

Revista de Filosofía y Ciencias Jurídicas

ISSN 0719-2940

www.rfycj.cl



AÑO 2, N°3 (DICIEMBRE DE 2013)

EDITOR RESPONSABLE:

Francisco Zepeda Navarro

EDITORES ASOCIADOS:

Sebastián Flores Cuneo
Katherine Galdámez Fernández
Gabriel Marín Mery
Harry Jerez Díaz

CONSEJO EDITORIAL:

Prof. Dr. Jaime Bassa Mercado
Universidad de Valparaíso; Universidad Adolfo Ibáñez; Universidad de Viña del Mar

Prof. Dr. Juan Carlos Ferrada Bórquez
Universidad de Valparaíso

Prof. Dr. Felipe Gorigoitia Abbott
Universidad de Valparaíso; Universidad Adolfo Ibáñez

Prof. Dr. Hugo Herrera Arellano
Universidad de Valparaíso; Universidad de los Andes

Prof. Dr. (c) Claudio Meneses Pacheco
Universidad de Valparaíso

Prof. Jorge Mera Figueroa
Universidad de Valparaíso; Universidad Diego Portales

Prof. Dra. Pamela Prado López
Universidad de Valparaíso

Prof. Dr. (c) Ricardo Salas Venegas
Universidad de Valparaíso

Prof. Dr. Luis Villavicencio Miranda
Universidad de Valparaíso

Prof. Dra. Alejandra Zúñiga Fajuri
Universidad de Valparaíso

Indexada en las Bases de Datos de VLex; Casux; Latindex.

Dirección: Av. Errázuriz N° 2120, Valparaíso.

| Teléfono: +56-9-6586-4836 | Correo electrónico: contacto@rfycj.cl |

PRESENTACIÓN:

Presentamos a nuestros lectores el volumen N° 3 de la *Revista de Filosofía y Ciencias Jurídicas*, publicación electrónica, editada por estudiantes y egresados de la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso. En esta ocasión presentamos cuatro estudios, dos reseñas y un artículo de opinión, sobre diferentes disciplinas.

Comenzando por el trabajo de Bárbara Allendes Orozco y Melanie Villavicencio Flores, “*El hijo concebido mediante técnicas de reproducción humana asistida y su derecho a la identidad*”, en el que las autoras desarrollan la problemática sobre las técnicas de reproducción asistida, su escasa regulación en nuestro país, las dificultades que se presentan ante una posible impugnación y reclamación de filiación, abordando finalmente el conflicto entre el derecho a la identidad del niño nacido mediante estas técnicas y la prohibición de conocer el verdadero origen biológico, basado en el anonimato del donante, de acuerdo al artículo 182 del Código Civil.

Constanza Molina San Martín, en “*Vestigios de la dictadura militar chilena de 1973 en el campo del arte. La libertad de creación artística*” aborda el panorama artístico durante la dictadura militar, en especial el movimiento denominado “la escena avanzada”, la censura que recibió el arte en general y las consecuencias plasmadas en la Constitución Política de 1980, las que dieron un condicionamiento económico a las actuales producciones artísticas, a más de 20 años de la transición a la democracia.

Víctor Páramo Valero, en “*Crímenes en la ordenación moderna de la tierra. La teoría de la guerra justa de Carl Schmitt*” analiza el Nomos de la tierra, Teología política, Tierra y mar y el Glossarium de Schmitt para delinear las claves de su teoría de la guerra justa; una teoría en la que el punto de partida fundamental es el análisis de lo sucedido en la desestructuración del viejo nomos de la tierra y el nacimiento de un nuevo orden jurídico en la Modernidad.

Valentina Pavez Zavala, en “*Discriminación y Derecho Penal: un análisis desde la culpabilidad a la discriminación y el juicio de reproche*”, busca dar respuesta a la interrogante acerca de si la intervención del derecho Penal en contra de la

discriminación puede resolverse con base en la culpabilidad. Para ello, comienza por adoptar una concepción sobre este elemento del delito y analiza si un acto típico y antijurídico que resulta discriminatorio obedece a una mayor culpabilidad. En este examen, resuelve a favor de la culpabilidad y funda dicha decisión en los elementos que la constituyen.

En la sección artículos de opinión, Diana Valdés Aguayo, en *“Violación del principio de igualdad en la ley respecto de los delitos de secuestro y detención ilegal en el Código Penal Chileno”*, se centra en la comparación crítica entre el delito de secuestro y detención ilegal. Las normas que regulan ambos delitos contienen un similar supuesto fáctico, pero la sanción asignada al particular que priva de libertad a otro es superior a la aplicada al funcionario público. La autora propone que existe una vulneración al principio de igualdad, en razón del tratamiento arbitrario que realiza la ley al no otorgar una razón objetiva a la diferencia de trato en las penas.

Publicamos también dos reseñas a propósito del libro *“Deudas intelectuales”* de Agustín Squella Narducci, las que están a cargo de María Beatriz Arriagada, profesora de la Universidad Diego Portales y Carlos Peña González, Rector de la misma casa de estudios. La obra de Squella vuelve sobre las ideas de cuatro pensadores –que influyeron en él– vinculados a la Filosofía del Derecho, a saber: el escritor porteño Carlos León y los filósofos del derecho Hans Kelsen, Norberto Bobbio y Jorge Millas.

Creemos que los trabajos publicados en el presente número son un aporte a la ciencia jurídica como a la filosofía jurídica y política, tanto por la pluralidad de contenidos como por la envergadura de los trabajos. De esta manera, ellos logran uno de los objetivos primarios planteados por nosotros al fundar la revista: ser una buena fuente de divulgación y promoción de la investigación filosófica y jurídica de calidad.

Por último quisiéramos agradecer a todos aquellos que hacen posible que *Revista de Filosofía y Ciencias Jurídicas* se edite semestralmente y especialmente a quienes nos confían sus trabajos: es decir a los articulistas.

Los editores

ÍNDICE

[DERECHO CIVIL] EL HIJO CONCEBIDO MEDIANTE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA Y SU DERECHO A LA IDENTIDAD, por <i>Bárbara Allendes Orozco y Melanie Villavicencio Flores</i>	1
[DERECHO CONSTITUCIONAL] VESTIGIOS DE LA DICTADURA MILITAR CHILENA DE 1973 EN EL CAMPO DEL ARTE LA LIBERTAD DE CREACIÓN ARTÍSTICA, por <i>Constanza Molina San Maratín</i>	21
[FILOSOFÍA DE DERECHO] CRÍMENES EN LA ORDENACIÓN MODERNA DE LA TIERRA: LA TEORÍA DE LA GUERRA JUSTA DE CARL SCHMITT, por <i>Víctor Páramo Valero</i>	33
[DERECHO PENAL] DISCRIMINACIÓN Y DERECHO PENAL: UN ANÁLISIS DESDE LA CULPABILIDAD A LA DISCRIMINACIÓN Y EL JUICIO DE REPROCHE, por <i>Valentina Pavez Zavala</i>	55
ARTÍCULO DE OPINIÓN: VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LA LEY RESPECTO DE LOS DELITOS DE SECUESTRO Y DETENCIÓN ILEGAL EN EL CÓDIGO PENAL CHILENO, por <i>Diana Valdés Aguayo</i>	74
RESEÑA: SQUELLA NARDUCCI, Agustín. <i>Deudas Intelectuales</i> . Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales, 2013, por <i>María Beatriz Arriagada</i>	82
RESEÑA: SQUELLA NARDUCCI, Agustín. <i>Deudas Intelectuales</i> . Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales, 2013, por <i>Carlos Peña González</i>	92
INSTRUCCIONES A LOS AUTORES	96

Estudios

EL HIJO CONCEBIDO MEDIANTE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA Y SU DERECHO A LA IDENTIDAD

*Bárbara Allendes Orozco y Melanie Villavicencio Flores**

RESUMEN: *El presente artículo aborda los efectos, que en materia de filiación, produce la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida a propósito del conflicto de intereses que surge al utilizar tales técnicas con aportes de gametos sexuales de terceros. El estudio busca determinar si la prohibición que consagra el actual inciso segundo del artículo 182 de nuestro Código Civil, alcanza, además de los sujetos a quienes se remite de manera expresa, al hijo así concebido, y, por tanto, si a éste en su calidad de tal, se le reconoce, el derecho a ejercer las acciones de impugnación y reclamación. Finalmente, ayudará a determinar si tal normativa respeta el derecho a la identidad, el cual comprende, a su vez, al derecho a conocer el verdadero origen biológico, derecho que posee toda persona y que inspira a nuestro estatuto filiativo.*

ABSTRACT: *This article approaches the effects, in a matter of filiation, produced by the application of assisted human reproduction due to the clash of interests that rises from using this techniques with gametes from third parties. The objective of the study is to determine if the prohibition established in the current second paragraph of article 182 of our Civil Code; besides, it approaches the subjects to whom it refers expressly to the so conceived child, and therefore, if on its quality of such, it is recognized with, the right to pursue the legal actions of contestation and complaint. Finally, it will help to determine if the regulation respects the right of identity, which includes the right to know the true biological origin; right of every person and that inspires our filiative regulation.*

PALABRAS CLAVES: *Técnicas de reproducción humana asistida – filiación – tercero aportante – anonimato – verdad biológica – derecho a la identidad – derecho a la intimidad.*

KEYWORDS: *Techniques of assisted human reproduction – filiation – contributing third party – anonymity – biological trust – right of identity – right of intimacy.*

I. INTRODUCCIÓN

La filiación, según como la define Manuel Somarriva, es “*la relación de descendencia que existe entre dos personas, una de las cuales es padre o madre de la otra*”¹. Dicha relación, mirada desde el punto de vista biológico, demuestra que toda persona tiene dos progenitores: padre y madre. Sin embargo, desde el punto de vista jurídico, no siempre existe tal correlación.

* Egresadas de Derecho, Universidad de Valparaíso, Chile. Correos electrónicos: barbara.allendes.o@gmail.com; melanievillavicencio.f@gmail.com

¹ SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel (1963): “*Derecho de Familia*”, Santiago: Editorial Nacimiento, p. 391.

Manifestación de ello, es la determinación de la filiación de los hijos concebidos mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida. Siendo, esto, objeto del presente artículo.

La reproducción humana, tradicionalmente, se ha entendido desarrollada a partir de la idea del acto sexual como presupuesto necesario para dar lugar a ella. Sin embargo, ocurre que la evolución de los avances tecnológicos ha permitido ampliar dicha concepción entendiendo que la procreación no solo tiene lugar a través de una generación natural y espontánea, sino también, por medio de la intervención de otros factores y sujetos bajo determinados métodos. De tal modo, las técnicas de reproducción humana asistida permiten engendrar hijos sin que medie relación sexual alguna.

En las últimas décadas se ha iniciado un proceso de reformas a las leyes de filiación. Si bien en ellas, ha quedado de manifiesto que se privilegia la verdad biológica como principio fundamental. Es decir, dando primacía al origen biológico, al lazo de sangre, por sobre cualquier otro criterio. No pueden dejar de observarse fundadas excepciones a la verdad biológica. Una de tales excepciones no es sino, la filiación que surge por la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida. Es en este contexto que cabe preguntarnos ¿Qué sucede en aquellos casos en que un hijo nace por medio de las técnicas de reproducción humana asistida con la ayuda de terceros aportantes de material genético? ¿A qué se le da primacía, cuando nace un hijo por medio de dichas técnicas, si quienes hacen de padres, no aportaron sus genes, sino que solo adoptan la calidad de tales fundados en una realidad social pero no biológica?

El análisis que se presenta a continuación toma como objeto de estudio la norma del inciso segundo del artículo 182 del Código Civil, cuyo contenido contempla la prohibición de ejercer las acciones de impugnación y reclamación que el Derecho de Familia reconoce en el ámbito de la filiación. Esto trae consigo la dificultad que nace respecto a los sujetos a los que, tal normativa, va dirigida y, sobretodo, en saber si ello alcanza también, al hijo que nace producto de dichas técnicas, quien, como toda persona, tiene los derechos que las leyes le otorgan en su calidad de tal. Toda persona tiene derecho a conocer su origen biológico y, en este caso específico, se presenta el problema que surge cuando el hijo así concebido tiene determinada una paternidad o maternidad que podría no coincidir con la biológica, por ende, se discute si el hijo así nacido conserva el derecho a conocer cuál es su verdadero origen biológico, a saber, su derecho a la identidad.

Lo anterior será abordado desde el punto de vista de la fertilización asistida con gametos aportados por terceros, es decir, aquellas se constituyen las llamadas técnicas de reproducción asistida heterólogas. En ellas se produce el conflicto enunciado, al estar involucrados, por un lado, los padres que tienen la voluntad de ser tales, por otro, el donante, el cual solo aporta las células sexuales, y, finalmente, el hijo concebido por medio de estas técnicas. No haremos una referencia a cabalidad de las técnicas homólogas, es decir, aquellas que se realizan con gametos aportados por la misma pareja sean o no matrimonio, y es que, respecto de ellas no existe mayor problema, dado que biológica y jurídicamente, son padres quienes se sometieron a la técnica asistida, no obstante, necesitaron de ayuda clínica para concebir.

II. ASPECTOS GENERALES

1. *Técnicas de Reproducción Humana Asistida*

Según la Organización Mundial de la Salud, se debe entender por técnicas de reproducción humana asistida a todos los tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación tanto de ovocitos, de espermatozoides o de embriones humanos, para el establecimiento de un embarazo². En otras palabras, son aquellos métodos que permiten procrear a un ser humano por medios distintos de la relación sexual³.

Como su denominación lo indica, al hablar de estas técnicas, se hace referencia genéricamente a un conjunto de procedimientos, entre los cuales, podemos encontrar a la fecundación in vitro y la transferencia de embriones, la transferencia intratubárica de gametos, la transferencia intratubárica de cigotos, la transferencia intratubárica de embriones, la criopreservación de ovocitos y embriones, la donación de ovocitos y embriones, y el útero subrogado⁴.

2. *Utilización de las técnicas de reproducción humana asistida en Chile*

En nuestro país las técnicas de reproducción humana asistida no están reguladas minuciosamente en la ley, solamente existe la Resolución Exenta N° 1.072 de 1985 del Ministerio de Salud sobre normas aplicable a la fertilización in vitro y la transferencia embrionaria, la cual va dirigida a los centros clínicos que se dedican a practicarlas. Asimismo, existe un proyecto de ley que descansa en el Congreso de nuestro país hace más de una década, cuyo objeto es regular los principios jurídicos y éticos de las técnicas de reproducción humana asistida, estableciendo sanciones para los infractores de sus normas, el cual se encuentra en estado de archivado. La única fuente legal que trata someramente el tema es el artículo 182 del Código Civil introducido por ley 19.585 que establece el nuevo estatuto filiativo chileno. Artículo que viene a regular la filiación que surge por aplicación de dichas técnicas.

Con respecto a la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida en nuestro país, a partir de la normativa existente, junto con la aplicación de éstas, se desprenden las siguientes ideas fundamentales, a saber:

² ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (2010): “Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA). Versión revisada y preparada por el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud (OMS)”, [en línea; formato PDF], trad. Red Latinoamericana de Reproducción Asistida, [fecha de consulta 12/10/2013], Disponible en: http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology_es.pdf.

³ GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz (2007): “El sistema filiativo chileno: Filiación biológica, por técnicas de reproducción asistida y por adopción”, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 109.

⁴ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (2010), p. 10.

1º Se parte del supuesto que estas técnicas de reproducción asistida serán empleadas por una pareja heterosexual, ya que establece que el hijo, en dicha situación, tiene un padre y una madre. Sea esta pareja matrimonial o no matrimonial.

2º La ley establece perentoriamente que el padre y la madre de este hijo serán el hombre y la mujer que se sometieron a las técnicas de reproducción humana asistida.

3º Se impide el ejercicio de las acciones destinadas a impugnar la filiación resultante de estas técnicas, así como aquellas destinada a reclamar una distinta⁵.

4º La ley no se pronuncia sobre la admisibilidad de estas técnicas. Solo viene a regular una situación ya producida, de hechos consumados, relativa al ejercicio de las acciones que consagra⁶.

III. LA FILIACIÓN MEDIANTE EL USO DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

1. *Artículo 182 Código Civil*

La ley 19.585 del año 1999 que reformó el estatuto filiativo en Chile, añadió al artículo 182 del Código Civil. Es la única norma legal que regula los efectos filiativos que surgen de la aplicación de alguna técnica de reproducción humana asistida.

La discusión respecto a la inclusión en el Código Civil de alguna norma, que hiciera referencia a la filiación que nace por las técnicas de reproducción humana asistida, tuvo lugar en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, luego de entender que la primacía absoluta, que el proyecto de ley le asignaba a la verdad biológica, en ciertas ocasiones, debía dar paso a valores socialmente más importantes. Es por ello, que se entiende que dicha norma se constituye como una excepción a principios que informan a estatuto filiativo, tales como, el principio de la libre investigación de la paternidad, derecho a la identidad y el principio del interés superior del niño.

La Comisión de Constitución del Senado introdujo un nuevo precepto al proyecto de modificación al Código Civil cuyo texto se componía de tres incisos: uno por el cual se declara como padre y madre al varón y la mujer que se sometieron a las técnicas reproductivas; un segundo por el cual se prohíbe la impugnación de esa filiación o la reclamación de otra distinta, y un tercero en virtud del cual se señalaba que “el uso de gametos de otra persona en la fecundación no generará parentesco alguno y no se admitirá la alegación de paternidad o maternidad de aquélla”⁷. No obstante, el inciso tercero se suprimió por considerarse incluido en

⁵ VELOSO VALENZUELA, Paulina (1999): “*El nuevo estatuto filiativo y las modificaciones al derecho sucesorio, a la luz de las normas y principios de la ley N° 19.585*”, Santiago: LOM Ediciones, pp. 56 – 57.

⁶ GÓMEZ DE LA TORRE (2007), p. 109

⁷ CORRAL TALCIANI, Hernán (1999): “Reproducción humana asistida y filiación. Un análisis del nuevo artículo 182 del Código Civil”. En: *Primeras Jornadas de Derecho Médico*, Cuadernos Jurídicos 2, p. 169.

el inciso segundo del artículo 182, concluyendo los legisladores que dicha norma “no era más que un simple corolario de las reglas precedentes”⁸

Es importante señalar que por medio de este tercer inciso que contemplaba el proyecto de ley, se advertía de manera clara que el hijo se encontraba impedido de indagar su verdadera paternidad o maternidad, al señalar expresamente que la utilización de gametos de terceros no genera parentesco alguno. Sin embargo, su posterior supresión hizo que surgieran dudas con respecto a ello, tanto en los mismos legisladores como entre los autores nacionales ya que se estaría fuera de los casos de excepción que la ley contemplaría en dicha materia⁹. Ahora bien, algunos autores señalan que en definitiva, con la redacción actual se ha de llegar a la misma conclusión –en cuanto a prohibir el ejercicio de dichas acciones al hijo– puesto que, como el precepto no distingue, no cabría acción en ningún caso contra la filiación así determinada¹⁰.

Como resultado del debate legislativo de la ley 19.585 que estableció un nuevo estatuto en materia de filiación para nuestro país, es que se consagra el actual artículo 182 del Código Civil que expresa:

“El padre y la madre del hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida son el hombre y la mujer que se sometieron a ellas.

No podrá impugnarse la filiación determinada de acuerdo a la regla precedente, ni reclamarse una distinta”¹¹.

2. Inciso segundo del Artículo 182 del Código Civil

Como queda en manifiesto, el inciso segundo del artículo 182 prescribe “*No podrá impugnarse la filiación determinada de acuerdo a la regla precedente, ni reclamarse una distinta.*” Con aquella enunciación queda claro que lo que realiza la norma es prohibir expresamente el ejercicio de dos de las acciones de estado que la ley contempla, a saber, la acción de impugnación y reclamación. Sin embargo, surge la interrogante respecto a quiénes va dirigida dicha prohibición y, específicamente si ella alcanza al hijo concebido mediante dichas técnicas.

En primer lugar, para aclarar el sentido de la norma, se debe señalar que con ella nuestra legislación consagra una diferencia fundamental en relación a las reglas que la reforma filiativa incorporó a nuestro derecho. La ley N° 19.585 contempla a la filiación biológica, es decir, aquella que le da primacía a la consanguineidad como vínculo entre padre-madre e hijo. Ello, se evidencia al posibilitar la investigación de la paternidad o maternidad según la forma y los medios que el propio Código Civil contempla, lo cual, está directamente relacionado con la procedencia de las

⁸ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, Historia de la ley N° 19.585 que modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación. Diario Oficial, 26 de octubre 1998. 1998, p. 1016.

⁹ CORRAL (1999), pp. 176 – 179.

¹⁰ ABELIUK MANASEVICH, René (2000): “*La filiación y sus efectos*”, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 121.

¹¹ El artículo 182 de nuestro Código Civil forma parte del título VII del libro I. el artículo 24 de la ley 19,585, ley de filiación, publicada en el Diario Oficial de 26 de octubre de 1998, incorporó los títulos VII a X del libro primero del Código civil. Posteriormente, el Código Civil fue refundido por el Decreto con Fuerza de Ley N° 1, publicada en el diario oficial de 30 de mayo de 2000.

acciones de filiación que nuestra legislación reconoce en el Título VII del Libro Primero del Código Civil.

Nuestro sistema se rige por el principio de la libre investigación de la paternidad o maternidad, Sin embargo, dicha regla no tiene un carácter absoluto, por el contrario, reconoce ciertas excepciones, entre las cuales, encontramos a la filiación que surge por el uso de alguna técnica de reproducción humana asistida. En ella, el vínculo filiativo no nace de un lazo biológico, sino, de valores mayores fundados, entre otros, por la paz y la estabilidad familiar. Por consiguiente, dicha norma lo que manifiesta es que “al mismo tiempo que se consagra aquí una verdad formal no biológica; se impide que se impugne la filiación así determinada y que los eventuales terceros donantes pudieren reclamar paternidad”¹²

3. Prohibiciones contempladas en la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida

Nuestra doctrina nacional ha discutido respecto de quienes va dirigida la norma del inciso segundo del artículo 182. Específicamente dicho debate se ha centrado en si dicho impedimento alcanza también a los hijos que han sido concebidos gracias a una técnica de reproducción asistida.

a) Impugnación a la filiación determinada por medio de la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida

La norma expresa que la filiación que ha sido determinada por medio de la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida no puede ser objeto de impugnación. Es decir, el hombre o la mujer que se han sometido a un tratamiento de reproducción asistida, aunque no hayan aportado sus células sexuales para engendrar a un hijo, posteriormente, no pueden alegar la improcedencia de la filiación que ostentan. Ocurre que “en la filiación por fecundación asistida, se parte del principio de que el padre legal no es el padre genético, ya que se basa en una relación social, no biológica. Por tanto, esta falta de consanguinidad no da lugar a la acción de impugnación”¹³.

