titular. En este sentido, si bien expuesto desde una perspectiva diversa a la defendida en este trabajo, señala Frosini que:

“En su versión original, expuesta en 1981, la libertad informática venía configurada –de igual modo que la política– en su vertiente positiva y negativa. La libertad informática negativa, expresa ‘el derecho a no difundir ciertas informaciones de carácter personal, privado, reservado’ (calificativos estos, que podrían, en determinados casos, no coincidir entre ellos); en cambio, la libertad informática positiva expresa la facultad de ‘ejercitar un derecho de control sobre los datos

⁵ Nos referimos al trabajo titulado “The Right to Privacy”, publicado en Harvard Law Review, 4, 1890.

⁶ Como señala Pace, lo que permite caracterizar a los mass media es precisamente el hecho de que el destinatario de las comunicaciones de masas no sea un auditorio de personas individuales, por basto que sea, sino la “masa”, entendida no como una entidad física, sino como una entidad abstracta, constituida por una multitud indistinta e indistinguible de componentes, en la que participan individuos cultural, económica e ideológicamente diferentes entre sí. Pace, Alessandro. “El Derecho a la Propia Imagen en la Sociedad de los Mass Media”, en: Revista Española de Derecho Constitucional, 1998, año 18, núm. 52, enero-abril, p. 34.

concernientes a la propia persona que están fuera del marco de la *privacy* por haberse convertido en elementos de *input* de un programa electrónico, y por tanto, libertad informática positiva, o derecho subjetivo de reconocimiento, de conocimiento, de corrección, de recopilación o añadidura de datos en una tarjeta electrónica personal”.

“De este modo, el derecho de libertad informática asume una forma nueva del tradicional derecho de libertad personal, como derecho a controlar las informaciones sobre la propia persona, como derecho del *habeas data*. La evolución jurisprudencial ha reconocido y afirmado este nuevo derecho de libertad en los términos de protección de la autonomía individual, como exigencia pasiva en relación con los detentadores del poder informático, de los particulares o de las autoridades públicas [...] y ha tenido otra mutación de su carácter, antes inspirado en el principio de la defensa del poder informático, ahora considerado como derecho activo de participación del ciudadano en el círculo de la información. [...] La libertad de custodiar la privacidad informática individual se ha convertido también en libertad de comunicar a los demás las informaciones transmisibles por vía telemática, para ejercitar así la libertad de expresión de la propia personalidad sirviéndose de los sistemas de comunicación automatizados”⁷.

En efecto, como consecuencia de la creación de las redes sociales, está operando en nuestros días una verdadera transformación de los ámbitos de exclusión que proporciona el derecho a la privacidad, los cuales se han visto en la práctica restringidos como consecuencia de la propia voluntad de su titular y de su intención de obtener una mayor afirmación social de su propia personalidad, de su intención de poder expresarse como un ser único con una historia de vida única en el marco de una sociedad cada vez más homogeneizada y de su deseo de formar vínculos significativos en el contexto de una sociedad estructurada sobre la base de vínculos funcionales de carácter anónimo. En este contexto, la entrega voluntaria de información personal, que hasta hace pocos años tenía como destinatarios reservados al círculo íntimo de parientes y amigos de su titular, a una audiencia más o menos indeterminada, con la posibilidad fáctica de retransmisión a terceros incluso desconocidos, produce un cuestionamiento a la concepción que hemos desarrollado durante el siglo sobre la distinción de los ámbitos privados y públicos. Sin ir más lejos, mientras en los tiempos de Warren y Brandeis lo que se buscaba era mantener alejados a los medios de la vida social-familiar que podía desarrollar una persona, criticando la obtención de fotografías de eventos familiares por parte de la prensa, hoy es el mismo titular quien se encarga de poner a disposición de una audiencia cada vez más masiva los acontecimientos de su vida, incluyendo una generalmente bien documentada evidencia en imágenes (piénsese por ejemplo en lo que ocurre con Facebook, los blogs y los fotologs).

Hoy nos encontramos con que son las propias personas, usuarias de estos medios, quienes renuncian a la esfera de privacidad por la que lucharon las sociedades

⁷ Frosini, Tommaso Edoardo, “Nuevas Tecnologías y Constitucionalismo”, en: *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), 2004, núm. 124, abril-junio, p. 132.

burguesas del siglo XIX, sometiéndose voluntariamente al continuo escrutinio social, haciendo de las redes sociales un verdadero panóptico.

Ahora bien, ¿puede suponer este fenómeno una transformación misma de nuestra concepción de lo privado? Normativamente, nos parece que en la actualidad la transformación que ha ocurrido en este ámbito no permite todavía afirmar un cambio en la delimitación entre la esfera privada y pública. La información que concierne a nuestras relaciones familiares, a nuestros afectos, a las actividades que desarrollamos en el espacio físico que configura nuestro hogar, sigue siendo considerada como “privada” por sus titulares, operando esta transformación más como una ampliación del ámbito de sus destinatarios originales (a quienes, aunque sea por un medio virtual, estamos abriendo las puertas de nuestro hogar, de nuestro espacio reservado) que propiamente como una redefinición de los ámbitos de nuestra vida que consideramos privados.

Para poder apreciar esta circunstancia vale recordar dos aspectos.

En primer término, la construcción que ha tenido la privacidad en el marco de la Internet, desde el derecho *to be let alone* al derecho a poder controlar nuestras informaciones privadas. Precisamente, la configuración de los filtros de seguridad que establecemos en las redes que participamos, delimitando más o menos estrictamente la audiencia a la cual se encontrará destinada nuestra información, da cuenta de que nuestra intención de abrir las puertas de nuestra privacidad se encuentra limitada a cierta y determinada audiencia, la que, por amplia que sea, no se puede confundir con la masa como sujeto, circunstancia que permite diferenciar este fenómeno de lo que por definición acaece con los instrumentos propios de la comunicación social, como ocurre con los *mass media*. En otras palabras, podemos seguir afirmando que nos encontramos en presencia de un ámbito privado, en la medida que la apertura de información por medio de los nuevos medios tecnológicos va seguida de una pretensión de limitación en cuanto a la disponibilidad de la información proporcionada y con una exclusión de repeticiones y retransmisiones no autorizadas. Precisamente se trata todavía de una invitación a compartir un ámbito privado, no de una renuncia absoluta al ámbito de la privacidad.

En segundo término, esta vez fuera de las concepciones que puedan desarrollarse en el marco de la privacidad en las redes sociales y propiamente en el marco conceptual desarrollado en el análisis de todo fenómeno desde nuestro Derecho vigente, debemos limitar cualquier posible recalificación de los ámbitos privado/público a las concepciones sociales afirmadas mediante el reconocimiento de los derechos fundamentales. Precisamente, nuestra Constitución afirma en su artículo 19 N° 4 que toda persona tiene derecho al respeto y protección a la vida privada, el cual ha sido correctamente conceptualizado por el profesor Cea como un derecho destinado a proteger el conjunto de los asuntos, conductas, documentos, comunicaciones, imágenes o recintos que, el titular del bien jurídico protegido, no desea que sean conocidos por terceros sin su consentimiento previo⁸, evitando de esta forma que sea objeto de inmiscusiones por parte de terceros, se trate del Estado, otros organismos públicos o de privados.

⁸ Cea Egaña, José Luis, *Derecho Constitucional Chileno. Tomo II. Derechos, Deberes y Garantías*, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2004, p. 178.

El señalado precepto, al igual como ocurre con cada derecho fundamental, según lo ha sentado correctamente el Tribunal Constitucional Federal Alemán, no solamente se encarga de reconocer un ámbito de protección reforzada sobre un interés personalísimo de su titular, sino que además establece un valor que debe ser necesariamente reconocido y promovido por todas nuestras instituciones. En este sentido, se puede leer en la Sentencia BVerfGE 7, 198, que:

“Sin duda alguna, los derechos fundamentales se encuentran destinados a asegurar en primer lugar la esfera de libertad de los individuos frente a las intervenciones de los poderes públicos; son derechos de defensa de los ciudadanos en contra del Estado. Ello se desprende de la evolución espiritual de la idea de derechos fundamentales, así como de los acontecimientos históricos que llevaron a la incorporación de los derechos fundamentales en las constituciones de cada uno de los Estados. Este sentido tienen también los derechos fundamentales contenidos en la Ley Fundamental, la cual –al anteponer el capítulo de derechos fundamentales dentro de la Constitución– quiso resaltar la prevalencia del ser humano y de su dignidad frente al poder del Estado. Corresponde también con esta concepción el hecho de que el legislador hubiera garantizado un recurso legal especial para la protección de esos derechos –el recurso de amparo– exclusivamente en contra de actos del poder público”.

“Por otro lado, también es cierto que la Ley Fundamental no pretende ser un ordenamiento de valores neutral (BVerfGE 2,1 [12]; 5, 85 [134 y ss., 197 y ss.]; 6, 32 [40 y ss.]), sino que ha establecido –en su capítulo sobre derechos fundamentales– un orden de valores objetivo, a través del cual se pone de manifiesto la decisión fundamental de fortalecer el ámbito de aplicación de los derechos fundamentales (Klein /v. Mangoldt, Das Bonner Grundgesetz, t. III, 4, notas al Art. 1, p. 93). La dignidad del ser humano y el libre desarrollo de la personalidad (la cual se desenvuelve en el interior de una comunidad social) forman el núcleo de este sistema de valores, el cual constituye, a su vez, una decisión jurídico-constitucional fundamental, válida para todas las esferas del Derecho; [...]”⁹.

En otras palabras, la Constitución al reconocer la protección de la vida privada como derecho no solamente está reconociendo la existencia de un interés personalísimo sujeto a una especial protección y excluido del ámbito propio de los cálculos sociales agregativos expresados en las decisiones públicas, sino que además está afirmando que la existencia de un ámbito personal excluido del escrutinio público es un elemento necesario para nuestra vida social, de manera tal que cada decisión que se tome, toda interpretación de la normativa de rango legal y toda solución que se dé a un conflicto jurídico debe considerar la mejor manera de promover y respetar el valor ínsito en la protección de la esfera personal de cada persona.

Pues bien, tomando en cuenta el ámbito protegido dentro de los derechos fundamentales y su necesaria protección y promoción, debemos interpretar las conductas

⁹ Tribunal Constitucional Federal Alemán. Sentencia BVerfGE 7, 198 [Lüth]. 15 de enero de 1958. En: Schwabe, Jürgen, compilador, Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, Konrad Adenauer Stiftung, México, 2009, p. 204.

de los titulares de este bien protegido no como una forma de renuncia a los ámbitos de protección conferidos por el ordenamiento, sino solo como una autorización realizada a terceros para ser partícipes de la información personal, la que se extiende de manera específica a sus destinatarios (por amplia que esté definida esta categoría) de manera que queda como norma excluida la apertura no consentida que se realice de ella a terceros, conservando siempre el titular del bien la facultad de excluir a los terceros de esta esfera protegida, revocando la autorización previa conferida.

A fin de confirmar esta interpretación baste con considerar los efectos prácticos que se derivarían de una renuncia al bien jurídico protegido de privacidad, cual sería un doblemente inadmisibles reconocimientos de la posibilidad misma de renuncia sobre los derechos fundamentales, tanto por la disposición del interés público que su reconocimiento implica, como por la situación de ausencia de pleno conocimiento sobre los efectos de su actuar en que se encuentra el titular del bien protegido.

A modo de ejemplo, piénsese en el siguiente caso: una persona conocida, usuaria de una red social, publica en ella que sufre de una terrible enfermedad, que probablemente le ocasionará la muerte. Evidentemente, el conocimiento de este hecho se produce en los contactos de esta persona como consecuencia de la propia divulgación que realiza, en lo que constituye una invitación a compartir un ámbito de su privacidad. Por esta misma razón, los terceros que conocen de esta información no se encuentran en principio autorizados para difundirla entre sus contactos, por la limitación que implica esta misma autorización y por el deber que tiene de resguardar el derecho a la privacidad de esta persona, ni mucho menos podría un medio de comunicación social publicar esta noticia, poniéndola en conocimiento público.

Precisamente, este tipo de razonamiento ha sido seguido por la Jurisprudencia administrativa de los entes reguladores estadounidenses, quienes han entendido que las conversaciones abiertas sostenidas por los empleados de una compañía en el marco de una red social se encuentra dotada del mismo nivel de protección que tendría una conversación sostenida personalmente entre las mismas personas en una oficina, quedando cubierta por la esfera de protección de la privacidad, lo cual lleva a que, pese a la posibilidad de conocimiento público de su contenido, el empleador no pueda considerar las críticas que en ese contexto se realicen sobre la marcha de la empresa para despedir a los trabajadores¹⁰.

Resumidamente, podemos decir que en la actualidad las personas están dispuestas a compartir con otros ámbitos de sus vidas respecto de los cuales existió una tendencia a exigir una protección reforzada que permita excluir a los terceros de su conocimiento, conducta que realizan a fin de desarrollar su propia identidad frente a las tendencias homogeneizantes de las sociedades modernas, y de permitir el desarrollo de vínculos de comunicación significativos frente al carácter marcadamente instrumental y anónimo que presentan los intercambios en las sociedades modernas. Sin embargo, esta invitación a compartir la esfera privada se realiza desde el reconocimiento a la importancia que tiene la existencia de este ámbito ajeno por su naturaleza al escrutinio público, no implicando hasta el momento una demanda de redefinición de la

¹⁰ Una referencia en medios periodísticos puede ser consultada en: <http://www.lanacion.com.ar/1348299-en-eeuu-las-criticas-laborales-en-facebook-no-son-motivo-de-despido>. Las decisiones en comento pertenecen a la National Labor Relationship Board, y se encuentran disponibles en su sitio web: www.nlr.gov

esfera privada/pública ni una renuncia a la protección de la privacidad. Por estas mismas razones, la autorización que realizan las personas es libremente revocable en cualquier momento, y se encuentra conferida solamente a quienes esté destinada la información, siendo en principio contraria a los deberes que impone la protección de la privacidad la retransmisión de su contenido a terceros no comprendidos en los destinatarios de la información.

Teniendo este marco en vista, desarrollaremos algunas consecuencias prácticas.

2. CONTROL Y AUTOCONTROL EN LAS REDES SOCIALES: EL CASO DE FACEBOOK¹¹

Como señalamos al inicio de esta ponencia, el tratamiento de los datos personales por parte del administrador de la red social no será objeto del presente análisis, por corresponder a una materia comprendida en el tratamiento de las bases de datos, refiriéndose este apartado propiamente a los mecanismos de control y de autocontrol que rigen frente a las afectaciones del derecho a la intimidad por parte de terceros.

Acorde con lo previamente expuesto, el dinamismo propio de los desarrollos en Internet, del carácter descentralizado que presenta la generación de la información en su contexto y de las dificultades e inconvenientes para la libertad propia del ámbito digital que presentaría la existencia de un control previo de los contenidos expresados por los usuarios, resulta en la práctica imposible y normativamente no recomendable la existencia de filtros previos ejercidos por terceros (sea el Estado o particulares) sobre el contenido de las informaciones divulgadas. La propia fluidez y libertad propio del funcionamiento de las redes sociales impide el establecimiento de controles de contenido previos, so riesgo de desnaturalizar los fines perseguidos por los usuarios mediante su utilización o de generar mayores riesgos en contra de la privacidad (atendido que existiría un tercero que tendría que conocer la información en forma previa, a fin de operar como filtro) o derechamente una afectación de la libertad de expresión.

Precisamente, considerando los valores constitucionales que se encuentran en pugna, no podemos sino terminar aceptando la imposibilidad de existencia de mecanismos preventivos, que eviten la lesión al derecho a la privacidad de un usuario, razón por la cual debemos centrarnos en analizar el funcionamiento de los mecanismos represivos, sea de autorregulación o de regulación externa.

En este ámbito nos interesa destacar el funcionamiento de los métodos de control *ex post* presentes en las principales redes sociales, los que, acordes con el carácter descentralizado que presenta la generación de información, funcionan también sobre la base de denuncias que efectúen los propios usuarios (incluyendo, por supuesto, al propio afectado por la difusión del contenido) en orden a que una determinada información publicada en el sitio infringe las políticas de respeto por los otros usuarios (caso paradigmático de afectación de la privacidad, del honor o de la propia imagen por información revelada por una persona distinta del titular del bien) o porque el contenido revelado contraría ciertas básicas de funcionamiento de la comunidad

¹¹ Para una visión general de la importancia que desarrolla la autorregulación en Internet, v. Jijena Leiva, Renato; Palazzi, Pablo Andrés; Téllez Valdés, Julio, *El Derecho y la Sociedad de la Información*, TEC, Monterrey, 2003, pp. 30 y s.

virtual, por implicar, por ejemplo, un discurso de odio o contenido necesariamente violento, contenido pornográfico, o fraude, con el objeto de recolectar datos personales; siendo esta denuncia resuelta en forma expedita por el propio administrador de la red, quien, sin perjuicio del bloqueo de la información contenida por el solo hecho de efectuarse la denuncia, evaluará la pertinencia de la reclamación y la conformidad de la información con las políticas de uso contenidas en el contrato que cada usuario debe suscribir para participar de la red social.

Con todo, la existencia de estas políticas destinadas a evitar que los daños ocasionados por publicaciones que infrinjan la intimidad, el honor, la identidad o la propia imagen no logran agotar la posibilidad de funcionamiento del Derecho frente a estas agresiones, quedando siempre a salvo la facultad que tiene el afectado de interponer las acciones que presenta el Derecho común (particularmente, el recurso de protección), a fin de evitar que se sigan ocasionando los daños denunciados o en su caso de resarcir su ocurrencia. Precisamente, atendido el carácter de derecho fundamental que presenta en nuestro ordenamiento el derecho a la acción, parte integrante de la garantía del debido proceso, consideramos que no puede válidamente sustraerse del conocimiento de los Tribunales chilenos aquellos conflictos en que se vean afectados los derechos fundamentales que se generen, en la medida que tengan algún factor de conexión que le confiera competencia a nuestros Tribunales. En este sentido, consideramos que el fenómeno resulta absolutamente asimilable a la resolución de conflictos por parte de las jurisdicciones domésticas, siendo aplicable por analogía los desarrollos jurisprudenciales habidos respecto de esta.

Finalmente, en sede de control, queda todavía por resolver una problemática, cual es la posibilidad de dirigirse en contra del administrador de la red social por no haber adoptado las medidas necesarias a fin de conferir una adecuada y pronta protección frente al ataque sufrido por uno de estos bienes jurídicos protegidos por normas fundamentales. En esta materia, si bien reconocemos que ciertamente existe una primera dificultad de orden práctico, como es la existencia de una cláusula de estilo contenida en el contrato electrónico de adhesión que cada persona debe suscribir al momento de unirse a la red social, la cual confiere competencia para conocer de los conflictos que con ocasión de la prestación de los servicios se generen a Tribunales extranjeros (estadounidenses en el caso de Facebook), consideramos que el problema no se encuentra absolutamente resuelto desde la perspectiva del usuario, desde el momento que una afectación de un derecho fundamental (privacidad, honor, etc.) necesariamente escapa del ámbito propiamente disponible por el derecho de los contratos, de forma tal que al menos en principio siempre podría el afectado recurrir de protección en contra del administrador de la red social, fundado en el hecho de que la no adopción de las medidas de protección establecidas dentro de las normas de uso constituye una omisión arbitraria o ilegal, que participa en la producción o en la agravación de la lesión de un derecho fundamental. Sin embargo, a fin de desarrollar un efectivo control del actuar del administrador en sede jurisdiccional chilena, será necesario que el conflicto que se genere presente algún factor de conexión, que confiera competencia a los Tribunales chilenos para conocer del conflicto.

3. ¿AUTOCENSURA EN LAS REDES SOCIALES? HACIÉNDONOS RESPONSABLES DE NUESTRAS DECISIONES

Finalmente, después de haber analizado las implicancias que tiene el resguardo de la privacidad en el marco de las redes sociales y las posibles medidas de control frente a su afectación, nos interesa resaltar la importancia que tiene el autocontrol a fin de evitar que se ocasionen daños en nuestros bienes personalísimos. En este sentido, debe destacarse que todas las hipótesis de afectación por divulgación no autorizada de información de carácter personal se producirán, precisamente, por la ausencia de medidas de autoprotección por parte de su propio titular, quien abre un espacio protegido a la mirada de terceros.

Precisamente, la utilización de estas nuevas tecnologías y la participación de estas nuevas formas de asociatividad exigen por parte de los usuarios el desarrollo de un mejor criterio, a fin de definir qué información realmente desean hacer pública, qué partes de sus vidas desean compartir con los restantes usuarios y qué parte desean resguardar de las intromisiones de terceros. En efecto, por más que los mecanismos asignadores de responsabilidad funcionen de manera perfecta, ello no evitará la causa del primer daño, que es la difusión de la información que se desea mantener en reserva, difusión que, por el propio carácter de bien económicamente público que genera la información revelada, no podrá quedar cubierta de nuevo por la confidencialidad propia de nuestra información personal. Una vez revelada una información es en la práctica imposible excluir a nuevos usuarios.

Por estas razones, creemos con firmeza que el primer mecanismo de protección de la privacidad es el propio resguardo que hace su titular de su información personal, tomando conciencia de los riesgos que supone. La utilización de las redes sociales y la entrega voluntaria de nuestra información personal a las personas en quienes confiamos que ella supone nos permite crear vínculos o revitalizar aquellos que ya existían, usando la Internet como un medio de comunicación, de intercambio de ideas y de opiniones, siendo una gran herramienta que satisface en gran parte nuestra necesidad de contacto personal en una sociedad que no nos da el tiempo para tener estos encuentros en forma personal. Sin embargo, en su carácter de herramienta, debemos tener cuidado de los riesgos que supone su utilización, a fin de evitar que nuestro perfil de red social se transforme en un panóptico a disposición de toda la sociedad.

4. CONCLUSIÓN

El desarrollo de las nuevas tecnologías nos proporciona herramientas que buscan facilitar nuestras vidas y nos permiten la entrada a nuevas formas de asociatividad, en las que podemos afirmar mutuamente nuestra propia individualidad y expresar nuestra personalidad. Pese a las primeras impresiones que nos genera, creemos que estas nuevas tecnologías no suponen una redefinición de los ámbitos privados y públicos, sino simplemente una apertura de nuestra esfera resguardada, un compartir nuestra privacidad con quienes conocemos, guardando siempre nuestro derecho a cerrar esta puerta o a evitar su difusión no autorizada. Sin embargo, al igual como ocurre con toda tecnología, la valoración que de ella hagamos dependerá de los usos que admita y su corrección, siendo relevante no solo la exigencia de respeto por nuestra privacidad que hacemos a los terceros, sino también la forma como resguardamos nuestra dignidad.

PROSPERIDAD Y DESARROLLO HUMANO

Sergio Molina Silva y Jorge Cauas Lama
20 de junio de 2011
Académicos de Número

Los conceptos de prosperidad y desarrollo humano están estrechamente relacionados. Cuando se habla de prosperidad, el sentido común y el lenguaje cotidiano tienden a relacionarla con riqueza material, concentrando su significado en los aspectos puramente económicos. Sin embargo, la Real Academia va más allá y la define como “el curso favorable de las cosas” y como “buena suerte o éxito en lo que se emprende, sucede u ocurre”. Por lo tanto, le da un significado más amplio que el económico, agregando el aspecto dinámico a una concepción puramente estática del tema. Esta exposición se concentrará particularmente en los aspectos económicos, haciendo referencia específica donde corresponda al sistema de relaciones sociales y políticas que los sustentan y a su dinámica en el tiempo.

Partiendo entonces por la economía, se debe preguntar qué factores explican la creación de ingreso y de riqueza. La respuesta es que ellos son el trabajo humano, la acumulación de factores productivos y la productividad que los respalda. Existe un cuerpo sistemático de análisis y múltiples estudios empíricos que sustentan esta afirmación, los que dan origen a discusiones sobre las políticas que buscan optimizar los resultados en la materia y conducen a definir y proponer los sistemas sociales y políticos que permitan lograrlos en forma adecuada.

Con propósitos expositivos se simplificará lo que sigue, analizando para la época contemporánea los sistemas extremos basados esencialmente en el mercado y en el Estado, para luego referirse a una especie de proposición de equilibrio denominada comúnmente economía social de mercado. Por cierto, los factores históricos han conducido a una gran diversidad de situaciones concretas, pero en todas ellas es posible distinguir los fundamentos ideológicos que las sustentan.

El sistema económico basado esencialmente en el mercado supone una organización en que la toma de decisiones está fundamentada en el concepto de la libertad de las personas para elegir, siendo este un valor fundamental a respetar, lo que conduciría a un óptimo desde el punto de vista social en cuanto a que sus desviaciones perjudicarían a uno u otro de los participantes del sistema, disminuyendo así el bienestar del conjunto.

Sin extenderse demasiado, es conveniente mencionar que desde el punto de vista conceptual se ha relacionado este enfoque como una evolución natural de las sociedades humanas que en su desarrollo en el tiempo y la complejidad creciente de las relaciones entre sus miembros han ido construyendo un sistema en que las decisiones económicas personales han pasado, por ejemplo, del trueque a un sistema de

información más abstracto, pero más eficiente para los propósitos del intercambio. Particularmente importante en esta teoría evolutiva es el aporte de Friedrich von Hayek, quien lo desarrolla in extenso hacia el final de su vida en su libro *The Fatal Conceit* (La Arrogancia Fatal).

Este sistema en su organización específica supone que existe información perfecta de las partes en las materias pertinentes y un evidente sistema normativo, lo que es fundamental para tomar las decisiones adecuadas. Supone además el concepto de propiedad, lo que está implícito en la necesidad de acumulación de capital. Si existen imperfecciones en estas materias, el sistema se altera creando tensiones y eventualmente situaciones críticas con profundo alcance político. Es el caso, por ejemplo, de la existencia de factores monopólicos, o de una desequilibrada distribución del ingreso y la riqueza por desequilibrios en el poder relativo y en la capacidad de decisiones en los miembros de una sociedad.

El sistema económico basado esencialmente en el Estado supone una organización en que la toma de decisiones está construida en un sistema de planificación centralizada con información perfecta. Aquí el supuesto fundamental es que es posible diseñar el funcionamiento de la economía mediante conocimientos y tecnologías que permiten optimizar los propósitos buscados por el sistema político.

También, y sin extenderse demasiado en la materia, conviene mencionar los desarrollos conceptuales y analíticos de este sistema, que provienen esencialmente de una crítica al sistema de mercado. Aquí, más allá de las ideas de Karl Marx, es importante mencionar los trabajos del economista soviético Leonid Kantorovich, que han influido acentuadamente en la teoría y la aplicación de la planificación económica en el mundo.

Este sistema supone una organización política capaz de interpretar la búsqueda del óptimo social de su comunidad. Además supone conocimiento tecnológico y una organización óptima para la toma de decisiones, incluyendo, por cierto, las señales adecuadas para la asignación de los recursos. De no cumplirse estos supuestos, el sistema entra en procesos de deterioro que lo conducen a su no sustentabilidad y, eventualmente, colapso en el tiempo.

En ambos casos, la historia muestra los efectos de las imperfecciones descritas anteriormente. Ha sido el caso de las economías de mercado, que han pasado por situaciones críticas, donde destacan la profunda crisis de los años treinta del siglo pasado y la más reciente de comienzos del siglo veintiuno. En el caso de las economías estatales, destaca en forma notable el profundo cambio en los sistemas económicos y políticos en la Unión Soviética y en los países del Este de Europa a fines del siglo veinte, y las reformas vigentes al funcionamiento de la economía en China. En todos los casos descritos el ajuste ha llevado a fluctuaciones en la opinión académica y pública respecto de la viabilidad o conveniencia de uno u otro sistema, proceso que probablemente es parte natural de la historia humana. Por otra parte ello ha llevado además a una zona de acuerdos básicos que es muy conveniente destacar.

Muchos países en la época contemporánea han explorado lo que, como se mencionó anteriormente, se denomina economía social de mercado, destacando el éxito para los propósitos de prosperidad que muchos de ellos han tenido en su funcionamiento. La base sobre la cual apoyan el sistema es el reconocimiento de los valores de

una economía de mercado en un contexto en que el Estado regula, supervisa, corrige y actúa donde hay carencias y falencias. Este rol del Estado ha sido conceptualizado como de subsidiaridad. Es interesante observar que la raíz intelectual de este sistema se encuentra en quien es considerado el origen de la ciencia económica moderna, Adam Smith, en quien es posible reconocer no solo su aguda visión en materia económica, sino que su preocupación certera por los aspectos morales y políticos.

Nuevamente, aquí hay materias cuya discusión y análisis está vigente. Solo a modo de ejemplo se destaca en primer lugar el tema sobre la definición del papel específico del Estado y su tamaño relativo en diferentes etapas del desarrollo de un país y, en segundo lugar, la actuación del Estado en materias relacionadas a la opción entre transferencias directas o la promoción del trabajo y del empleo. Ambos aspectos tienen profundas implicaciones desde el punto de vista valórico y de eficiencia económica y social.

En su historia reciente, nuestro país ha pasado con claridad por ciclos que reflejan lo anteriormente expuesto, logrando en dicho proceso avanzar terreno en su funcionamiento y ampliando el espectro de los acuerdos en base a los cuales funciona.

Es interesante, por último, prevenir que la prosperidad no garantiza por sí sola el óptimo en desarrollo humano. Bien lo entendía Lord Keynes cuando en su brindis al dejar el cargo que tenía en el Ministerio de Finanzas de Inglaterra lo hizo “por los economistas –quienes son los garantes, no de la civilización, sino que de la posibilidad de civilización”.

El desarrollo humano es un concepto más amplio que ha sido elaborado por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) a partir de 1990. Según esta institución “el desarrollo humano es el proceso de expansión de las oportunidades del ser humano, entre las cuales las tres más esenciales son disfrutar de una vida prolongada y saludable, adquirir conocimientos y lograr un nivel de vida decente”, ciertamente que para alcanzar este propósito, la prosperidad o el crecimiento económico es esencial.

Desde que el PNUD oficializó el concepto, ha habido cambios significativos en la forma de medir el desarrollo humano, considerando no solo salud, educación e ingreso, como era en sus inicios, sino que otros factores como las desigualdades, la libertad política, la desigualdad de género y otros.

Desde la perspectiva del bienestar, no cabe duda que este no solo depende del ingreso monetario que obtiene una persona como retribución de su trabajo o de su capital, sino también de las transferencias que esa persona recibe de terceros, especialmente del Estado, en términos monetarios y por medio del acceso a bienes y servicios gratuitos o subsidiados. Solo para dar una idea de la importancia de estas transferencias, en el caso chileno, la desigualdad entre el primero y el último decil de ingreso, si se considera solo el ingreso autónomo, es de alrededor de catorce veces y baja a la mitad si se considera el ingreso total, incluidas las transferencias. Por otra parte, las transferencias representan alrededor del 60% del ingreso total de las personas más pobres que están ubicadas en el primer decil de ingreso.

Aceptar el concepto de desarrollo humano, tiene consecuencias no solo estadísticas y útiles para la clasificación de los países que hace el PNUD según sea el ingreso nacional bruto por persona o el que corresponda aplicando el índice de desarrollo

humano (IDH), ajustado por otras variables como la desigualdad y el género. La discusión que se inició con esta metodología y el concepto que hay detrás de ella se refiere a la insuficiencia del ingreso por persona como variable válida para medir el desarrollo humano. Hoy no se discute la importancia del crecimiento económico en el bienestar de las personas y el significado del ingreso autónomo como factor de independencia para elegir libremente. No obstante, sabemos que el ingreso autónomo no permite a la mayoría de la población del mundo satisfacer sus necesidades básicas y que existen grandes desigualdades entre países y al interior de ellos. De esta situación muy generalizada y de la imposibilidad que el funcionamiento libre del mercado corrija esas desigualdades en un horizonte razonable de tiempo, ha surgido la necesidad de que el Estado, en representación del bien común, intervenga para corregir las desigualdades de ingreso y de oportunidades para acceder a bienes y servicios esenciales. Ciertamente que aquí están incluidos la educación, la salud, la vivienda digna, la seguridad personal y otros factores que influyen no solo en el bienestar económico sino en las posibilidades de tener una vida mejor que, en último término, es esencial al desarrollo humano. Así se ha ido conformando el funcionamiento de la economía social de mercado, sin embargo, existen diferencias de un país a otro en cuanto al tamaño del Estado y a su eficacia.

Cuando se señala que es el Estado el que puede hacer una contribución significativa para lograr el desarrollo humano, no significa que él debe ser el que gestione las acciones que conducirán a ese fin, es perfectamente posible, y de hecho así ocurre, que sea el sector privado el gestor o que este comparta responsabilidades con el Estado. Un ejemplo destacado de esta experiencia compartida se da en el sistema escolar chileno, donde las municipalidades son sostenedores públicos que comparten con colegios privados la función educativa. En ambos casos reciben subvención del Estado sujeta a ciertas normas. Más aún entrando al campo específico de las desigualdades en educación, existe en Chile la Subvención Especial Preferencial (SEP) para los colegios que atienden a los grupos más vulnerables, sean estos públicos o privados, siempre que se cumplan las condiciones establecidas en la legislación que la creó.

El Estado no solo influye en el nivel del ingreso total de las personas y familias a través de las transferencias, sino que también en el ingreso autónomo en forma directa o indirecta. Un ejemplo destacado es la determinación por ley de un salario mínimo para proteger especialmente a quienes no tienen capacidad de negociación. Esta medida no ha estado exenta de críticas, ya que se argumenta que puede afectar negativamente el empleo de las personas de menor calificación. A pesar de la importancia de una medida de esta naturaleza hay una proporción importante de los trabajadores que quedan al margen de ella. En efecto, y nuevamente recurriendo a la experiencia chilena, se ha comprobado que alrededor del 50% de los trabajadores dependientes o por cuenta propia, del veinte por ciento de menores ingresos no tienen contrato de trabajo y, por lo tanto, están fuera del sistema de seguridad social, del salario mínimo y de otros beneficios.

Un factor determinante de las desigualdades de ingreso está en la gran diferencia de productividad que existe entre las empresas de mayor desarrollo y las empresas de menor tamaño. En el caso chileno es alrededor de 10 veces. Esta condición estructural es determinante de las desigualdades de ingreso, ya que es en este sector

de baja productividad donde trabaja la mayor proporción de la población, ya sea en su calidad de dependiente o por cuenta propia.

Un país que desea alcanzar un desarrollo más equitativo requiere aumentar la productividad de las empresas de menor tamaño y para ello es preciso cambiar las condiciones vigentes de la falta de acceso de esas empresas a ciertos medios necesarios como son: el crédito a una tasa razonable, la comercialización de sus productos y la asistencia técnica, entre otros. Aquí surge nuevamente la participación del Estado, ya que entregar exclusivamente al mercado la responsabilidad de los cambios puede tomar un tiempo inaceptable desde el punto de vista de la justicia distributiva y de la necesidad de incluir a este importante sector en el circuito de una economía más moderna y productiva.

Habíamos mencionado la importancia de las transferencias que realiza el Estado para lograr un mayor bienestar de las personas, es importante la comprobación de que este tipo de transferencias se va complicando en la medida que la sociedad progresa. Cuando se cubren ciertas necesidades, surgen demandas cualitativamente distintas. Un ejemplo que hemos podido comprobar en la experiencia chilena se refiere a la educación. En la actualidad se ha completado la cobertura de la educación básica y prácticamente sucede lo mismo con la educación media, por tanto el problema actual es la calidad de la educación y más que eso la disminución de la brecha entre distintos grupos sociales. Algo parecido ocurre con la educación superior, aunque esta todavía no alcanza una cobertura óptima. No obstante, las diferencias cualitativas que se dan en ese nivel educativo, tienen una consecuencia en la empleabilidad y en el nivel de ingreso que obtiene un profesional dependiendo de la Universidad de que provenga.

Algo similar ocurre en la atención de la salud, donde la cobertura ha sido creciente, pero existen desigualdades inaceptables en la calidad del servicio que reciben los grupos más pobres de la población y aquellos que pueden pagar parcial o totalmente la atención privada.

Los cambios cualitativos que se van produciendo en la demanda de servicios básicos se relacionan también con la amplitud del sistema democrático, con la participación ciudadana y la integración social, por eso el desarrollo humano ha incorporado estos factores como parte de los indicadores que se deben considerar para evaluar su progreso.

En efecto, un eje esencial del desarrollo humano es la libertad de los individuos para expresar sus demandas y poder discrepar de lo que se les pudiera imponer. Por eso el ejercicio democrático del poder está en la base del desarrollo humano. De ahí se derivan otras variables institucionales que van más allá del acto elemental de elegir a los gobernantes, tales como la integración social, esto es superar la marginalidad que caracteriza a ciertos grupos sociales en un Estado incipiente de desarrollo; y la participación ciudadana en los distintos niveles de la organización social, ya sea vecinal, comunal, provincial, regional o nacional.

La democracia se consolida y perfecciona con la participación activa de la sociedad civil y esta solo puede hacerse presente de una manera eficiente y efectiva si existen instituciones en las cuales pueda participar, generalmente esto no se da en países que todavía están en etapas primarias de organización y participación ciudadana.

Por otra parte, un elemento que hace posible que las demandas cualitativamente más complejas puedan ser una realidad es la competencia de la institucionalidad. Puede haber conciencia de las desigualdades, pero si no existen las instituciones adecuadas para poner en práctica las políticas que permitan superarlas, nos quedaremos en el nivel de las insatisfacciones que pueden convertirse en conflictos sociales que afectan el crecimiento y la gobernabilidad, entrando así en un círculo vicioso con efectos negativos impredecibles, tanto en la prosperidad como en el desarrollo humano.

Hay muchos ejemplos en que las buenas intenciones de beneficiar a los más pobres se frustran porque los programas y proyectos tienen un alto costo burocrático y, en definitiva, no llegan a los grupos objetivos, beneficiándose de ellos los que están mejor organizados para acceder a los servicios públicos.

Si el Estado toma la responsabilidad de corregir las desigualdades, se requiere tener varias competencias que no siempre se dan. En primer lugar gobernabilidad, esto es condiciones políticas que permitan dar legalidad a los propósitos de desarrollo humano. Un gobierno puede tener buenas ideas, pero si políticamente no puede ponerlas en práctica solo contribuyen a la frustración originada en ofertas no cumplidas.

Por otra parte, la historia demuestra que el desarrollo humano es un proceso gradual y en la mayoría de los casos en que se ha deseado acelerar más allá de lo que el propio entorno lo permite, se ha llegado a niveles de conflicto que pueden amenazar la existencia misma del régimen democrático y, en todo caso, el crecimiento económico, el empleo y los equilibrios macroeconómicos.

Como se puede apreciar, son muchos los factores que influyen en el desarrollo humano y los países son muy heterogéneos desde el punto de vista económico, político, social e institucional, todo lo cual no permite hacer una propuesta de políticas únicas que tenga validez general.

Si se compara la experiencia de países de distinto grado de desarrollo se puede comprobar que hay diferencias notables, tanto en el tipo de demandas que hace la población, como en la sofisticación y eficiencia de las políticas. Esto está directamente relacionado con el nivel y calidad de la educación; con la amplitud y solidez de la democracia; con la participación de la sociedad civil y la existencia de canales donde expresarse, entre otros factores que permiten transitar de un estado de desarrollo a otro más avanzado.

Si bien es cierto que las diferencias señaladas impiden tener una fórmula única para superar los obstáculos para lograr el desarrollo humano, el hecho de tener un índice que permite hacer un "ranking" de países y disponer de una amplia y diversa información sobre experiencias exitosas ha significado un avance para proponer políticas compatibles con las características de cada país, de tal manera de lograr no solo un crecimiento económico mayor y persistente, sino también más justo desde el punto de vista distributivo y de proporcionar oportunidades más equitativas que eviten las frustraciones que producen las desigualdades persistentes y muchas veces crecientes.

PRINCIPALES DESAFÍOS DEL SISTEMA PENITENCIARIO

Javiera Blanco Suárez*
Lunes 25 de julio de 2011

El sistema penitenciario chileno se encuentra en un estado crítico debido al alto nivel de hacinamiento y contagio criminal, escasez de programas de reinserción y rehabilitación y precario control de aquellas medidas alternativas a la cárcel.

En Chile, la población penal se ha incrementado sostenidamente en la última década. El año 2010, la población penal total atendida por Gendarmería se estimó en más de 108 mil personas. Al observar las cifras, desde el año 2005 se producen aumentos en la población condenada en todos los sistemas (cerrado, semiabierto y abierto). Esto, sin duda, se vincula a la implementación de la Reforma Procesal Penal en todo el país, donde el mayor incremento se observa en el uso de medidas alternativas a las penas privativas de libertad.

Si bien la reforma ha cumplido con el objetivo para la cual fue prevista, esto es, generar más respuestas en menor tiempo, se hacía necesario simultáneamente mejorar el sistema de cumplimiento, siendo esta última arista la que no se ejecutó con prontitud en su momento.

En el sistema cerrado –donde encontramos el 48,8% del total de la población penitenciaria–, entre los años 2000 a 2010, aumentan 152,6% los condenados privados de libertad, totalizando 40.464 en el último año. Además, disminuyen las personas privadas de libertad sin condena (detenidos, procesados e imputados) de 16.033 casos a 10.977 en el año 2010.

La implementación de la Reforma Procesal Penal también ha tenido un impacto significativo en la evolución de la población en el sistema abierto. La población sujeta a medidas alternativas (Ley N° 18.216, que establece la remisión condicional de la pena, libertad vigilada y reclusión nocturna) crece 62,3% entre los años 2000 y 2010.

Según una encuesta realizada por el Ministerio de Justicia el año 2010, cada delegado de libertad vigilada atiende en promedio a 60 personas, superando lo establecido en el Reglamento de Gendarmería, que no debieran superar las 20 personas por delegado.

Por otra parte, el aumento de la reclusión nocturna ha tenido repercusiones en el incremento del hacinamiento de esta población en los escasos centros especiales que se disponen y en los establecimientos cerrados, donde la mayoría de las veces comparten espacios físicos con la población imputada y condenada.

* Directora Ejecutiva de Fundación Paz Ciudadana, Javiera Blanco Suárez participa en jornada de diálogo sobre “Pena y Rehabilitación”, organizada por la Academia Chilena de Ciencias Sociales, Políticas y Morales del Instituto de Chile.

Según la última información disponible, el ranking internacional que realiza el Centro Internacional de Estudios Penitenciarios, en King's College de la Universidad de Londres, nuestro país se ubica en el tercer lugar de la región y en el lugar 35 del mundo con mayor población penitenciaria.

Respecto de la rehabilitación en Chile en los sistemas cerrado y semiabierto, el 40% de los internos realiza actividades laborales en las cárceles, es decir, 16.561 personas, trabajo que en el 60% es de tipo artesanal. Sólo el 2% de la actividad laboral penitenciaria está vinculada a empresas provenientes del medio libre (empresas a trato e instaladas).

En cuanto al área educacional, durante el año 2010, 13.493 internos (26%) tuvieron acceso a programas educativos.

Al interior de los recintos penales también encontramos una serie de intervenciones psicosociales, como el programa "Conozca a su hijo"; el programa nacional de residencias transitorias para niños y niñas con sus madres privadas de libertad; el programa de ampliación progresiva de la cobertura y prestaciones de reinserción social para las personas privadas de libertad; el programa de reinserción social de personas condenadas por infracción a la ley penal de los centros penitenciarios Colina 1 y 2, en la Región Metropolitana, y el centro penitenciario de Valparaíso, entre otras.

En cuanto a la rehabilitación en el sistema abierto, existe un Programa de reinserción laboral en el medio libre, que comprende tanto capacitación como colocación, que al año 2010 atendió a una población total de 1.783 personas, es decir, el 3% de la población penal. De las cuales, por ejemplo, 290 personas eran de la región de Valparaíso, 230 del Biobío y 137 eran de la Región Metropolitana.

Asimismo, existe un modelo de intervención diferenciada, que se utiliza solamente para sujetos condenados a libertad vigilada y que busca disminuir los factores de riesgo de la conducta delictiva e impedir la reincidencia. El año 2010 se aplicó a 2.408 personas, según información de Gendarmería. Esto es el 21% de la población total sujeta a libertad vigilada.

Existen también otros tipos de intervenciones como de salud mental y tratamiento de adicciones que atendió a 90 personas; intervención psicosocial y laboral a mujeres jefas de hogar que benefició a 140 personas; intervención diferenciada a ofensores sexuales en libertad vigilada del adulto, con 371 personas y de intervención a hombres que ejercen violencia contra su pareja mujer en el contexto familiar, que atendió a 139 personas.

En cuanto a los programas de rehabilitación postpenitenciaria, está el programa "Hoy es mi tiempo", que cuenta con 350 cupos; el programa de intervención psicosocial individualizada con 225 cupos y el programa de subsidio a la contratación con 530 cupos.

Todos estos programas cubren menos del 2% de la población penal, considerando que cada año egresan de las cárceles cerca de 59 mil personas.

Respecto de los recursos que se destinan a los programas de reinserción, el presupuesto del año 2011 es de M\$ 7.479.643, lo que equivale al 3% del presupuesto de Gendarmería de Chile.

Así, comprobamos que el presupuesto está destinado mayoritariamente a la seguridad y el control de los recintos carcelarios.

El Consejo para la Reforma Penitenciaria señaló que el 13,6% se destina a actividades de reinserción, sumando los gastos en CRS, el gasto en personal que realiza estas funciones y las comunidades terapéuticas.

Al respecto, la evidencia internacional, específicamente los programas laborales, educativos y de rehabilitación aplicados en cárceles en Estados Unidos, confirma un impacto positivo en la población penal y en disminuir la tasa de reincidencia.

Desafíos para Chile:

Como vemos, el país en materia penitenciaria enfrenta una serie de desafíos, en cuanto a disminuir los impactos de la sobrepoblación de los establecimientos penales y mejorar las condiciones de vida de los reclusos y generar condiciones reales de rehabilitación.

En cuanto al sistema de ejecución de penas, es fundamental terminar la tramitación de la reforma pendiente a la Ley N° 18.216, que regula las medidas alternativas a la reclusión, y avanzar con mayor celeridad a una reforma integral al sistema de penas que se cumplen en libertad. Esta debe contemplar con especial énfasis la creación de una institucionalidad especializada a cargo de la ejecución de dichas penas y el desarrollo de oferta programática asociada a cada medida, evaluada y basada en evidencia empírica.

Según la experiencia comparada (como la inglesa, por ejemplo), los sistemas penitenciarios más eficaces son aquellos que han separado las funciones de control o custodia de las labores de rehabilitación.

En el caso de Chile, Fundación Paz Ciudadana cree prioritario avanzar en la creación de una nueva institucionalidad –separada de Gendarmería–, que tenga a su cargo el efectivo cumplimiento y la correcta supervisión técnica de aquellas medidas y penas que se cumplen en libertad, esto en el largo y mediano plazo. Eso puede requerir tiempo, por lo que, en el corto plazo, la prioridad es reforzar la actual institución a cargo de esta materia: el Departamento de Tratamiento en el Medio Libre.

En relación con las penas privativas de libertad, además de asegurar estándares mínimos de infraestructura, el principal desafío radica en la rehabilitación y reinserción. Los desafíos en esta área no son solo ampliar la cobertura sino la calidad de los programas existentes. Además, debe ampliarse significativamente la oferta de tratamiento de drogas, e implementarse programas de reinserción postpenitenciaria.

Aunque se trata de un problema de largo plazo, la solución para terminar con el hacinamiento penitenciario ya ha dado señales de ir en la dirección correcta. Esto, tras la serie de medidas anunciadas en cuanto a proyectos de ley que permiten racionalizar el uso de la cárcel (incorporación de la figura de trabajo en beneficio de la comunidad, indultos, modificación de la libertad condicional, entre otros), el fortalecimiento de las medidas alternativas a la reclusión, así como al fortalecimiento de las medidas de rehabilitación y reinserción de los condenados y la construcción de nuevos recintos penales.

Como primera iniciativa, el gobierno presentó una indicación a la Ley N° 18.216, que establece penas sustitutivas a las penas privativas de libertad (Boletín 5838), destinada a fortalecer las medidas alternativas a la prisión y mejorar el control sobre el cumplimiento de penas, evitar la reincidencia y asegurar la protección a las víctimas.

El proyecto modifica el nombre de la ley, pasando de “medidas alternativas” a “penas sustitutivas” para precisar que no se está frente a un beneficio otorgado al condenado, sino que ante una sanción que debe ser cumplida. Asimismo, diversifica el catálogo de penas sustitutivas al incorporar la reclusión parcial, la libertad vigilada intensiva, los trabajos en beneficio de la comunidad y la expulsión.

La iniciativa incorpora el sistema de monitoreo telemático o mecanismo de supervisión tecnológica de las penas de reclusión parcial y libertad vigilada intensiva, que será administrado por Gendarmería de Chile.

El sistema de radiofrecuencia tiene un costo por usuario de 115 mil a 150 mil pesos. En contraste, con los costos que implica tener a una persona en una cárcel en Chile, que van desde los 300 mil pesos en una cárcel de administración directa y 500 mil pesos en un penal concesionado.

Esta indicación a la Ley N° 18.216 también considera el aumento del número de delegados de libertad vigilada y que, tratándose de las penas de libertad vigilada, se regula en el catálogo de condiciones que deben ser impuestas, la obligación de asistir a programas de rehabilitación en drogas y alcohol, en casos de consumo problemático.

También se encuentra en el Congreso Nacional un segundo proyecto de ley que modifica el régimen de libertad condicional y establece la pena de prestación de servicios en beneficio de la comunidad como alternativa a la prisión para casos de incumplimiento de la pena de multa.

En él se elimina al Seremi de Justicia de la toma de decisión para el otorgamiento de la libertad condicional. Así, la Comisión de Libertad Condicional –integrada por jueces– será quien tome la determinación, en base a criterios eminentemente técnicos.

También se contempla la prestación de servicios en beneficio de la comunidad. Hoy, sobre 2.700 personas están privadas de libertad por no tener dinero para pagar multas. Así, se propone incorporar al catálogo de penas del Código Penal la prestación de trabajos en beneficio de la comunidad, que requerirá el acuerdo del condenado y serán actividades no remuneradas a favor de una colectividad o en beneficio de personas en situación de precariedad.

El trabajo será facilitado por Gendarmería, que podrá celebrar convenios y será coordinado por un delegado de dicha institución.

Una tercera medida consiste en establecer un régimen especial de cumplimiento de penas, por medio de un indulto conmutativo general (Boletín 7535-07), que beneficiará a mujeres que hubiesen cumplido 2/3 de su pena. Si tuviesen un hijo menor de 2 años, basta que le queden 6 meses para cumplir los 27 de la condena. En ambos casos, deben tener conducta sobresaliente durante los 3 últimos bimestres.

También beneficiará a condenados con salida controlada al medio libre. Se calcula que beneficiará a 5.552 sujetos. Finalmente, también se incluyen a condenados a reclusión nocturna, los que actualmente ascienden a 875 personas.

Como requisitos comunes, estas personas deberán firmar un compromiso de no delinquir. Si comete un nuevo delito, deberá cumplir la pena que le fue indultada, más la asignada al nuevo delito. También deberán someterse a un período de control y observación de Gendarmería por 5 años.

Se excluirán de este beneficio a los condenados como autores de los delitos consumados de secuestro, parricidio, homicidio calificado, violación, violación con

homicidio, delitos sexuales contra menores, ley de drogas, robo con violencia, robo con sorpresa y robo con fuerza en las cosas, en lugar habitado o destinado a la habitación.

Como vemos, resulta imperativo racionalizar el uso de la cárcel e intensificar el uso de medidas alternativas a la reclusión, de manera de contribuir a disminuir el riesgo de reincidencia de la población infractora de ley, tarea a la que toda la sociedad chilena está llamada a contribuir.

PENA Y REHABILITACIÓN

Luis Ortiz Quiroga

La pena constituye la respuesta de la sociedad a la conducta del sujeto que se desliga ostensiblemente de las pautas valóricas que la misma sociedad se fija y que se traduce en una sanción para quien ha cometido un delito. No obstante que su lugar natural es el Derecho y, específicamente el Derecho Penal, la problemática que plantea su justificación y el señalamiento de sus fines, ha originado que se preocupen de ella no solo ciencias normativas como el derecho y la moral, sino también otras, como la filosofía, la criminología, la sociología y las ciencias políticas. Y esto no es de extrañar, ya que siendo la delincuencia uno de los problemas más graves que azota a las sociedades modernas y a la que la ciudadanía es particularmente sensible, la búsqueda de políticas públicas adecuadas para prevenir conductas desviadas, castigarlas en su caso, tratando de corregir a quien ha delinquido de manera de tornarlo en un elemento a lo menos neutro socialmente, requiere del aporte interdisciplinario de todas esas áreas del conocimiento.

En su expresión más cruda, la filosofía marxista, la Criminología Crítica encabezada por Alessandro Baratta y los partidarios del Labeling Approach o Teoría de las Etiquetas, cuestionan derechamente la legitimidad del castigo al delincuente, pues por encima de las diferencias de sus seguidores, coinciden en considerar que lo que es necesario cambiar no es el delincuente sino la sociedad, pues sería esta la que generaría la delincuencia. Unas y otras trasladan la responsabilidad a la sociedad, la cual se limitaría a defender los intereses de la clase dominante en una abierta forma de discriminación en perjuicio de los más desposeídos. Una sociedad injusta carecería de toda legitimidad frente al sujeto que ha delinquido, pues ha contribuido de manera directa a convertirlo en delincuente.

La pregunta acerca de la justificación y límites del Poder Estatal para crear delitos y conminarlos con pena se trató de contestar durante largo tiempo por medio de concepciones metajurídicas, considerando el Jus Puniendi como un derecho subjetivo que correspondía a la sociedad toda, limitada a su vez por los derechos subjetivos de los ciudadanos, de acuerdo con el modelo del pacto social. Hoy la tendencia mayoritaria es reputar el derecho del Estado a castigar como una manifestación exclusiva que emana de las normas jurídicas, especialmente constitucionales y, en consecuencia, limitado y sometido a ellas. A su vez, el ordenamiento jurídico ha recogido de los aportes de la filosofía y la ciencia moral ciertos principios como el de legalidad, culpabilidad, protección exclusiva de bienes jurídicos, lesividad y humanidad, entre otros, que restringen la utilización de las normas penales, como ultima ratio, en el caso de

atentados a los intereses jurídicos de mayor trascendencia por medios que permiten dirigir un severo juicio de reprochabilidad a su autor y solo cuando las sanciones que permiten aplicar las restantes ramas del Derecho se han reputado insuficientes de cara al daño amenazado o producido. En este predicamento, la legitimidad del Estado en la aplicación de la pena va más allá del contractualismo y del jus naturalismo y radicaría en la voluntad soberana de la comunidad ciudadana que dicta sus leyes tomando en consideración los valores que más aprecia.

Justificada la pena de acuerdo con la orientación que se tenga y del Estado para aplicarla, surge la pregunta obvia de ¿cuál es su fin?, materia esta en que la ciencia penal a pesar de sus muchos logros y progresos todavía no se pone de acuerdo. Simplificando al extremo las orientaciones planteadas por filósofos y juristas puede distinguirse entre teorías absolutas y relativas. Las primeras sostienen que la pena se justifica por sí misma sobre la idea de una exigencia absoluta de justicia o de primacía del imperio del Derecho. Así, para Kant la pena constituye un verdadero imperativo categórico “que no puede nunca aplicarse como un medio para procurar otro bien, ni aun en beneficio del culpable o de la sociedad; sino que debe siempre serlo contra el culpable por la sola razón de que ha delinquido; porque jamás un hombre puede ser tomado por instrumento de los designios de otro, ni ser contado en el número de las cosas como objeto de derecho real...”. La pena sería una retribución del mal causado por el autor del ilícito de una entidad que se supone equivalente, idea que ha dado origen por medio de la historia a la importante teoría de la retribución, manifestada de manera diversa con los siglos (retribución divina, moral, jurídica). Hoy la tesis retribucionista sigue teniendo una gran relevancia, pero fijando la medida de la pena en función de la culpabilidad del autor del delito, como un límite ineludible de su magnitud. Solo se puede retribuir el mal causado en la medida que este haya sido provocado de manera intencional o a lo menos imprudente o descuidado. De esta manera la culpabilidad vendría a ser, a la vez, justificación y medida de la pena.

Las teorías relativas, en cambio, entienden que se debe castigar no por lo que el sujeto ha hecho, mirando el pasado, sino para prevenir su comisión. Se clasifican en teorías de prevención general y prevención especial. En ambas la pena deja de tener un fin en sí misma transformándose en un instrumento o medio para lograr ciertos objetivos. Para los seguidores de la prevención general negativa la disuasión en la comisión de delitos se obtiene por un proceso de intimidación a los destinatarios de la norma, quienes procurarán no cometer las conductas castigadas con el rigor de la ley, para no sufrir en carne propia el dolor que supone la sanción. Para los partidarios de la prevención general positiva la aplicación de la pena tiene como finalidad, en cambio, restablecer la confianza en el Derecho quebrantada con la comisión del delito. La pena sería una demostración de fidelidad al sistema y/o a la vigencia de la norma.

La prevención especial, a diferencia de lo expresado, centra su preocupación en el delincuente. La pena ya no está dirigida a la comunidad entera con un mensaje intimidante o de reafirmación del derecho, sino únicamente al autor del ilícito, tratando de aplicar en cada caso concreto medidas y sanciones adecuadas para resocializarlo. Este ha sido uno de los grandes escollos de los sistemas punitivos modernos, especialmente en los casos de condenados a penas privativas de libertad que importan un encierro prolongado en un recinto carcelario. La Scuola Positiva Italiana, en el marco

de esta preocupación, a fines del siglo XIX y principios del XX, mediante el aporte de Lombroso, Ferri, Garófalo y otros autores, ha sostenido que la responsabilidad debía fundarse en la peligrosidad del delincuente y no en su culpabilidad, distinguiendo entre criminales corregibles e incorregibles. Mientras los primeros debían ser sometidos a medidas de seguridad de tiempo indeterminado hasta haber logrado su resocialización, los segundos debían ser simplemente inocuidados o eliminados. Esta tendencia, que partía del supuesto de considerar al delincuente como un enfermo, ha sido largamente superada en los años posteriores por la Ciencia Penal, quedando sin embargo, como aporte aún vigente el concepto de peligrosidad criminal, sustento y justificación de las medidas de seguridad.

El loable propósito que persigue la pena rehabilitadora se estrella con una realidad difícil de compatibilizar con sus fines. Por lo pronto en este marco el legislador estaría impedido de establecer para ciertos delitos la pena de muerte y las penas de carácter perpetuo o de muy larga duración, pues ellas, por su propia naturaleza, impiden absolutamente la rehabilitación del condenado. Igual cosa puede decirse de las penas privativas de libertad de corto tiempo que, según está comprobado, no muestran utilidad alguna para la reinserción. Lo anterior sin considerar los graves efectos criminógenos que generan las penas privativas de libertad, por las condiciones de hacinamiento, ocio y promiscuidad que hacen de nuestras cárceles verdaderos centros de perfeccionamiento para la criminalidad. De ahí la frecuencia con que se verifica la reincidencia, en el marco de un círculo vicioso: mientras la sociedad rechaza al condenado negándose a darle un trabajo por sus malos antecedentes anteriores, aislándolo y estigmatizándolo, este último agrede al sistema cometiendo nuevos delitos.