Dicha prohibición encuentra su justificación en la propia voluntad de los sujetos intervinientes, quienes, previamente han prestado su consentimiento al someterse a alguna técnica asistida. Muchos autores sostienen que detrás de la prohibición de impugnar, está la idea de que nadie puede ir contra sus propios actos. Es decir, encuentran el fundamento a dicho impedimento en un principio general del derecho sustentado en la buena fe, el cual consiste, en que quien acepta voluntariamente la realización de determinado acto lícito, con posterioridad no puede pretender desconocerlo. En este contexto, no se podría impugnar la paternidad si previamente se ha consentido en la reproducción asistida con gametos de terceros¹⁴. Además, tomando en cuenta el propio objeto de la acción de impugnación, se puede entender la razón de

¹² VELOSO (1999), p. 557.

¹³ GÓMEZ DE LA TORRE (2007), p.125.

¹⁴ GAMUCIO SCHÖNTHALER, Juan Cristóbal (1994): “Procreación asistida heteróloga, efectos civiles en relación con el matrimonio y la filiación”, En: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 21 N° 2, pp. 335 – 336.

la imposibilidad de impugnar la filiación determinada por técnicas asistidas. Ocurre que en la acción de impugnación se discute si quien aparece formalmente como padre o madre de otra, coincide biológicamente con quien lo es. Es decir, lo que busca dicha acción es probar la no paternidad genética, y en la filiación determinada por una técnica de reproducción asistida, de ante mano, se sabe que no existe ningún vínculo biológico para impugnar, por ende, no existe ninguna inexactitud que declarar.

b) *Reclamación de una filiación distinta a la determinada por medio de las técnicas de reproducción humana asistida*

El ejercicio de la acción de reclamación queda prohibido cuando la filiación ha sido determinada por medio del uso de las técnicas de reproducción humana asistida. Ello, hace referencia expresa al tercero que dona sus gametos para que se lleve a cabo algún procedimiento asistido, ya que, de no existir dicha norma es a este donante a quien habría que reclamarle la filiación.

El donante de semen o de óvulos se caracteriza por realizar un acto voluntario, solidario y altruista. Por ende, no tiene interés con respecto al material genético aportado y, menos, respecto del posible hijo que pudiere nacer gracias a su donación. La donación de gametos es un acto de mera liberalidad, el cual, no otorga las prerrogativas propias que nacen de una relación de filiación. Por ello, es que el inciso segundo del artículo 182 libera al donante de todo vínculo de filiación con la criatura producto de su donación y le impide demandar la paternidad/maternidad¹⁵.

El objetivo de dicha prohibición se refiere a impedir al aportante de gametos, perturbar la estabilidad de la pareja que ha conseguido un hijo mediante la aplicación de una técnica heteróloga. De este modo, a un progenitor biológico se le niega la posibilidad de indagar y acreditar el vínculo que lo une con el niño que ha sido procreado¹⁶.

Los padres legales al consentir, saben de antemano que será necesario que un tercero intervenga en el proceso para hacer posible la concepción del hijo pretendido, por ello, la ley no estima ninguna posibilidad de generar vínculo entre el tercero y éstos, o bien respecto del hijo. La única y sola importancia del donante, en este caso, radica en el aporte que hace de su material genético. Además, se precisa, que el desconocimiento del destino de sus gametos no interfiere, de ningún modo, en el desarrollo de su personalidad futura. Por lo demás, se debe agregar el carácter anónimo de la donación de gametos. El tercero tiene una participación anónima en la mayor o menor medida según se establezca en los distintos ordenamientos jurídicos. Aquí toma importancia la confidencialidad de los datos del donante. Lo cual se transforma en un impedimento para llegar a conocer las identidades tanto de los hijos que nacen como del donante mismo.

¹⁵ GÓMEZ DE LA TORRE (2007), p.117.

¹⁶ CORRAL (1999), p. 179.

La donación de gametos, se define a través de un contrato configurado en términos gratuitos, formales, y confidenciales entre el donante y el centro autorizado. Más aún, el donante entrega su material biológico a un centro clínico, sin conocer el destino de dicha donación e incluso, el acto de cesión del material genético en sí “no es suficiente para provocar al efectiva fecundación, porque ésta depende de la voluntariedad y el determinismo de un tercero (médico o equipo especialista), de quien se hace depender la potencialidad fecundante del gameto donado”¹⁷.

Por tanto, en sí mismo, el aporte de este tercero no es suficiente para generar vínculo con el hijo que nacerá producto de dicha donación, ya que se requiere de un tratamiento médico que dé lugar a la fecundación del hijo, y además, se contempla el carácter anónimo de la identidad del donante.

4. Situación del hijo concebido por medio de aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida

Con respecto al ejercicio de la acción de impugnación y reclamación, se discute si estas proceden cuando el posible sujeto a ejercerlas es el hijo concebido por medio de alguna técnica de reproducción humana asistida.

En nuestro país, se ha debatido la prohibición que incluye el inciso segundo del artículo 182, en cuanto a si ésta alcanza al hijo concebido por medio de alguna técnica asistida. Frente a ello, han surgido dos corrientes. Por un lado, se señala que dicha norma está redactada de manera general y, por consiguiente, alcanza a todos los sujetos involucrados en la aplicación de alguna técnica asistida, es decir, tanto a quienes se sometieron a algún tipo de tratamiento, como aquél que dona sus gametos e incluso, alcanzaría al hijo que ha sido concebido mediante ellas. Dicha posición toma en consideración la redacción de la norma, entendiéndola en sentido amplio, además da primacía a valores superiores como la paz y estabilidad familiar. Por el contrario, algunos autores entienden que el hijo tiene legitimación para ejercer dichas acciones. Tal decisión se fundamenta en el derecho a investigar la paternidad o maternidad, de modo tal, que de no darle la posibilidad de ejercer las acciones filiativas que la ley contempla, se estaría dejando en indefensión a todas aquellas personas que han nacido gracias a la utilización de alguna técnica de reproducción asistida, en cuanto, a conocer su verdadero origen biológico.

A continuación será abordado en profundidad la situación del hijo concebido mediante alguna técnica de reproducción asistida.

IV. EL HIJO CONCEBIDO POR MEDIO DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

1. El hijo concebido por medio de técnicas de reproducción asistida y la investigación de la paternidad o maternidad

¹⁷ GÓMEZ DE LA TORRE (2007), p.122.

Como ya se ha señalado, las técnicas de reproducción humana asistida están destinadas a obtener un hijo mediante tratamientos concretos. Sin embargo su aplicación, genera una serie de cuestionamientos, entre las cuales preocupa la situación en la que se encuentra el hijo concebido mediante dichas técnicas cuando se ha utilizado material genético de un tercero para ser concebido. El conflicto se puede plantear de la siguiente manera ¿el nacido por medio de estas técnicas tiene derecho a indagar su verdadera paternidad o maternidad?

Dicha interrogante la planteamos debido a la importancia que tiene todo hijo en cuanto persona. Normalmente, al tratar la regulación de las técnicas de reproducción humana asistida, los autores lo hacen desde los intereses de quienes quieren ser padres, o bien, desde el tercero aportante, pero no se pone atención al hijo así concebido. Si bien éste constituye el objetivo perseguido a través de la utilización de las técnicas asistidas, no se debe considerar como un mero producto, más bien, se le debe poner atención a sus derechos e intereses, ya que, a pesar de ser parte fundamental dentro del funcionamiento de las técnicas asistidas, y depender vitalmente de ellas, desde el momento en que comienza la vida, el hijo se independiza de los procedimientos asistidos que permitieron su existencia¹⁸.

El debate que nace en esta circunstancia se ha centrado en determinar si la prohibición que contempla el inciso segundo del artículo 182 del Código Civil, al impedir el ejercicio de las acciones de impugnación y reclamación, se extiende al hijo que ha sido concebido mediante alguna técnica asistida, y por ende, si tiene derecho a conocer su verdadero origen biológico. A nivel nacional distintos autores se han referido al tema, tomando en consideración la especial situación en la que se encuentra el hijo así concebido.

La profesora Maricruz Gómez de la Torre está de acuerdo con las limitantes que entrega dicha norma, fundado en que es atendible que los padres sociales no quieran verse perturbados por un tercero extraño (donante), durante la etapa de crianza del hijo. Sin embargo, considera que dicho hijo debe tener la posibilidad de saber que fue concebido por este procedimiento y quién es su progenitor biológico¹⁹.

A su vez, René Abeliuk, considera que dicho precepto se aplica tanto a los padres que consintieron en la técnica, como a los donantes, e incluye al hijo fruto de esta reproducción asistida. Al respecto, señala que si bien la solución puede ser criticable, ello no puede permitir torcer su claro sentido. Agrega que “pretender que sólo son los padres y el tercero y no el hijo quienes están afectos a esta limitación, choca claramente con la disposición. Es cierto que el principio general es la libre investigación de la paternidad o maternidad, pero la norma especial es ésta, y ella prima, por cierto, sobre la regla general”²⁰

Por su parte, René Ramos Pazos señala que del artículo 182 se establece como idea fundamental, la prohibición de impugnar la filiación del hijo concebido mediante técnicas de

¹⁸ TURNER Susan, MOLINA Marcia y Momberg Rodrigo (2000): “*Técnicas de reproducción humana asistida. Una perspectiva desde los intereses del hijo*”, En: *Revista de Derecho*, Vol. XI, pp. 13 – 14.

¹⁹ GÓMEZ DE LA TORRE (2007), p. 122.

²⁰ ABELIUK (2000), p. 121.

reproducción humana asistida ni reclamar una filiación diferente. Expresa que en el caso en que en la aplicación de estas técnicas se hubiere recurrido a un tercero (donante de espermios o de óvulos) tanto el hijo como el tercero no tendrán acción de reclamación de filiación. Por su parte, ni los padres ni el hijo podrían impugnar esta filiación. De esta forma, el legislador chileno cierra la puerta a juicios difíciles, a veces escandalosos, como los que han tenido que conocer y resolver los tribunales extranjeros”²¹

Contrario a incluir dentro de la prohibición al hijo concebido, se encuentra el profesor Hernán Corral, quien declara que si se interpreta que esta norma también rige para el hijo, se ha puesto una lápida al derecho a conocer la identidad, al menos, del progenitor biológico. Agrega, que no se entiende cuál es la razón que fundamenta este menoscabo del derecho a investigar la paternidad o maternidad por el solo hecho, en cuya decisión él no ha participado, de haber sido producto de una técnica reproductiva con uso de gametos de terceros. El autor, da el ejemplo de si los padres en vez de recurrir a las técnicas de reproducción asistida hubieran recurrido a un adulterio consentido, nadie dudaría de que el hijo puede impugnar la filiación del marido, y reclamar la del tercero que inseminó a la mujer²².

Paulina Veloso al pronunciarse respecto a este tema da pie para la discusión con respecto a los derechos del hijo así concebido. Señala que “si bien, en principio parece atendible que la ley establezca, sin posibilidad de discutirlo, que prime una paternidad formal como vínculo jurídico. En cambio, es discutible la solución de negar el derecho del menor a conocer su origen biológico, es decir, negarle su derecho a la identidad”²³. Deja en claro la generalidad con la que entiende a la norma, no obstante, el conflicto que resulta al dejar al hijo sin derecho a impugnar ni reclamar.

2. Derecho a la Identidad

Ya se dijo que al poner atención en el hijo concebido mediante alguna técnica de reproducción asistida surge la interrogante con respecto a si tiene derecho a conocer su verdadero origen biológico, lo cual está íntimamente ligado con el derecho a la identidad.

El derecho a la identidad es aquel que tiene toda persona sobre la verdad de su propia biografía. Comprende, entre otros aspectos, el derecho que tiene todo individuo de conocer su origen biológico, lo cual se traduce en el derecho a acceder a una investigación judicial para saber quiénes son sus padres, y consiguientemente, a tener la relación padre o madre e hijo, que surge del nexo biológico²⁴.

²¹ RAMOS PAZOS, René (2007): “*Derecho de familia*”, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, pp. 393 – 394.

²² CORRAL TALCIANI, Hernán (2010) “¿*Subsisten discriminaciones en el actual régimen legal chileno de filiación?*”, En: *Derecho y Humanidades*, N° 16 vol. 2, pp. 40 – 41.

²³ VELOSO (1999), p. 57.

²⁴ SCHMIDT HOTT, Claudia y VELOSO VALENZUELA, Paulina (2001): “*La filiación en el nuevo derecho de familia*”, Santiago: Editorial Conosur, p. 64.

Dicho derecho es un principio que inspira a nuestro estatuto filiativo. Se conoce también como el derecho que tiene toda persona a conocer su propio origen, comprendiendo con ello, el derecho a conocer quiénes son sus padres. Paulina Veloso señala que el derecho a la identidad consiste en que ésta no sea perturbada, hacerla valer erga omnes y, como principio y punto de partida, el derecho a conocerla o que se determine legalmente. Este derecho a la identidad, es decir, a conocer su procedencia, implica hacer prevalecer la verdad real o biológica, por sobre la verdad formal.²⁵

El derecho a la identidad es un principio consagrado en diversas fuentes tanto a nivel internacional como nacional. Es así como lo encontramos recogido tanto en la Convención de Derechos del Niño, como en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Además, se incluye en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención Americana al contemplar el derecho que tiene toda persona al reconocimiento de la personalidad jurídica. Por último, se entiende comprendido dentro de nuestra Constitución Política al consagrar la protección a la dignidad humana, como también lo hacen diversos Pactos Internacionales de Derechos Humanos²⁶.

a) *Derecho a la identidad, derecho a la intimidad y Técnicas de Reproducción Humana Asistida*

Aplicando lo anteriormente señalado con respecto al derecho a la identidad y en relación a la situación en la que se encuentran los hijos nacidos por medio de las técnicas de reproducción humana asistida, dicho derecho debe ser interpretado de tal modo que quienes han sido concebidos gracias a estas técnicas, también tienen derecho a conocer su verdadero origen, sin hacer ningún tipo de diferenciación. A pesar de ello, nuestra ley ha puesto a los hijos en situaciones distintas, impidiendo a quienes han sido concebidos por medio de alguna técnica de reproducción asistida a conocer su verdadero origen, al prohibir el ejercicio de las acciones de impugnación y reclamación según prescribe el artículo 182 del Código Civil.

Pues bien, el derecho a conocer el verdadero origen biológico no es un principio de carácter absoluto, por el contrario, encuentra en una serie de excepciones en el ordenamiento filiativo. En dichas excepciones, se privilegia la verdad formal por sobre la real, siendo una de ellas el artículo 182 relativo al hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción asistida. Norma, la cual, podría estar vulnerando tal derecho, ya que, como explica Paulina Veloso, “el derecho a la identidad, que es lo que se reclama en las acciones se entiende inherente a la persona, el desarrollo de su personalidad, su integridad y dignidad y goza de protección en diversos tratados de derechos humanos vigentes en Chile”²⁷.

Ahora bien, la discusión que nace a partir de lo anterior es debido a los intereses contrapuestos que surgen al utilizar técnicas de reproducción asistida con la ayuda de un tercero, lo cual lleva a que exista una diferenciación en el trato dado a los hijos así concebidos. Por un lado aparece el derecho a la intimidad o privacidad de donante, y, por otro, el derecho de toda

²⁵ VELOSO (1999), pp.24 – 25.

²⁶ Pactos que han sido ratificados por Chile y que forman parte de nuestro ordenamiento jurídico.

²⁷ VELOSO (1999), p.60.

persona a conocer su propio origen biológico. “La posibilidad del hijo de conocer su procedencia biológica se encuentra directamente relacionada con la preservación del anonimato del donante, ya que lógicamente, si se admite el derecho del hijo para investigar su verdadera filiación biológica, no cabe hablar de anonimato o, al menos, no de uno absoluto”²⁸

Como se dijo recientemente, el conflicto se produce cuando se utiliza material genético donado por un tercero, en dicha circunstancia se produce una confrontación entre dos derechos de orden constitucional, a saber, el derecho a la identidad y el derecho a la intimidad. Se discute respecto al vínculo que debe existir entre el donante de gametos y el nacido gracias a dicha donación. Las legislaciones se encuentran en la necesidad de optar entre dos principios. Por un lado, la protección a la intimidad del donante, quien decide donar su material genético de manera anónima y cuya intención no es la de asumir la filiación que podría resultar de aquel tratamiento médico. Por otro, el derecho del hijo concebido mediante dichas técnicas a conocer su verdadero origen biológico.

Quienes consideran que se le debe poner término al anonimato del tercero aportante en la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, se apoyan en argumentos éticos y jurídicos basados en los derechos del hombre y del niño. La Declaración Universal de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas no acepta la discriminación de ningún niño, brindándole una protección especial contra toda forma de abandono y contra prácticas que pueden fomentar la discriminación, cualquiera sea su índole, y, el anonimato en las donaciones podría suponer un caso de discriminación respecto del resto de los niños al verse obligado a desconocer la identidad de su padre o madre biológica. Además, los artículos 7º y 8º de la Convención sobre los Derechos del Niño, aseguran al niño el derecho a conocer a sus procreadores²⁹

Por el contrario, quienes defienden la conveniencia del anonimato del donante argumentan, en primer lugar, que por medio de ella se promueve la donación. Si se tuviera un acceso directo a la identidad del aportante ello desincentivaría la donación, ya que la motivación de éste no viene dada por el deseo de convertirse en padre o madre, sino, más bien, por la realización de un acto voluntario, solidario y altruista. Por tanto, la posibilidad de acceder a la investigación de la paternidad o maternidad, terminaría eliminando la fuente por medio de la cual se posibilita la reproducción asistida. A su vez, hacen referencia al derecho que tiene cada sujeto a la intimidad. El donante lleva a cabo una donación de su material genético que reviste el carácter de secreto, por ende, tiene derecho a la intimidad. Otras personas no tienen por qué saber que ha sido donante. Asimismo, la intimidad de la pareja que consistió en la aplicación de alguna técnica asistida también debiera verse protegida con respecto al historial médico, ya que la identificación del donante, traería como consecuencia develar la ineptitud para concebir de aquel cuyo gameto es suplido por el tercero.

²⁸ TURNER, MOLINA Y MOMBERG (2000), p. 17.

²⁹ PUERTO, Juan José: (2000) “La consideración de los nuevos derechos humanos en la legislación sobre reproducción asistida”[en línea; formato PDF],En *Acta Bioética*, año VI, N°1”,[fecha de consulta 03/12/2013], disponible en:

http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S1726-569X2000000100010&script=sci_arttext.

Con respecto a la intimidad, Turner, Molina y Momberg sostienen que la vulneración a ella no parece ser realmente perturbada por la posibilidad del hijo de conocer su origen. La protección de la intimidad de estas personas dice relación con la prohibición a la publicidad y conocimiento por cualquiera de su participación en la reproducción asistida; pero respecto del hijo, este derecho debe quedar en segundo plano, ya que como todo derecho, no es absoluto y debe ceder ante otro preferente, como es el que tiene toda persona a conocer su propia identidad biológica³⁰.

b) *Posibles Soluciones para hacer frente a las incompatibilidades de derechos; mecanismos idóneos*

Ante la incompatibilidad entre los fundamentos de la prohibición de conocer el verdadero origen biológico, basado en el anonimato del donante y por ende, en su derecho a la intimidad, con el derecho a la identidad del hijo concebido por medio de técnicas asistidas, es que se ha buscado algún mecanismo que permita conocer la identidad del progenitor y que tome en cuenta todas las circunstancias que conlleva proporcionar aquel derecho al hijo concebido mediante técnicas asistidas. A nivel nacional la doctrina ha ideado posibles soluciones a estas deficiencias de la regulación, que tienen por objeto entregarle, al hijo concebido mediante procreación asistida, el acceso a información relevante para conocer su origen biológico.

En opinión de Paulina Veloso, “podría sostenerse, que el hijo, siendo mayor de edad, podría, invocando su derecho a la identidad, solicitar en tribunales que se determine su origen biológico, con otros fines, distintos a la determinación de la paternidad o maternidad. Además de poder sustentarse en la Convención de Derechos del Niño, podría argumentarse que, en todo caso, ello no vulnera el artículo 182, que contiene la hipótesis de reclamación o impugnación, lo cual no se haría en el ejercicio de esta acción”³¹

Por otro lado, se encuentra aquella posición, manifestada por Hernán Corral y Maricruz Gómez de la Torre, entre otros, quienes consideran que el hijo nacido producto de la aplicación de alguna técnica de reproducción asistida debe contar con la posibilidad de saber que fue concebido por este procedimiento, y a la vez, quién es su progenitor biológico, cuando alcance la mayoría de edad. Estableciendo así un sistema similar a la Ley de Adopción, que permite al adoptado cuando llegue a la mayoría de edad saber quién es su progenitor³². Hernán Corral, en este mismo sentido, agrega que se le podría otorgar algo semejante al esquema que el artículo 27 de la Ley 19.620 reconoce a los adoptados³³. Para lo cual, los centros médicos que las practican

³⁰ TURNER, MOLINA Y MOMBERG (2000), p. 18.

³¹ VELOSO (1999), p. 57.

³² GÓMEZ DE LA TORRE (2007), p. 126.

³³ Dicha norma expresa “*La Dirección Nacional del Servicio de Registro Civil e Identificación recibirá los antecedentes del oficial del Registro Civil que haya practicado la inscripción de la adopción. Cumplida dicha diligencia, la Dirección los enviará al Jefe del Archivo General del Servicio de Registro Civil e Identificación, quien los mantendrá bajo su custodia en sección separada, de la cual sólo podrán salir por resolución judicial. Podrán únicamente otorgarse copias de la sentencia o de los antecedentes de adopción por resolución judicial, a pedido del adoptado, de los adoptantes o de los ascendientes y descendientes de éstos. Si los peticionarios no son los adoptantes, la autorización se concederá siempre previa citación de éstos, salvo que se acredite su fallecimiento.*”

debieran mantener registros rigurosos y permanentes, a fin de que puedan ser consultados por los posibles interesados³⁴.

V. CONCLUSIONES

Las técnicas de reproducción humana asistida son una realidad que desde hace un tiempo se practican en todo el mundo otorgando la facultad de ser padres a quienes por diversas razones les es imposible poder concebir de manera natural. A través del estudio realizado ha quedado demostrado que dichas técnicas tienen una trascendental relevancia no solo en el ámbito social, sino también, en el jurídico propiamente tal.

En materia de filiación, el uso de técnicas de reproducción humana asistida trae aparejada una serie de consecuencias, al configurarse una relación de orden filiativa, entre quienes han decidido convertirse en padres, sometiéndose a dichas técnicas, y el hijo así concebido. Éste adquiere el estado civil de hijo con respecto a la pareja que decidió llevar a cabo alguna técnica asistida. En tal caso, aparece una filiación no biológica, sino social, en cuanto a que son padres quienes se sometieron a tales técnicas, independiente si éstos fueron quienes aportaron el material genético necesario.

En nuestra legislación adquiere importancia la norma del artículo 182 del Código Civil, la cual, fue incluida con la ley 19.585 de 1999 que estableció un nuevo estatuto filiativo. Dicho estatuto adoptó como uno de sus principios inspiradores el derecho a la identidad. Principio recogido a través de diversas fuentes tanto a nivel internacional, por medio de distintas convenciones, como también, a nivel interno, a través de nuestro Código Civil y, la propia Constitución Política. Aquel principio se refiere a la posibilidad que tiene toda persona de saber quién es, de donde proviene, por qué tiene tales características físicas, etc., incluyendo así, la facultad de conocer a sus padres y de investigar y reclamar la filiación correspondiente, considerando de tal modo, el derecho a conocer el verdadero origen biológico. No obstante aquello, la norma del artículo 182 se consagra como una excepción a tal principio ya que se pone en la hipótesis en que se ha utilizado técnicas de reproducción asistida, y ha habido en ella, aportes de gametos de terceros. Ante tal circunstancia, la norma señala que el padre y la madre del hijo así concebido son el hombre y la mujer que se sometieron a ellas, y, reglón seguido, que no podrá impugnarse la filiación determinada de acuerdo a la regla precedente, ni reclamarse una distinta. Frente a esto es que se planteó la interrogante ante a la circunstancia en la que se encuentra el hijo cuando ha sido concebido mediante la utilización de gametos ajenos con respecto al derecho que tiene de indagar su verdadero origen biológico.

La norma del artículo 182 del Código Civil se configura como una excepción recogida por nuestra legislación al impedir impugnar y reclamar la filiación cuando ha habido uso de

Para este efecto, cualquier interesado mayor de edad y plenamente capaz que tenga antecedentes que le permitan presumir que fue adoptado podrá solicitar personalmente al Servicio de Registro Civil e Identificación que le informe si su filiación tiene ese origen”

³⁴ CORRAL (2010), p.41.

gametos aportados por terceros. Si bien, a simple vista se estaría transgrediendo aquel derecho de carácter fundamental que tiene toda persona en cuanto a conocer su verdadero origen biológico, dicha prohibición no es en sí una vulneración a tal derecho. La norma debe ser comprendida de manera general, alcanzando tanto a quienes desean ser padres, y por ende deciden someterse a tales técnicas, como también, al tercero donante de gametos, quien solo realiza un acto de mera liberalidad sin tener intención alguna con respecto al futuro de su material genético, y además, al propio hijo concebido mediante dichas técnicas que no intervino directamente por medio de su voluntad, como sí lo hicieron los demás sujetos. En cuanto a esta circunstancia, relativa a extender los efectos de la mencionada normativa al hijo concebido, se fundamenta en valores superiores existentes en la sociedad, tales como la paz y la estabilidad familiar, en cuanto a la necesidad de que no exista ningún tipo de obstáculo que interfiera en la relación que nace entre los padres legales y el hijo así nacido, respecto de quienes, si bien, no existe un lazo biológico, existe un vínculo de mayor relevancia, como lo es, el vínculo sentimental que permite ser padre o madre a quien actúa en calidad de tal, asumiendo la función social de la paternidad o maternidad. No por el hecho de haber sido concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se le debe permitir accionar contra dicha filiación, no existe ningún supuesto que lo permita, puesto que, dicha procreación se fundamenta en la voluntad que los padres tuvieron, asumiendo las consecuencias que nacen de dicha filiación, como a su vez de la voluntad del tercero aportante de llevar a cabo un acto altruista y de mera liberalidad.

Ahora bien, la prohibición contemplada por el inciso segundo del artículo 182 no es en sí una vulneración al derecho de conocer el verdadero origen biológico, aun cuando se le prohíba ejercer las acciones filiativas al hijo así concebido. Debemos considerar cuál es el objeto de las acciones que la ley filiativa contempla, el cual no es sino, obtener de los tribunales de justicia un pronunciamiento con respecto a la filiación, que a su vez, produce una serie de efectos jurídicos tales como responsabilidades personales, patrimoniales o de cualquier otra índole. En este caso preciso, nos encontramos con que el hijo así concebido no tiene ningún pretexto para accionar contra la filiación que ostenta sea impugnando o reclamando, ya que, en la realidad en la cual está inserto no se genera ninguna consecuencia jurídica con respecto a quien otorgó el material genético para que pudiese nacer. No se puede confundir la relación puramente biológica del nacido mediante técnicas asistidas con uso de gametos de terceros, con la filiación, siendo ésta última, una relación mucho más rica y compleja.

Por otro lado, es necesario señalar que si bien al hijo concebido mediante alguna técnica asistida se le impide ejercer las acciones filiativas correspondiente, ello no significa que no tiene derecho a conocer cuál es su verdadero origen biológico. Es decir, aun cuando exista una colisión de derechos entre el de la identidad del hijo así concebido y el de la intimidad del donante basado en el anonimato de su acto, debe existir una solución a dicho conflicto que se preocupe de armonizar tales intereses. No existe razón para entender que se prohíbe, y de modo absoluto, la posibilidad de conocer al verdadero origen biológico al hijo concebido, ya que éste es, un derecho fundamental que tiene toda persona por el solo hecho de ser tal. Por lo demás, otorgarle a una persona el derecho a conocer su origen, no implica facultarlo a reclamar judicialmente por

filiación. El derecho a la búsqueda de la persona responsable de la herencia genética no puede hallarse constreñido por criterios como los que condicionan a las acciones de filiación.

La mayoría de las veces al hablar de los efectos filiativos que surgen del uso de técnicas asistidas, se privilegia a quienes interviene en éstas, sean estos los padres, quienes se sometieron a tales técnicas, como también, el donante que entregó sus gametos. Sin embargo, no se toma en consideración al hijo propiamente tal, y sus derechos como persona. Si bien la procreación asistida es el procedimiento idóneo para cumplir el deseo de quienes no pueden concebir naturalmente, permitiéndoles engendrar un hijo, no se puede entender al así nacido como un mero producto de tales técnicas, sino que, deben ser considerados de modo tal que ante el evento de llegar a saber que ha sido concebido mediante ayuda clínica y con gametos de algún tercero, pueda tener la posibilidad de conocer realmente quien es su progenitor biológico si así lo desea. En tal caso, debe existir algún mecanismo que permita investigar dichas circunstancias ya que se le debe dar preminencia a los derechos del hijo. Del hecho que se intente armonizar los derechos que están en juego entre los sujetos comprendidos, no significa, a la hora de confrontar unos y otros, caer en algún tipo de arbitrariedad. Ante la confrontación que nace por la aplicación de estas técnicas, a saber, entre el derecho a la identidad y el derecho a la intimidad, debe buscarse una solución que ampare a ambos derechos en buena medida. El reconocimiento del derecho del donante a que se mantenga su identidad en secreto es ineludible. Sin embargo, no puede ser un derecho absoluto, puesto que, se debe tener en cuenta los derechos fundamentales de los hijos así nacidos y el interés superior del niño. Éste último recogido como principio informador en las distintas legislaciones.

Siendo inadecuado negar al hijo que ha sido concebido mediante técnicas de reproducción asistida la posibilidad de conocer su origen biológico, sirve tener en cuenta el método acogido en la ley de Adopción, que no es sino permitir a cualquier interesado, mayor de edad, y que tenga antecedentes que lo hacen presumir que fue adoptado, solicitar información al Servicio de Registro Civil e Identificación. Tanto en el uso de técnicas asistidas como en la adopción, existen una serie de similitudes basadas en los valores que surgen del grupo familiar, como también, de la voluntad procreacional, al ser éste el elemento determinante para la generación de filiación. Lo recién expuesto, nos permite concluir que en materia de reproducción asistida, debería existir un sistema parecido al de adopción, que permita a acceder a información necesaria con respecto a dicha procreación, cumpliendo los requisitos y condiciones que la propia ley debe establecer.

Por último, cabe señalar la necesidad de que en nuestro ordenamiento jurídico se dicte una ley que regule a cabalidad el uso de las técnicas de reproducción humana asistida como lo han hecho otros países. En tal sentido, deberá iniciarse nuevamente una discusión en el parlamento relativo a dicha materia, y que culmine en una ley que desarrolle el tema exhaustivamente en lo que se refiere ya sea a la procedencia de dichas técnicas, a los presupuestos necesarios para su aplicación, que regule ampliamente a la voluntad como elemento determinante, que tenga en cuenta la supremacía de ciertos valores tales como la paz y la estabilidad familiar y que adopte un sistema que permita hacer frente a las incompatibilidades de

intereses, estableciendo, de tal modo, un mecanismo idóneo que permita conocer el verdadero origen biológico, si así se desea, por parte de quienes han sido concebido mediante técnicas de reproducción asistida.

BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA

___ABELIUK MANASEVICH, René (2000): “*La filiación y sus efectos*”, Tomo I. La filiación. 1º Edición, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

___CORRAL TALCIANI, Hernán (1999): “*Reproducción humana asistida y filiación. Un análisis del nuevo artículo 182 del Código Civil*”, En: *Primeras Jornadas de Derecho Médico*, Cuadernos Jurídicos 2. Universidad Central.

___(2005): “*Derecho y Derechos de la familia*”. 1º Edición. Lima: Editorial Jurídica Grijley.

___(2010) “*La doctrina de los actos propios en el Derecho de Familia Chileno*”, En: *Hernán Corral Talciani (edit.), Venire contra factum proprium. Escritos sobre la fundamentación, alcance y límites de la doctrina de los actos propios*, Cuadernos de Extensión. Universidad de los Andes, pp. 103-139.

___(2010) “¿Subsisten discriminaciones en el actual régimen legal chileno de filiación?”, En: *Derecho y Humanidades*, N° 16 vol. 2. Universidad de Chile.

___GAMUCIO SCHÖNTHALER, Juan Cristóbal (1994): “*Procreación asistida heteróloga, efectos civiles en relación con el matrimonio y la filiación*”, En: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 21 N° 2. Pontificia Universidad Católica de Chile.

___GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz (2007): “*El sistema filiativo chileno: Filiación biológica, por técnicas de reproducción asistida y por adopción*”, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

___(1993): “*La fecundación In Vitro y la Filiación*”, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

___ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (2010): “*Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA). Versión revisada y preparada por el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud (OMS)*”, [en línea; formato PDF], trad. Red Latinoamericana de Reproducción Asistida, [fecha de consulta 12/10/2013], Disponible en:
http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology_es.pdf.

___PUERTO, Juan José (2000) “*La consideración de los nuevos derechos humanos en la legislación sobre reproducción asistida*”, En: *Acta Bioética*, año VI, N°1. [Fecha de Consulta 03/12/2013], Disponible en:
http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S1726-569X2000000100010&script=sci_arttext.

___RAMOS PAZOS, René (2007): “*Derecho de familia*”. Tomo II. 6° Edición actualizada. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

___SCHMIDT, Claudia; VELOSO, Paulina (2001): “*La filiación en el nuevo derecho de familia*”, Santiago: Editorial Conosur.

___SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel (1963): “*Derecho de Familia*”, Santiago: Editorial Nacimiento.

___TURNER, Susan, MOLINA, Marcia y MOMBERG, Rodrigo (2000): “*Técnicas de reproducción humana asistida. Una perspectiva desde los intereses del hijo*”, En: *Revista de Derecho*, Vol. XI. Universidad Austral de Chile, pp. 13-26.

___VELOSO VALENZUELA, Paulina (1999): “*El nuevo estatuto filiativo y las modificaciones al derecho sucesorio, a la luz de las normas y principios de la ley N° 19.585*”, 2° Edición, Santiago: LOM Ediciones Ltda.

ANTECEDENTES CONGRESO NACIONAL

___CONGRESO NACIONAL, Boletín del Senado N° 1060-07, Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, recaído en el proyecto de ley que modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación.

___CONGRESO NACIONAL, Boletín del Senado N° 1060-07, Informe Complementario de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, en segundo trámite constitucional.

___CONGRESO NACIONAL, Boletín del Senado N° 1026-07, Informe de la comisión de constitución, legislación, justicia y reglamento, recaído en el proyecto de ley, en primer trámite constitucional, que regula los principios jurídicos y éticos de las técnicas de reproducción humana asistida y establece sanciones para los infractores de sus normas.

___BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, Historia de la ley N° 19.585 que modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación. Diario Oficial, 26 de octubre 1998.

LEGISLACIÓN UTILIZADA

___Chile, Ley N° 19.585 que modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación, Diario Oficial, 26 de octubre de 1998.

___Chile, Ley N° 19.620, que dicta normas sobre adopción de menores, Diario oficial, 5 de agosto de 1999.

___Chile, Resolución exenta N° 1072 del Ministerio de Salud. Normas aplicables a la fertilización in vitro y la transferencia embrionaria, 28 de junio de 1985.

VESTIGIOS DE LA DICTADURA MILITAR CHILENA DE 1973 EN EL CAMPO DEL ARTE LA LIBERTAD DE CREACIÓN ARTÍSTICA

*Constanza Molina San Martín**

RESUMEN: *El presente artículo se encuentra construido sobre dos pilares fundamentales: por un lado, se realizará una exposición descriptiva respecto del panorama en el cual se desarrolló un movimiento artístico en particular, durante la dictadura militar instaurada en Chile el año 1973 conocido como la –escena avanzada– para comprender la influencia de los mecanismos de censura aplicado por los militares en el circuito cultural. En segundo lugar, se analizará las consecuencias del régimen de facto manifestadas durante los gobiernos democráticos en el fomento estatal destinado al campo de producción artística desde los lineamientos establecidos en la Constitución de 1980.*

ABSTRACT: *The present article is constructed upon two fundamental pillars: on one hand, a descriptive presentation with respect to a panorama in which an artistic movement unfolds, particularly during the military dictatorship established in Chile in 1973 known as the –advanced stage– will be laid out in order to understand the influence of the mechanisms of applied censorship for soldiers in the cultural circuit. Secondly, the actual consequences of the regime that manifest during the democratic governments in state fostering destined towards the field of artistic productions from liniments established in the 1980 Constitution.*

PALABRAS CLAVES: *dictadura militar – censura – Constitución Política – libertad de creación artística – capitalismo – estado.*

KEYWORDS: *military dictatorship – censorship – political constitution – liberty of artistic creation – capitalism – state.*

I. INTRODUCCIÓN

Antes de exponer el tema de este trabajo, debemos considerar previamente que el arte en la etapa anterior al golpe militar representaba necesariamente una ideología política, es decir, podría entenderse como un *arte militante* que buscaba representar una forma de organización social con la finalidad de constituirse como un sitio de reflexión y de cuestionamiento, al promover una determinada interpretación teleológica de la obra, consiguiendo así que el sujeto realizara un proceso de aprehensión de dichos valores.

* Estudiante de Derecho, Universidad de Valparaíso, Ayudante del Departamento de Derecho Constitucional de la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso. Correos electrónicos: constanza.molinas@alumnos.uv.cl; constanzamsm@gmail.com

Producido el golpe militar el 11 de septiembre de 1973, se inicia un período de *depurificación entre el arte y las ideologías políticas*¹, adquiridas en el gobierno derrocado, ya que, como lo establece Pilar Vergara lo que busca genuinamente la instauración de la junta militar es realizar una reestructuración global de la sociedad, tanto en la determinación de la función del rol del Estado, las relaciones económicas y en las concepciones culturales². Con todo, esta reestructuración se ejerció bajo el amparo de una acepción de democracia de índole instrumental, autoritaria y protegida³, que logró llevar a cabo la supresión de organizaciones culturales que se encontraban ligadas a partidos políticos contrarios a la línea ideológica del régimen de facto, por otra parte, lograron además erradicar de los medios de comunicación estos grupos, y en casos más extremos algunos artistas fueron víctimas de tortura⁴.

Consecuencialmente, la junta militar busca la *reconstrucción cultural*⁵, consistente en la reconquista del terreno perdido por los gobiernos democráticos que promovían políticas distributivas; dicho proceso, se inició con la *operación limpieza*⁶ que abarcó desde una transformación de la fisionomía de los sujetos, cambios relativos al renombramiento de las calles, villas y escuelas, hasta la eliminación de los murales de las brigadas Ramona Parra, entre otros; o sea, todos los esfuerzos de los militares apuntaban a una sola cuestión: eliminar toda huella de la unidad popular.

En este trabajo abordaré sobre la –escena avanzada–, entendiéndola como un movimiento vanguardista catalizado por la violencia y represión ejercida durante la dictadura militar, y cómo el lenguaje de éste movimiento, en particular, emerge desde los mecanismos de censura empleados por el oficialismo de la época. Por otra parte, desde un punto de vista jurídico se analizará la importancia del ejercicio de la libertad de creación artística para el proceso creativo del sujeto como un pilar fundamental en un régimen democrático caracterizado por el valor del pluralismo que ha entrado en pugna con la economía de la cultura amparada por la Constitución Política de 1980 producto de la ideología inherente a su contexto de génesis.

II. DE LA ESCENA AVANZADA

La escena de avanzada alude a la producción artística que surge con fuerza durante la dictadura militar, que trabaja de manera complementaria diversos géneros, ampliando así los soportes y formatos desde los sitios de exhibición que promueve la institucionalidad formal

¹ ERRAZURIZ, Luis y LEIVA, Gonzalo (2012): *“El golpe estético”*, Santiago: Editorial ocho libros, pp. 13 – 15.

² VERGARA, Pilar (1983): *“Las transformaciones del Estado chileno bajo el régimen militar”*, En: *Revista Mexicana de Sociología*, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales Flacso, Chile 1973 – 198, Santiago, 1983, pp. 65. [Fecha de consulta 13/10/2013], Disponible en:

<http://cronopio.flacso.cl/fondo/pub/publicos/1983/libro/000035.pdf>.

³ VIERA ALVAREZ, Christian (2011): *“Análisis crítico de la génesis de la Constitución vigente”*, En: *Revista de Derechos Fundamentales*, Universidad Viña del Mar N°5, pp. 152.

⁴ ROSALES, Emilio (2002): *“Estética y medios de comunicación”*, Madrid: Editorial Tecnos, pp. 162 – 175.

⁵ ERRAZURIZ y LEIVA (2012), p. 12.

⁶ ERRAZURIZ y LEIVA (2012), p.12.

cultural hacia el uso del cuerpo, de la ciudad como un elemento que significa y otorga significado; logrando una interpelación aguda en la cotidianeidad árida de los sujetos. Cabe destacar, que este alejamiento de lo academicista no tenía como finalidad la desarticulación de los símbolos de la institución cultural, sino más bien, tenían como móvil el desmontaje institucional construido por los militares y la politización del arte.

Uno de los objetivos de este movimiento, consistió en *reestructurar el lenguaje de la creatividad hasta potencializar el trabajo del arte como fuerza disidentadora de la autoridad y de sus normas de disciplinamiento de sentido*.⁷ Es decir, la escena de avanzada buscó insertarse en la sociedad sin ser barrida preliminarmente por las labores de depuración que llevaban a cabo los militares, lo cual fue logrado a través *del nuevo lenguaje de signos* que burlaba la atención de los mecanismos de censura existentes. Lamentablemente, como en todos los regímenes totalitarios, los mecanismos de censura no responden a una lógica de aplicación, por tanto, se desconoce frente a qué políticas se debe responder, es por ello que genera una gran cantidad de especulaciones sobre los criterios que serán utilizados contra los subordinados del régimen, desencadenando en los artistas la *autocensura*⁸ que termina convirtiéndose en una herramienta más cruda que el control político-administrativo elaborado por los militares, al no existir una postura represiva uniforme que resultara deducible.

El móvil de la escena de avanzada, a diferencia de las agrupaciones artísticas populares que promovían firmemente un arte militante se reducían a espacios semiclandestinos de exhibición; las obras de la –avanzada– se montaron en sitios públicos, debido a la búsqueda de realizar una crítica a la institucionalidad a través de la provocación. Sin embargo, este deseo de provocar a su interlocutor e instalar la crítica se diluyó con la búsqueda de un lenguaje que disminuyera su fuerza contestataria por el esfuerzo a *camuflarse* en la institucionalidad de la dictadura, surgiendo así un *“lenguaje de resistencia”*.

Este lenguaje de resistencia salió del circuito tradicional del campo del arte, trasladándose al *soporte-paisaje*⁹, tornándose relevante el papel activo del sujeto en la modificación del comportamiento urbano, en la cual se inscribe su realidad cotidiana social y política. Por otra parte, surge con un rol importante en la escena artística la utilización *del cuerpo como un soporte*, es decir, *la performance*, ya que, en este tipo convergen diversas maneras de expresión de lenguaje tal como señala Nelly Richard, quien lo considera como un trasmisor de lenguaje emitido por la cultura, depositario de memorias, actor en representación de poder, un fin. Este último mecanismo, fue incorporado por los agentes artísticos desde 1975.

Por último, respecto al intento de enlazar nuevamente arte y la política por parte de la avanzada, sólo será viable a través de la resignificación del lenguaje a través del *uso del gesto*, por medio del cual el artista opera para hacer frente al violento militarismo que actúa a partir de diversas estrategias de vigilancia y persecución. Es decir, por medio de la manifestación del –

⁷ RICHARD, Nelly (1987): “Arte en Chile desde 1973. Escena de Avanzada y Sociedad”, p. 2 – 12.

[Fecha de consulta: 11/12/2013], Disponible en: <http://www.memoriachilena.cl/archivos2/pdfs/mc0015226.pdf>.

⁸ RICHARD, Nelly (2007): *Márgenes e instituciones*; Santiago: Editorial Metales Pesados, pp. 25.

⁹ RICHARD, Nelly (2007), pp. 63.

gesto— de ruptura de los artistas de avanzada, buscan desencantar el mundo y desacralizar los modos convencionales¹⁰ instaurados por el régimen que desea *conseguir el disciplinamiento social bajo los rótulos de modernización y represión*, situándose en este último la censura¹¹.