Con todo, la legislación chilena consagra la rehabilitación como uno de los fines importantes que debe cumplir la pena penal. Cabe mencionar: el D.L. N° 409 de 1932 cuyo objetivo fundamental es el de eliminar, bajo ciertas condiciones, los antecedentes penales del condenado; la Ley N° 18.216, de 1983, sobre Medidas Alternativas al Cumplimiento de las Penas Privativas o Restrictivas de Libertad y que consagra el derecho del condenado, previa ciertas exigencias, a cumplir parte de su condena o toda ella en libertad (remisión condicional de la pena, reclusión nocturna, libertad vigilada); la Ley N° 19.856, del año 2003, que creó un nuevo mecanismo orientado a la reinserción social de los condenados, a penas privativas de la libertad mediante la reducción de la pena por buena conducta. El Reglamento de Establecimientos Penitenciarios del año 2005 (Decreto Supremo N° 1.248 del 2005) consagra la progresividad del régimen carcelario mediante el otorgamiento de diversas formas de permisos de salida a los condenados, a fin de que puedan paulatinamente irse adaptando a la vida en libertad. Desde el punto de vista de sus objetivos consagra expresamente que el fin primordial de la actividad penitenciaria está destinada a la atención, custodia y asistencia de los sujetos en prisión preventiva y condenados como asimismo a la acción educativa necesaria para la reinserción social.

Los esfuerzos que se han hecho en el plano legal y reglamentario para estructurar normativamente un estatuto adecuado de políticas rehabilitadoras han resultado en general frustrantes. La función rehabilitadora requiere de instituciones adecuadas para corregir a los profesionales del delito con sistemas más abiertos en que, en escuelas y talleres, todos sin excepción, puedan aumentar su educación y adoptar un oficio;

lugares en que cada interno pueda tener su cama y acceder a un baño en condiciones higiénicas adecuadas; dotados de bibliotecas, espacios recreacionales y enmarcados en políticas que permitan una interacción cada vez más abierta con la comunidad. Todo esto es muy difícil, y desde luego imposible obtenerlo en cárceles que no cumplan ninguna de estas exigencias. Como dice un autor, constituye una inconsecuencia pretender rehabilitar a un delincuente para que se acostumbre a vivir en libertad en un régimen de privación de la misma.

Algunos datos concretos sirven para ilustrar el problema del sistema penitenciario en Chile y que pugnan con los propósitos rehabilitadores de la pena.

1. Uso excesivo de penas privativas de libertad. Mientras en 1979 el total de reclusos, entre detenidos y condenados ascendía a 14.915 personas, 10 años después, en 1989, el número había subido a 24.497; 20 años después, en 1999, a 30.051 y a fines del año 2009 a 52.947. La utilización de la privación de libertad es el paradigma en la lucha contra el delito y su utilización excesiva e imprudente ha convertido a Chile, en el concierto de países democráticos, en uno de los más represivos. En efecto, en América, Chile muestra una tasa de 325 reclusos por cada 100.000 habitantes, solo debajo de la de Estados Unidos, Guyana Francesa y Surinam, y a nivel mundial, superado solo, además por Rusia, Sudáfrica e Israel.

2. Sobrepoblación penitenciaria. Es francamente alarmante, alcanza un promedio de 160% a nivel nacional, lo que importa que el sistema se encuentre colapsado. Esta situación que ya existía al año 2005, se ha visto profundizada de manera relevante con la puesta en vigor de la Reforma Procesal Penal, cuya operatividad ha determinado un incremento importante en el número de condenados.

3. Inexistencia de voluntad política para invertir en el sistema carcelario. Esto es especialmente grave en la implementación de instrumentos de rehabilitación. Piénsese que del presupuesto de Gendarmería de Chile para el año 2009, solo el 3% estuvo dedicado a rehabilitación y a reinserción social.

4. Limitada significación de los programas rehabilitadores en la tasa de reincidencia. De acuerdo con los estudios llevados a cabo por la Unidad de Investigaciones Criminológicas (UNICRIM) dependiente de Gendarmería de Chile, año 2008, los índices de reincidencia de los condenados que han cumplido sus penas en el medio libre asciende al 7,79%; en tanto que los mismos índices relativos a condenados bajo penas de encierro ascienden al 24,1%, esto es, prácticamente triplica la tasa de reincidencia de los condenados que cumplen sus penas bajo las modalidades de remisión condicional, libertad vigilada y reclusión nocturna. La encuesta arroja números muy positivos, pero cabe hacer presente, sin embargo, que estas cifras son de fiabilidad relativa, puesto que la medición de la reincidencia en una población penal, en razón de la rotación de la población penitenciaria y de la insuficiencia de datos necesarios para conformar indicadores certeros, torna la tarea extremadamente dificultosa, razón por la cual deben mirarse como simples tendencias. Confirma lo expresado un nuevo estudio de la misma Unidad de Investigaciones Criminológicas del mes de marzo del año 2000, en la cual la tasa de reincidencia de quienes cumplían la pena, privados totalmente de libertad, ascendía a 47,37% (casi el doble de la señalada en la encuesta precedente); para quienes habían cumplido penas bajo libertad vigilada, 16,07%; bajo reclusión nocturna, 20,26%; y mediante remisión condicional, 6,42%.

El paradigma de la prevención especial se encuentra seriamente en entredicho en nuestro país y en el mundo entero, no solo por sus escasos logros sino por las dificultades prácticas con que tropieza la resocialización. En efecto, su adecuada institucionalización requiere de la creación de nuevos programas alternativos, mayor infraestructura material y personal, a niveles que exceden con mucho los presupuestos con que cuentan generalmente el Ministerio de Justicia y las agencias que los secundan. Además, presenta flancos débiles que la doctrina ha criticado decididamente: no proporciona límites máximos para la pena, por cuanto al penado sería imprescindible retenerlo todo el tiempo que fuere necesario para obtener su resocialización, lo que conduce a la aceptación de una pena indeterminada, hoy universalmente rechazada como alternativa de castigo; carecería de aplicabilidad respecto de aquellos que no necesitan resocialización, como ocurre con los autores de cuasidelitos o en casos en los que el hecho doloso se ha cometido en situaciones irrepetibles, sin peligro alguno de reincidencia; se cuestiona además que el Estado asuma tareas de reeducación de una persona adulta, lo que constituiría una restricción a su libertad personal y dignidad; y por último, se hace notar la discutible eficacia que habrían producido los esfuerzos de reinserción en los condenados. Estas críticas, entre otras que no es el caso abundar en esta sede, han generado en el Derecho Comparado actual un marcado escepticismo sobre los resultados de las teorías rehabilitadoras.

Esta cruda mirada a la reducida eficacia de la rehabilitación no significa a nuestro juicio que el Estado debe renunciar a ella. Al revés, la legislación del futuro deberá ser más receptiva a la resocialización adoptando nuevas políticas sustentadas con recursos adecuados para enfrentar la evolución de la criminalidad, acercar, en la delincuencia de intensidad media, a víctimas y victimarios, incorporando cuando sea posible la reparación del daño causado al proceso rehabilitador. El principio de humanidad de las penas exige respuestas pragmáticas e imaginativas que ayuden efectivamente a la reinserción social. La más apropiada, a nuestro entender, sería la substitución definitiva de las penas privativas de libertad de corto tiempo por otras que no desarraiguen socialmente al condenado eximiéndolo del estigma de la prisión.

IMÁGENES DE CHILE EN 50 AÑOS MÁS

Por Gonzalo Figueroa Yáñez (Q.E.P.D.)*
Académico de Número

I. INTRODUCCIÓN

La Mesa Directiva de la Academia (que yo mismo integro) escogió como tema de conversación para la reunión de hoy, este, que siempre me pareció ambiguo: “¿Cómo será Chile en 50 años más?”, sin precisar qué debe entenderse aquí por la palabra “Chile”. Reconozco haber sido parte conciente de esta ambigüedad, e incluso, haber concurrido a provocarla, para poder precisar desde la partida la materia del debate.

A mí me parece evidente que en 50 años más la cordillera seguirá estando en el mismo lugar donde hoy se encuentra, si bien es posible que tenga menos nieve, y nuestro mar Pacífico, los lagos y los fiordos del Sur también conservarán su actual ubicación, si bien es posible que estén más contaminados. La pregunta formulada, en consecuencia, no tiene una connotación meramente geográfica: la Academia desea preguntarse por las modificaciones que habrán acaecido en los próximos 50 años en el Chile social que hoy tenemos, haciendo honor, de esta manera, a su nombre y vocación por las ciencias sociales.

En consecuencia, entenderemos por “Chile” para este trabajo, el actual país presuntamente independiente, dotado de alguna soberanía nacional, compuesto por personas mayoritariamente de nacionalidad chilena, todos los cuales nos asemejamos por una cierta originalidad lingüística que nos distingue de otros pueblos precisamente por esa forma curiosa de conversar que tenemos, y por algunas costumbres que parecen ser propias. En síntesis, entenderemos por “Chile” lo que algunos politólogos y científicos sociales denominan “la nación chilena”. De este “Chile” en tanto nación nos preguntaremos cómo será en 50 años más.

En este contexto, me atrevo a adelantar que en mi opinión y en medio siglo más LA NACIÓN CHILENA DE HOY YA NO EXISTIRÁ, o estará en vías de desaparición como país independiente, constituyendo un nuevo recuerdo del pasado, como lo hubiera denominado Vicente Pérez Rosales. La nación chilena habrá desaparecido por obra de la legislación supranacional (regional y mundial), así como por obra del proceso de globalización que ya está mostrando su poder derogatorio de las legislaciones nacionales, por la integración económica, cultural y lingüística que proviene de cadenas televisas, telenovelas filmadas en el extranjero, predominio de idiomas no

* Presentación leída en la sesión ordinaria de la Academia de Ciencias Sociales, Políticas y Morales del Instituto de Chile celebrada el día 25 de julio de 2011.

castellanos, la utilización mundial de un idioma común (que espero sea el inglés y no el chino), algunos logros impactantes de la ciencia y de la tecnología, la posibilidad de comunicación interpersonal por medios electrónicos, las medidas que hayan debido tomarse para evitar la polución del aire, el agua y los mares y para disminuir la explosión demográfica, la guerra de los humanos por el agua, todos ellos fenómenos que ya podemos prever en nuestros días, y seguramente otros fenómenos que todavía no podemos ni siquiera vislumbrar.

Trataré de explicar a continuación cómo me imagino yo el mundo del año 2060, en el que aún estarán vivos nuestros actuales nietos. Una condición esencial para que pueda acontecer lo que yo imagino, es que la humanidad no haya logrado todavía la colonización masiva de otro u otros planetas del sistema solar, donde seguramente procederemos a reproducir con pocas variaciones el modo de vida y las costumbres buenas o malas que hemos implantado en nuestro planeta Tierra, y repetiremos los errores que ya cometimos en este, nuestro planeta de origen. Pienso que allá, en Venus o en Marte, en cuanto lleguemos, vamos a ponernos a contaminar el nuevo medio ambiente que encontremos, como lo hemos venido haciendo aquí, y a reproducir exponencialmente la especie humana, como también lo estamos haciendo aquí hasta hoy.

¿Es que la Academia me ha solicitado un nuevo retorno al “Mundo Feliz”? Yo pienso que Huxley habría estado dichoso de presentar a la Academia el trabajo que se me ha encargado a mí. En este juego de imaginación al que se me ha empujado, trataré de conservar una mirada optimista respecto del futuro de la humanidad, y no me limitaré a los 50 años que me exige el título, sino que dejaré correr la imaginación unos 50 años más, sujeto a la condición recién referida: que no hayamos podido todavía dar el salto colonizador de otros planetas, y que continuemos amarrados aún a nuestro hogar planetario de origen.

II. LA DISMINUCIÓN DE LA IMPORTANCIA DE LOS ESTADOS NACIONALES

El mundo jurídico de hoy conoce de tratados internacionales, convenciones, pactos, declaraciones o protocolos, todos a nivel internacional, regional o bilateral, que se han ido aprobando paulatinamente y ratificando por las diversas legislaturas nacionales, y por esta vía se han ido introduciendo en los ordenamientos jurídicos nacionales. En Chile, este fenómeno ha acaecido ya con relación a las convenciones y tratados internacionales sobre derechos humanos, que se han incorporado al ordenamiento jurídico interno, conforme al art. 5º inciso 2º de la Constitución Política. Lo mismo está aconteciendo en otros países del mundo occidental. Este fenómeno de formación de una legislación supranacional nos parece imposible de detener. Hoy, en las mejores Facultades de Derecho ya no es suficiente exponer o explicar a los alumnos la sola legislación nacional, pues cada ordenamiento nacional se encuentra complementado, modificado, alterado y ampliado, incluso derogado, por una frondosa legislación supranacional. El fenómeno descrito debe continuar ampliándose, alentado por la globalización económica, la internacionalización del crédito, el comercio internacional, el intercambio internacional de bienes y servicios, así como las migraciones masivas, todo lo cual requiere y obtendrá normas homogéneas y similares en todos los lugares del planeta.

Lo que se viene sosteniendo hará cada vez más irrelevante la labor legislativa a nivel nacional. Hoy ya es posible advertir una clara tendencia a la homologación de legislaciones nacionales de diversos países, que empiezan a parecerse cada vez más entre sí.

La tendencia referida tiende a la disminución de la soberanía nacional a nivel legislativo, puesto que todos los estatutos jurídicos tienden a asimilarse. Nosotros pensamos que, con relación a su estatuto jurídico, Chile devendrá dentro de Latinoamérica en un país parecido a lo que es Normandía o Borgoña dentro de Francia; Cataluña o Galicia dentro de España, o la Toscana dentro de Italia. Si queremos empujar este razonamiento aún más allá, también podemos pensar en los estatutos jurídicos de Arkansas o Missouri con respecto al estatuto jurídico general de los Estados Unidos, e incluso, en los estatutos jurídicos de Francia o de España dentro del estatuto jurídico general de Europa.

Dicho de otra manera, y con relación al estatuto jurídico de Chile en 50 años más, es más que probable que hayamos dejado de ser un país soberano (independiente, dicen algunos) para pasar a ser un lugar muy similar a otros países dentro de la región latinoamericana, por lo menos en cuanto a su estatuto jurídico se refiere. Lo que estamos afirmando dice relación, como ya hemos recalcado, a una similitud de estatutos jurídicos aplicables, y no alcanza a ciertos rasgos culturales o lingüísticos que pueden diferir de país a país, a ciertos trajes típicos, a ciertas características geográficas que pueden hacer atractiva alguna región en comparación con otra. La utilización de la fuerza pública para la represión de delitos será siempre similar en todos los lugares referidos.

III. EL AUMENTO DE LA IMPORTANCIA DE LAS PROVINCIAS, DE LAS CIUDADES, E INCLUSO DE LOS BARRIOS

El fenómeno recién descrito, de disminución de la importancia de los Estados nacionales, puede ir acompañado de una importancia creciente de las provincias, de las ciudades específicas en que cada uno de nosotros vive, e incluso, de los barrios. Pienso en conglomerados de unas 500.000 personas con características específicas que hagan de la ciudad o del barrio lugares de especial significación y de privilegiadas condiciones de vida para los que allí habiten. Si muchas actividades económicas y profesiones ya no necesitan hoy de la existencia de oficinas en lugares fijos predeterminados, si las órdenes gerenciales pueden darse por medios electrónicos desde lugares alejados, es perfectamente posible que empiecen a formarse pequeñas ciudades, incluso pequeños pueblos, que busquen una especial calidad de vida para sus habitantes, ligados al resto del mundo por medios electrónicos. En esas ciudades o barrios se irá desarrollando posiblemente alguna cultura local, alguna artesanía o manufactura, basada en las características específicas que los distinguen.

La existencia separada de provincias, ciudades o barrios permitirá, nos parece, que sus habitantes se preocupen especialmente de la calidad de vida que pueden alcanzar sus integrantes, y emprendan acciones comunes para el cuidado del medio ambiente, la lucha contra la contaminación, la mejor forma de utilizar la energía, el destino de los desechos, y demás asuntos ecológicos, que llegarán a constituir, creemos, características de las preocupaciones de los humanos que nos sucederán en 50 años más.

IV. EL CUIDADO DEL MEDIO AMBIENTE COMO OBLIGACIÓN COLECTIVA

Creo firmemente que –siguiendo una tendencia en aumento durante las últimas décadas– en 50 años más, la humanidad toda y no solo Chile en particular, se habrá impregnado de una especie de idea fija, de algo como un imperativo categórico, de una obligación colectiva, de un deber ser que necesariamente debe alcanzarse, que todos compartirán y buscarán cumplir, y que será el cuidado del medio ambiente y de la biodiversidad, el rechazo de la contaminación, el uso adecuado de los recursos renovables y el uso mínimo de los recursos no renovables, así como la importancia de la energía para el desarrollo de los seres humanos en el planeta. Junto con estos rubros, la humanidad compartirá la necesidad de disminuir drásticamente la tasa de natalidad para controlar la explosión demográfica. Sobre estos temas ecológicos se insistirá a los niños desde su infancia y lo mismo se hará en los colegios, conferencias a que asistan, se dictarán charlas y se organizarán exposiciones. Sobre estas materias, se machacará con publicidad y se tipificarán delitos de alta penalidad, habrá leyes drásticas, incluso de jerarquía supranacional y se tratará a los infractores como verdaderos demonios sociales.

Junto con esta especie de obligación y convencimiento colectivo acerca del cuidado del medio ambiente (y quien sabe si también como consecuencia de ello), creo que en Chile, en 50 años más, habremos logrado irrigar buena parte de nuestros desiertos y desalinizar los mares para obtener agua bebible, lo que habrá contribuido poderosamente en el aumento de la producción de alimentos para una población siempre creciente.

Todo lo señalado hasta aquí se nos habrá impuesto como una necesidad derivada del problema que ya está teniendo la humanidad de alojar más personas en un planeta que ya nos quedó estrecho.

V. EL PROBLEMA DEMOGRÁFICO

Creo que el mundo en su globalidad, incluyendo obviamente a Chile, habrá asumido en 50 años más que es indispensable limitar el número de personas que pueblan el planeta. Debe tomarse en consideración, para adelantar estas ideas, que la posibilidad de vida se habrá prolongado en los países más desarrollados hasta una cifra cercana a los 120 años. Hoy en Europa un niño recién nacido puede llegar a celebrar su cumpleaños número 100.

Este aumento explosivo de la longevidad se debe en buena parte al avance revolucionario de la medicina, avance que debe continuarse sin interrupción en los años que vienen. Dentro de estas consideraciones, debe tenerse presente además que es extremadamente probable que en los próximos años se logre aumentar considerablemente el suministro de agua potable a las poblaciones que aún no la reciben, siendo esta carencia una de las causas principales de muerte. También debe esperarse un rápido y general reemplazo de los actuales pozos sépticos por redes de alcantarillado, y un acceso creciente de las poblaciones más desvalidas a los cuidados hospitalarios de salud y a los medicamentos, a los hospitales y clínicas, siguiendo los esfuerzos que en estas materias se están realizando en la actualidad.

Finalmente, también debe esperarse que los hospitales reciban muy pronto las más modernas tecnologías terapéuticas. Incluso se espera la pronta implementación de tecnologías que permitan a los médicos operar a distancia.

Todo lo dicho hasta aquí lleva a la conclusión unívoca de que en Chile, así como en el resto del mundo, la humanidad deberá afrontar en los próximos años un gran aumento de la longevidad. Este aumento modificará notablemente la composición de los grupos humanos en cuanto se considera su relación con la capacidad productiva, como se dirá a continuación.

a) Parece evidente que la edad preproductiva (que algunos denominan “primera edad”) deberá extenderse a lo menos hasta los 30 años, por la necesidad de especialización postuniversitaria que requieren las grandes empresas productivas.

b) La edad propiamente productiva (que algunos denominan “segunda edad”) se extenderá también hasta los 70 o 75 años, puesto que sobre ella recae la posibilidad de sostener a las personas más necesitadas de las edades más vulnerables.

c) Lo dicho hasta aquí sugiere una jubilación tardía y la implementación de diversas actividades de esparcimiento de los adultos mayores.

En este contexto demográfico deben ubicarse los esfuerzos (que nosotros vemos indispensables y necesarios) por disminuir la tasa de natalidad. Creemos que estos esfuerzos tomarán diversos matices, como los que se señalan a continuación:

a) La mala consideración social o el rechazo social de las familias numerosas. Creemos que habrá hoteles acondicionados para recibir familias pequeñas a precios disminuidos y precios cada vez mayores para un exceso de hijos.

b) Creemos posible que se establezcan incentivos legales para las parejas con pocos hijos, como asignaciones familiares decrecientes o incluso, negativas, o rebajas en los tributos para aquellas que no excedan del máximo permitido de hijos.

c) Aunque no sea de nuestro agrado, pensamos que algunos países pueden recurrir incluso a la sanción penal por exceso de descendencia, como se dice ya sucedió hace algunos años en China.

VI. LA REVOLUCIÓN DE LAS TÉCNICAS DE EMBARAZO Y PARTO

Nos ha parecido conveniente referirnos ahora a los esfuerzos que se están realizando en el mundo científico-tecnológico contemporáneo para producir un “útero mecánico”, que también se ha denominado “vientre artificial”, esfuerzos que según la información que tenemos deberán fructificar en los próximos diez años¹.

El día en que un útero artificial pueda recibir un embrión recién fecundado y ayudarlo a desarrollarse durante nueve meses, se habrá producido una revolución copernicana en el futuro de la especie humana: nada menos que el retorno a nuestra vieja calidad de ovíparos, junto con el abandono de la calidad de vivíparos que adquirimos cuando llegaron los mamíferos a poblar la Tierra.

Nosotros pensamos que la puesta en servicio masiva de los úteros artificiales traerá como consecuencia una especie de “moda” entre las capas más pudientes de los

¹ “El útero artificial”, en Bio Genética-Molecular, 13 de enero de 2006, Word Press.com, y “The construction of an artificial human uterus”, en American Bioethics Advisory Commission, ABAC Quarterly, Spring 2002, Stafford, VA 22555. Autor: Joseph Howard.

países desarrollados, la que se irá extendiendo hasta las capas sociales más modestas. Se habrá puesto de moda primero, y habrá devenido en costumbre social después, la fertilización in vitro seguida de la entrega del embrión ya fertilizado al útero artificial, para su crecimiento y desarrollo. Dicho de otra manera, la mujer “pondrá su huevo” en el útero artificial, y podrá ir a visitarlo cuando le parezca para observar su lenta transformación como miembro de la especie.

Es posible que el fenómeno recién descrito vaya lentamente poniendo término a la modalidad del embarazo natural, que a muchas mujeres parecerá entonces una modalidad obsoleta, que les impedía el máximo de rendimiento laboral y les exigía cuidados suplementarios de su salud por un tiempo tan prolongado de nueve meses. Muchas de ellas llegarán posiblemente a afirmar que esas ventajas han sido obtenidas por la humanidad como resultado del retorno de la especie al estado ovíparo².

VIII. LA SEXUALIDAD LIBRE Y EL FIN DE LOS ABORTOS

Creemos que las técnicas para prevenir los embarazos no deseados habrán de multiplicarse en los años por venir, hasta dar los frutos que de ellos se esperan, esto es, hasta permitir que cualquier mujer que no desee embarazarse pueda tener sexo sin tener hijos. Las píldoras anticonceptivas llegarán seguramente a tener un efecto más prolongado en el tiempo que el que actualmente tienen, o se habrán descubierto vacunas contra el embarazo (que podrán contrarrestarse si se desea un embarazo por medio de la respectiva antivacuna), o bien se habrán desarrollado dispositivos intrauterinos de fácil introducción, de manera que nadie se embarace si no lo desea.

No creemos que haya exageración al exponer estas ideas: pensamos que esta finalidad se está logrando ya en los días que corren, entre las personas más cultas o mejor informadas, incluso en algunos países en desarrollo. Incluso nos parece posible que en 50 años más haya devenido en una especie de “rito social” la celebración del cumpleaños número 12, 13 o 14 de una muchacha, mediante alguna ceremonia en que se le provea solemnemente de una píldora o vacuna, para dejar constancia social de que ella ya está en condiciones de iniciar libremente su actividad sexual. Estos ritos de iniciación han existido en diversas culturas antiguas, unidos a veces con ciertos ritos de fertilidad, de manera que no nos parece imposible que los veamos renacer en los años por venir.

Incluso hoy, con los métodos anticonceptivos en uso, muchos jóvenes están teniendo una sexualidad libre. Nosotros creemos que esta tendencia es irreversible y ha de fortalecerse en los años que vienen. Creemos, además, que dentro de esta tendencia a una sexualidad más libre, la homosexualidad habrá sido socialmente aceptada. Esta aceptación, así como la utilización de ritos de iniciación sexual y fertilidad, tampoco son una novedad en las sociedades humanas: basta con leer *El Banquete* de Platón para comprobarlo.

Una conclusión fluye nítida de lo expresado hasta aquí: si la sexualidad va a encontrar caminos de mayor libertad por haberse superado el peligro del embarazo no deseado, y si el proceso de gestación va a poder realizarse dentro de un útero

² Este tema ya había sido adelantado por Aldous Huxley en su obra *Un mundo feliz*. Véase el Capítulo II.

artificial, no habrá más abortos voluntariamente provocados. ¿Quién va a querer depositar un huevo humano en un útero artificial, y pagar a la empresa respectiva el valor de este servicio, si realmente no desea el producto final?

Si todo embarazo llega a ser deseado, se habrá eliminado o por lo menos disminuido notoriamente la posibilidad de realizar el actual delito de aborto.

VIII. EL OCASO DEL PAPEL

Creemos que la humanidad está marchando hoy aceleradamente al ocaso, si no a la desaparición de las comunicaciones por medio del papel. Pensamos que en 50 años más, los libros en papel habrán cedido su lugar a textos electrónicos, fenómeno que ya está acaeciendo, lo que provocará el ocaso y desaparición consiguiente de las bibliotecas. Esto no significa que las nuevas generaciones dejarán de leer. La literatura también será de alcance electrónico, y esperamos que estas nuevas generaciones lean tanto o más que las actuales. Creemos tan solo que lo harán sobre soportes diferentes.

Los expedientes judiciales cosidos a mano y las escrituras públicas otrora manuscritas y hoy transcritas habrán dado curso –como también está sucediendo hoy– a testimonios electrónicos.

Y los diarios, periódicos y revistas que hoy nos lanza el suplementero por encima de la reja del jardín de la casa, nos llegarán por computación on line.

Desaparecerá también el papel moneda. Creemos que el dinero será todo electrónico, como ya está sucediendo. Sugiero que guardemos algunos de los actuales billetes que todavía tenemos en nuestros bolsillos, para mostrarlos algún día a nuestros nietos, como recuerdos de un mundo que se fue.

IX. LA POSIBILIDAD DE COMUNICACIÓN INTERPERSONAL POR MEDIOS ELECTRÓNICOS

Desde los descubrimientos de medios electrónicos de comunicación, a fines del siglo XX, ha tenido lugar en el mundo una verdadera revolución en las comunicaciones humanas. Estos descubrimientos se han utilizado a veces por algunos, incluso en la organización de movimientos sociales, de protestas colectivas y de denuncias importantes. Parece haberse diluido el secretismo que antes existía o los acuerdos escondidos entre bambalinas. Los descubrimientos electrónicos permiten hoy saberlo todo respecto de todos.

Actualmente, es posible ver la cara de quien conversa con uno (Skype), tener inmediata comunicación con un grupo de amigos (Facebook), conocer comunicaciones estrictamente privadas o incluso secretas obtenidas dolosamente (Wikileaks), e intercomunicarse al instante sin saber siquiera en cuál lugar del mundo se encuentra nuestro interlocutor.

Creemos que esta facilidad de comunicaciones ha puesto fin al viejo género epistolar (Madame de Stael, Chateaubriand), y para qué decir, a las palomas mensajeras que alguna vez fueron el método más rápido de intercomunicación.

¿Qué nos depara el futuro de 50 años más? Se dice que existirá tecnología suficiente para que lo que una persona “piense” sea captado y enviado electrónicamente a otra persona que pueda encontrarse en las antípodas del planeta. Lo dicho equivale

a dotar a cada habitante del mundo de un pensamiento tan potente que pueda llegar sin dificultad a cualquiera otra persona.

¿Nos estamos acercando, quizás, a un mundo increíblemente intercomunicado, poblado de humanos cada vez más solitarios?

Lo que sí parece evidente es que en este mundo tan intercomunicado que se vislumbra, habremos perdido nuestra antigua privacidad, y puesto en cuestión, quizás, el recato, el pudor, el secreto bien intencionado, el diálogo fructífero entre maestro y discípulo, la enseñanza de los menores con el ejemplo de los más ancianos.

Creemos, además, que esta facilidad de comunicaciones se reflejará en otras facetas de la vida colectiva. No sería raro que contáramos con buses aéreos o con buses helicópteros, para trasladarnos de una ciudad a otra, de un barrio a otro, incluso de un país a otro. Este sistema ya está en uso actualmente entre algunas ciudades europeas y norteamericanas, y deberá sin duda universalizarse con el correr de los años.

X. LA ENERGÍA

Pensamos que en 50 años más, la humanidad habrá solucionado ya el problema de la producción de energía, que tanto la agobia hoy. Chile se beneficiará sin duda con esta solución, tanto como productor como consumidor de energía. El problema de producir energía, que es un problema universal, debe encontrar una solución global por medio del esfuerzo conjunto de diferentes productores, una suma de esfuerzos a nivel universal, a la que concurrirán los productores de energía térmica, petrolífera, hídrica, eólica, nuclear, de placas solares, fuentes existentes hoy, a las que se habrán agregado otras fuentes que posiblemente no podamos imaginar todavía, como el movimiento interno de los mares, las corrientes marinas e incluso las olas, la utilización energética de la basura o el movimiento de las capas tectónicas, que hoy provocan los terremotos.

Como decía recién, Chile tiene una posición estratégica privilegiada en algunos de estos rubros, posición que debería utilizar en su beneficio.

XI. UN POSIBLE AUMENTO DE LA ESPIRITUALIDAD

Durante el siglo XX y primeros años del siglo que corre, creemos haber visto un aumento exponencial de grupos humanos que buscan una vida más espiritual que aquella que les ofrece el mundo circundante. Congregaciones religiosas centradas en actividades de relevancia social, ayudas a las personas más necesitadas, trabajos comunitarios, grupos interesados en la conservación de la naturaleza, defensores de la biodiversidad, seguidores de algún gurú religioso, miembros de sectas esotéricas, adoradores del sol, interesados en medicinas suministradas por la naturaleza, etcétera.

Pensamos que la proliferación de este tipo de grupos humanos se explica por una especie de deseo colectivo, inconsciente quizás, de encontrar un mayor grado de espiritualidad que la que ofrece el mundo materialista que hemos construido. Pensamos, además, que ese mundo materialista no tiene muchas posibilidades de cambiar, por lo que puede deducirse un posible aumento de los grupos espirituales a los que estamos haciendo referencia.

XII. ¿HABREMOS LOGRADO SUPERAR LA DISCRIMINACION SOCIAL?

EL CASO DE LA EXTREMA POBREZA

Como ustedes se habrán percatado, en el presente Capítulo no se hace afirmación alguna acerca de lo que pueda llegar a acaecer en 50 años más. Simplemente nos preguntamos si habremos llegado a superar la discriminación social y a superar la extrema pobreza. Trataremos de responder con algún optimismo.

Empezamos señalando nuestro convencimiento acerca de que el gran defecto del mundo que hemos estado construyendo durante los últimos 2.000 años es la desigualdad entre sus componentes. De esta desigualdad parecen no escaparse ninguna de las culturas que han pasado por el planeta desde que llegó el ser humano. La desigualdad entre los humanos parece ser consustancial con cada una de las culturas que hemos ido creando: libres y sometidos, ciudadanos y extranjeros, señores y siervos, encomenderos y encomendados, patrones e inquilinos, ricos y pobres, dirigentes y dirigidos, líderes y liderados. En verdad, toda la historia de la humanidad es un relato de discriminaciones, rivalidades entre bandos, guerras de subordinación entre pueblos, liderazgos y sometimientos, subordinaciones de humanos frente a humanos, de pueblos frente a pueblos, de naciones frente a naciones.

No obstante, debemos reconocer que paralelamente con los movimientos de dependencia y subordinación han existido grandes y poderosos movimientos de igualdad. Así ha sucedido con la mayoría de las religiones, dentro de las cuales debe señalarse el Cristianismo: todos iguales como hijos o criaturas de un mismo Dios.

También nos parece necesario destacar aquí a algunos movimientos políticos independentistas y descolonizadores, y a algunos movimientos ideológicos igualitarios, como la Ilustración, la Revolución Francesa, la Revolución de Octubre, y acciones pacifistas como las de Gandhi.

Estos movimientos de lucha contra la desigualdad, de reacción contra las discriminaciones más patentes, han sido a veces exitosas, pero otras veces han fracasado en alcanzar sus objetivos. Así sucede normalmente con todo lo que es humano.

Nosotros pensamos que en 50 años más, y a nivel exclusivamente jurídico-conceptual (en cuanto a la mera proclamación del ejercicio de los derechos), los esfuerzos que ahora se están llevando a cabo en buena parte del mundo occidental y en Chile en particular, a favor de la igualdad de todos los humanos, de no discriminación, habrán dado ya algunos buenos frutos, si bien es posible que no se haya llegado todavía al desiderátum de la igualdad absoluta.

Creemos sinceramente que en 50 años más ya habremos alcanzado la paridad de género, y que además serán prácticamente iguales a nivel jurídico en el ejercicio de sus derechos los viejos y los jóvenes, los creyentes y los descreídos, los miembros de una o de otra etnia o tribu, los que tengan una u otra educación o cultura, los que hablen una u otra lengua, los que pertenezcan a una u otra raza.

Sin embargo, pensamos que la verdadera igualdad no se logra tan solo a nivel jurídico. El concepto teórico debe descender a la realidad de la vida cotidiana, y en esta dimensión creemos que la gran lucha debe darse hoy contra la extrema pobreza, flagelo productor de las grandes discriminaciones contemporáneas.

Hoy existen en el ancho mundo países supra e infradesarrollados, tasas de mortalidad adulta e infantil, de expectativas de vida absolutamente dispares, y beneficios que se reparten discriminadamente dentro de algunos países, así como entre país y país. Si tú naces en Francia, Alemania o Suecia, tienes certezas positivas. Si, en cambio, naces en Burundi, Somalia o Sudán tienes certezas negativas.

Debemos confesar que frente a la pregunta de cómo será Chile o la humanidad en 50 años más, después de esta lucha que ahora estamos dando contra la extrema pobreza, no tenemos ni respuesta, ni certeza, ni siquiera una intuición.

No obstante, algo tenemos: mantenemos la esperanza de que en Chile al menos, hayamos erradicado la extrema pobreza. Esta esperanza se concreta en un nivel mínimo: esperamos que cada chileno esté recibiendo un ingreso éticamente aceptable. Reiteramos, sin embargo, que sobre este punto no tenemos certeza alguna, ni siquiera un atisbo de triunfo de nuestras esperanzas e ilusiones.

XIII. ALGUNAS PREGUNTAS FINALES

En 50 años, los historiadores de la época, ¿se referirán a esta cultura nuestra de comienzos del siglo XXI como nosotros nos referimos a la cultura de la Edad Media?

Un profesor de Historia en un curso básico, ¿dará alguna explicación como la que sigue?:

“Fijense ustedes, niños, que sus abuelos se informaban por medio de unos pliegos de papel que los suplementeros iban distribuyendo casa por casa en las mañanas. Además, sus abuelos se cultivaban y entretenían leyendo unos artefactos de papel llamados “libros”. Ellos vivían en inmensas ciudades donde era difícil movilizarse y donde el aire estaba muy contaminado.

“Había algunos individuos muy ricos y gran cantidad de humanos excesivamente pobres. Estos últimos a veces tenían hambre y podían morir prematuramente por falta de cuidados médicos y sanitarios adecuados”.

A nosotros nos parece que la gran pregunta que deberíamos hacernos a propósito del tema escogido por la Academia para la reunión de hoy, pregunta que nos concierne actualmente a todos, es si se habrá terminado en 50 años más la brecha que hoy separa a ricos y pobres, a privilegiados y a sometidos, a grandes y pequeños, a sobredesarrollados e infradesarrollados. Esto es, creemos que el tema fundamental de la época en que estamos viviendo es un tema de igualdad.

VISIÓN DE LOS PRÓXIMOS 50 AÑOS DE CHILE

Álvaro Fischer Abeliuk
Presidente de Fundación Chile
29 de agosto de 2011

Señor Presidente de la Academia de Ciencias Sociales, Jurídicas y Morales del Instituto de Chile, don José Luis Cea,

Sres. Miembros de la Academia:

Me resulta particularmente honrosa la invitación que se me ha extendido para presentar ante esta Academia mi visión de los próximos 50 años de nuestro país, y agradezco al Sr. Presidente, su directiva y a sus miembros la oportunidad que se me otorga.

Antes de exponer mis ideas, quisiera hacer dos prevenciones. La primera, es que la ciencia contemporánea nos ha mostrado la dificultad de hacer predicciones de fenómenos complejos, en particular, los relacionados con la evolución de los conglomerados humanos, por lo que cuando hablo de visión de los próximos 50 años, no me estaré refiriendo a la predicción de lo que ocurrirá en ese período, sino a las instituciones, reglas y fundamentos que me parecen las más adecuadas que el país adopte, si quiere continuar por una senda de progreso sostenido en ese período. Más adelante aclararé lo que quiero decir con el elusivo concepto de “progreso”. La segunda es que la brevedad del tiempo del que dispongo, me obliga a presentar mis ideas en la forma de titulares, sin un fundamento elaborado de ellas.

Para comenzar, presentaré la cosmovisión desde la cual observo los fenómenos humanos, una que he denominado **perspectiva evolucionaria**, sobre la cual fundaré mi visión para los próximos 50 años.

Adoptar la perspectiva evolucionaria significa suponer que los seres humanos son el resultado del proceso de evolución biológica que ha permeado a todos los organismos vivos desde que aparecieron sobre la faz de la Tierra. A su vez, esa evolución es el resultado de la aplicación permanente del mecanismo de **selección natural** sobre todos los individuos vivos, descrito por Darwin hace algo más de 150 años, idea que ahora forma parte estable del cuerpo de conocimientos científicos universalmente aceptados. Eso significa que los rasgos que exhiben los individuos de las distintas especies, en particular los humanos, no sólo sus rasgos anatómicos y fisiológicos, sino que también los de la arquitectura de su sistema nervioso central, que definen su sistema cognitivo y su sistema emocional, y que, en consecuencia, están detrás de las disposiciones conductuales que estos presentan, han sido todos moldeados, esculpidos, diseñados por selección natural. Recordemos que todos los seres vivos presentes en la Tierra en la actualidad, desde los más primitivos a los más complejos, son el resultado de una cadena ininterrumpida de reproducciones exitosas de su (s) progenitores

(dependiendo si se trata de reproducción por división celular o sexuada), en la que se van heredando los rasgos de esos progenitores, pero a lo largo de la cual se van introduciendo variaciones al azar, por mutación o recombinación genética, reteniéndose aquellas que les otorgan mejores condiciones para sobrevivir y reproducirse a quienes las poseen, que las van haciendo más prevalentes a lo largo de las generaciones, y que va descartando aquellas que no le confieren a quienes las poseen mejores condiciones para sobrevivir y reproducirse, porque van dejando menos descendencia a lo largo de las generaciones. Este proceso de filtrado, que retiene ciertas características, las que quedan genéticamente encriptadas, y que mejoran la sobrevivencia y reproducción de los organismos respecto de las otras alternativas probadas con anterioridad, es el que va moldeando los rasgos que exhibe cada especie y cada individuo al interior de la especie.

En el caso de la especie humana, las personas se caracterizan por poseer rasgos, específicos de la especie, como su sistema emocional y cognitivo, que constituyen lo que llamamos naturaleza humana. Dicha naturaleza, constituida por esos sistemas, constituidos por mecanismos funcionales adaptativos biológicamente heredados, nos otorgan las herramientas para interactuar con el entorno, particularmente con el entorno cultural, el que es socialmente adquirido a lo largo de nuestras vidas, y el resultado de esa interacción compleja se traduce en los seres humanos que habitamos el globo, con nuestras capacidades y aflicciones. Como entorno cultural, me refiero a la definición biológica del término, es decir, a la información que no se transmite genéticamente, sino de una mente a otra, por medio del aprendizaje, la enseñanza o la imitación, como las tecnologías, las teorías científicas, las normas legales, morales y penales, las obras de arte, la historia y las creencias religiosas, entre otras. Por ello, no estamos ni genéticamente determinados ni culturalmente determinados, pues son ambos factores los que actúan para generar lo que somos. La herencia biológica es anterior y viene precableada y la herencia cultural la recibimos a lo largo de nuestras vidas; en consecuencia, es una falacia plantear un dilema al respecto.

Los seres humanos desarrollaron, en el ambiente ancestral cazador-recolector, una disposición natural para el intercambio, pues eso les permitía mejorar sus condiciones de sobrevivencia y reproducción, mediante la especialización en tareas que mejoraban la cantidad de bienes disponibles para intercambiar, pero también mediante el movimiento de bienes de zonas de abundancia a otras de escasez, y recibir de vuelta otros bienes cuya abundancia y escasez era inversa a los primeros. Para hacerlo de manera eficiente, las personas son capaces de **valorar**, también por mecanismos esculpidos por selección natural, los bienes y servicios que intercambian, de modo de equiparar lo recibido con lo entregado, y la búsqueda permanente del aumento de valor a lo largo de ese proceso es lo que conduce a lo que llamamos **progreso**.

Ahora bien, si trasladamos todo lo anterior a la época actual, podemos constatar que la forma de generar valor en los países modernos está basado en tres pilares fundamentales: el **capital humano**, es decir, la capacidad que tengan sus ciudadanos para insertarse en el mundo en el que viven mediante una educación apropiada, el manejo de las **tecnologías**, y su continua innovación, que son las que permiten aumentar la eficiencia en el proceso de creación de valor, y las **instituciones** que las sociedades se dan para su funcionamiento, que incluye las normas morales, legales y

penales, y los valores que ellas trasuntan, además de los sistemas de gobierno y otras reglas de interacción.

Por eso que en mi visión de nuestro país para los próximos 50 años, resulta fundamental trabajar en esos 3 ámbitos, de manera que contribuyan a lo que he llamado progreso, y de esa manera mejoren los ingresos y las condiciones de vida de las personas. Cuando hablo de aumentar el valor de los bienes y servicios a los que las personas pueden acceder, no me refiero sólo a los materiales, sino que también incluyo a los bienes intangibles, entre los que se encuentran, obviamente, las expresiones más elevadas del espíritu humano, como las artes, la filosofía, la estética y la ética.

Para lograr lo anterior, como ya dije, es necesario actuar sobre esos tres pilares. En primer lugar, respecto del proceso educacional chileno, este debe ser mejorado de manera permanente. Pero, a mi modo de ver, ello requiere mirar al proceso educativo desde una óptica distinta de la que está implícita en la discusión actual. La educación ya no puede ser más solo el traslado del archivo de conocimientos acumulados de una generación a otra –ello es imposible en la actualidad, dada la cantidad de conocimientos que se han acumulado–, sino que debe transformarse mucho más en la entrega de herramientas a los estudiantes que les permitan acceder a ese conocimiento, y al desarrollo de las habilidades sociales o “blandas” que se requieren para poder desenvolverse en el mundo moderno. Como eso tampoco se puede describir en un manual de procedimiento, la educación es mucho más un proceso de ensayo y error que de reglas pedagógicas determinadas centralmente, que además precisa de ir acumulando las mejores prácticas a lo largo del tiempo, y, por lo tanto, debe permitir la coexistencia de diversos modelos educativos alternativos a los que las personas puedan optar, entre los que, a mi juicio, no deben descartarse aquellos que se desarrollan motivados por un afán de lucro.

Con respecto al desarrollo de tecnologías que aumenten el valor de los bienes y servicios disponibles, ello precisa de la existencia de un ecosistema nacional de innovación que las desarrolle, que vincule a la ciencia, la tecnología, el emprendimiento y la innovación, como una tétrada virtuosa, una suerte de arpegio, que en cualquier orden que se toque suene armónicamente. Ese esfuerzo el país lo ha estado desarrollando con cierto éxito, y debe continuar profundizándolo de manera persistente.

Finalmente, con relación a las instituciones, el país no puede prescindir del emprendimiento motivado por los incentivos monetarios asociados, pues es la mayor fuente de creación de valor que se ha generado en el mundo hasta ahora, y se acomoda bien a nuestra naturaleza humana evolucionariamente heredada. Es el sector privado, con su dinamismo, creatividad y capacidad para tomar riesgos, el motor que genera los bienes y servicios primordiales que la sociedad precisa. Sin embargo, las reglas del juego con que opera ese sector privado deben estar de forma permanente monitoreadas por el Estado, para modificarlas y adaptarlas a las condiciones imperantes en una sociedad crecientemente más compleja. La razón de ello es doble. Por un lado, porque las sociedades modernas han comprendido que las capacidades productivas que han alcanzado de manera agregada son capaces de alterar el entorno natural del planeta, que es el que sustenta nuestra vida, y, en consecuencia, las externalidades negativas que esa producción genera, deben estar incorporadas en los costos productivos de las compañías, asumiendo las mitigaciones que haya que introducir. Por otro lado, es

necesario constatar que la mirada clásica, que afirmaba que la libertad de las personas terminaba cuando ella limitaba la libertad del prójimo, aunque no ha cambiado en su enunciado, sí ha cambiado en la facilidad con que las actividades de las personas interfieren con las de otros. Ello ocurre, a mi juicio, por el aumento exponencial del grado de interdependencia que tienen las actividades que las personas realizan en su vida diaria, que genera crecientes conflictos de interés, o sea, de libertad para actuar, lo que obliga a crear nuevas reglas del juego, o imponer restricciones específicas a las que están vigentes, y un aumento de las instituciones que fiscalicen que todo ello se cumpla.

Este es un cambio importante en la forma de desarrollar el modelo económico, que consiste en adaptar, en el margen, las restricciones a las reglas del juego existentes para corregir los problemas que se produzcan o acumulen. Ello no implica necesariamente cambios a nivel constitucional, sino solo legal y de reglamentos, e implica un camino de permanente perfeccionamiento en ese ámbito, que requiere de un nivel de agilidad ajeno a nuestra cultura.

En otras palabras, mi visión de Chile para los próximos 50 años es que para alcanzar mejores niveles de ingreso, mejor calidad de vida y mejores condiciones de convivencia, se requiere de un esfuerzo triple. En primer lugar, preparar a las generaciones venideras para su vida en sociedad por medio de procesos educativos complejos y extensos, que en algunos casos excederán los 25 años, sin considerar el proceso educativo a lo largo de la vida, lo que impone una multitud de desafíos al país, tanto para estar en condiciones de ofrecer esa educación en la cantidad y calidad acordes con las necesidades que una sociedad abierta, compleja y desarrollada requiere de sus ciudadanos, y a ese respecto sería un error impedir que el sector privado participe en él, con o sin fines de lucro, como también desafíos de carácter económico y tributarios, para poder hacer frente a la inmensa cantidad de recursos que un esfuerzo de esa cuantía implica. En segundo lugar, es necesario que Chile perfeccione la calidad de su ciencia y tecnología, e incentive el emprendimiento, de manera de facilitar la incorporación de innovación en los procesos productivos de diversa índole, generando los aumentos de productividad necesarios para conseguir esos mejores ingresos y esa mejor calidad de vida. Finalmente, deberá profundizar de manera permanente la calidad de sus instituciones, procurando, por una parte, que estas no generen incentivos perversos, y por otra, sometiendo al sector productivo a las restricciones ambientales necesarias, y dotando a su vez a las instituciones, de formas para procesar los conflictos que cada vez con mayor frecuencia surjan entre el interés público y el interés particular. Con relación a los incentivos perversos, las reglas que rijan las instituciones deben procurar que no se dañe el delicado vínculo que debe existir entre retribución y esfuerzo, dinamismo detrás de las iniciativas humanas, porque en caso contrario, el proceso de creación de valor tiende a paralizarse. Es necesario constatar que el progreso humano es un fenómeno que va en sentido inverso a la segunda ley de la termodinámica, va en contra de la entropía, por lo que si no está bien motivado, no ocurrirá.

En consecuencia, en su camino al progreso las sociedades humanas se harán crecientemente más complejas, más interdependientes, y requerirán de un permanente esfuerzo que involucra trabajo por más años para lograrlo, fenómeno al que

Chile no escapará. Ese proceso no es compatible con menos trabajo, como muchos piensan o aspiran, porque iría contra las leyes de la física y contra la capacidad de generar los recursos necesarios para sostener todo el proceso. Pero, a cambio de eso, ello dará lugar a más opciones de vida en todo tipo de aspectos, como las que observamos a comienzos del siglo XXI. Nuestro afán es, pues, lograr que las personas, en promedio, puestas ante la imaginaria disyuntiva de volver atrás en la historia o seguir en el presente avanzando al futuro, prefieran esto último, a pesar de las dificultades y esfuerzos que sientan que deben hacer todos los días, porque lo que había antes les parece inferior. Todo lo anterior parte de la base que continuaremos viviendo en una sociedad abierta y democrática, en la que la iniciativa individual y la autonomía de las personas marque el rumbo de la vida de los ciudadanos, y en la que el gobierno procure que sus instituciones funcionen, de paso ayudando y apoyando a aquellos ciudadanos que no estén en condiciones de seguir el ritmo impuesto.

Muchas gracias.

LIDERAZGO ORGANIZACIONAL

Nureya Abarca Melo
Profesora
Escuela de Administración
Pontificia Universidad Católica de Chile

En los tiempos buenos tendemos a olvidarnos de la importancia que tiene el estudio del liderazgo. Sin embargo el liderazgo siempre importa y más aún en nuestros días. Este asunto va mucho más allá del ámbito académico, tiene que ver con todos los aspectos de la vida y por lo mismo no se puede contemplar en forma desapasionada. En tiempos de crisis, malos líderes han provocado la muerte de miles de personas, mucho más que una epidemia. Pero aun en tiempos de calma, los líderes de una nación determinan cómo pasaremos nuestros últimos años, si los medicamentos que tomamos son seguros, si la justicia puede defender a las minorías, si nuestros hijos irán o no a la guerra. Lo mismo ocurre para bien o para mal en las corporaciones, en ellas los líderes tienen casi tanto poder como los gobernantes para dirigir nuestras vidas. Basta recordar que los líderes de Enron llevaron a la pobreza a miles de empleados robándoles sus medios de vida, echando por la borda sus fondos de pensiones, e incluso produciendo la muerte de algunos, todo por la codicia de sus líderes.

Es fácil olvidarse de este contexto cuando se analizan las distintas teorías del liderazgo por medio del discurso académico.

¿LIDERAZGO PARA QUÉ?

En el inicio de los estudios de liderazgo se enseñaba fundamentalmente mediante biografías de grandes hombres. Aunque en el pasado estos líderes heroicos hayan estado en el centro de la atención, la psicología aún no ha podido dilucidar cómo surgen y cómo reclutan y mantienen a sus ávidos seguidores. Hasta el día de hoy no se ha podido determinar cuáles son los rasgos que definen a un líder o si existe el liderazgo fuera de una situación específica y, aun así, sabemos con toda seguridad que un puñado de personas ha cambiado la vida de millones de personas y ha plasmado el mundo.

A partir de estas lecciones han surgido nuevos enfoques que intentan estudiar lo que hace fallar a los líderes, distinguiendo los líderes incompetentes de los corruptos (Kellerman, 2004). Como sabemos, la mayor parte de las veces los líderes son elegidos, ellos no nos secuestran. Para algunos autores, la principal razón para elegir un mal líder es que ellos calman nuestros temores. Entonces al hablar de liderazgo debemos preguntarnos ¿Liderazgo para qué? De esta pregunta podemos inferir que el liderazgo es siempre un tema relacionado con los valores y no puede ser considerado como un fenómeno individual (Avolio, 2007). Cualquier persona puede aspirar a liderar, pero el liderazgo solo existe con el consentimiento de los seguidores. Cuando se analizan

distintos líderes se puede observar que lo único que comparten es que tienen o han tenido seguidores voluntarios. Así, lo que hemos aprendido en todos estos años es que los líderes no existen en el vacío. En realidad la única persona que ejerce el liderazgo solo en una pieza es lo que consideramos un “psicótico”. Por lo mismo, el liderazgo está radicado en las relaciones interpersonales, en un triángulo formado por el líder, sus seguidores y una meta común que intentan alcanzar. Ninguno de estos tres elementos puede sobrevivir sin el otro.

¿CUÁNDO ES UNA PERSONA UN LÍDER?

Una de las maneras de responder a esta pregunta es observar a la persona y ver quién le sigue. Así pues, en este proceso de influencia, están presentes el líder y los seguidores. Para conseguir los mejores resultados el líder debe tomar en cuenta por un lado su personalidad, experiencia, conocimientos, pero también debe considerar el historial, preparación y expectativas de sus seguidores y ser capaz de evaluar el contexto organizacional en que le toca actuar. Así, el líder de éxito es aquel capaz de comportarse en forma apropiada a las circunstancias, si lo que se necesita es dirección, es capaz de dirigir; si se requiere de libertad de participación, también es capaz de darla.

La verdad es que todos esperamos mucho de nuestros líderes. Por ejemplo, a los directivos de la Cruz Roja se les pide actuar rápido para responder frente a las emergencias, pero al mismo tiempo se les pide comprometerse en tareas más lentas y delicadas como construir capacidades para la acción, de acuerdo con las necesidades y condiciones de cada lugar. Esto también le ocurre a muchas empresas –saben cómo ejecutar las acciones correspondientes, pero no son tan aptas para reflexionar acerca de las distintas situaciones. A otras les ocurre exactamente lo opuesto. Se involucran tanto en pensar acerca de sus problemas que no pueden llegar a hacer sus cosas en forma rápida. Todos conocemos burocracias que son geniales para planificar y organizar, pero muy lentas para responder a las fuerzas del mercado. Como también se ha visto que algunas empresas reaccionan a cada estímulo que enfrentan en forma deficiente y deben estar reparando constantemente lo que hacen. Pero entonces ¿quiénes son los líderes efectivos? ¿Son personas que tienen cualidades que las hacen sobresalir? ¿Son los que crean ambientes de trabajo estimulantes? ¿De qué depende la efectividad de un líder?

En esta clase profundizaremos en la naturaleza del liderazgo por medio de los principales modelos de liderazgo que se han planteado en la literatura.

Los estudios sobre liderazgo han puesto el acento en tres grandes temas. En primer lugar se identifica al líder efectivo con el “líder carismático”, que sobresale por sus características personales. Alternativamente se puede reconocer un buen líder no por lo que es, sino por lo que hace. Lo importante, en este caso, son las conductas del líder. Por último, un líder no tiene por qué comportarse igual en todas las circunstancias. Un líder verdaderamente efectivo es el que tiene la capacidad de reconocer las distintas situaciones y adaptar su respuesta a ellas (el líder situacional).

UNA CONCEPCIÓN HEROICA DEL LIDERAZGO: EL SIGNIFICADO DE LOS RASGOS

Gran parte de los primeros estudios sobre liderazgo se centraron en investigar los rasgos intelectuales, emocionales y físicos, entre otros rasgos personales de los líderes que habían tenido éxito. En los inicios de estos estudios se consideraba a los rasgos como cualidades innatas o heredadas del individuo. Sin duda la influencia de Galton (1869) fue crucial en definir los rasgos del líder como propiedades inmutables presentes desde el nacimiento de una persona. Visto de este modo, el liderazgo era definido como una propiedad única de ciertos individuos extraordinarios cuyas decisiones eran capaces de cambiar radicalmente el curso de la historia. Esta concepción heroica del liderazgo aparece persistentemente en la literatura popular y en muchos libros de éxito, en los que los autores tratan de explicar el liderazgo describiendo la influencia transformadora de ciertas personas.

El desarrollo de evaluaciones psicológicas permitió la medición de los rasgos de liderazgo. Si el liderazgo ha de ser considerado un rasgo de personalidad general, entonces debe ser posible medirlo, lo que permitiría seleccionar a personas que presentan un alto nivel de liderazgo en posiciones que así lo requieren.

Sin embargo, en la primera mitad del siglo XX, esta perspectiva cambió al incluir todas aquellas cualidades relativamente permanentes que distinguen a los que son líderes de aquellos que no lo son. De hecho, en un resumen de los rasgos de liderazgo (Bird, 1940) se incluyen cualidades como el conocimiento de la naturaleza humana, rigurosidad en las tareas y hábitos morales. Otros estudios (Stodgill, 1948) se refieren a la facilidad de expresión verbal, la prontitud en la toma de decisiones, las habilidades interpersonales y administrativas como cualidades estables en los líderes.

En consonancia con este cambio, se puede definir los rasgos de liderazgo como patrones relativamente coherentes e integrados de características personales, los que muestran diferencias entre los individuos en distintas situaciones grupales y organizacionales. Con esta definición Zaccaro (2007) intenta resucitar la teoría de los rasgos en los estudios de liderazgo.

Por otro lado, la mayor parte de los estudiosos del liderazgo tienden a considerar que el comportamiento varía en gran medida de acuerdo con las situaciones. Es evidente que un análisis adecuado del liderazgo involucra no solo el estudio de los líderes sino que también de las situaciones. Este ha sido el punto de mayor discusión en las distintas teorías del liderazgo.

Las primeras aproximaciones al liderazgo se centraron en las características personales del líder, su modo de ser, su carisma. Luego la atención pasó de lo que el líder es a lo que hace, de sus rasgos de personalidad a sus conductas. Hoy se piensa que no es posible entender el liderazgo sin considerar el contexto o situación. Por eso se habla del "líder situacional". Pero, ¿qué define la situación? No es fácil dar una respuesta única a esta pregunta. Y tal vez no corresponda darla. El líder debe saber descifrar el tiempo y la situación que le toca vivir. No es lo mismo manejar una empresa pública que una privada; es distinto ser líder de un grupo pequeño que de uno grande; resulta diferente dirigir personas cuando las tareas son estructuradas que cuando el trabajo es creativo. El liderazgo efectivo debe tener la capacidad de reconocer el momento que le ha correspondido enfrentar y de adaptar sus respuestas y su forma de conducir la organización.

Finalmente, las organizaciones son comunidades de seres humanos, y como tales tienen por definición en su esencia las relaciones interpersonales. Es así que podemos considerar el liderazgo como la capacidad de una comunidad humana para crear su futuro. Básicamente esto nos dice que el liderazgo no lo podemos centrar en los talentos y atributos de una persona en particular, sino en una relación entre personas. Es por lo tanto un proceso social, en el que el líder interviene para establecer conexiones entre personas y lograr objetivos y metas. Por lo mismo se debe invertir en lazos que unan a las personas positivamente y en profundidad. En un ambiente de confianza somos capaces de resolver diferencias, generar puentes de acercamiento y se despierta la creatividad, en una palabra, nos permitimos ser personas. Muchas de las grandes ideas en una firma se logran en estos espacios, en que nos sentimos simplemente humanos.

REFERENCIAS

- Avolio, B.J. (2007). Promoting more integrative strategies for leadership theory building. *American Psychologist*, 62 (1), 25-33.
- Bird, C. (1940). *Social Psychology*. New York: Appleton-Century.
- Galton, F. (1869). *Hereditary genius*. New York: Appleton.
- Kellerman, B. (2004). *Bad leadership: what it is, how it happens, why it matters*. Boston: Harvard Business School Press.
- Stogdill, R.M.(1948). Personal factors associated with leadership: a survey of the literature, *Journal of Psychology*, 25, 35-71.
- Zaccaro, S.J. (2007). Trait-based perspectives of leadership, *American Psychologist*, 62 (1), 6-16.

CRISIS DEL LIDERAZGO POLÍTICO EN CHILE

Exposición de don Patricio Zapata Larraín*
Sesión Ordinaria celebrada al 26 de septiembre de 2011

Comienza agradeciendo a todos los numerarios presentes, pero quiere hacerlo principalmente a don José Luis Cea, por una razón personal, pues fue su maestro en la Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Agrega que recibió la invitación del Sr. Cea en enero y comprobó así, una vez más, su capacidad de anticiparse al curso de los acontecimientos, porque el tema que tenía que exponer era la crisis de liderazgo político, y evidentemente hoy ese tema tiene una característica aún más significativa.