Lo anterior, conlleva una dificultad respecto a la interpretación por parte del sujeto interpelado, debido a que la *estetización de lo político* requiere un juicio reflexivo respecto del mundo, con la finalidad de recuperar aquella realidad que ya no se posee. Con todo, la —avanzada— buscará instalarse en la escena del día a día, interpelando a los oprimidos para conseguir la instauración la *autorreflexividad de los signos*.

III. DEL MARCO CONSTITUCIONAL

1. Sobre la Constitución Política

Según Eduardo García de Enterría, la Constitución Política configura y ordena los poderes del Estado por ella contruidos; por otra parte, establece los límites al ejercicio del poder y el ámbito de libertades y derechos fundamentales; así pues, debe entenderse como la norma fundamental que rige el ordenamiento jurídico en su totalidad, lo cual conlleva un reconocimiento de *superlegalidad material*, que asegura a la Constitución una preeminencia jerárquica sobre todas las demás normas, puesto que es una norma fundante de aplicación inmediata y directa. De manera tal, que las demás normas que componen el ordenamiento jurídico, sólo serán válidas si no contradicen tanto el sistema formal de producción de las mismas que la Constitución establece, y además si no contradicen los valores y limitaciones del poder que en la Carta Fundamental se expresa.¹²

Cabe tener presente además que los *derechos fundamentales* para Ferrajoli¹³ constituyen condiciones de la identidad de cada sujeto como persona y/o ciudadano, por ende, son inviolables, inalienables e indisponibles; es decir, son derechos intrínsecos, igualitarios, prioritarios e individualizados. Sin embargo, producto de la labor interpretativa de los agentes correspondientes, algunos derechos fundamentales se han visto aminorados en su ejercicio, dado que el Estado no ofrece las garantías suficientes para el pleno ejercicio de los derechos inherentes al ser humano. En particular, sobre *la libertad de expresión* (Artículo 19 N°12) podemos encontrar una acepción que más se ajusta al campo del arte, la cual señala que éste derecho fundamental sería *una condición necesaria para que la persona pueda desarrollarse de manera libre, consiguiendo alcanzar su propio desarrollo personal y el de su comunidad, por tanto, sería una consecuencia de la*

¹⁰ GARCÍA, Néstor (2010): *Culturas Híbridas*, Buenos Aires: Editorial Paidós, pp. 60 – 62.

¹¹ OYARZÚN, Pablo, RICHARD, Nelly, ZALDIVAR, Claudia (2005): *Arte y Política*. Santiago: Universidad Arcis, Universidad de Chile, Facultad de Artes, Consejo Nacional de la Cultura, pp. 33 – 40.

¹² GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo (2006): *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Navarra: Editorial Aranzadi, 4ª ed., pp. 55 – 56.

¹³ FERRAJOLI, Luigi (2009): *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid: Editorial Trotta 4ª Ed. pp. 76 – 77.

autonomía humana.¹⁴ Esta concepción, se utiliza en defensa del –artista–, puesto que para alcanzar su desarrollo personal requiere experimentar el proceso creativo de manera libre y no reprimida por normas; de lo contrario al suprimir su capacidad de expresión personal, consecuencialmente perdería su autonomía y sería contrario a los valores jurídicos fundamentales que inspiran nuestra Constitución Política, a saber: *la libertad, la igualdad, y la dignidad*.

2. Consideraciones previas sobre la producción artística

Antes de analizar, el derecho a la libertad de creación artística quisiera delimitar en lo posible la pregunta sobre *¿qué entendemos por producción artística?*¹⁵, siendo preciso advertir que cualquier intento por definir –lo artístico– puede ser objetado, ya que el arte se debe a su contingencia, entonces respecto a los formatos que la obra utilice para ser manifestada y se constituya como tal existen múltiples caminos, por ende, nos encontraremos con un campo bastante amplio que será difícil de conceptualizar.

En este sentido, corresponde preguntarse más bien *¿qué entendemos por obra de arte?*¹⁶, como señala Pablo Oyarzún el termino obra de arte se entiende como un producto o la ejecución de una actividad humana que se diferencia de los demás productos porque implica la formulación de –un juicio estético– por parte del sujeto interpelado, en consecuencia cuando estamos frente a una obra de arte en el momento en que el sujeto reconoce este producto de la actividad humana como algo que se encuentra sobre los demás, ya que le ha otorgado cierto valor, la relación entre el sujeto contemplativo y la obra es estrictamente necesaria para que puedan emerger significativamente las facciones propias de toda obra artística. En consecuencia, para que sea aprehendida una obra de arte propiamente tal, no basta con que sea exhibida por medio de alguna plataforma en la sociedad, sino que se debe a la relación instaurada entre la obra y el sujeto contemplativo, en la medida en que éste último ha reconocido su valor lo cual será necesario para entender la dualidad de la que se encuentra compuesta el derecho a la libertad de creación artística (faz activa y faz pasiva), que será descrita a continuación.

3. Libertad de creación artística

Como señala Tomás Vial, la libertad de creación artística se encuentra consagrada en el artículo 19 número 25 de nuestra Constitución Política, que señala: “*La Constitución asegura a todas las personas: La libertad de crear y difundir las artes (...)*”.

Dicho inciso fue incorporado por la Ley número 19.742 en el año 2001¹⁷, constituyéndose como un *subgénero de la libertad de expresión*, así bajo esta vinculación género – especie se puede desprender ciertas características, en primer lugar se trata de su marco normativo, el cual se encuentra contenido en la regulación de su género. En segundo término, se puede desprender

¹⁴ VIAL SOLAR, Tomás (2006): “*El derecho a la libertad de creación artística en la Constitución*”, en: “*La libertad de expresión en Chile*”, Santiago: Universidad Diego Portales, pp. 223 – 284.

¹⁵ OYARZUN, Pablo; CHIUMINATTO, Pablo y ZÚÑIGA, Rodrigo (2003): “*Arte y estética*”. *Laboratorios de Gestión Cultural*, Santiago: Ministerio de Educación, División de Cultura, pp. 6 – 14.

¹⁶ OYARZUN, CHIUMINATTO, y ZÚÑIGA, (2003), pp. 11.

¹⁷ VIAL SOLAR, Tomás (2006), pp. 254 – 260.

que no se encuentra limitada respecto a soportes o formatos para representar una obra de arte. En tercer lugar, dado su carácter de derecho presenta una *faz activa* que trata sobre la difusión del arte y una *faz pasiva* que constituye la libertad que poseen los demás sujetos de ser receptores de las manifestaciones artísticas.

Sobre el análisis al numeral 25 del artículo 19, podemos señalar que está compuesto de dos verbos rectores, en primer lugar se encuentra el verbo *–crear–*, consistente en elaborar una nueva realidad por medio del trabajo, la imaginación y la sensibilidad humana. Es decir, se refiere netamente al proceso de creación, debido a la posibilidad de emplear una gran variedad de soportes y formatos, por tanto, respecto a la manera en que estos serán utilizados también pueden ser diversos, esto es relevante para la determinación de la *obra artística*, la cual sólo debe constituirse previo análisis contextualizado de ésta.

El segundo verbo rector de la preposición constitucional consiste en *–difundir–* para que exista una acción de difusión de la obra es condición necesaria que el acto creativo sea efectuado de manera *libre*. Las herramientas de difusión que se utilizaran para poner en circulación una obra atenderán a los medios disponibles y las plataformas tecnológicas, las cuales se encuentran en constante expansión. Lo trascendente de este segundo verbo rector tiene relación a la labor de difusión, que cristaliza *el carácter comunicativo* inherente de la obra de arte. Es por ello que, se debe considerar tanto el proceso de producción de obra y el efecto de la creación artística (relativa a su carácter comunicativo) como un todo inseparable, ya que a partir de ambos planos se entiende la obra como el resultado de un proceso creativo a cabalidad.

Ahora bien, en tanto a la libertad de difusión de una obra de arte, implica necesariamente que ésta pueda ser *repcionada* por el sujeto de manera eficaz, por tanto, se requiere de una masa de sujetos que tenga el derecho real de recibir libremente la obra de creación artística. Esta interpretación se ha reforzado en nuestro ordenamiento jurídico a partir de instrumentos internacionales suscritos por nuestro país, tal como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su artículo 15 numeral primero, que establece: “*Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a: a) Participar en la vida cultural*”.

Mientras que su numeral segundo prescribe, lo siguiente: “*Entre las medidas que los Estados Partes en el presente Pacto deberán adoptar para asegurar el pleno ejercicio de este derecho, figurarán las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia y de la cultura*”.

En suma, existen dos planos respecto a la libertad de difusión de la obra de arte, es decir, por un lado implica el derecho de los sujetos de recibir aquella obra y además implica el derecho de gozar de la cultura, dejando de manifiesto el deber del Estado de garantizar la difusión de la obra de arte. Asimismo, respecto al concepto de *garantías* podemos destacar el de Luigi Ferrajoli, quien ha señalado que “*son aquellas técnicas previstas por el ordenamiento jurídico para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad, y por tanto, para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional. Por eso, reflejan la diversa estructura de los derechos fundamentales para cuya tutela o satisfacción han sido previstas: las garantías liberales, al estar dirigidas a asegurar la tutela de los derechos de libertad, consisten*

*esencialmente en técnicas de invalidación o de anulación de los actos prohibidos que las violan. (...). En todos los casos, el garantismo de un sistema jurídico es una cuestión de grado, que depende de los vínculos positivos o negativos impuestos a los poderes públicos por las normas constitucionales y por el sistema de garantías que aseguran una tasa más o menos elevada de eficacia a tales vínculos*¹⁸.

Lo anterior se encuentra respaldado tanto en el plano nacional como internacional, así en el plano nacional, nuestra Constitución Política de la República en su artículo primero inciso tercero, señala: “*El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece*”.

En consecuencia, para poner en ejercicio el derecho a la libertad de creación artística se debe circunscribir en un *una concepción sustancial de la democracia, garante de los derechos fundamentales de los ciudadanos y no simplemente de la omnipotencia de la mayoría*¹⁹, en donde se integre de manera real los diversos sectores de la sociedad sin discriminación alguna, para lo cual tendría como requisito que *se admita la posibilidad de antinomias y de lagunas generadas por la introducción de límites y vínculos sustanciales*²⁰ tal como lo ha señalado Ferrajoli. Lo mencionado precedentemente, ha sido reconocido por nuestro Tribunal Constitucional²¹ en una sentencia del año 2010 N° 567 que en su considerando trigésimo segundo estableció: *que la libertad de expresión, por su parte, desempeña un papel fundamental en la sociedad democrática, pues permite el debate de ideas, intercambio de puntos de vista, emitir y recibir mensajes (...) la creación artística, el diálogo sin restricción, censura ni temor (...)*.

Por tanto, los conceptos de libertad de expresión, democracia y pluralismo se encuentra íntimamente vinculados, lo cual se manifiesta en que todos los actores sociales pueden expresar todo tipo de opiniones o dar a conocer todo tipo de informaciones, cuestión que lógicamente en un régimen dictatorial no es posible de constatar. Sin embargo, en un régimen democrático este tema no queda exento de problemáticas, puesto que presenta fisuras que delatan la obstaculización que presentan los agentes culturales para promover su obra en la sociedad.

Reconsiderando los términos *democracia y pluralismo*, es preciso reflexionar sobre la idea de *posición original*²² de la cual nos habla John Rawls, quien señala que en la medida que exista un sistema justo de cooperación entre ciudadanos libres e iguales se cristalizará la libertad e igualdad en la sociedad. Para ello, es necesario reformular las *teorías contractualistas* respecto al sentido de quienes han suscrito un determinado acuerdo son sujetos libres e iguales que se encuentran comprometidos con la sociedad, por tanto para aplicar de manera coherente la acepción de justicia como imparcialidad implicaría añadir, que esta adhesión de los sujetos a un

¹⁸ FERRAJOLI, Luigi (2009): “*Derechos y garantías, la ley del más débil*”, Madrid: Editorial Trotta, pp. 25.

¹⁹ FERRAJOLI (2009), pp. 25.

²⁰ FERRAJOLI (2009), pp. 25.

²¹ GARCÍA, Gonzalo (2012): “*Estudios sobre jurisdicción constitucional, pluralismo y libertad de expresión*”, Cuadernos del Tribunal Constitucional, Santiago, pp. 68 – 74.

²² RAWLS, John (2011): “*Liberalismo político*”, Méjico D.F, Fondo de Cultura Económica, pp. 45 – 50.

ideal de bien común, el cual será el móvil de sus actuaciones políticas, deben construirse sobre una situación justa en que personas libres e iguales puedan actuar sin que existan otros sujetos que obtengan mayores ventajas de negociación. Esta última idea, es de suma relevancia al evaluar nuestra Constitución Política que rige actualmente, ya que fue construida sobre mecánicas económicas que fueron incorporadas por los intelectuales de la época del régimen militar, que buscaban únicamente insertar un *modelo capitalista depredador* que regulara todos los ámbitos del sujeto, limitando así el despliegue del individuo en áreas desprovistas de conceptos de productividad, ganancia y mercancía, empujándose así el campo del arte a lo arbitrario.

IV. PROBLEMÁTICA PRÁCTICA DE LA LIBERTAD DE CREACIÓN ARTÍSTICA FRENTE AL ROL DEL ESTADO COMO ASIGNADOR DE RECURSOS

1. *Influencia de la Constitución de 1980 en el campo de la cultura*

En armonía con lo anterior, podemos añadir lo establecido por los académicos Jaime Bassa y Christian Viera respecto al carácter *económico*²³ de nuestra Constitución Política vigente, pese a que no se encuentre dispuesto de manera expresa en dicha norma fundamental, podría inferirse del contexto de su génesis, el cual estuvo marcado fuertemente por un ánimo totalitario y neoliberal. Asimismo, ambos autores destacan que dichas características han sido recogidas además tanto por nuestra jurisprudencia y doctrina, protegiendo de tal manera el sistema instaurado durante la dictadura militar²⁴.

Respecto a la intervención de *lo económico* amparado de manera tácita por nuestra Constitución Política en los diversos ámbitos de la vida del ser humano; no es de extrañar tal circunstancia, debido a que podemos verificar a nivel internacional que a partir de la década de 1970 se comienzan a implementar estudios sobre el impacto económico en la cultura, con la finalidad de presentar datos objetivos que permitan justificar la financiación del Estado en el campo del arte.²⁵ De esta manera, se ha producido el surgimiento de una subdisciplina de la economía denominada *economía de la cultura*²⁶, la cual se ha entendido como un complemento a la estética, a la crítica o a la historia del arte. Con todo, emerge la siguiente pregunta *¿Cuáles son los ámbitos tradicionales de la economía de la cultura?* Podemos distinguir cinco planos, a saber: a) Artes escénicas, b) Artes visuales, c) Patrimonio Histórico, d) Industrias culturales, y e) *Política*

²³ BASSA, Jaime y VIERA, Christian (2012): "Un nuevo giro hermenéutico de la Corte Suprema en la aplicación del recurso de amparo económico", En: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° XXXVIII, Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, pp. 663.

²⁴ BASSA y VIERA (2012), pp. 666.

²⁵ AGUADO QUINTERO, Luis (2010): *Estadísticas culturales: una mirada desde la economía de la cultura. Cuad. Adm.* [online], Vol. 23, N° 41 [citado 2013/12/12], pp. 110. Disponible en: <http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0120-35922010000200006&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0120-3592.

²⁶ AGUADO QUINTERO (2010), pp. 111.

cultural. Empero, se ha incorporado de manera paralela la *economía creativa*, la cual se subdivide en: a) industrias creativas y b) creatividad.

En efecto, surge otra pregunta *¿qué características deben revestir los objetos o servicios para que puedan ser calificados como culturales?*²⁷ En general puede señalarse que se encuentran involucrados a la producción que conlleva alguna forma de creatividad. En segundo lugar, este objeto o servicio cultural debe producir y comunicar un contenido simbólico. Por último, tiene que representar al menos en potencia, una forma de propiedad intelectual, en lo ideal aquella cubierta por los derechos de autor. Sin embargo, respecto al segundo punto, debemos advertir preliminarmente lo que ha señalado Fiss en relación al fomento de fondos concursables que promueve el Estado dada la necesidad de seleccionar una línea de propuestas culturales armónicas con las políticas en que se enmarca el gobierno vigente, lo cual hegemonizará a todas luces el contenido simbólico de las obras que requieran apoyo económico para llevar a cabo su realización²⁸.

2. *El efecto silenciador, una forma sui generis de los mecanismos de censura*

Owen Fiss²⁹ señala que durante el siglo XX se ha añadido al Estado la funcionalidad de *asignador o distribuidor de recursos*, además de su labor normativa. En este nuevo rubro, el Estado interviene en el proceso de producción de obra artística a través de las *subvenciones*, que constituyen una herramienta fundamental para los agentes culturales a la hora de dar inicio a un proyecto. Lamentablemente, como se otorgan previo concurso público surge inevitablemente un *efecto silenciador*, el cual emerge de la escasez de recursos, ya que la subvención que se otorga a un solicitante necesariamente implicaría que a otro sujeto le será negada. Por ende, la labor del Estado tendrá dos lineamientos por una parte ejercerá la promoción de las expresiones culturales y a su vez, poseerá una dimensión restrictiva de las mismas debido a que los postulantes a los cuales se les deniega la subvención no tendrán los recursos económicos necesarios para dar inicio a su proceso de producción de obra, y consecuentemente, su libertad de creación artística se verá mermada. Entonces, se presenta una proporcionalidad entre la distribución de recursos y la concesión de subvenciones, ya que en tanto existan a disposición de los sujetos una menor asignación de recursos se limitará drásticamente la libertad de creación artística.

Finalmente, cabe añadir que a diferencia de la funcionalidad reguladora del Estado la labor distributiva presenta una desventaja, en cuanto a su campo de aplicación; ya que en la fase de selección de los solicitantes se someterán al *criterio de la decencia*³⁰, es decir, se seleccionará a aquel que se ajuste en mejor medida a las políticas llevadas por el gobierno de turno. Desgraciadamente, este dispositivo de censura infiltrado en los gobiernos democráticos conlleva una *depurificación* no en los términos agresivos con que se promovió en dictadura, pero que al fin y al cabo se inserta en la sociedad sólo aquellas obras que se consideran menos conflictivas para el gobierno,

²⁷ AGUADO QUINTERO (2010), pp. 112.

²⁸ FISS, Owen (1999): *“La ironía de la libertad de expresión”*, Editorial Gedisa, Barcelona, pp. 53

²⁹ FISS, (1999), pp. 53.

³⁰ FISS, (1999), pp. 56 – 60.

aplicándose así una política completamente dirigida negándole a los ciudadanos el poder de elección y de autogobernarse, siendo contraria a las reglas instauradas por un sistema neoliberal donde prima la capacidad de elección que posee cada miembro de la comunidad.

V. CONCLUSIONES

1. Por tanto, podemos señalar que durante el gobierno ilegítimo ejercido por los militares surgieron dispositivos de censura que apelaban a la subjetividad del funcionario encargado de su aplicación, provocando que los artistas de la época trabajaran sobre una base de especulaciones para evitar la represión de sus actos, desencadenando la autocensura. Este fenómeno, generó que en el proceso comunicativo se desplegara un mecanismo de discriminación, a causa que no todos los sujetos interpelados por la obra de arte logren decodificar aquel mensaje, provocando así que se acotara aún más el ámbito de la escena de avanzada, desplazándose paulatinamente hacia un punto de encuentro radicado en la elite, lo cual se consagra firmemente en los gobiernos posteriores al golpe militar.
2. Por otra parte, tanto la libertad de expresión (Art.19 N°12) como género de la libertad de creación artística (Art.19 N°25), debe interpretarse en armonía a los valores jurídicos fundamentales que inspiran nuestro ordenamiento, a saber: a) libertad, b) igualdad, y c) dignidad. Lo cual, es necesario para sostener una concepción sustancial de democracia.
3. La libertad de creación artística debe comprenderse de manera dual, es decir, se debe tener presente tanto su faz activa como pasiva, para que el agente cultural pueda actuar de manera plena durante el proceso creativo de una obra o servicio determinado. Sin embargo, en nuestra realidad ambas fases han sido tratadas de manera divergente producto de la Constitución actualmente vigente de índole económica que consagra una política mercantilista en el campo del arte pasando a ser objetos de consumo, tal como se ha ido constatando tanto en la economía de la cultura y creativa, convirtiéndose por tanto en una condición para su desarrollo.
4. Con todo, pese a considerarse ilegítima desde su génesis la Constitución vigente, instala nuevos dispositivos censuradores sui generis sobre los agentes culturales que son de índole económico, como el efecto silenciador. Pareciera ser entonces, que aún conceptos tales como de democracia, pluralismo, libertad de creación artística, autonomía, no se manifiestan realmente en nuestra sociedad plenamente al existir operadores jurídicos que preservan una línea interpretativa rígida de nuestra Carta Fundamental, lo cual trae como consecuencia que tales conceptos sólo puedan ser hallados por el momento en la cúspide de nuestro sistema normativo imposibilitados de conducir a la máxima eficacia de los derechos fundamentales.

BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA

___AGUADO QUINTERO, Luis Fernando (2010): “*Estadísticas culturales: una mirada desde la economía de la cultura. Cuad. Adm*” [online], vol.23, n.41 [citado 2013-12-12]. Disponible en: <http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0120-35922010000200006&lng=es&nrn=iso>. ISSN 0120-3592.

___BASSA, Jaime y VIERA, Christian (2012): “*Un nuevo giro hermenéutico de la Corte Suprema en la aplicación del recurso de amparo económico*”, En: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, N° XXXVIII, Valparaíso: Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

___ERRÁZURIZ, Luis y LEIVA, Gonzalo (2012): “*El golpe estético*”, Santiago: Editorial ocho libros.

___FERRAJOLI, Luigi (2009): “*Los fundamentos de los derechos fundamentales*”, Madrid: Editorial Trotta.

___FERRAJOLI, Luigi (2009): “*Derechos y garantías, la ley del más débil*”, Madrid: Editorial Trotta.

___FISS, Owen (1999): “*La ironía de la libertad de expresión*”, Barcelona: Editorial Gedisa.

___GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (2006): “*La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*”, Navarra: Editorial Aranzadi, 4ª Ed.

___GARCÍA, Gonzalo (2012): “*Estudios sobre jurisdicción constitucional, pluralismo y libertad de expresión*”, Santiago: Cuadernos del Tribunal Constitucional.

___GARCÍA, Néstor (2010): “*Culturas Híbridas*”, Buenos Aires: Editorial Paidós.

___OYARZUN, Pablo, RICHARD, Nelly, ZALDÍVAR, Claudia (2005): *Arte y Política*. Santiago: Universidad Arcis, Universidad de Chile, Facultad de Artes, Consejo Nacional de la Cultura.