Puntualiza que las palabras que va a pronunciar coinciden con la muerte de un gran líder político, aludiendo a don Gabriel Valdés Subercaseaux, por lo que se suma a ese recuerdo.

I. UNA TESIS AFIRMATIVA

En primer lugar, da por respondida afirmativamente la pregunta ¿Hay crisis de liderazgo político en Chile?, porque los estudios de opinión muestran, desde hace unos veinte años, que la percepción de la población frente a las instituciones políticas viene decayendo en forma marcada. En segundo lugar, afirma que estamos en presencia de una democracia vieja, donde el 75% de los menores de cuarenta años no participa en la política, por lo que no es una señal de vigor o salud de nuestra democracia. En tercer lugar realza la sensación generalizada en cuanto a que el debate político en Chile es generalmente superficial. Por último, dice que hay problemas que no se están resolviendo en forma eficaz, dilema ante el cual el gobierno y la oposición han sido criticados por parejo en su desempeño.

Prosigue aseverando que uno podría expandir el análisis, pero que no lo hará pues partirá diciendo que hay una crisis de liderazgo político en Chile, pero agrega que la idea es que más que constatar una realidad se analicen las razones que permiten explicar tal situación. Entonces, el primer punto que destaca es en parangón con qué juzgamos esa realidad, con qué parámetros enjuicamos a nuestros políticos, a nuestros parlamentarios o a nuestros gobernantes en general.

Hasta hace unos treinta años uno podía decir que la frontera o límite entre el conductor político y el héroe, entre el conductor político y el mito, entre el conductor político y Dios, era una frontera difusa y borrosa porque era un hombre fuera

* Versión editada sobre la base de la grabación correspondiente.

de la normalidad como Napoleón, Julio César o Alejandro Magno. Esos líderes eran personajes vistos como personas sacras. Entonces se produjo una sacralización, una concreción de lo que Max Weber llama, siguiendo el lenguaje católico, el carisma.

Añade que la palabra líder viene del inglés y significa guiar. Uno puede sostener que comienza a aparecer un liderazgo político no sacralizado cuando, en el Reino Unido, uno de los ministros del rey comienza gobernar. Cuando se separa así la conducción política, por un lado, del monarca y su dirección ceremonial, de otro. Coincide con la llegada al Reino Unido del Príncipe de Hannover Jorge I, quien provenía de Alemania y no sabía inglés. Por eso, la conducción política quedó a cargo del históricamente muy realzado Primer Ministro británico, Sir Robert Walpole.

Ya no hablamos de un héroe o un caudillo. Nos referimos a un hombre con virtudes y defectos. Lo que la prensa no hacía con el Monarca porque arriesgaba la cabeza, lo comienza a realizar con Walpole. Lo ridiculiza como un hombre obeso e inclinado a la bebida. No olvidemos, sin embargo, que Walpole gobernó durante veinte años y que fue reelegido tres veces. Era un personaje muy sencillo por sus rasgos humanos, con defectos y virtudes, como he dicho.

II. RASGOS DEL LÍDER

El líder político no es un héroe. Esto es interesante destacarlo porque en 1840 Thomas Carlyle escribió un libro sobre el sentido heroico y el heroísmo. De ocho héroes, entre ellos Mahoma, Martín Lutero y Jean Jacques Rousseau, aquel autor trazó semblanzas notables. Carlyle fue un romántico, pero la verdad que a esas alturas resultaba anacrónico, porque hablaba de algo que ya no existía. Otro analista e historiador, Alexis de Tocqueville, fue mucho más perspicaz porque, viajando por EE.UU., se encontró con un tipo de liderazgo diferente, quiero decir el liderazgo real, porque observó que estaba radicado en el Presidente de los EE.UU., a la sazón Andrew Jackson, hombre rústico y tosco, que provenía del oeste, de la frontera. A Tocqueville le llamó la atención su estilo de liderazgo plebeyo, democrático, simple, directo y sin ninguna sacralidad.

Uno podría postular como hipótesis que el mundo desencantado o moderno, el mundo contemporáneo ya no ve al líder como héroe, de manera que sus expectativas son más concretas.

¿Qué se espera del líder? En el reino Unido esa respuesta es muy clara: en primer lugar, que organice a sus parlamentarios; en segundo lugar, que controle adecuadamente a la maquinaria partidaria; y en tercer lugar, que concite adhesión ciudadana. En 1750 votaban muy pocas personas, porque los distritos eran escasos y distaban de ser representativos, pero a medida que pasó el tiempo la tercera dimensión mencionada pasó a ser muy importante y la clave del éxito era concitar la adhesión de los votantes.

La expansión del sufragio significó que había que llegar a millones de ciudadanos y, efectivamente, aparecieron medios nuevos, como la radiodifusión, que ayudaron a esa tarea. Uno puede recordar que este recurso lo ocupó Franklin D. Roosevelt, en la década de 1930, cuando estando sumidos en la gran depresión, desarrolló sus Conversaciones al lado de la chimenea. El ciudadano escuchaba la voz cálida del Presidente y demostró que lo seguía. También Hitler hizo uso de aquel recurso, el cual como medio da margen de penetración a líderes con rasgos negativos y positivos. A veces,

por ende, se abusa de este recurso para manipular a los destinatarios de mensajes, no siempre cívicamente formados.

Respecto de la televisión e internet, todos conocen los textos de Giovanni Sartori donde describe el efecto deplorable que ha tenido la televisión sobre la política y el liderazgo político. El nuevo individuo asocia la televisión a la banalidad y la manipulación. Si uno está en la lógica de desacralizar la política no es malo, pero las secuelas no terminan allí.

Durante el año 2011 hemos visto cómo están teniendo efectos los medios más nuevos, por ejemplo internet, mediante los cuales se coordinan los movimientos que protestan y desafían, incluso con violencia, el control gubernativo. Gobernantes que tenían, durante años, a sus países reprimidos no son capaces ahora de controlar estas movilizaciones ciudadanas. Pero, para un político, eso es un desafío y ante el cual los gobernantes deben también subirse a esos medios y utilizarlos lícita y eficientemente. Sin embargo, la manera cómo a veces lo hacen es patética por las deficiencias o el diseño de la manipulación manifiesta con que actúan.

Respecto de que vivimos tiempos de inseguridad y de miedo, me parece que eso es innegable. Se percibe el miedo a los cambios culturales, el temor a la transformación de los paisajes a que estamos habituados. Es la característica del cambio de época. Quizás cuánto más se necesita de conductores o de héroes, resulta que la modernidad nos provee menos que nunca de ellos y, bienvenido, creo yo, que no haya líderes con rasgos de héroes. Explicaré esta afirmación.

III. UN LIDERAZGO NUEVO

Hay una dimensión del liderazgo político que es global y, por lo tanto, que no admite discusiones locales. Cuestiones como la relevancia del precio de un commodity vs. el éxito en una elección, por ejemplo, están al margen de debate, porque no es tan importante el triunfo electoral como el precio del cobre o el petróleo. Entonces, el ciudadano ve al líder con ciertos ojos críticos. Hay en él un grado patente de escepticismo. Probablemente, Nelson Mandela en Sudáfrica sea un líder que escapa de tal aseveración y que goza, hasta hoy, de una cierta aura única y ampliamente reconocida. Pero la verdad de las cosas es que, en la actualidad, resulta muy difícil lograr ese tipo de posicionamiento.

Si Bill Clinton hubiera sido líder en los años 60 le habría pasado lo que le ocurrió a John F. Kennedy, quiero decir, que los ciudadanos no se enteraron de sus errores. Pero en 1992 eso ya no era posible.

La pregunta que cabe plantearse sería ¿qué porcentaje de los problemas prácticos son locales?, ¿qué obras o emprendimientos se podrían hacer en nuestro país, pues están al alcance de nuestra sociedad, para inducir comportamientos políticos más funcionales a la cooperación, al diálogo y a la eficiencia?

Creo que existe un conjunto de reformas necesarias, que se han ido planteando en los últimos meses; creo también que se advierte cierta convergencia en esa dirección. Por ejemplo, está bastante instalada la idea que los partidos políticos se hallan en estado de agonía, con escasez de militantes, padrones poco transparentes, elecciones muy poco limpias, nula claridad en el manejo de los recursos a su disposición. Por eso

y más, en razón de su importancia para la democracia resulta evidente que hay que invertir recursos en fortalecer las estructuras de esas fuerzas políticas, en el reclutamiento de militantes, control de actividades, financiamiento público de la actividad no electoral de los partidos y otros rubros análogos. Todo esto se requiere para poner coto a los rasgos de montonera, sin líderes, que viene siendo la tónica de la actividad política en los últimos diez años, aproximadamente.

La verdad es que creo que el ciudadano se asombra cuando, a pocos días de terminada una elección, habla el candidato que supuestamente ha ganado el comicio y luego lo hacen dos o tres antagonistas para descalificarlo.

Es evidente que parte de la cacofonía que confunde a la ciudadanía tiene que ver con que los partidos políticos no están funcionando adecuadamente y la directiva de cada uno de ellos carece de poder legítimo suficiente sobre los señores feudales que los manejan. No tiene nada que ver con el coraje, del cual escribía John F. Kennedy en su libro *Perfiles de Coraje*, en cuyas páginas retrató a ocho senadores y sus gestos de valentía política. Lo que habían hecho dichos parlamentarios era votar en contra de su propio sector político, con preocupación primordial por las exigencias superiores del interés público.

La gente confunde eso con el fenómeno de los díscolos, pero el coraje al que se refiere Kennedy es el propio de aquellas personas que están dispuestas a enemistarse con los suyos y desafiar a la opinión pública por hacer lo correcto, por discernir y obrar en pro de lo que consideran exigido por el bien común. El díscolo, para complacer a la opinión pública, está dispuesto a desahuciar la cooperación, la coordinación y la lealtad.

Me parece que hay que destacar que no fue Santo Tomás Moro quien entendió a la política como una cuestión individualista, solitaria. En la actualidad, el sistema electoral y algunos elementos complementarios están contribuyendo a aumentar la brecha entre el liderazgo político y los ciudadanos. No voy entrar en detalles de cuál sería este sistema, porque tampoco existe uno ideal, pero hay cuestiones determinadas como el trabajo, la libertad y el desarrollo que se tornan indispensables de identificar y proteger. Creo, en esa línea, que la descentralización política es una misión con grandes aportes a la solución de la crisis de liderazgo. Me parece también que si hubieran liderazgos políticos regionales creíbles, más autónomos y que no estuvieran dependiendo siempre de la capital, entonces el semillero sería fértil y los frutos muy positivos.

IV. DEDUCCIONES

Para terminar, uno podría propugnar la realización de estos cambios y pensar que la calidad de la política mejoraría, que los políticos serían más cercanos y salvaríamos esa brecha con esos cuatro a cinco millones de jóvenes no inscritos en los registros electorales. Yo interpreto lo que ha pasado en estos meses como una oportunidad para que se incorporen al contrato social, los millones y millones de compatriotas que están fuera de él, especialmente de la juventud. Era mucho más fácil que generaciones anteriores se incorporaran al contrato social porque compartían los mismos códigos. Yo con mi padre y mi abuelo compartíamos novelas, por ejemplo, pero en la actualidad esa comunidad espiritual se ha desvanecido.

Pese a lo que dije en un principio, en el sentido que pasó la época de los héroes y que los líderes del mundo son desacralizados, quisiera terminar leyendo a un autor moderno, pues rescata la necesidad de que los líderes políticos sean héroes. Me refiero a Max Weber y su maravilloso discurso que pronunció en tiempos oscuros –más oscuros aún que los nuestros–, porque había una generación de jóvenes alemanes que venían llegando de las trincheras, que habían perdido a sus familiares y se encontraban inundados por el abatimiento y el pesimismo. En ese contexto, Weber ofreció una conferencia notable, dedicada a los jóvenes alemanes, sobre la vocación en la política. Todos conocemos el texto, muy leído y comentado, pero al final encontramos la joya. Este libro lo exige don José Luis Cea como lectura a sus alumnos de primer año. Yo lo tuve que leer en el año 1984 en tiempos muy complicados. Weber termina manifestando:

“La política consiste en una dura y prolongada penetración a través de tenaces resistencias, para la que se requiere, al mismo tiempo, pasión y mesura. Es completamente cierto, y así lo prueba la historia, que en este mundo no se consigue nunca lo posible si no se intenta lo imposible una y otra vez. Pero para ser capaz de hacer esto no sólo hay que ser un caudillo, sino también un héroe en el sentido más sencillo de la palabra. Incluso aquellos que no son ni lo uno ni lo otro han de armarse desde ahora de esa fortaleza de ánimo que permite soportar la destrucción de todas las esperanzas, si no quieren resultar incapaces de realizar incluso lo que hoy es posible. Sólo quien está seguro de no quebrarse cuando, desde su punto de vista, el mundo se muestra demasiado estúpido o demasiado abyecto para lo que él le ofrece; sólo quien frente a todo esto es capaz de responder un ‘sin embargo’ o aún así; sólo un hombre de esta forma constituido tiene ‘vocación’ para la política”.

¿Cómo se logra esto, me pregunto ante ustedes? Desde luego, no se alcanza con una reforma constitucional. Recuerdo el comentario de don Juan de Dios Vial Larraín en El Mercurio con lucidas reflexiones de educación cívica y moral.

Chile ha tenido la suerte de tener grandes políticos, porque tuvimos educadores y líderes de esa naturaleza. Eso es, en definitiva, lo que hemos perdido y que se torna urgente recuperar.

CONFLICTO DE GENERACIONES

Enrique Barros Bourie
Académico de Número

I

No soy experto en sociología, pero por mucho tiempo he participado en el Comité de Opinión Pública del CEP. Las encuestas muestran ciertos distanciamientos entre las actitudes y opiniones de los jóvenes y de las generaciones anteriores, las que, por lo demás, son bien evidentes.

Sin embargo, para esta introducción a la conversación quisiera tomar dos fuentes por completo diferentes a esas encuestas: un excelente libro sobre la actual generación universitaria norteamericana, de un connotado sociólogo de la religión, Christian Smith, *Lost in Transition: The Dark Side of Emerging Adulthood*, Oxford, 2009, y una entrevista con un hijo mío de 22 años que está terminando su carrera de cine en el campus de Filosofía y Educación de la Universidad de Chile.

El libro de Christian Smith muestra ciertas constantes más bien universales en la juventud de nuestro tiempo. Se basa en más de 200 entrevistas con muchachos que cursan estudios universitarios. Sus principales conclusiones son muy ilustrativas:

- La actual es una generación que demora más que nunca antes la transición a la adultez. La ligazón con los padres y la dependencia se extiende en tiempo e intensidad mucho más que cualquiera de las generaciones anteriores. Las relaciones de pareja son efímeras y no significan compromisos. Sin embargo, persisten las diferencias entre la manera cómo las mujeres y los varones enfrentan esa precariedad. Mientras los muchachos parecen sentirse cómodos con la ausencia de compromisos, las mujeres siguen esperando algo más de la relación y suelen sufrir desencantos cuando se sienten instrumentalizadas. En cualquier caso, el matrimonio simplemente no está en los planes próximos, si en absoluto llega a estarlo como forma de vida deseable.
- La vida se vive con la liviandad del presente, aunque se estudie y se obtengan los grados. Incluso los nerds no parecen tomársela muy en serio. Más bien estudian por la fascinación de aprender y comprender. Porque los hace más felices, pero sin ningún compromiso social que lo justifique. Con este trasfondo no debe extrañar que sea infrecuente la temprana planificación del futuro, especialmente laboral, como era usual en la generación anterior.
- Las relaciones de trabajo son miradas como contingentes, esto es, como medios de satisfacción personal, sin esperar ligazones de largo plazo con las firmas en que se incorporen. Todos los vínculos son precarios.

- No hay conciencia de que la vida trae consigo dolor, esfuerzo y compromiso, ni que vivirla supone un cierto compromiso moral más profundo. No es que los jóvenes sean inmorales, porque tienen conciencia de lo que es justo. Pero valoran por sobre todo la libertad de conciencia. El juicio moral respecto de los demás es neutro, salvo que haya daño grave a otro (robo, engaño, matonaje físico). Domina una cierta tolerancia escéptica. No es tenido por reprobable copiar los trabajos académicos, ni el comportamiento deshonesto con la pareja o emborracharse cada fin de semana.
- El escepticismo respecto de los líderes políticos y culturales es aún más intenso. Tampoco existen líderes culturales poderosos. Más existe una cultura multidimensional, en que ni siquiera existen verdaderos íconos en las artes populares. Ya nos existen los grupos que convocan a toda una generación, sino subculturas transversales.
- Lo que es bueno y correcto es definitivamente una cuestión de cada cual. A lo más uno se relaciona con quienes tienen intereses semejantes, que pueden ser cruzados y específicos.
- Puedes gastar todo lo que seas capaz. No hay otro límite que tus capacidades de gasto. Lo nuevo siempre cambia. De ahí la extrema valoración de la comunicación inmediata y de la entretención. Lo que antes eran lujos de pocos hoy lo son de millones. No se lee más allá de lo que se exige en la universidad; en cambio se comunican sin cesar y se han corrido las barreras del pudor. La privacidad cede ante el deseo de estar en permanente contacto con otros. Por lo mismo, la trascendencia del bien o de la existencia humana es ajena a sus preocupaciones; siquiera de lo que es objeto de pregunta.

En fin, son niños grandes. Pueden tener un SAT (PAA) enorme, pero siguen siendo niños que buscan satisfacer sus deseos con urgencia. No hay tiempo para esperar, ni tampoco para pensar sobre ellos mismos.

De ello no se sigue que no vayan a crecer. Puede ocurrir que simplemente se trate de un retraso de su entrada en otra etapa de sus vidas. Pero es una generación sin creencias compartidas, sin propósitos firmes, con un ánimo liviano como el aire, sin preguntas acerca del sentido de la existencia y escasamente religiosa.

II

La entrevista con mi hijo se refirió al movimiento estudiantil, que en su Facultad y en el campus de Grecia de la Universidad de Chile ha tenido un polo muy intenso.

Diría que su mirada fue más optimista en varios sentidos. Ha participado en las marchas y sinceramente cree que la movilización de los estudiantes ha puesto de manifiesto un sentido de injusticia y de hipocresía que comparte plenamente.

Mientras la generación anterior disfrutó de progreso político y económico, estos jóvenes nacidos en la época democrática (de hecho Vicente nació en la semana anterior al plebiscito) sienten que hay en Chile un problema severo de legitimidad. Y esta afecta a todos: a la autoridad política, religiosa, a los que recorren la vida satisfechos, como imbéciles felices, en total desconocimiento de que hay una clase media que lo está pasando muy mal. Este es, en su opinión, el sustrato de la crisis. Es la clase media endeudada y que, ante tantas exigencias de “vivir como la gente”, se han pisado los

talones y soportan una carga enorme. Y se han endeudado hasta los codos en la esperanza de que sus hijos tendrán una mejor condición.

Sin embargo, no hay miedo. Los estudiantes, en el fondo, son burgueses que no aspiran a un “octubre rojo”. Es simplemente gente que estima que la asignación de poder, prestigio y de riqueza no ha supuesto las responsabilidades correlativas. Se trata de una generación más reflexiva de lo que ocurre; asqueada por el negocio universitario, por los fraudes sucesivos. Quieren que el país sufra un remezón, no un terremoto que afecte todas sus estructuras. Los encapuchados de las protestas están simplemente en el margen de error.

Hay que convencerse que esta no es la generación Chino Ríos, que estaba “ni ahí” con nada. Hay esperanza de que las cosas debieren ir mejor, porque el tema de la educación está simplemente mal diseñado, y por eso persisten, aunque las ideas no sean del todo claras. No hay ideología, sino una expresión de que las cosas debieran ser ordenadas de otra manera. No pretenden cambiar el mundo, sino más bien provocar un despertar.

Piensan que hay una ecuación en que hay más capitalismo que el que debiere, pero nadie cree que el comercio, las minas o las fábricas debieren funcionar de una manera diferente. No es gente ideologizada, aunque su débil discurso pudiese sugerirlo, sino persiguen fines más pragmáticos.

Se quejan de que la dulzura de los créditos que permiten estudiar lleva implícito un veneno que ahora comienza a mostrarse en las familias.

Recomiendan escuchar y no tomarlos como enemigos. Entretanto, sienten que la política no ha dado pie en bola, porque cada cual ha actuado con una lógica que debiere ser puesta a prueba.

El diagnóstico no es representativo, probablemente. Vicente es bien intelectual, libre y reflexivo. Pero también se ha encontrado con un mundo desconocido al que se ha integrado. Creo que su mayor conciencia es que hay una clase media con vocación intelectual, que ha logrado entrar a la Universidad de Chile porque son habilosos; en muchos casos primera generación de estudios superiores. Ven el presente bajo un prisma diferente al de nuestra generación. No es lo logrado lo que les puede satisfacer, sino las muchas torceduras de una sociedad segregada que respeta poco a los demás y en la cual las ventajas que tienen algunos son demasiado visibles; y donde se hace poco para que avancemos en un camino más inclusivo.

En todo caso, al finalizar la entrevista no advertí compasión, sino más bien esperanza.

III

Los dos retratos son interesantes. No hay un conflicto de generaciones, en mi opinión. Es un cambio cultural bien importante. Es posible que en Estados Unidos también comiencen las protestas estudiantiles, en la medida que la deuda total del sistema es de tres trillones de dólares (más que la deuda total de las tarjetas de crédito) y las expectativas de la antigua clase media de que los ingresos marginales con los puestos de trabajo que se obtienen al terminar los estudios, difícilmente permiten pagar las deudas que se han acumulado.

En definitiva, todo indica que los mundos convergen. El diagnóstico de Christian Smith es tal vez aplicable a las clases medias altas chilenas y probablemente las protestas estudiantiles tienen que ver con un sistema universitario y de educación técnica que no está soportando la prueba de estrés, en circunstancias que en el país se gasta un 2,2% del PGB en educación superior y el Estado solo aporta 0,3%. Esto es, el total proporcional en educación superior es mayor que en los países de la OECD, pero la contribución pública es casi siete veces menor.

LA BRECHA GENERACIONAL EN UN CAMBIO DE ÉPOCA

José Zalaquett Daher
Académico de Número
Noviembre de 2011

Tomo pie en la hipótesis de que enfrentamos en el presente una brecha generacional más profunda y compleja que lo que estábamos acostumbrados a esperar. Por tanto, comenzaré a referirme a la cuestión de las diferencias entre generaciones en todo tiempo y lugar, para luego reflexionar más latamente sobre lo que sería propio de la brecha generacional que existe en la sociedad actual.

Respecto de las distancias que se han dado desde siempre entre los jóvenes o adolescentes y sus padres, lo que podría denominarse “la sabiduría de la especie”, “la experiencia de los mayores” o simplemente “el sentido común”, nos dice lo siguiente:

a. En su proceso de maduración, particularmente en el período en torno a la pubertad y la temprana juventud, las personas tienden a cuestionar las normas o costumbres, la visión del mundo e incluso la autoridad de sus mayores. Ello es parte del proceso de construcción de la propia identidad que es característico de esa fase de crecimiento, lo que se realiza, entre otros medios, mediante un impulso de “liberación” o “rechazo” respecto del legado de reglas y hábitos recibido de los padres.

b. Se ha hecho habitual exaltar el idealismo de la juventud. A mi juicio, tal actitud suele ser algo irreflexiva. Por definición, mientras no se hagan responsables por sí mismos y por otros, los adolescentes y jóvenes son, no digamos irresponsables, calificativo que tiene una connotación de reproche, sino, por falta de mejor palabra, “a-responsables”. Pueden, en tal calidad, postular, y de hecho acostumbran postular, determinados fines u objetivos, sin cuidarse de los medios para alcanzarlos. Dicho de modo simple, abogan por un “qué”, sin atender a un “cómo” o bien por un “no a esto”, sin plantear un plausible “sí a esto otro” Ahora bien, aun cuando no cabe glorificar tal actitud, tampoco se debe menospreciarla. Hay ocasiones en que una oposición sin más en contra del statu quo es un camino necesario para desmontar la armazón de un orden establecido que ha perdido sentido de ser o vigencia. Como sabemos desde Descartes, una nueva construcción, no sólo física, presupone la demolición de otra anterior.

c. Las personas van perdiendo capacidad y voluntad de innovación con el avance de los años, con la adquisición de diversas responsabilidades y con el natural ajuste de su pensamiento y acción a los moldes aprendidos de las generaciones anteriores. Ahora bien, es evidente que todo progreso supone una innovación, aunque no toda innovación termina constituyendo un verdadero progreso. Por tanto, en la medida en que, con el curso de los años, las personas tienden a ser crecientemente reacias a toda innovación y a mirar los cambios con recelo (cuando no directamente como una

amenaza), se restan de participar en experimentos aventurados, lo que es positivo; pero, por otra parte, también se marginan de la construcción del futuro.

d. El paso del tiempo también conduce, en la mayoría de los casos, a que los jóvenes de ayer, una vez adultos, vuelvan a valorar a su familia y a sus padres, de quienes sintieron la necesidad de distanciarse durante su adolescencia y juventud. Es cierto que por lo general y pese a ello, las personas mantienen un apego hacia las innovaciones que realizaron en su juventud y desean que sus hijos las vivan como algo natural. Sin embargo, no están, por lo común, abiertas a los cambios que sus hijos buscan introducir en su propio tiempo. Como dicen Stone y Church: “En el mejor de los casos preparamos a los adolescentes para vivir en un mundo que es una proyección futura del mundo presente y, en el peor, los preparamos para que vivan en un ambiente fantasmal, hace tiempo desvanecido... Los principios, las normas, los ideales, deben ajustarse a diferentes épocas, cosa que los adultos ya no hacen; los adolescentes, en cambio, se preparan para lo que vendrá y para eso adaptan lo recibido de sus padres y maestros a sus propias necesidades, entrando en colisión con ellos. Rebelarse, confrontar, buscar su propia síntesis es la tarea de la adolescencia”. Agregan estos autores que tal proceso es considerado esencial en la construcción de una personalidad madura, independiente¹.

Lo dicho en los puntos precedentes es parte de una intuición o sabiduría compartida de la especie desde tiempos inmemoriales. Recuerdo bien la primera vez que creí tomar consciencia de este hecho. Cuando era muy joven, leí un artículo en una revista de divulgación que me causó una viva impresión. Se decía en él que se había logrado descifrar una tableta de miles de años de antigüedad en la que se leía que la juventud andaba descarriada, que ya no respetaba a sus mayores y otras cosas de esa índole.

Esto que hemos llamado “sabiduría de la especie” es refrendado por los escritos de diversos académicos que se especializan en la psicología de jóvenes. Para Erikson, entre el adolescente y la generación adulta hay una distancia, una brecha dada por las diferencias de épocas que a cada uno le ha tocado vivir y de la educación recibida². Peter Blos agrega que “la creación de un conflicto entre las generaciones y su posterior resolución es la tarea normativa de la adolescencia. Su importancia para la continuidad cultural es evidente. Sin este conflicto no habría reestructuración psíquica adolescente”³⁻⁴.

Agreguemos una última observación: Los procesos de enfrentamiento generacional conducen a menudo a que “generación de por medio” se adopten, en cierta medida, parecidas actitudes. Si una primera generación adhiere a ciertas tradiciones y la siguiente, por oposición a esta, las rechaza, la subsiguiente puede, al oponerse a la segunda generación, volver a valorarlas, aunque no de la misma manera. En este sentido, no se trataría de un retorno circular sino de uno que podría ilustrarse mejor con la figura de la espiral. Un ejemplo conocido es el de la generación de los años mil

¹ L. Joseph View Larger Image Stone y Joseph Church: *Childhood and Adolescence: a Psychology of the Growing Person*, Crown Publishing Group/Random House, Nueva York, 1957.

² EH Erikson: *Identity: Youth and Crisis*, W.W, Norton & Company, Nueva York, 1994.

³ Peter Blos, *On Adolescence: A Psychoanalytic Interpretation*, The Free Press, Nueva York, 1966.

⁴ Las tres notas precedentes, con sus referencias bibliográficas, se basan en una búsqueda en Google y Google Scholar. No se obtuvo mención del número de página de las obras en que constan las citas.

novecientos sesenta en Occidente y la rebelión juvenil que la caracterizó, la que fue seguida por una generación más circunspecta y formal, no precisamente a la manera de los años cincuenta, pero recogiendo aspectos del espíritu disciplinado de ese tiempo.

Algo de lo anterior probablemente tuvo en mente el artista alemán Franz Marc (1880-1916) cuando sostuvo que respetar la tradición no consiste en usar el sombrero del abuelo, sino en comprarse uno nuevo, tal como en su momento lo hizo el abuelo (valga recordar esta cita notando que el tiempo le quitó algo de su poder de sugerencia, ya que eventualmente los sombreros se dejaron de usar del todo). La misma noción de un cierto impulso común que se renovaría “generación” de por medio, podría servir para interpretar una pretendida observación, algo mítica o cabalística, respecto de la historia política chilena. Me refiero a la creencia divulgada de que aproximadamente cada cuarenta años el país pasa por un severo remezón social y político.

En todo caso, dejando hasta aquí las reflexiones sobre la tensión entre generaciones en todo momento y lugar, pasemos a considerar qué sería característico de los tiempos que corren.

A este respecto, y para comenzar, se puede decir que en el presente vivimos en un período de interregno, luego del fin de una época. Adhiero a la noción de Eric Hobsbawm, compartida por Jürgen Habermas, de que los siglos no se ajustan, por cierto, a los estrictos moldes del sistema decimal dentro del calendario cristiano y que el siglo XIX habría sido “largo” (1776/1779-1914), en tanto que el siglo XX sería “corto” (1914-1989/1991)⁵. En su conjunto, ambas centurias, esto es, el período que va entre 1776/1789 hasta 1989/1991, constituirían, a mi juicio, una “época”.

Desde luego, la definición de “época” es convencional y lo que para unos es tal, para otros podría ser un subperíodo histórico o bien, por el contrario, un “macroperíodo”. Tal como se puede cortar una res de diferentes maneras, hay más de un modo de periodizar la historia.

Dicho esto, señalemos, sin embargo, algunos componentes característicos de la época a la que nos referimos:

a. Uno de sus rasgos esenciales es el desarrollo de movimientos políticos y sociales inspirados por ideologías que a su vez se nutrían de nociones de filosofía moral –o, si se quiere, de ética política. A partir de ello se desarrolló más tarde una lucha ideológica más que centenaria que concluyó con el fin de la Guerra Fría.

Este proceso se vino incubando desde fines del siglo XVII y, más plenamente, a lo largo del siglo XVIII, cuando el pensamiento de las mejores mentes filosóficas de la época se orientó hacia cuestiones de filosofía moral enfocadas en la cosa pública, lo que le dio un marco teórico a movimientos de protesta social y política ya en desarrollo. Todo ello alcanzó un primer clímax con la Declaración de Independencia de los Estados Unidos (1776) y con la Revolución Francesa (1789). Luego de dichas revoluciones liberales, a lo largo del siglo XIX surgieron otras visiones filosóficas que eventualmente inspiraron ideologías y movimientos políticos y sociales de corte socialista, nacionalista y anarquista, todos ellos con diversas subvertientes, incluso

⁵ Sobre este particular, los libros de Hobsbawm son *The Age of Revolution*, *The Age of Capital* y *The Age of Empire*, sobre distintos períodos del “largo” siglo XIX; y *The Age of Extremes*, sobre el “corto” siglo XX. El texto de referencia Habermas en castellano, es el artículo *Nuestro Breve Siglo*, *Rev. Nexos*, México, 1998.

antagónicas entre sí. Descontando la corriente anarquista, por la propia naturaleza de sus postulados, estas nuevas ideologías y movimientos políticos abrigaban aspiraciones hegemónicas. Cuando, luego de la Primera Guerra Mundial, tanto la visión socialista radical como el nacionalismo exacerbado alcanzaron el poder en naciones de gran peso geopolítico (Rusia, más tarde Unión Soviética, Italia, Alemania...), el mundo entró propiamente en lo que Hobsbawm denomina la edad de los extremos. La Segunda Guerra Mundial enfrentó a la alternativa nacionalista radical en contra de una alianza entre las democracias capitalistas de Occidente y la Unión Soviética. Derrotadas las fuerzas del Eje, pasaron a enfrentarse los antiguos aliados de ocasión, que encarnaban modelos irreconciliables, en la llamada Guerra Fría, cuyo término marcaría el fin de esa era de dos siglos.

Paralelamente al sentido y propósito que entregaron, en la mencionada era, las visiones de filosofía moral y las ideologías políticas, durante ese mismo tiempo se fue desarrollando una tercera línea de significación moral, de carácter humanitario. Vinculada también con las principales visiones filosóficas sobre ética política y no enteramente ajena a postulados ideológicos, esta línea no dibuja un horizonte utópico ni propone un itinerario político, sino que lucha por conseguir acuerdos de validez general que establezcan, por encima de otras diferencias, un piso de decencia en lo que dice relación con la protección de toda persona frente al poder político o al enfrentamiento bélico entre poderes. Inicialmente y luego de arduas luchas, mediante esta vertiente humanitaria se obtuvieron, gradualmente, conquistas tales como el fin de la esclavitud y normas de protección laboral o contra la discriminación, a la par de libertades civiles y derechos políticos. A lo largo del siglo XIX, el catálogo de estos logros se fue expandiendo. Más tarde, al término de la Segunda Guerra Mundial, el producto acumulado de los esfuerzos humanitarios sirvió de base a la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Entre las tres líneas de proposiciones sobre sentido moral que hemos llamado, respectivamente, filosófica, ideológica y humanitaria, durante la época de dos siglos que ya pasó, predominó la de carácter ideológico, hasta el punto que la adscripción a una determinada ideología o partido político llegó a ser para las personas –ciertamente las de mi generación– un factor de identidad individual y grupal de la mayor trascendencia. Luego, cuando la fuerza de convocatoria de las ideologías políticas fue disminuyendo, a medida que se acercaba el fin de la Guerra Fría, el vacío resultante se fue supliendo, por una parte, con un renovado interés por la filosofía moral y, por otra, con una expansión de la agenda de derechos humanos. Ello contribuye a explicar, a mi juicio, que en las últimas dos décadas los alumnos universitarios más intelectualmente inquietos lean a Rawls, Dworkin o Taylor, tal como sus mayores, cuando estudiantes, leían a Marx, Maritain o, más tarde, Popper. El vacío ideológico generado con el fin de la Guerra Fría también explica que en tiempos recientes no falten quienes intentan reverdecer sus postulados ideológicos marchitos, reformulándolos dentro del marco de los derechos humanos y generando con ello una presión, no ya hacia una necesaria y sólida expansión de dichos principios, sino hacia un crecimiento inflacionario que arriesga devaluar tales nociones morales y jurídicas.

b. También caracterizan a la era de dos siglos a que nos venimos refiriendo los siguientes componentes, entre otros: i) el modo prevaleciente de actividad económica,

esto es, la expansión del industrialismo y de las finanzas modernas; ii) el tipo de organización de Estado-Nación que sustituyó progresivamente, a partir de las revoluciones de fines del siglo XVIII de Norteamérica y de Francia, al modelo dominante durante los tiempos del *ancien régime*; iii) la confianza en la razón y en el progreso gradual y sostenido de la humanidad, basado en la ciencia; y iv) al decir de Habermas⁶, los particulares desarrollos que ocurrieron en esa época en campos como la demografía o el empleo.

Si nos detenemos a considerar todos los factores mencionados que caracterizarían la época que hemos dejado atrás, se puede advertir, o bien que ya no subsisten, o bien que ha variado fundamentalmente su importancia o carácter.

Digamos también que, desde luego, el cambio de una era a otra no supone que súbitamente desaparezcan o se alteren sus principales componentes. Tomemos un ejemplo que ilustra lo anterior: los partidos políticos como canal de representación y participación política dentro del régimen democrático, el modelo de organización política que terminó siendo ampliamente legitimado hacia el final de la mencionada época. En dicho modelo, ya desde varias décadas con anterioridad al fin de la Guerra Fría, se comenzó a forjar en el mundo un nuevo actor político: la sociedad civil organizada en torno a temas de interés común (como, por ejemplo, los derechos humanos, a partir de los años 60 del siglo pasado; el medio ambiente, desde los años setenta; y la lucha por la transparencia pública y contra la corrupción, comenzando en los años noventa), pero sin perseguir acceso al poder estatal. Por otra parte, se mantuvo, en paralelo –y subsiste hasta hoy–, el sistema tradicional de los partidos políticos, sin cambios radicales, pero desprovisto de energía vital, de capacidad de motivar al electorado y de transformarse a sí mismo.

En todo caso, el conjunto de factores que caracteriza a una era forma un cierto espíritu de los tiempos. Pensemos, por ejemplo, en dos grandes figuras cuya vida y creación abarca tanto el final de la época que quedó atrás con la Revolución Francesa, como los comienzos del siglo XIX. Me refiero a Goya y a Beethoven. Basta recordar la obra temprana versus las creaciones tardías de ambos grandes artistas, para vislumbrar el cambio ocurrido en el espíritu de esos tiempos.

Al recordar los años de la Revolución Francesa notamos algo evidente: el paso entre una época y otra está lejos de ser sencillo o lineal. Refiriéndose a dicha revolución, William Woodsworth (1770-1850), escribía, muchos años después, arrobado: “Estar vivo durante esa aurora era una bendición, pero ser joven era el mismo cielo”. La historia nos enseña, por supuesto, que la aurora a la que cantaba dicho poeta se tiñó de rojo sangre y, a continuación, estuvo marcada por cruentos delirios imperiales. Si bien el mundo nunca volvió a ser el mismo, los pueblos de Europa debieron soportar la restauración monárquica postnapoleónica y otras tribulaciones, antes de reemprender el trabajoso camino hacia el logro de las conquistas republicanas que sus sueños prometían.

Comoquiera que sea, en la transición de más de veinte años que tuvo lugar entre la toma de la Bastilla y la batalla de Waterloo, si bien estaba fuertemente presente, como en toda revolución, un impulso de demolición del orden existente, también se

⁶ Op. cit.

perseguían determinados fines, pese a los terribles desvíos que ocurrieron. En cambio, la transición que vivimos después de la Guerra Fría se suele caracterizar solamente por la anteposición del prefijo “post”, como en “postindustrial” o “postideológica”.

Puede concluirse, de todo lo dicho anteriormente, que los cambios de época ocurren cada diez, doce o incluso más generaciones. A partir de la experiencia de la presente transición y del hecho de que en esta se tiene más en claro qué se está dejando atrás, antes que los objetivos hacia los que queremos avanzar, comprobamos también que durante un período histórico de intervalo se dan algunos subperíodos. Es así como en los años noventa del siglo XX, y quizás hasta los comienzos de la década pasada, primaba el desconcierto entre los jóvenes, quienes sentían que los grandes parámetros ordenadores del pasado ya no conservaban validez, pero no divisaban qué podía reemplazarlos. Ello explica la frase de jerga juvenil característica de esos años, en nuestro medio: “no estoy ni ahí”, la cual reflejaba, entre otras connotaciones, una desafección política y electoral.

Sin embargo, con el transcurso del tiempo, los jóvenes comenzaron a advertir que un período de grandes cambios ofrece también la oportunidad de participar en el moldeamiento del nuevo orden que se debe construir y empezaron a tomar una actitud más activa e involucrada en cuestiones de interés público. Dentro de esta fase se da, a su vez, un momento inicial, por el cual pienso que estamos atravesando, en que el activismo juvenil es más cuestionador que propositivo.

Habiendo reseñado lo que a mi juicio es particular a la incomunicación entre generaciones en la sociedad actual, a diferencia de la brecha generacional que cabe esperar en todo tiempo, esto es, que nos encontramos hoy en un tránsito entre dos eras, quisiera concluir esbozando una posibilidad que hasta hace algunos años pudiera parecer como de ciencia ficción, pero que en el presente ya no suena tan descabellada. Me refiero a la posibilidad de que la transición que vivimos no sea solamente entre una época y otra, del modo que hemos intentado caracterizar la noción de “época”, sino que, al mismo tiempo, marque el comienzo del crepúsculo del concepto de civilización como lo hemos concebido desde la invención de la escritura.

Huelga decir que no se trata de postular alguna fantasía de tipo milenarista o del fin de los tiempos, sino de contemplar la hipótesis de que en el curso de las próximas generaciones se termine por materializar un cambio de época de forma inconmensurable que lo que hayamos podido imaginar hasta aquí y que lo que nos ha enseñado la historia desde que contamos con registros escritos.

La primera vez que me asomé a esta posibilidad fue en el año 2000, en el curso de una conversación con el profesor Matthew Meselson, de la Universidad de Harvard. Este distinguido genetista y biólogo, me dijo, imaginando escenarios futuros desde la perspectiva de sus disciplinas académicas, que había que tener en cuenta tres realidades indesmentibles. La primera es que lo inventado no se puede des-inventar, trátese de la tecnología de producción de armas nucleares, de manipulación genética o de otro tipo; la segunda es que las nuevas invenciones terminarán siendo utilizadas, si una persona, grupo o entidad lo considera de alto interés; la tercera es que el acceso a tales tecnologías se vuelve más fácil y barato con el tiempo. Considerando estos hechos, el profesor Meselson no estimaba imposible que en el futuro pudiera, por ejemplo, introducirse tecnología genética que permitiera a determinados grupos

humanos cruzarse solo entre ellos. Agregaba que este escenario era, naturalmente, de pesadilla, pero que la adaptabilidad humana se extiende también a prácticas que pueden habernos parecido tenebrosas antes de que ocurran (como, por ejemplo, la fertilización in vitro, la clonación de mamíferos, o que haya uno o más computadores en cada casa) o nos lo parecen después de que han sido superadas (como las formas clásicas de esclavitud).

Ya antes de la conversación que he narrado, a mediados de los años noventa, cuando volví a hacer clases en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, me sorprendió advertir que los estudiantes parecían haber perdido mucha de las destrezas de aprendizaje y comunicación que me parecían consustanciales con la idea de educación superior. Años más tarde, ya más familiarizado con la tecnología computacional y con Internet, me surgió la pregunta de si no estaremos asistiendo a una mutación mayor en los modos de adquisición y expresión del conocimiento. En otras palabras, si quizás los estudiantes estaban empezando a aprender no en forma, digamos, lineal, sino en paralelo; y no estructuradamente a la manera tradicional, sino por absorción de paquetes o fragmentos de información que luego organizan en un todo más coherente.

Si a lo anterior sumamos el crecimiento vertiginoso de la velocidad de transformación tecnológica y sus efectos en el flujo de comunicaciones, en la transferencia de capitales y en las movilizaciones sociales, sin mencionar los cambios febriles que se están dando en tantas otras esferas de la vida, incluyendo las relaciones afectivas, las primeras intuiciones tentativas sobre la magnitud sideral de los cambios por venir en las próximas décadas, para no decir centurias, se comienzan a transformar en presentimientos o agüeros.

En efecto, consideremos, además, lo siguiente: i) la extensión de la vida hasta límites impensados ya no parece una quimera; ii) hoy, no solo los futurólogos, sino también los investigadores de grandes universidades y de connotadas empresas de tecnología avanzada, incursionan en el terreno de la ampliación colosal de las facultades del conocimiento y la memoria mediante alguna simbiosis entre neurología y tecnología computacional; iii) el manejo biológico y genético puede llegar a controlar de modo inimaginable las grandes coordenadas del placer y del dolor, los dos amos soberanos bajo cuyo gobierno, como decía Bentham, la naturaleza ha puesto a la humanidad⁷.

Lo que nos define como seres humanos, obviando, para estos efectos, respetables concepciones religiosas, es un conjunto de características, entre ellas, ciertamente la mortalidad y la susceptibilidad al placer y al dolor, lo que compartimos con otros seres; y también la especial capacidad de adquirir conocimientos que nos es propia. Si consideramos que todas o las principales de estas características pueden mutar en un futuro no muy distante de modo impensado, ciertamente no sería exagerado decir que habría emergido una especie o subespecie humana distinta. Y podríamos, además, suponer que varias generaciones más adelante, si aquella posibilidad de mutación se materializara y pudiéramos ser testigos de esa realidad, probablemente no la comprenderíamos, hasta el extremo de no saber qué preguntas hacernos respecto de ella. Y, a su vez, dichas futuras generaciones no serían capaces de entendernos

⁷ Jeremy Bentham, *The Principles of Morals and Legislation*.

retrospectivamente, sino desde la perspectiva de lo que hoy conocemos como el historiador, el antropólogo o el arqueólogo.

Creo que en el llamado que se me hizo a que desarrolle el tema de la incomunicación entre las generaciones en la sociedad actual se hallaba la expectativa de que una mejor comprensión de ese fenómeno nos permita comenzar a buscar clave para superar tal brecha. Y también tengo plena conciencia de que mis reflexiones sobre este tópico distan mucho de satisfacer dicha expectativa subyacente. Solo puedo decir que no me sería posible ir a contrapelo de mis propias opiniones. Y estas son, en resumen, que la brecha generacional en los tiempos que vivimos, de transición entre épocas, es mucho más profunda que aquella que estamos acostumbrados a dar por descontada. No solo eso; creo, también, que es probable que se avecine un proceso de cambio de tal magnitud que carecemos de expresiones convencionales para designarlo. E intuyo que nuestra generación –al menos la de los adultos mayores a la cual pertenezco– no podrá hacer mucho (si es que algo) por influir en ese desarrollo.

EN LOS MÁRGENES DE LA ESCRITURA

Sol Serrano Pérez

Profesora

Pontificia Universidad Católica de Chile

28 de noviembre de 2011

Todas las sociedades han vivido formas de exclusión y marginalidad. Sin embargo, ellas no han sido las mismas ni han tenido los mismos significados. Son mutables desde una definición contemporánea, como lo son desde los propios actores de la historia. Me interesa esbozar una reflexión desde esta doble perspectiva sobre una exclusión crucial para nuestro tiempo que por siglos no pareció serlo. Me refiero a la posesión de las destrezas de la escritura. Su historicidad tiene una incidencia radical en el presente, pues irrumpió como exclusión de manera arrolladora y especialmente veloz en sociedades como la nuestra, constituyéndose en una condición de marginalidad de lenta y compleja reversión.

En la lengua castellana el término exclusión mantiene el mismo significado de su etimología latina. No así el término marginalidad, que proviene del sustantivo margen al cual se han ido incorporando nuevas acepciones. Su etimología es pacífica, descriptiva, neutral, se refiere al borde, al límite, de un objeto y solía referirse a la geografía. Pero en los tiempos modernos se agregó un nuevo significado.

En el primer diccionario de la Real Academia Española conocido como Diccionario de Autoridades de 1734, el vocablo “margen” se refiere no solo a un borde genérico sino también a aquella “porción” que se deja en blanco en el papel escrito. Así la usamos corrientemente sin pretender más que aludir a un diseño gráfico, sin embargo ese margen fue crucial en la historia de la escritura y de la lectura, pues la separación espacial del texto permitió el desarrollo de la lectura silenciosa al asemejarla cada vez más a la fonética mediante la separación de las palabras, de la puntuación, la ortografía y la organización visual del texto. La importancia específica del margen es que permitió la intervención personal del lector y también las aclaraciones del autor. Allí irían los comentarios del estudioso, las sumas del comerciante, las resoluciones administrativas. Es la apostilla, la anotación que comenta, interpreta o complementa un texto. El margen denota una apropiación del texto y de allí proviene otra de sus acepciones que es su contracara a manera de metáfora. Es decir, permanecer en aquel espacio en blanco vadeando el texto. “No ir en derechura a lo principal del intento”, dice el mismo Diccionario de Autoridades.

Solo dos siglos después, en 1947, aparece una nueva acepción, que imagino viene de las anotaciones del comerciante. Es el beneficio obtenido en un negocio entre el precio de costo y el de venta.

Y finalmente fue en 1984 cuando se incorpora su acepción social. El borde, el espacio blanco del texto, la utilidad económica, va transformando “el” margen en una

condición de estar “al margen”. Entonces marginación se define como la situación de quién o quiénes, por sus condiciones de vida, no están integrados a la sociedad a la que pertenecen.

Este recorrido indica una relación entre el borde de la escritura y el borde de la utilidad como formas de no pertenencia a la sociedad.

La pobreza como carencia ha sido siempre una forma de exclusión, no así la escritura. De hecho, en la larga historia humana muy pocas sociedades la han conocido. Pero una vez que ella aparece como signo enteramente fonético, permite romper las categorías del tiempo y del espacio porque embodega un conocimiento como registro y ya no solo como memoria. La escritura es una tecnología de la comunicación que transforma en su larga historia, aquella que madura entre Homero y Aristóteles, una nueva forma de conocimiento que transforma la conciencia porque permite el pensamiento lógico, analítico e introspectivo. Las sociedades que poseen la escritura no dividen la historia, no se contraponen, como se hizo por siglos, a sociedades analfabetas, salvajes, ignorantes, sino a culturas orales primarias que conocen, comunican y piensan de una manera distinta. El asunto, ya lo sabemos, es que el poder de una terminó siendo radical en relación a la otra.

Nuestra sociedad nace en ese choque de formas opuesta de conocer y comunicar.

Cuando Pedro de Valdivia se encontró con Michimalonco se comunicaron mediante la traducción entre el español, el quechua y el mapuche. Cómo fue esa traducción y cómo comprendió cada uno lo traducido es algo que nunca sabremos. Porque solo una de esas lenguas, uno solo de los actores, pudo fijar el registro que llegó hasta nosotros. Para Valdivia, Michimalonco era bárbaro, salvaje e infiel. Pero Michimalonco no sabía qué era aquello, pero lo verdaderamente importante es que no lo era para sí mismo, todo ello era ajeno e irrelevante para su cultura. Pero fue vencido y lo fue su pueblo. Y el Imperio español se pudo construir en buena medida por la escritura, capaz de construir complejas administraciones que rompen el tiempo y el espacio. Y el cristianismo era una religión de conversión, evangelizadora, porque era la religión del Libro.

La sociedad que surge, que transforma radicalmente la organización mapuche, no es una cultura oral primaria, aunque permanecieran muchísimos de sus rasgos, porque era gobernada por una cúpula letrada. ¿Qué saber era necesario extender en esa sociedad americana? No era la escritura y la lectura, como sucedió con la reforma protestante y católica, sino un saber para la salvación. La evangelización generó una nueva forma de memoria, pues introdujo la memoria textual, al contrario de la oral que es homeostática, adaptativa, pero no fue, especialmente en el caso chileno, alfabetizadora. Es cierto que fijó las lenguas orales en la escritura, pero los indígenas no aprendieron a escribir su lengua sino hasta tiempos recientes y la sociedad mestiza se castellanizó.

En definitiva, se constituyó una cultura popular de tradición oral en una sociedad de cultura escrita. Es decir, técnicamente, analfabeta. Ello no preocupó a la Corona, que delegó la escuela a cabildos y religiones con magros resultados. ¿Les importaba a los analfabetos serlo? Hay pocos indicios que así fuera. La escritura la requerían para asuntos legales, pero existía ese oficio tan importante como el pregonero, que era el escribiente. Escribir era un oficio técnico al cual se recurría como servicio. Los analfabetos entonces firman “por ruego de”.

Si en el Atlántico norte la alfabetización se extendió por motivos religiosos, entre nosotros lo fue por motivos políticos, por la formación de la República, cuya soberanía residía en el pueblo. Un pueblo que no existía como ciudadano virtuoso. Había que formarlo con la educación, de la escritura, llave de ingreso a la civilización. Entonces vino la expansión de la escuela a mediados del siglo XIX, fomentada por el gobierno y pedida por las comunidades locales que aportan un sitio o unas maderas. Pero no son muchas las familias que envían a los niños a esa escuela. A última hora, ¿de qué le sirve la alfabetización a unas familias en que los niños son fundamentales en la economía doméstica?

La asistencia era baja y la escuela no llega al campo diseminado donde habita la mayoría de la población. Sin embargo, la cobertura creció enormemente con relación a sí misma, 50% entre 1850 y 1930, y casi 60% de los niños entre 6 y 14 años asistían a la escuela. Solo la terminaba el 26%.

En este primer periodo muchos niños no asisten a la escuela, especialmente aquellos de los campos, porque no la tienen, pero también son muchos los que no iban o acudían por un tiempo corto porque el “costo de oportunidad” era muy grande y los beneficios no eran claros. Todo indica que la pobreza frenaba la expansión de la escuela, pero no la vergüenza de esa pobreza. Ella empieza a aparecer en los comienzos del siglo XX en que la pobreza urbana recrudece, a la vez que la primera fase de extensión mostraba la valoración social de la escuela.

Para el mundo letrado, los padres de las familias populares no mandaban a sus hijos por indolentes e ignorantes. Ese fue el diagnóstico tras la obligatoriedad de la escuela. Pero hoy sabemos que no era ni una ni la otra, sino la pobreza. En una encuesta a padres hacia el Centenario, aparecen los obstáculos ya mencionados, pero insistentemente dicen que tienen vergüenza de que sus hijos vayan a la escuela sin zapatos; que no tienen que mandarles de comer para al recreo, que tienen demasiados piojos, que los profesores podrían reprenderlos y más de algún compañero burlarse. A la vergüenza de los padres se sumó el espanto de los primeros médicos higienistas. Eloísa Díaz mostró que esos niños además estaban enfermos, estaban desnutridos y surgió la cantina escolar. La escuela adquirió un nuevo valor.

Fue la pobreza la que escolarizó a este país. ¡Vaya afirmación!

Y cuando finalmente llegaron todos, se comprendió que la escuela mejoraba una condición, pero que llegaba tarde al problema central de los niños pobres que se iniciaban en la primera infancia.

Fueron los hijos de esos niños que tuvieron cobertura universal a fines de los 60 los que finalmente lograron cobertura universal en la educación secundaria a comienzos de los 90, cuando en 1950 solo el 30% de la cohorte de edad estaba dentro. Fueron sus hijos los que masificaron la educación superior, aquella que en 1950 constituía el 2% de los que terminaban la educación media.

¿Podrán esas palabras siquiera sugerir cuán reciente es la expansión de la educación en la sociedad chilena, cuánta densidad en las destrezas de la cultura escrita habíamos acumulado cuando el conocimiento se transformó en una necesidad básica? Podrá discutirse cuáles son las formas de aprendizaje, pero lo que no está en discusión es que la alfabetización es la primera puerta de entrada. No quiero indicar que la escritura sea la única forma de aprendizaje, menos la comunicación fundante del

sentido. Pero esas grandes mayorías en los márgenes de la escritura, aquellos que no estaban en los espacios blancos del texto sino fuera de la página por muchas generaciones, finalmente se han incorporado a la página, a la pantalla, y el retraso con que ello sucedió en relación a la sociedad global, nos cobra hoy con dramática velocidad la siguiente etapa de intervenir, crear, inventar el texto.

MARGINALIDAD Y EXCLUSIÓN EN LA SOCIEDAD CHILENA

Pedro Morandé Court
Académico de Número

1. ALGUNAS PRECISIONES CONCEPTUALES

Marginalidad y exclusión, aun cuando se relacionan con un mismo fenómeno, no son conceptos equivalentes por el punto de vista desde el cual se construyen. Mientras que el concepto contrario a marginalidad es integración, el concepto contrario a exclusión es inclusión, que tampoco son equivalentes.

La moderna sociedad organizada por funciones contempla la inclusión universal de todas las personas en ella, siempre y cuando cumplan con los requisitos técnicos necesarios para el eficiente ejercicio de la función. Mientras que para la inclusión en el sistema jurídico el requisito es haber nacido (como señala literalmente el artículo primero de la Constitución, o haber sido concebido como fue la prevención de los parlamentarios que aprobaron la norma), otros subsistemas ponen requisitos mayores como tener liquidez en el sistema económico, tener conocimientos acreditados en el caso de las profesiones y de los estudios superiores, ser mayor de edad y estar inscrito en los registros electorales en el sistema político. El cumplimiento de estos requisitos está abierto a todos los que puedan o hayan logrado reunirlos, de modo que, en principio, se orientan también por la inclusión universal. Desde este punto de vista, la exclusión no pertenece a la codificación funcional de la organización de la sociedad.

Sin embargo, tiene sentido hablar de la exclusión como variable empírica de ajuste, en el sentido de que la inclusión universal es definida no como variable empírica, sino como interpretación normativa de una organización funcional que ya no reconoce estamentos jerarquizados sobre la base de distribución de privilegios. En principio vale en la sociedad moderna el principio de la igualdad de todos en dignidad y derechos y, su consecuencia, el principio de la no discriminación. Pero incluso jurídicamente, en este caso, debe agregarse el adjetivo de no discriminación arbitraria, reconociéndose así que hay discriminación producto de variables empíricas que exceden el control institucional de las operaciones sociales. El requisito es, en consecuencia, definir la exclusión como situación de hecho, como variable empírica.

La distinción entre marginalidad e integración, muy usada en la década de 1960, tenía como horizonte semántico el ideal de la integración social mediante la superación de la extrema pobreza, el incremento del empleo y la convivencia armónica entre grupos de distinta condición económica y educativa. Estaba detrás el fantasma de la existencia de clases sociales en lucha, no obstante la igualdad de todos ante la ley. La progresiva desaparición de la teoría de las clases sociales, el creciente consenso respecto del carácter "acéntrico" de la sociedad que emerge como sociedad mundial

y la complejidad resultante de una sociedad policontextual que opera con información especializada, parecen haber llevado a sustituir la distinción entre marginalidad e integración social, por la distinción entre exclusión e inclusión. Este último par de conceptos, más formal, pareciera rebajar el ideal de la integración social que se aleja cada vez más, por la garantía de que no obstante las diferencias sociales, ellas no ponen en jaque el correcto funcionamiento de los códigos de comunicación funcional que se han ido estabilizando. El carácter más formal y abstracto de la nueva semántica ha permitido también independizar el concepto de exclusión de la extrema pobreza y aplicarlo también a otras formas de discriminación no arbitrarias que existen dentro de la sociedad, de las que se hablará a continuación.

2. LA EXCLUSIÓN TERRITORIAL

La primera exclusión que quisiera mencionar es la segregación territorial. La rápida urbanización sufrida por la sociedad durante el siglo XX con la sobredemanda que ella trajo sobre la infraestructura urbana, hizo crecer de forma “espontánea” y desregulada las ciudades, particularmente Santiago, reproduciéndose en la topografía urbana el fenómeno de la estratificación social. El aumento del valor del precio del suelo por la excesiva demanda y la falta de políticas públicas al respecto, ha ido produciendo sucesivas segregaciones de la población con recursos insuficientes para costear el valor de los terrenos, quienes fueron desplazados hacia la periferia. Aunque las tomas ilegales de terrenos han tratado de ser regularizadas por la política habitacional del Estado, este no ha dispuesto de recursos suficientes como para sanear todos los casos que se presentaron. Los llamados “campamentos” se han transformado en un símbolo emblemático de la preocupación pública por transformar estas “soluciones” habitacionales en proyectos más estables y con el adecuado equipamiento urbano. Pero el dinamismo del problema se ha desplegado de forma más rápida que las soluciones. Como consecuencia, se han formado verdaderos guetos de pobreza, carentes de infraestructura urbana adecuada, que han marginado a muchas familias de los servicios básicos y han estigmatizado también a los habitantes de lugares geográficos completos. La ciudad ha perdido su unidad y conviven varias ciudades en una misma ciudad. Resulta extremadamente improbable que alguien pueda conocer la ciudad en su conjunto. Todos conocen más bien los sitios con que se sienten familiarizados y valorados.

Una segunda dimensión de la exclusión urbana es el centralismo que experimentamos y que también obedece a la relación centro-periferia. No obstante existir políticas explícitas de descentralización, ellas parecen no afectar la concentración de recursos humanos y materiales en las capitales, o en algunas pocas ciudades, como sucede en Chile y en toda América Latina. El valor patrimonial de Santiago pareciera ser equivalente al de todo el resto del país. Las regiones se ven crecientemente disminuidas en su potencial de desarrollo, en especial por la migración de su capital humano más altamente calificado. La migración rural urbana ha continuado, en su segunda etapa, con la migración desde las ciudades regionales a la capital. Es cierto que, desde el punto de vista demográfico, el rápido crecimiento de la migración hacia Santiago parece haberse desacelerado. No obstante, si de los grandes números pasamos al análisis cualitativo de la decisión estratégica acerca de las políticas de desarrollo,

habría que concluir probablemente que el fenómeno se ha acentuado. Afecta al ámbito judicial, puesto que las grandes empresas con presencia en todo el territorio nacional tienen su domicilio legal en Santiago. Afecta también a las finanzas, a los proyectos de ingeniería, a los proyectos educacionales, a la planificación estratégica de las inversiones, a los think tanks de la política y de la industria. Cuando se sale de la capital hacia las regiones, parecería existir otro Chile. Muchos autores han escrito sobre los dos México, los dos Brasil, las dos Argentina y así sucesivamente. No se trata solo de una consecuencia del régimen político-institucional, sino de un fenómeno genuinamente social que atraviesa a la sociedad entera y que afecta la calidad de los servicios, de la información, de las decisiones sobre el futuro. Paradójicamente, la sociedad de la comunicación electrónica en tiempo real no ha logrado solucionar ni compensar, al menos, este centralismo, pese a haber mitigado, en cierta forma, la desinformación de los lugares alejados del centro.

3. LA EXCLUSIÓN EDUCACIONAL

Otro aspecto que ha cobrado especial relevancia en la “sociedad del conocimiento” es la enorme brecha educacional que se ha producido, por factores relativamente ajenos a la escuela misma, entre las personas cuyo capital social y cultural heredado de sus familias es muy bajo o cercano a cero y aquellos que tienen el privilegio de partir desde una red social que los protege y que ha estimulado tempranamente sus habilidades cognitivas, afectivas y comunicacionales. Entre los estudiosos del tema no hay discrepancia respecto de que los primeros años de vida de las personas son decisivos para su desarrollo posterior y que, en consecuencia, la gran inversión educacional que deberían hacer los países tendría que orientarse hacia la estimulación temprana de estas habilidades. En este caso, la exclusión adquiere el rostro dramático de la irreversibilidad, de la solución a destiempo y demasiado tarde. Pareciera ser que, como en la medicina actual sobre una población envejecida, solo caben soluciones paliativas.

En una sociedad mundial que se ha organizado económicamente sobre la base de la agregación de valor y de la productividad, el conocimiento y la innovación tecnológica juegan un papel central para superar las barreras empíricas de la inclusión de la población en las metas de desarrollo integral. Y aunque se ha hecho un esfuerzo notable en la ampliación de la cobertura educacional, ella ha puesto de manifiesto las diferencias abismales en la calidad de la educación, en la capacidad real de emprendimiento y de competitividad conforme al capital social y cultural que ha logrado desarrollarse. Incluso en el ámbito de la adaptación tecnológica de conocimiento e innovaciones producidas en el extranjero, esta brecha no deja de hacerse sentir en su dramaticidad. La inteligencia no solo tiene su momento especulativo y deductivo, sino que se juega su carácter interpretativo-hermenéutico en la aplicación práctica al caso concreto, cuando se ve enfrentada a decidir libremente sobre el juicio de razonabilidad de las políticas asumidas, de la asignación de recursos y prioridades y de sus eventuales consecuencias. Acoplar de manera simple la inteligencia a la capacidad de adaptación a las circunstancias no ha resultado nunca ser una orientación exitosa. La inteligencia necesita de la libertad necesaria para percibir en la actualidad las alternativas de la posibilidad, y eso reclama la confianza de una educación no orientada directamente

al cumplimiento de objetivos y metas, al desarrollo de competencias, sino la libertad de desarrollar su propio liderazgo, su apertura a la trascendencia que se manifiesta en su capacidad de preguntar. Sometida a la demostración de logros, la educación corre el riesgo de renunciar definitivamente a su exigencia de calidad.

4. LA EXCLUSIÓN DE LA DROGADICCIÓN

El consumo de drogas ha pasado a ser uno de los factores más importantes de la exclusión social en la actualidad, por su inhabilitación de los adictos para el trabajo, su propensión a la violencia y sus dificultades para la rehabilitación. Ha generado un verdadero submundo dentro del mundo. Negocio lucrativo para algunas élites de poder, ha arrojado pasivamente a muchas personas a los límites de la sociabilidad. Esta forma de la exclusión cruza todos los estratos sociales de la sociedad, pero afecta más decisivamente a quienes dilapidan el poco capital social original del que disponen. El tráfico ha demostrado involucrar a las personas sin diferencia de edad ni de sexo, creando amenazas de orden público y de criminalidad que se ciernen sobre toda la población y su normal sociabilidad. Desde la creación de pandillas armadas que ajustan cuentas tomando la justicia en sus propias manos, hasta personas que pierden su conciencia y libertad por la alteración de sus capacidades cognitivas y de juicio razonable que las inhabilitan para trabajos socialmente valorados y con expectativas de movilidad social. En algunos países se ha llegado a transformar en un problema de gobernabilidad de los Estados y, por tanto, en un problema de seguridad nacional.

Se sabe científicamente de la dificultad de rehabilitar a los adictos para una vida normal. Pero se sabe también del poder económico, político y de corrupción que acumulan los carteles organizados y que se aplican no solo a la mantención del statu quo sino a su constante expansión dentro de la sociedad. Se trata de un caso emblemático, puesto que no solo produce exclusión como consecuencia de sus actuaciones, sino que deliberadamente tiene el propósito de producir exclusión. En ella florece el negocio. La exclusión es vista en este contexto no como una limitación, sino como una oportunidad. Ello demuestra la ambigüedad del concepto mismo de exclusión que, en este caso, puede significar exclusión legal, pero en ningún caso marginación de los recursos disponibles en la sociedad para la acción de grupos organizados.

5. EXCLUSIÓN DE LOS PRIVADOS DE LIBERTAD

Muy vinculado al punto anterior, pero de extensión más amplia, quisiera mencionar la exclusión social de los reclusos en las sobrepobladas cárceles del país. Lejos de ser un lugar para cumplir una condena y reintegrarse posteriormente a la sociedad, el ingreso a estos recintos cambia para siempre la vinculación de estas personas con la sociedad. A pesar de que el ordenamiento jurídico dispone la rehabilitación de los reclusos, particularmente de los jóvenes, esto no sucede prácticamente nunca. Más bien se genera un dinamismo recursivo de planificación y ejecución de nuevos delitos. No es poco frecuente que las acciones delictuales sean dirigidas y coordinadas desde los recintos penitenciarios, todo ello facilitado por la comunicación electrónica en tiempo real.

Es cierto que quienes han estado reclusos son portadores de un estigma que la sociedad les impone. Pero no es menos cierto que muchos reclusos no quieren abandonar los hábitos y conductas que los llevaron a la privación de libertad, puesto que lo consideran un trabajo rentable, de riesgos calculables y con ventajas comparativas respecto del empleo normal dentro de la sociedad. Los reclusos constituyen apenas una muestra de la marginación legal de muchas de las actividades sociales. La magnitud y extensión de las actividades delictuales ha mostrado con evidencia indesmentible que ya no se pueden identificar los límites del sistema jurídico-político con los límites de la sociedad. El submundo de la delincuencia tiene sus propias formas de comunicación y de gobernabilidad y la gran rentabilidad económica de sus actividades termina por reintegrarse al torrente común de circulación y disposición de recursos en la sociedad.

Especialmente lamentable es la secuela que esta forma de exclusión tiene sobre las familias de los reclusos que quedan abandonadas. Es alta la probabilidad que los hijos de los reclusos continúen intergeneracionalmente la actividad delictual. El estigma social, por una parte, y el éxito de las acciones delictuales, por otra, hacen evaluar los años de privación de libertad como un costo razonable que no alcanza a disuadirlos de abstenerse de las actividades ilegales. Se aprecia también el incremento de la participación de menores inimputables en la comisión de delitos, los que representan la punta visible de un iceberg con compleja división del trabajo en ámbitos de seguridad, receptación y venta de productos. Ello explica también buena parte de las tasas de deserción escolar entre la población de menores ingresos registrados por el sistema, pero presumiblemente de mayores ingresos reales que los reconocidos.

6. EXCLUSIÓN DE LOS ADULTOS MAYORES

En razón del fenómeno de la transición demográfica, del que se ha hablado varias veces en esta sede, la población del país ha envejecido y lo hará más agudamente en el futuro. Tradicionalmente los adultos mayores permanecían en el seno de sus familias, pero la reducción de los espacios habitables, la multiplicación de las enfermedades crónicas y sus costos asociados, la incorporación de la mujer al mercado laboral remunerado fuera del hogar, quien solía ser la que cuidaba en su familia a estos adultos, y otros factores que podrían mencionarse, han hecho que muchos adultos mayores integren también la categoría de los socialmente excluidos. Evidentemente, hay también muchos adultos mayores que son autovalentes desde el punto de vista de su salud, de su patrimonio y del flujo de sus ingresos. Por ello, no puede identificarse automáticamente la pertenencia a un grupo etáreo con la exclusión. Algunos adultos mayores tienen un nivel de ingresos que les permite contribuir significativamente al desarrollo de las actividades económicas y muchas empresas comerciales se han orientado a satisfacer necesidades y obtener recursos de este segmento. Pero si se observa el nivel promedio de las pensiones de los retirados, aun considerando la creación de la pensión solidaria, la gran mayoría de ellos debe aceptar una relación de dependencia absoluta respecto de sus familiares o de instituciones de beneficencia. Otros viven en situación de total abandono. En cualquier caso, se trata de un segmento social de alta vulnerabilidad.

7. LA EXCLUSIÓN DE LA POBREZA

Es cierto que el país ha luchado exitosamente contra la extrema pobreza y ha logrado bajar sustancialmente la cantidad de personas que la sufre. Hay muchísimos ingeniosos programas destinados a focalizar el gasto para ayudar a los más pobres a salir de su situación. No obstante, la mayoría de los programas no han sido evaluados en sus logros. Tal vez ahora, con la creación del Ministerio de Desarrollo Social se den pasos en esa dirección.

En lo personal, tengo la impresión que la pobreza, siendo en sí misma una exclusión, alimenta también las otras exclusiones de las que se ha hablado precedentemente. Es con particularidad notorio su efecto sobre la calidad de la educación, pero también sobre la territorialización de la exclusión en barrios y comunas. Ello ha traído como consecuencia que el concepto mismo de pobreza debería cambiar. Ya no basta con referirlo a la canasta básica de alimentos, sino que hay que considerar la formación de capital humano y de redes sociales de protección en su totalidad. Aunque ha disminuido de forma notable el desempleo, que es una de las causas importantes de la pobreza, queda la duda si los nuevos empleos son en realidad de calidad. Como nos recuerdan los economistas, el país ha ido disminuyendo su productividad y eso se correlaciona, naturalmente, con la ausencia de capacitación adecuada y la debilidad del capital humano para agregar valor al producto.

La pobreza más extrema ya no está en Santiago, sino en las regiones. La concentración urbana de personas y capitales ha hecho aumentar la actividad en Santiago y existe, en consecuencia, la posibilidad de encontrar trabajo aunque sea en el sector informal. La pobreza regional está más cercana al nivel de subsistencia. Pienso especialmente en la antigua zona del carbón en Arauco, en Lota y Curanilahue, para mencionar dos pueblos, en que las soluciones propuestas por la autoridad para sustituir la extracción del carbón y reorientar a los trabajadores, no funcionó. Se han mencionado muchas causas: culturales, económicas, dificultades de la capacitación en otros oficios, deseos de permanecer en el lugar, etc. Este ejemplo muestra, precisamente, cómo la pobreza se ha transformado en un fenómeno complejo, con dependencia a múltiples variables, y que no basta solo la voluntad política de superarla, sino que requiere también de un conocimiento técnico y de un constante monitoreo y seguimiento del desarrollo social.

Esta introducción no ha pretendido ser exhaustiva, sino sólo ha querido llamar la atención sobre alguno de los más acuciantes problemas de exclusión social, entendiendo que la exclusión como tal será siempre una variable de ajuste en el contexto de una sociedad funcionalmente orientada hacia la inclusión.

LA ACADEMIA EN REGIONES

JORNADA SOBRE CULTURA JURÍDICA CHILENA EN HOMENAJE
AL CENTENARIO DE LA ESCUELA DE DERECHO
DE LA UNIVERSIDAD DE VALPARAÍSO

20 de octubre de 2011

NUEVOS HORIZONTES EN LA CULTURA JURÍDICA CHILENA

Jaime Antúnez Aldunate
Presidente (S)
Academia Chilena de Ciencias Sociales,
Políticas y Morales*

Con alegría y entusiasmo, la Academia Chilena de Ciencias Sociales, Políticas y Morales participa en la realización de esta jornada sobre la Cultura Jurídica Chilena. Nos honra, especialmente, asociarnos al centenario de la fundación de la tan reconocida Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso, sede de muchos juristas notables e impulsora de grandes proyectos para el desarrollo de la justicia, y la paz, en beneficio de todos los chilenos.

La Academia siente que este es momento histórico en su camino institucional y también en su relación con el desarrollo humano de la V Región. Recordemos que, con nuestro noble amigo, el Vicepresidente de la Institución, don Gonzalo Figueroa Yáñez, emprendimos la tarea de descentralizar el trabajo de la Academia, extendiéndolo a todas las regiones del país.

Resultaba perfectamente lógico hacerlo para infundir realidad a la naturaleza chilena o nacional que tiene nuestra Corporación. Como en tantos otros aspectos de nuestra cultura no fue fácil persuadir a quienes, con perfecta buena voluntad, se manifestaban escépticos de tal proceso. Sabíamos ya de la experiencia colombiana, de la cual imitamos la idea de los Capítulos. En el país hermano del norte, el esfuerzo iniciado hace veinte años ha tenido un éxito admirable. Estamos informados de la frecuencia con que se organizaron jornadas, congresos y seminarios en las ciudades más importantes de Colombia; y estamos enterados también de los cientos de intelectuales, profesores y científicos sociales que concurren a ellos. Con la misma esperanza asumimos la misión de impulsar el proceso en Chile.

Comenzamos hoy en Valparaíso, capital de la V Región, ciudad que irradia, por medio de sus habitantes e instituciones científicas, universitarias y culturales, luz sobre el futuro de esta tierra y de todo el país. Los porteños son modelos de empuje en cuanto a desplegar las potencialidades de la riqueza espiritual de esta comunidad.

En esta hora en que se inaugura la primera jornada que tratará sobre la **Cultura Jurídica Chilena**, expresamos nuestra esperanza de que en el futuro nos encontremos, al menos una vez al año, para renovar los propósitos que hoy vamos concretando.

Esta jornada está dedicada, como he dicho, a la cultura jurídica, tema amplio y complejo, abordado en varias ocasiones anteriores, particularmente en libros que editó la Corporación de Promoción Universitaria (CPU). Realzamos, sin embargo, que

* Discurso leído en la Jornada sobre Cultura Jurídica Chilena, Capítulo de Valparaíso de la Academia Chilena de Ciencias Sociales, Políticas y Morales, el 20 de octubre de 2011.

el temario de esta jornada demuestra cómo se va renovando nuestro Derecho y qué impronta deja ya en la cultura jurídica chilena. Basta tener presente los tópicos que serán expuestos para concluir que estamos ante algo realmente novedoso: el cambio cultural global con relación a una manera de pensar hedonista, la reificación de las Escuelas de Derecho, las buenas prácticas en las profesiones jurídicas, la confusión en el lenguaje que utilizamos en la profesión legal, el lenguaje de los textos legislativos, en fin, la percepción de un problema tan rico como insoluble, cual es el conocimiento presuntivo de normas positivas. Instamos a la audiencia a participar en el desarrollo de estas jornadas, formulando inquietudes, principios de solución, nuevos enfoques o sugerencias de alternativas para dilucidar problemas casi eternos.

La Academia Chilena de Ciencias Sociales, Políticas y Morales agradece profunda y sinceramente a su Miembro de Número, profesor don Agustín Squella Narducci, la abnegada, tenaz y visionaria organización de esta jornada. Nuestra Academia extiende también su gratitud al Capítulo de Valparaíso y a todos sus integrantes por el trabajo que han hecho para organizar un encuentro de tanta importancia e interés. Expresamos nuestro aprecio a todos los expositores, señores Aldo Valle, Edmundo Fuenzalida, Enrique Barros, Rodrigo Correa, Jorge Streeter y Pablo Rodríguez, en la seguridad de que sus ilustrados y rigurosos puntos de vista son clave para el éxito de este encuentro.

Reitero y lamento que no ha sido posible a nuestro Vicepresidente, don Gonzalo Figueroa Yáñez, ver que uno de sus grandes desvelos se halla cumplido. Confío tan pronto vuelva a Santiago, visitarlo para transmitirle la hermosa noticia de lo que está aconteciendo aquí. El Presidente de la Academia, don José Luis Cea Egaña, les pide recibir sus sentimientos de mayor aprecio y aceptar la excusa de no acompañarlos por encontrarse cumpliendo un programa académico en universidades alemanas.

Finalizo estas palabras con un renovado testimonio de gratitud hacia el Director de la Escuela de Derecho de Valparaíso, don Ricardo Saavedra Alvarado, a quien le pido recibir en nombre de nuestra Institución la expresión más cordial de éxito creciente en su destacada labor.

EL TEXTO Y SUS LEYES. UNA TESIS

Jorge Streeter Prieto
Junio de 2011

Si lo bueno y lo prudente fueran lo mismo para todos,
no habría ningún litigio en este mundo.
Pero lo único que coincide y es igual entre los hombres
son las palabras: lo pensado es diverso.
Eurípides, Fenicias 499ss.

Scire leges non hoc est, verba earum tenere,
sed vim ac potestatem¹.
Celso, D.1,3.17

PRESENTACIÓN

Los postulados

1. El litigio o contienda judicial es el lugar propio del ars boni et aequi.
2. El litigio comprende una o más cuestiones controvertidas.
3. Una cuestión litigiosa puede versar sobre el significado de un texto de ley.
4. En la controversia interpretativa hay dos posiciones contrapuestas: el actor propone al juez que el sentido del texto de ley es X; el demandado alega que el sentido es no-X.
5. La opinión de que para cada texto de ley solo hay una pretensión interpretativa que sea correcta no es compatible con la experiencia, ni con la razón práctica y la prudencia jurídicas.
6. Ante las distintas interpretaciones propuestas por las partes, es el juez quien habrá de decidir cuál de esas pretensiones interpretativas dará fundamento a la sentencia.
7. La decisión del juez es adoptada en virtud de su arbitrium. Este no será un arbitrium liberum, sino que un arbitrium regulatum, que el juez deberá ejercer conforme a las regulae artis.
8. El juicio interpretativo, es decir, el que se pronuncia acerca del sentido del texto de ley, no es la conclusión de una demostración more geometrico, sino que es resultado de una elección entre alternativas, la que debe ser justificada en virtud del principio de razón.

¹ Entender las leyes no consiste en saber sus palabras, sino en comprender su fin y sus efectos.

LA TESIS

Antes de pronunciarse el juicio interpretativo existe un mismo texto –aquél cuya significación se controvierte en la causa–, que puede ser sustrato de dos o más leyes diversas cuya aplicación produciría decisiones distintas, sea la del pleito principal, sea la de otras cuestiones disputadas en la causa.

Antes del juicio interpretativo no hay todavía un precepto legal aplicable. Solamente después de pronunciado ese juicio habrá **una** ley propiamente tal –esto es, el texto de que se trata con **un** sentido determinado– que pueda aplicarse para dar solución al litigio.

LA PERSPECTIVA

Algunas breves observaciones acerca de la perspectiva desde la cual se sugiere considerar la tesis que se propone y los postulados en que ella se asienta.

1ª. En su Doctrina General del Derecho Civil Nicolas Coviello, al inicio de su exposición sobre el concepto de interpretación de la ley, escribe:

No sólo para aplicar las normas de la ley a un caso concreto determinado, sino también, y principalmente, para el estudio de la teoría y la formación de la ciencia del derecho, es necesario darse cuenta del significado contenido en las palabras de la ley. Tal cosa se obtiene mediante la interpretación, la cual no es otra cosa que “la investigación y la explicación del sentido de la ley”².

La perspectiva que se adopta en estas líneas es del todo diferente a la del ilustre civilista. La interpretación del texto legal se concibe aquí precisamente en vista a su aplicación al caso concreto. No se trata de desmerecer los valiosísimos trabajos que nos han regalado quienes se ocupan profesionalmente de la ciencia y la teoría del derecho, sino de mostrar el tema que nos ocupa en el ámbito propio del *ars boni et aequi* en cuyo ejercicio la hermenéutica jurídica pasa por su prueba de fuego³.

2ª. La interpretación a que se refiere esta tesis no es la del Derecho y de los principios y valores del ordenamiento jurídico, así muy en general, sino la de textos de ley bien determinados que tienen o pueden tener aplicación en la decisión de un litigio. Es la interpretación que hacen los abogados de las partes y el juez de la causa ante un texto cuyo sentido es controvertido por los litigantes.

3ª. Si la decisión acerca del sentido jurídico de un texto legal que ha sido controvertido en la causa ha de formar parte importante de la motivación de la sentencia en que se expresa el juicio interpretativo, no por ello se pensará que la motivación es el momento más importante de toda la actividad jurisdiccional de enjuiciamiento,

² N. Coviello, Doctrina General del Derecho Civil, Librería El Foro, Buenos Aires (2003), p. 70.

³ Tal vez no sea inoportuno citar aquí una frase de Descartes: Me parecía que más verdad podría encontrar en los razonamientos que cada uno hace acerca de los asuntos que le importan, y respecto de los cuales los hechos mismos le castigarán si ha juzgado mal, que en aquéllos de que se ocupa un letrado en su escritorio. Discours de la méthode, Iª. parte, en R. Descartes, Oeuvres et lettres, La Pléiade, Gallimard, Paris (1953), p. 131.

como se ha escrito en estos días a propósito de la presentación de un nuevo ensayo sobre la motivación de las resoluciones judiciales⁴.

Piero Calamandrei ha tenido algo que decir a este respecto:

Todos los abogados saben que los fallos justos son mucho más frecuentes que las motivaciones impecables; y así, ocurre a menudo que, después de una casación por defectos de motivación, el juez de instancia no puede en conciencia hacer otra cosa que reproducir, con mayor habilidad, la parte dispositiva de la sentencia casada. Esto ocurre porque, a veces, el juez, en quien las dotes morales son superiores a las intelectuales, siente por intuición de qué parte está la razón; pero no consigue dar con los medios dialécticos para demostrarlo⁵.

Para nada se quiere desmerecer la importancia capital de la buena motivación de la sentencia, pero parece que deba ponerse de cuenta de cierta exageración eso de que la motivación sería incluso más importante que la decisión misma. Para la ciencia y la teoría jurídicas podrá ser así; pero para los litigantes, que han acudido al juez en busca de justicia y no de ilustración científica, la decisión –esa que causará en su momento lo de *res iudicata pro veritate habetur*– es lo sustancial.

4ª. El sentido que haya de reconocerse o atribuirse al texto de una ley es cuestión discutida en un litigio en que ese texto es susceptible de tener aplicación para dar fundamento a la sentencia.

Esto significa que desde la generalidad de la ley ha de discurrirse hacia la singularidad de la causa de que se trata, hacia lo específico de la cuestión controvertida en el litigio.

Es por ello que la disputa acerca del significado del texto legal coloca a éste –el texto pertinente– en una perspectiva bien determinada: aquella perspectiva que orienta decididamente la comunicación que el texto expresa en términos generales hacia las circunstancias particulares de la causa.

Es lo que con verdadero *esprit de finesse* ha escrito A. Samely:

La interpretación aprehende el significado [del texto] en la expectativa de que el texto es directamente pertinente a la situación. Ella se orienta principalmente a partir de la naturaleza de la cuestión [de que se trata] tal como el intérprete la conoce y como a él le interesa⁶.

Y de eso precisamente se trata, como lo sabe quien ha hecho estas dos cosas: por una parte, ha interpretado “académicamente” un texto de ley para exponerlo ante sus alumnos y, por otra parte, ha tenido que vérselas con el mismo texto en una situación jurisdiccional específica.

⁴ El libro en cuestión es *La motivación de las Resoluciones Judiciales*, del que es autor don Tomás-Javier Aliste Santos, publicado en el año 2011 por Ediciones Marcial Pons, Madrid.

⁵ P. Calamandrei, *Elogio de los Jueces*, Librería El Foro, Buenos Aires (1997), p. 157, en un capítulo que se titula *Del sentimiento y de la lógica en las sentencias*.

⁶ Interpretation construe[s] meaning under the expectation of the text's immediate relevance in the situation. [It] takes a strong orientation in the nature of the subject-matter, as known to and of concern to the [interpreter]. A. Samely: *Rabbinic Interpretation of Scripture in the Mishnah*, Oxford (2002), p. 6.

Él sabe que es fuerza aguzar el espíritu bastante más en el litigio que en la academia.

UNA ILUSTRACIÓN

1°. El caso de Luisa Ménard⁷.

En la audiencia de 4 de marzo de 1898 el Tribunal de Château-Thierry, presidido por el juez Magnaud, dictó sentencia en el juicio seguido contra Luisa Ménard, encausada criminalmente por el hurto de un pan que la procesada reconocía haber cogido.

El tribunal prestó especial atención a las circunstancias del hecho, ya que es deber de todo juez investigar con celo todos los antecedentes de la causa, incluyendo los que puedan eximir al inculpado de responsabilidad por el delito que se le imputa. Se trataba de una joven que tenía a su cargo su hijo de dos años y a su madre; en 36 horas ni ella ni la madre habían comido y al niño solo había podido darle algunas gotas de leche. Luisa se encuentra sin dinero y sin trabajo, a pesar de sus investigaciones para procurárselo.

El texto del artículo 64 del Código Penal Francés de 1810 disponía que No hay crimen ni delito cuando el procesado ... ha sido violentado por una fuerza a la cual no ha podido resistir⁸.

Según el parecer de la doctrina y de la jurisprudencia, la fuerza a que se refería esa regla debía ser física y extraña al sujeto, por lo que la atribución al texto del sentido generalmente aceptado conducía a la condena de la procesada.

El tribunal presidido por Magnaud da al precepto un sentido más amplio⁹, comprendiendo en la palabra fuerza no solamente la que es física y extraña al imputado, sino que también aquella psicológica o moral que es interior al sujeto, porque esta última –en ocasiones aún más que la violencia física– es susceptible de arrebatar a todo ser humano una parte de su libre arbitrio, de donde la sentencia concluye que la procesada está exenta de responsabilidad por haber obrado según los irresistibles impulsos del hambre.

La sentencia absuelve a la procesada por aplicación del artículo 64 del Código Penal.

2°. Un mismo texto

La disposición que interesa, aquella sobre cuyo significado versa la cuestión interpretativa, es el texto del artículo 64 del Código Penal Francés de 1810, ya citado.

⁷ El texto de la sentencia en francés puede consultarse en www.aisne.com; en castellano se le encuentra en H. Leyret: *Las sentencias del buen juez Magnaud*, Temis, Bogotá (1990), pp. 11ss., con comentario. Ver también V. Berger: *Le vol nécessaire au XIXème siècle*, en <http://rhei.revues.org>. La labor judicial de Magnaud fue objeto de una apreciación crítica de F. Gény en su *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, L.G.D.J., Paris (1919), t. 2, # 196 a # 200.

⁸ Il n'y a ni crime, ni délit, lorsque le prévenu ... a été contraint par une force à laquelle il n'a pu résister.

⁹ Al proceder así, el tribunal del juez Magnaud pudo haber considerado, al lado de la force del Código Penal y para determinar la amplitud de ese concepto, la noción de violence del Código Civil de 1804, la que –al decir de Pothier en su *Tratado de las obligaciones*, Heliasta, Buenos Aires (1993) # 23– se opone a la libre y espontánea elección de la persona que la padece.

3°. Dos leyes

Ese texto puede, mediante las dos interpretaciones que de él se hacen, dar origen a dos leyes diferentes:

1ª posible ley

(el texto con el sentido que le atribuye la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia) sería

T con Fuerza A

la que es de menor alcance que

2ª posible ley

(el texto con el sentido que le atribuye el Tribunal de Château-Thierry) sería

T con Fuerzas A y B

la que comprende la fuerza psíquica o moral que la primera ignora.

Que se trata de **dos** leyes posibles (y no de una sola) es mostrado porque la 1ª ley: T con Fuerza A y la 2ª ley: T con Fuerzas A y B producen efectos tan diferentes como que:

- la primera ley (T con Fuerza A) conduce a la condena de la procesada, mientras que
- la segunda ley (T con Fuerzas A y B) manda su absolución.

UNA CONSECUENCIA DE JUSTIFICARSE LA TESIS

El precepto legal no se reduce a un texto escrito, sino que necesariamente se compone del tenor literal de ese texto más una determinada interpretación que le reconoce o le atribuye al tenor literal una significación jurídica también determinada. Antes de la operación hermenéutica existe un texto, pero no hay todavía un precepto.

UN PAR DE CUESTIONES (ENTRE TANTAS) QUE QUEDAN PENDIENTES DE ESTUDIO

Si en ocasiones un mismo texto puede dar origen a más de un precepto legal, en tales casos ¿qué significan las expresiones infracción de ley y error de derecho?

Si lo que está en la raíz de los diversos preceptos que pueden surgir de un mismo tenor literal son las varias significaciones que se le atribuyen mediante la interpretación jurídica, entonces ¿qué habremos de considerar como una interpretación razonable?

COMENTARIOS¹⁰

1º

El litigio o contienda judicial es el lugar propio del ars boni et aequi

El litigio es el lugar propio del ars boni et aequi. Es en el litigio que se pronuncian los juicios jurídicos, en particular aquel que decide el asunto controvertido.

Cada juicio jurídico es, en su ámbito, la obra principal del bello arte del derecho:

¹⁰ En todos estos comentarios, especialmente al hacerse referencia a juicio interpretativo, interpretación razonable, infracción de ley, error de derecho u otros temas de similar entidad, se entiende que nos ocupamos de un texto de ley cuyo sentido es controvertido, cuya significación es una cuestión disputada en el litigio pertinente.

Juicio se le llama propiamente al acto del juez en cuanto que es juez, y al juez se le llama así porque es quien pronuncia el derecho. El juicio implica, en la primera acepción de la palabra, la definición o determinación de lo justo o del derecho¹¹.

Es juicio jurídico por antonomasia aquel que contiene la decisión del asunto controvertido, pero lo son también tantos otros que se pronuncian en la secuela de la causa y que resuelven cuestiones sobre la existencia, calificación y evaluación de hechos; sobre la significación de uno o más criterios de decisión, como son las leyes y los principios, tópicos o máximas; sobre la ritualidad procesal; sobre la interpretación de actos jurídicos como contratos, testamentos y autorizaciones; y tantas otras controversias que se suscitan en el curso de los procesos.

El profesor Serra Domínguez –uno de tantos– describe los muchos juicios parciales (lógicos, históricos y críticos o de valor) cuya suma dará fundamento al juicio jurisdiccional¹². Y no solamente esos son los juicios que se le exigen al intérprete, ya que lo habitual será que –antes de pronunciar juicios jurídicos– haya de prestar su asentimiento a juicios de conocimiento, que son aquellas proposiciones cuyo contenido es un acto de afirmar o negar, de estar de acuerdo o en desacuerdo, de asentir o disentir¹³.

Del juicio jurídico, especialmente de aquel contenido en la sentencia que resuelve la causa, se dice a menudo que él sería la conclusión de un silogismo. Aquí no se discute que ello pueda ser correcto en la aplicación ordinaria de la ley que las personas hacemos todos los días, ni tampoco se discute que pueda serlo en aquellas causas que no son, propiamente hablando, casos difíciles. Pero no necesariamente es así en estos últimos, ya que en ellos, para hacer posible que discurra el razonamiento del juez, este ha de adoptar una o más decisiones, esto es, una o más veces habrá de elegir entre alternativas, antes de poder pronunciar la sentencia¹⁴.

De todas las causas en que se controvierten cuestiones de interpretación consideremos aquí las que uno llamaría causas serias: aquellas controversias en que ambas partes tienen motivos plausibles para litigar y lo hacen con buena fe procesal, en que la retórica de los abogados está temperada por una buena descripción de la cuestión controvertida, por el rigor de sus argumentos y por el buen trato con la técnica jurídica. Son estas las cuestiones disputadas que más reclaman de los litigantes y del juez. La idea es someter a escrutinio la tesis que se propone a la luz de causas más exigentes y ver si en ellas se mostrare ser una tesis razonable.

Una última precisión: el litigio es lugar de discusión y de decisión de cuestiones que son particulares y concretas, que se refieren a personas determinadas y que han tenido su “aquí y ahora” en ciertas y singulares circunstancias. La decisión del litigio –no de todo litigio, pero sí de aquel litigio que nos interesa al proponer la tesis de estas líneas– pasa por aplicar una ley y, lo sabemos, la ley es una prescripción general

¹¹ Tomás de Aquino, *Summa Theologica*, II^a IIae, Q. 60, art. 1.

¹² M. Serra Domínguez, *El juicio jurisdiccional*, en *Jurisdicción, Acción y Proceso*, Atelier, Barcelona (2008), pp. 78ss.

¹³ B. Lonergan, *Insight*, Ediciones Sígueme, Salamanca (1999), p. 335. Ver también B. Garceau: *Judicium*, Vrin, Paris (1968), *passim*; y E. García-Máynez: *Lógica del juicio jurídico*, F.C.E., México (1955).

¹⁴ Para no alargar innecesariamente la presentación que se hace en estas líneas, me permito remitirme a lo ya escrito en *Casos Difíciles*, *Revista de Ciencias Sociales*, Valparaíso (1993), N° 38, pp. 197ss., y en *Ciencia del Derecho*, *Estudios Públicos*, Santiago (2002), N° 86, pp. 285ss.

de conducta. Entre la ley –general– y la decisión de una cuestión disputada en el litigio –singular y concreta– no hay realmente un abismo, pero sí conviene recordar que

... la ley jamás podría abarcar con exactitud lo mejor y más justo para todos a un tiempo y prescribir así lo más útil para todos. Porque las desemejanzas que existen entre los hombres, así como entre sus acciones, y el hecho de que ningún asunto humano –podría decirse– se esté quieto, impiden que un arte, cualquiera que sea, revele en ningún asunto nada que sea simple y valga en todos los casos y en todo tiempo.

La ley, en cambio, pretende lograr esa simplicidad... Es entonces imposible que, porque se mantiene [la ley] constantemente simple, se adapte bien a lo que jamás es simple. No es posible ocuparse de cada caso en particular y prescribir lo que conviene a cada uno, sino que es preciso impartir las órdenes de un modo más general, prestando atención a lo que es más ventajoso en la mayoría de los casos y para la mayoría de las personas. Es según lo que conviene a la mayoría de las personas y en la mayoría de los casos y, en cierto modo, en general, como establecerá la ley para cada uno¹⁵.

2º

El litigio comprende una o más cuestiones controvertidas¹⁶

En cada litigio pueden discutirse muchos asuntos –principales y accesorios– y no son pocas aquellas causas en que la diferencia que las partes someten al juez es puramente sobre cuestiones de hecho. El famoso juicio de Salomón y algunos de los mejores que dictó Sancho en su ínsula Barataria son de esa especie. En ellos ni siquiera se menciona la ley aplicable, sino que se la da por conocida y aceptada por todos. La perspicacia del juez está en su manera de descubrir la realidad de los hechos, sea quién era la madre del niño, sea que las monedas de oro prestadas habían sido escondidas en el cayado del deudor.

El litigio, en todo caso, se inicia cuando alguna persona reclama la intervención del tribunal, ante quien previas algunas circunstancias de hecho, [el actor] afirma contra el demandado una pretensión jurídica¹⁷.

Frente a la demanda

el juez... supone, ante todo como verdaderos los hechos afirmados por el actor y se pregunta si tales hechos, supuestos verdaderos, son idóneos para producir el efecto jurídico pretendido. Si resulta que no, suspende entonces toda actividad dirigida a la investigación de los hechos, y rechaza la demanda, puesto que los hechos establecidos como base de ella son inconcluyentes, intrascendentes, incapaces de producir el efecto jurídico pretendido¹⁸.

¹⁵ Platón, *Político*, 294b ss.

¹⁶ Tanto es así que un importante estudio de lógica jurídica de M.A. Giuliani se intitula *La logique juridique comme théorie de la controverse*, en *Archives de Philosophie du Droit* 11 (1966) Sirey, Paris, pp. 87ss .

¹⁷ P. Calamandrei, *La génesis lógica de la sentencia civil*, en *Estudios sobre el Proceso Civil*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires (1945), p. 372.

¹⁸ Op. cit., pp. 376-7.

El actor sabe que así procederá el juez y por ello redacta la demanda de manera de satisfacer esa primera interrogación; de allí que en cierta forma toda demanda hecha valer en juicio contiene el germen de una sentencia¹⁹ que acogiere la pretensión del demandante. Al actor responderá el demandado y, advertido como está de la forma en que procede el tribunal, su contestación también contendrá el germen de una sentencia, solo que esta sería de rechazo.

Y así asistimos diariamente al hecho de que dos abogados, defensores de partes adversarias en el mismo juicio, deduzcan, de la misma norma objetiva igual para todos y de las mismas circunstancias de hecho, dos consecuencias perfectamente antagónicas²⁰.

Y, sin embargo, es de las inciertas circunstancias del litigio que se persigue obtener un pronunciamiento del juez que origine certidumbre, un pronunciamiento en el que se pueda depositar confianza: *res iudicata pro veritate*²¹ habetur.

De lo incierto a lo seguro: es la tensión vital en que se encuentran los artistas –¿o tal vez sólo artesanos?– que realizan el *ars boni et aequi*.

3º

Una cuestión litigiosa puede versar sobre el significado de un texto de ley

Pongamos la vista en aquellas causas en que el fallo de la contienda entre las partes exige decidir acerca de la distinta inteligencia que uno y otro litigante dan a un mismo texto de ley, generalmente alguno de los textos legales que se hacen valer como causa de pedir de la demanda o como fundamento de una excepción o defensa.

Estas cuestiones controvertidas son aquellas que se refieren al significado del texto legal: a lo que él manda, permite, prohíbe o castiga.

Lo que mediante la interpretación se trata de comprender es el sentido del deber ser que es comunicado por el texto de la norma a su destinatario; propiamente hablando, se trata de comprender la significación de un deber ser jurídico.

El deber ser de la norma jurídica consiste únicamente en la exigencia de que alguien obre o deje de obrar de alguna manera, bajo apercibimiento de una determinada consecuencia o sanción²².

Aprehender el sentido del deber ser contenido en la ley, entonces, significa que el intérprete ha de poder responder preguntas como las siguientes:

¹⁹ Op. cit., p. 372.

²⁰ Ibid.

²¹ Esta *veritas* no sería tanto, o no sería solamente, la *adaequatio rei et intellectus* de la filosofía clásica, sino que recuerda mucho la tradición bíblica. “En el lenguaje corriente se dice verdadero un pensamiento, una palabra conforme con lo real, o también la realidad misma que se desvela, que resulta clara, evidente al espíritu (verdadero, a-lethes= no oculto). Es la concepción intelectualista de los griegos, que es ordinariamente la nuestra. La noción bíblica de verdad es diferente. El verbo *aman*, de donde se formó *emet* (verdad), significa fundamentalmente ser sólido, seguro, digno de confianza; la verdad es por tanto la cualidad de lo que es estable, probado, en lo que uno se puede apoyar”. I. de la Potterie: *Verdad*, en *Vocabulario de Teología Bíblica*, Herder, Barcelona (1993), pp. 930s. Ver también *Vérité* en *Dictionnaire Critique de Théologie*, PUF, Paris (1998), pp. 1212ss. y *Verdad*, en *Diccionario Teológico*, Sígueme, Salamanca (2004), v. 2º, pp. 776ss.

²² J. Millas, *Filosofía del Derecho*, Editorial Universitaria, Santiago (1961), p. 119.

1ª ¿Quién es el sujeto pasivo del deber ser y cuáles son las circunstancias y las condiciones necesarias y suficientes para que ese sujeto pasivo quede obligado?;

2ª ¿Cuál es la conducta o prestación que se exige al sujeto pasivo si concurren tales circunstancias y condiciones?;

3ª ¿En favor de qué persona ha de realizarse la conducta o prestación exigida por la norma?;

4ª ¿En qué consiste el incumplimiento del deber exigido al sujeto pasivo?;

5ª ¿Cuál es la consecuencia jurídica o sanción del incumplimiento?;

6ª ¿Qué autoridad está llamada a conocer la causa que surgiere de la infracción del deber ser, a qué procedimientos ha de ceñirse y cuáles son sus potestades para juzgar esa causa?

Ahora bien, cuando se trata de una cuestión interpretativa que se controvierte en juicio, el intérprete –y particularmente el juez– ha de poder dar respuesta a esas interrogantes no solo en general, sino que necesariamente ha de ponerse en condición de darles respuesta con específica referencia a las personas, a las circunstancias, a las peticiones y a las argumentaciones del litigio que se debe conocer y juzgar.

No basta expresar una opinión acerca del sentido de la norma, para luego decir que, de toda evidencia, eso es lo que se da en la causa y que, por lo tanto, se adopta tal decisión. No. La opinión razonable acerca del sentido del texto, esto es, del significado de la ley aplicable, será siempre necesaria; pero a ella ha de seguirle un discurso que con buen fundamento explique por qué, cómo, etc., lo que la norma prescribe en general se comprueba o no en lo particular de las personas, los hechos y las circunstancias concretas del litigio.

La experiencia del arte jurídico muestra que es en esta última parte que generalmente surgen las dudas más serias acerca del significado del texto. Eximirse de esas dudas por refugiarse en la generalidad del texto no es propio de la seriedad y del rigor espiritual con que el intérprete ha de realizar su tarea.

En ocasiones la cuestión interpretativa se plantea como en estado puro: la disputa versa precisamente sobre la significación del texto. Es lo que puede ocurrir en el caso de una acción meramente declarativa de certeza. Otras veces, tal vez las más, la controversia interpretativa está mezclada –ya que no confundida– con la divergencia que las partes tienen en torno, por ejemplo, a la calificación jurídica de una convención o a la posibilidad de no aplicar la ley por razón de epiqueya.

El texto es el cuerpo de un escrito con cierto contenido, siendo este contenido el asunto, la sustancia o el fondo de la comunicación en que consiste el escrito. El texto de ley no es un escrito cualquiera, sino que es un escrito en el que se dan las características del artículo 1º del Código Civil y que, como allí se expresa, ha sido creado de conformidad a ciertas reglas constitucionales. Sin embargo, ciertos textos que no han sido creados conforme a esas reglas también se tienen por leyes y se les reconoce como si lo fueran, cual ocurre con los decretos leyes y con los decretos con fuerza de ley de la época anterior a su incorporación a la Carta Fundamental²³.

²³ La operación con que se llega a este resultado (ver el informe de la Comisión que a inicios de la década de los años treinta estudió la suerte jurídica de los decretos leyes dictados por los gobiernos de facto) es similar a las que dieron origen a las categorías de hechos y actos que se conocen como *quasi ex delictu* y *quasi ex contractu*, los que, si bien propiamente hablando no son delitos ni son contratos, en ejercicio del *ars iuris*

El tenor literal de un texto de ley es el significado natural que deriva de las palabras que lo componen y de su vinculación gramatical, previo a cualquiera interpretación jurídica. El tenor o significado natural de un texto de ley sería lo que aparece como su sentido a los ojos de la persona instruida que no es letrado.

Para el jurista que representa a una parte en juicio, ese tenor literal que le está naturalmente dado, que es el fenómeno que la persona de derecho tiene ante sí, ha de ser puesto en clave jurídica en función de la tarea profesional que le está encomendada y con esa finalidad se le aplica a sus palabras un sentido que pueden tolerar en Derecho; se pone el tenor literal dentro de uno o más contextos, del más estricto al más general, hasta llegar al Ordenamiento jurídico; se sitúa el tenor literal en las circunstancias propias de la situación objeto del litigio, y así sucesivamente²⁴.

Para el juez, quien ha de inventar²⁵ el sentido del precepto de que se valdrá para aplicar la ley en su sentencia, la cosa puede ser bastante más compleja y de ello dan testimonio la ciencia jurídica, la doctrina o dogmática del Derecho, la jurisprudencia y la(s) filosofía(s) del Derecho.

El sentido o significación del texto es lo que ese texto comunica al destinatario de la comunicación; mediante la comprensión del sentido del texto es que su destinatario sabe a qué atenerse respecto de esa comunicación. Tratándose del sentido de un texto legal, la comprensión de su significación permite que el destinatario –el juez– sepa a qué debe atenerse para decidir la concreta contienda judicial o cuestión disputada que le cabe resolver.

Frecuentemente confundimos las nociones de texto, tenor literal y ley, pero conviene disipar esas confusiones en aras de un sobrio y riguroso ejercicio de nuestro arte.

Las expresiones en función comunicativa es tema tratado en las Investigaciones Lógicas²⁶ de E. Husserl y a su respecto el filósofo analiza agudamente tanto la expresión misma, como la comunicación que ella puede contener y el sentido de esa comunicación en la comprensión de su destinatario.

En vena propiamente jurídica, es Friedrich Müller quien se refiere a la norma y su texto en los términos que siguen:

Siempre que los juristas hablan y escriben acerca de “la” Constitución entienden por tal el texto de esta; cuando hablan de “la” ley entienden por tal su tenor literal. Por el contrario, la nueva dirección que ha tomado la hermenéutica jurídica ha llevado a destacar la realidad fundamental de la diferencia entre norma y texto

se tratan *mutatis mutandis* como si realmente lo fueran. En el caso preciso de los decretos leyes, el informe de mayoría de la Comisión, y conforme a él la práctica constante de los tribunales más el asentimiento de la doctrina, se reconoce existencia y efectos jurídicos a actos que eran nulos de derecho público.

²⁴ Una buena descripción de la tarea que realiza un abogado en estas circunstancias es la que hace Rodrigo Valenzuela C. en *Los Sueños de la Razón: Un ensayo sobre interpretación jurídica*, Ediciones RIL, Santiago (1999). Ella se puede complementar con M. Mendelson: *Many Sides: A Protagorean approach to the theory, practice, and pedagogy of argument*, Kluwer, Dordrecht (2002).

²⁵ En la justa frase de C. G. Jung La palabra “inventar” deriva del latín *invenire* y significa “encontrar”, y de ahí, encontrar algo “buscándolo”. [Acercamiento al inconsciente, en *El Hombre y sus Símbolos*, Aguilar, Madrid (1979), p. 79]. Ello se aviene perfectamente con las antiguas obras tituladas *De inventione*, con la tópica desde Aristóteles, Cicerón y Boecio hasta Viehweg, y con la heurística jurídica, la intuición y el hunch, si se libera a este último de ciertas imputaciones que –en ocasiones, injustamente– se le hacen.

²⁶ E. Husserl, *Investigaciones Lógicas*, Alianza Editorial, Madrid (1999), t. 1º, pp. 239ss.

de la norma. El tenor literal de una prescripción de Derecho positivo resulta ser tan solo la “punta del témpano”. Y ello a la luz de dos consideraciones principales. La primera, que el tenor literal sirve por lo regular para formular el programa de la norma, en tanto que el ámbito de la norma, como uno de los elementos que concurren junto con otros a constituir (con-constituir) la prescripción, por lo común solamente se esboza. Y la segunda, que la normatividad, inherente a la norma según la concepción habitual, no emana del texto mismo²⁷.

4º

En la controversia interpretativa hay dos posiciones contrapuestas: el actor propone al juez que el sentido del texto es X; el demandado alega que el sentido es no-X

Hay muchos litigios en que se plantean una o más cuestiones disputadas que versan sobre la interpretación de alguna ley que es pertinente para la decisión de la causa.

Una de las partes sostiene que cierto texto de ley tiene un determinado sentido, del que esa parte desprende el efecto jurídico X. La otra parte controvierte esa interpretación y asevera que el recto significado del texto es otro bien diferente, del que se seguiría un efecto jurídico no-X.

Del mismo tenor literal cada una de las partes extrae un mandato de ley distinto. Hay un solo texto, pero se alega ante el juez que –con base en ese mismo texto– hay dos leyes diversas: una es la ley que propone el actor y otra es la que, refutándolo, sugiere el reo. Son dos leyes de contrario sentido porque en su realización producirían efectos opuestos: aplicando una de esas leyes (el texto con la significación que le atribuye el actor) es fuerza acoger la demanda; si, por el contrario, el juez elige la otra ley (que consiste en el mismo texto, pero con el sentido que le da el demandado), la acción resultará rechazada.

Que en un litigio el mismo tenor literal se pueda hacer valer como sustrato de dos mandatos de ley bien diferentes entre sí, es un hecho notorio. También está patente que la cuestión controvertida principal no puede fallarse sin que antes deba el juez decidir la controversia interpretativa para determinar cuál de esas leyes que las partes le proponen será la que valga como fundamento de la sentencia.

Es corriente, sin embargo, que no prestemos suficiente atención a estos hechos, por lo que no extraemos de ellos ciertas consecuencias en las que tal vez convenga poner atención.

5º

La opinión de que para cada texto de ley solo hay una pretensión interpretativa que sea correcta no es compatible con la experiencia, ni con la razón práctica y la prudencia jurídicas

Que a una misma y única contienda pueda seguir el juicio se acoge la demanda, así como en ella hubiera podido también dictarse el fallo no ha lugar a lo solicitado, puede incomodarnos profundamente, pero nadie negará que se trata de una situación habitual. La sentencia de primera instancia puede revocarse o enmendarse en apelación; mediante la casación en el fondo se puede anular lo que aparecía como válido y bien

²⁷ F. Müller, Métodos de trabajo del Derecho constitucional, Marcial Pons, Madrid (2006), p. 235.

fallado. Y si ya no se trata del mismo litigio, sino que de básicamente la misma cuestión interpretativa decidida en diversos fallos, la variedad de las resoluciones es notoria.

Algunas experiencias

1. Con fecha 9 de octubre de 1981 la Corte Suprema dictó dos sentencias que decidían causas en las que se había intentado la acción de retrocesión para recuperar predios expropiados para la reforma agraria²⁸. Uno de esos fallos, cuya motivación nos retrotrae hasta el libro del Génesis, confirma la sentencia de primera instancia que ordena restituir el predio a la sucesión del expropiado; el otro fallo, en que la sentencia de reemplazo tiene apenas cuatro considerandos, rechaza la acción intentada porque en la legislación nacional no se contempla la retrocesión. Las diferencias procesales (el primer fallo resuelve un recurso de queja y el otro uno de casación en el fondo) no son bastantes para explicar, ni menos para justificar, decisiones tan contradictorias.

2. En la sentencia del Tribunal Constitucional²⁹ acerca de la constitucionalidad de ciertas reformas a su propia ley orgánica, prácticamente no hay decisión sin alguna disidencia, ni hay ministro que, estando con la mayoría en ciertas cuestiones, no haya disentido en otras.

3. La sentencia del tribunal pleno de la Corte Europea de Derechos Humanos dictada en la causa Öztürk c. Alemania³⁰ con fecha 21 de febrero de 1984, que es uno de los textos fundamentales del llamado “derecho administrativo sancionador”, tiene un voto de mayoría y seis disidencias.

4. La famosa –según muchos, la infame– sentencia dictada por la Corte Suprema de los EE.UU. en la causa Dred Scott v. Sandford³¹ el 6 de marzo de 1857, que fue uno de los principales juicios en que se discutió la situación de los esclavos en los años previos a la guerra civil, contiene –amén de la opinión del tribunal, redactada por su presidente el juez Taney– otras ocho opiniones diferentes, dos de las cuales disienten del fallo de mayoría.

Una constatación profesional

¿Acaso no nos ha ocurrido que, tratando de una misma cuestión con otro abogado muy experimentado, estando ambos en la misma posición, procediendo de buena fe y con el solo ánimo de redactar un recurso de fondo o de dictar una sentencia justa secundum allegata et probata, sin embargo hayamos disentido en aspectos interpretativos de mucha importancia?

Una lección

La realidad que se aprecia y admira en un jurista de fuste es la de Luis Díez-Picazo, catedrático de Derecho Civil, quien cierra cada uno de sus dictámenes jurídicos con

²⁸ RDJ t. LXXVIII (1981), 2ª parte, Sección 5ª, páginas 207 y 224

²⁹ Sentencia de 25 de agosto de 2009, dictada en autos Rol N° 1288.

³⁰ El texto del fallo está disponible en el sitio de la Corte en internet.

³¹ 60 U.S. (19 How) 393, 15 L. Ed. 691 (1857). En la publicación oficial la sentencia rola desde la página 393 hasta la página 633. Ver también P. Finkelman: Dred Scott v. Sandford; A brief history with documents, Bedford Books, Boston (1997).

esta frase, plena de sabiduría y de humildad: Tal es mi dictamen que someto gustosamente a cualquier otro parecer mejor fundado³².

A pesar de todo lo anterior, la creencia de existir una sola interpretación correcta de cada texto de ley está muy difundida y se la encuentra una y otra vez en escritos y sentencias³³.

Sin embargo, por serio que sea un litigio y por bien llevado que esté, él cae de lleno dentro de las situaciones humanas que son contingentes e inciertas, tanto en su planteamiento como en su decisión. De allí que se aplique a los litigios, con tanta o mayor propiedad que a muchas otras situaciones, el *sensato caveat* de Aristóteles:

[L]a exposición será suficientemente satisfactoria, si es presentada tan claramente como lo permite la materia; porque no se ha de buscar el mismo rigor en todos los razonamientos, como tampoco en todas las técnicas. ... Es propio del hombre instruido buscar la exactitud en cada materia en la medida en que la admite la naturaleza del asunto; evidentemente, tan absurdo sería aceptar que un matemático empleara la persuasión como exigir de un retórico demostraciones³⁴.

No estamos en el ámbito de la episteme que trata de cosas universales y necesarias; lo nuestro es un arte dignísimo que se ocupa de cuestiones singulares, contingentes y controvertidas, de esas que casi por definición se acostumbra dejar fuera de la ciencia racional. Ellas se dilucidan y deciden mediante la dialéctica de que se vale el juez, la que sigue a las pretensiones contrapuestas e interesadas que las partes expresan retóricamente.

Se trata de cuestiones en que, por la misma naturaleza de las cosas, las partes y el juez han de involucrarse en problemas singulares, que muchas veces pueden ser decididos –y bien decididos– ya en un sentido, ya en su contrario.

No cabe confundir el *ars iuris* con una ciencia y –aunque nos cueste admitirlo por el prestigio tal vez excesivo que reconocemos a la voz ciencia– fuerza es distinguir lo que nosotros hacemos –el trato que el jurista tiene con lo incierto, contingente y singular de la controversia– del estudio que hace el sabio sobre lo que es universal y necesario.

En las cuestiones litigiosas que versan sobre la interpretación de un texto de ley, sobre el significado que se le reconoce o que se le atribuye con miras a su aplicación en una precisa causa, es que tal vez llega a un exceso esa confusión que, por curiosa deformación académica, no nos parece tal: esto de creer que cada texto de ley solamente puede tener una sola interpretación correcta y adecuada, ante la cual otras interpretaciones posibles serían torcidas, erradas o faltas de razón.

³² L. Díez-Picazo, *Dictámenes Jurídicos*, Civitas, Madrid (1987).

³³ Ver, como ejemplos entre otros muchos, las referencias a el precepto **rectamente** interpretado y entendido, a su **correcta** interpretación, o en contrario a la aplicación **incorrecta o abusiva** del precepto o a su **equivocada** interpretación, en las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional en las causas Roles N° 450, 794 y 1615

³⁴ Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, 1094b, 11ss.

6º

Ante las distintas interpretaciones propuestas por las partes, es el juez quien habrá de decidir cuál de esas pretensiones interpretativas dará fundamento a la sentencia

Si suponemos por un momento que no hubiera controversia entre las partes acerca de la existencia de los hechos, entonces la diferencia entre ellas solo radicaría en el efecto (o en la calificación o evaluación) de los hechos, en el efecto jurídico de los hechos, y tal efecto jurídico habitualmente se vincula a un texto de ley, aquel texto en que el actor fundamenta su pretensión o que el demandado invoca en apoyo de su excepción o de su defensa. Así, la cuestión controvertida consistirá en determinar cuál sea el sentido, el significado o el mandato de ese texto legal.

Ausente una controversia acerca de la existencia de los hechos, solamente la distinta inteligencia de la ley puede explicar que exista una controversia. Si ambas partes concuerdan en cuáles son los hechos y concuerdan, además, en cuál es la ley pertinente, así como en su significado y en su aplicación, entonces no debería existir litigio; de haberlo, cuesta creer que se trataría de un litigio real y serio.

El juicio interpretativo que pronuncia el juez de la causa importa el ejercicio de discrecionalidad, de su *arbitrium regulatum*, ya que ese juicio exige del juez una elección entre alternativas, una decisión que, justificada según el principio de razón³⁵ y respetuosa de las *regulae artis*, le permita resolver una duda y asentir a una proposición tal como El texto de ley **A** tiene el sentido **X** que en esta causa produce el efecto jurídico **Z**.

Que pronunciar el juicio interpretativo corresponda al tribunal no se debe solamente a que él dictará la sentencia, sino que es un efecto propio de la función jurisdiccional: en el litigio todas las disposiciones legales tienen al juez por su destinatario natural.

Ello no solamente respecto de disposiciones tales como El que mate a otro será penado con la pena de presidio, en que se subentiende que el texto significa El que mate a otro será penado **por el Juez** con la pena de presidio; sino también respecto de normas tales como las de los artículos 1545 y 1546 del Código de Bello que –en el contexto de una contienda judicial– mandan **al Juez de la causa** juzgar la conducta de las partes contratantes al tenor de esas reglas.

Por ende, siendo el juez primer destinatario de las reglas de ley que él aplicará para decidir el litigio, corresponde primeramente al juez decidir cuál es el significado que él reconoce o que él atribuye a un texto de ley cuya significación se discute en la causa. Que al decidir sobre la cuestión el juez atienda a lo alegado por las partes es propio de la dialéctica judicial, pues esta construye a partir de las argumentaciones retóricas de las partes interesadas; pero esa atención no es sinónimo de sujeción, ya que bien podrá el juez discrepar no solamente de una de las partes, sino que de ambas, y en este último caso, siendo el juez el primer obligado por la norma, es él quien deberá reconocer al texto o atribuirle una significación que, a juicio del tribunal, sea la adecuada en vista de las circunstancias de la causa.

Que en materia interpretativa haya lugar a una o varias elecciones del juez, que la hermenéutica ponga al tribunal en situación de tener necesariamente que elegir

³⁵ Nihil est sine ratione: habrá una ratio, fundamento o causa de que (i) la res sea/exista en vez de no ser, y de que (ii) existiendo, la res sea de esta concreta forma o manera y no de otra que era posible.

entre alternativas para poder decidir una cuestión de esa especie que ha sido planteada en la causa, es –si bien a veces se niega con cierta energía– cosa reconocida en la doctrina y también, en ocasiones, por jueces que examinan críticamente las sentencias de algunos tribunales.

Ese es, por ejemplo, el parecer de Serra Domínguez y de Wroblewski en la doctrina, y de Barak entre los jueces³⁶.

Sin embargo, la elección que precede al juicio interpretativo es negada por muchos que prefieren decir que es la ley, no el juez, que decide los litigios. Entre nosotros esta es una creencia ampliamente difundida, pero que difícilmente se compadece con un examen riguroso de la actuación de los jueces, ya en tribunales unipersonales, ya en tribunales colegiados.