___OYARZÚN, Pablo; CHIUMINATTO, Pablo y ZÚÑIGA, Rodrigo (2003): “*Arte y estética. Laboratorios de Gestión Cultural*”, Santiago: Ministerio de Educación, División de Cultura.

___RAWLS, John (2011): “*Liberalismo político*”, México D.F, Fondo de Cultura Económica.

___RICHARD, Nelly (1987): “*Arte en Chile desde 1973. Escena de Avanzada y Sociedad*”, Santiago, Flacso.

___RICHARD, Nelly (2007): “*Márgenes e instituciones*”, Santiago: Editorial Metales Pesados.

___ROSALES, Emilio (2002): “*Estética y medios de comunicación*”, Madrid: Editorial Tecnos.

___VERGARA, Pilar (1983): “Las transformaciones del Estado chileno bajo el régimen militar”, En: *Revista Mexicana de Sociología*, Santiago: Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales Flacso.

___VIAL SOLAR, Tomás (2006): “*El derecho a la libertad de creación artística en la Constitución*”, En: *La libertad de expresión en Chile*, Santiago: Universidad Diego Portales.

___VIERA ÁLVAREZ, Christian, (2011) “Análisis crítico de la génesis de la Constitución vigente”, En: *Revista de Derechos Fundamentales Universidad de Viña del Mar*, Viña del Mar: Universidad Viña del Mar.

CRÍMENES EN LA ORDENACIÓN MODERNA DE LA TIERRA: LA TEORÍA DE LA GUERRA JUSTA DE CARL SCHMITT

*Víctor Páramo Valero**

RESUMEN: *El objetivo de este trabajo consiste en desentrañar las claves de lo que aquí denomino la “teoría de la guerra justa” de Carl Schmitt. Si bien es cierto que el jurista alemán no dedicó ninguna obra a considerar únicamente el problema de la guerra justa, son múltiples los capítulos o fragmentos de sus tratados políticos en los que encontramos un análisis de la guerra acorde con la posición y tesis defendidas en su obra capital: El concepto de lo político. Estudiaremos El nomos de la tierra, Teología Política, Tierra y Mar y el Glossarium de Schmitt para esbozar las claves de su teoría de la guerra justa, una teoría en la que el punto de partida fundamental es el análisis de lo sucedido en la desestructuración del viejo nomos de la tierra y el nacimiento de un nuevo orden jurídico en la Modernidad.*

ABSTRACT: *The objective of the paper is to disclose the keys of what I call here the “just war theory” of Carl Schmitt. While it is true that the German jurist has no work dedicated only to consider the problem of just war are multiple chapters or excerpts of his political treatises in which we find an analysis of the war according to the position and arguments put forward in its masterpiece: The Concept of the Political. We will study The Nomos of the Earth, Political Theology, Land and Sea and the Glossarium in order to outline the keys to his just war theory, a theory in which the fundamental starting point is the analysis of what happened in the dismemberment of the old nomos of the Earth and the birth of a new legal order in Modernity.*

PALABRAS CLAVE: *nomos – guerra justa – Modernidad – Schmitt.*

KEYWORDS: *nomos – just war – Modernity – Schmitt.*

I. INTRODUCCIÓN

Entre los múltiples escritos dedicados a la justificación de la necesidad de poner término a la guerra destaca, por su celebridad, el que Kant tituló *La paz perpetua*. Muchos autores que precedieron al pensador prusiano se han ocupado del fenómeno de la guerra. También han sido cuantiosos los ensayos dedicados a la guerra durante el siglo XIX y, sobre todo, durante el siglo XX. Las dos Guerras Mundiales marcaron un antes y un después en la consideración de la tendencia humana a la acción bélica. En la actualidad existen guerras en activo en todo el mundo. En su mayoría se deben a causas políticas y económicas.

* Estudiante de doctorado en el Departamento de Filosofía del Derecho, Moral y Política de la Universidad de Valencia, España. Correo electrónico: vicpava@gmail.com

La historia nos ha proporcionado evidencias de que es fútil tener esperanza en que llegue un tiempo en el que reine definitivamente la paz. La necesidad de una teoría de la guerra se ha sentido desde la Edad Antigua. Las teorías de la guerra justa de los teólogos y juristas de la Edad Media siguen jugando un papel importante en las actuales, pese a que han sufrido drásticas variaciones. Al aceptar que la guerra es connatural al hombre y, aún más, al concebirla como una necesidad, diversos pensadores han tratado de justificar y sistematizar una regulación de la guerra en la que se evite la barbarie. El desarrollo de una guerra justa ha sido uno de los logros más importantes alcanzados en Occidente.

El optimismo que se desprende de la constatación de que numerosas guerras pasadas y presentes se han atenido a los principios de la justicia no debe, sin embargo, hacernos olvidar que la guerra es hoy por hoy un importante elemento de control ideológico. La guerra que tiene como fin obtener un aumento de poder político y territorial es injusta en la medida en que viola la libertad de los ciudadanos afectados por ella. Éste es uno de los grandes problemas que plantea la teoría de la guerra justa. Cuando una guerra se realiza por motivos 'humanitarios', debemos preguntarnos si éstos constituyen una justificación suficiente para hacer lo que sea necesario con tal de que la justicia venza. Quizá esa guerra conlleve más muertes de las esperadas, o quizá derive hacia nuevas guerras imprevistas. También es posible que la guerra que se realiza para librar a un pueblo de las injusticias sociales y políticas que sufre no haga sino que la situación empeore. Nuestras intuiciones morales respecto a cuál es la conducta que deben adoptar quienes tienen la potestad de actuar en circunstancias como las enunciadas no concuerdan en muchas ocasiones con lo que las teorías filosóficas sobre la guerra nos dicen. La guerra suscita problemas a los que la denominada 'ética práctica' ha dado respuesta. Una de las obras de mayor relevancia que en nuestro tiempo ha ofrecido tales respuestas es la que Michael Walzer publicó en 1977 con el título *Guerras justas e injustas*. Se trata de libro en el que el autor plantea su propia perspectiva respecto al problema de legitimación moral de las causas que dan lugar a la guerra (*ius ad bellum*), de las acciones que se llevan a cabo en una guerra (*ius in bello*) y de cómo se concluye una guerra y se fija la paz mediante acuerdos (*ius post bellum*). Lo importante de estos tres momentos que Walzer discierne es que en todos ellos queda involucrada la noción de justicia: el *ius ad bellum* refiere a la justicia de las causas de la guerra, el *ius in bello* a la justicia involucrada en las reglas y en el comportamiento que adoptan quienes participan en ella, y el *ius post bellum* a si son justos los acuerdos posbélicos.

Walzer elabora una teoría de la guerra justa que apuesta por delimitar aquellos casos en que un conflicto bélico se desenvuelve sin suponer una violación de ciertas normas y valores morales. A partir del estudio de las conductas morales en la guerra, Walzer explora el mundo moral humano mismo, es decir, se hace cargo del por qué y del cómo debe ser el comportamiento humano. Exponiendo primero los conceptos e ideas teóricas respecto al binomio guerra/moral, y después ilustrándolas mediante ejemplos históricos, Walzer trata de establecer cuáles son los límites irrebables de la actuación en un contexto bélico. Su exploración de lo que significa la

moralidad no se refiere tanto a su carácter general cuanto a “su aplicación concreta y pormenorizada a las conductas que se observan en la dirección de la guerra”¹.

Resulta extraño que el filósofo norteamericano, en las múltiples referencias que hace a autores clásicos que han tratado el problema de la guerra justa en relación al Derecho de Gentes y al Derecho Internacional, no aluda a Carl Schmitt y al estudio que realiza de estas cuestiones en su obra *El nomos de la tierra*. Es cierto que el pensamiento del jurista alemán no es comparable, por la distancia histórica y por el espíritu de su obra, al de un teólogo como Francisco de Vitoria (referencia fundamental de Walzer). La influencia de uno y otro han sido distinta, y de Schmitt todavía no puede poseerse una perspectiva histórica como la que tenemos de Vitoria, pese a que, en concreto en nuestro país, su pensamiento haya sido atendido por una elevada cantidad de investigadores.

Aunque únicamente hacia el final de *El nomos de la tierra* Schmitt incluye un epígrafe con el título “El problema de la guerra justa”, a lo largo de la obra alude y expone con detalle ideas que conciernen a la cuestión de la guerra justa a propósito de los autores que trata. Por ser una obra elaborada a mediados del siglo XX, la de Schmitt no puede considerarse un tratado que se halle en el espacio de reflexión que cobra significado gracias al contexto histórico en que tiene lugar el desarrollo de la teoría de la guerra justa de Vitoria. No obstante, el periodo histórico en que Schmitt publica su obra –cinco años después del término de la Segunda Guerra Mundial– le proporciona también una significación relevante en lo concerniente a los problemas generados en torno a la utilización de las nuevas técnicas de exterminio.

Como hemos dicho, es cierto que no encontramos ninguna referencia explícita en *Guerras justas e injustas* a la obra de Schmitt –no se menciona la noción de guerra justa del jurista alemán ni su concepción de la guerra civil y el *nomos* de la tierra. No obstante, Walzer aborda cuestiones relativas a las implicaciones políticas de la guerra que son examinadas en *El nomos de la tierra*. Es, por ejemplo, el caso de la cuestión de la guerra de agresión. Con todo, la perspectiva de Walzer es específicamente moral, mientras que la de Schmitt es jurídica y política.

La obra del filósofo norteamericano es realmente asombrosa, sobre todo por la coherencia que existe entre el análisis teórico y el análisis de casos prácticos. La de Schmitt constituye una pieza fundamental de su pensamiento, y está en consonancia con su obra central, *El concepto de lo político*. Una diferencia importante entre *Guerras justas e injustas* y *El nomos de la tierra* es que la segunda resulta incomprensible a menos que se conozcan de antemano otras obras de Schmitt, pues no constituye sino un capítulo más de su propia línea argumentativa y en ella no se explica ni se da cuenta de por qué se defienden unas tesis y no otras y por qué se incide más en esto y no en aquello. Gran parte del misterio se desvela al leer obras que Schmitt compuso con anterioridad

¹ WALZER, Michael (2001): “*Guerras justas e injustas. Un razonamiento moral con ejemplos históricos*”, Barcelona: Paidós, p. 50. La mención que hacemos de Walzer no es fortuita. Es considerado en la actualidad uno de los más importantes teóricos políticos de la guerra.

a *El nomos de la tierra*, obras como la ya mencionada sobre el concepto de lo político, además de otras como *Teología política* o *Tierra y mar*.

La temática escogida aquí ha sido abordada en múltiples estudios recientes. El problema de la guerra justa sigue teniendo gran relevancia en el contexto filosófico político y jurídico actual. Sin embargo, son pocos los trabajos monográficos dedicados a la noción schmittiana de “guerra justa”.

Hemos indicado que Walzer no hace mención en *Guerras justas e injustas* de la teoría de Schmitt sobre la guerra. No obstante, se refiere a él en otras obras: “No hay necesidad de adoptar el concepto de lo político de Carl Schmitt para darse cuenta de que diversos intereses y obligaciones ideológicas son en muchos casos irreconciliables”².

Walzer retoma la cuestión de la guerra justa donde Schmitt la había dejado³. En efecto, el filósofo norteamericano incide en que la tesis de Schmitt sobre la esencia de lo político –la existencia de unidades políticas enemigas– también se expresa en un plano práctico, del que él se ocupa. Walzer está interesado en los sucesos reales de la guerra y la estructura argumentativa de *Guerras justas e injustas* lo hace patente. Una obra posterior, *Reflexiones sobre la guerra*, manifiesta la intención práctica del pensador norteamericano, pues los estudios que la componen fueron expuestos previamente en convenciones y reuniones militares y políticas, no académicas.

Walzer vuelve a la teoría de la guerra de Vitoria, el cual, como indica Jiménez Redondo en un artículo que comentaremos por extenso, fue el único que ‘logró dejar pensativo alguna vez a Schmitt’, lo que no significa que fuera un ferviente crítico de la teoría del teólogo de Salamanca⁴.

Según lo dicho, la teoría de Schmitt atiende a cuestiones de índole jurídica y política, y a la relación entre estas dos dimensiones. Se trata de un logrado intento de comprensión de la deriva del derecho de guerra en el derecho público europeo y de la explicación de por qué de este cambio se siguen consecuencias negativas para el desarrollo justo de la guerra. Veamos cómo desarrolla su argumentación.

II. LA CRIMINALIZACIÓN DEL VENCIDO

Para comprender lo que Schmitt dice sobre la guerra justa en sus obras fundamentales resulta útil reparar antes en lo que había expuesto en el *Glossarium: Aufzeichnungen der Jahre 1947-1951*. Se trata de un escrito póstumo, basado en las anotaciones que durante años realizó

² WALZER, Michael (2004): *Razón, política y pasión. Tres defectos del liberalismo*, Madrid: Machado libros, p. 56.

³ Cf. MIRE, Fernando (2004): *Introducción a la política*, Santiago de Chile: LOM ediciones, p. 206.

⁴ Cf. SCHMITT, Carl (2005): *El nomos de la tierra en el Derecho de Gentes del ius publicum europaeum*, Buenos Aires: Struhart y Cía, pp. 86 – 115 (“La justificación de la toma de la tierra en un Nuevo Mundo (Francisco de Vitoria)”).

en su diario, en el que elaboró una serie de observaciones complementarias a diversos conceptos que han ocupado un lugar destacado en su reflexión política y jurídica⁵.

Del conjunto de conceptos que constituyen el *Glossarium* nos interesa uno muy en particular: el de ‘guerra justa’. En el comentario que Álvaro d’Ors ha realizado al compendio de Schmitt⁶ se hace hincapié en este concepto y se realiza una exposición del mismo en el que destaca la confrontación entre ‘juridicidad’ y ‘justicia moral’ (o ‘legalidad’ y ‘legitimidad’). La primera se sitúa en el ámbito del derecho civil, mientras que la segunda en el del derecho natural. La legitimidad remite, por ello, a una “justificación moral superior indeterminada”⁷. Tanto la una como la otra representan a la ‘causa justa’, pero la juridicidad lo hace refiriendo a su significado latino (*iusta causa*) y la justicia moral a su significado moderno. A este marco conceptual que distingue entre el latino *iustum* y el moderno ‘justo’ recurre Schmitt para caracterizar la ‘justificación última’ de la guerra. Para Schmitt, la moderna concepción de la guerra justa no solamente apela a principios de derecho natural que sobrepasan moralmente los del derecho civil; la ‘legítima defensa’ en la que puedan basarse las razones que justifican una guerra de este tipo es, además, un “pretexto para criminalizar al vencido”⁸.

En la formulación moderna del derecho de guerra se comete, según el jurista alemán, un error grave al identificar la ‘humanidad’ con la ‘personalidad’ del enemigo. Es necesario diferenciar entre la ‘persona enemiga’ y su humanidad, que será siempre digna de respeto aun cuando sea la de un enemigo vencido. La causa por la que se reivindica el derecho a hacer la guerra a quien ha infligido algún tipo de mal que justifica la ‘legítima defensa’ es, según se pretende, una causa *justa*. Esa defensa legítima (o moralmente justa) da lugar a una guerra cuya causa es justa; la guerra es, por ende, también justa. La guerra que se lleva a cabo por una causa justa es *eo ipso* una guerra justa. Si la legítima defensa forma parte del derecho natural y si la guerra se identifica en este punto con la defensa, el agresor al que se señala como causante de una guerra justa formaría siempre parte de un mecanismo que haría automáticamente del que da el primer paso mediante la violencia el causante ilegítimo de la guerra, el que ha de ser nombrado como agresor y el que recibe de forma justificada un ataque.

Para Schmitt, en el orden interestatal las reglas del derecho de guerra deben ser las de la legalidad y no las de la legitimidad, porque la justificación moral se relativiza con demasiada facilidad⁹. Se trata de la crítica del jurista alemán a la noción de guerra justa moderna. En el caso

⁵ Las anotaciones que componen el *Glossarium* fueron realizadas durante los años en que tuvo lugar el desarrollo y el fin de la Segunda Guerra Mundial, cuando Schmitt se encontraba en un encierro privado voluntario.

⁶ En lo que sigue nos basamos en el capítulo que Ángel d’Ors dedica a *El Glossarium de Carl Schmitt*, en NEGRO PAVÓN, Dalmacio (2006): *Estudios sobre Carl Schmitt*, Madrid: Veintiuno, pp. 17 – 47.

⁷ NEGRO PAVÓN (2006), p. 42.

⁸ Citado en NEGRO PAVÓN (2006), p. 40. La cita corresponde a la pág. 70 de la edición original del *Glossarium*, editado por J. Kaiser (1991, Berlin: Duncker und Humblot).

⁹ Schmitt se pregunta: “¿Por qué renunciar hoy a la igualdad jurídica de los *iusti hostis*?”, SCHMITT (2005), p. 112; cf. pp. 275 y ss.

de que se encuentre un pretexto para señalar a un Estado como agresor –por ejemplo, que posea armas de destrucción masiva- y éste ataque primero -siempre que el adversario que le haya hostigado a hacerlo no haya empleado las armas- existe entonces una ‘causa justa’ y una guerra en su nombre que se autojustifica como ‘legítima defensa’. Lo que aquí concebimos por ‘causa justa’ queda siempre por encima de la juridicidad respecto de la cual quería ser una ‘justificación moral superior’.

Hay que rechazar, según Schmitt, la apelación a la causa justa y a la legítima defensa en el orden internacional. En este orden no puede aplicarse el derecho natural porque la apelación a la causa justa y a la legítima defensa lo que hace es, como hemos mencionado, servir de pretexto para criminalizar al vencido: hay muchas formas ‘pacíficas’ de convertir a un Estado en ‘primer atacante’, en ‘agresor’ y, por tanto, en objeto de legitimación de una guerra. La tesis de Schmitt se refiere, pues, a aquellos casos en que la ‘provocación pacifista’ obtiene los resultados que busca y cuando, asimismo, resulta vencedor el que se defiende ‘legítimamente’ en la guerra que libra contra el supuesto atacante. Lo que pone de manifiesto el jurista alemán es que la justificación última de la guerra en el Derecho de Gentes contemporáneo es en realidad falaz: en la regulación del derecho de guerra en el orden internacional debería prevalecer la juridicidad (o, en los términos que usaremos más adelante, la ‘igualdad jurídica’) a fin de evitar tal situación en la que el legítimo defensor puede ser el agresor real.

La guerra justa (que no ha de confundirse con la guerra *moralmente* justa, de la que hemos venido hablando) no es para Schmitt la que nace de una justificación *superior* que está en realidad sometida a la arbitrariedad del que vence, sino la que está regida por las reglas de la juridicidad. La guerra justa se atiene siempre a una razón formal y no a una razón moral: la determinación del agresor se realiza de forma objetiva cuando los beligerantes se atienen al Derecho de Gentes que rige las relaciones entre Estados. La criminalización del vencido en el orden internacional se evita gracias a la regulación del derecho de guerra mediante el Derecho de Gentes, diferente del Derecho Natural¹⁰.

La cuestión que a Schmitt le interesa no es la de si se hace una guerra por causas justas o injustas, ni tampoco la de si esas causas han sido originadas a su vez por la arbitrariedad, voluntad y poder de un Estado encubiertamente agresor. El centro de atención del jurista alemán es el hecho mismo de la criminalización: la criminalización del adversario vencido. Lo que propone no es tanto contribuir a dilucidar quién es el verdadero agresor cuanto a evitar que el vencido sea falazmente señalado como causante de una guerra. El crimen de guerra es hoy, como sabemos, duramente penalizado. Esta situación se debe al nuevo concepto de guerra nacido con el Tratado de Versalles de 1919¹¹. Schmitt trata, a nuestro juicio, de sustituir lo que en una teoría de la guerra justa en la que se premia la *razón moral* resulta nocivo para sus propios propósitos. No

¹⁰ La expresión inglesa para ‘Derecho de Gentes’ (a saber, ‘Law of Nations’) evoca con mayor claridad la significación y rango de aplicación de este derecho.

¹¹ SCHMITT (2005), p. 276.

niega que existan razones últimas que justifiquen una guerra, pero intenta evitar que se juzgue a un vencido como criminal por el mero hecho de ser beligerante.

Una cuestión de gran relevancia que Schmitt considera en *El concepto de lo político* es la distinción *hostis/enemicus* que toma del Ponponio. El *hostis* es aquel con el que se sostiene públicamente una guerra. El *enemicus* es el que genera odio de forma privada (*privata odia*)¹². Schmitt afirma en *El concepto de lo político* que: “enemigo no es alguien que me hace la competencia, ni tampoco mi adversario en general. Enemigo tampoco es mi adversario privado a quien profeso una profunda antipatía. Enemigo es sólo una totalidad de hombres que (...) puede enfrentarse a otra totalidad de hombres. Enemigo es sólo el enemigo *público*”¹³.

En el *Glossarium* Schmitt vuelve sobre esta distinción en el marco conceptual que hemos expuesto. La eliminación de la distinción entre juridicidad y justicia moral -que, en el caso de la guerra, comporta la distinción entre *bellum iustum* formal y guerra justa moral-, da lugar, según Schmitt, a la consideración del enemigo como ‘adversario en general’ y no como *hostis*.

Precisemos el argumento de Schmitt. Hay que tomar como referencia que su objetivo al intentar mantener la distinción entre *hostis* y *enemicus* es realizar una férrea crítica al pacifismo, al que también rechaza Walzer¹⁴.

Para el pacifismo el derecho de guerra y la guerra justa carecen de sentido. El modo de actuar apropiado cuando existen conflictos económicos, sociales, políticos, etc., es el que no implica violencia. Cualquier conducta que excluya la acción bélica sería admitida.

Esta concepción de la guerra posee serias deficiencias, porque al no aceptar su posible regulación jurídica promueve que el desorden reine cuando estallan conflictos entre dos bandos. La guerra que se hace para evitar una guerra catastrófica incurre precisamente en la contradicción que supone permitir que el bando justiciero haga uso de todo tipo de estrategias y métodos que serían inaceptables en un *bellum iustum*. La ‘causa justa’ del pacifismo diluye el concepto de guerra del Derecho de Gentes del *ius publicum europeum* que idearon Ayala, Gentili y Zouch¹⁵.