Para negar que hay una posible elección acerca del sentido del texto se acude a veces al lugar común *In claris non fit interpretatio*³⁷, olvidando que en un litigio la mera existencia de una disputa interpretativa sería, en que se invocan autoridades de doctrina y de jurisprudencia que se orientan en contrarios sentidos, hace trizas eso de que el sentido del texto sea claro.

Otras veces se trae a cuento el artículo 19, inciso primero, del Código Civil, con total olvido de que en esa norma no se lee Cuando el tenor literal de la ley es claro... (que es como muchos la quieren entender), sino Cuando el sentido de la ley es claro..., que es cosa muy diferente. En efecto, la claridad de sentido es el resultado de haberse interpretado el texto, mientras que entre nosotros una y otra vez se cita esa disposición para afirmar que la interpretación del texto es innecesaria.

La elección judicial entre alternativas de sentido propuestas por las partes para dar forma a un mismo texto legal es algo que se constata ordinariamente en causas de las más diversas índoles.

Los llamados criterios especiales de interpretación (como serían en el derecho tributario *In dubio pro Fiscum* o su contrario *In dubio contra Fiscum*); los tópicos interpretativos (como *Odiosa restringenda sunt*); los criterios para develar la intención del legislador; las diversas formas de concebir la *mens legis*; el mayor, menor o nulo peso que se reconozca a la historia de la ley; y así tantos otros temas de importancia interpretativa son susceptibles de ser considerados o no y, en caso de serlo, de ser empleados en una forma o en otra bien distinta³⁸.

En cualquier caso, todo ello se puede hacer con respaldo en un amplio repertorio de opiniones de autores bien reputados y de sentencias de tribunales que gozan de autoridad.

³⁶ Ver sus obras: M. Serra Domínguez, *El juicio jurisdiccional*, cit. p. 83s.;

J. Wroblewski, *The Judicial Application of Law*, Kluwer, Dordrecht (1992), cap. VII;

A. Barak, *Purposive Interpretation in Law*, Princeton (2005), *passim*.

³⁷ En la práctica del arte del derecho se podría afirmar que en ausencia de controversia no hay lugar a la interpretación, pero ello (i) no sería efectivo si es el juez quien discrepa de una interpretación en que estuvieran de acuerdo los litigantes, y (ii) se apartaría radicalmente del tema de esta tesis, que supone la existencia de una cuestión disputada sobre la interpretación de un texto de ley.

³⁸ K. N. Llewellyn en su tratado *The Common Law Tradition: Deciding Appeals*, Little Brown & Co., Boston (1960), pp. 521 ss., muestra cómo muchas máximas y tópicos interpretativos son traídos a colación en sentidos totalmente opuestos por los tribunales superiores de justicia que los citan en sus sentencias.

Más aún, no es imposible que ciertos textos sean susceptibles de varios sentidos que no se excluyan unos con otros, sino que todos ellos podrían ser muy respetables, ya que su adscripción al texto dependería de las diversas perspectivas desde la cual se puede apreciar la realidad que el juez conoce en la causa: tal sea la perspectiva, entonces tal será el sentido del texto legal³⁹.

La elección entre alternativas interpretativas está también reconocida en la ciencia del derecho que en el siglo veinte hizo de la hermenéutica jurídica uno de sus temas principales⁴⁰.

La interpretación generalmente se da en los casos dudosos. En efecto, ante dos alternativas que se le proponen al juez con seriedad y con buenos fundamentos, es harto posible que al tribunal le asalte la duda acerca de cuál es realmente la significación determinada del texto que le permita dar una buena resolución a la causa que debe fallar.

La duda, en la estupenda descripción de Wenisch, se expone así:

El sujeto [que experimenta la duda]

- (1) considera posiblemente verdaderas al menos dos respuestas que se le ofrecen como solución de una cuestión determinada o de un problema determinado;
- (2) vacila perplejo entre las posibles respuestas; no sabe a cuál de ellas quedarse;
- (3) tiene el deseo no satisfecho de estar seguro, y
- (4) el sujeto tiene la convicción de que, en el asunto de que se trata, él no debe dar prematuramente su asentimiento⁴¹.

El juez no puede ni le está permitido permanecer en la duda: él debe decidir y debe hacerlo fundadamente. Ha de adoptar una posición; debe dar razón de por qué adopta esa posición y no la otra que era posible; la posición que adopte, además de razonada de conformidad a las *regulae artis*, ojalá se muestre como razonable en consideración de las circunstancias de la causa. Si las alternativas que se plantearon al tribunal eran ambas plausibles, ojalá pueda el juez mostrar que aquella que eligió es mejor que la que desechó. Esto es, por vía ilustrativa, lo que muchas veces se trata de mostrar acudiendo a lo que sería más conforme al espíritu general de la legislación, o a los valores del ordenamiento jurídico o a los principios generales del derecho.

Para simplificar la exposición se puede suponer que el juez no tiene una interpretación del texto que sea diferente a las que le proponen las partes. Esta suposición puede no ser exacta, ya que la inteligencia que el juez da al texto puede no coincidir con las que los litigantes le proponen. Si tal fuere el caso, la honradez intelectual obligará al juez a someter su propia interpretación a un examen más riguroso, a la luz de los argumentos de las partes; si de ello concluye que su posición entra también en liza, entonces en vez de haber dos interpretaciones posibles del mismo texto, existirán tres.

³⁹ Que un mismo texto pueda tener varios sentidos diversos, todos igualmente válidos, es cosa reconocida en la interpretación que los hombres sabios de las religiones del Libro hacen de sus textos fundamentales, y conviene no olvidar que estos textos son bien conocidos como Libros de la Ley.

⁴⁰ Y muchos siglos antes, uno de los textos fundacionales del judaísmo rabinico –la Misná– que data de comienzos del siglo III d. C., muestra las muy distintas interpretaciones que sobre tantas prescripciones de la ley tenían los ancianos de Israel.

⁴¹ F. Wenisch, *La Filosofía y su Método*, F.C.E., México (1987), p. 50

7º

La decisión del juez es adoptada en virtud de su *arbitrium*⁴². Este no será un *arbitrium liberum* sino que un *arbitrium regulatum*, que el juez deberá ejercer conforme a las *regulae artis*

El juicio que decide una cuestión interpretativa procede de la discreción o arbitrio del juez.

Si bien este es tema ampliamente reconocido por la doctrina⁴³, en la práctica nuestra pocas veces lo es por quienes adoptan las decisiones judiciales. Es más bien el examen crítico de estas últimas que muestra la realidad de que los juicios interpretativos son de naturaleza discrecional.

Que el juicio interpretativo sea una manifestación del arbitrio del juez para nada significa, sino que debe excluir del todo, que esa decisión pueda ser meramente arbitraria. Habrá arbitrio, ello es inescapable, pero habrá de ser un arbitrio que se actualiza con respeto de las reglas de la hermenéutica; estas son reglas de antiquísima tradición, son flexibles, son reglas del *esprit de finesse*, no son grilletes ni cerrojos, pero la delicadeza espiritual exige mostrar que son conocidas del intérprete y que este se cuida de respetarlas y que tiene la deferencia de mostrar por qué –habiendo reglas que a veces nos orientan hacia distintas realidades– alguna regla es preferida por sobre la que le disputaba la primacía.

8º

El juicio interpretativo, es decir el que se pronuncia acerca del sentido del texto de ley, no es la conclusión de una demostración *more geometrico*, sino que es resultado de una elección entre alternativas, la que debe ser justificada en virtud del principio de razón

Las decisiones judiciales son motivadas y, en Chile, los motivos deben expresarse. La motivación del juicio, se dice, permite que él sea controlado, agregándose que ese control es indispensable para evitar la arbitrariedad.

Algunos dirán que eso es cosa de científicos, no de artistas, ya que, ¿cómo ha de ser posible controlar *ex ante* la calidad de una futura obra de arte?

La obra de arte singular, sea un cuadro de Roualt o un juicio de Magnaud, pareciera resistirse a su previo encuadramiento en reglas fijas, de esas que son al modo de las reglas lógicas de inferencia o de la geometría euclidiana. Esa sería una realidad que habría que comprender y que, comprendiéndola, habría que aceptar: no hay reglas de previsión ni de crítica que puedan circunscribir o fijar anticipadamente lo que será una obra de arte.

¿Quién habría predicho a Gauguin? ¿Quién a Van Gogh?

No sería diferente lo que ocurre con el juicio jurídico. El pronunciamiento crítico acerca de su calidad solamente se puede hacer a posteriori y nada daría a entender

⁴² La noción de *arbitrium* ha sido objeto de acabado estudio en la obra de M. Meccarelli, *Arbitrium, Un aspetto sistematico degli ordinamenti giuridici in età di diritto comune*, Giuffrè Editore, Milan (1998).

⁴³ La literatura es amplia. Se puede consultar M. Iglesias Vila, *El problema de la discreción judicial*, CEPC, Madrid (1999); A. Nieto, *El arbitrio judicial*, Ariel, Barcelona (2000);

K. Hawkins (Ed.), *The Uses of Discretion*, Oxford (1992); O. Wiklund (Ed.), *Judicial Discretion in European Perspective*, Kluwer, Estocolmo (2003).

que de allí puedan obtenerse reglas que permitan predecir ni menos ordenar otros y futuros juicios.

Y sin embargo es un hecho que algunos juicios jurídicos no solamente pueden ser objeto de crítica, sino que esa crítica ejercida por medio de los recursos procesales puede cambiar la decisión recurrida, puede dejarla sin efecto, privarla de existencia, reemplazarla por otra o enmendarla. Y por ello la motivación del juicio interpretativo no solo, ni tal vez ni siquiera principalmente, está dirigida a los litigantes, sino que al tribunal superior ante quien uno o ambos litigantes pudieran plantear una nueva cuestión disputada, a saber, la existencia, la corrección o el significado de la decisión judicial que reconoció o que atribuyó un sentido al texto y que, de esa forma, decidió cuál era la ley aplicable para la solución del asunto controvertido.

Ahora bien, la motivación del juicio no tiene por objeto demostrar que él es la conclusión que necesariamente se sigue de ciertas premisas y fundamentos. El propósito de la motivación es más bien mostrar que, en las concretas circunstancias del litigio, el juicio que se pronuncia es una decisión adecuada; más aún, que el juicio que se pronuncia es la solución más adecuada de la controversia, de entre aquellas posibles decisiones que han sido propuestas al juez por las partes litigantes.

Así como lo escribía Díez-Picazo al concluir un dictamen jurídico, el juez también podría haber dicho que su decisión no era la única posible, sino que es la que a él le ha producido esa certeza moral que autoriza y manda al juez –no por ser él quien es, sino por ejercer la función que le ha sido encomendada– apartarse del sabio mandato: ¡No juzguéis!

Ahora bien, hablando de manera estricta el juicio interpretativo –de ser correcta la tesis que estas líneas proponen a la crítica– no podría ser una expresión de la justicia legal (referida al objeto de la operación hermenéutica) precisamente porque ese juicio determina que es la ley aplicable y previo a su determinación no ha existido una ley de la cual el juez haya podido apartarse, sino que solamente ha existido un texto posiblemente dotado de más de una significación. La ley que resulta del juicio interpretativo no puede ser un criterio para juzgar acerca de la corrección de ese mismo juicio, porque esa ley ni siquiera existía antes de pronunciarse el juicio; ella solo era posible, no era para nada necesaria.

9º

Antes de pronunciarse el juicio interpretativo todavía no existe un precepto legal que sea susceptible de aplicación para decidir el litigio

El juicio interpretativo, al igual que los demás juicios jurídicos, se pronuncia en una circunstancia litigiosa, en el contexto de una contienda o controversia entre partes.

En aquellas cuestiones en que las partes difieren acerca del sentido de un texto –en orden a su aplicación a la particular situación de la contienda singular que existe entre ellas– hay un mismo texto, pero este texto –en virtud de discutirse su significación– potencialmente dispone en dos direcciones contrapuestas: para la parte demandante, el texto apunta a la decisión A; para la defensa, el mismo texto dirige al juez a la decisión **no-A**.

Los argumentos de ambas partes pueden estar bien trabados y exentos de falacias; sus principios pueden tener sustento en doctrinas y jurisprudencias respetables; la

buena fe con que se presentan al tribunal puede estar por sobre cualquiera sospecha. Sin embargo, ellos arriban a conclusiones muy distintas, tanto así que los argumentos del actor concluyen en la aceptación de la demanda, mientras que la posición del reo llevaría a su rechazo. En suma, el texto interpretado por la demandante dispone o manda algo diferente y contrario a lo prescrito por el texto que es dotado de sentido por el demandado: el mismo sustrato puede dar origen a dos leyes diferentes, a dos preceptos legales distintos.

Esto se debe a que la *vis*, la potestas, la *virtus*⁴⁴ de la ley, es decir su *ousia* o sustancia, aunque se exprese en términos generales está ordenada o dispuesta hacia conductas específicas de personas concretas en circunstancias determinadas. La generalidad de la ley se debe a razones técnicas del *ars legis*, pero corresponde al *ars iuris* realizar el tránsito desde la generalidad de lo político (la ley es obra del arte de la política) hacia la singularidad de lo jurídico (el juicio jurídico es obra del *ars boni et aequi*).

La singularidad de lo nuestro es pariente de la contingencia y de la incertidumbre, y en la contienda judicial esa singularidad, además, es presentada al juez en forma de argumentaciones retóricas, por lo que nada de extraño tiene que en la cuestión disputada acerca de la significación de alguna ley se propongan al juez dos disposiciones de conducta diferentes, aunque ambas descansan sobre un mismo texto escrito.

Si un mismo texto puede ser el sustrato de dos o más leyes diferentes, según sean los distintos sentidos que al texto reconocen o atribuyen las varias interpretaciones que de él se hacen, ello sugiere que entre el texto (la expresión escrita) y la ley (una determinada ordenación de conducta externa del ser humano) puede haber diferencias. La diferencia entre texto y ley también sugiere que, a pesar de apartarnos de las palabras que usamos habitualmente, no es **la ley** lo que se interpreta, sino que la interpretación es una operación espiritual que tiene por materia el texto escrito que se presenta al intérprete, un escrito creado por cierta autoridad conforme a determinados procedimientos, al que calificamos como ley o al que se conviene en tener por tal, aunque propiamente hablando no lo haya sido, como ha ocurrido con los decretos leyes y con los decretos con fuerza de ley.

Propiamente hablando, la ley no sería anterior a la interpretación del tenor literal, sino que ella –la ley susceptible de aplicarse en la decisión del litigio– es posterior: es el resultado de la labor hermenéutica que atribuye un sentido al tenor literal, o que reconoce en él una determinada significación jurídica.

La ley es el resultado de una interpretación del texto, por lo que diversas interpretaciones del mismo texto pueden producir leyes también diferentes. Que así ocurre con frecuencia es evidente para quien se ocupa del arte jurídico.

Existiendo una controversia interpretativa (un solo texto que se puede actualizar en dos o más leyes), y ante la necesidad de que haya solamente una ley para dar fundamento a la sentencia (porque de otro modo ella violaría derechamente el principio de no contradicción), es el juicio interpretativo del tribunal el que –reuniendo texto y significación– establecerá cuál es la ley aplicable. Es solamente a partir de la decisión del juez que atribuye o que reconoce al texto un determinado sentido de entre dos o

⁴⁴ *Legis virtus haec est: imperare, vetare, permitre, punire. Lo propio de la ley es mandar, prohibir, permitir, castigar. Modestino, D.1.3.7.*

más significaciones posibles, que podrá hablarse de una ley propiamente tal, esto es, de una disposición que ordena la conducta de **ciertas** personas y que en **tales** circunstancias manda, permite, prohíbe o castiga **esto** y no algo diferente.

Los dos o más sentidos posibles de un mismo texto de ley no se actualizan en la misma sentencia, esto es, solamente uno de esos sentidos puede constituir el fundamento del fallo, solo uno de los sentidos producirá efecto jurídico para decidir el asunto controvertido. Pero es de ordinaria ocurrencia que dos o más sentidos del mismo texto se expresen en la misma sentencia, tanto al exponerse las respectivas alegaciones de las partes, cuanto en las consideraciones de un tribunal colegiado, en que uno de los sentidos figurará como fundamento del fallo, mientras otro u otros sentidos diferentes pueden aparecer en una o más disidencias.

10º

¿Qué es un precepto legal?

La tesis que en este documento se expone lleva a la conclusión de que el precepto legal es un texto escrito, que ha sido generado conforme a ciertos procedimientos (constitucionales, por ejemplo) y que está dotado de un determinado sentido jurídico. Inventar el sentido del texto es el resultado de su interpretación. De allí que ni resulta posible desligarse del texto escrito (que sería la materia del precepto legal) ni prescindir de un determinado sentido (que sería la forma del precepto) que se le reconoce o se le atribuye a ese texto y conforme al cual él produce un determinado efecto de derecho y no otro diferente.

Este concepto puede someterse a examen mediante su comparación con las consideraciones contenidas en numerosas sentencias del Tribunal Constitucional⁴⁵.

La revisión de esas sentencias hace ver dos líneas de argumentación que en un primer momento aparecen como contradictorias. Sin embargo, ellas pueden conciliarse, tal vez no en la forma de su expresión, pero posiblemente sí en la sustancia de su intención.

La primera línea de argumentación, que sería contraria a la noción de precepto legal que este documento sugiere, es la de diversos fallos que se orientan en la misma dirección que la sentencia dictada el 2 de agosto de 2005 en la causa Rol N° 450 en la que el Tribunal Constitucional resolvía lo que sigue:

La misión del Tribunal consiste en efectuar una confrontación abstracta de normas para constatar si vulneran la Constitución o están de acuerdo con ella. Por eso y de manera alguna, le incumbe hacerse cargo de la interpretación dada a una determinada norma de nuestro ordenamiento positivo [el subrayado es mío], ya sea que dicha interpretación emane de la Justicia Ordinaria o de la Administración del Estado, centralizada o descentralizada, incluidas las Municipalidades.

Este parecer no es aislado, sino que se le reitera en fallos hasta el presente año 2011. Así, se puede leer en las consideraciones de diversas sentencias lo que sigue o algo muy similar a ello:

⁴⁵ Sobre el tema ver J. Correa, Inaplicabilidad por inconstitucionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Abeledo Perrot, Santiago (2011), pp. 20ss. y 31ss.

El requerimiento plantea un conflicto de estricta legalidad, consistente en la determinación del sentido y alcance que debe darse al conjunto de la preceptiva legal impugnada, en relación a lo dispuesto por el citado artículo 429 del Código del Trabajo, y no un conflicto de constitucionalidad de aquellos a que se refiere el N° 6° del inciso primero del artículo 93 de la Carta Fundamental.

Que, en efecto, como lo ha señalado este Tribunal, no es función de esta jurisdicción constitucional aclarar el sentido que tienen determinados preceptos legales, dado que esto último importa “una cuestión de legalidad cuya resolución es propia de los jueces de fondo” (Roles N° 522 y 1214). Cabe concluir entonces que el requerimiento no se deduce en contra de un precepto legal cuya aplicación pudiere resultar contraria a la Constitución, sino que en definitiva constituye una cuestión de recta interpretación de la ley que no se encuentra dentro del marco de atribuciones de este órgano de jurisdicción constitucional, en la medida que el reproche que formula el actor se dirige en contra de la actuación del juez, mas no respecto de un precepto legal que pueda resultar derecho aplicable en la gestión judicial pendiente de que se trata⁴⁶.

Del estudio del requerimiento se aprecia que éste en realidad plantea una cuestión de mera interpretación y determinación del alcance de normas legales ... por lo que no nos encontramos propiamente frente a un problema de conflicto entre un precepto legal y la Constitución Política, que deba ser resuelto por esta Magistratura Constitucional.

En efecto, son los jueces del fondo, en las instancias pertinentes, los llamados a determinar las normas legales aplicables a la solución del conflicto jurisdiccional sometido a su decisión y, en caso de conflictos de leyes, a aplicar los principios y reglas de hermenéutica para su resolución. El conflicto de que conoce esta Magistratura debe por lo mismo producirse entre la Constitución Política y un precepto legal determinado.

En este mismo sentido, ha sostenido esta Magistratura que “en sede de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional sólo ha sido autorizado por la Carta Fundamental para efectuar el control de constitucionalidad concreto de los preceptos legales objetados y, por consiguiente, no ha sido llamado a resolver sobre la aplicación e interpretación de normas legales, cuestión que, de conformidad a la amplia jurisprudencia recaída en requerimientos de inaplicabilidad, es de competencia de los jueces del fondo” (sentencias roles N° 1314 y 1351, entre otras).

Que, por consiguiente, al no haber sido solicitada la inaplicabilidad de un precepto legal, sino más bien la inaplicabilidad de una determinada interpretación de aquél que no se aviene a las pretensiones de la requirente y que, por lo demás, ésta ha impugnado en sede de apelación, y no correspondiéndole tampoco a esta Magistratura pronunciarse acerca de los conflictos de las leyes en el tiempo, se deberá declarar la inadmisibilidad del requerimiento de autos⁴⁷.

⁴⁶ Sentencia de 10 de marzo de 2010 dictada en la causa Rol N° 1601, considerandos 7° y 8°.

⁴⁷ Sentencia de 24 de marzo de 2011 dictada en causa Rol N° 1853, considerandos 9° a 11°.

La segunda línea argumental sugiere, sin embargo, una noción de precepto legal que probablemente se avendría con la que se desprende de esta investigación. En efecto, hay sentencias del mismo Tribunal Constitucional que llevan a pensar que, reconociendo que un mismo texto puede admitir dos o más interpretaciones, es preciso que su aplicación se haga con aquella significación que sea compatible con la norma constitucional.

El Tribunal ha reconocido que el precepto puede ser entendido de dos modos⁴⁸, de los cuales uno puede ser contrario a la regla fundamental, mientras que el otro no lo sería, y que en tal caso se ha de buscar alguna interpretación del precepto cuestionado que permita armonizarlo con la Carta Fundamental, y sólo en el evento de no ser ello posible, declarar su inconstitucionalidad, criterio que ha sido seguido en las sentencias roles 29, 38, 304, 368, 420, 460 y 681, entre otras⁴⁹.

Y, en la misma línea argumental, el Tribunal Constitucional ha decidido que es deber de esta Magistratura evitar que el precepto legal impugnado se interprete y aplique de un modo en que efectivamente produzca un efecto contrario a la Constitución⁵⁰.

En suma, si bien hay resoluciones que parecieran contradecirse, conviene verlas con el ánimo de obtener de ellas una posición razonable y coherente.

Podrían armonizarse en esta forma:

1°. No corresponde a la Magistratura Constitucional decidir cuál, de entre diversos sentidos posibles de un mismo texto que son todos ellos adecuados a la Carta Fundamental, ha de ser el sentido que deba aplicarse para decidir el litigio; esa decisión o juicio interpretativo es potestad de los jueces del fondo.

2°. Sin embargo, si el texto de ley impugnado admite dos o más sentidos y de aplicarse uno de ellos daría lugar a un efecto contrario a la Constitución, es deber del Tribunal Constitucional declarar que el juez del fondo deberá prescindir de (no podrá elegirlo ni aplicarlo) aquel sentido del texto que produciría un efecto contrario a la Constitución.

Como es evidente, en cualquiera de las situaciones que se han descrito es indispensable que el Tribunal se pronuncie acerca de la interpretación del texto de ley, ya que en caso contrario le sería imposible expresar i) que el precepto puede interpretarse en dos sentidos, y ii) que ambos sentidos están de acuerdo con la Constitución, o iii) que uno de ellos produciría un efecto contrario a la Constitución y que, por consecuencia, al juez del fondo le queda vedado dar aplicación al texto con ese sentido inconstitucional.

La conclusión definitiva ha de ser una confirmación de que

- i) el precepto legal es un texto de ley dotado de un determinado sentido, y
- ii) si ese texto ha generado una cuestión interpretativa en la que las partes atribuyen al mismo texto dos sentidos diferentes, y

⁴⁸ Sentencia de 11 de diciembre de 2007 dictada en causa Rol N° 806, considerando 23°.

⁴⁹ Sentencia de 13 de mayo de 2008 dictada en causa Rol N° 993, considerando 5°.

⁵⁰ Sentencia de 11 de diciembre de 2007 dictada en causa Rol N° 806, considerando 32°.

- iii) si se juzgare que atribuir al texto uno de esos posibles sentidos resultaría en aplicar un precepto legal que produce un efecto contrario a la Constitución, entonces
- iv) se deberá descartar ese sentido de entre los que es posible atribuir al texto con vistas a su aplicación para decidir la causa de que se trate.

Todo ello supone un claro reconocimiento de que, ante cualquier tribunal, la ley o el precepto legal importa una conjunción significativa entre texto y sentido, es decir, la ley es resultado de la interpretación que del texto se hace.

11º

¿Qué significan las expresiones infracción de ley y error de derecho?

Se ha planteado una cuestión interpretativa acerca del texto de ley pertinente, y las dos posiciones que se han alegado son plausibles y están fundadas en autoridades de jurisprudencia y doctrina; sin embargo la sentencia no puede arreglarse a ambas, sino que habrá de adoptar una y rechazar la otra.

En primera instancia, esa decisión es la del tribunal: este adopta la decisión y pronuncia el juicio motivado que resuelve la contienda interpretativa.

Luego, elevada la causa a un tribunal superior ante el que se alega la existencia en esa decisión de una infracción de ley o de un error de derecho, ¿cómo habrá de decidirse la cuestión?

Hay una respuesta en la que concurren Ulpiano y Humpty Dumpty.

Quod principi placuit legis **habet vigorem** es el tópico que se atribuye a Ulpiano en D. 1.4.1

Por su parte, es bien conocida la reflexión de Humpty Dumpty en su diálogo con Alicia:

No sé lo que quieres decir con “gloria”, dijo Alicia.

Humpty Dumpty sonrió desdeñosamente. Por supuesto que no lo sabes, hasta que yo te lo diga. Lo que dije fue: “ahí tienes un buen argumento que sin duda te refuta”.

Pero “gloria” no significa “un buen argumento que sin duda te refuta”, dijo Alicia.

Cuando yo empleo una palabra, dijo Humpty Dumpty, con un tono que indicaba cierto desprecio, ella significa exactamente lo que yo quiero que signifique, ni más ni menos.

La cuestión está en saber, dijo Alicia, si tú puedes hacer que las palabras signifiquen cosas diferentes.

La cuestión está en saber quién manda, dijo Humpty Dumpty, eso es todo⁵¹.

En otras palabras, el tribunal superior puede simplemente afirmarse en su potestas y confirmar, revocar o enmendar la resolución del inferior.

Pero el tribunal superior puede también reconocer que la decisión interpretativa que le cabe revisar, aunque no concuerde el superior con ella, es sin embargo una decisión razonable y como tal, precisamente por ser un juicio racional y razonable, no habría en la sentencia infracción de ley ni error de derecho. El superior podría

⁵¹ L. Carroll, A través del espejo, Capítulo 6.

decidir: no concuerdo con el juicio interpretativo, pero lo respeto; por lo tanto, no ha lugar al recurso.

Esto se ve cada vez más en la revisión judicial de decisiones administrativas, en que muchos jueces de la jurisdicción ordinaria han estimado que, sea que ellos compartan o no la decisión interpretativa adoptada por la administración, si esa interpretación es razonable⁵² entonces no cabría revocarla ni enmendarla. En otras palabras, no se trata de imponer el criterio interpretativo del tribunal que revisa una decisión de otra autoridad, sino que se trata de pronunciar un juicio que sea respetuoso de las decisiones interpretativas ajenas, aunque de ellas se discrepe, en la medida que esas decisiones interpretativas sean racionales, razonables, respetuosas de las *regulae artis*.

La infracción de ley y el error de derecho ya no serían tributarios exclusivamente de la potestas del superior, sino que se juzgará acerca de ellos por consideraciones de racionalidad y de razonabilidad.

Y esto lleva al tema de la interpretación razonable, que no se confunde con la idea de existir una sola interpretación recta o adecuada del texto legal.

Que la interpretación razonable constituya un tema de interés para el *ars iuris* lo sugiere el título de un ensayo que resulta muy práctico en el ámbito profesional: *La Interpretación Razonable de la Norma como Eximente de la Responsabilidad por Infracción Tributaria*⁵³. Se trata, nada menos, de que una administración fiscal se ve impedida de sancionar lo que a ella le parece una infracción de la ley, en virtud de que la persona a quien se imputaría esa infracción ha obrado ateniéndose a una interpretación de la norma que la administración no comparte, pero que puede calificarse como una interpretación razonable, a lo menos tan razonable como la que sostiene la propia administración tributaria.

Si puede haber dos interpretaciones razonables de un mismo texto, ¿en tal caso en qué quedan los conceptos de infracción de ley y de error de derecho?

12º

La interpretación razonable⁵⁴

Se dice que los emperadores que dieron nombre a famosos Códigos no toleraban que las disposiciones de esos cuerpos pudieran ser interpretadas. Algo de eso quedó en la definición de los recursos de apelación y de casación en el fondo, tras las cuales se esconde la sospecha de que para cada texto solamente habría una interpretación

⁵² Es un tema que se ha tratado latamente en el derecho anglosajón. La *Wednesbury reasonableness* (*Associated Provincial Picture Houses Ltd v Wednesbury Corporation* (1948) 1 KB 223] y la deference hacia la *agency's statutory interpretation* [*Chevron, U.S.A., Inc. v. NRDC*; 467 U.S. 837 (1984)] han reclamado la atención de tribunales y de doctrina a ambos lados del Atlántico. A. Scalia, *Judicial Deference to Administrative Interpretations of Law*, *Duke Law Journal* 1989 # 3, pp. 511ss.

⁵³ Es obra de la autora Susana Anibarro Pérez, publicada por Editorial Lex Nova, Valladolid, en 1999.

⁵⁴ Las más de las veces este tema se ha tratado entre nosotros en los términos generales propios de la ciencia y la teoría jurídicas; son pocos los trabajos en que se hace el análisis de los razonamientos contenidos en sentencias determinadas. Un buen estudio de esta última especie se encuentra en la memoria de grado de Verónica Undurraga V., *Interpretación y Razonamiento Jurídico: Estudio a partir de un fallo de la jurisprudencia chilena*, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, (1993), que estudia las sentencias dictadas por los tribunales de instancia (11 de diciembre de 1981 y 13 de diciembre de 1982) y de casación (7 de agosto de 1984, en RDJ t. LXXXI, 2ª parte, Sección 5ª, p. 181) que conocieron la causa *Comunidad Galletué con Fisco*.

correcta. De allí lo de enmendar con arreglo a derecho y lo de poner remedio a la infracción de ley.

Así han surgido cuestiones de teoría del derecho como estas: ¿Qué es una interpretación recta o conforme a derecho? ¿Cuándo podrá decirse de una interpretación que ella es equivocada? ¿Cómo se puede saber si un juicio interpretativo aprehende el recto sentido de la ley?

Uno de los postulados de la tesis que aquí se propone es que para un mismo texto, cuyo sentido se controvierte en la causa, podría haber dos o más significaciones posibles. No se podría descartar que la interpretación que en un litigio se considerara arreglada a derecho, en otro distinto pudiera dar lugar a que se acogiera un recurso de casación en el fondo por infracción de ley.

Si fuere aceptada la tesis, las cuestiones antes mencionadas –que en el fondo se reducen a una sola– se trasladarían de la búsqueda de un método para inventar **una recta** interpretación a la de un método que permitiera i) descartar la interpretación que estuviera muy mal fundamentada, y ii) comparar interpretaciones divergentes, pero dotadas de fundamento razonable, para decidir cuál de ellas es la que mejor se aviene con el pronunciamiento de un juicio justo en la causa. Esto significa que en ocasiones se podría distinguir entre el pronunciamiento de un juicio justo acerca del sentido con que se dará aplicación al texto y la motivación que respalda ese juicio. Uno confía que a menudo una buena motivación conduzca a un juicio justo acerca de la significación del texto de ley, pero no necesariamente será así. Es lo que nos mostró una observación de Calamandrei citada anteriormente (los buenos juicios son más frecuentes que las motivaciones impecables), la que está en la misma línea de más de alguna experiencia que uno habrá podido tener en el ejercicio del arte del derecho.

Los criterios que permiten reconocer las interpretaciones que son defectuosas atienden a la racionalidad, a la razonabilidad, a la técnica jurídica y a las reglas de la hermenéutica.

- La operación hermenéutica ha de ser racional, esto es: respetuosa de las reglas de inferencia, exenta de contradicción, libre de falacias y de vicios al estilo de la petición de principio, etcétera.
- La operación hermenéutica ha de ser razonable, esto es, debe sustentarse en fundamentos (principios, máximas, tópicos) que se han seleccionando con inteligencia y con ponderación, atendidas las circunstancias de la causa, que se han descrito con cierto rigor y que se emplean en forma coherente.
- La operación hermenéutica ha de realizarse con respeto de las *regulae artis* de la interpretación, pero con plena conciencia de que esas reglas no dirigen al intérprete en una dirección única sino que, respetándolas, se puede llegar a conclusiones diversas.
- La operación hermenéutica ha de realizarse con apego a la técnica jurídica, prestando atención a la calificación de conductas y de negocios, respetando la definición de los conceptos pertinentes, y así sucesivamente. Si quien interpreta la regla que establece un gravamen no está advertido de la diferencia jurídica que hay entre i) lo que no está gravado (porque no queda incluido dentro del hecho imponible descrito por la ley) y ii) lo que está exento (comprendido en el hecho imponible, pero que por consideraciones especiales la ley exime del gravamen), posiblemente se confunda y yerre en su interpretación.

Es posible que tengamos al frente dos interpretaciones divergentes, pero que estén libres de defectos y que invoquen la autoridad de jurisprudencia y de doctrina; ambas interpretaciones son intelectualmente respetables, pero ciertamente que la sentencia que decide el litigio no puede dar acogida a ambas, porque llevan a decisiones en sentido contrario.

Aquí está la decisión más difícil; para asistir al intérprete en el pronunciamiento de su juicio se le hará ver que no se trata de que su juicio haya de pretender un valor absoluto sino que, más humildemente, de lo que se trata es de que la decisión que se adopte sea, en las circunstancias, una decisión mejor que la otra que era posible adoptar.

Lo que puede significar ese mejor es cosa de que la dialéctica se ha ocupado desde hace milenios y bien sabemos que la dialéctica es la ciencia del juez⁵⁵.

La cuestión ante el tribunal de primera instancia, que se ocupa fundamentalmente de elegir entre las dos interpretaciones que le proponen los litigantes, es distinta que la cuestión similar propuesta mediante algún recurso al tribunal superior. Ante este, es posible que la cuestión se plantee, no en términos de cuál sea la interpretación correcta, sino que en términos de si acaso la interpretación impugnada por el recurso o no es una interpretación razonable que merezca ser respetada (y no enmendada ni invalidada) aunque no se la comparta.

En efecto, si se puede respetar la interpretación administrativa que es razonable aunque el tribunal de revisión no la comparta, ¿por qué no habría de respetarse la interpretación razonable de un tribunal inferior, aunque el superior no la comparta?

⁵⁵ El buen juez es idealmente aquel que sería obedecido hasta en ausencia de potestas, porque se le reconoce auctoritas. A. Garapon et al. (eds.), *Les vertus du juge*, Dalloz, Paris (2008); J-M. Carbasse et al. (eds.), *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, PUF, Paris (1999); R. Jacob (ed.), *Le juge et le jugement dans les traditions juridiques européennes*, LGDJ, Paris (1996); E. García-Máynez, *Imagen Aristotélica del Buen Juez*, en *Estudios en honor del Dr. L. Recaséns Siches*, UNAM, México (1980), pp. 363 ss. Acerca de ciertos aspectos técnicos de la decisión dialéctica se puede consultar textos recientes como Sylvain Panis, *La démonstration dialectique*, Thèse Univ. Paris 1 (2007, rev. 2010) y D. Walton, *Abductive Reasoning*, University of Alabama Press (2004).

EL CAMBIO CULTURAL GLOBAL HACIA EL HEDONISMO MATERIALISTA Y SUS MANIFESTACIONES EN LA CULTURA JURÍDICA EXTERNA CHILENA

Edmundo Fuenzalida Faivovich
Facultad de Derecho
Universidad de Chile

Primera. Partimos desde un hecho bien establecido: la transformación de la cultura en el centro del sistema-mundo, a partir de la década del sesenta del siglo veinte. Se trata de la emergencia de una cultura postmoderna. Son tendencias generales, que no excluyen supervivencias de aspectos de la cultura preexistente, que puede calificarse de “moderna”.

Desde una cultura racional instrumental y estratégica (en el sentido que le da Jurgen Habermas a la noción de racionalidad estratégica) a una cultura emocional.

Desde las culturas nacionales a una cultura transnacional. La conformación de la nueva cultura transnacional en forma de red con nudos de tamaño variable ubicados en las áreas más urbanizadas de los cinco continentes.

Desde una cultura de ideas y palabras transmitida por el papel impreso (libros, revistas, diarios) a una cultura de ideas y de imágenes en colores, en movimiento y con sonido, transmitida por la pantalla (grande o chica).

Segunda. La transmisión de esta nueva cultura transnacional a la periferia del sistema. Sus medios principales son los bienes de consumo durables con alto contenido tecnológico, la propaganda comercial, el crédito de consumo y los medios de comunicación masiva audiovisuales. Su expansión acompaña a la del sistema económico mundial y contribuye a diseñar un nuevo sujeto, el consumidor global.

Tercera. Chile, como un estudio de caso de la periferia del sistema-mundo. La recepción de la nueva cultura hedonista transnacional ocurre en condiciones de crisis de la cultura nacional mesocrática y de una política explícita de apertura económica unilateral llevada adelante por la dictadura militar. Superadas las condiciones iniciales, el proceso de recepción de la nueva cultura hedonista transnacional continúa con gran fuerza. Una débil política reguladora del crédito de consumo, la propaganda comercial y la educación del consumidor constituyen el contexto de esta recepción. La consecuencia de este proceso es muy notoria: la cultura dominante actual de Chile tiene características muy marcadas: hedonista, materialista y sensualista, visual y auditiva, obsesionada con el estadio juvenil del cuerpo humano, individualista, competitiva, asertiva hasta la violencia, agresiva con el medio ambiente, entre otras.

Esta cultura dominante se manifiesta de muchas formas. La propaganda comercial (advertising) que se apodera del espacio público. La creciente importancia de los medios audiovisuales de comunicación masiva frente a los escritos. La transformación del cine comercial en un componente más del mall y de la oferta de entretenimiento. La transformación de la televisión en farándula. La transformación del fútbol, de deporte

de aficionados a espectáculo dado por profesionales. La transformación de la educación en simple preparación para el mercado de trabajo. El surgimiento de la competitividad como valor alternativo a la solidaridad y al apoyo horizontal recíproco. La aceptación cultural de la explotación sin límites de los recursos naturales. La tolerancia cultural de la agresividad entre individuos. La glorificación del cuerpo humano juvenil por la propaganda comercial, y de las hazañas que pueden lograrse con él. El desinterés creciente en el desarrollo del intelecto individual, ejemplificado por el desinterés en los textos escritos argumentativos. La creciente preferencia por la imagen sobre el texto para comunicar contenidos. La transformación del debate político en evento deportivo, en el que hay claros ganadores y claros perdedores y no hay lugar para compromisos entre los participantes. La confianza ingenua en que los problemas políticos pueden resolverse con una combinación de planificación, tecnología y dinero.

Es cierto, sin duda, que frente a esta cultura dominante, han surgido varias subculturas alternativas minoritarias, pero este hecho no modifica la dominación de la cultura hedonista transnacional.

Cuarta. La cultura jurídica debe ser vista como segmento de la cultura total, teniendo presente que hay dos vertientes de este segmento, la interna, de los letrados, y la externa, de los legos. Usando estos conceptos pueden formularse algunas hipótesis acerca de lo que le ha ocurrido a la cultura jurídica chilena.

La cultura interna ha sufrido una internacionalización dirigida. Las grandes reformas del sistema legal contribuyen a su alineamiento con una creciente cultura jurídica interna transnacional. Algunos ejemplos de esta tendencia: la firma del Tratado de la Corte Penal Internacional. La reforma del Tribunal Constitucional y la ampliación de su competencia. La creación de los Tribunales de Familia y de nuevos Tribunales del Trabajo. Con todo, el mejor ejemplo es la reforma procesal penal, concebida y llevada a la práctica por expertos en derecho a nivel mundial.

La cultura jurídica externa cambia debido al impacto de los medios audiovisuales, bajo la mirada autocomplaciente de la cultura interna basada en sus logros modernizadores. Hay una creciente distancia entre ambas a medida que se moderniza e internacionaliza la interna bajo la guía de la élite letrada y se transforma la externa bajo la influencia de los medios audiovisuales, de la propaganda comercial y de la exacerbación del consumo financiado por el crédito. Altas expectativas y frustración ante la aparente debilidad del sistema legal para proteger al ciudadano de los abusos cometidos en su contra por las grandes cadenas comerciales (caso colusión entre las cadenas de farmacias, caso La Polar) y de la acción de los delincuentes.

Quinta. Las hipótesis presentadas se fundan en varias exploraciones empíricas acerca del contenido de la cultura jurídica externa chilena en la actualidad, haciendo uso de una variedad de fuentes y métodos.

En una encuesta a una muestra por cuota intencionalmente heterogénea en cuanto a género, edad, ocupación, nivel de educación, nivel de ingreso, de la población de Santiago llevada a cabo en mayo de este año con mis alumnos de la Universidad de Chile, 300 personas sin educación jurídica contestaron un cuestionario que contenía algunas declaraciones reveladoras de su cultura jurídica.

Entre estas declaraciones de la cultura jurídica externa chilena actual se encuentran las siguientes, con el porcentaje de acuerdo/desacuerdo respectivo:

- a) Todo imputado de un proceso penal debe considerarse inocente hasta que se le declare culpable. De acuerdo: 90,33%. En desacuerdo: 9,66%.
- b) La autoridad no debe perseguir todos los delitos que se cometen, sino sólo los más graves, como homicidio, violación o robo con violencia. De acuerdo: 8,66%. En desacuerdo: 91,33%.
- c) Las penas privativas de libertad (cárcel) no deben durar más de quince años. De acuerdo: 8,66%. En desacuerdo: 91,33%.
- d) Los delitos más graves deben castigarse con pena de muerte. De acuerdo: 41,66%. En desacuerdo: 58,33%.

Estos porcentajes revelan cuán distantes se encuentran ambas culturas jurídicas en Chile. Sobre todo, llama la atención que uno de los principios de la reforma procesal penal (el principio de oportunidad) sea rechazado por más del noventa por ciento de los encuestados (letra b).

Si bien la presunción de inocencia parece concitar la aprobación de una gran mayoría de los encuestados, al distinguir tres grupos de edad entre los encuestados (jóvenes, adultos, mayores) se revela que el porcentaje de acuerdo con la presunción cae de 95 a 92 y a 84%.

El sesgo retributivo y sancionador de la cultura jurídica externa se manifiesta en el alto porcentaje de desacuerdo con penas de reclusión de duración limitada, y con el alto porcentaje de acuerdo con la pena de muerte (41,66%). En cuanto a esta última pena, al distinguir entre los tres grupos de edad el porcentaje de los que la aprueban sube al 46% entre los adultos, mientras baja al 36% entre los jóvenes.

Un camino diferente para llegar al contenido de la cultura jurídica externa chilena es el de la revisión de los diarios de circulación nacional sobre temas que pueden ser susceptibles de regulación por el derecho.

Uno de los temas debatidos en el último tiempo ha sido el del uso de las veredas por los ciclistas, debido a que el aumento de este medio de transporte ha hecho mucho más frecuente que peatones y ciclistas se encuentren en las veredas.

El debate por los diarios ha mostrado que para algunos este es un tema que se puede resolver con una prohibición legal:

“Prohibir por ley el acceso de los ciclistas a las calles, como medida para potenciar el uso de las ciclovías, está lejos de los intereses de los ciclistas y lejos de la realidad, porque hay miles de chilenos que ocupan la bicicleta como medio de transporte y no sólo como un hobby o un deporte”. Carta de Joaquín Godoy a El Mercurio, abril de 2011.

Otros plantean la insuficiencia de la propuesta de modificación de la ley del Tránsito, y detectan el aspecto cultural de la cuestión. “La constatación de peatones temerarios, ciclistas más o menos furiosos y automovilistas más o menos prepotentes, la hemos tenido o sufrido todos... Definitivamente, este tema sobrepasa las premisas de la problemática definida en el proyecto de ley y requiere de una nueva ‘cultura de calle’ y de respeto mutuo”, Julio Poblete, “De bicicletas, transporte y cultura”, en La Tercera, 2 de mayo de 2011.

Otro tema debatido es el del maltrato de niños por las “tías” en los jardines infantiles. En el diario La Tercera del 3 de mayo de 2011 aparece un artículo no firmado que informa que los padres de dos niños, Borja López y Sebastián Navarro, fallecidos por maltrato o negligencias en jardines infantiles... “se acercaron ayer al Ministerio

de Educación para pedirle al ministro Joaquín Lavín que agilice el proyecto de ley que endurece las penas para las personas que ejerzan funciones al interior de establecimientos de educación preescolar y que cometan algún tipo de agresión. El texto también castiga a quienes tengan jardines infantiles ilegales. Lavín se comprometió a que el gobierno pondrá urgencia al proyecto. 'Creo que esto va a servir para los próximos niños', señaló Denisse Ojeda, madre de Borja".

Un tercer tema en que se advierte el sesgo retributivo o sancionador de la cultura jurídica externa chilena es el del proyecto de ley sobre la Composición Nutricional de los Alimentos. En su editorial central, el diario *La Tercera* del 19 de abril de 2011 dice lo siguiente: "En esencia, el proyecto ha adquirido un carácter eminentemente restrictivo, pues pone el acento en prohibir y mandar, antes que en informar y educar. Ese énfasis ya estaba, en alguna medida, en su origen, pero senadores de oposición modificaron diversos artículos que lo hacen aún más marcado. Artículos que podrían prohibir la venta de golosinas en planteles de educación superior parecen no hacerse cargo de la libertad de personas adultas para tomar decisiones sobre qué comen y qué no...".

Un cuarto tema es el de la conducción de vehículos tras haber ingerido alcohol. El diario *La Tercera* del 31 de mayo de 2011 editorializa bajo el título "Una Ley del Tránsito más severa" y dice: "El gobierno ha enviado al Congreso un proyecto de ley que endurece en aspectos clave la Ley del Tránsito y las sanciones que contempla para las distintas infracciones. El consumo de alcohol, en particular, por las nefastas consecuencias que tiene cuando va asociado a la conducción de un vehículo, está en la mira de las autoridades. De lo que se trata, ha dicho el Ministro de Transportes, es de apuntar a una política de tolerancia cero en esta materia, por lo que el proyecto propone reducir sensiblemente los niveles tolerables de alcohol en la sangre, la implementación de alcoholemias móviles (actualmente sólo disponibles en los servicios de urgencia), y más que duplicar el número de equipos de alcotest de Carabineros en todo el país. Tal vez el castigo más drástico, y potencialmente más efectivo por su carácter disuasor, es la pérdida de la licencia de conducir de por vida en caso de ser sorprendido por segunda vez manejando en estado de ebriedad".

Una técnica bastante más impresionista y subjetiva de penetrar en el contenido de la cultura jurídica externa chilena es el de la revisión de los noticiarios de los canales de televisión abierta. Se ha vuelto una constante que empiecen con un informe acerca de los crímenes o delitos que se han cometido en la capital o en regiones en el día. Se presentan imágenes del sitio del crimen, y luego se entrevista a personas relacionadas con la o las víctimas que se encuentran cerca del periodista y de la cámara. La pregunta inevitable es: "¿Cómo se siente usted ante esta situación?", y la respuesta, las más de las veces formulada entre lágrimas, es "¡Yo pido que se haga justicia. Quiero que los responsables paguen por lo que han hecho!". O más dramáticamente "¡Que se pudran en la cárcel!".

Sexta. Todo lo presentado hasta aquí por cierto que no "confirma" o "hace verdadera" la hipótesis general presentada en este trabajo, de la distancia creciente entre la cultura jurídica de los "letrados" y la de los "legos", a medida que se expande la nueva cultura hedonista transnacional, pero sí le confiere un fundamento o base empírica que la distingue de una mera especulación basada en la experiencia personal. Sin embargo, la experiencia personal también apunta en esa dirección.

A lo largo de muchos años de estudiar la cultura jurídica chilena he recogido un conjunto de ideas y creencias acerca de la conducta desviada de la norma jurídica, que resumo a continuación.

La ruptura del orden social debe ser castigada con una pena privativa de libertad, en cárceles atestadas y sucias, para así producir en la gente miedo de verse en tal situación. Debido a ese miedo, se comportarán según lo pide el orden social. Otras penas no logran generar ese miedo, tales como una multa, o libertad vigilada.

La indemnización de los perjuicios causados es una pena que pueden cumplir los ricos, no los pobres.

El delincuente sancionado por una acción penada por la ley no va a cambiar por eso su conducta. La reincidencia es inevitable, y hay que castigarla con dureza.

Las leyes se cumplen solo si hay un policía cerca. Si no, se evaden según la conveniencia del sujeto.

Las desviaciones de la conducta debida deben ser castigadas, sin más. Así se aprende a comportar bien. No se gana nada con explicar las razones detrás de una prohibición o un mandato.

Séptima. Una transformación cultural de la profundidad y magnitud que he descrito requiere una acción inédita de parte de todos los agentes socializadores, comenzando por la familia y siguiendo por la escuela, la educación superior, y los medios de comunicación masiva, enfocada en proporcionar a los particulares los conocimientos, las habilidades y los valores para participar activamente en una reformulación de la cultura transnacional dominante, recogiendo los aportes de las culturas alternativas.

En el ámbito más restringido de la cultura jurídica, es necesario ampliar la función de extensión por las facultades de derecho de las universidades, teniendo como población-objetivo a las personas sin educación jurídica, pero que poseen cultura jurídica externa.

Esta población-objetivo abarca también a personas con educación superior no jurídica, por ejemplo, a periodistas o comunicadores sociales de los medios escritos, radiales y televisivos, o bien profesores secundarios de ciencias sociales. Este tipo de personas deben quedar incluidos en el trabajo de extensión de la cultura jurídica universitaria debido a la noción, clásica en sociología de la comunicación social, de "líderes de opinión", que destaca que el proceso de la comunicación social da dos pasos desde el emisor de mensajes al receptor, siendo el primero el que lleva los mensajes hasta el "líder de opinión", y el segundo el que lo lleva desde este al destinatario final.

En el cumplimiento de su misión de extensión de la cultura jurídica, las facultades de derecho deben recurrir a todos los medios disponibles, tanto tradicionales como modernos. A modo de lista incompleta, pueden mencionarse algunos.

Cartillas explicativas de nociones básicas de derecho, como la presunción de inocencia y los derechos del inculpado, la prescripción adquisitiva y extintiva, la confesión como medio de prueba y sus límites, legitimarios y mejoras en derecho sucesorio, la responsabilidad extracontractual, y otras semejantes. Tales cartillas deben estar disponibles en lugares por donde circula mucho público, como estaciones del ferrocarril metropolitano, consultorios de salud y, por cierto, en tribunales, notarías y, por convenio con las fuerzas de orden, en comisarías urbanas y retenes rurales.

Programas de televisión abierta, que pueden consistir en simulación de juicios, o de breves avisos publicitarios en horarios de tarde (para llegar sobre todo a mujeres) sobre permiso maternal, subsidios habitacionales, pensiones y montepíos, derechos del consumidor frente al proveedor de bienes, derechos del ciudadano frente a la administración del Estado. Como se trata de captar la atención del público, debe limitarse la presentación de textos escritos y recurrir preferentemente a dramatizaciones.

Cursos de actualización jurídica para profesores del sistema educacional, en convenios con el ministerio de educación. En tales cursos, debe prestarse particular atención a las instituciones del sistema jurídico cuya función es menos conocida que la de las policías, los tribunales y las cárceles, tales como el Tribunal Constitucional, el Ministerio Público, la Defensoría Penal Pública y el procedimiento acusatorio en lo penal.

La definición del contenido de los mensajes que serán difundidos mediante la extensión debe estar a cargo de los profesores de las facultades de derecho, para garantizar su precisión y actualidad. Sin embargo, la definición del mejor modo de transmitirlo a personas sin educación jurídica debería hacerse con la asesoría de especialistas en comunicación social, usualmente, profesores de las escuelas de periodismo.

Hay una abundante literatura al respecto.

- Lipovetsky, G. y Serroy, J., *La cultura-mundo*, Barcelona, Editorial Anagrama, 2010.
- Habermas, J., *Theorie Des kommunikativen Handelns*. Frankfurt: Surkamp, 1981, *passim*. Hay traducción castellana, *Teoría de la acción comunicativa*, 2 volúmenes, Madrid, Taurus, 1987. También Madrid, Trotta, 2008.
- Sunkel O. y Fuenzalida, E., "Capitalismo transnacional y desarrollo nacional", en *Lecturas 37 del Trimestre Económico*, selección de Villamil J. México, FCE, 1979, págs. 77-103.
- Briggs A. y Burke P., *De Gutenberg a Internet*. México, Taurus, 2006.
- García-Canclini, Néstor, *Consumidores y ciudadanos. Conflictos multiculturales de la globalización*, México, Grijalbo, 1995.
- Brunner, J.J.; Barrios, A. y Catalán C., *Transformaciones culturales y modernidad*, Santiago, FLACSO, 1989.
- Brunner, José Joaquín, *Globalización cultural y postmodernidad*, México, Breviario 531 del Fondo de Cultura Económica, 1998.
- Friedman, Lawrence, *The legal system*. New York, Russell Sage, 1975.
- Toharia, José Juan, "La cultura legal. Cómo se mide", en *Oñati Papers 7*, editado por Johannes Fest. Oñati, Guipúzcoa, IISL, 1999.
- Alvear S. y Blanco R., *Díálogos sobre la Reforma Procesal Penal*. Gestación de una política pública, Santiago de Chile, Ediciones Universidad Alberto Hurtado, 2010. También Horvitz M. y López Masle, J., *Derecho Procesal Penal Chileno*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2007.

IMPORTANCIA DE LAS REGLAS SOBRE BUENAS PRÁCTICAS EN LA PROFESIÓN DE ABOGADO*

Enrique Barros Bourie
Profesor de la Universidad de Chile
Académico de Número

I. EL CUIDADO DE LAS INSTITUCIONES REQUIERE ATENCIÓN SOBRE LAS PRÁCTICAS

A poco de llegar a Chile, Andrés Bello escribía a un amigo venezolano que el país era menos de lo que se había representado, especialmente en terreno cultural: en Santiago no se podía disfrutar de las cultivadas tertulias de la Caracas anterior a la revolución. Sin embargo, se gozaba en el país de un clima de verdadera libertad y de toda la tolerancia que puede apetecerse¹.

Por cierto que diversos episodios históricos nos han alejado de esa ruta; algunos de ellos caracterizados por una crueldad que Gonzalo Vial, en una charla en la Academia poco antes de morir, destacaba como una nota distintiva de nuestro carácter. Aun así, las instituciones son probablemente el capital cultural más importante de este país. Son esa parte sumergida del iceberg en que se sustenta una parte sustantiva de nuestra esquiiva identidad. Incluso las crisis que vivimos en estos días son más bien síntoma de dinamismo. Son más un desafío de adaptación y de inclusión que un síntoma precursor de un derrumbe. Una tarea mayor es enriquecer ese patrimonio, que se apoya en el derecho.

La reflexión práctica acerca de las exigencias que nos imponen las profesiones legales, como abogados, jueces o académicos, es una necesidad correlativa al lugar que el derecho ocupa en una sociedad bien ordenada.

A veces olvidamos, sin embargo, que la misma profesión legal es una institución, que se muestra en la manera como nos desempeñamos efectivamente los abogados, los jueces y los expertos académicos en derecho.

El hábito suele inmunizar las prácticas. Incluso las malas prácticas. Ocurre que “siempre lo hemos hecho así” suele ser una tenida por excusa suficiente. Por eso, es usual que los vicios en cualquier cultura suelen pasar desapercibidos para los miembros de esa sociedad. Al menos hasta que explota un escándalo, que usualmente devela una conducta que había permanecido fuera de nuestra conciencia colectiva de lo que es incorrecto. Con razón advertía tempranamente el mismo Bello, con esa sutil determinación con que luchó por mejorar nuestras instituciones, acerca de los defectos de nuestras prácticas en la administración de justicia y en el ejercicio de la profesión legal.

* Esta presentación es una versión modificada de un trabajo preparado para un libro de homenaje al profesor Antonio Bascuñán Valdés.

¹ A. Bello, Obras Completas (R. Caldera i.a. editores), t. XXVI, Caracas, Fundación La Casa de Bello, 2ª edición, 1984, pp. 6 ss.

El profesor de derecho ignorante que oculta su debilidad con una arrogancia vacía; el juez que se deja influenciar en privado por sus amigos o por intereses; o el abogado desleal con su cliente pueden ser tipos humanos más o menos extendidos o aceptados como un mal inevitable. Eso depende de cuán laxa o cínica sea la cultura que subyace a las diferentes profesiones legales.

II. DESAFÍOS PERSONALES DE LA PROFESIÓN DE ABOGADO

Las exigencias de una profesión se muestran en las virtudes que ella exige de quien tiene la pretensión de desempeñarla con especial dignidad. En el caso del derecho, esas virtudes son muchas y muy variadas. La profesión de abogado exige la sabiduría de conocer y comprender reglas que hemos recibido de una transmisión cultural invaluable, que permite a cada generación conversar con la que la antecede. También nos pide fortaleza para hacer valer los derechos de quienes representamos o juzgamos; o para representar a un cliente los límites de lo lícito. Supone prudencia en el consejo y en la gestión de lo que se nos encarga; y, ante todo, ese sentido de justicia que lleva a los buenos abogados a ser agentes de concordia, pero también de lucha por la primacía de la regla general por sobre la fuerza.

Por cierto que esas virtudes del abogado no pueden ser objeto de una regulación. Los abogados bien sabemos que el perfeccionismo tiene sus límites muy evidentes en el derecho. Sin embargo, lo contrario rige cuando no nos proponemos prescribir la virtud que por naturaleza es excepcional, sino asumimos la tarea menos ambiciosa y alcanzable de definir los mínimos conductuales de la profesión. El abogado está sujeto a muchas tentaciones, especialmente con los grados actuales de competitividad y creciente anomia en el ejercicio de la profesión.

Por eso, no es extraño que una mala persona sea particularmente visible en las profesiones legales. En otras actividades la dimensión moral de la persona puede ser indiferente al momento de ejercer su actividad profesional. No ocurre así en nuestro oficio. La gente pone la confianza de entregarle confidencias y bienes valiosos a su abogado. Y existen mil oportunidades en la vida profesional para defraudar esa confianza. Por eso, es tan importante cuidar y desarrollar el capital cultural que son las buenas prácticas en la profesión.

El abogado está expuesto a las malas prácticas en cualquiera de las actividades de la profesión: como asesor, como litigante, como experto y como juez. Nuestra débil contextura humana se muestra con particular intensidad en las profesiones legales. Todos sabemos que nuestras vidas profesionales están sometidas a muchos cantos de sirena. Al final de cuentas, la fortaleza de las prácticas es el único antídoto eficaz contra esas tentaciones.

Sin ir más lejos, también en la profesión académica se puede comprobar la robustez de una cultura jurídica; por ejemplo, ¿puede ser aceptable que académicos expresen opiniones legales en calidad de expertos, sin atender a conflictos de funciones entre el juicio de experto y de abogado. Por cierto que el abogado y el juez están sujetos cotidianamente a desafíos morales aún más relevantes que los juristas académicos.