Cuando hoy estallan conflictos entre enemigos potenciales se produce una neutralización de los mismos mediante acciones policiales y judiciales. Esto sucede también en las relaciones entre Estados enemigos. El pacifismo, que piensa que toda guerra es injusta, no puede aceptarse como una concepción válida de la guerra pues la institucionalización y legalización de principios

¹² Para el análisis de esta distinción nos basamos el comentario de JIMÉNEZ REDONDO, Manuel, “Libertad y guerra, guerra marítima, guerra entre estados, guerra civil y partisanos en la obra de Carl Schmitt”. En: SÁNCHEZ DURÁ, Nicolás (2006): *La guerra*, Valencia: Pre-textos, pp. 91 y ss.

¹³ SCHMITT, Carl (2006): *El concepto de lo político*, Madrid: Alianza, p. 29.

¹⁴ WALZER (2001), pp. 161 – 163.

¹⁵ Véase el capítulo que Schmitt dedica a los tres autores en SCHMITT (2005), pp. 147 – 166.

jurídicos inspirados en esta doctrina da lugar otras modalidades de guerra, como las ‘guerras informales’ que son llevadas a cabo por partisanos. Los partisanos o guerrilleros –a los que Schmitt dedicó un escrito complementario de *El concepto de lo político*– suelen continuar –cuando no vencen en la guerra– la contienda en un contexto ‘civil’ en forma de terrorismo. La identificación entre criminal y terrorista proviene precisamente de la ausencia de una regulación de la guerra mediante la aplicación de la teoría del *bellum iustum*, pues cuando reina el pacifismo y no se admite ningún tipo de guerra, quienquiera que la provoque por la fuerza es considerado criminal desde el comienzo y –como hemos visto– el bando supuestamente atacado puede justificar ‘moral’ o ‘legítimamente’ su defensa sin que haya garantías de que la violencia que este último emplea no sea en realidad producto de una injusticia.

Esta situación se da cuando no existe un recurso legal a la guerra, lo cual repercute a su vez en que no tenga lugar la observancia de las reglas de la guerra justa. Tal y como la concibe Schmitt, la guerra, para ser justa, debe evitar que exista una criminalización de cualquiera de los dos beligerantes. Una vez terminada la guerra hay vencedores y vencidos, no bienhechores y criminales. La criminalización de la guerra es el producto de la inobservancia de las reglas de la guerra, pero también de la confusión entre *hostis* y *enemicus*.

Dijimos que el problema que daba lugar a la confusión entre *hostis* y *enemicus* consistía en una confusión previa: la existente entre *bellum iustum* formal y guerra justa o legítima. La relación entre la primera imprecisión y la segunda se establece en los siguientes términos. El rechazo pacifista de la guerra da lugar a lo que Schmitt quiere ante todo evitar; a saber, que la guerra justa se haya convertido en un pretexto para criminalizar al vencido. Se emplean erróneamente nociones del Derecho Natural al invocar la ‘legítima defensa’ o la ‘causa justa’ de una guerra cuando, al no haber una regulación formal de la guerra, el bando que resulta vencedor declara criminal al otro beligerante. Declara su lucha legítima y establece que la guerra ha sido moralmente justa: el criminal ha sido derrotado. Es criminal porque comienza una guerra. Al no haber derecho de guerra formal, quien inicia una guerra es *eo ipso* criminal. Pero establecer objetivamente quién comenzó la guerra es imposible, sobre todo por las razones expuestas más arriba. Schmitt piensa que la objetividad a la hora de determinar quién inicia una guerra se logra cuando existe derecho de guerra y cuando existe una regulación explícita de la guerra en su desarrollo (es decir, cuando se aplica el *ius in bello*). Cuando existe derecho de guerra el que da el primer paso no es considerado criminal, a no ser, claro, que no se atenga a las reglas de la guerra justa. Si el que comienza una guerra tiene motivos que son admitidos por el derecho de guerra, entonces nunca puede ser considerado criminal. El derecho de guerra es imprescindible para el desarrollo de la guerra justa. Ahora bien, la ‘moralización’ de la guerra se produce por la aplicación de una justificación moral. Una guerra moralmente justa, entendida al modo moderno, pues, presupone a un agresor, pues por ‘causa justa’ se comprende aquella que da lugar a la defensa realizada por un ataque no justo. Puesto que el ataque es *eo ipso* ‘injusto’, la moderna ‘guerra justa’ implica la criminalización. La guerra justa moderna es una guerra que es moralmente legítima a causa de que existe desde el comienzo un criminal –a pesar de que sea declarado como tal al final de la guerra. Por el contrario, en el *bellum iustum* latino el derecho de

guerra es lo que permite que exista la propia guerra justa. Las antiguas repúblicas regían sus relaciones mediante el Derecho de Gentes que respetaba las reglas del derecho de guerra. Gracias al Derecho de Gentes no había riesgo alguno de criminalización del vencido porque toda guerra era una guerra justa.

Vemos así como el concepto de enemigo-*hostis* tiene sentido en el contexto de un *bellum iustum* en el que no existe criminalización del vencido: la confusión entre el *bellum iustum* formal y la justicia moral proviene de la sustitución pacifista del *hostis* por el de *inimicus*. Fijándonos en la definición citada más arriba de *El concepto de lo político* percibimos que el enemigo propio de la concepción pacifista es el enemigo del odio privado, el enemigo que apela una ‘causa justa’, el enemigo que, al no poder encontrar un reflejo de tal causa justa en la jurisdicción, sólo puede justificar sus acciones afirmando que su oponente *ha violado el estado de paz*. En tanto que el beligerante inicial es señalado como culpable de tomar las armas y destruir la paz reinante, la causa justa sólo puede consistir precisamente en que un Estado ha sido atacado sin haber hecho uso alguno de la fuerza. La guerra se convierte en una guerra de odios privados, en una guerra de *enemicus*, y no de *hostis*, en una guerra en la que la justificación es exclusivamente ‘privada’ y no pública. El *hostis* lo es sólo del *bellum iustum*.

Una vez que se rechaza toda forma de guerra, la posibilidad de que se dé un *bellum iustum* formal se viene abajo. Lo que queda es una guerra justa que en un contexto pacifista puede apelar únicamente a causas que no se encuentran en el derecho de guerra del *bellum iustum*, ya que se ha rechazado toda forma de derecho de guerra. Al no existir una juridicidad que regule el derecho de guerra de tal modo que las guerras sean justas, el pacifismo pervierte la propia lógica de la guerra justa y la convierte en una guerra criminalizante. La guerra justa es una guerra que lucha contra un criminal. Éste es tal criminal porque no tiene derecho a hacer guerra alguna. La ruptura de la paz se convierte en un crimen. Lo paradójico es que el pacifismo, pretendiendo erradicar toda guerra, ha disuelto un *bellum iustum* que era, en realidad, lo que de hecho diferenciaba a un enfrentamiento desordenado y monstruoso de una guerra con verdaderas reglas que evitaban las atrocidades que caracterizan al espacio bélico moderno.

III. BELLUM IUSTUM Y NOMOS DE LA TIERRA

Una vez hemos visto cómo Schmitt muestra en la ‘guerra justa’ moderna una importante carencia con respecto al *bellum iustum* latino —a saber, la de la exclusión del derecho de guerra, del respeto de las reglas que se derivan de éste, de la regulación formal de la guerra, de la regulación propiamente *justa* del desarrollo de la guerra— es el momento de exponer en qué concierne todo ello al *nomos* moderno.

La idea de Schmitt es que el *nomos* moderno de la tierra está basado “en la exclusión del *bellum iustum* entre pueblos europeos”¹⁶. El estudio del Derecho de Gentes del *ius publicum*

¹⁶ Además de exponer en este apartado nuestra propia interpretación de *El nomos de la tierra*, seguimos las sugerencias de Jiménez Redondo, op. cit., págs. 99 y ss.

europaeum que recorre *El nomos de la tierra* es fundamental para comprender el gran cambio que existe entre el *bellum iustum* y la ‘guerra justa’.

Schmitt detalla en *Tierra y mar* cuál es la condición de la existencia moderna. La existencia moderna es existencia marítima. Esta identificación le sirve al jurista alemán para dar cuenta del decurso del sujeto moderno que nace con la Reforma protestante. Inglaterra es el paradigma de la existencia moderna: el “espumador de mar” es el sujeto que experimenta la soledad absoluta, la desvinculación con un ente divino que antaño constituía el fundamento –no sólo teológico, sino también político– de los vínculos que hacen posible la unidad entre los hombres.

Hay un pasaje de los *Principios de la Filosofía del Derecho* de Hegel inspiró la idea de Schmitt de que el medio de la existencia moderna es el mar. Hegel afirma: “Así como la tierra, el suelo firme, es la condición para el principio de la vida familiar, así el *mar* es la condición para la industria, el elemento vivificante que la impulsa hacia el exterior. Al exponerse al peligro, la búsqueda de ganancia se eleva por encima de sí y pasa de su fijación a la gleba y del círculo limitado de la vida civil al elemento de la fluidez, el riesgo y el posible naufragio”¹⁷.

El orden internacional moderno al que se refiere Schmitt¹⁸ está ligado precisamente al “elemento marítimo” impulsor de la revolución industrial. La mención que hacemos aquí de Hegel no es fortuita. Lo expuesto en un párrafo anterior (el 245) constituye uno de los fundamentos del *Manifiesto comunista* de Marx¹⁹. El *Manifiesto* se publica en 1848, cuando tiene lugar un conflicto de clases de gran relevancia. En ese breve tratado político, Marx detalla el nacimiento de la burguesía, su historia y su destrucción. Proponía reinterpretar el elemento liberal-democrático de la política nacida con la Revolución francesa reconduciéndolo a un estadio en el que, tras la ‘Dictadura del proletariado’, pudiera restituirse el orden de la sociedad civil cuya contradicción estructural describe Hegel en el párrafo citado. El comunismo había de establecer esa eliminación del elemento liberal presente en el orden político burgués que empezaba a desmoronarse. Los ‘Derechos del Hombre y del Ciudadano’ se revelaban, según Marx, como derechos de clase, derechos pertenecientes a quienes contribuían a encadenar al proletariado en el trabajo y en la producción de la mercancía. Este conflicto tuvo también repercusión en España, y uno de los documentos memorables que mejor reflejaron la situación en que nuestro país se hallaba cuando comenzaba a tener lugar la rebelión comunista es el “Discurso sobre la dictadura” de Donoso Cortés, pensador político al que Schmitt conocía muy bien.

El nacimiento del Estado soberano llevaba aparejado la dialéctica amigo-enemigo que Schmitt expone en *El concepto de lo político*. Un Estado sólo cobra sentido político en el marco

¹⁷ HEGEL, George W. F. (1999): *Principios de Filosofía del Derecho*, Barcelona: Edhasa, § 27.

¹⁸ SCHMITT, Carl (2007): *Tierra y Mar*, Madrid: Trotta, p. 23.

¹⁹ En el § 245 Hegel ofrece dos posibles opciones, *concluyendo con la negación de ambas*. La primera sería hacer cargar a la clase más rica (u “otras propiedades públicas”) con la responsabilidad de “mantener en un nivel de vida común la masa reducida a la pobreza” y asegurar así su subsistencia sin que tal masa tuviera que trabajar; ello iría en contra del “principio de la sociedad civil y del sentimiento de independencia y honor de sus individuos”.

de un sistema de Estados soberanos. Todos ellos son enemigos entre sí en tanto que lo que les ha permitido emerger es precisamente el hecho de que su disgregación de la unidad política a la que inicialmente pertenecen constituye una posibilidad real de peligro para sí misma. Esta concepción de la política internacional está presente también en el párrafo 247 de Hegel citado, en el que se condensa la explicación que el filósofo de Stuttgart venía dando desde el párrafo 235 de la expansión de los Estados, la ruptura de un orden de derecho internacional y la política subyacente a éste.

Una de las citas más sugerentes que aparece al comienzo de *El nomos de la tierra* es la que corresponde al párrafo 245 de la *Filosofía del Derecho* de Hegel, un pasaje clave para comprender *Tierra y mar*. Hegel afirma lo siguiente: “Lo mismo que para el principio de la vida familiar es condición la tierra firme y el suelo, para la industria es el elemento natural el mar, que le da vida hacia fuera”²⁰.

El jurista alemán transcribe este pasaje sin dar la referencia exacta, y sin mencionar tampoco que es extraída de las *Grundlinien* de Hegel, ya que se considera que la mera alusión a dicho pasaje es suficiente para comprender el sentido que tiene en su filosofía del derecho. Como algunos estudiosos de Hegel han señalado²¹, el párrafo 245 ha de comprenderse en conjunción con lo que se dice desde el párrafo 236 de las *Grundlinien* en adelante. Hegel expone en la parte dedicada a la Eiticidad el problema que hemos indicado que ocupará a Marx en el *Manifiesto Comunista*. Se trata del problema de la ‘dialéctica de la sociedad civil’, esto es, del hecho de que la sociedad civil no pueda por sus propios medios evitar generar que una parte de la población sea expulsada y no goce de los derechos que rigen como principios morales y políticos del mundo moderno. “La sociedad civil se ve llevada más allá de sí misma”, afirma Hegel. Tiene que expandirse para liberar una contradicción interna consistente en el hecho de producir algo dirigido a ser vendido a quien en realidad no puede comprarlo por la escasez de recursos económicos.

La importancia de la caracterización que Schmitt realiza del contexto en que se desenvuelve la existencia del sujeto moderno se percibe en su comprensión del ordenamiento moderno de la tierra y del propio destino de la noción de *bellum iustum*. Su interpretación del liberalismo en *El concepto de lo político* nos proporciona las claves de su comprensión del giro en dicha noción. La economía política liberal, al excluir o ‘neutralizar’ la distinción guerra/paz por la de competencia económica/discusión, desnaturaliza la noción de guerra y la diluye en formas de enfrentamiento que, a pesar de reflejar las hostilidades que estallan en la guerra, no comportan el uso de fuerzas físicas ni la muerte de combatientes. Se trata, como decimos, de una neutralización de la guerra, pero no de una completa eliminación de lo que conlleva. El liberalismo, a juicio de Schmitt, es el tipo de unidad económica, jurídica y moral que consigue

²⁰ Citado en SCHMITT (2005), p. 29.

²¹ Cf. JIMÉNEZ REDONDO, Manuel (2002): *Modernidad terminable e interminable*, Santiago de Chile: Editorial Universitaria, cap. 1.

transformar las relaciones propiamente ‘políticas’ (en el sentido en que el jurista alemán concibe lo político: la posibilidad real de enfrentamiento bélico entre grupos religiosos, económicos, étnicos, etc.) en otras pacíficas.

Frente a ello se urde la noción de enemigo, definido como aquel individuo, conjunto de individuos o comunidad política que representa una posibilidad real de peligro para la continuidad de unidad política. Con el agrupamiento que se constituye como frente armado se alza otro agrupamiento al que se considera potencialmente peligroso por representar una negación del primero. Lo político emerge así dentro de un contexto no político; es decir, en una comunidad política en la que por algún motivo un conjunto de hombres teme por la continuidad de sus ideales, sus bienes materiales o su propia vida, y decide tomar las armas. En estas circunstancias adviene el enfrentamiento caracterizado como ‘guerra civil’.

Cuando, dentro de una unidad política como el Estado soberano, una colectividad de hombres se arroga el derecho que en principio pertenece sólo a aquella unidad –la competencia de decidir quién vive y quién muere (siempre dentro de los límites políticos de ese Estado)–, lo político se abre paso en toda neutralización liberal y aflora en forma de la guerra civil.

¿Qué importancia tiene la guerra civil para la teoría de la guerra justa, tal y como la concibe Schmitt? Lo cierto es que tiene mucha, debido a que ‘guerra civil’ y *bellum iustum* se identificaban en una obra clásica sobre la justicia de la guerra como es la *Relectio de iure belli* de Francisco de Vitoria, obra en la que Schmitt dice encontrar una comprensión lúcida de que “el gran adelanto del Derecho de Gentes interestatal europeo consistió en sustituir la teoría de la causa justa por la teoría de la igualdad jurídica de los *iusti hostes*”²².

Una de las claves de la tipificación de la guerra civil como *bellum iustum* reside en el hecho de que las unidades políticas tienen para Schmitt, como para Hobbes, una concepción de la justicia que puede ser o no compartida con otras unidades políticas. La identificación entre ‘guerra civil’ y ‘guerra interestatal’ es posible en tanto en cuanto, como hemos explicado, la irrupción de lo político (en el sentido de Schmitt) en una unidad política en la que se han neutralizado los conflictos bélicos –a raíz de la propia formación de dicha unidad– tiene lugar cuando un agrupamiento teme que otro se rebele contra él y lo concibe como enemigo.

Para Schmitt toda unidad política es resultante de la reestructuración que tiene lugar cuando el vencedor establece nuevas “relaciones jurídicas”²³. De este modo, *lo político* es la esencia de las unidades políticas: el hecho de que aparezca en el horizonte un enemigo potencial contra el cual se pueda entrar en guerra. Una unidad soberana lo es siempre en función de la existencia de unidades soberanas enemigas, y la existencia de múltiples unidades soberanas implica la posibilidad de entrar en guerra. Cuando el vencedor castiga al derrotado con alguna sanción que

²² SCHMITT (2005), p. 112.

²³ SCHMITT (2005), p. 196.

éste puede prever y con la que puede, de un modo o de otro, cumplir, existe un ordenamiento común entre ambos, es decir, comparten una misma concepción de la justicia.

Como vimos en el apartado anterior, en un contexto en el que existen genuinas reglas del derecho de guerra no hay criminales condenados al término del enfrentamiento, sino vencedores y vencidos. Con estas reglas se garantiza la continuidad un orden objetivo que rijan las relaciones bélicas entre combatientes, un orden que no dé lugar a ‘causas justas’ imposibles de verificar.

Jiménez Redondo, al comentar la concepción de la guerra civil que sostiene Schmitt²⁴, señala en este sentido que el jurista alemán, siguiendo a Vitoria, elabora dicha concepción en base a la mencionada idea de una noción común de justicia entre los beligerantes. Cuando no existe un ordenamiento unitario, la guerra no es civil; se da, más bien, entre unidades políticas no soberanas. Cuando dos unidades políticas comparten un mismo ordenamiento y entran en guerra, ésta ha de ser caracterizada como ‘civil’. Schmitt mantiene una concepción hobbesiana de la justicia (la justicia como producto de un pacto artificial), concepción que le sirve para establecer un criterio de diferenciación entre la guerra civil y la guerra entre unidades políticas.

Existe estrecha relación entre la idea de de que la regulación formal que permite el *bellum iustum* coincide con el ‘orden objetivo’ u ‘orden compartido’ por los beligerantes que entran en guerra, y la de que una guerra es justa si y sólo si es una guerra civil. El derrotado en la *bellum iustum* o guerra civil es criminal en tanto en cuanto se encuentra dentro de un mismo ordenamiento en el que la aplicación de la justicia consiste en la imposición del castigo por parte del vencedor²⁵. ¿Qué sucede en el caso de los enfrentamientos entre Estados que pertenecen a una sociedad internacional? Parece obvio que la respuesta es que, si en efecto los beligerantes pertenecen a un mismo ordenamiento, la guerra será civil.

Schmitt señala que el nuevo orden jurídico emergido con la demolición del Derecho de Gentes perteneciente al *ius publicum europaeum* anula la distinción entre criminal y enemigo, una distinción que permitía hacer de la guerra que tenía lugar en el orden internacional un *bellum iustum*²⁶. La igualdad jurídica de los Estados, nacida tras la Reforma protestante y la multiplicidad de interpretaciones de las Escrituras –donde el sujeto moderno es el que, como Lutero, está solo ante Dios, como el ‘espumador de mar’ cuya existencia marítima es existencia política–, imposibilitaba, junto a la propia diversidad religiosa, la prevalencia de una guerra no

²⁴ JIMÉNEZ REDONDO (2006), pp. 101 – 102.

²⁵ Schmitt señala que a pesar de que esta acción tiene lugar en un contexto en el que todavía prevalece la teoría medieval de la guerra, constituye, sin embargo, una tendencia que contribuirá a la criminalización del enemigo. El castigo se debía a que la parte que lo recibe había emprendido una guerra sin ser un *iustus hostis*, lo cual repercutía considerablemente en el hecho de considerar a la acción bélica como una acción penal. No obstante, para Schmitt la permanencia de una causa justa hace que se mantenga el concepto de guerra y que ésta no se transforme en mera acción judicial o penal. Cf. SCHMITT (2005), p. 113.

²⁶ En el marco jurídico europeo moderno “la guerra deja de ser un concepto de Derecho de Gentes, aun cuando el asesinato, el saqueo y la destrucción no cesen en absoluto, sino incluso aumenten con los medios modernos de destrucción”, SCHMITT (2005), p. 114.

criminalizante. Para Schmitt, la existencia de un orden internacional en el que las guerras entre sus componentes estén bajo las reglas del *ius bellum* no permite que ninguno de los frentes que participan en la contienda sea criminalizado, pues, como vimos, la determinación del causante de la guerra no resulta ya un problema respecto a la evidencia que hay para que el vencedor formule *a posteriori* un pretexto en base al hecho de que su defensa estaba legitimada por una causa justa. Con ello se intentaba evitar la confusión entre enemigo y criminal. El enemigo, para Schmitt, es también, como hemos visto, el causante mismo de la unidad política (o, más bien, de la existencia de múltiples unidades políticas), es el elemento político original de la ordenación del mundo moderno. El enemigo es la pieza fundamental de lo político mismo en el contexto en que emergen los rasgos elementales de la existencia humana moderna, pues en ésta el eje central es el conjunto de Estado soberanos cuyas relaciones se rigen mediante la máxima que afirma que cada soberano considera al resto como *hostis*²⁷.

Las guerras interestatales del siglo pasado supusieron una violación de la normatividad común, donde se consumaba la pretensión propiamente soberana de instaurar un nuevo orden jurídico, rompiendo así con el *bellum iustum* o guerra civil en el que queda cercado el conflicto entre los territorios que comparten un mismo ordenamiento. El pacifismo ha sido uno de los grandes causantes de la criminalización de la guerra en tanto que no admite el *ius bellum* al modo en que se lo concibe en las teorías medievales de la guerra. Al mismo tiempo, el pacifismo da lugar a la barbarie bélica, que se aleja de la ‘civilización bélica’ presente en el *nomos* del Derecho de Gentes del antiguo *ius publicum europaeum*. La crítica de Schmitt al nuevo orden moderno en este punto es clara: la eliminación de una regulación formal de la guerra impide la existencia de un *bellum iustum* que evite que la parcelación de la unidad jurídica europea y que entre en un estado de barbarie semejante al de las guerras que han venido sucediéndose desde el conflicto religioso del siglo XVII hasta la actualidad.

“Los fundadores jurídicos del Derecho de Gentes moderno, o sea interestatal (...) separaron, bajo la impresión de estas guerras civiles europeas, la cuestión del *bellum iustum* formal del problema de la *iusta causa belli* y convirtieron la guerra en una relación entre Estados soberanos en igualdad de derechos, en la que se enfrenta *iusti et aequales hostes* sin discriminación basada en el Derecho de Gentes”²⁸.

La distinción entre las unidades políticas soberanas que se insertan en un mismo orden jurídico y las unidades políticas modernas cuya relación es regulada por un Derecho de Gentes en el que el concepto de guerra desaparece²⁹, consiste en que en éste el castigo del vencido por parte del vencedor desaparece como acto por el que concluye una guerra en tanto en cuanto el

²⁷ No deja de existir en este punto una importante paradoja: por un lado, los Estados soberanos son todos *iusti et aequales hostes* en el Derecho de Gentes del *ius publicum europaeum* y, por otro lado, cada uno de ellos, al afirmarse como fuente de derecho, pretenda alzarse por encima del resto.

²⁸ SCHMITT (2005), p. 114.

²⁹ En el Derecho de Gentes moderno “la guerra ha quedado abolida, pero únicamente porque los enemigos ya no se reconocen mutuamente sobre el mismo plano moral y jurídico”, SCHMITT (2005), p. 115.

orden jurídico que regula la guerra es diferente. De la inexistencia de reglas que dos beligerantes puedan observar se deriva la inexistencia de un posible entendimiento en materia de punición, de leyes que regulen cómo deben ser los castigos que el vencedor ha de imponer al vencido; es imposible que tenga lugar el *bellum iustum*.

VI. EL LEVIATÁN DE HOBBS

A partir del Tratado de Paz de Westfalia de 1648 que cerraba un largo periodo en el que tuvieron lugar las guerras confesionales, se excluye el derecho a la participación en una guerra civil, esto es, una guerra en la que se comparte una misma noción de la justicia y del castigo. Como vimos, guerra civil equivalía a *bellum iustum*, por cuanto la contienda que se realiza entre distintos componentes de una misma unidad jurídico-política (los distintos Estados europeos soberanos regidos por el Derecho de Gentes) se diferencia de la guerra entre Estados modernos precisamente por el hecho de participar de las mismas reglas que emanan del derecho. Según Schmitt, el conflicto confesional problematizó tanto ese orden jurídico objetivo que lo que él denomina ‘excepción’ (o, más exactamente, ‘estado de excepción’) pasó a ser la propia regla. La suposición de un orden compartido con leyes diseñadas y adaptadas a toda situación y todo conflicto se vino abajo. El problema que acuciaba a esa unidad política que era la Europa de comienzos del siglo XVII –que más tarde será desmembrada en distintas unidades políticas o Estados– era el de cómo escapar o romper con un orden establecido de cuya legalidad se tenía que hacer constantemente excepciones, en el que cada parte de la unidad jurídico-política comenzaba a elaborar una visión de la justicia distinta a causa del conflicto confesional. Mediante la guerra justa se pretendía castigar a quienes habían provocado agravios por los que debían pagar dentro de un orden de derecho compartido, y el hacerlo contribuía al fortalecimiento de la unidad. La guerra justa confirmaba la existencia de ese orden y su buen funcionamiento. Pero esto, que debía haber sucedido con las guerras de religión, dejó de tener lugar. La identificación entre guerra civil y guerra justa comenzó a desquebrajarse por la gravedad de esa guerra confesional que sólo en sus inicios fue una guerra civil. El concepto de soberanía, tal como lo concibe Hobbes –y con él Schmitt–, es el que se impone en este orden quebrado irreversiblemente.

Para Schmitt “es soberano quien decide sobre el estado de excepción”³⁰. Ante una situación en que el orden jurídico instituido no es válido para hacerle frente y darle una respuesta efectiva preestablecida, una unidad política se rebela contra la normatividad cuyo marco no abarca tal situación y se impone como una nueva fuente de normatividad. La aspiración de la soberanía es siempre la de ser fuente de derecho.

En el enfrentamiento entre unidades políticas que no comparten un marco jurídico –tal es la situación en se encontraba Europa durante la Guerra de los Treinta Años– se da precisamente el ‘estado de excepción’, donde el orden establecido se ha revelado como

³⁰ SCHMITT, Carl (2010): *Teología Política*, Madrid: Trotta, p. 13.

inadecuado para articular la propia situación de conflicto surgida. Las distintas unidades políticas que emanaron después de la Paz de Westfalia se constituyeron como Estados soberanos y, por tanto, todas ellas pretendían ser fuente de derecho, pretensión que irremediamente también creaba un conflicto.

A partir de este momento, vencer en la guerra –una guerra que es ya, de ahora en adelante, guerra interestatal o entre soberanías– comporta en este nuevo contexto la voluntad, por parte del Estado vencedor, de imponerse. Schmitt habla en este sentido de la “superación de la guerra civil religiosa por la guerra en forma estatal”³¹. Afirma asimismo que: “las divergencias entre los partidos religiosos quedaron anuladas, en el margen territorial del Estado y en nombre del Estado, por una resolución jurídico-pública que ya no era eclesiástica, sino estatal y gubernamental. Para el nuevo orden interestatal del continente europeo que estaba surgiendo desde la toma europea de la tierra en el Nuevo Mundo y para las guerras en dicho continente, la desteologización [de la vida pública] produjo una consecuencia evidente: la racionalización y humanización de la guerra, es decir, la posibilidad de su acotación de acuerdo con el Derecho de Gentes, que consiste en que el problema de la guerra justa es separado de la causa justa, quedando sujeto a categorías jurídico-formales. (...) Fue una hazaña europea el que la guerra se convirtiera con todo rigor en una guerra librada entre Estados europeos soberanos como tales, y que fuera autorizada y organizada estatalmente”³².

Schmitt explica que la ‘acotación de la guerra europea’ durante el periodo que abarca la toma del Nuevo Mundo en el siglo XVI hasta fines del siglo XIX con la independencia de las últimas colonias españolas, fue posible gracias al surgimiento de una ‘nueva ordenación concreta del espacio’. Los Estados soberanos –“formaciones de poder con territorio cerrado, con gobierno central y administración unificada y con fronteras firmes”³³– serían los portadores del Derecho de Gentes durante ese periodo, pues la ordenación del espacio estaba referida al territorio perteneciente a los Estados denominados ‘nacionales’. El Derecho de Gentes común a los Estados europeos no era ya eclesiástico, sino que tenía una naturaleza puramente estatal.

En este contexto, la guerra que tiene lugar dentro de un mismo Estado soberano no es nunca un *bellum iustum*³⁴, a causa de que el orden jurídico que regula en el interior de ese Estado se impone lo que Hobbes llama ‘el miedo a la muerte’. El filósofo inglés describe al soberano como “un poder común que los atemorice a todos”³⁵ y caracteriza al nacimiento del Estado como

³¹ SCHMITT (2005), p. 134

³² SCHMITT (2005), p. 136

³³ SCHMITT (2005), p. 135

³⁴ Cf. JIMÉNEZ REDONDO (2006), p. 102

³⁵ La fórmula aparece en el cap. XIII del *Leviatán* (1987, México: FCE): “durante el tiempo en que los hombres viven sin *un poder común que los atemorice a todos*, se hallan en la condición o estado que se denomina guerra; **una guerra tal que es la de todos contra todos**. Porque la guerra no consiste solamente en batallar, en el acto de luchar, sino que se da durante el lapso de tiempo en que la voluntad de luchar se manifiesta de modo suficiente. Por ello la noción del tiempo debe ser tenida en cuenta respecto a la naturaleza de la guerra, como respecto a la naturaleza del clima. En efecto, así como la naturaleza del mal tiempo no radica en uno o dos chubascos, sino en la propensión a

la consecuencia de la voluntad de los hombres de salir del estado de naturaleza o estado de guerra: el estado de guerra es precisamente ese en el que no existe un orden de derecho compartido y en el que todo hombre puede ser vencedor y vencido, homicida y víctima, un estado en el que nadie tiene garantizada la supervivencia. La voluntad de asegurar la vida es fundamental en el origen del Estado³⁶. En el pacto social se establece que es el soberano y sólo él quien tiene el poder de hacer cumplir la norma. Se revela aquí, pues, que también en el interior del Estado se impone el atributo de la soberanía consistente en querer ser fuente de derecho.

Toda concepción de la justicia que pretenda valer para el orden público será rechazada y abatida por la que impone el soberano. No hay una común concepción de la justicia salvo la que impone el soberano dentro de su dominio. La justicia es concebida por Hobbes como un constructo, como un producto artificial, según vimos. En el interior del Estado la obediencia al poder político, al *orden público* establecido por la ley que de él emana, constituye entonces el estado de paz que se opone al estado de guerra. La convivencia depende de esas leyes compartidas impuestas por el Estado. La guerra aguarda bajo la forma de la enemistad regulada por el Derecho de Gentes.

Como indica Jiménez Redondo, la idea de guerra en la Modernidad está ligada a “la reclamación de libertad original, es decir, la deslimitación por la que la *libertas*, en lugar de ser una *institutio* al lado de la *servitus*, pasa a convertirse en principio”³⁷. El autor se refiere aquí al cambio que la Reforma Protestante contribuirá a introducir en el derecho moderno respecto a la configuración del mismo que encontramos en las *Instituciones* de Justiniano. La reclamación de libertad que Lutero expone en su “Discurso de la Dieta de Worms” es, al mismo tiempo, una llamada a la guerra. En tal Discurso el teólogo alemán cita las palabras del Evangelio en las que se afirma que “no he venido a traer la paz sino la guerra, he venido a dividir al hijo del padre”³⁸. La vinculación entre libertad absoluta y guerra se establece mediante los siguientes pasos: 1) la libertad para interpretar la palabra divina pertenece a todos; 2) la inexistencia de una autoridad provoca conflictos en las interpretaciones de las Escrituras y del fenómeno religioso mismo; 3) dichos conflictos derivan en guerra cuando la capacidad destructiva de cada individuo se convierte en la propia condición de la existencia; 4) existencia humana moderna y guerra se identifican, pues, al devenir una ruptura religiosa con la tradición en la que se reclama una libertad que antes estaba limitada por un poder religioso unificador; 5) de esta situación nace la necesidad de un ‘poder que los atemorice a todos’, según reza la célebre expresión ya mencionada, poder que pertenece a un soberano político que prevalece sobre el poder religioso (recordemos la

llover durante varios días, así la naturaleza de la guerra consiste no ya en la lucha actual, sino en la disposición manifiesta a ella durante todo el tiempo en que no hay seguridad de lo contrario. Todo el tiempo restante es de paz”.

³⁶ “Un Estado ha sido instituido cuando una multitud de hombres convienen y pactan, cada uno con cada uno, que a un cierto hombre o asamblea de hombres se le otorgará, por mayoría, el derecho de representar a la persona de todos (es decir, de ser su representante). Cada uno de ellos, tanto los que han votado en pro como los que han votado en contra, debe autorizar todas las acciones y juicios de ese hombre o asamblea de hombres, lo mismo que si fueran suyos propios, el objeto de vivir apaciblemente entre sí y ser protegidos contra otros hombres”, Hobbes, op. cit., pág. 102

³⁷ JIMÉNEZ REDONDO (2006), p. 81

³⁸ Citado en JIMÉNEZ REDONDO (2006), p. 82

imagen de la portada de la edición original del *Leviatán*, en la que se representa con claridad la pertenencia del poder político y del poder religioso a un mismo soberano que es, en el fondo, más político que religioso); 6) la guerra es así, como Schmitt interpreta en *Tierra y Mar*, la condición humana moderna, que se expresa en la contienda entre calvinismo y jesuitismo, a cuya terrible lucha el propio Hobbes ofrece una salida; 7) el dominio de la existencia marítima sobre la existencia terráquea (el dominio de Inglaterra sobre el resto del continente Europeo durante el periodo que abarca el estudio de Schmitt en *Tierra y mar*) expresa la prevalencia de un progreso en los medios de supervivencia: existencia marítima y libertad absoluta son sinónimos cuando de describir la finitud humana se trata.

Hay que señalar en este punto que en Hobbes, a diferencia en Aristóteles, la justicia es fruto del pacto; no existe justicia en el ‘estado de naturaleza’, pues nace de la construcción y artificialidad de la sociedad³⁹. Como hemos dicho, el filósofo inglés propone un soberano que ‘atemorice a todos los hombres’. No hallarse bajo un poder común significa irremediamente estar siempre *dispuesto para* la guerra precisamente por mor de la inexistencia de un tal poder al que apelar, un poder que me permita tener la seguridad de que el otro no acabará con mi vida. En este estado de guerra todos son enemigos potenciales. La noción de enemigo que se colige de la concepción hobbesiana del estado de guerra refiere al hecho de que *hostis* es para cada uno quien no *obedece a* ni tiene *potestad sobre* otro. Lo paradójico es que este estado de guerra es producto de la adquisición de una libertad absoluta. La eliminación de la dependencia de un poder religioso superior demanda la existencia de un poder político que ponga orden en el estado resultante de aquella desvinculación de la autoridad religiosa, con el fin de evitar que se perpetre una constante hostilidad en la existencia de los hombres.

¿Cómo arraigan en el planteamiento de Schmitt las ideas políticas de guerra y enemigo que encontramos en Hobbes? Las nociones de ‘mar’ y ‘nomos’ cumplen con esa función: es en el mar –convertido en elemento determinante de la era moderna– “donde irrumpe aquella libertad deslimitada, donde se produce aquella deslimitación de la libertad, que precisamente en el medio común del océano no puede sino significar hostilidad en el sentido de Hobbes”⁴⁰. Desde el océano así comprendido –como espacio en el que la hostilidad se da a causa de la libertad– se determina el *nomos* de la tierra en el sentido de Schmitt.

El nuevo orden del *ius publicum europaeum* evitaría que aconteciera de nuevo el horror que durante treinta años había tenido lugar en Europa. Ese orden tiene como uno de sus puntos centrales el Tratado de Paz de Westfalia a causa de que la guerra confesional había supuesto, como hemos explicado, una gran contradicción en el derecho europeo que regulaba la guerra. La *bellum iustum* en que había consistido inicialmente la guerra confesional dejaba de ser tal *ium* y esto era lo que precisamente hacía necesario un renovado orden jurídico europeo en el que fuera posible de nuevo la guerra justa.

³⁹ Cf. HOBBS (1987), p. 104.

⁴⁰ JIMÉNEZ REDONDO (2006), p. 85.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN. LA DESIGUALDAD DE LAS ARMAS Y LA IUSTA CAUSA

Hacia el final de *El nomos de la tierra* Schmitt correlaciona los términos de *iustus hostis* y *iusta causa* con el problema del tipo de armas de las que se hace uso en la guerra. La desigualdad de instrumentos bélicos es un factor que señala, de forma obvia, cuál de los dos beligerantes tiene mayores posibilidades de proclamarse vencedor. Para el jurista alemán esta situación anula la situación de guerra misma. No hay guerra cuando la diferencia entre ambos frentes a nivel armamentístico es lo suficientemente grande como para impedir *a priori* la victoria de uno de los dos. Toda guerra debe admitir una mínima posibilidad de victoria para cada uno de los contendientes. Cuando esto no sucede, la tensión esencial entre enemigos que demarca el terreno bélico se difumina. La inferioridad inicial de uno de los frentes contribuye a hacer que el vencedor considere “la superioridad de sus armas como una prueba de su *iusta causa*”⁴¹.

Con esta última idea se incide en que la posesión de superioridad armamentística es una razón no explícita del hecho de que el vencedor considere a la guerra como guerra justa. Ello se debe a que dicha posesión hace que no exista una relación entre enemigos; esto es, contribuye a que no haya una relación ‘política’ puesto que la situación misma de desequilibrio armamentístico da lugar a la irrealización “del concepto de *iustus hostis*”⁴². Que el enemigo sea considerado criminal se debe a la anulación de la posibilidad de que los beligerantes sean *iustus hostis*. Schmitt ve en ese desequilibrio armamentístico la aparición del ‘escenario de la guerra’ actual.

“La teoría actual de la guerra justa tiende (...) a la discriminación del adversario que libra la guerra injusta. La propia guerra se convierte en delito en el sentido criminal de la palabra. El agresor es declarado criminal en el sentido más absoluto de esta palabra: es declarado fuera de la ley como un pirata”⁴³.

Vemos en este fragmento cómo la idea de la “criminalización del vencido” explicada al comienzo es descrita en términos de exclusión de la pertenencia al orden de la legalidad, exclusión que hace que en la guerra entre Estados se considere al adversario –al adversario derrotado– como un criminal precisamente por mor de su distancia legal frente al vencedor. La clave del argumento de Schmitt reside en el ‘concepto discriminatorio del adversario’ y en su insistencia en que la justificación de las acciones bélicas se hace siempre en respuesta a una necesidad ya existente. Esta presencia previa de la necesidad es patente en el caso de la guerra justa moderna tecnificada:

⁴¹ SCHMITT (2005), p. 354.

⁴² SCHMITT (2005), p. 355.

⁴³ SCHMITT (2005), p. 112.

se precisa de una guerra justa para que la aplicación de los medios modernos de destrucción estén justificados⁴⁴. También la conversión de la guerra en acción policial precisa de una justificación de esta clase. Y para ello es necesario radicalizar la discriminación del adversario.

En la ordenación del Derecho de Gentes del *ius publicum europaeum* la guerra había quedado convertida en un “duelo entre Estados europeos”, en la que la igualdad de los gobernantes los convertía “en *partenaires* de guerra con derechos idénticos”, lo cual permitía evitar “los métodos de la guerra de aniquilación”. De acuerdo con el Derecho de Gentes, sólo eran admisibles las guerras justas. En esta ordenación jurídica

“la justicia de la guerra ya no reside en la concordancia con determinados contenidos de normas teológicas, morales o jurídicas, sino en la calidad institucional y estructural de las formaciones políticas que libran entre ellas la guerra sobre un mismo plano y no se consideran mutuamente, a pesar de la guerra, como traidores y criminales, sino como *iusti hostes*. En otras palabras, el derecho de la guerra radica exclusivamente en la calidad de las partes beligerantes que son portadoras del *ius belli*, y esta calidad se basa en el hecho de que los que se combaten son soberanos en igualdad de derechos”⁴⁵.

Después de lo que hemos expuesto a lo largo del artículo, la analogía entre el duelo y la guerra interestatal en el Derecho de Gentes no puede resultarnos extraña. Con ella se muestran los rasgos característicos de lo que constituye la guerra justa en esa “Law of Nations” que fue anulada oficialmente a partir de 1919. La institucionalización del duelo –su carácter público y no privado– hace que su justicia resida en la separación entre la causa que lo motiva y la forma en que se procede en su desarrollo. Schmitt identifica a la causa justa de un duelo con la “norma jurídica abstracta”, y al modo en que se lleva cabo el duelo con el “*ordo* concreto”⁴⁶. Con ello subraya que la justicia del duelo no reside en su causa, sino en la observancia de las leyes. En palabras de Walzer: lo importante no reside en el *ius ad bellum*, sino en el *ius in bello*, en el respeto de las reglas de la guerra y no en la justicia del recurso a la misma.

Al igual que Schmitt, Walzer pone de manifiesto la importancia de hacer prevalecer en el dominio del *ius in bello* el seguimiento de lo que él denomina ‘convención bélica’, salvo en casos extremos en los que existe un peligro de catástrofe inminente. No obstante, como explica Schmitt, en el contexto del *ius publicum europaeum* no existía la posibilidad de que una declaración de guerra fuera injusta, esto es, no se la concebía como un ataque ni como un crimen. En el contexto contemporáneo sucede justo lo contrario: toda agresión –del tipo que sea– es concebida como un crimen. No existen distinciones, grados de agresión⁴⁷. Mientras que en el marco del Derecho de Gentes del *ius publicum europaeum* lo importante es la “aportación paritaria de testigos” cuando se declara una guerra, en la guerra moderna la causa justa se justifica por una necesidad existente, precisamente debido a que en el *ius ad bellum* después de la

⁴⁴ SCHMITT (2005), p. 356.

⁴⁵ SCHMITT (2005), p. 136.

⁴⁶ SCHMITT (2005), p. 258.

⁴⁷ WALZER (2001), p. 89.

destrucción del *ius publicum europaeum* (1989-1918) toda agresión se considera crimen y, al mismo tiempo, la causa justa de quien se defiende no sirve sino de justificación a una necesidad que podía perfectamente consistir en hacer que el beligerante opositor se constituyera como tal. Puesto que se considera a todo agresor –a todo el que tira la primera piedra– como criminal, existen métodos no violentos no contemplados por el *ius ad bellum* de hacer que un Estado inicie la contienda aun no siendo el causante último de la misma. Esto –que constituye una de las piezas claves de la criminalización del vencido, tal y como hemos visto–, sólo se produce en un contexto en el que el ataque no está permitido, es decir, en el que desde el comienzo se lo concibe como injusto. Todo ataque tiene una causa injusta, por eso defenderse de dicho ataque es justo. Defenderse de un acto de agresión es *eo ipso* una causa justa. La consideración del atacante como agresor se debe al hecho mismo de que no exista un orden en el que no haya actos bélicos ‘fuera de la ley’. Las guerras interestatales que se producían en el marco del Derecho de Gentes intra-europeo eran guerras justas no por la *causa justa* –comprendida al modo moderno– que tuvieran, sino por la institucionalización que garantizaba la imparcialidad que emanaba de la presencia de Estados neutrales que ejercían de testigos. Schmitt concluye:

“es justa en el sentido del Derecho europeo de Gentes de la época interestatal toda guerra interestatal librada en suelo europeo, según las reglas del derecho europeo de guerra por ejércitos militarmente organizados de Estados reconocidos por el Derecho europeo de Gentes”⁴⁸.

⁴⁸ SCHMITT (2005), p. 137.

BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA

___D'ORS, Ángel, "El *Glossarium* de Carl Schmitt". En NEGRO PAVÓN, Dalmacio (2006): *Estudios sobre Carl Schmitt*, Madrid: Veintiuno.

___HEGEL, George W. F. (1999): *Principios de Filosofía del Derecho*, Barcelona: Edhasa

___HOBBS, Thomas (1987): *Leviatán*, México: FCE.

___JIMÉNEZ REDONDO, Manuel (2002): *Modernidad terminable e interminable*, Santiago de Chile: Editorial Universitaria.

___JIMÉNEZ REDONDO, Manuel, "Libertad y guerra, guerra marítima, guerra entre estados, guerra civil y partisanos en la obra de Carl Schmitt". En SÁNCHEZ DURÁ, Nicolás (2006): *La guerra*, Valencia: Pre-textos.