Los estándares de las profesiones legales solo pueden ser desarrollados a la luz de una mirada reflexiva de la práctica. Es utópico pensar que cada cual es capaz de discernir lo que es correcto situacionalmente; en particular es difícil juzgarlo con la

debida independencia si está en juego nuestro propio beneficio. De ahí la conveniencia de que las reglas sean discernidas *ex ante*, evitándose la tarea dificultosa de dirimir una pregunta práctica bajo el prisma deformante del propio interés o de la carencia de reflexión. La experiencia muestra que en tales situaciones a veces se carece incluso de la predisposición anímica para plantearse siquiera la relevancia ética que puede tener una actuación que objetivamente resulta éticamente discutible.

III. ENTRE LA VIRTUD Y EL DECORO: LA VENTAJA DE LAS REGLAS SOBRE LOS PRINCIPIOS ASPIRACIONALES

El nuevo Código de Ética Profesional surgió de una invitación a la reflexión, como la que hizo con constancia Andrés Bello hace casi dos siglos, advirtiendo de las malas prácticas aceptadas como “naturales” en su época, en la administración de justicia, en el manejo de los asuntos públicos y en la profesión de abogado².

Las instituciones exigen de cada generación cuidado y atención. El antiguo CEP databa de 1948, en que fue adoptado luego de una breve discusión por el Consejo. Pero sus orígenes se remontan hace casi más de medio siglo. En efecto, su fuente directa fue el Código Uniforme de Ética Profesional, aprobado por el Comité XII de la Quinta Conferencia de la Federación Interamericana de Abogados (1947), pero ese código modelo recogía prácticamente por completo los Cánones de Ética Profesional de la American Bar Association, adoptados en Washington en 1908.

El código, siguiendo el lenguaje de la época, mantenía un carácter más aspiracional que normativo. Sus reglas estaban confundidas con declaraciones acerca de ideales de la profesión. Del mismo modo que el derecho civil, el penal o el administrativo carecerían de densidad normativa suficiente si se limitaran a ciertos principios expresados en cláusulas generales, así también las reglas que rigen el comportamiento profesional requieren de concreción para que sean orientaciones efectivas y conocidas de la conducta profesional.

Además, el antiguo código tampoco se adecuaba a las nuevas formas de ejercicio profesional y a muchos dilemas prácticos más concretos dominantes en este tiempo (como ocurre, por ejemplo, con las modalidades de conflictos de intereses). Por lo mismo, dejaba abiertas muchas preguntas sobre buenas prácticas que han ocupado a las jurisdicciones más diversas por años, creando inseguridad en cuanto a las conductas reprobables y favoreciendo la discrecionalidad excesiva de los juzgadores.

Por otra parte, en una sociedad abierta, como crecientemente ha pasado a ser la chilena, la actividad de los abogados asume naturalmente formas muy diferentes. Por eso, se dificulta sostener un *ethos* único en la profesión. Eso nos obliga a concentrarse en lo que resulta esencial y común a todas esas formas legítimas de nuestra actividad. El nuevo código responde al propósito de adecuar antiguos principios, trayendo a consideración nuestra propia tradición, así como los estándares comparados más reconocidos en materia de regulación profesional³.

² Véanse, por ejemplo, *Observancia de la Lei*, en Araucano de 1836, reproducido en *Obras Completas* (edición bajo la dirección del Consejo de Instrucción Pública), tomo IX, Santiago, Pedro G. Ramírez, 1885, páginas 201 ss.)

³ Se tuvieron por la secretaría en especial consideración los siguientes ordenamientos: Código Deontológico de la Abogacía Española, de 2000; Model Rules of Professional Conduct de la American Bar Association

Por otro lado, por las razones antes señaladas, más que atender al modelo del abogado particularmente virtuoso, por mucho que este modelo esté siempre latente en la conciencia del gran abogado, un código profesional tiene más bien que discernir cuáles conductas resultan contrarias a los deberes generales de decoro, lealtad, independencia, secreto y colaboración con la administración de justicia.

Por eso, el nuevo código, luego de enunciar los principios generales en el Título Preliminar, atiende a prevenir las malas prácticas, las conductas que en concreto resultan contradictorias con esas directivas generales. Más que definir un modelo ideal de abogado, la tarea más relevante ha sido la mucho más ingrata de definir aquello que resulta incompatible con un ejercicio digno y legítimo de la profesión.

De hecho, el espíritu del nuevo código responde mejor a la idea de un “código de buenas prácticas” que a la semánticamente más pretenciosa de un “código de ética” [palabra tan digna que de tanto manoseo suele devenir en palabrota]. Por su naturaleza, la ética supone un hábito en el ejercicio de la virtud. Por eso, escapa a cualquier regulación. Se decidió por razones históricas conservar la antigua denominación de Código de Ética, pero, siguiendo una tendencia comparada muy razonable, se asumió la tarea de definir reglas tan precisas como resultara posible y que limitaran su objetivo a establecer los deberes inexcusables asociados a la profesión.

Por ejemplo, en ese espíritu, el nuevo código autoriza al abogado a informar honesta y verazmente acerca de sus servicios profesionales, pero al mismo tiempo define precisamente lo que le está prohibido en un afán excedido de publicidad, incluyendo el resguardo de los deberes de confidencialidad con los clientes (artículo 12). Por el contrario, se prohíbe la sollicitación, siguiendo una antigua regla, que evita que el abogado se ponga en una situación de poder o influencia injusta o desmedida frente a quien está necesitado de asesoría legal (artículo 13).

IV. ALGUNOS CRITERIOS FUNDAMENTALES DEL NUEVO ORDENAMIENTO

A pesar de su orientación práctica, en el trasfondo de las reglas del CEP subyace un ethos profesional, que debe ser cuidado y conservado y que es típico de una actividad que no solo cumple una función privada, sino también pública. En el ámbito público el código concibe al abogado como un leal colaborador de la administración de justicia, cuidadoso del predominio del derecho; en el privado, atiende a las particularidades de una relación profesional de naturaleza particularmente fiduciaria.

El CEP asume que la libertad del cliente y del abogado para relacionarse entre sí es condición para la vigencia del derecho. La libre relación del abogado con su representado es en cierto sentido un supuesto de todas las demás prerrogativas profesionales. El CEP asume este principio como directiva fundamental, que se revela tanto respecto del poder público como en la relación con el cliente.

(actualizadas en 2009); Solicitors Code of Conduct del Reino Unido de 2007; Règlement Interieur National de la profession d'avocat francés de 2004; la ley alemana sobre la profesión de abogado (Bundesrechtsanwaltsordnung), complementada por las reglas profesionales de la asociación de colegios de abogados alemanes (Berufsregeln für Rechtsanwälte); Code of Conduct for European Lawyers, aprobado por el Council of Bar and Law Societies of Europe en 1988 (última reforma en 2006); Proyecto de Código de Ética y Responsabilidad Profesional en Derecho, preparado por una comisión de abogados peruanos, 2008.

En el primer sentido, la libertad del abogado es un bien muy crítico en momentos en que está amenazado el estado de derecho. Así, el Colegio de Abogados instituyó una tradición de cautela de la libertad del abogado para relacionarse con su representado cuando en octubre y diciembre de 1973 hizo presente (infructuosamente) a la autoridad política y militar las prerrogativas de libertad y de plena información que debían reconocerse al abogado en la defensa de sus representados⁴.

La independencia del abogado es un antiguo ideal profesional, que se asocia al carácter liberal de la profesión. Además, cruza transversalmente muchos de los deberes más fundamentales del abogado.

Ante todo, el abogado es un órgano independiente de la administración de justicia (CEP 1948, artículos 1º y 25; CEP 2011, artículos 2º y 93). La independencia se muestra respecto del Estado y de los propios tribunales, que no pueden impedir ni dificultar al abogado su actuación de defensa y representación; de lo contrario se desnaturaliza la función social más elemental de la profesión.

Pero la independencia atiende también a la relación con el cliente (artículo 6º). Es un antiguo y valioso principio profesional que el abogado debe ser capaz de dar al cliente una opinión imparcial, lo que por cierto requiere de su parte algún grado de fortaleza. En este sentido, la independencia y la libertad del abogado se muestra ante el propio cliente (artículo 6º).

El abogado presta el servicio profesional más profundamente fundado en la confianza. De esta relación fiduciaria nacen deberes y derechos calificados en la profesión. Los deberes de lealtad son correlativos a la naturaleza personal y fiduciaria de la relación del abogado con su cliente (artículo 23).

Por eso, la lealtad es el más amplio de los deberes profesionales; de hecho, a su luz pueden entenderse muchos otros deberes.

La lealtad exige no anteponer ningún otro interés al del cliente, respetando asimismo su autonomía, sin otros límites que la ley y las reglas del CEP (artículo 3º). El compromiso con el interés del cliente es tal, que el abogado no debe posponerlo incluso si el cumplimiento de su deber de servicio amenaza crearle antipatía o impopularidad (artículo 26).

La principal amenaza de los deberes de independencia y de lealtad proviene de que el abogado esté prisionero o seriamente afectado por conflictos de intereses con el propio abogado o con otro cliente. Así se explica que muchas de las innovaciones más importantes del nuevo código sean en esta materia.

El solo riesgo serio de un conflicto de interés debe inhibir al abogado para tomar un asunto y si es sobreviniente debe advertirlo y entregarlo con debida protección de clientes.

Después de terminada la relación profesional no existe, en principio, conflicto posible de intereses. Sin embargo, existe el riesgo de que se vea afectada la confidencialidad, en la medida que la información proveniente del primer cliente sea utilizada en interés del segundo. En tal situación, no puede el abogado intervenir si los intereses

⁴ Comunicaciones de 24 de octubre y 5 de diciembre de 1973, dirigidas por el Presidente del Colegio de Abogados, don Alejandro Silva Bascuñán, al Ministro de Justicia y a los auditores militares que estaban a cargo de juicios sustanciados bajo un declarado estado de guerra, respectivamente, solicitando libertad de comunicación con los defendidos y plena información acerca de los cargos que les son formulados.

del antiguo y nuevo cliente son contradictorios y, además, existe el riesgo de que la confidencialidad sea infringida, sea por revelación, sea por utilización en beneficio del nuevo cliente (artículo 85). La inhabilidad está determinada, en consecuencia, por la concurrencia de dos requisitos: intereses contradictorios y riesgo a la confidencialidad.

En todo caso, el conflicto de intereses puede ser dispensado por el consentimiento informado y por escrito del cliente (artículos 90 y 78). En la materia existe una diferencia con los conflictos de funciones, que no son dispensables, porque no afectan solo el interés particular, sino también otros bienes de interés general (artículo 91).

Los conflictos de funciones son diferentes a los conflictos de interés. Tienen que ver con los roles que el abogado desempeña, además de su profesión. En nuestro lenguaje común el problema se expresa crudamente en que “nadie puede ser juez y parte” en un asunto. Por eso no pueden ser dispensados. Pero se extiende, al menos como riesgo a otras funciones, distintas de la juzgar.

El CEP regula como conflictivas con el oficio de abogado las funciones de parlamentario, de juez o mediador y de funcionario público.

En lo que respecta al ejercicio de la función arbitral, el CEP se limita a precaver la situación abusiva que se puede producir si el árbitro propone a las partes honorarios desproporcionados en un momento en que para las partes resulta imposible o difícil su sustitución como árbitro. Por eso, se establece un deber de prudencia en la fijación de honorarios. Al mismo tiempo, se estiman razonables los honorarios que se ajusten a los estándares establecidos por entidades respetables de arbitraje nacional o internacional (artículo 120).

El CEP no emprende la tarea de establecer otras reglas de buenas prácticas en el arbitraje. La informalidad con que suele desarrollarse el arbitraje no necesariamente es deseable (a menos que así lo convengan las partes). En la materia se han hecho progresos en muchas jurisdicciones⁵, y todo indica que es una tarea pendiente establecer reglas de buenas prácticas acerca de la manera de conducir un proceso arbitral. Pero esta labor supone la tarea del Colegio de Abogados y de las instituciones arbitrales de discernir un ordenamiento especial de buenas prácticas arbitrales.

La confidencialidad y el secreto constituyen prerrogativas y deberes básicos para que el abogado pueda cumplir sus funciones de asesoría y defensa. Responden dos cuestiones cruciales en la relación del cliente con su abogado. La más estricta confidencialidad es la columna que sustenta la relación de confianza con el abogado.

La confidencialidad asegura que la asesoría y defensa legal no esté amenazada por la publicidad de lo que el cliente confía al abogado; es condición para que el abogado reciba información que le permitirá el consejo y la representación de intereses ajenos. La confidencialidad tiene por antecedente y expresa la relación intensamente fiduciaria entre el abogado y su cliente (artículo 46).

El deber de confidencialidad es indefinido, esto es, se prolonga más allá de la vigencia de la relación profesional (artículo 47) y se condiciona de tal manera el ejercicio de la función de abogado que subordina cualquier otro deber (artículo 49). El

⁵ Véanse, por ejemplo, The Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes, aprobado por la American Bar Association en 2004, cuyo antecedente es un trabajo de 1977 con la American Arbitration Association: http://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/dispute/commercial_disputes.authcheckdam.pdf

nuevo código es tan cuidadoso en la materia que el abogado no está obligado a revelar información confidencial incluso si cuenta con el consentimiento expreso del cliente (artículo 51); la norma se justifica por el derecho que tiene el abogado de apreciar en conciencia las circunstancias de esa autorización.

Solo de forma muy excepcional puede el abogado revelar información confidencial, en circunstancias precisamente definidas por el CEP: sólo si es funcional y proporcional al fin que justifica la revelación, y no existe otro medio apropiado para lograrlo, el abogado puede hacer valer esas excepciones (artículos 55 s).

El secreto profesional, por su parte, es la prerrogativa y el deber del abogado de hacer valer esa confidencialidad frente a cualquier autoridad o tercero que pretenda acceder a información acerca del cliente.

El abogado requerido por la autoridad de entregar información confidencial tiene el deber de procurar que le sea reconocido el derecho al secreto profesional. A tal efecto, el abogado debe interpretar la ley que es invocada de la manera que es más consistente con el deber de confidencialidad y debe realizar las actuaciones razonables para impugnar las decisiones de la autoridad que amenazan su deber de confidencialidad (artículo 60).

La fortaleza del secreto profesional desde el punto de vista de las prácticas profesionales se muestra incluso en el extremo de que se frustré la defensa jurídica del derecho al secreto. En tal caso podrá haber una obligación legal de entregar la información, pero si el abogado no la entrega, se entiende que esa conducta no infringe las normas éticas de la profesión (artículo 62); en otras palabras, en tal situación el abogado está legalmente obligado y éticamente facultado, pero no obligado, a entregar la información.

V. DISCUSIÓN Y APROBACIÓN DEL NUEVO CÓDIGO DE ÉTICA Y NUEVO PROCEDIMIENTO DE RECLAMOS

La tarea asumida por el Consejo en el período 2007-2011 fue revisar todas las reglas del código de ética que se ha reseñado. Un grupo de consejeros y de abogados asociados trabajó intensamente en la preparación de las reglas, a la luz de los muchos cambios ocurridos en el ejercicio de la profesión, proponiendo directivas que respondan a estándares internacionales reconocidos. En las diversas tareas y etapas de desarrollo del proyecto participaron aproximadamente cien excelentes abogados: 11 consejeros (2 presidentes de la comisión), 34 invitados y un coordinador; a ellos se suman los abogados invitados y los abogados de diversas jurisdicciones que formularon sugerencias en consultas públicas. La magnitud del trabajo requirió 12 sesiones plenarias de la Comisión de Ética y 30 sesiones dedicadas a su análisis por el Consejo General.

Vinculado a esta reforma sustantiva de las normas éticas, se inició un proceso de revisión de los procedimientos sancionatorios. El antiguo procedimiento de reclamos centraba en un consejero la tramitación del reclamo; no se preveía un proceso de formulación de cargos, ni se establecían reglas probatorias; el mismo consejero encargado de la investigación relataba el caso ante el Consejo en pleno y proponía la resolución. El Consejo solía pedir alguna información adicional y votaba el acuerdo, modificando a veces la propuesta del consejero relator.

El procedimiento era criticable a la luz de principios básicos del debido proceso sancionatorio, como lo hizo valer en 2010 una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago. Luego de una larga discusión acerca de la conveniencia de innovar en la materia, finalmente primó en el Consejo la convicción de que era necesario introducir una reforma sustancial. Durante el período 2007-2009 se realizaron diversos diagnósticos previos y durante 2009-2011 se trabajó en una reforma íntegra al mismo.

La jurisdicción disciplinaria corresponderá a tribunales éticos compuestos por consejeros y abogados designados por el Consejo. Hemos separado la función de asesoría de los reclamantes y de conciliación para obtener una pronta reparación, que estará a cargo de profesionales del Colegio, de la tarea de investigar y formular cargos, función que ejercerá un abogado instructor designado por el Consejo.

VI. DOS PASOS PENDIENTES

El primer paso pendiente es una ley que someta a todos los abogados a un procedimiento expedito de reclamos. En la actualidad, los profesionales afiliados a un colegio están sujetos a su jurisdicción disciplinaria eficiente, que protege al reclamante. Pero respecto de quienes no lo están, el afectado debe iniciar un juicio ante un juez civil, con los costos y dificultades que ello supone.

La reforma constitucional de 2005 estableció que las resoluciones de los tribunales de ética de los colegios profesionales serían apelables ante la respectiva Corte de Apelaciones, lo que se justifica porque sus resoluciones no solo producirían efectos de justicia doméstica, sino generales en el ejercicio de la profesión. Este cambio iba de la mano de que se crearan por ley tribunales éticos especiales, que conocieran de reclamos contra quienes no estuvieran colegiados (artículo 19 N° 16 IV). Una nueva ley de colegios profesionales debiere establecer procedimientos análogos a los reseñados y crear esa justicia especializada, complementaria a la ejercida por los colegios profesionales.

La segunda tarea urgente se relaciona con el valor informativo del título de abogado. El sistema universitario chileno es muy abierto y el sistema de acreditación por completo defectuoso. Hay espacio para la excelencia, como hay ejemplos distinguidos, pero también para la mediocridad y la extrema mediocridad.

Además, la licenciatura no justifica por sí misma las calificaciones profesionales mínimas. De hecho, las más grandes universidades no tienen una orientación propiamente profesional. Más bien abren rutas al discernimiento para que sus egresados lleguen a ser grandes bogados. De ello también se sigue que la licenciatura no debiere ser confundida con el requisito nacional de habilitación profesional. El deber de diligencia de todo abogado tiene por supuesto que posea las calificaciones cognitivas y prácticas para desempeñar su tarea. El ordenamiento no puede confiar, especialmente en un sistema universitario que admite muy deficientes escuelas de derecho, en que la sola licenciatura sea un requisito habilitante para ejercer la profesión.

EL CONOCIMIENTO PRESUNTIVO DE LA LEY*

Prof. Pablo Rodríguez Grez

Entre los grandes “misterios” del derecho, que pesan sobre todos los niveles del saber jurídico, se halla el llamado conocimiento presuntivo de la ley establecido en Chile en el artículo 8 del Código Civil. Como es sabido, la doctrina, ha dado a esta institución el carácter de ficción más que de presunción de derecho, ya que de la circunstancia de que una norma se publique (en el Diario Oficial o en el medio que corresponda), no pueda razonablemente deducirse que ella sea conocida de inmediato por toda la comunidad, rechazando, a priori, salvo contadísimas excepciones (error de prohibición), la alegación de desconocimiento de la ley¹⁻². Es más, se ha sostenido, fundado en lo que dispone el artículo 706 inciso final del Código Civil, que alegar un error de derecho constituye una presunción de mala fe que no admite prueba en contrario (presunción de derecho). Aun cuando no compartimos esta opinión, puesto que circunscribimos lo ordenado en el inciso final del artículo 706 a materia posesoria, queremos destacar a qué extremo se ha llegado en lo relativo al alcance de la ficción sobre el conocimiento de la ley.

De inmediato salta a la vista la necesidad de justificar este instituto que, reitero, constituye para cualquier observador, sea o no conocedor del sistema jurídico, a lo menos, un “misterio”, sino una aberración.

* El planteamiento contenido en esta ponencia está en concordancia con la concepción general del derecho que el autor ha expuesto en tres libros: “El derecho como creación colectiva”(1999), “Estructura funcional del derecho” (2001) y “Sobre el origen, funcionamiento y contenido valórico del derecho”(2006). Inspirado en la Teoría Pura del Derecho de Hans Kelsen, esta concepción se adscribe al positivismo analítico.

¹ Es curioso constatar que la redacción original de los artículos 6, 7 y 8 del Código Civil, difiere de los actuales. Así, por ejemplo, el artículo 6 decía que “La lei no obliga sino en virtud de su promulgación por el Presidente de la República, i despues de transcurrido el tiempo necesario para que se tenga noticia de ella. La promulgación deberá hacerse en el periódico oficial; y la fecha de la promulgación será, para los efectos legales de ella, la fecha de dicha periódico”. Nótese que se alude a la “promulgación” de la ley, refiriéndose, sin embargo, a la “publicación”. Por su parte, el artículo 7, en su primera parte, decía que “En el departamento en que se promulgue la lei, se entenderá que es conocida de todos y se mirará como obligatoria, después de seis días contados desde la fecha de la promulgación...”. El mismo artículo, confundiendo promulgación con publicación, cuestiones hoy son muy distintas, señalaba en su último inciso: “Podrá tambien ordenarse en ella, en casos especiales, otra forma de promulgación”. Finalmente, el artículo 8 concluía diciendo que “No podrá alegarse ignorancia de la lei por ninguna persona, despues del plazo común o especial, sino cuando por algun accidente hayan estado interrumpidas durante dicho plazo las comunicaciones ordinarias entre los dos referidos departamentos. En este caso dejará de correr el plazo por todo el tiempo que durare la incomunicación” (hemos mantenido la ortografía original).

² Los casos en que se admite el error de derecho son muy escasos, destacándose lo previsto en el artículo 2297 del Código Civil a propósito del cuasicontrato de pago de no debido; y en los artículos 107 y 110 del Código Tributario.

Comencemos por reconocer que esta ficción es un presupuesto indispensable que hace posible el funcionamiento del derecho como sistema. No se necesita mucha suspicacia para descubrir que ausente este mecanismo es impensable una sociedad regida por normas jurídicas. El conocimiento presuntivo del mandato normativo, la plenitud del ordenamiento jurídico y la realización espontánea del derecho, conforman una trilogía, que bien puede calificarse como base de la organización social fundada en el imperio del derecho.

Para justificar el conocimiento presuntivo de la ley, se han intentado diversas explicaciones. Entre estas, el hecho de que las normas jurídicas recogen un *mínimum ético* compartido por los miembros de la comunidad, de modo que, en el fondo, ellas subyacen en la conciencia de todos quienes están llamados a respetarlas. Fue George Jellinek quien dijo que el derecho no era más que “el precipitado histórico de la moral”, confundiendo dos planos que difieren en su ser y su alcance, distinción que, desde Thomasius y Kant, acepta la mayoría de los juristas. Este planteamiento supone que el cuerpo social comparte un conjunto de principios que gobiernan la conciencia íntima de los hombres, dando a lo ético un cierto sentido absolutista.

Para los *ius naturalistas* la cuestión es todavía más fácil, ya que la existencia de un “derecho superior”, revelado o integrado a la naturaleza racional del hombre, que inspiraría las leyes humanas, permitiría anticiparse al conocimiento de las normas sin incurrir en un *contrasentido*. Últimamente se ha abierto paso la tesis de los “evolucionarios” (partidarios de la teoría de la evolución de las especies formulada originalmente por Charles Darwin y que puede también hacerse extensiva a las ciencias sociales), quienes afirman que el hombre trae *encriptado genéticamente* en su ADN algunas “concepciones”, que se han ido formando y transmitiendo a lo largo de miles de años, de generación en generación, lo cual explica una idea anticipada de la propiedad, de la justicia, de la preferencia y protección por el núcleo familiar, de la autodefensa, etcétera. De manera que, al nacer, cada uno es portador de un código compuesto de conceptos básicos que no son producto de una voluntad divina o una imposición extraterrenal, sino fruto de una larga evolución que fue necesaria para que el hombre se adaptara a la vida en la Tierra.

No faltan, tampoco, quienes piensan que el conocimiento presuntivo de la ley importa un deber ciudadano, fundado en el interés social, razón por la cual no puede excusarse el deber de enterarse del mandato normativo desde el momento de su entrada en vigencia. De aquí que el incumplimiento de la norma, con el pretexto de desconocer su existencia o contenido, pueda ser sancionado, debido a que todos han podido y debido tener acceso a ella en virtud de un deber ciudadano impuesto en función de un interés social superior. Otros autores razonan en el sentido de que esta presunción es necesaria desde un punto de vista práctico, puesto que de lo contrario se abriría una peligrosa compuerta para generalizar el incumplimiento.

Finalmente, digamos que tampoco están ausentes quienes afirman que lo dispuesto en el artículo 8 del Código Civil no configura una “presunción de derecho”, ya que no concurren en ello los elementos que son propios de este medio probatorio. Comentando esta posición, Hernán Corral Talciani, en su obra sobre la materia, afirma que Enrique Pascal, en su memoria de prueba, niega el carácter de presunción de derecho al conocimiento de la ley, ya que, según él, para que exista una presunción de

derecho son necesarios, al menos, tres elementos: que se establezca una norma probatoria, que se prohíba la prueba contraria, y que se haga tal prohibición de manera expresa y formal. Y ninguno de ellos, a juicio de Pascal, se da en la llamada presunción del conocimiento de la ley³. No cabe, entonces, sino asilarse en el concepto de ficción para explicar el alcance de los artículos 7 y 8 del Código Civil. Otro autor –Hugo Rosende Subiabre– se inclina también por la teoría de la ficción, destacando que entre presunción y ficción no existen sino diferencias meramente académicas: Reconozcamos, desde luego, que esta discusión es puramente académica, pues, cualquiera que sea la calificación jurídica que se dé al principio que estudiamos, se mantendrá inalterable una conclusión fundamental, cual es, que cumplidos los hechos constitutivos de la publicación, nadie pueda alegar ignorancia de la ley, y excusarse consecencialmente de su cumplimiento⁴.

Generalmente, el hombre medio, asombrado ante el alcance de este instituto, consulta sobre su efectividad práctica, encontrándose con la respuesta más insólita: sin embargo, opera y no constituye obstáculo para el buen funcionamiento del derecho.

Ante este panorama, sostengo que tras el conocimiento presuntivo de la ley, ficción o presunción de derecho, subyacen otros elementos que no han sido advertidos en su integridad.

I. EL CONOCIMIENTO PRESUNTIVO DE LA LEY Y LA ESTRUCTURA Y DESARROLLO DEL SISTEMA NORMATIVO

El conocimiento presuntivo de la ley puede analizarse desde una doble perspectiva: examinarlo a la luz del desarrollo y funcionamiento del sistema normativo y la participación que en ello cabe al sujeto de derecho (**agente**); o bien en cuanto infractor del mandato jurídico (**destinatario**). Como se demostrará en lo que sigue, la ficción de conocimiento de la ley no juega en ambas áreas el mismo rol.

Veremos, en primer lugar, lo que sucede en el área relativa al desarrollo y funcionamiento del sistema normativo (el sujeto como agente), la cual juzgamos más importante por la participación que cabe a los imperados en este, para nosotros, prodigioso mecanismo; en segundo lugar, trataremos del incumplimiento de la norma (el sujeto como destinatario) y la forma en que el sistema preserva su aplicación y reconstituye el orden querido y previsto por el sistema.

Comencemos por destacar que **la validez jurídica** (entendida como poder de la norma para obligarnos) **es derivada**. Esto implica afirmar que una norma vale (obliga), porque formal y materialmente está incorporada al sistema de acuerdo con lo dispuesto en una norma superior. De aquí nace la doble función que se atribuye a toda norma: función de “ejecución” de la norma superior y función de “producción” de una norma inferior.

Si nos representamos el sistema normativo como un triángulo isósceles invertido, asignando a la hipotenusa el carácter de norma constitucional (la más general y abstracta y, por lo mismo, la de mayor jerarquía normativa), observaremos que el sistema

³ Hernán Corral Talciani, “De la ignorancia de la ley. El principio y su inexcusabilidad”, Editorial Jurídica de Chile, año 1987, pág.125.

⁴ Hugo Rosende Subiabre, “La Promulgación y la publicación de la ley”, Memoria de Prueba, Editorial Nascimento, Santiago, año 1941, pág. 168.

se desarrolla mediante la singularización gradual del mandato superior (constitución, ley y reglamentos), hasta llegar a un mandato particular y concreto, referido a sujetos determinados (sentencias judiciales, resoluciones administrativas, actos y contratos y reglas que el destinatario de la norma se da a sí mismo para singularizar un mandato general y abstracto que quiere cumplir espontáneamente). Por ende, el sistema jurídico, en cuanto estructura, se desarrolla mediante un principio de concreción o singularización del mandato normativo, mediante el cual transitamos entre la prescripción general y abstracta y la prescripción concreta y particular.

Lo que interesa, en este contexto, es precisar en cuál de las cuatro etapas de singularización (constitución, ley, reglamento y regla particular) interviene el imperado (como agente) con la carga del “conocimiento presuntivo de la norma”.

Del análisis propuesto, se sigue que el sujeto de derecho (salvo los titulares de las potestades normativas) o no participa en lo que podríamos llamar las diversas etapas del proceso de generación del orden jurídico o, bien, su participación no supone el conocimiento presuntivo de las normas. Así, por vía de ejemplo, el ciudadano interviene, solo excepcionalmente, en el ejercicio de la potestad constituyente (cuando surge un conflicto entre el Congreso y el Presidente de la República que se dirime en plebiscito), caso en el cual no opera la “presunción de conocimiento de la ley”; ninguna intervención le cabe tratándose de la generación de las leyes; ni ninguna, tampoco, en la gestación de un reglamento o un auto acordado. En otras palabras, el imperado está ausente en estas tres etapas, atendido el hecho de que el ejercicio de la potestad constituyente, legislativa y reglamentaria corresponden a las autoridades instituidas en la Constitución, lo cual hace posible que su creación obligue a terceros. Contrasta esta situación con lo que ocurre en la cuarta etapa (producción de reglas), ya que en este evento (así se trate de la jurisdicción, de la potestad administrativa o de la autonomía privada) el imperado interviene directa y formalmente, a tal punto que sin su intervención (real o virtual), no puede generarse un mandato particular y concreto que le concierna y alcance.

Una sentencia judicial se dicta con la participación directa de quienes resultan afectados por ella (efecto relativo de la sentencia); una resolución administrativa puede siempre ser impugnada por el destinatario, sea por medio de recursos deducidos ante la misma Administración o ante los Tribunales de Justicia; un acto o contrato tiene también siempre una validez provisional y una presunción de legitimidad que puede ser destruida por medio de una sentencia judicial; finalmente, aquella regla que el imperado se da a sí mismo para cumplir espontáneamente una norma (singularización impropia) queda sujeta, invariablemente, a impugnación por cualquiera que se considere afectado.

De la distinción anotada se infiere, en lo relativo a la producción de “normas” (mandatos generales y abstractos), que el conocimiento presuntivo de la ley carece de toda relevancia; en tanto, en la producción de “reglas” (mandatos particulares y concretos cuya validez se funda en las normas), el conocimiento presuntivo de la ley tampoco reviste una significación especial, por cuanto ellas se gestan en un procedimiento complejo establecido en el mismo sistema jurídico.

Aclaremos, desde luego, que el conocimiento presuntivo de la ley lo hemos referido a la producción de las fuentes formales del derecho. Lo anterior porque es aquí en donde

tiene verdadera trascendencia o, al menos, mayor trascendencia que tratándose de un mero incumplimiento, el cual, además, da lugar un procedimiento sancionatorio. Por lo tanto, la importancia del conocimiento presuntivo de la ley queda relegado a un aspecto menor, incomparablemente menos trascendental que la producción de reglas.

El presente enfoque obliga a reconocer que el imperado, por imprudente que parezca esta afirmación, no cumple (directamente) las normas, sino las reglas indispensables para su aplicación. No es dable acatar un mandato general y abstracto sin previamente singularizarlo, y esta tarea –fundamental en el derecho– nos lleva a la generación de “reglas” en ejercicio de las potestades regulatorias: jurisdiccional, administrativa y autonomía privada. Es posible sostener, entonces, que las normas se cumplen por medio de las reglas y que estas, fundadas en elementos normativos que se desprenden de aquellas, ejecutan el mandato general y abstracto.

El imperado, en lo esencial, cumple directamente “reglas” y no “normas”. Lo que resulta sorprendente, a nuestro juicio, es que ninguna “regla” le es impuesta sin su participación (virtual o real), de suerte que el derecho termina siendo una “creación colectiva”, en la cual interviene la sociedad toda y cada uno de nosotros en la medida que el mandato está referido a nuestra conducta. Desde esta perspectiva, el derecho es mucho más perfecto y participativo de lo que hemos supuesto, porque sus mandatos terminan referidos a la conducta particular de cada uno de nosotros.

Conviene precisar a esta altura el rol que juega lo que hemos llamado regla personal, tácita y autocompuesta o, para simplificar su caracterización, pararegla. Cuando la singularización del mandato general y abstracto proviene de un tribunal, una autoridad administrativa, o la expresión de la voluntad de los interesados, el sujeto está obligado a desplegar una conducta sea porque la orden proviene de una autoridad (sentencia o resolución administrativa), o por el hecho de haber autolimitado su libertad (acto o contrato). ¿Qué sucede cuando el mismo sujeto aspira a dar cumplimiento a una norma sin que medie un poder encargado de singularizar el mandato general y abstracto? En esta hipótesis es el sujeto mismo –destinatario de la norma– quien cumple la exigencia de singularización, produciendo una regla tácita (porque debe necesariamente existir) y compuesta según lo disponga soberanamente quien ejecuta esta tarea. Lo que llamamos pararegla es lo que más abunda en el mundo jurídico, ya que la “realización espontánea del derecho” es uno de los presupuestos en que descansa el sistema jurídico. Una pararegla puede ser perfecta o imperfecta. La primera supone que no es objetada y se integra al ordenamiento jurídico como tal. La segunda es objetada y, en tal caso, se sustituye por una regla formal (sentencia judicial si la objeción se formuló a un tribunal, resolución administrativa si la objeción se formuló a las autoridades competentes de la Administración, y acto y contrato si la objeción se resuelve por medio de un acuerdo de voluntades al margen de las potestades públicas). Si no admitimos la existencia de la pararegla, hacemos imposible el cumplimiento espontáneo del derecho y, por lo mismo, imposible la existencia de un ordenamiento jurídico en forma.

Ahora bien, el conocimiento presuntivo de la ley juega un papel esencial en la producción de la pararegla (puesto que se trata de singularizar el mandato general y abstracto para darle cumplimiento), pero, como es obvio, quien la produce ha debido tener acceso previo a ella (conocerla efectivamente, sea que se trate de un dominio

cabal o relativo). Por lo mismo, la presunción de conocimiento de la ley no constituye una ficción, sino una realidad palpable de la cual se vale quien aspira a cumplir voluntariamente lo que la norma ordena.

Con todo, no podemos omitir el hecho de que la presunción de conocimiento de la ley impide alegar el “error de derecho” en materia contractual (artículo 1452 del Código Civil), razón por la cual parece estar cubierto tanto la ignorancia de la ley como su equivocada interpretación. En consecuencia, la errada interpretación de la ley, sea en la ejecución de un acto, en la celebración de un contrato o en la construcción de una pararegla, debe ser considerada como “error de derecho”. Pero en este caso otra institución –por ejemplo la prescripción de las acciones de nulidad– salva el error y excusa la ignorancia de la ley. A la ignorancia de la ley se superpone la necesidad de dar estabilidad y certeza a la relación jurídica. Se atenúa así el efecto de esta presunción-ficción.

Demostrado que el conocimiento presuntivo de la ley no afecta gravemente el proceso de gestación de las fuentes formales del derecho objetivo, y que ella tampoco juega un rol significativo en la creación del derecho informal que se expresa con lo que hemos denominado pararegla, solo resta a esta presunción-ficción un campo muy delimitado: el incumplimiento de un mandato normativo sin que medie ninguno de los instrumentos llamados a singularizar la prescripción general y abstracta que se dice vulnerada.

II. EL CONOCIMIENTO PRESUNTIVO DE LA LEY Y EL INCUMPLIMIENTO DE SU MANDATO

Veamos, ahora, lo que ocurre en la segunda área enunciada, vale decir, cuando se imputa al **destinatario** de la norma la infracción de su mandato.

Indudablemente el conocimiento presuntivo de la ley cobra mayor importancia tratándose pura y simplemente de su incumplimiento, sin que medie instancia alguna de concreción o singularización. Para que tal ocurra es necesario que el imperado no haya intervenido en la gestación de una “regla”, por la que el mandato normativo haya quedado singularizado a su respecto.

La imputación de incumplimiento –que puede provenir de una autoridad o un particular– dará lugar a un proceso sancionatorio en el que pesará sobre el afectado la “carga” del conocimiento presuntivo de la ley y que deberá concluir con la dictación de una regla formal (sentencia judicial, resolución administrativa o acto o contrato).

El conocimiento presuntivo de la ley constituye una ficción que solo alcanza a las normas, no así a las reglas. De suerte que la cuestión queda reducida a la construcción de la regla llamada a sancionar el incumplimiento del mandato general y abstracto. Lo que se presumirá, al elaborarse la regla respectiva que sigue al incumplimiento, es uno de sus componentes (los elementos normativos que se transfieren al mandato de menor jerarquía para darle validez). Si bien dichos elementos normativos son lo más importante (puesto que representan lo mismo que en los seres humanos la información genética que los identifica), no se agota en ellos la construcción de la regla (sancionatoria). Agréguese, además, que la singularización de la norma será fruto de un contexto fáctico, en el cual habrá de admitirse otro tipo de elementos que pueden atenuar considerablemente las consecuencias del conocimiento presuntivo de la ley, tales como la “buena fe”, las “buenas costumbres”, el “orden público”, la “moral”, etcétera.

Así las cosas, la importancia del conocimiento presuntivo de la ley queda reducido considerablemente, gravitando solo en la construcción de la regla sancionatoria por incumplimiento de una norma, y sus efectos mitigados por el contexto en que se produce la infracción y otros componentes que atenúan sus efectos.

Cabe plantearnos un caso que estimamos interesante en el cual se halla comprometido el “conocimiento presuntivo de la ley” confrontado con otros principios de derecho. Imaginemos que, a propósito de la celebración de un contrato, una de las partes advierte que, antes de suscribir la convención, la otra parte ha incurrido en un error de derecho que perjudica su posición contractual y sus intereses (por ejemplo, conviene en el contrato de compraventa que un pacto comisorio prescribirá en tres años respecto de la obligación de pagar el precio, obligación que se hará exigible al término del mismo plazo, todo ello como consecuencia del desconocimiento del vendedor de lo establecido en el artículo 1880 del Código Civil). Demandada la nulidad de esta estipulación, se opone como excepción el conocimiento presuntivo de la ley, vale decir, de lo señalado en el mencionado artículo 1880 del Código Civil. ¿Debe el juez preferir la aplicación del principio de la buena fe (artículo 1546 del Código Civil), y en materia de interpretación de los contratos, el principio que debe preferirse el sentido en que una cláusula puede producir efecto, a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno (artículo 1562 del Código Civil); o, bien, debe invocar el conocimiento presuntivo de la ley (artículo 8 del Código Civil), y la inadmisibilidad del error de derecho (artículo 706 inciso final del Código Civil)?

No nos cabe duda alguna que forzado a adoptar una decisión, el juez optará por desdeñar el conocimiento presuntivo de la ley, optando, en cambio, por los otros principios enunciados, expresión cabal de la buena fe contractual.

Las razones dadas probablemente sean las que expliquen por qué razón esta presunción-ficción no ha despertado resistencia en los juristas ni provoque conflictos o controversias, sino por excepción.

Cuando se nos dice que la presunción de conocimiento de la ley resulta fundada en un absurdo, puesto que son muy pocos quienes se enteran del texto de una ley una vez que ella es publicada y entra en vigencia (apenas algunos y, por cierto, no todos los abogados), debemos replicar que atendiendo al funcionamiento del sistema jurídico, aquella presunción queda relegada a un área muy limitada siendo, incluso, posible neutralizar sus efectos mediante una tarea jurisprudencial creativa.

III. A MANERA DE SÍNTESIS CONCLUSIVA

Con el ánimo de esclarecer este planteamiento, podemos proponer las siguientes conclusiones:

1. El conocimiento presuntivo de la ley, que corresponde más bien a una ficción, debe analizarse a la luz del funcionamiento y desarrollo del sistema normativo (el sujeto como agente) y del incumplimiento del mandato legal (el sujeto como destinatario).
2. El ordenamiento jurídico se nos presenta como una pirámide invertida (un triángulo isósceles), ocupando la hipotenusa la posición que corresponde a la Constitución –la norma más general y abstracta y, por lo mismo, la de mayor jerarquía normativa– razón por la cual gravita sobre todas las demás expresiones jurídicas formales integradas a la pirámide en orden jerárquico decreciente.

3. Apreciamos la validez jurídica como derivada. Por consiguiente, la norma jurídica obliga porque, tanto formal como materialmente, ha sido incorporada al sistema jurídico de acuerdo con lo prescrito en una norma superior. En este sentido es verdadera la aseveración de que el derecho se autogenera, porque su construcción está gobernada por el sistema mismo, el que determina el núcleo más importante de su contenido y la forma en que cada prescripción (abstracta o concreta) debe incorporarse al sistema.
4. El ordenamiento jurídico, en cuanto estructura, se desarrolla por medio del principio de concreción o singularización gradual del mandato normativo, el que va operando mediante la creación de normas inferiores, nacidas gracias a la información genética que se extrae de la norma que le da valor (transferencia a la norma inferior de los “elementos normativos” en que ella se funda). En cuanto función, el derecho se rige por el principio de limitación, ya que cada potestad está restringida por la potestad superior. Así, la potestad constituyente restringe a la legislativa y esta restringe a la potestad reglamentaria y todas ellas a la potestad regulatoria.
5. La concreción normativa culmina con una norma particular (expresión usada por los juristas), a la cual nosotros, en virtud de una convención semántica, llamamos regla (mandato particular y concreto). Las normas se cumplen por los imperados mediante reglas. El único destinatario de la norma es el titular de la potestad llamado a generar normas inferiores o reglas, en su caso.
6. El principio de conocimiento presuntivo de la ley no tiene aplicación en la tarea de los titulares de potestades normativas (constituyente, legislativa y reglamentaria), ni especial significación en la gestación de las reglas, salvo, probablemente, en la creación de la llamada pararegla, en la que el artífice debe atribuirse un cabal conocimiento de la ley, puesto que de otro modo no se advierte cómo podría singularizar su mandato.
7. En toda regla (mandato particular y concreto) interviene, ya sea real o virtualmente, su destinatario (sentencia judicial, resolución administrativa, acto y contrato o pararegla), no jugando rol importante el conocimiento presuntivo de la ley.
8. La extensión del conocimiento presuntivo de la ley a los errores interpretativos no reviste importancia alguna, ya que ellos, cuando corresponde, son sancionados en una regla elaborada con participación del presunto infractor, y en que intervienen varios otros factores de naturaleza fáctica y jurídica.
9. La real importancia del conocimiento presuntivo de la ley queda relegado al caso de imputarse al imperado (destinatario) el incumplimiento de una norma, lo que supone haberse ejecutado la tarea de concreción o singularización del mandato normativo.
10. Para dar aplicación al conocimiento presuntivo de la ley deberá dictarse (crearse) una regla que determine la infracción que se atribuye al imperado y se especifique la sanción. Se abre, en esta instancia, la intervención del afectado y la posibilidad de deducir las excepciones y defensas que le corresponden.
11. La regla que se dicte para sancionar el incumplimiento de una norma deberá confrontar el conocimiento presuntivo de la ley con otros principios que bien pueden desplazar al primero y dejarlo sin aplicación.

12. El funcionamiento del sistema jurídico resta importancia al conocimiento presuntivo de la ley, sin perjuicios de los casos excepcionales en que es posible, incluso, alegar error del derecho.
13. Lo anterior explica que, no obstante su apariencia excesiva, el conocimiento presuntivo de la ley pueda aplicarse sin el rechazo de la comunidad.

DOCUMENTOS

DERECHO Y CONSTITUCIONALISMO EN EL CAMBIO DE ÉPOCA

José Luis Cea Egaña
Miembro de Número
Academia Chilena de
Ciencias Sociales, Políticas y Morales
Instituto de Chile

INTRODUCCIÓN

Son claros y numerosos los vínculos del derecho con la política. Ya he revisado el tema desde la perspectiva política, específicamente en lo referente a las diversas manifestaciones del poder y sus proyecciones sobre el sistema jurídico¹. Ahora haré lo mismo desde el ángulo del derecho, en particular del derecho constitucional.

Necesario es situarse en el tiempo que vivimos, singularizado por cambios rápidos, profundos, generalmente efectuados dentro de los ordenamientos vigentes, pero con alteraciones que ya se perciben con rasgos impensados en ellos.

Nuestra intención es demostrar que el imperio del derecho y, por lo mismo, la sumisión del poder a un ordenamiento jurídico justo es la clave de la democracia humanista que propugnamos y en la cual confiamos para el futuro, interna e internacionalmente. Por ende, se sostiene aquí que cuando el poder se impone al derecho, desaparece la política en el sentido axiológicamente valioso que hemos defendido. En su lugar, se sufre la hegemonía de la dominación sin límites, es decir, de la dictadura en sus variaciones blandas, como el autoritarismo, o en las duras y más devastadoras, esto es, la tiranía o el despotismo.

Justifica especial atención la explosión de demandas, muchas pacíficas aunque culminadas con desbordes violentos, articuladas por grupos y organizaciones de la sociedad civil, cuyo concierto con entes semejantes en el extranjero ha quedado en evidencia. Son los indignados juveniles y adultos, comunicados por las redes sociales que luego salen a manifestarse en las calles por reformas educacionales, cesantía, rechazo a la delincuencia desatada, endeudamiento sofocante, protestas contra discriminaciones, tutela del ambiente y otra heterogénea gama de motivos. Ante tal movilización social se percibe el esfuerzo de los partidos políticos por capturarla, aunque sin éxito; se advierte la desconfianza en las instituciones políticas para resolver las exigencias planteadas; van emergiendo figuras que dicen representar transversalmente a los indignados; y queda de relieve la falta de liderazgo en múltiples actividades, no solo en el ámbito gubernativo².

¹ Consúltese del autor "Panorama de la Política Contemporánea", en Asociación Chilena de Derecho Constitucional, Estudios de Justicia Constitucional en Homenaje a la Profesora Luz Bulnes Aldunate (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2011), pp. 12 ss.

² Setéphan Hessel, *Indignate. Un Alegato contra la Indiferencia y a favor de la Insurrección Pacífica* (Barcelona, Ed. Destino, 2011).

Mi tesis es que, en la actualidad, el derecho está siendo configurado desde el constitucionalismo, entendido este en su manifestación contemporánea que lo singulariza por la orientación y control del poder para servir a la persona, individualmente y asociada en los ámbitos local, regional, nacional e internacional. Aquel constitucionalismo, fuerte o vigoroso, ha de irradiarse al sistema jurídico completo, nacional y globalmente aludido; y la política tiene que purgarse de las patologías que la aquejan para consolidar su legitimidad. La tarea es enorme en complejidad y en los años que impone para ser ejecutada, y ojalá afianzada. ¿Por qué se siente temor ante la asunción de tal tarea? Pues porque el presente, en los términos bosquejados, se presta para la demagogia y el populismo, a la par que cataliza la irrupción de sujetos que no creen en la democracia ni en el derecho.

Es el cambio de época mucho más que un tiempo de transformaciones. Sin duda, la influencia ideológica, siempre simplificadora y aglutinante, determina muchas de esas conductas e ilusiones, de las fuerzas e intereses que las protagonizan y de las expectativas de transformar el orden imperante. Secuela de lo escrito es que la política y el derecho quedan en la primera línea de los desafíos de dicha transición, aquella para dirigir su rumbo, el segundo con la finalidad de ordenarlo. Sin embargo, son tantas y disímiles las energías desencadenadas, tan intensa la invocación de la libertad para expresarlas y de la igualdad con grupos tradicionales en su exteriorización sin coacciones que el análisis tampoco puede dejar de detenerse en graves interrogantes como las siguientes: ¿tiene la política que ser concebida, practicada y estudiada sólo o principalmente de acuerdo con el tiempo que se vive?, ¿debe el derecho experimentar innovaciones, coherentes con el presente y el futuro, pero alejando el pretérito por reputarlo obsoleto?, ¿es todo relativo, cuestionable y susceptible de exteriorización subjetiva o debemos admitir la necesidad de interiorizar un conjunto de valores, principios y normas sin cuya observancia real es imposible la convivencia civilizada?, ¿es consistente con la realidad el positivismo que no explica ni evalúa el relativismo individualista, conformándose con sostener que no hay más que la regla de la mayoría para suplir la falta de acuerdos, a pesar de las tragedias que esa regla ha demostrado en procesos concretos?

1. Etimología. El sustantivo derecho proviene de la voz latina *directus*, sinónimo de *directo*, *recto* o que no se tuerce a ningún lado porque es igual con respecto a todos ellos, sean personas, objetos, situaciones o cosas. Desde su origen el derecho surgió inseparable de los valores de rectitud, independencia y justicia, gráficamente representada por la dama con la vista vendada porque no quiere ni puede inclinarse a ningún lado, sino que realizar la justicia.

El término cuyo origen nos ocupa ha existido siempre en las comunidades humanas y, además, es sensato afirmar que nunca dejó de acompañar a la política en la convivencia civilizada. Sin embargo, el despliegue del término en conceptos y definiciones, en clasificaciones y doctrinas sistemáticamente desarrolladas se ubica, con razón, en la civilización de Roma imperial, hace alrededor de dos mil años. Indudablemente, el *nomos* al que se referían los griegos en la antigüedad es un antecedente del derecho romano, pero queda lejos de coincidir con la riqueza que este alcanzó con juristas como Gallo, Papiniano y Ulpiano, cuya obra fue básica en las recopilaciones sistemáticas hechas durante el imperio bizantino de Justiniano I (482-565 d. C.) En suma, en

aquel derecho comienza la dogmática jurídica, conocida más tarde –y hasta hoy– como ciencia del derecho positivo³.

2. Evolución. En Europa y hasta los confines que llegó el imperio romano se mantuvo esa cultura jurídica como incomparable y, por lo mismo, única durante la Edad Media y también ya avanzados los tiempos modernos. Parcialmente, perdió la dinámica que la actualizaba a los requerimientos de las épocas, mediante la jurisprudencia, como consecuencia de la fijación justiniana y, varios siglos después⁴, a raíz de la codificación iniciada en el derecho canónico por el monje benedictino Hildebrando, más tarde Papa Gregorio VII (1020-1085):

La tipicidad del medioevo jurídico descansa ante todo en este vacío relativo, en lo que hemos calificado de levedad del poder político medieval, es decir, la carencia de toda vocación totalizante de ese poder, su incapacidad para situarse como hecho global y absorbente de todas las manifestaciones sociales (...), un proceso que, amparándose en las primeras hendiduras del edificio estatal romano, se despliega en un derrumbamiento efectivo y, sobre las ruinas, ya no se levantará una estructura política semejante. (...) En sustancia, es la ausencia del Estado como realidad político-jurídico unitaria, avalado por un aparato de organización y coacción (...). El derecho, ya no monopolio del poder, es la voz de la sociedad, voz de innumerables grupos sociales cada uno de los cuales encarna un ordenamiento jurídico y, por lo mismo, de realidades autónomas. Bastan estas frases elementales para que sean suficientes a fin de darnos cuenta de cuán inadecuado es el trasplante para aquel mundo de la noción de soberanía⁵.

En la cultura jurídica anglosajona se mantuvo, sin embargo, al menos en ciertos rasgos capitales, ese rol creativo y adaptador que fluye de las sentencias, en casos señeros, y que establecen precedentes⁶. Lo dicho resulta singularmente claro en el derecho constitucional.

El cambio hacia una subordinación, expresa y planificadamente emprendida, del derecho al poder, dominación o soberanía, transcurre por cuatro siglos, en medio de cuestiones teológicas, de hegemonía papal y de lenta secularización del gobierno. Todo ello lo recoge, ordena y explica, al promediar el siglo XVI, Jean Bodin (1530-1596)⁷ en su obra *Los Seis Libros de la República* (1576)⁸. Allí se afirma que el derecho lo dicta el soberano y este es quien detenta el poder o capacidad de imponerse a los demás, incluso por la fuerza o coactivamente:

³ Revisese una visión, clara y esquemática, en Luis Prieto Sanchís, *Apuntes de Teoría del Derecho* (Madrid, Ed. Trotta, 2007), pp. 13 ss. Véase también Carlos Amunátegui Perello, *Historia Social, Política y Jurídica de Roma* (Santiago, Ed. Abeledo Perrot, 2011), pp. 118 ss.

⁴ Véase, en general, John Henry Merryman, *Sistemas Legales en América Latina y Europa. Tradición y Modernidad* (México DF., Ed. Fondo de Cultura Económica, 1995).

⁵ Paolo Grossi, *El Orden Jurídico Medieval* (Madrid, Ed. Marcial Pons, 1986), pp. 63 ss.

⁶ Harold J. Berman, *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition* (Cambridge, Harvard University Press, 1983).

⁷ Martin Loughlin, *Foundations of Public Law* (Oxford, Oxford University Press, 2010), pp. 17 ss.

⁸ Una semblanza de este jurista y teórico de la política se halla en Rafael Domingo (editor): *II Juristas Universales* (Madrid, Ed. Marcial Pons, 2004), pp. 241 ss.

La soberanía es el poder absoluto y perpetuo de una república. (...) La soberanía no es ilimitada ni en poder, ni en responsabilidad ni en tiempo (...). No ocurre así con el príncipe soberano, quien solo está obligado a dar cuenta a Dios. (...) El príncipe está exento de la autoridad de las leyes. (...) Hay una gran diferencia entre el derecho y la ley. El derecho implica solo la equidad; la ley conlleva mandamiento. La ley no es otra cosa que el mandato del soberano que hace uso de su poder. El primer atributo del príncipe soberano es el poder de dar leyes a todos en general y a cada uno en particular (...), sin consentimiento de superior, igual o inferior⁹.

Soberano es, entonces, aquel con potestad para dictar las leyes y no recibirlas jamás de otro. Política y derecho quedan confundidos, por cierto que en perjuicio de la autonomía, los valores y la función del segundo.

Pensamos que esa es una de las consecuencias más graves que había generado la reforma protestante en Europa¹⁰: pérdida de la unidad de fe, surgimiento de tesis contrarias a la primacía pontificia, secularización de las instituciones políticas y nacimiento de la soberanía como poder supremo en el orden temporal. Martín Lutero (1483-1546) es quien emprende el cisma, en una de cuyas obras clásicas se halla la que, siglos más tarde, llegaría a ser conocida como doctrina de los dos reinos. De allí extraigo los pasajes siguientes¹¹:

Al reino del mundo, o bajo la ley, pertenecen todos los que no son cristianos (...). Dios ha establecido para aquellos otro gobierno, distinto del orden cristiano y del reino de Dios y los ha sometido a la espada para que, aunque quisieran, no puedan llevar a cabo sus maldades y, si las cometen, para que no puedan hacerlo sin miedo, apaciblemente y con éxito. (...) Es verdad que los cristianos, por sí mismos, no están sometidos a ningún derecho ni espada, ni los necesitan; pero procura primero que el mundo esté lleno de auténticos cristianos antes de gobernados cristianamente y según el Evangelio. (...) Es preciso, por tanto, distinguir con cuidado ambos regímenes y dejar que existan uno y otro: el primero, que hace piadosos, y el otro que crea la paz exterior e impide las malas obras. En el mundo no es suficiente el uno sin el otro.

Lutero rompió así la idea medieval de la cristiandad, abarcadora de todos los creyentes en una iglesia universal, en la que existían los dos poderes. Aquel monje agustino propugnó, en cambio, la separación de los reinos, cada cual con su gobierno y responsabilidades propias. Fue la desclericalización de la vida humana y el presagio de la potestad secular como reemplazante de la autoridad eclesiástica.

Con base en ese fundamento angular, Thomas Hobbes (1588-1679) avanzó hacia el absolutismo, asumiendo una valoración negativa de la condición natural del hombre, al que reputó insociable por naturaleza y predispuesto al conflicto o a la guerra con sus

⁹ Los Seis Libros de la República (Madrid, Ed. Tecnos, 2006), pp. 47, 49, 53, 63.

¹⁰ La relación suscita y ponderada de esta ruptura de enormes consecuencias la presenta Marcel Prelot, Historia de las Ideas Políticas (Buenos Aires, Ed. La Ley, 1971), pp. 267 ss.

¹¹ (1523) "Sobre la Autoridad Secular. Hasta Dónde se le Debe Obediencia", en Escritos Políticos (Madrid, Ed. Altaya, 1998), pp. 30-31.

semejantes. Para salir de tan trágica condición sostuvo que era necesario coincidir en un doble contrato o pacto social, origen de la sociedad civil y del Estado: el primero, la renuncia de cada hombre a su poder de autotutela y defensa contra terceros; y el segundo, la transferencia del conjunto de esos poderes individuales a un soberano, responsable de hacer efectiva tal renuncia y de gobernar mediante el derecho apuntalado en la fuerza.

Nació así el Estado, Leviatán o dios mortal, dotado de un poder ilimitado, indivisible e incontrarrestable, porque el soberano se encarna en esa nueva forma política y se identifica con ella, decidiendo qué es bueno y malo, o dónde radica la justicia y la injusticia¹². Quedan establecidas, de esta manera, las características fundamentales tanto del absolutismo y de la sumisión del derecho al poder como del positivismo jurídico. Según este último, el derecho es siempre obra del Estado y jamás expresión de la justicia o de valores superiores a la soberanía de aquel. Antes del Estado –asevera Hobbes– no existía la justicia, porque solo aquel es autor de ella y nada más que a partir del contrato o pacto social¹³. Insertamos párrafos de *El Ciudadano*, de los cuales fluye la tesis anunciada:

La seguridad es el fin por el que los hombres se someten a otros. Si la seguridad no se obtuviera así, ningún hombre se sometería a nadie ni abandonaría su derecho a todas las cosas.

Para obtener esta seguridad no basta con que cada uno de los que están formando una ciudad establezca un convenio con los demás, acordando verbalmente o por escrito no robar, no matar y observar otras leyes semejantes. Pues la depravación de la condición humana es a todos manifiesta, y por experiencia sabemos demasiado bien cuán poco proclives son los hombres a cumplir el deber por el deber y a guardar sus promesas cuando desaparece la amenaza del castigo. Por lo tanto, hemos de procurarnos nuestra seguridad no mediante contratos, sino recurriendo a castigos.

(...)

Para seguridad de los individuos y, consecuentemente, para lograr la paz común, es necesario que el derecho a usar la espada del castigo sea transferido a algún otro hombre o concejo; ese hombre o concejo ha de entenderse necesariamente que tiene con derecho el poder supremo en la ciudad; y él es el que con derecho castiga según su propio arbitrio, y el que con derecho obliga a todos los hombres a hacer lo que él quiera. Un poder mayor que el suyo no puede imaginarse.

(...)

Pero como el derecho de la espada no es otra cosa que el poder de usar la espada según la voluntad del que manda, de ello se sigue que juzgar acerca de su uso correcto pertenece también a la misma persona; pues si el poder de juzgar estuviese en unas manos, y el poder ejecutivo en otras, nada podría hacerse. En vano dictaría juicio aquel que no pudiera ejecutar sus mandatos; y si los ejecutase

¹² *El Ciudadano* (De Cive) (1647) (Madrid, Alianza Editorial, 1995), p. 62.

¹³ *Leviatán* (1651) (Madrid, Ed. Sarpe, 1997), pp. 260 ss.

recurriendo al poder de otro, no podría decirse que el que tiene el poder de la espada es él, sino ese otro del cual él es solo sirviente.

(...)

Todas las controversias surgen de esto: que las opiniones de los hombres difieren en lo tocante al deum y al tuum, a lo justo y lo injusto, a lo lucrativo y no lucrativo, a lo bueno y lo malo, a lo honesto y lo deshonesto, etc., cosas todas ellas que cada hombre entiende según su propio juicio. Pues bien, corresponde al mismo poder supremo establecer algunas reglas comunes a todos y declararlas públicamente, por las cuales cada hombre sepa qué puede llamarse suyo y qué de otra persona; qué puede llamarse justo y qué injusto; qué honesto y qué deshonesto; qué bueno y qué malo. En resumen: qué es lo que debe hacerse en el curso ordinario de nuestra vida. Pero esas reglas y medidas suelen llamarse leyes civiles, o leyes de la ciudad, al ser órdenes de aquel que tiene el poder supremo en la ciudad. Y las leyes civiles (definámoslas) no son otra cosa que los mandatos de quien tiene la autoridad principal en la ciudad, para dar dirección a las acciones futuras de sus ciudadanos.

(...)

Lo único y principal que predispone a la sedición es que se diga esto: que el discernir lo que está bien de lo que está mal es algo que corresponde a cada individuo en particular. Ciertamente, en el estado de naturaleza, donde cada hombre vive con igual derecho que los demás y no se ha sometido mediante pacto alguno al mando de otros, hemos de admitir que esto es verdad.

(...)

Antes de que se estableciese gobierno alguno, lo justo y lo injusto no existían, pues su naturaleza depende siempre de lo que se mande. Toda acción es de suyo indiferente; que se convierta en justa o en injusta procede del derecho del magistrado. Por lo tanto, los reyes legítimos hacen justas las cosas que mandan, solo por el hecho de mandarlas; y hacen injustas las cosas que prohíben, solo por el hecho de prohibirlas¹⁴.

Al cabo de los cambios recordados resulta que la cosmovisión cristiana, fuente del derecho natural católico, fue expulsada del ordenamiento legal; en su reemplazo, comenzó a imponerse una imagamundi estadocéntrica, cuyo rasgo capital fue unificar el poder con el derecho, permitiendo al gobernante imponer sus decisiones contra la voluntad de los gobernados si fuese necesario. Se confió que así, con la heteronomía que incumbe ejercer al Estado sobre la libertad de cada individuo y del conjunto, en ejercicio de su poder supremo, concentrado y único, llamado soberanía, no solo dictara el derecho sino que lo hiciera cumplir coactivamente. La meta se percibía nítida: acabar con los conflictos entre reyes, príncipes, varones y señores feudales, entre el poder religioso y el secular, imponiendo la paz por la fuerza y terminando con las guerras de origen religioso, extendiendo a burgueses y vasallos tal hegemonía¹⁵.

¹⁴ El Ciudadano cit., pp. 124-129 y 195-197.

¹⁵ Nicola Matteucci, Organización del Poder y Libertad. Historia del Constitucionalismo Moderno (Madrid, Ed. Trotta, 1998), pp. 94-95.

Las obras de Hobbes son de una enorme trascendencia para la posterioridad. En ellas reiteramos que las fronteras que separan a la política y el derecho se disuelven a favor del primero. El derecho, como sistema autónomo de límites al ejercicio del poder en beneficio de la libertad y de los derechos esenciales de la persona humana, quedaba supeditado a lo que dispusiera el soberano, fuera o no arbitrario, pues nadie lo controlaba ni podía fiscalizarlo, salvo que ordenara a los súbditos dañarse a sí mismos.

La democracia representativa que nacía se volvía inconcebible e imposible en esa perspectiva. La autonomía de la persona, de los grupos y de la comunidad desaparecieron, puesto que regía el principio de heteromía o control externo y superior a ellos, cuyo titular exclusivo era el Estado, Leviatán o dios mortal y sus agentes o funcionarios.

El pensamiento de Hobbes buscó reemplazar el poder religioso, radicado en la Iglesia y los pontífices, por un poder secular de idéntica jerarquía, es decir, supremo o soberano. Sus reflexiones revelan el hondo anticatolicismo que sentía y que resume en los dos capítulos finales del Leviatán y en sus conclusiones. Consolidada la tesis de Hobbes, ha sido muy difícil reorientarla en dos direcciones correctivas de ella: primera, liberarla del positivismo¹⁶; y segunda, conciliarla con valores suprapositivos, comenzando por el respeto de la dignidad humana y de los derechos esenciales que emanan de aquella. La explicación de tan serias dificultades es relativamente simple: se sigue, por muchos, aguardando la intervención del Estado o Leviatán, aunque sea con rótulos ideológicos diferentes o para designios impuestos con objetivos distintos.

3. Soberanía sometida al derecho. Las secuelas de tan extrema y peligrosa teoría fueron pronto advertidas por John Locke (1632-1704). Este filósofo era, como Hobbes, inglés y contractualista o pactista, pero a diferencia de aquel, afirmó que los hombres no enajenan en aquel pacto, para siempre, sus derechos y libertades a favor del soberano. Por el contrario, enseñó que esa enajenación está condicionada a que la heterotutela de la paz, el orden y la justicia por el Estado sean efectivamente realizadas en beneficio de todos y cada uno de los miembros de la comunidad política. Si así no ocurre en la realidad, entonces la comunidad y cada individuo tienen el derecho de rebelarse, deponer al tirano y recuperar el ejercicio de sus atributos inalienables¹⁷:

Única y exclusivamente podrá haber sociedad política allí donde cada uno de sus miembros haya renunciado a su poder natural y lo haya entregado a manos de la comunidad. (...) Y así la comunidad viene a ser un árbitro que decide según normas y reglas establecidas, imparciales y aplicables a todos por igual, y administradas por hombres a quienes la comunidad ha dado autoridad para ejecutarlas. (...) Al ser los hombres todos libres por naturaleza, iguales e independientes, ninguno puede ser sacado de esa condición y puesto bajo poder político de otro sin su propio consentimiento. El único modo es mediante un acuerdo con otros hombres. (...) Así quedan incorporados en un cuerpo político en el que la mayoría tiene derecho de actuar y decidir en nombre de todos (...). El grande

¹⁶ Es la tarea que se propuso Norberto Bobbio en varios de sus escritos, sin llegar, en nuestra opinión, a ser persuasivo. Consúltese, por todos, "Hobbes y el Iusnaturalismo", en sus *Estudios de Historia de la Filosofía de Hobbes a Gramsci* (Madrid, Ed. Debate, 1991), pp. 151 ss.

¹⁷ Giovanni Sartori, *¿Qué es la Democracia?* (Madrid, Ed. Taurus, 2007), pp. 183 ss.

y principal fin que lleva a los hombres a unirse en Estados y a ponerse bajo un gobierno es la preservación de su propiedad, cosa que no podía hacer en estado de naturaleza (...) porque faltaba una ley establecida fija y conocida, faltaba un juez público e imparcial para resolver los pleitos según la ley establecida (...) y faltaba un poder que respalde y dé fuerzas a la sentencia cuando ésta es justa. Le queda siempre al pueblo el poder supremo de apartar o cambiar a los legisladores si encuentran que actúan de manera contraria a la misión que se les ha confiado (...). En ese caso, el poder volverá por fuerza a quienes lo entregaron (...). De ese modo, la comunidad conserva perpetuamente el poder supremo de sustraerse a las tentativas y maquinaciones de cualquier persona, incluso de sus propios legisladores. (...) Ningún hombre ni sociedad de hombres tiene poder para renunciar a su propia conservación¹⁸.

4. Hacia el constitucionalismo. El pensamiento de Locke es de inconmensurable importancia, tanto o más que la de Hobbes y, sin duda, superior con relación al constitucionalismo. Su impronta tuvo, sin embargo, mucho mayor éxito en la cultura jurídico-política anglosajona que en la europeo continental. Resumiendo, Locke demostró las graves implicancias que fluían de la tesis del Leviatán desarrollada por Hobbes, con lo que volvió a separar el poder del derecho; enfatizó que los atributos de la persona son inalienables y que, para defenderlos y promoverlos, la comunidad y cada individuo pactan erigir una autoridad, central pero no absoluta; y estableció las bases de la democracia moderna, puesto que asumió que el gobernante es elegido por la mayoría del pueblo, cuando no por unanimidad, y como representante suyo, al cual debe rendirle cuenta, siendo depuesto si no cumple la misión que se le encomendó.

No es vano insistir en que, mientras la influencia de Hobbes se hizo evidente en Europa continental y, probablemente, sin percibirlo bien, también en las nacientes repúblicas de iberoamérica, fue Locke el pensador decisivo en la independencia de las colonias norteamericanas y, más tarde, también en Canadá y otros territorios que habían pertenecido a la Corona inglesa. La brecha entre una y otra postura estriba en el concepto, roles y límites del Estado, de una parte, y la libertad de la persona y los grupos, de la otra. Un testimonio elocuente de lo dicho se encuentra en la declaración de la independencia de los Estados Unidos, cuyo redactor principal fue Thomas Jefferson:

Sostenemos que son verdades evidentes por sí mismas que todos los hombres han sido creados iguales, que ellos han sido dotados por el Creador con ciertos derechos inalienables, entre los cuales se hallan la vida, la libertad y la prosecución de la felicidad. Que para asegurar esos derechos los hombres instituyen los Gobiernos, los cuales derivan sus justos poderes del consentimiento de los gobernados¹⁹.

¹⁸ (1690) Ensayo sobre el Gobierno Civil (Buenos Aires, Ed. Aguilar, 1963), pp. 102, 103, 111, 134 y 136.

¹⁹ Texto reproducido en Isaac Kramnick y Theodore J. Lowi, *American Political Thought* (New York, W. W. Norton, 2009), p. 152 (traducción del autor de este ensayo).

Se desprende de lo escrito una aproximación nueva al derecho natural, es decir, a una antropología centrada en la persona humana y en un Estado que deja de ser Leviatán, puesto que es responsable por el ejercicio que haga el gobierno de poderes que son restringidos y que han de ser revisables para que sean empleados con justicia. Fluye también de lo dicho que vuelven a ser restablecidas, pero armónicamente y no en términos de hegemonía, los vínculos del poder con el derecho. Es el comienzo del constitucionalismo, esto es, la doctrina que propugna la entronización de gobiernos con poder limitado y para ser ejercido según lo que se dispone, de antemano, en la Constitución escrita y semirrígida, al menos, para ser reformada o reemplazada.

Insertamos acápite del pensamiento de Montesquieu clave en la modelación del constitucionalismo moderno²⁰:

La libertad política de un ciudadano es la tranquilidad de espíritu que proviene de la confianza que tiene cada uno en su seguridad: para que esta libertad exista, es necesario un gobierno tal que ningún ciudadano pueda temer a otro.

Cuando el poder legislativo y el poder ejecutivo se reúnen en la misma persona o el mismo cuerpo, no hay libertad; falta la confianza, porque puede temerse que el monarca o el Senado hagan leyes tiránicas y las ejecuten ellos mismos tiránicamente.

No hay libertad si el poder de juzgar no está bien deslindado del poder legislativo y del poder ejecutivo. Si no está separado del poder legislativo, se podría disponer arbitrariamente de la libertad y la vida de los ciudadanos; como que el juez sería legislador. Si no está separado del poder ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor.

Todo se habría perdido si el mismo hombre, la misma corporación de próceres, la misma asamblea del pueblo ejerciera los tres poderes: el de dictar las leyes; el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los delitos o los pleitos entre particulares.

De este modo se consigue que el poder de juzgar, tan terrible entre los hombres, no sea función exclusiva de una clase o de una profesión; al contrario, será un poder, por decirlo así, invisible y nulo. No se tienen jueces constantemente a la vista; podrá temerse a la magistratura, no a los magistrados.

Pero si los tribunales no deben ser fijos, los juicios deben serlo; de tal suerte que no sean nunca otra cosa que un texto preciso de la ley. Si fueran nada más que una opinión particular del juez, se viviría en sociedad sin saberse exactamente cuáles son las obligaciones contraídas.

5. Brecha entre las dos culturas. En Europa continental, los siglos XVIII y XIX fueron de observancia estricta de los postulados de Hobbes: primacía del poder sobre el derecho; heterotutela del Estado y no autonomía de la comunidad ni autotutela de sus miembros; formulación a priori del ordenamiento jurídico, reemplazando las costumbres y tradiciones por la ley, expresión de la voluntad general infalible, como la pensó Jean Jacques Rousseau²¹; la jurisprudencia, por fin, entendida como mera

²⁰ El Espíritu de las Leyes cit., pp. 104-105.

²¹ El Contrato Social (Madrid, Ed. Sarpe, 1989).

aplicadora de esa legalidad²², siguiendo fielmente las reglas de interpretación que, con ese objeto, le fueron trazadas por el legislador²³.

A continuación, transcribimos extractos del Contrato Social de Rousseau:

El hombre ha nacido libre y en todas partes se encuentra encadenado. Algunos se creen los amos de los demás aun siendo más esclavos que ellos. ¿De qué manera se ha producido este cambio? Lo ignoro. ¿Qué puede hacerlo legítimo? Creo poder resolver esta cuestión.

(...)

Parto de considerar a los hombres llegados a un punto en el que los obstáculos que dañan a su conservación en el estado de naturaleza logran superar, mediante su resistencia, la fuerza que cada individuo puede emplear para mantenerse en ese estado. Desde ese momento tal estado originario no puede subsistir y el género humano perecería si no cambiase de manera de ser.

Ahora bien, como los hombres no pueden engendrar nuevas fuerzas, sino unir y dirigir las que existen, no tienen otro medio de conservarse que constituir, por agregación, una suma de fuerzas que pueda exceder a la resistencia, ponerla en marcha con miras a un único objetivo, y hacerla actuar de común acuerdo.

Esta suma de fuerzas solo puede surgir de la cooperación de muchos, pero, al ser la fuerza y la libertad de cada hombre los primeros instrumentos de su conservación ¿cómo puede comprometerles sin perjuicio y sin descuidar los cuidados que se debe a sí mismo? Esta dificultad en lo que respecta al tema que me ocupa puede enunciarse en los siguientes términos:

“Encontrar una forma de asociación que defienda y proteja de toda fuerza común a la persona y a los bienes de cada asociado, y gracias a la cual cada uno, en unión de todos los demás, solamente se obedezca a sí mismo y quede tan libre como antes. Este es el problema fundamental que resuelve el contrato social”.

(...)

Estas cláusulas bien entendidas se reducen todas a una sola, a saber: la alineación total de cada asociado con todos sus derechos a toda la comunidad. Porque, en primer lugar, al entregarse cada uno por entero, la condición es igual para todos y, al ser la condición igual para todos, nadie tiene interés en hacerla onerosa para los demás.

(...)

Es decir, dándose cada uno a todos, no se da a nadie, y, como no hay ningún asociado sobre el que no se adquiriera el derecho que se otorga sobre uno mismo, se gana el equivalente de todo lo que se pierde y más fuerza para conservar lo que se tiene.

²² Montesquieu (1748), *El Espíritu de las Leyes* (México DF., Ed. Porrúa, 1980), p. 108.

²³ Antón Friedrich J. Thibaut y Friedrich Karl von Savigny, *La Codificación. Una Controversia Programática Basada en sus Obras* (1814) (Madrid, Ed. Aguilar, 1970).

Por tanto, si eliminamos del pacto social lo que no es esencial, nos encontramos con que se reduce a los términos siguientes: “Cada uno de nosotros pone en común su persona y todo su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general, recibiendo a cada miembro como parte indivisible del todo”.

(...)

La primera y más importante consecuencia de los principios anteriormente establecidos es que la voluntad general puede dirigir por sí sola las fuerzas del Estado, de acuerdo con la finalidad de su institución, que es el bien común; porque si la oposición de los intereses particulares ha hecho necesario el establecimiento de las sociedades, el acuerdo de estos mismos intereses es lo que lo ha hecho posible.

(...)

Se sigue de todo lo que precede que la voluntad general es siempre recta y tiende a la utilidad pública, pero no que las deliberaciones del pueblo tengan siempre la misma rectitud. Se quiere siempre el bien, pero no siempre se sabe dónde está. Nunca se corrompe al pueblo, pero frecuentemente se le engaña, y solamente entonces es cuando parece querer lo malo.

(...)

De conformidad con esta idea, es obvio que no hay que preguntar a quién corresponde hacer las leyes, puesto que son actos de la voluntad general.

El panorama opuesto se vivió durante esos siglos en la cultura anglosajona. De esta, sin duda la obra más importante es la Constitución norteamericana de 1787, primera Carta Fundamental escrita, rígida para su enmienda y de texto brevísimo, ni siquiera calificable de semiextenso, a pesar de las veinte adiciones o enmiendas que ha tenido desde 1791 a la fecha. Ese Código Político es el más longevo de los textos escritos en su género, no susceptible de parangón con el régimen constitucional inglés, porque si bien a este lo integra la Carta Magna de 1215, son siete los estatutos posteriores a ella hasta llegar a los primeros años del siglo XX. Pues bien, en la Constitución de 1787, llamada de Filadelfia por la ciudad de EE.UU. en que fue debatida y aprobada, se plantea, en el preámbulo breve y elocuente, que:

Nosotros, el pueblo de los Estados Unidos, con el propósito de formar una Unión más perfecta, establecer la justicia, asegurar la tranquilidad interior, proveer a la defensa común, promover el bienestar general, y asegurar las bendiciones de la libertad para nosotros y nuestra prosperidad, aprobamos y establecemos esta Constitución para los Estados Unidos de América.

Las enormes implicancias que, para la democracia vivida según lo mandado en la Constitución, tienen los textos normativos se hallan explicadas, con brillo y originalidad insuperables, en *El Federalista*²⁴, colección de ochenta y cinco artículos

²⁴ Alexander Hamilton, James Madison y John Jay (1787-1788), *El Federalista* (México DF., Ed. Fondo de Cultura Económica, 1974).

publicados en tres periódicos de Nueva York desde octubre de 1787 a mayo de 1788 por Alexander Hamilton, James Madison y John Jay. Es una fuente, viva hasta hoy, del sentido y alcance que entraña para la persona y la comunidad política el gobierno limitado por el derecho para que su ejercicio sea racional y, consecuentemente, se eleve a la cualidad de legítimo. Insertamos algunos pasajes de aquel libro:

El genio de la libertad republicana parece exigir, por una parte, no solo que todo el poder proceda del pueblo, sino que aquellos a los que se encomiende se hallen bajo la dependencia del pueblo, mediante la corta duración de los períodos para los que sean nombrados; y que inclusive durante esos breves términos la confianza del pueblo no descansa en pocas, sino en numerosas manos²⁵.

(...)

El fin de toda Constitución Política es, o debería ser, primeramente, conseguir como gobernantes a los hombres que posean mayor sabiduría para discernir y más virtud para procurar el bien público; y en segundo lugar, tomar las precauciones más eficaces para mantener esa virtud mientras dure su misión oficial²⁶. En las disertaciones de cualquier índole hay ciertas verdades primarias, sobre las cuales se apoyan todos los razonamientos que han de seguir. Estos principios contienen una evidencia interna, anterior a toda reflexión o razonamiento. (...) De esta clase son las máximas de la geometría. De igual naturaleza son las máximas de la ética y de la política: que no hay efecto sin causa; que los medios deben ser proporcionados al fin; que todo poder debe ser conmensurado a su objeto (...) ²⁷.

(...)

Un gobierno debe contener en sí todos los poderes necesarios para la plena realización de los fines que se someten a su cuidado, y para desempeñar cumplidamente los encargos de que es responsable, con libertad de cualquier restricción que no sea el acatamiento del bien público y los deseos del pueblo²⁸.

(...)

La independencia completa de los tribunales es particularmente esencial para una Constitución limitada. Por Constitución limitada entiendo la que contiene ciertas prohibiciones expresas aplicables a la autoridad legislativa, como por ejemplo, la de no dictar decretos que impongan penas e incapacidades sin juicio previo, leyes ex post facto y otras semejantes. Las limitaciones de esta índole solo pueden mantenerse en la práctica a través de los tribunales, cuyo deber ha de ser declarar nulos todos los actos contrarios al sentido evidente de la Constitución. (...) La interpretación de las leyes es propia y peculiarmente de la incumbencia de los tribunales. Una Constitución es una Ley Fundamental y así debe ser considerada por los jueces. A ellos pertenece, por lo tanto, determinar su significado, así

²⁵ El Federalista cit., N° XXXIII (Madison), p. 149.

²⁶ Íd., N° LXII (Hamilton o Madison), p. 242.

²⁷ Íd., N° XXI (Hamilton), p. 123.

²⁸ Íd., p. 124.

como el de cualquiera ley que provenga del cuerpo legislativo. Y si ocurriere que entre las dos hay una discrepancia, debe preferirse, como es natural, aquella que posea fuerza obligatoria y validez superiores, en otras palabras, debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios²⁹.

De El Federalista, así como de la observación de la vida real de las comunidades de la unión norteamericana, surgieron las reflexiones de Alexis de Tocqueville en su libro *La Democracia en América* (1835). Son lecciones perspicaces y visionarias, espléndidamente escritas, sobre el funcionamiento real del régimen político y de los peligros que lo acechan. La lucidez de Tocqueville, crecientemente admirada en el constitucionalismo moderno, justifica extraer de la obra nombrada algunos acápites en los cuales queda de relieve su confianza en la sociedad civil autónoma frente al Estado, la tensión de la libertad con la igualdad y la práctica de la democracia en los ámbitos más diversos, comenzando con los pequeños para llegar a ser capaz de hacerlo bien en los grandes y complejos³⁰:

Los gobiernos, en general, no tienen sino dos medios de vencer la resistencia que oponen los gobernados: la fuerza material que tienen en sí mismos y la fuerza moral que les prestan los fallos de los tribunales.

Un gobierno que no tuviese sino la guerra para hacer obedecer sus leyes estaría muy cerca de su ruina. Le sucedería probablemente una de estas dos cosas: si fuera débil y moderado, solo emplearía la fuerza en el último extremo, y dejaría pasar desapercibida una gran cantidad de desobediencias parciales; entonces el Estado caería poco a poco en la anarquía.

Si fuera audaz y poderoso, recurriría al uso de la violencia y, bien pronto, se le vería degenerar en puro despotismo militar. Su inacción y su actividad serían igualmente funestas para los gobernados.

El gran objetivo de la justicia es sustituir con la idea del derecho la de la violencia, colocando intermediarios entre el gobierno y el empleo de la fuerza material.

(...)

La fuerza moral de que están revestidos los tribunales hace el empleo de la fuerza infinitamente más raro, al sustituirla en la mayor parte de los casos. Cuando es necesario en fin que actúe, duplica su poder al estar unidos.

(...)

Lo que yo llamo los grandes partidos políticos son aquellos que se encuentran ligados a los principios más que a sus consecuencias; a las generalidades y no a los casos particulares; a las ideas y no a los hombres. Esos partidos tienen, en general, rasgos más nobles, pasiones más generosas, convicciones más reales y una actuación más franca y atrevida que los otros. El interés particular, que

²⁹ Íd., N° LXXVIII (Hamilton), pp. 331-332.

³⁰ Íd. (México DF, Ed. Fondo de Cultura Económica, 1963), pp. 138, 139, 206, 209, 245, 246, 247, 248, 254, 255, 257, 469, 470, 624, 625, 626, 634, 635 y 643.

desempeña siempre el más grande papel en las pasiones políticas, se oculta aquí más hábilmente bajo el velo del interés público, llegando algunas veces a esconderse a las miradas de los mismos que lo animan y hacen obrar.

(...)

Norteamérica es el país del mundo donde se ha sacado mayor partido de la asociación, y donde se ha aplicado ese poderoso medio de acción a una mayor diversidad de objetos.

Independientemente de las asociaciones permanentes creadas por la ley bajo el nombre de comunas, ciudades y condados, hay una gran cantidad de otras más que no deben su existencia y su desarrollo sino a las voluntades individuales.

El habitante de los Estados Unidos aprende desde su nacimiento que hay que apoyarse sobre sí mismo para luchar contra los males y las molestias de la vida; no arroja sobre la autoridad social sino una mirada desconfiada e inquieta, y no hace un llamamiento a su poder más que cuando no puede evitarlo. Esto comienza a sentirse desde la escuela, donde los niños se someten, hasta en sus juegos, a reglas que han establecido y castiga entre sí los delitos por ellos mismos definidos. El mismo espíritu se palpa en todos los actos de la vida social. Surge un obstáculo en la vía pública, el paso está interrumpido y la circulación detenida; los vecinos se establecen al punto en cuerpo deliberante; de esa asamblea improvisada saldrá un poder ejecutivo que remediará el mal, antes de que la idea de una autoridad preexistente a la de los interesados se haya presentado en la imaginación de nadie.

(...)

Me pregunto cuál es, en nuestros días, el medio de inculcar a los hombres la idea de los derechos y hacerles por decirlo así entrar esa idea por los ojos. No veo más que un solo medio, y es el concederles a todos el ejercicio pacífico de ciertos derechos. Esto se ve bien en los niños, que son hombres carentes solo de fuerza y experiencia. (...)

Lo que sucede al niño con sus juguetes acontece al hombre con todos los objetos que le pertenecen. ¿Por qué en Norteamérica, país de democracia por excelencia, nadie formula contra la propiedad esas quejas que a menudo resuenan en Europa? Es que en Norteamérica no hay proletarios. Cada individuo, al tener un bien que defender, reconoce el principio del derecho de propiedad.

En el mundo político, sucede lo mismo. En Norteamérica, el hombre del pueblo ha concebido una alta idea de los derechos políticos, porque tiene derechos políticos; no ataca los de los demás, para que no se violen los suyos. Y en tanto que en Europa ese mismo hombre desconoce hasta la autoridad soberana, el norteamericano se somete sin murmurar al poder del menor de sus magistrados.

(...)

No se podrá repetir bastante que nada es más fecundo en maravillas que el arte de ser libre; pero no hay nada más duro que el aprendizaje de la libertad. No sucede lo mismo con el despotismo. El despotismo se presenta a menudo como el reparador de todos los males sufridos. Es el apoyo del buen derecho, el sostén de los oprimidos y el fundador del orden. Los pueblos se adormecen en

el seno de la prosperidad momentánea; y, cuando despiertan, son miserables. La libertad, al contrario, nace de ordinario en medio de las tormentas, se establece penosamente entre las discordias civiles y solamente cuando es ya vieja se pueden conocer sus beneficios.

(...)

El imperio moral de la mayoría se funda en el principio de que los intereses del mayor número deben ser preferidos a los del menor. Ahora bien, se comprende sin dificultad que el respeto que se profesa a ese derecho del mayor número, aumenta naturalmente o disminuye según la situación de los partidos. Cuando una nación está dividida en varios grandes intereses irreconciliables, el privilegio de la mayoría es a menudo desconocido, porque viene a ser demasiado penoso someterse a él.

(...)

Considero como impía y detestable la máxima de que, en materia de gobierno, la mayoría de un pueblo tiene el derecho a hacerlo todo y, sin embargo, sitúo en la voluntad de la mayoría el origen de todos los poderes. ¿Estoy en contradicción conmigo mismo?

Existe una ley general que ha sido hecha o por lo menos adoptada, no solamente por la mayoría de tal o cual pueblo, sino por la mayoría de todos los hombres. Esa ley es la justicia.

(...)

Los norteamericanos han combatido con la libertad el individualismo que la igualdad hacía nacer, y al fin lo han vencido.

Los legisladores norteamericanos no han creído que, para curar una enfermedad tan natural y tan funesta al cuerpo social, en los tiempos democráticos, bastaba conceder a toda la nación el que se representase por sí misma, y han pensado que, además de esto, convenía dar una vida política a cada porción del territorio, a fin de multiplicar en los ciudadanos las ocasiones de obrar juntos y de hacerlos sentir diariamente que dependen los unos de los otros. Esto es conducirse con juicio y discreción.

(...)

Así, pues, encargando a los ciudadanos de la administración de pequeños negocios, más bien que entregándoles el gobierno de los grandes, se les interesa en el bien público y se les hace ver la necesidad que incesantemente tienen los unos de los otros para producir.

(...)

Esa nueva sociedad que he tratado de pintar y que quiero juzgar, acaba apenas de nacer. El tiempo no ha fijado todavía su forma; la gran revolución que la ha creado dura aún, y por lo que sucede en nuestros días es casi imposible prever lo que debe acontecer con la revolución misma, y lo que debe quedar después de ella.

El mundo que se levanta está aún envuelto entre las ruinas del que cae, y en medio de la gran confusión que presentan los asuntos humanos, nadie puede decir lo que quedará de las antiguas instituciones y de las antiguas costumbres, ni lo que acabará por desaparecer.

Aunque la revolución que se opere en el estado social, en las leyes, en las ideas y en los sentimientos de los hombres, esté todavía muy lejos de su fin, no se pueden comparar sus obras con nada de lo que se ha visto en el mundo.

6. La ley, instrumento estatal. La ruta seguida en Europa que, como hemos dicho, fue un contrapunto comparada con la norteamericana, buscó realzar al Estado, subordinar el derecho a la política, ignorar a la sociedad civil o someterla y fortalecer la soberanía del aparato público. Paradigma de ese impulso desde arriba fueron los años siguientes a la Revolución Francesa, profundamente distintos de los postulados difundidos en aquella insurrección.

En ese contexto, la ley se convirtió no solo en la fuente principal del ordenamiento jurídico, sino que en un instrumento del Estado para intervenir en aquella sociedad, modelándola según las mayorías que se sucedían en los gobiernos. Como tal, de la ley se esperaba que fuera idónea para corregir las desigualdades y restringir la libertad; más tarde, para avanzar en la materialización de la igualdad, imponer paso a paso los derechos sociales y proclamar o desconocer los atributos subjetivos. Tratábase del medio con que el poder materializaba innovaciones legitimándolas por la adecuación formal con el derecho. Era el tiempo del apogeo positivista.

Por supuesto, las constituciones resultaban efímeras en su vigencia y duración, a la vez que la jurisprudencia no pasaba de ser la exégesis de lo preceptuado por el legislador. Los códigos se erigían en sistematizaciones grandiosas, pese a que la mayoría convivía al margen de lo preceptuado en ellos. La democracia representativa era rudimentaria, puesto que el sufragio tenía carácter censitario, franqueado nada más que a los varones y sometido al cohecho y otros ilícitos. Los principios del gobierno limitado, pregonados por Montesquieu³¹, se enseñaban pero sin preocupación por practicarlos.

Invocando la letra de tal legalidad formal, entendida exegéticamente, accedieron al poder regímenes de distinto signo, aunque coincidentes en usarla, incluso para designios dictatoriales y totalitarios³². El ethos del constitucionalismo no había calado en la mentalidad de la elite dirigente, cómoda en el establishment del cual gozaba. Ya se hablaba de aquel proceso pero sin preocuparse de vivirlo efectivamente.

De la vida política y constitucional de América latina, bien puede ser dicho que encajaba en tal cuadro, pero con rasgos peores en punto a la continuidad de los gobiernos y a la solidez de las instituciones gubernativas³³. Satisfecha con el constitucionalismo literal y de alcance restrictivo, los liderazgos que accedían a revisar tal modelo, como secuela de quiebres del orden institucional, lo hacían introduciendo

³¹ Consúltase Jean Touchard, *Historia del Pensamiento Social* (Madrid, Ed. Tecnos, 1981), pp. 612 ss.

³² Rudolph von Jhering, *La Lucha por el Derecho* (Bogotá, Ed. Temis, 1990).

³³ Véase, entre muchos, François Chevalier, *América Latina de la Independencia a Nuestros Días* (Barcelona, Ed. Labor, 1979), pp. 189 ss.; y Charles W. Anderson, *Politics and Economic Change in Latin America. The Governing of Restless Nations* (Cincinnati, Van Nostrand, 1967), pp. 87 ss.

cambios ambiguos cancelados al instante por las interpretaciones torcidas que efectuaban los exponentes de intereses protegidos. Obviamente, el sistema institucional no pasaba de la exterioridad formal y se iba desprestigiando en la percepción de masas que ya protestaban por su marginación y pobreza, originando represiones sangrientas.

7. Aproximación a la unidad jurídica. Las espantosas consecuencias de la Segunda Guerra Mundial impusieron, en los países que más las padecieron, un grado mayor de honestidad en sus dirigentes para el análisis de las causas y efectos de tan grande y prolongado sufrimiento. Regímenes totalitarios se habían apoderado de democracias frágiles, aplicando para ello la envoltura de las normas constitucionales y legales despachadas por la mayoría. Tan espúrea utilización de las reglas democráticas se afincaba en que el poder se ejercía sin escrúpulos y, por supuesto, prescindiendo de control institucional y de la ciudadanía. En nuestra América, las atroces persecuciones de servicios secretos, los cruentos enfrentamientos con miles y miles de muertos o desaparecidos, la destrucción económica y la miseria moral y material en que quedó sumida la población sembró la envidia y el resentimiento, reprimidos con fuego y sangre. La renovación del liderazgo apoyado por núcleos de uniformados con espíritu democrático, planteó la urgencia de convivir en libertad según la Carta Política. Hubo coincidencia en atacar el fondo del asunto, sin enredarse en retórica adjetiva ni evasiva, pero el tiempo demostró que esa no pasaba de ser una postura oportunista.

Como fuera, la resistencia fue siendo doblegada. Así nacieron, primero en Europa continental, los esfuerzos por hallar consensos perdurables, sobre cuya base reconstruir gran parte de ese continente. Hubo éxito gracias a la vocación política de líderes como K. Adenauer, W. Churchill, A. De Gasperi y Ch. De Gaulle. Tales acuerdos quedaron formalizados en las Constituciones de Alemania, Italia y Francia de 1949, 1947 y 1958, respectivamente. De ellas cabe realzar la categórica sumisión de la política al derecho; la articulación explícita de los valores inherentes a la dignidad humana y a la protección y fomento de los derechos que emanan de ella; en fin, la defensa del régimen democrático contra las arremetidas dictatoriales y totalitarias, las cuales, invocando cláusulas humanistas aseguradas en las constituciones, se dedicaban a destruirlo desde adentro con partidos y movimientos violentistas³⁴.

En la reacción rectificadora que comentamos cabe ubicar a la jurisprudencia. Huyendo de la exégesis formalista y de la interpretación de la Constitución a partir del derecho civil y del derecho administrativo, los jueces comenzaron a expresar al máximo la finalidad de los valores, principios y normas de las constituciones y, por efecto de la irradiación de la supremacía constitucional, a hacer lo mismo con los códigos y las leyes³⁵. El objetivo fue cumplir el mandato humanista presente en las Cartas Fundamentales, sin quedarse en la democracia mínima, o con sentido débil,

³⁴ Kart Loewenstein, *Teoría de la Constitución* (Barcelona, Ed. Ariel, 1970), pp. 206 ss.; y Karl Popper, *The Open Society and its Enemies* (Princeton, Princeton University Press, 1970), pp. 60 ss..

³⁵ Mauro Cappelletti, *Obras* (México DF., Ed. Porrúa, 2007), pp. 190 ss.; y José Luis Cea Egaña, "La Jurisprudencia, Clave en el Cambio del Derecho Público Contemporáneo", en *Estado Social y Justicia Constitucional* (Santiago, Cuaderno N° 41 del Tribunal Constitucional, 2009), pp. 210 ss.

el cual la equipara únicamente a las reglas de procedimiento para adoptar decisiones políticas, cualesquiera sea el sentido y alcance de ellas³⁶.

Aquel cambio trascendental en la jurisprudencia fue respetado por todos los actores y fuerzas políticas. Las constituciones adquirieron con ello mayor estabilidad. Lograron también un vigor que jamás habían tenido, la población comenzó a sentir las como propias y el derecho terminó imponiéndose a la política. Fue el tránsito desde el Estado de Derecho formal, anhelado por el positivismo desde Hobbes, al Estado de Derecho real, forjado mediante la interpretación creativa, decidida y visionaria de los jueces, asistidos por juristas³⁷.

América Latina emprendió la marcha hacia la restauración de la democracia en la década de 1980. La energía movilizadora de tal transición fue disímil, ya que en algunos países emanó de la derrota de los uniformados en el mar, en el cielo y en los campos de batalla, mientras que en otros afloró de la resistencia interna a los atropellos padecidos. Con tropiezos que, por desgracia, no impiden asegurar la imposibilidad de retrocesos, nuestra América se ha ido situando en la estela del proceso innovador descrito. Estamos lejos aún de acercarnos siquiera a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Alemania³⁸, de Italia³⁹, del Consejo Constitucional de Francia⁴⁰ y del Tribunal Constitucional de España, pero el movimiento ya se ha iniciado y cabe alentarlo para que no se detenga⁴¹. La crítica a este neoconstitucionalismo vigoroso en valores y principios que vivifican al Código Supremo no falta, pero la reputamos débil, equivocada y carente de visión prospectiva⁴².

En resumen, se han acercado la cultura jurídica anglosajona, especialmente en la vertiente norteamericana, de un lado, y la cultura jurídica europea continental e iberoamericana, de otro⁴³. Dicha aproximación ha sido el resultado de un proceso lento y difícil, de maduración cívica en punto a la introspección de los horrores padecidos, a la firme determinación de precaver su recurrencia y a la conciencia, ampliamente compartida, que los valores son ideales realizables y no quimeras ni fantasías. Ambas culturas van beneficiándose de ese flujo y reflujo, porque el pensamiento norteamericano se ha enriquecido en su capacidad de teorizar, sin perder el pragmatismo, e igualmente los europeos y, en principio, ahora también los latinoamericanos, puesto que todos han concluido que el derecho en general, y el derecho constitucional y administrativo en particular, se hallan al servicio de la persona⁴⁴ y solo después del

³⁶ J. Roland Pennock, *Democratic Political Theory* (Princeton, Princeton University Press, 1979), pp. 363 ss.

³⁷ Mauro Cappelletti: *Obras. La Justicia Constitucional. Dimensiones de la Justicia en el Mundo Contemporáneo* (México DF., Ed. Porrúa, 2007), pp. 305 ss.

³⁸ Jürgen Schwabe (compilador), *Cincuenta Años de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán* (Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung, 2005).

³⁹ Giuseppe de Vergottini, *Diritto Costituzionale* (Bologna, Cedam, 2010).

⁴⁰ Bertrand Mathieu et al., *Les Grandes Délibérations du Conseil Constitutionnel* (Paris, Dalloz, 2009).

⁴¹ Revisese, en general, nuestro libro *Estado Social y Justicia Constitucional* (cit.).

⁴² Véase, entre otros, Eduardo Aldunate Lizana, "Aproximación Conceptual y Crítica al Neoconstitucionalismo", *XXX Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile* N° 1 (2010), pp. 79 ss.

⁴³ Consúltese Wilfrid J. Waluchow, *Una Teoría del Control Judicial del Constitucionalismo basado en el Common Law. Un Árbol Vivo* (Madrid, Ed. Marcial Pons, 2009).

⁴⁴ En torno de esta premisa cardinal se advierten confluencias entre las dos grandes familias jurídicas, ambas resueltas a no facilitar la victoria, cruenta ciertamente, de las tendencias extremistas de uno u otro signo. Revisese en el tópico Alfonso Ruiz Miguel, *Una Filosofía del Derecho en Modelos Históricos* (Madrid, Ed. Trotta, 2009), pp. 169 ss. Véase también John Rawls, *Teoría de la Justicia* (México DF., Ed. Fondo de

Estado y de la sociedad civil. En otras palabras, tales organizaciones son instrumentos que el ser humano ha creado para cumplir, en libertad y sin diferencias arbitrarias, las finalidades trascendentales del humanismo⁴⁵.

8. Dimensiones del derecho. Imperativo es detenerse en la incidencia que el cambio de época va evidenciando en el derecho.

Comienzo puntualizando que, por siglos, él fue concebido como un ordenamiento humano desprendido del orden natural insuflado por Dios a todo lo que existía o podía llegar a ser. Principalmente a raíz de la reforma protestante, en sí misma la consecuencia de grandes convulsiones cuyas raíces pueden retrotraerse al siglo XII d.C., irrumpe el secularismo con el poder soberano que dicta el derecho positivo y lo impone coactivamente, si fuera necesario. Es la victoria del poder como fuerza, influencia, violencia u otras manifestaciones de esa energía, sobre la justicia en la convivencia civilizada.

En la segunda mitad del siglo XIX se hacían estudios destinados a examinar qué es el derecho, cuál es su estructura, qué factores determinan sus fuentes y eficacia empíricamente medida. La imagen del orden jurídico encapsulado en leyes escritas, ajenas a las constituciones, engendraba las investigaciones pioneras de índole sociológica, comparada y de proyección supra o internacional.

Llégase de tal modo al siglo XX en el que se coincide, con términos contrapuestos según las diversas concepciones del derecho, en que nuestra ciencia y la técnica de su implementación práctica son complejas, porque abarcan distintos aspectos, elementos, facetas, dimensiones o modos de manifestarse en el que pasa a ser denominado fenómeno jurídico. Esas dimensiones existieron siempre en la civilización occidental, pero ahora se las separa, estudia y combina con una claridad antes desconocida. Lamentablemente, a tales elementos del derecho muchos no los entienden, parece despreocuparles y optan por refugiarse en las doctrinas, por lo común formalistas, con que fueron configurados hace largo tiempo.

A. Crisis de una teoría imaginaria

Me detengo para formular una puntualización con la cualidad de supuesto: no existe una teoría pura del derecho, ajena a la política, a la economía, a la sociología y, sobre todo, a la filosofía y a la ética. Quienes, como Hans Kelsen (1881-1973) y sus discípulos, creyeron en tal pureza del ordenamiento lo hicieron porque se apoyaban en cierta antropología, es decir, una imagen del ser humano, individualmente y asociado, singularizada por la hegemonía del Estado en cuanto fuente simultánea del poder y del derecho. Es una antropología secular, cuyos ancestros hemos procurado demostrar en páginas anteriores⁴⁶. Reproducimos enseguida algunos conceptos de la obra fundamental de ese jurista clave en el derecho del siglo XX⁴⁷.

Cultura Económica, 1978), pp. 437 ss.; y Amartya Sen, discípulo de Rawls, *La Idea de Justicia* (Bogotá, Ed. Taurus, 2011), pp. 387 ss.

⁴⁵ Arthur Benz, *El Estado Moderno. Fundamentos de su Análisis Politológico* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010), pp. 371 ss.

⁴⁶ Véase la semblanza de Hans Kelsen escrita por Gregorio Robles y publicada en Rafael Domingo (editor), *IV Juristas Universales. Juristas del siglo XX* (Madrid, Ed. Marcial Pons, 2004), pp. 69 ss.

⁴⁷ *Teoría Pura del Derecho* (1934) (Buenos Aires, EUDEBA, 1963), pp. 15, 54, 55, 60, 61 y 62.

La Teoría pura del derecho es una teoría del derecho positivo (...). Procura determinar qué es y cómo se forma el derecho, sin preguntarse cómo debería ser o cómo debería formarse. Es una ciencia del derecho y no una política jurídica. (...) El principio fundamental de su método es, pues, eliminar de la ciencia del derecho todos los elementos que le son extraños (...). Contrariamente a la doctrina del derecho natural, que es una metafísica del derecho, la ciencia jurídica únicamente puede ser una ciencia del derecho positivo, o sea, del derecho creado y aplicado por los hombres (...). Un orden jurídico extrae su validez de su norma fundamental, que es una hipótesis científica que atribuye a la primera Constitución de un Estado el carácter de un sistema de normas válidas (...). En consecuencia, la ciencia del derecho no puede declarar que tal orden –o tal norma jurídica– es justo o es injusto, pues tal juicio se funda, ya sea en una moral positiva, es decir, en un orden normativo diferente e independiente del derecho positivo, o en un verdadero juicio de valor, con carácter subjetivo (...). Más aún, la historia del espíritu humano (...) muestra que la justicia absoluta no puede ser definida racionalmente. Dotada de una validez absoluta, la justicia está más allá de toda experiencia, como la idea platónica está más allá de la realidad sensible (...), la Teoría pura se preocupa de saber lo que es y lo que puede ser, y no si es justo o podría serlo. En este sentido es una teoría radicalmente realista (...). Considerado en cuanto a su fin, el derecho aparece como un método específico que permite inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada (...), amenazándolos con un mal en caso de una conducta contraria.

Dura tarea han tenido los positivistas para defender su tesis⁴⁸ frente a las tragedias sufridas por los más diversos pueblos en todo el mundo, a raíz de haberse impuesto tan artificial concepto del derecho. Sin el espantoso sufrimiento padecido no habría sido posible llegar a la conciencia masiva, especialmente en líderes democráticos, en el sentido que la causa de los atropellos a la dignidad humana se halla, principalmente, en la política concebida como poder puro, sin valores ni condicionantes éticos, apartada de los rasgos esenciales que la tipifican como actividad noble y legítima; y concomitante con esa jibarización del derecho la instrumentalización de este por tales patologías políticas. A lo último añadimos que está superado el tesón con que se ha querido separar el ser y el deber ser, la ley de la moral, las reglas positivas de los valores y principios que les infunden sentido⁴⁹, renovando el formalismo positivista mediante su apertura a la realidad social y ética:

Resulta evidente que si la demostración de los errores del formalismo ha de servir para probar que la distinción de los utilitaristas es equivocada, el punto tiene que ser reformulado en forma drástica. En lugar de expresarlo diciendo que para que una decisión judicial sea racional ha de elaborarse a la luz de algunas concepciones de lo que debe ser, habría que decir que los objetivos, los criterios

⁴⁸ Consúltese Wilfrid J. Waluchow, *Positivismo Jurídico Incluyente* (Madrid, Ed. Marcial Pons, 2007), pp. 95 ss.

⁴⁹ Herbert Lionel Adolphus Hart (1907-1992), *Derecho y Moral. Contribuciones a su Análisis* (Buenos Aires, Ed. Desalma, 1962), pp. 34 ss. Consúltese la semblanza de Hart escrita por Cristóbal Orrego Sánchez en *IV Juristas cit.*, pp. 495 ss.

de conveniencia social y los propósitos a los cuales deben recurrir los jueces si sus decisiones han de ser racionales, deben ser considerados en sí como partes integrantes del derecho en algún significado adecuadamente amplio de derecho, que se reputa más esclarecedor que el que le asignan los utilitaristas (...). Diremos que los criterios de conveniencia social que guían la elección de los jueces están en un cierto sentido allí para ser descubiertos por ellos; que los jueces se limitan a “extraer” de la regla lo que, si se entiende adecuadamente, está “latente” en ella.

Últimamente, en su discurso ante el Bundestag en Berlín, el 22 de septiembre de 2011, el papa Benedicto XIV afirmó:

La política debe ser un compromiso por la justicia y crear así las condiciones básicas para la paz. (...) Hemos experimentado cómo el poder se separó del derecho, se enfrentó contra el derecho, como se ha pisoteado el derecho, de manera que el Estado se convirtió en el instrumento para la destrucción del derecho (...). Servir al derecho y combatir el dominio de la injusticia es y sigue siendo el deber fundamental del político. (...)

¿Cómo podemos reconocer lo que es justo? Para gran parte de la materia que se ha de regular jurídicamente, el criterio de la mayoría puede ser un criterio suficiente. Pero es evidente que en las cuestiones fundamentales del derecho, en las cuales está en juego la dignidad del hombre y de la humanidad, el principio de la mayoría no basta: en el proceso de formación del derecho, una persona responsable debe buscar los criterios de su orientación (...). ¿Cómo se reconoce lo que es justo? El cristianismo nunca ha impuesto al Estado y a la sociedad un derecho revelado. En cambio, se ha referido a la naturaleza y a la razón como verdaderas fuentes del derecho. (...)

Es fundamental, sobre todo, la tesis según la cual entre ser y debe ser existe un abismo infranqueable. Del ser no se podría derivar un deber (...). La base de dicha opinión es la concepción positivista de naturaleza y razón (...) que comprende la naturaleza de modo puramente funcional, como las ciencias naturales la explican (...). Sin embargo, lo mismo vale para la razón en una visión positivista, que muchos consideran como la única visión científica. En ella, aquello que no es verificable o falsable no entra en el ámbito de la razón en sentido estricto. (...) la razón positivista, que se presenta de modo exclusivista y que no es capaz de percibir nada más que aquello que es funcional, se parece a los edificios de cemento armado sin ventanas, en los que logramos el clima y la luz por nosotros mismos. Y, sin embargo, no podemos negar que en este mundo autoconstruido recurrimos en secreto igualmente a los “recursos” de Dios, que transformamos en productos nuestros.

Es necesario volver a abrir las ventanas, hemos de ver nuevamente la inmensidad del mundo, el cielo y la tierra, y aprender a usar todo esto de modo justo.

B. Multidisciplinariedad

El panorama hoy predominante en los países con regímenes democráticos efectivos permite sostener que en el derecho, o fenómeno jurídico, hay cuatro dimensiones o

facetas, integradas con relación a la complementación. De cada una de ellas proporcionaremos una breve descripción, sin que ninguna pueda reputarse sostenible por sí misma, aislable de las otras⁵⁰.

El derecho es, por de pronto, una especie de normativa vinculada a la filosofía, junto a la cual nació y con la que sigue unido para explicar su fundamento y finalidades. En este ámbito resulta irreal y equivocado, con graves secuelas, divorciarlo de la ética.

Es, en seguida, historia generada en Grecia, desplegada en Roma y modelada, en escuelas distintas, hasta hoy. En esta área de estudio hallamos la metodología de la investigación diacrónica o de períodos de larga duración, distinta de la metodología sincrónica, concentrada en la comparación de ordenamientos normativos, fijando semejanzas y diferencias entre ellos.

Constituye, en tercer término, una ciencia social específica por sus ámbitos de estudio y objetivos, por sus conceptos y definiciones, sus clasificaciones y tipologías propias, enunciadas en un lenguaje diferenciado o de segundo grado de alta precisión. Es la dogmática jurídica o ciencia del derecho positivo, ocupada de resolver problemas difíciles, v. gr., derivados de la vigencia y derogación de normas sucesivas en el tiempo, de preceptos concurrentes pero contradictorios, de la comparación de ellos y su modificación, de la pureza del orden positivo, de su completitud o de las lagunas y vacíos que lo afectan, de los valores que impregnan a los preceptos dándoles finalidad o sentido, serie de operaciones que hoy se hallan aumentados por la dogmática del derecho internacional. Este es el campo de la interpretación o hermenéutica jurídica, desplegada según reglas lógicas que tienden a garantizar la razonabilidad en los estudios y decisiones.

Se torna así mucho más compleja la investigación, aplicación y reforma del derecho, evidencia de lo que son numerosas disciplinas aparecidas en el siglo XX y que continúan surgiendo. En un esfuerzo sistematizador, se estructuran los planes de estudio en torno del derecho público y privado, del derecho romano o actualizado con el derecho civil francés e italiano, y de otras ramas como el derecho económico, laboral, procesal, tributario y ecológico, centrados en las elaboraciones francesa, alemana y norteamericana, principalmente.

Por último, resulta evidente el aspecto sociológico, puesto que no es difícil constatar la brecha que separa el texto positivo de la normativa vigente, por un lado, con su eficacia verdadera constatada o medida empíricamente en la realidad, de otro. Aquí surgen las fuentes materiales del ordenamiento y que llevan a indagar en las costumbres, intereses, organizaciones, instituciones de diversa índole y otras energías causantes de la ignorancia, indiferencia o de la aplicación efectiva de los preceptos positivos. Es la dimensión fáctica del ordenamiento, sea el de índole positiva, sea el que discurre paralelamente a él, o en su contra o solo al margen de la regulación formal.

C. Áreas de investigación

El panorama resumido pone de relieve la necesidad de estudiar y enseñar el derecho en la variedad de facetas enunciadas, exigencia que no se halla cumplida en muchos

⁵⁰ Me ocupé del tema en "Sistema y Problema en la Investigación Jurídica para una Dogmática Flexible del Derecho", X Revista Chilena de Derecho, N° 2 (1983), pp. 341 ss.

países. Insistimos en el punto para aclarar un tópico que se torna especialmente relevante en este ensayo. Me refiero a que, en virtud de la constitucionalización del derecho, a la que luego se hará referencia, todo el trabajo señalado tiene que ser abordado desde el derecho constitucional y para volver a él, no más arrancando de códigos venerables y sumiendo al ordenamiento en la interpretación, a menudo copiada de antiguos maestros, en conceptualizaciones arcaicas. El derecho ha cambiado profunda y ampliamente, dentro y fuera de las fronteras estatales, imponiéndose investigarlo en esa magna complejidad para resolver los problemas que enfrenta hoy, en sociedades que van delante de las transformaciones normativas.

9. Transformación del Estado. Definimos escuetamente el Estado como una institución política independiente y de base territorial soberana. Llamada también sociedad política ha experimentado cambios importantes más que nada desde la crisis que se desató en Europa en 1989 y la globalización subsecuente de las comunicaciones, mercados, regímenes financieros y monetarios condicionantes. Esas transformaciones continúan y no es posible aún predecir, con algún grado de exactitud, hacia dónde se orienta aquella forma de organización ciudadana. Ya es evidente, sin embargo, que el Estado, tal como lo conocíamos, no podrá subsistir en su imagen de detentador de la soberanía, incontrolable desde fuera de sus fronteras territoriales por los principios de autodeterminación y no intervención de terceros. Ese enorme aparato de dominación, burocrático y no rara vez ineficiente, dispensador de bienestar sin educar en el mérito y en el sacrificio, regido por consignas ideológicas y favorecedor de los clientelismos, está llegando a su fin. Aquel tipo de Estado está colapsado⁵¹ y no es posible ni conveniente reanimarlo sin hondas modificaciones. La crisis que se comienza a experimentar hoy en Grecia, Irlanda, Italia, España y Portugal es un testimonio irrefutable de que el Estado benefactor está cediendo su lugar, nacional e internacionalmente, a una especie de estructura política que tiene que ceñirse al derecho, pero que no se vislumbra con nitidez todavía.

Los cambios que se requieren hallan resistencia porque los intereses creados, de todo tipo, rechazan la disciplina fiscal, no aceptan regulaciones de tratados internacionales que ordenen la globalización económica, quieren seguir gozando de estándares de vida insostenibles sin mayor trabajo y atrasan su ahorro o rehúyen el control de la especulación y del fraude. Se entiende, entonces, por qué la resistencia a los cambios se vuelve precisamente más enérgica en quienes dicen estar comprometidos con ellos. No es paradójico, por ende, que los defensores del Estado y que crecieron a su alero, ahora se manifiesten contrarios a transformarlo. Reaparecen ideologías centralizadoras del poder y asfixiante de la autonomía de la Sociedad Civil. La huella del estatismo tradicional es profunda y cuesta borrarla. En esto tienen responsabilidad varias generaciones socializadas en visiones estatistas, reacias a reemplazar postulados arraigados en ellas. Los abusos en el comercio, el crédito de consumo, la debacle de regímenes previsionales y las falencias dolorosamente fraguadas ocasionan perjuicios devastadores en los sectores medios y bajos de la población. Hay, sin duda, causas

⁵¹ Revítese René Lenoir y Jacques Lesourne, *Où va L'Etat? La Souveraineté Economique et Politique en Question* (Paris, Editions Le Monde, 1992), y Arthur Benz, *cit.*, pp. 419 ss.

suficientes para comprender a los indignados en todo el mundo, pero no se advierte lucidez, el liderazgo apropiado ni determinación en las instituciones democráticas para enfrentar la crisis y demostrar la representatividad más que la representación de ellas.

El panorama no me parece, sin embargo, desolador aunque sí inquietante, porque se advierten progresos en la aproximación a posiciones políticas menos ideológicamente rígidas, pero no es menos cierto que los cambios ya han ocurrido y a margen del sistema establecido. De allí que hoy sea posible sostener la urgencia de fojar una política que sea más de consensos que de disensos, de entendimientos que de confrontaciones, de arquitectura más que agonal o combativa, de desenvolvimiento de acuerdo con el derecho que de lucha por sobrepasarlo o eludirlo. El sistema está obligado a demostrar su capacidad para absorber y procesar bien las demandas de estudiantes, trabajadores, deudores y otros. Sin duda, siempre existirá el gobierno y la oposición, la obra realizada y la fiscalización con crítica. Pero eso y más son ingredientes esenciales de la libertad y del pluralismo en la democracia. En el fondo, es una manera renovada de entender qué es la política, cuáles son sus límites, incluidos los establecidos por el derecho, y cómo vivirla para que sea legítima y lleve al bien común.

En un mundo globalizado es obvio que no puede ser ya más estirado ni readaptado el concepto territorial del Estado, sentado en los pactos de Westfalia (1648), asociado a la soberanía absoluta que nació de ellos a favor de esas nuevas comunidades territoriales autónomas⁵². El impacto de la globalización, proceso aún no regulado por el derecho, es una de las razones en atención a las cuales se torna imposible anticipar todavía la trayectoria que seguirá esa forma política nacida en los tiempos modernos. Lo dicho no impide concluir que hoy, en Chile y en gran parte del mundo, el nivel de legitimidad que tiene el Estado es superior en parangón con el que tenía antes de 1989, pero es un progreso de índole inestable que pueda ser revertido.

10. Clasicismo y cambio de época en la teoría constitucional. La cultura política y jurídica anglosajona tiene menos desarrollo doctrinario que el derecho continental y latinoamericano. Comparado el caudal de investigaciones y publicaciones generadas en una y otra de esas dos culturas en el tópico comentado se concluye que es abrumadora la teorización de la segunda, paralela a la más reducida elaboración anglosajona⁵³.

La constatación antes descrita tiene que ser puntualizada, sin embargo, en diversos aspectos, de los cuales aquí resumo algunos de ellos. Son indicadores de una evaluación preliminar y parcial.

Desde luego, el desbalance en teorización no coincide con la perdurabilidad de las constituciones de ambas culturas, pues mientras en la que tiene menor despliegue doctrinario las cartas fundamentales son de vigencia y eficacia prolongada, en la otra ocurre lo contrario. Puede desprenderse de lo escrito que la cultura constitucional real, sociológicamente entendida, es más viva y vigorosa en los países anglosajones, a

⁵² Véase Jürgen Habermas, *Más allá del Estado Nacional* (México DF., Ed. Fondo de Cultura Económica, 2006), pp. 29 ss.; y Stephen D. Krasner, "Compromising Westfalia", en David Held y Anthony McGrew (editores), *The Global Transformations Reader: An Introduction to the Globalization Debate* (Cambridge UK, Polity Press, 2002), pp. 124 ss.

⁵³ Wheare, Sauer, Loughlin, Ackermann y Rosenfeld son, entre otros, autores afamados por su pensamiento constitucional orientado a formulaciones generales, hechas inductivamente.

la par que esa cultura se inclina al formalismo positivista en la otra cultura, fenómeno catalizado por orientaciones ideológicas, focalizadas en el poder con prescindencia de su delimitación por el derecho.

Si la evolución mediante la jurisprudencia es el método principal observado entre los juristas y políticos anglosajones para mantener al día sus constituciones, la asamblea constituyente, por lo común de signo revolucionario o contrarrevolucionario, es la vía preferida para lograr ese objetivo entre los europeo-continental y latinoamericanos. La reforma al texto, nutrida y ojalá estructural, es la alternativa a dichas asambleas.

Lo recién expuesto sirve para entender por qué las constituciones de unos y de otros países experimentan procesos de continuidad y de cambio, en esta última hipótesis con ruptura del orden institucional, dolorosa experiencia dictatorial, transición hacia la reconstitucionalización del sistema, violencia, rencor y enemistad de sectores del liderazgo político, de los partidos y de la ciudadanía. El consenso perdurable se torna así esquivo, defecto que no enerva la predisposición a los cambios formales.

En el fondo, están en juego conceptos diferentes de lo que es, puede ser y no es razonable que se demande de una Constitución. Pensamos que, en los anglosajones, es más concreta, práctica, fundada en la voluntad del pueblo y sujeta a las demandas ciudadanas, con permanente y decidido reconocimiento de la autonomía de la sociedad civil, apego a la libertad, despliegue pausado de la igualdad, tolerancia y pluralismo; en nuestros países, la idea de Constitución, aunque ha ido cambiando en las últimas décadas, conserva rasgos de la ilusión decimonónica con que se conquistó la independencia nacional, a pesar de la declamación que se hace, en las más diversas instancias políticas, de fidelidad a la libertad, la igualdad y la sumisión a la decisión popular.

Repetimos, con acento alentador, que el concepto o idea de Constitución está cambiando en Europa continental y América Latina. Eso es ostensible en las grandes democracias europeas, comenzando por Alemania, seguida de Francia, Italia y España. En nuestros países el proceso avanza más lento y, en ocasiones, con retrocesos por la irrupción de empeños antidemocráticos, cobijados en constituciones urdidas a la medida de los autoritarios, o bien, a raíz del afán de reformarlo pronto y casi todo, como si la experiencia fuera desechable porque refleja la obra exitosa del adversario.

Se conserva intocada, en medida considerable, la teoría constitucional cimentada en el pensamiento de Sieyes formulado durante la Revolución Francesa o en las décadas siguientes. En el siglo XX, la sistematización monumental de Carré de Malberg⁵⁴ es un hito en esa dirección, de modo que se enseña y difunde todavía un elenco de conceptos, clasificaciones y otros tópicos conexos que corresponden a la arquitectura del régimen político trazada en y desde la Constitución formalmente entendida como obra estatal. Quedan en el ocaso las espléndidas lecciones de Maurice y André Hauriou. Así y entre otros, las teorizaciones definen las constituciones con profusa variedad de autores; elaboran prolijas taxonomías de los códigos políticos ceñidos a la reflexión positivista trazada por Kelsen⁵⁵; distinguen el poder constituyente del homonismo constituido, subdividiendo lo originario y lo derivado; reflexionan acerca de la supremacía en sus

⁵⁴ Teoría General del Estado (1923) (México DF, 2ª Ed., 1999).

⁵⁵ Teoría General del Estado (1930) (México DF, Ed. Nacional).

variadas especies; en fin, señalan indicios relativos a las fuentes de la Constitución y nociones referentes al constitucionalismo clásico.

Al margen de tal índice temático, quedan, por consiguiente, las fuentes externas o materiales del derecho, especialmente en su carácter político y socioeconómico; la obsolescencia de los textos por la incapacidad de la judicatura de adaptarla a los nuevos tiempos, v. gr., por medio de la mutación constitucional; la inoperancia del legislador de cara a silencios prolongados tratándose de problemas graves y que aquejan a muchos sectores, asunto abordado en la inconstitucionalidad por omisión; la hermenéutica constitucional incluyendo cánones de la teleología y proporcionalidad; la impronta de la historia y de las ideologías en el constitucionalismo; por último, el trascendental tema de los derechos humanos, incluido el derecho humanitario y los vínculos del orden constitucional interno con el inter o supranacional.

En definitiva, la teoría constitucional clásica, todavía enseñada en su modelo configurado hace un siglo o más, representa un esquema rígido, elaborado desde el Estado, estático, desvinculado de la sociedad civil y del mundo. Es útil enseñar tales conceptos, pero más sucintamente y llamando la atención a los signos del cambio de época y extendiéndose a la temática omitida en el clasicismo.

La transformación fue causada por el sufrimiento padecido bajo totalitarismos y dictaduras. En la teoría, honra mencionar a los alemanes Heller, Friedrich, Hesse, Häberle, Bödenhöffer y Loewenstein; al suizo Kegi; a los franceses Burdeau, Prelot, Favoreu y en menor medida Duverger; a los españoles García Pelayo, Pérez Serrano, Jiménez de Parga y Lucas Verdú; a los italianos De Vergottini, Ferrajoli, Zagrebelsky y Matteucci.

La doctrina chilena no ha difundido aún un compendio con la teoría constitucional de nuestra época. Son centenares de monografías las publicadas, abordando tópicos circunscritos y, por lo mismo, carentes de la vertebración tipificada de una sistematización acabada. Especialmente escasa es nuestra doctrina en punto a la discrecionalidad técnica de la burocracia, al garantismo frente a la administración, a temática de los deberes fundamentales, a la jurisprudencia en cuanto clave de la renovación constitucional y a las secuelas que acarrea, ineludiblemente, el cambio incesante de un ordenamiento que requiere continuidad para que la democracia rinda los beneficios que se espera de ella. Mientras tanto, se continúa enseñando la teoría francesa de hace un siglo, con leves adiciones nacionales, siendo posible revisar a Roldán, Estévez, Silva Bascuñán y Galaz Ulloa, entre otros, para corroborar lo dicho; Cumplido, Nogueira, Verdugo y Ana María García abren el surco al cambio de época.

11. Constitucionalización del derecho. Trátase de un proceso vivido en la cultura anglosajona desde hace siglos y presente, en la cultura europeo continental y latinoamericana, desde hace alrededor de sesenta años. Probablemente, el desenlace de tal proceso marca la aproximación, mayor y fructífera, de las dos culturas políticas y constitucionales ya caracterizadas.

Examinado con rigor, tal proceso no debe sorprender a nadie en la doctrina ni en los órganos públicos iberoamericanos, pues no pasa de ser la consecuencia, cierto que ahora real o vivida en la práctica, del principio de supremacía del Código Político que enseña en la teoría clásica. Memorizado y, más aún, poco indagado en los hechos, aquel principio lleva en sí cuanto se ha identificado como típico de la constitucionalización aludida. Lógicamente irrefutable resulta sostener, entonces, que admitida la

supremacía ninguna disciplina jurídica puede ser concebida, interpretada y aplicada en términos que dejen en el vacío, o con significado inútil o irreconocible cuanto fluye de los valores, principios y normas de la Constitución. Pensamos que lo ocurrido en la cultura jurídica nombrada durante largísimo tiempo permite comprender la renuencia, de algunos autores y magistrados, a lo que involucra ese principio. La docencia e investigación en las facultades de derecho, la configuración de la malla curricular en ellas, en fin, el examen final y la práctica profesional requerida para licenciarse son otras tantas pruebas de lo escrito. Idénticas exigencias tendrían que regir en todos los ámbitos de investigación jurídica, de ejercicio de la abogacía y de servicio en las instituciones públicas.

Condensando cuanto implica la constitucionalización del derecho se sostienen aquí las notas siguientes:

Reconocimiento de un concepto nuevo de Carta Política, impregnado de valores y principios, con el respeto y promoción de la dignidad humana en el rango de cima y cima de la política y el derecho;

Articulación de la Carta Política con los tratados internacionales sobre derechos esenciales que fluyen de la naturaleza, configurando un bloque constitucional en el sentido estricto que se ha puntualizado;

Hermenéutica propia del nuevo constitucionalismo, enfatizando la axiología y la teleología, la realización y la proporcionalidad de fines y medios, la progresividad en la materialización del ordenamiento y otros rasgos parecidos;

Aplicación del Código Supremo con la cualidad de fuente inmediata, directa y máxima del sistema normativo, protegida en su espíritu y forma por la justicia constitucional, especializada e imbuida de técnicas de interpretación y solución de conflictos diferentes de los insertados en los códigos tradicionales;

Supremacía esencial que se irradia a todas las actuaciones jurídicas, sean del legislador, de los órganos administrativos, de los tribunales, las estipulaciones contractuales y otras sin reparar en su denominación, de modo que la autonomía de la voluntad y la discrecionalidad técnicas se desestiman como razones para escapar a aquella; y

Por último, este constitucionalismo fuerte o vigoroso se hace patente en cuestiones sustantivas y procesales, sean políticas, económicas o sociales, todas cubiertas por la finalidad del humanismo, esto es y como ya dijimos, un plexo de valores focalizado en la dignidad de la persona y tanto en los derechos cuanto en los deberes intrínsecos a esa cualidad fundamental⁵⁶.

12. Estado social de derecho. Algunos entienden este concepto como sinónimo de socialismo, más que nada en la versión suave o de social democracia. Trátase, en esa perspectiva, de rebajar las exigencias típicas de los socialismos reales, cuyo prototipo es el marxismo en sus variadas especies, para conciliarlas mejor con los presupuestos ineludibles de la democracia constitucionalmente vivida⁵⁷. No es ese, empero, el concepto de Estado Social que propugnamos, aunque tampoco descalificamos, de

⁵⁶ Nos parece insuficiente la condensación hecha por Ricardo Guastini, *Estudios de Teoría Constitucional* (México DF., Distribuciones Fontanera, 2001), pp. 153 ss.

⁵⁷ Véase A. R. Buzzi, *La Teoría Política de Antonio Gramsci* (Barcelona, Ed. Fontanella, 1969), 148 ss.

ninguna manera, el progreso que la social democracia encierra para la realización del concepto mencionado⁵⁸.

Pensamos que el Estado social es el fundado en la sociedad civil y en el Estado, ambos protagonizando el desarrollo humano con base en el principio de solidaridad. Dicho principio ha de impeler a uno y a otra en especial a la sociedad civil libre y que ejerce rectamente su autonomía. Con incentivos organizados en cumplimiento de lo dispuesto en la Constitución y las leyes, la iniciativa solidaria del voluntariado, sobre todo de la juventud, y el mecenazgo o filantropía de individuos, empresas e instituciones, se moviliza la energía colectiva a la satisfacción de las necesidades urgentes de los sectores vulnerables de la comunidad política⁵⁹. La salud y salubridad públicas, la enseñanza en todos sus niveles, la investigación humanista, científica y tecnológica; la seguridad humana en cooperación con las policías estatales; la reconstrucción y la construcción de viviendas, la readaptación de los condenados sean o no reclusos; el cuidado de la niñez y adolescencia; la promoción del trabajo; la prevención y tratamiento de drogadictos; la tutela de la familia y de la tercera edad; la lucha contra la marginación arbitrariamente constatada; y muchos otros rubros demuestran, como ocurre en Alemania, Bélgica, Holanda y Estados Unidos, que la energía de la sociedad civil puede y debe ser canalizada a tareas de bien común. Seguramente, la gran misión incumplida del Estado de Derecho es infundir realidad a las proclamaciones de las declaraciones de derechos articuladas en sus constituciones. No nos cabe duda que, en definitiva, el esquema descrito es categóricamente concluyente en una democracia diaria y verdaderamente vivida, es decir, sólida, masiva y real.

Actuando generosamente, doblegando el egoísmo gracias a la educación para la solidaridad impartida desde la familia y la juventud, el Estado social contribuye a esa misión compartida⁶⁰, pero sin absorberla en una especie de monopolio. El antiguo lema, aquel según el cual el bien común lo hace el Estado o no se hace, ya resulta una aseveración obsoleta y crecientemente rechazada⁶¹.

Es más difícil, sin duda, forjar el Estado social de derecho así concebido que el Estado socialista, implantado desde arriba, prescindiendo de la sociedad civil y succionando, al máximo, los recursos humanos y económicos de esta. Pero la democracia participativa, responsable del progreso de la comunidad propia y de la vigencia tangible del derecho son más intensas, diaria y crecientemente experimentadas en el tipo de Estado social con que nos identificamos⁶². Los derechos sociales o de la segunda generación no quedan allí en la condición de promesas incumplidas, por la sinergia de esfuerzos públicos y privados para concretarlos.

13. Poder y derecho. Nos acercamos al término de este ensayo, volviendo a la idea con que lo comenzamos.

⁵⁸ Fernando Diez Moreno, *El Estado Social* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004).

⁵⁹ Ley de Asociaciones de 2011

⁶⁰ Antonio M. Baggio (compilador), *El Principio Olvidado: La Fraternidad* (Buenos Aires, Ed. Ciudad Nueva, 2006).

⁶¹ Fluye inequívocamente con tal sentido del artículo 1 inciso 4° de la Constitución vigente.

⁶² En torno del asociacionismo y de nuevas formas de representatividad democrática, véase Pedro Ibarra Güell, *Democracia Relacional* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011), pp. 193 ss.

Recordemos nuestra premisa inicial: en la civilización occidental, la política y el derecho siempre han estado relacionados, pero esa vinculación ha sido de tensión y conflicto en largas épocas de la historia. Más aún, la mirada al mundo permite sostener que no hay país o región en que no haya sido así. La tesis contraria es válida, aunque nada más que tratándose de determinados períodos, en ciertas culturas y durante los últimos ciento cincuenta años, aproximadamente. La tarea es, en consecuencia, clara y difícil: lograr fórmulas que conjuguen ambos conceptos, infundiéndole realidad al postulado del Estado de Derecho, es decir, aquel en que el derecho rige verdaderamente en el ámbito político⁶³.

¿Por qué tales relaciones han sido de la índole mencionada?

Pensamos, reiterando lo dicho en la primera página que la política se funda en las numerosas manifestaciones que reviste el poder, busca lograrlo y mantenerlo, o conquistarlo si se trata de la oposición. El poder, sin embargo, fascina al ser humano y tiende a ser ejercido sin límites, abusiva o irracionalmente. La ética en esa búsqueda, conquista y mantención se ve de inmediato excluida. La dominación llega, como escribieron Montesquieu, A. Hamilton y Lord Acton (1834-1902), hasta donde encuentra contrapoderes que lo detienen y reencausan. Ese es el rol insustituible del derecho y, dentro de este, del control y la imposición de las responsabilidades, especialmente ejercidas desde el exterior del detentador del poder, o sea, con carácter heterónomo.

Son los frenos y contrapesos que infunden realidad a la separación de funciones, cada cual a cargo de órganos distintos, pero jamás como meta en sí o para designios formales, porque ya en su origen esa tesis estuvo vinculada a proteger la libertad humana y hoy es más nítido todavía que no existe otra forma de legitimarla.

En la formación de hábitos y virtudes cívicas desde la niñez vivida en la familia, pasando a la enseñanza formal en todos sus niveles y cultivándolos en la política como actividad, encontramos la clave para comprender que el poder o dominación tiene que ser limitado, regulado y conducido dentro de los cauces jurídicos y morales que lo tornan legítimo. Cuando ese objetivo se logra, entonces nace y florecen la política y el derecho. Es sensible que tan elemental supuesto sea ignorado o no unánimemente compartido y que, además, la formación cívica adolezca de defectos o no exista en las instancias formales en donde es necesario que sea enseñada.

La pregunta que formulamos acerca de la tensión entre ambos conceptos merece ahora la respuesta en la perspectiva del derecho. Efectivamente, el ordenamiento jurídico ha sido muchas veces, y en tiempos extensos, atropellado por el poder a raíz de imponer a este un sistema de límites, consistente en obligaciones y prohibiciones fiscalizables por la ciudadanía y por los órganos del Estado democrático. Tratándose de la autoridad, es su competencia; en el caso de los gobernados, es el ejercicio legítimo o sin abuso de sus derechos y de la libertad. Por uno y otro camino, lo concreto es que ambos pueden actuar solo en y mediante el derecho para que sea factible afirmar que convivimos en una sociedad civilizada, en la cual impera la seguridad jurídica y el Estado de Derecho.

⁶³ Mauricio Fioravanti, *Constitución. De la Antigüedad a Nuestros Días* (Madrid, Ed. Trotta, 2001), pp. 142 ss.

No es difícil colegir de lo escrito que ese sistema de límites que impone el derecho pugna, no siempre pero sí a menudo, con la tendencia a ejercer el poder sin restricciones, muchísimas veces movido por pasiones y ambiciones. Donde sucede así se comienza con el abuso de los resquicios para evadir los límites y se pasa, de no hallar frenos reales, a la trasgresión abierta, sinónimo de crisis que lleva a dictaduras, tiranías y otras especies de interrupción de la continuidad democrática. Las espantosas consecuencias de esa violencia, de todas conocidas, no requieren comentarios adicionales.

El poder es inseparable de la política, pero se torna indispensable controlarlo y hacer responsables a quienes lo ejercen abusivamente. Este es el rol del derecho, para cuyo cumplimiento los jueces y fiscales tienen a sus órdenes a la fuerza pública⁶⁴. Si se desobedecen las órdenes impartidas por los magistrados, entonces se está en presencia de lo que hemos denunciado, o sea, la subordinación del derecho al poder, situación gravísima que equivale a una de las patologías más serias que puede ocurrir en el régimen político, queremos decir, la instauración del gobierno de facto o dictadura. Esta se halla ineludiblemente vinculada a la violación de la dignidad de la persona y a los derechos y deberes esenciales del ser humano. La caída en ese precipicio es dolorosa, salir de él y levantarse de nuevo resulta muy difícil, pero la libertad humana, en búsqueda de recuperar la dignidad perdida, puede eso y mucho más. La historia así lo demuestra.

En síntesis, solo el derecho justo legitima el ejercicio de la dominación humana, de lo que se colige que sin tal premisa cumplida tampoco es concebible un gobierno legítimo. He aquí la misión del constitucionalismo, nacional e internacionalmente vivido. El supuesto esencial de nuestro raciocinio es antropológico y, como tantas veces está escrito, humanista en el pleno sentido del respeto y promoción de la dignidad de la persona, de sus derechos y deberes correlativos.

EPÍLOGO

El futuro, hasta donde podemos anticiparlo, probablemente llevará al constitucionalismo mundial, regulando a la globalización según los valores, principios y normas del gobierno limitado para que así sirva a la dignidad humana y los atributos esenciales que emanan de ella⁶⁵. No callamos, sin embargo, que la desconstitucionalización del derecho y de la política son riesgos que amenazan a regímenes con instituciones frágiles, liderazgos mediocres o consensos equívocos⁶⁶.

En el horizonte divisamos también la inserción creciente del derecho internacional público y del derecho internacional humanitario, vías por las cuales los países, impulsados y dirigidos por la ONU y la OEA, llevan a cabo procesos de reconstrucción

⁶⁴ Véase Constitución de 1980 y sus reformas, artículos 76 inciso 3º y 83 inciso 3º.

⁶⁵ Revítese Rodrigo Brito Melgarejo, *Constitucionalismo Global* (México DF, Ed. Porrúa, 2005); Miguel Carbonell y Rodolfo Vásquez (compiladores), *Estado Constitucional y Globalización* (México DF, Ed. Porrúa, 2003); Anne Peters et al. (editores), *La Constitucionalización de la Comunidad Internacional* (Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2010); y Crisóstomo Pizarro, *Los Desafíos de la Globalización* (Valparaíso, Cuadernos del Foro Valparaíso N° 10, 2011).

⁶⁶ Consúltese Manuel Atienza, "Constitucionalismo, Globalización y Derecho", en Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo (editores), *El Canon Neoconstitucional* (Madrid, Ed. Trotta, 2010), pp. 264 ss.

material, de educación democrática, de instauración de instituciones políticas y socio-económicas, de pacificación y de impartición de justicia internacional⁶⁷.

Por último, la agenda temática del derecho y la política tendrá que ocuparse de reconducir la gama de tópicos reunidos en la denominación peyorativa de políticamente correctos⁶⁸. Entre ellos se hallan la pretensión de manifestarse sin restricciones normativas y ejerciendo el estatus de reconocimiento jurídico que demandan el feminismo y las consignas de género; la autonomía constitucional de las etnias; el pluralismo sin los límites que lo legitiman; o la infracción impune de las pequeñas reglas de convivencia, por ejemplo mediante el vandalismo y la violencia callejera. A esa visión políticamente correcta derivada del relativismo imperante, es ya apremiante encuadrarla en las exigencias de la ética, las necesidades del bien común y el respeto de los atributos esenciales del ser humano, precaviendo individualismos extremos, atentados contra la dignidad de la persona, explosiones de intolerancia y la desprotección de la seguridad jurídica⁶⁹.

En palabras finales, la defensa del derecho ante la política impone reconocer que el poder puede doblegar a aquel no solo si las masas se convulsionan, desbordándose en conductas indomables para el ordenamiento jurídico, sino que también cuando el individualismo radical, en nombre de la pretendida autonomía moral de cada sujeto, exige acatamiento por todos, incluida la autoridad, de sus pretensiones por excesivas que puedan ser. En tal situación ¿sobre qué bases, objetivas y reconocidas como tales, puede sostenerse la heteronomía que justifica la vigencia de un sistema jurídico justo?, ¿cuáles son, en dicha hipótesis, los sustentos para legitimar a ese sistema, incluyendo las prohibiciones que contempla y el ejercicio, excepcional pero lícito, de la coacción a la que conmina la defensa del bien común?, ¿es atendible que el individualismo y la condición de minorías, por respetables que sean, puedan erigirse en soberanos? Por último, ¿en qué acuerdo se funda un régimen político y jurídico democrático si la mayoría no manda, el disenso es abrumador y generalizada la repugnancia a cumplir deberes, alegando que le han sido impuesto a quienes se proclaman habilitados para hacer o no lo que se les ocurra?⁷⁰

Repetimos un postulado que reputamos capital: las instituciones, de cualquier índole, funcionan adecuadamente cuando gozan, como mínimo, de un consenso mayoritario y sólido en el servicio de sus roles. Si el umbral de ese consenso crucial se reduce o cae agudamente, entonces se estará de frente a la insurrección, a la rebelión o a la revolución, desencadenada por movimientos rebeldes o por amotinamientos militares. Pero en la actualidad aquel umbral baja del índice crucial ya aludido a raíz de otro fenómeno, también repetido en la historia moderna: el individualismo absoluto, el relativismo masivo o el protagonismo desbordado de ciertas minorías que desemboca

⁶⁷ Anne Peters et al. cit., pp. 127 ss.

⁶⁸ Véase Gerardo Pisarello: *Un Largo Termidor: La Ofensiva del Constitucionalismo Antidemocrático* (Madrid, Ed. Trotta, 2011), pp. 169 ss.

⁶⁹ Miguel Carbonell et al. (compiladores): *Derechos Sociales y Derechos de las Minorías* (México DF., Ed. Porrúa, 2004) pp. 221 ss.

⁷⁰ Consúltese Michael Sandel: *El Liberalismo y los Límites de la Justicia* (Barcelona, Ed. Gediva, 2000); y Michael Walzer: *Las Esferas de la Justicia. Una Defensa del Pluralismo y la Igualdad* (México DF., Ed. Fondo de Cultura Económica, 1993).

en anarquía⁷¹. Para ellos, se ha conquistado el tiempo de los derechos sin los deberes correlativos, tiempo que es solo de libertades e igualdades con plena capacidad de expresión. Es uno de los dilemas del postmodernismo o postmodernidad, todavía no rigurosamente estudiados, menos resueltos⁷².

⁷¹ Joseph Raz, *La Ética en el Ámbito Público* (Barcelona, Ed. Gedisa, 2001), pp. 73 ss.

⁷² Vincenzo Ruggiero, *La Violencia Política. Un Análisis Criminológico* (Barcelona, Ed. Anthropos, 2009), pp. 165 ss.

PRESENTACIÓN DE LIBROS

MINISTRA Y MAESTRA, CONCILIACIÓN SIN TENSIÓN POR SACRIFICIO Y VOCACIÓN

José Luis Cea Egaña*
Profesor de Derecho Constitucional
Pontificia Universidad Católica de Chile

Nuestra amiga, Marisol Peña, Ministra de esta Magistratura y profesora universitaria, me ha distinguido pidiéndome que presente su último libro dedicado a los Aportes del Tribunal Constitucional al Estado de Derecho y a la Democracia. Trátase de seis ensayos, articulados por la introducción de la autora, en una de cuyas páginas leo la tesis siguiente y que orienta a la obra: este Tribunal ha contribuido, con brío especial, a la consolidación de esos valores esenciales de la convivencia civilizada en nuestra época¹.

Creo que uno de los rasgos que permite calificar de meritorio a un trabajo científico-técnico es la claridad con que en él aparecen planteados los problemas de la inter o multidisciplinaria correspondiente, la precisión con que son formulados, los desafíos que los esperan y la destreza que singulariza a las alternativas razonables que se manifiestan para resolverlos. Si a las cualidades enunciadas se agrega tanto la redacción, sencilla y directa, de los ensayos reunidos, la deducción de conclusiones coherentes con lo razonado a lo largo del texto y el apoyo bibliográfico en que constan las fuentes clásicas y contemporáneas revisadas, entonces y sin duda se está de frente a un esfuerzo de excelencia y que merece un comentario elogioso.

He leído y releído pausadamente las 113 páginas de estos Aportes recopilados por Marisol. Anoté mis comentarios y observaciones al margen de los párrafos en que me detuve para reflexionar acerca de lo afirmado o, más frecuentemente, de lo sugerido en ellos. Ahora, al preparar las líneas que leo a ustedes, pude constatar que coincido con los juicios de la autora, con alguna precisión que pronto les daré a conocer.

I. IMAGEN Y OBRA

Son muchos los motivos que justifican felicitar a Marisol por su obra, de los cuales decidí comentar solo tres ante esta audiencia.

El primero estriba en que, de los ensayos, surge la imagen real de Marisol como personalidad comprometida con los valores y principios de la democracia vivida según el constitucionalismo. Ella tiene y transmite una energía encomiable en la defensa y promoción de tal especie única de régimen político legítimo. Prueba de lo dicho es la insistencia con que define al Estado de Derecho, explica sus ligámenes con la justicia constitucional y demuestra cómo este Tribunal ha ido superando el papel de legislador

* Presentación del libro Aportes del Tribunal Constitucional al Estado de Derecho y a la Democracia de Marisol Peña Torres, hecha en la Sede de esa Institución en Santiago, el miércoles 14 de diciembre de 2011.

¹ Obra citada, p. 9.

negativo para entronizar el rol de defensor de la Carta Política con el fin que se respete y fomente la dignidad humana y los derechos que fluyen de ella².

El segundo motivo para congratular a la autora yace en la síntesis, armónica o conjugada, de la reflexión académica, por una parte, y la vivencia, real y única, de la autoridad que ejerce su magisterio en el más importante Tribunal de la República, de otro. Conocí instituciones semejantes en Europa, Norte y Sudamérica, en ninguna de las cuales hallé un régimen parecido al de los ministros que integran nuestro Tribunal. Creo acertado el criterio del Poder Constituyente de Chile en el tema, con las delimitaciones trazadas en la legislación orgánica respectiva³. De esa manera puede llegar a estructurarse una metodología de trabajo que integra el estudio y la meditación doctrinaria, incluyendo el derecho comparado, con la experiencia única del juez que conoce los hechos, las pretensiones de las partes y de terceros, las deliberaciones en sala y plenos, en fin, que es actor en la forja de prevenciones y disensos. Tales fuentes de información y evaluación resultan, por amplia que sea la transparencia, inalcanzables para quienes siguen desde el exterior el itinerario de las sentencias, sobre todo las señeras.

El tercero de los motivos que tengo para felicitar a Marisol lo resumo declarando que veo en ella una mentalidad focalizada en el futuro de las instituciones democráticas. En ese ámbito sitúa a la justicia constitucional como la cima y culminación de los esfuerzos, de líderes y pueblos, por lograr, cada día más y mejor, que el Derecho se imponga al poder para que la dominación de unos seres humanos sobre sus semejantes sea racional y controlada, denunciando y sancionando el abuso y la discriminación, la corrupción, el engaño y la violencia.

II. DILEMAS

Este es un volumen pensado como lecciones para el porvenir y, por lo mismo, lleno de dilemas a los que la autora llama desafíos. He aquí algunos de ellos.

Todo poder tiene que quedar sometido al escrutinio constitucional⁴, afirmación tajante que conduce a preguntarse si está referida solo al poder político o se extiende a los intereses, presiones y tensiones provenientes de actores privados;

Es indudable la visibilidad que han adquirido ciertas expresiones de diversidad asociadas a minorías, aseveración que obliga a interrogarse acerca de las bases y finalidades esenciales del orden jurídico cuando todo se reputa cuestionable y relativo⁵;

El juez constitucional requiere definirse siendo fiel a la Carta Política y a su espíritu o cediendo a la tentación de seguir la coyuntura cambiante de la sociedad⁶, idea que impone indagar sobre los valores perdurables que existen en toda sociedad bien integrada, v. gr., la participación, el voluntariado, el mecenazgo y la solidaridad;

² Pp. 14, 17 y 25, entre otras.

³ Artículo 92 inciso 2° de la Constitución con relación a los artículos 16-18 del DFL (Ministerio Secretaría General de la Presidencia de la República) N° 5 de 2010.

⁴ P. 29.

⁵ P. 32.

⁶ P. 43.

Por último, la asunción de límites al ejercicio de los derechos fundamentales⁷, puesto que son inherentes a tales atributos para que no se tornen arbitrarios y, por ende, ilícitos.

III. UN TRABAJO UNIDO

Me aproximo al término de esta presentación. No quiero hacerlo, sin embargo, silenciando una diversidad de ideas, algunas desarrolladas y otras apenas mencionadas, que aparecen en el libro que comento.

Comienzo manifestando que excepcionalmente lúcidas las reflexiones que ella formula a propósito de lo que llama la Constitución viva o viviente, siguiendo la terminología de Hermann Heller, continuada por Karl J. Friedrich y Karl Loewenstein, para lograr su más extenso y persuasivo desenvolvimiento dogmático en Mauro Capelletti y Peter Häberle. Marisol asocia tal concepto con una idea nueva de Constitución, abierta a los cambios sociales, a las interpretaciones creativas fundadas en las cláusulas de eternidad o postulados jurídicos indeterminados y al imperativo de armonizar los valores de la Ley Suprema con la dinámica de los tiempos, asumiendo que los hechos van siempre en vanguardia de cara al Derecho. En la misma perspectiva explica las audiencias públicas del Pleno o las salas que las enriquecen con opiniones fundadas de los que intervienen en ellas⁸.

Honestos son sus comentarios de las sentencias, en ocasiones para realzar el carácter exhortativo que ellas hacen al legislador con el propósito de que cumpla su misión⁹, y en otras con el ánimo de contribuir al consenso, evitando prevenciones y en lo posible disidencias¹⁰.

Roza solamente tópicos densos y de enormes proyecciones en el nuevo constitucionalismo. Me refiero al efecto de irradiación que tienen los fallos constitucionales sobre el ordenamiento jurídico completo¹¹, avance cuya consolidación en la doctrina y jurisprudencia chilenas no ha llegado aún a ser pacíficamente reconocido, sobre todo en lo pertinente al impacto de esa irradiación en el ámbito de la autonomía de la voluntad.

Rasgo sobresaliente de este libro es la inserción de jurisprudencia, nacional y comparada, con que Marisol demuestra la armonía que existe entre los planteamientos teóricos, por un lado, y su concreción práctica, de otro. Citas numerosas, pero bien escogidas y extractadas, disipan cualquier duda en torno a que la jurisprudencia es clave en el desarrollo de la democracia y el constitucionalismo. Los cambios de época, que la autora asocia con nuestro tiempo, imponen ese rol, a menudo putativo de los textos fundamentales, pero que evitan sus reformas frontales¹².

En fin, Marisol analiza el bloque de constitucionalidad en su origen, difusión y diversidad de enfoques. Concluye que es un parámetro de control de supremacía

⁷ P. 49.

⁸ Pp. 33 y 70.

⁹ Pp. 22-24.

¹⁰ Pp. 54, 93.

¹¹ P. 47.

¹² Pp. 38 ss.

que ayuda a los magistrados en el servicio de su misión. Estima que en Chile el rol de ese bloque es hermenéutico, se apoya en una remisión normativa¹³, pero acoge el concepto, en definitiva, sobre la base de hacer suyo el principio de expansión progresiva del reconocimiento, protección y promoción de la dignidad humana y de los derechos que fluyen de ella¹⁴.

EPÍLOGO

Estoy consciente de haber omitido una decena de tópicos de singular importancia. Lamento hacerlo, por ejemplo, con el concepto actual de sociedad civil, alejado de Hegel y Gramsci, y el paradigma del Estado social de derecho, tan integrado con la participación y la solidaridad en cuanto valores señeros.

Espero, sin embargo, que mi recensión haya demostrado el mérito de la obra de la Ministra y Profesora Marisol Peña. Ella, con su innegable talento y rigor, con su vocación y abnegación a toda prueba, con su firmeza de convicciones y dedicación al estudio, respetando siempre los puntos de vista ajenos, se ha ganado ya un lugar de privilegio en nuestra doctrina y en esta Magistratura.

Una vez más la felicito por su nuevo libro, congratulación que extendiendo al Tribunal Constitucional, en cuya añorada serie de los **Cuadernos** ha sido publicado.

¡Anhelo el mayor éxito a Marisol y al Tribunal en su aplaudida trayectoria de cuarenta años!

¡Gracias por haberme escuchado!

¹³ Artículo 5 inciso 2° de la Constitución.

¹⁴ P. 112.

OBITUARIO

HOMENAJE A DON GABRIEL VALDÉS SUBERCASEAUX

José Luis Cea Egaña*
Presidente
Instituto de Chile

Presidente
Academia Chilena de Ciencias Sociales,
Políticas y Morales

El Instituto de Chile y su Academia de Ciencias Sociales, Políticas y Morales despiden, con hondo pesar, al Miembro de Número de ambas Corporaciones, don Gabriel Valdés Subercaseaux.

La Providencia permitió que me vinculara muchísimo al Sr. Valdés. Recuerdo que fui su alumno en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Chile. Tuve el honor de recibirlo en el acto de incorporación a la Academia Chilena. Más de una vez viajamos juntos a Valdivia y lo visité en su hermosa residencia llamada **Cabo Blanco**, en la ribera del río San Pedro. Estuve con él en Roma durante su periodo como embajador en Italia. Lo acompañé en numerosas actividades académicas, de las cuales recuerdo la presentación del segundo de los libros con rasgos de su vida, Sueños y Memorias, en octubre de 2009.

Estuvo con nosotros desde el 24 de septiembre de 1997, ocupando el sillón N° 36. Su discurso de incorporación lo dedicó a **Algunas Consideraciones sobre Globalización e Identidad Nacional**. Tratábase de una clase magistral de un diplomático que, por su dilatada experiencia internacional, vivida en los niveles más altos y complejos, reflexionaba sin apoyarse en doctrina erudita, teorías ajenas, ni apartarse de lo que, con su sagacidad característica, lo convertía en un analista de jerarquía incomparable.

Evoco su figura distinguida, de un caballero noble en sus palabras y gestos. Me impresionaba la agudeza de sus observaciones y la franqueza con que las vertía. Su cultura era excepcional. Desde niño fue educado en la literatura y las artes, las que cultivó después junto a su distinguida esposa y a sus tres hijos. Políglota, era un lujo para Chile oírlo desenvolverse con soltura, en otros idiomas, en conversaciones con los líderes del mundo que conoció en su trayectoria pública de más de medio siglo.

Descolló en el Ministerio de Relaciones Exteriores durante seis años. Sirvió una década en la crucial misión de Secretario General de Naciones Unidas para el Desarrollo de América Latina. Nadie rebate que fue excepcional su prestancia, prudencia y talento en la presidencia, por seis años, del Senado. Eran tiempos delicados para la transición a la democracia y había luchado, con ideas y valentía, por su reentronización en Chile.

* Discurso leído en el Cementerio Parque del Recuerdo de Santiago el viernes 9 de septiembre de 2011.

Su madre inculcó en él la sensibilidad por las cuestiones sociales, de las cuales se preocupó en centros de investigación que él fundó y que mantienen su merecido renombre. La obra del Sr. Valdés se proyecta en una legislación nutrida, de la que todos recibimos beneficios, por ejemplo, de la ley que lleva su nombre.

Sus ojos, pequeños y vivaces, revelaban la notable inteligencia que tenía, de la cual dejaba testimonio en salidas irónicas o comentarios de real simpatía. Rápido de mente y muy ameno en la conversación, todos lo querían y apreciaban como un maestro. Yo agradezco las numerosas lecciones que recibí de su generosa personalidad.

Fue miembro de la Legión de Honor de Francia. Los gobiernos de Argentina, Brasil, Colombia, Ecuador y México, entre muchos otros, lo condecoraron con sus más altas distinciones.

Luchó por la paz, la justicia y la democracia entre los chilenos. Creyó en la reconciliación y trabajó por ella. Jamás negó su cooperación para servir a la patria. Su consejo era inapreciable en la conducción de las relaciones exteriores, en la concordia entre sectores en pugna y en el esfuerzo por regionalizar el país.

Sentimos que su partida es una pérdida nacional e internacional. Pocos compatriotas llegaron a la cima que él alcanzó. Se nos hará dura su ausencia. Pero quedará en el Instituto y en la Academia su legado, del cual, sin duda, continuaremos extrayendo valiosas lecciones.

A su familia, nuestra condolencia.

Al maestro que se ha ido, el descanso eterno en la paz del Señor en quien siempre creyó.

HOMENAJE A DON GONZALO FIGUEROA YÁÑEZ. TRIBUTO A UN NOBLE AMIGO

José Luis Cea Egaña
Presidente*

La Academia de Ciencias Sociales, Políticas y Morales del Instituto de Chile despidе, con hondo pesar, a su Vicepresidente, profesor Gonzalo Figueroa Yáñez.

Se incorporó a nuestra Corporación, como Miembro de Número, el 7 de mayo de 2003. Ocupó el sillón N° 11, sucediendo al recordado jurista Eugenio Velasco Letelier. Su discurso de incorporación estuvo dedicado a Algunas Reflexiones acerca del Exilio. Tuve el honor de recibirlo la tarde de aquel día con el Salón de Actos del Instituto de Chile colmado de amigos, discípulos y colegas del numerario fallecido.

Me acompañó en la Vicepresidencia de la Academia desde febrero de 2006. Integramos una Mesa Directiva, junto al Secretario don Jaime Antúnez Aldunate, que infundió nueva vida a la Institución sobre la base de la planificación de nuestro trabajo, hecha respetando las diferencias de pensamiento y forjando siempre el acuerdo común. A fines de enero de este año nos reunimos por última vez para ese objeto. Junto al Sr. Antúnez pensamos que había superado la delicada intervención sufrida meses antes.

Lo evoco como una personalidad extraordinariamente disciplinada, metódica, muy puntual, del más elevado sentido de responsabilidad. La presencia, en la sesión ordinaria que nuestra Corporación celebró el 29 de agosto recién pasado, dejó de relieve esas cualidades sobresalientes de Gonzalo. A todos nos conmovió cuando, ya muy limitado por la enfermedad que lo llevó a la muerte, acompañado de su hija Pía leyó, con voz que fue desfalleciendo, el texto completo de su disertación dedicada a Imágenes de Chile en los Próximos Cincuenta Años. En la mañana de ese mismo día y en cinco líneas se despidió de todos los académicos, anunciándonos el hecho que ahora nos reúne con profundo dolor.

En la presidencia de la Academia me ayudó con su inteligencia, lucidez y lealtad. Nunca me ocultó sus discrepancias, pero jamás cerró la oportunidad de resolverlas.

Era de un temperamento crítico, exigente, aunque constructivo y optimista.

Escribió monografías magníficas, algunas publicadas en la Revista Anales, como la dedicada a la justicia y la pobreza en Chile.

Con perseverancia y visión impulsó la creación de los capítulos de la Academia en regiones. Había conocido la valiosa experiencia colombiana en el tema y pensaba, con toda razón, que en nuestra Institución teníamos que infundir realidad a la cualidad de Academia Chilena, con presencia nacional efectiva. Para ello, preparó proyectos

* Discurso leído en el Cementerio General el martes 8 de noviembre de 2011.

de estatutos, aceptó todas las sugerencias y nunca obstaculizó las modificaciones que le fueron planteadas por el pleno de la Corporación. Hace dos semanas se realizó la primera de las actividades capitulares. Fue en Valparaíso, con asistencia de más de un centenar de juristas y otros científicos sociales. El tópico examinado, relativo a la cultura jurídica chilena, lo fue por los mejores especialistas. La jornada culminó con pleno éxito. Hoy es un deber, gratísimo de cumplir, atribuir a Gonzalo el mérito de tan significativo progreso. Paulatinamente, iremos sembrando la simiente que nos dejó en otros capítulos regionales. Lo recordaremos por su impulso decidido para seguir en la dirección señalada.

Me acerco al término de este tributo al noble amigo. Quiero hacerlo expresando algunos recuerdos del trabajo que realizamos en común.

Nos conocimos en una sala de clases en agosto de 1968. Él era maestro de la innovación en la pedagogía jurídica, luchando por sustituir la tediosa enseñanza memorística por el método participativo de los estudiantes en la formación de su saber. La simpatía con que enseñaba, el dominio que tenía del desarrollo de la clase, la rapidez con que imaginaba casos y soluciones, su excepcional capacidad para ordenar los conocimientos, sistematizándolos, eran admiradas en Chile y en el extranjero. Esa fue una de sus vetas notables, en cuyo despliegue había trabajado en las Universidades de California, Los Ángeles y Stanford. Aquí, su alma mater, la Universidad de Chile, recogió como ninguna el fruto de su talento.

Juntos impulsamos el Instituto de Docencia e Investigación Jurídica, entidad que llegaron a integrar medio centenar de docentes. El Boletín que publicábamos y que alcanzó a cincuenta números entre 1968 y 1975, es hasta hoy la mejor fuente de estudios, doctrinarios y prácticos, de pedagogía e investigación jurídica disponible en nuestro país.

La impronta de Gonzalo es indeleble en muchos otros ámbitos. Lo sucedí en la Secretaría General del Consejo de Rectores, en donde pude apreciar su enorme labiosidad. Lo visité en la Embajada de Chile en UNESCO, percibiendo el gran respeto que se sentía por su sólida, creativa y esmerada dedicación al trabajo. Lo acompañé en el Salón de Honor de la Universidad de Chile en la mañana que recibió la Medalla Juvenal Hernández.

Fue una figura de relieve internacional en la indagación de las complejas relaciones de la bioética con el derecho. Sus libros de derecho civil constituyen fuente obligada de consulta por profesores, alumnos y profesionales de la abogacía. Estaba dotado de pluma admirable, evidencia de lo cual son sus libros con añoranzas de España y las memorias de la ilustre familia de la cual era miembro y que finaliza con el relato de su propia biografía. En la memoria de sus últimos doscientos años, como llamó a ese libro, figuran Isidora Zegers, Eliodoro Yáñez y su madre, Gabriela Yáñez Bianchi, educadora eminente que fundó el colegio La Maisonnette.

Sentimos que la partida de Gonzalo es una pérdida enorme para el Instituto de Chile y para nuestra Academia. Estamos convencidos que con él se va el más entusiasta y exitoso renovador de la pedagogía jurídica en nuestras facultades de derecho. No dudamos, en fin, que se ha ido una personalidad decididamente democrática, comprometida con la libertad del espíritu en el marco del respeto y la tolerancia. Su paso por el periodismo, en años cruciales, no puede ser silenciado.

Tal tipo de personalidad es singularísima y, cuando ya no lo vemos ni oímos, lo cierto es que sigue acompañándonos con sus lecciones, generosidad y simpatía.

Así recordaremos siempre al buen amigo, para quien anhelamos el descanso y la paz eterna.

A su señora Luz María, a Pía su hija, a Juan Pablo su hermano, y a toda la familia de Gonzalo deseamos que la Divina Providencia les dé entereza en tan triste tiempo.

Querido amigo: descansa tranquilo por haber cumplido bien todos los deberes asumidos.

**MEMORIA DE LA ACADEMIA CHILENA DE
CIENCIAS SOCIALES, POLÍTICAS Y MORALES**
Con la reseña de Actividades cumplidas en 2011

SÍNTESIS GENERAL

En diciembre de 2010, la Academia debatió y acordó, por unanimidad, el plan de actividades para 2011. A lo largo del año que termina, la Academia cumplió íntegramente aquel plan. En su realización intervino un alto porcentaje de Miembros de Número y Correspondientes de la Corporación. Distinguidos invitados completaron la nómina de expositores. Académicos correspondientes en regiones y en el extranjero concurrieron a estas actividades.

Integración de la Mesa Directiva

Presidente : D. José Luis Cea Egaña
Vicepresidente : D. Gonzalo Figueroa Yáñez (Q.E.P.D.)
Secretario : D. Jaime Antúnez Aldunate

I. DÍAS Y HORAS DE FUNCIONAMIENTO

La Academia decidió que las sesiones ordinarias, durante 2011, tuvieran lugar los últimos lunes de cada mes a las 13.15 horas, con almuerzo, según el calendario aprobado.

II. CONVERSACIONES EN LA ACADEMIA

1. La Academia inició las actividades del año 2011 con su primera Sesión Ordinaria, el 28 de marzo, examinando el tema ¿Mar para Bolivia? La introducción estuvo a cargo del Académico de Número de la Corporación, don Ernesto Videla Cifuentes, y de don José Rodríguez Elizondo.

Asistieron: 19 académicos y un expositor invitado.

2. En la sesión del 25 de abril fue analizado el tema El agua en el mundo de hoy. La introducción estuvo a cargo de don Ricardo Riesco Jaramillo y de don Luis Gurovich Rosenberg.

Asistieron: 16 académicos y dos expositores invitados.

3. La sesión del 30 de mayo se destinó al análisis del tema La confidencialidad y el Mundo Digital. Se contó con la participación de don Renato Jijena Leiva y de don Francisco José Pinochet Cantwell, ambos especialistas en el tema.

Asistieron: 15 académicos y dos expositores invitados.

4. Prosperidad y desarrollo humano en Chile fue el tema que se examinó en la sesión del 20 de junio. Intervinieron como expositores los Miembros de Número señores Jorge Cauas Lama y Sergio Molina Silva.

Asistieron: 15 académicos.

5. La sesión del lunes 25 de julio se analizó el tema Pena y Rehabilitación. El planteamiento introductorio fue expuesto por la Sra. Javiera Blanco Suárez, Gerente General de Fundación Paz Ciudadana, y don Luis Ortiz Quiroga, destacado profesor y jurista.

Asistieron: 14 académicos y dos expositores invitados.

6. En la sesión del 29 de agosto se reflexionó sobre Imágenes de Chile en los próximos cincuenta años. Participaron el Académico de Número don Gonzalo Figueroa Yáñez (Q.E.P.D.) y don Álvaro Fisher Abeliux, Presidente de Fundación Chile.

Asistieron: 16 académicos y un expositor invitado.

7. Crisis del Liderazgo Político en Chile fue el tema que se analizó en la sesión del 26 de septiembre. En esta ocasión intervino la doctora Nureya Abarca Melo y el profesor don Patricio Zapata Larraín.

Asistieron: 14 académicos y dos expositores invitados.

8. En la sesión del 7 de noviembre se abordó La incomunicación entre las generaciones en la sociedad actual. Se contó con la intervención de los Miembros de Número señores Enrique Barros Bourie y José Zalaquett Daher.

Asistieron: 17 académicos.

9. Marginalidad y exclusión en la sociedad chilena fue el tema que se examinó el 28 de noviembre, siendo introducido por el Académico de Número don Pedro Morandé Court y la doctora en Historia, profesora Sol Serrano Pérez.

Asistieron: 17 académicos y una expositora invitada.

10. Sesión Ordinaria del 19 de diciembre.

Se leyó la Memoria de la Mesa Directiva sobre la actividad cumplida en 2011. Además, fueron decididos asuntos administrativos. La Academia deliberó acerca de las actividades para 2012.

Asistieron 19 académicos.

III. SESIONES EXTRAORDINARIAS

En Santiago de Chile, siendo las 18:30 horas del día jueves 5 de mayo de 2011, se reunió en Sesión Pública la Academia Chilena de Ciencias Sociales, Políticas y Morales en el Aula Magna del Instituto de Chile bajo la Presidencia del titular don José Luis Cea Egaña.

El Presidente abrió la sesión expresando que el objetivo de aquella era recibir como Miembro de Número de la Corporación al destacado profesor, don Jorge Peña Vial quien pasa a ocupar el sillón N° 4, vacante por el fallecimiento de don Iván Lavados Montes (Q.E.P.D.)

Luego de la introducción, el Presidente ofreció la palabra al señor Peña Vial, quien dio lectura a su trabajo de incorporación titulado **La Contextura Ética de la Libertad**. El Académico de Número Sr. José Luis Cea Egaña pronunció el discurso de recepción.

Finalizados los discursos aludidos, el Presidente don José Luis Cea Egaña entregó a don Jorge Peña Vial el diploma y la medalla institucional que lo acreditan como Académico de Número de la Corporación.

El Coro de la Universidad de los Andes interpretó tres obras clásicas, aplaudidas por la audiencia que llenaba el Aula Magna.

El 19 de julio se reunió, en Sesión Pública, la Academia Chilena de Ciencias Sociales, Políticas y Morales en la Biblioteca del Instituto de Chile bajo la Presidencia del titular don José Luis Cea Egaña. El Presidente abrió la sesión expresando que el objetivo de esta era recibir como Miembro de Número de la Corporación al destacado profesor, don José Zalaquett Daher, quien ocupará el sillón N° 30 vacante por el fallecimiento de don Mario Ciudad Vásquez (Q.E.P.D.)

El discurso de incorporación del Sr. Zalaquett se tituló **La Ética de la Responsabilidad: Variaciones sobre un Tema de Max Weber**. Lo recibió la distinguida Académica de Número, doña Lucía Santa Cruz Sutil.

El 19 de diciembre de 2011 sesionó extraordinariamente nuestra Corporación para decidir al nuevo Miembro de Número que ocupará el sillón N° 1, vacante por el fallecimiento de don Arturo Fontaine Aldunate. Fue elegido para tal vacante el Dr. Ricardo Riesco Jaramillo, profesor de historia y geografía y autor de numerosas monografías de su especialidad.

IV. SESIONES PÚBLICAS

En Santiago de Chile, siendo las 18:30 horas del día jueves 27 de abril de 2011, se reunió en Sesión Pública la Academia en la Biblioteca de su sede de calle Almirante Montt N° 454, bajo la Presidencia del titular don José Luis Cea Egaña.

El Presidente abrió la sesión expresando que el objetivo de esta era recibir como Miembro Correspondiente en Venezuela al destacado jurista de ese país hermano, don Allan Brewer-Carías.

Ofreció enseguida la palabra al señor Brewer-Carías quien dio lectura a su trabajo de incorporación titulado **La Ciudad Ordenada, el gran aporte hispano en la colonización de América**. Luego pronunció el discurso de recepción el Académico de Número, don Enrique Silva Cimma.

Finalizados los discursos aludidos, el Presidente entregó a don Allan Brewer-Carías el diploma y la medalla institucional que lo acreditan como Académico Correspondiente de la Corporación.

V. SEMINARIOS

La Academia decidió en 2010 la creación de Capítulos que funcionarán en regiones distintas de la Metropolitana.

El primero de tales Capítulos se constituyó el pasado mes de marzo en Valparaíso. Integran este Capítulo los Miembros de Número de la Academia que tienen domicilio en esta ciudad, Sra. Adriana Olguín de Baltra y don Agustín Squella, el miembro correspondiente que también lo tiene, don Jorge López Santa María, y los docentes de Valparaíso que fueron invitados por la Academia a formar parte del Capítulo, señores Raúl Allard, Abel González, Crisóstomo Pizarro, y Ernesto Rodríguez. Preside el Capítulo don Agustín Squella y su secretario es don Abel González.

El Capítulo de Valparaíso organizó y realizó, el 20 de octubre pasado, una Jornada en homenaje al centenario de la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso, que se conmemoró en 2011. Las ponencias se refirieron a la cultura jurídica interna y externa, como asimismo, a los otros componentes principales del sistema jurídico, a saber, las instituciones de producción, aplicación e interpretación del derecho, los procedimientos que esas instituciones utilizan en dichas actividades, y los contenidos normativos del ordenamiento jurídico nacional. Concurrió en representación de la Academia, como Presidente (s), el Académico de Número don Jaime Antúnez Aldunate, quien pronunció las palabras de apertura de esta Jornada.

Al encuentro, efectuado en la sede de la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso, concurrieron más de un centenar de juristas y cientistas sociales de la V Región. Evaluado el evento se coincidió en calificarlo de excelente. El Presidente de la Academia felicitó al Sr. Squella por tan espléndida concreción de los propósitos del Capítulo.

VI. REVISTA SOCIETAS

En las secciones anteriores de esta cuenta se hizo referencia a las conversaciones sostenidas en la Academia, todas las cuales aparecerán en el volumen XIV de la Revista mencionada, correspondiente al año en curso. Además cabe destacar que, en la sección correspondiente, se publicará una amplia y amena entrevista al Miembro de Número, don Máximo Pacheco Gómez, con fotografías y otras ilustraciones de su dilatada y brillante trayectoria.

Colaboraciones inéditas de Miembros de la Corporación y las actas de las Jornadas efectuadas en el encuentro de Valparaíso aparecerán igualmente difundidas en aquel volumen.

VII. PUBLICACIONES

El presente año cierra con una serie de valiosas obras, cuya autoría pertenece a Miembros de nuestra Corporación.

Primeramente, en marzo apareció la Revista Societas N° 13. Mantiene sus características sustantivas y formales pero se mejoró notablemente la impresión y diagramación. En este número fue publicado el contenido correspondiente a las conversaciones sostenidas en 2010. Incluyó, asimismo, otras contribuciones como discursos, obituarios, homenajes y reseñas de libros.

Esta relación sucinta continúa señalando que el viernes 8 de abril del año en curso, el Académico de Número, don Agustín Squella Narducci, presentó el libro **Introducción al Derecho** (2011), en el Aula Magna "Luis Vicuña Suárez" de la Universidad de Valparaíso.

Además, el 28 de junio pasado, el mismo Sr. Squella Narducci presentó su libro **¿Cree usted en Dios? Yo no pero, en el Teatro Bellavista** de la capital.

La obra fue comentada por el rector de la Universidad Alberto Hurtado, Padre Fernando Montes Matte, y por el profesor y columnista don Cristián Warnken.

Finalmente, el Académico de Número don Osvaldo Sunkel Weil presentó su nuevo libro titulado **El Presente Como Historia, Dos Siglos de Cambios y Frustración En Chile**, en la Feria Internacional del Libro de Santiago, el 8 de noviembre del año en curso.

VIII. PREMIO NACIONAL DE HUMANIDADES Y DE PERIODISMO

El Presidente del Instituto de Chile y de la Academia, don José Luis Cea Egaña, integró el jurado que discernió, por separado, cada uno de esos Premios, los cuales recayeron en Roberto Torreti y Carla Cordua, en Humanidades y Ciencias Sociales, y en Sergio Campos en Periodismo.

IX. DISTINCIONES

El Presidente envió felicitaciones, a nombre de la Corporación, al Académico de Número, Sr. Luis Riveros Cornejo, por haber sido elegido **Gran Maestro de la Gran Logia de Chile**.

El Presidente de la Corporación, don José Luis Cea Egaña fue elegido Vicepresidente de la Mesa Directiva Permanente de la Conferencia de Academias de Ciencias Sociales y Políticas de Iberoamérica, Portugal y Filipinas.

X. OBITUARIO

El 7 de septiembre del año en curso falleció el Miembro de Número, don Gabriel Valdés Subercaseaux (Q.E.P.D.), dejando vacante el sillón N° 36 de nuestra Corporación. El Presidente Cea Egaña asistió al funeral del Sr. Valdés Subercaseaux para presentar, a su familia, la condolencia de nuestra Corporación.

En representación de la Academia, el Presidente leyó un discurso de despedida en el Cementerio Parque del Recuerdo asistiendo varios Académicos. En la sesión del 26 de septiembre se rindió el homenaje de la Academia a su distinguido Miembro de Número fallecido.

El 7 de noviembre recién pasado falleció el Miembro de Número y Vicepresidente de la Corporación don Gonzalo Figueroa Yáñez, (Q.E.P.D.) dejando vacante el

sillón N° 11 de la Institución. Su partida es una gran pérdida para el Instituto de Chile y para nuestra Academia.

En representación de la Academia y del Instituto de Chile, donde era Consejero, lo despidió en el funeral el Presidente, don José Luis Cea Egaña, rindiéndole un sentido discurso en su homenaje. Asistieron además otros Numerarios.

Santiago, 21 de diciembre de 2011.

ÍNDICE

SOCIETAS 14

Academia Chilena de Ciencias Sociales,
Políticas y Morales

NÓMINA DE ACADÉMICOS

INCORPORACIÓN COMO MIEMBRO DE NÚMERO DE DON JORGE PEÑA VIAL

Discurso de incorporación: La contextura ética de la libertad	15
Palabras de elogio a don Iván Lavados Montes	31
Discurso de recepción del Académico de Número don José Luis Cea Egaña	33

INCORPORACIÓN COMO MIEMBRO DE NÚMERO DE DON JOSÉ ZALAUETT DAHER

Palabras del Presidente de la Academia don José Luis Cea Egaña	39
Discurso de incorporación: La Ética de la Responsabilidad: variaciones sobre un tema de Max Weber	41
Discurso de recepción de la Académica de Número señora Lucía Santa Cruz Sutil	51

INCORPORACIÓN COMO MIEMBRO CORRESPONDIENTE DEL PROFESOR ALLAN BREWER-CARÍAS

Palabras del Presidente de la Academia don José Luis Cea Egaña	59
Trabajo de incorporación La ciudad ordenada americana: el gran aporte colonial hispano a la historia del urbanismo	61
Discurso de recepción del Académico de Número don Enrique Silva Cimma	75

CONVERSACIONES

Entrevista al Académico de Número D. Máximo Pacheco Gómez	83
---	----

DIÁLOGOS EN LA ACADEMIA

¿Mar para Bolivia? Exposiciones introductorias de don Ernesto Videla Cifuentes, Miembro de Número de la Academia y don José Rodríguez Elizondo	105
El agua en el mundo de hoy. Exposiciones introductorias de don Ricardo Riesco Jaramillo, Rector de la Universidad San Sebastián y de don Luis Gurovich Rosenberg	119
La Confidencialidad y el Mundo Digital. Exposiciones introductorias de don Renato Jijena Leiva y de don Francisco José Pinochet Cantwell	133
Prosperidad y desarrollo Humano en Chile. Exposiciones introductorias de los Miembros de Número de la Corporación, señores don Jorge Cauas Lama y don Sergio Molina Silva	157
Pena y Rehabilitación. Exposiciones introductorias de la señora Javiera Blanco Suárez, Directora Ejecutiva de la Fundación Paz Ciudadana y don Luis Ortiz Quiroga	163
Imágenes de Chile en los próximos 50 años. Exposiciones introductorias del Académico de Número, don Gonzalo Figueroa Yáñez (Q.E.P.D.) y don Álvaro Fischer Abeliux	175
Crisis del liderazgo Político en Chile. Exposiciones introductorias de la señora Nureya Abarca y de don Patricio Zapata Larraín	191

La incomunicación entre las generaciones en la sociedad actual. Intervención introductoria de los Académicos de Número, don Enrique Barros Bourie y don José Zalaquett Daher 201

Marginalidad y exclusión en la sociedad chilena. Intervención introductoria de la historiadora, señora Sol Serrano Pérez y del Académico de Número, don Pedro Morandé Court 213

LA ACADEMIA EN REGIONES

CAPÍTULO DE VALPARAÍSO

Discurso de inauguración del Presidente (s) de la Academia, don Jaime Antúnez Aldunate 225

Exposición del Profesor don Jorge Streeter Prieto 227

Exposición del Profesor don Edmundo Fuenzalida Faivovich 253

Exposición del Profesor don Enrique Barros Bourie 259

Exposición del Profesor don Pablo Rodríguez Grez 267

DOCUMENTOS

Don José Luis Cea Egaña, Derecho y Constitucionalismo en el cambio de época 279

PRESENTACIÓN DE LIBROS

Don José Luis Cea Egaña. Presentación del libro Aportes del Tribunal Constitucional al Estado de Derecho y a la Democracia 313

OBITUARIO

Discurso del Presidente de la Academia, don José Luis Cea Egaña en el funeral del Académico de Número don Gabriel Valdés Subercaseaux 319

Discurso del Presidente de la Academia don José Luis Cea Egaña en el funeral del Académico de Número y Vicepresidente de la Corporación, don Gonzalo Figueroa Yáñez 321

CRÓNICA DE LA ACADEMIA

Informe de actividades 2011 de la Academia Chilena de Ciencias Sociales, Políticas y Morales 325

Índice 331