___MIREN, Fernando (2004): *Introducción a la política*, Santiago de Chile: LOM ediciones.

___SCHMITT, Carl (2005): *El nomos de la tierra en el Derecho de Gentes del ius publicum europaeum*, Buenos Aires: Struhart y Cía.

___SCHMITT, Carl (2006): *El concepto de lo político*, Madrid: Alianza.

___SCHMITT, Carl (2007): *Tierra y Mar*, Madrid: Trotta.

___SCHMITT, Carl (2010): *Teología Política*, Madrid: Trotta.

___WALZER, Michael (2001): *Guerras justas e injustas. Un razonamiento moral con ejemplos históricos*, Barcelona: Paidós.

___WALZER, Michael (2004): *Razón, política y pasión. Tres defectos del liberalismo*, Madrid: Machado libros.

DISCRIMINACIÓN Y DERECHO PENAL: UN ANÁLISIS DESDE LA CULPABILIDAD A LA DISCRIMINACIÓN Y EL JUICIO DE REPROCHE

*Valentina Pavez Zavala**

RESUMEN: Este trabajo pretende dar respuesta a la interrogante acerca de si la intervención del derecho penal en contra de la discriminación puede resolverse con base en la *culpabilidad*. Para ello, se comienza por adoptar una concepción sobre este elemento del delito y se analiza si un acto típico y antijurídico que resulta discriminatorio obedece a una mayor culpabilidad. En este examen resolveremos a favor de la culpabilidad y fundaremos dicha decisión en los elementos que la constituyen.

ABSTRACT: *This paper aims to answer the question of whether the intervention of criminal law against discrimination can be solved based on the element of culpability. To do this, begin by adopting a definition of culpability and according to this analyze whether a specific act is against the law, if it results in discrimination, a greater culpability will follow. This study will concludes in favour of culpability and will bebased upon different elements that constitute this decision.*

PALABRAS CLAVES: *Acto discriminatorio – motivos – fines – culpabilidad*

KEYWORDS: *Discriminatory act – motives – aims – culpability*

I. INTRODUCCIÓN

En la actualidad, el principio de igualdad se encuentra recogido como una declaración constante e invariable en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, pues constituye uno de aquellos principios que sustentan el imperio del Estado de Derecho en las sociedades modernas. En este contexto surgen nuevas formas de protección al principio de igualdad, entre ellas, la intervención penal como la más enérgica medida de tutela del ordenamiento jurídico. En relación con esta respuesta, nos abocaremos a lo largo de este trabajo, a saber el acto típico y antijurídico que resulta ser discriminatorio. Analizando, en qué consiste dicho componente, en qué elemento del delito debemos ubicarlo y cuáles serán las consecuencias de esta decisión.

* Egresada de Derecho, Universidad de Valparaíso, Chile. Correo electrónico: pavez.zavala@gmail.com

En síntesis, este trabajo invita a un recorrido por la dogmática penal, con especial atención en la culpabilidad, sus elementos y fundamentos, y en su relación con el principio de igualdad que subyace en el acto discriminatorio¹.

II. DEFINICIÓN DE CULPABILIDAD. UN PUNTO DE PARTIDA

Dentro de las muchas definiciones que los autores han elaborado sobre la culpabilidad, parece interesante comenzar por la que se considera el punto de partida de esta investigación. Así, Mezger señala que *“la culpabilidad es el conjunto de aquellos presupuestos de la pena que fundamentan, frente al sujeto, la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica. La acción aparece, por ello, como expresión jurídicamente desaprobada de la personalidad del agente”*². Jiménez de Asúa defiende que *“la culpabilidad es el reproche que se hace al autor de un concreto acto punible, al que le liga un nexo psicológico motivado, pretendiendo con su comportamiento un fin, o cuyo alcance le era conocido o conocible, siempre que pudiera exigírsele un proceder conforme a las normas”*³.

Estas definiciones dibujan claramente el desarrollo de las teorías normativas de la culpabilidad, a partir del componente objetivo que se introduce en este elemento del delito. Finalmente, a modo de corolario de las definiciones anteriores, es necesario aludir a Rivacoba cuando la define como *“la posibilidad intrínseca o inherente a un acto típicamente antijurídico de formular por él un juicio de reproche, es decir, un juicio negativo de valor, o lo que es igual, un juicio de disvalor, a su autor, capaz de conocer el deber jurídico y de obrar conforme a él, porque, pudiendo consiguientemente exigírsele, no lo ha hecho motivo de su acto, y fundándose para ello en la relación psíquica de conocimiento y voluntad –dolo o culpa– que le liga con dicho acto, en los motivos determinantes de éste y en que el mismo sea expresión adecuada, esto es, genuina de su personalidad, o lo que es igual, expresión jurídicamente desaprobada de ésta”*⁴.

III. TEORÍAS Y CONCEPCIONES SOBRE LA CULPABILIDAD. UNA BREVE MENCIÓN EN TORNO AL PROBLEMA DEL MOTIVO

Con base en estos conceptos podemos elaborar un trinomio capaz de reunir los ejes que sostienen esta concepción, se trata pues de la *libertad de voluntad del sujeto*, la *reprochabilidad basada en la libertad de obrar* y la *retribución como sentido y fin de la respuesta punitiva*⁵.

¹ NAQUIRA, Jaime (2008): “Principios y Penas en el Derecho Penal Chileno” [en línea; formato PDF], En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N° 1695-0194, pp. 1 – 71, [Fecha de consulta: 17/9/2012], Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/10/recpc10-r2.pdf>

² MEZGER, Edmundo (1957): *“Tratado de Derecho Penal”*, Tomo II, Trad. y notas de José Arturo Rodríguez Muñoz, Madrid: Tercera edición, *Revista de Derecho Privado Madrid*, pp. 9 – 11.

³ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis (1976): *“Tratado de Derecho Penal”*, Tomo V, Buenos Aires, Argentina: Tercera edición, Losada, S.A, p. 92.

⁴ DE RIVACOBA, Manuel (1969): *“La Obediencia Jerárquica en el Derecho Penal”*, Valparaíso, Chile: Edeval, p. 124.

⁵ JIMÉNEZ DE ASÚA (1976), p. 229; DE RIVACOBA, MANUEL (1993): *“Función y aplicación de la pena”*, Buenos Aires, Argentina: Depalma, pp. 33 – 34; MEZGER (1957), pp. 26 – 29.

Estas ideas nos guiarán para descifrar el cometido de este trabajo, ya que se verá que toda conclusión depende del punto de partida. Así pues, si nos enfocamos desde un enfoque diverso otras serán las consecuencias. Por lo pronto, una teoría contrapuesta –que proviene de una vertiente de la concepción normativista– se encuentra el funcionalismo *jakobsniano*, que traslada al hombre desde el centro hacia un subsistema, instrumentalizándolo, en pos de un solo fin: la confianza en el Derecho⁶. Esta distinción es de suma importancia, ya que según cada concepción, la teoría del delito se estructura de forma diferente.

En definitiva, según esta premisa, podremos analizar si alguna de ellas nos permite resolver el problema de los motivos en sede de culpabilidad. La teoría de Günther Jakobs normativiza al extremo el elemento culpabilidad, pues introduce a partir del componente normativo de la culpabilidad, criterios puramente objetivos para adscribir la responsabilidad al agente. En palabras del propio autor *“es un hecho indiscutible que la medida según la cual se determina la culpabilidad es una medida completamente objetiva, pues es absolutamente imposible que algo pueda servir de medida de sí mismo...con otras palabras, la individualidad sólo opera en beneficio del sujeto, en la medida que con ello no se perturbe el efecto generalizante del Derecho, y ello porque el conflicto se puede resolver de otro modo, sin recurrir a la imputación.*

*Por lo tanto, con la medida de la culpabilidad no se mide un sujeto, sino una persona, precisamente la persona más general que cabe imaginar, aquélla cuyo rol consiste en respetar el Derecho. Más allá de este mínimo no hay disculpas que valgan. Sólo en la medida que ese rol no se ve cuestionado, se pueden tomar en consideración los datos ajenos al mismo”*⁷.

Estas líneas ya nos adelantan que lo determinante es que el autor haya obrado en contra de la norma, amenazando con ello, la estabilidad del sistema penal y la confianza en el Derecho, y por consiguiente, la parte subjetiva y el móvil del agente no encuentran asidero, por lo menos, en este elemento del delito. Esta afirmación se justifica, pues no obstante, la importancia que han dedicado las teorías antes mencionadas a la *motivación* dentro de la culpabilidad normativamente entendida, ésta corresponde a un elemento caracterizador de la misma, pero asociado –como ya se ha visto– a un concepto jurídico generalizador, es decir, para ellas se trata de una *motivación*

⁶ BARATTA, Alessandro (1985): *“Integración-Prevención: Una “Nueva” Fundamentación de la Pena dentro de la Teoría Sistémica”*, En: *Criminología y Sistema Penal*, Cap. I, Buenos Aires, Argentina: Editorial B de F, pp. 22 – 23. Este razonamiento no deja lugar a dudas en el artículo de JAKOBS (2010): *“¿Daño social? Anotaciones sobre un Problema Teórico Fundamental en el Derecho Penal”*, Trad. y notas por Miguel Polaino-Orts, En: *Cuadernos de política criminal*, España: Dykinson, segunda época N° 100. En tanto, abre dicho artículo reconociendo la validez del punto de partida de Amelung, es decir, la teoría de sistemas de Parsons y como él mismo señala *“del primer Luhmann”*, preguntándose enseguida *“¿Por qué se refiere Amelung al sistema social y no a la persona? Él mismo [Amelung] responde: Si el Derecho penal ha de garantizar las condiciones de la vida humana en comunidad, entonces la reflexión debe tener su origen necesariamente en el sistema social, y no en la persona”*.

⁷ JAKOBS, Günther (2000): *“Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional”*, Trad. y notas por Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sanchez Madrid, España: Civitas, pp. 64 – 65. Título alemán; *«Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und "alteuropäischem" Prinzipiendenken. Oder: Verabschiedung des "alteuropäischen" Strafrechts?»*.

normal o *anormal* según defina o no la reprochabilidad⁸, comprendiendo que el contenido de dicha motivación consiste en la obediencia al Derecho. Así, Goldschmidt expresa “*la norma de deber sólo es observada si el motivo de deber se ha mantenido contra los motivos que se le han opuesto, y sólo se ha violado si ha sucumbido. Pero él sucumbe solamente cuando se ha realizado una actuación de voluntad contraria al deber, dirigida hacia un resultado antijurídico*”⁹.

En el plano nacional, un sector de la doctrina sigue la vertiente alemana, identificándose como finalistas, por cuanto trasladan la valoración de dolo y culpa al elemento *acción*, lo que a su vez trae como consecuencia una normativización de la culpabilidad –impidiendo con ello– toda posibilidad de identificar más elementos que el mero reproche como señalamos más arriba. En esta posición se encuentran Etcheberry¹⁰ y Cury¹¹, quienes a pesar de reconocer que ambos elementos de la culpabilidad deben ser considerados también en la determinación del reproche, construyen una concepción del delito fundado en la pertenencia de la *voluntad de la acción* al propio elemento *acto*, con lo cual no nos cabe más que comprender que la voluntad de contrariedad a la norma o al deber debe analizarse en dicho elemento.

En este mismo orden de ideas, se ha señalado que la individualización del sujeto en pos de realizar el juicio de reproche carece de sentido, es más, resultaría irrelevante adentrarnos en la especialización propia del individuo que obró de tal o cual forma antijurídica. De este parecer, en la doctrina nacional, es Cury quien se muestra verdaderamente incrédulo frente a esta exigencia. En efecto, postula ante dicho requisito la siguiente interrogante “*¿es posible obtener una individualización como la que ellos reclaman [efectiva] para efectuar el reproche? Porque para satisfacer una exigencia como esa, es preciso hacerse cargo de una diversidad de factores inabarcable de manera que, en la práctica, el juicio que se emitirá sería siempre inseguro; y su resultado, en lugar de garantizar una solución más justa, conduciría, probablemente, a decisiones inciertas y a menudo contradictorias respecto de situaciones aparentemente semejantes*”¹².

Así –y en contraposición a lo dicho– la concepción que configura el trinomio expuesto más arriba, manifiesta que lo decisivo es la voluntad de obrar contra la norma, es decir, como el sujeto goza de libertad y autonomía, como bien puede autodeterminarse y actuar conforme a ello, es posible identificar que obró vulnerando dicha norma penal, en cuyo caso, junto con realizar el juicio de reproche, cabe analizar los elementos subjetivos, pues entrambos constituyen el elemento de culpabilidad.

⁸ GOLDSCHMIDT, James (2002): “*La Concepción Normativa de la Culpabilidad*”, Trad. y notas por Margarethe de Goldschmidt y Ricardo C. Núñez, En: *Colección Maestros del Derecho Penal*, N° 7, Argentina: B de F, pp. 87 y ss.

⁹ GOLDSCHMIDT, James (2002), p. 92.

¹⁰ ETCHEBERRY, Alfredo (1998): “*Derecho Penal. Parte General*”, Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, Tomo I, Tercera edición, pp. 274 y ss.

¹¹ CURY, Enrique (2005): “*Derecho Penal. Parte General*”, Santiago de Chile: Universidad Católica de Chile, Séptima edición, pp. 408 y ss.

¹² CURY, Enrique (2011): “*De la Normativización de la Culpabilidad a la Normativización de la Teoría del Delito*”, En: *Cem Anos de Reprovação. Uma Contribuição Transdisciplinar para a crise da Culpabilidade*, Brasil: Revan, p. 70.

Esta cuestión resulta determinante, pues el componente discriminación, en principio, parece tener una lejanía irreconciliable con criterios puramente objetivos. En otras palabras, resulta más o menos clara la necesidad de contar con una individualización *efectiva* que nos ayude a desentrañar lo que *mueve* al sujeto a obrar de determinada forma.

IV. LOS ELEMENTOS O FUNDAMENTOS DEL JUICIO DE CULPABILIDAD

Hemos llegado al momento de verificar, según la tesis ya planteada, los elementos que constituyen la culpabilidad. En este cometido seguiremos a Jiménez de Asúa, quien identifica como contenido del juicio de culpabilidad¹³ el juicio de reproche referido a un hecho psicológico y basado en los elementos (o si se quiere “partes”) motivadores y caracterológicos. En otros términos, por una parte, al *acto de voluntad del autor*, es decir, la parte psicológica y antes que elemento, objeto del juicio de disvalor; y por otra, a los elementos propiamente tales, *los motivos del agente y su total personalidad* o parte caracterológica del juicio de reproche. Incluyamos, por nuestra parte, a esta enumeración, la inimputabilidad, aunque más que una propiedad del acto, sea una del autor y que, sin embargo, daremos por sentada.

Dentro de los elementos o fundamentos de la culpabilidad, descartaremos desde ya, la parte psicológica y caracterológica, y nos quedaremos con la parte motivadora del juicio de reproche, tratando de profundizar en ella para verificar si encontramos allí una solución plausible al tema que nos convoca¹⁴.

Una vez hecha esta advertencia, digamos que los motivos son aquellas representaciones afectivas que impulsan o *mueven* a obrar –en un determinado sentido– al autor¹⁵. Serían, por tanto, representaciones que *determinan* el acto del agente.

Jiménez de Asúa ilustra la función que cumpliría el motivo aludiendo a un ejemplo de Florian, positivista italiano, señalando que “[*distingamos*] 1° la voluntariedad que mira a la producción del hecho en sí mismo (si se quiere, o no, herir, etc.); 2°, el motivo, en razón del cual se quiere el hecho (se mata por odio, por venganza, por amor); 3°, el fin, que se refiere al efecto que, queriendo un hecho en razón del motivo, el agente se propuso y trató de conseguir; el fin es el resultado inmediato prefijado al delito.” “Resumiendo pues: voluntario disparo (voluntariedad) de un fusil, con objeto de matar a Ticio (fin) para vengar a la hermana traicionada (motivo)”¹⁶.

¹³ JIMÉNEZ DE ASÚA (1976), pp. 232 – 233.

¹⁴ Para una visión distinta sobre la estructura de la culpabilidad, véase: RODRÍGUEZ DEVESA, JOSÉ MARÍA (1994): “*Derecho Penal Español. Parte General*”, Madrid: Dykinson, decimoséptima edición, p. 444. El autor advierte expresamente: “Respecto a ellas [las características de la culpabilidad] conviene adelantar que los *motivos* no deciden nunca otra cosa que el *quantum* de la culpabilidad. Su lugar adecuado ha de estar, por consiguiente, fuera de los elementos esenciales del delito: entre las circunstancias *modificativas*, accidentales, de la responsabilidad criminal”.

¹⁵ RODRÍGUEZ DEVESA, José María (1994), p 238.

¹⁶ RODRÍGUEZ DEVESA, José María (1994), p. 236. Nota al pie N° 162.

En este sencillo ejemplo subyacen distintas ideas, así, en primer lugar, a pesar que el autor emplea una expresión no muy feliz, indicando que las distinciones hechas constituyen los tres momentos del elemento psicológico del delito, debemos comprender esta expresión referida a la culpabilidad como elemento del delito y extraer el fin de dicho elemento; en segundo lugar –y sin perjuicio de lo anterior– la distinción que emplea es importante porque distingue los motivos del dolo del autor y los motivos del fin del autor.

Ahora bien, esta distinción resulta ser relevante porque suele confundirse el motivo con la parte psicológica del juicio de reproche que distinguíamos más arriba. En efecto, en el dolo es posible identificar subelementos, a saber, los elementos intelectuales o representativos y los elementos afectivos o volitivos¹⁷, dentro de estos últimos se pretenderían incluir a los motivos. Sin embargo, digamos a favor del dolo que la parte volitiva constituye un proceso psíquico complejo que determinará si quiere o –por lo menos– acepta el resultado que se ha representado, mientras que los motivos nada agregan a este proceso, en cuanto se puede obrar con dolo por impulso de los motivos más altruistas como de los más bajos y no obstante ello, seguirá estando presente¹⁸. Aún más, esta distinción no impide que los motivos jueguen un rol determinante en el obrar del agente y más aún en la culpabilidad, en donde irremisiblemente tendrá una conexión con el dolo o la culpa y los demás elementos.

En cuanto a la segunda distinción, nos reservaremos su análisis para el siguiente apartado. Por ahora, enfrentemos brevemente la descripción de los *motivos* con la tesis *motivadora* de la corriente normativista que venimos revisando.

Para responder a la interrogante sobre cómo la teoría normativista comprende la motivación del sujeto, diremos que esta concepción plantea esencialmente que toda acción es consecuencia de una motivación, y especialmente cuando nos encontramos en el plano del deber jurídico, la norma impone que el sujeto se motive de tal o cual manera para que obre conforme a ella. En este contexto, es que se utiliza la motivación en sede de culpabilidad, incluso se la ha caracterizado como la nota propiamente normativa¹⁹.

En síntesis, el agente se convierte en *persona* (concepto generalizador) y obra impulsado por una *motivación* (norma de deber, imperativo de obediencia al derecho). Sobre esto, que ya parece ser una obsesión en los vocablos, surge brutal y manifiesta la diferencia que a unos hace llegar a construir dichos conceptos, mientras que a otros realizar una individualización que colme la culpabilidad cual saco henchido de arena, con el fin de que el cargador no lleve un grano más de la cuenta.

¹⁷ RODRÍGUEZ DEVESA, José María (1994), pp. 415 – 498.

¹⁸ Así, a modo de ejemplo, puede ocurrir que una persona haya dado muerte a otra por precio, o bien, porque la segunda le rogó su muerte y el agente se compadeció del pobre infeliz.

¹⁹ GOLDSCHMIDT, James (2002), pp. 87 – 89.

Los motivos, por tanto, no serían un presupuesto objetivo universalmente aplicable, sino, por el contrario, constituirían un elemento del juicio de culpabilidad –en palabras de Mayer– con “sello individual”²⁰.

Comprendiendo, entonces, que se trata de dos expresiones semejantes que invocan distintas ideas, nos preguntamos –ya que es una constante en la concepción normativista– si éstas podrían objetar lo siguiente: que nunca se podría estar seguro de que el autor del acto, al obrar, estaba motivado por un móvil determinado. Esta misma objeción –señala Zaffaroni– “*sería válida para cualquier dato psíquico del infractor, con lo cual se llegaría a la conclusión de que es menester suprimir toda referencia subjetiva en la teoría del delito. No ignoramos que existe una corriente que pretende normativizar todo y construir incluso un dolo sin información psíquica, pero la sola pretensión de cancelar toda referencia a la voluntad del agente, a su intención, a su finalidad, a sus motivos, etc., resulta tan irrealizable como intolerable (...) pese a lo que puedan afirmar algunos teóricos, no creemos que haya juez en el mundo que se resigne a prescindir de esa información a la hora de sentenciar*”²¹.

Para terminar esta breve síntesis de la vertiente del normativismo que hemos propuesto mencionar, es menester clarificar una última cuestión que se trata sobre la idea que el juicio de culpabilidad tiene como objeto un acto típico y antijurídico, pero en razón de la actitud interna del agente, una especie de actitud interna jurídicamente defectuosa. Frente a esto, advirtamos que el mayor reproche no es ningún elemento de ánimo ni de disposición interna, pues aquello nos lleva ineludiblemente hacia un derecho penal de autor o de personalidad. Como bien explica Zaffaroni “*el Derecho Penal de autor corresponde a una distinción amigolennemigo en el nivel típico o en el de la culpabilidad: pretende juzgar una personalidad, la prohíbe o la reprocha*”²². En este sentido, la regulación punitiva de los motivos no aspira prohibir una personalidad o reprocharla, sino simplemente fundar la propia culpabilidad siempre con complicidad de otros elementos.

V. FINES Y MOTIVOS. UNA DISTINCIÓN RELEVANTE

Una de las cuestiones que resultan más importantes para la identificación de los motivos como elemento de la culpabilidad, radica en su distinción de los *fin*es. Por ello, nos ocuparemos en las líneas que siguen de su definición y tratamiento en la dogmática penal y por último, de los ámbitos en los que reciben aplicación, con la finalidad de depurar un complejo escenario que podrá servir de base a nuestra pregunta.

Habíamos adelantado *supra* que los *motivos* son aquellas representaciones afectivas que impulsan a un individuo a realizar algo. Mientras que el *fin* u objetivo se refiere a algo material que se halla por encima del modo de actuación del agente, en tanto que el motivo es interno, no

²⁰ MAYER, Max Ernst (2007): “*Derecho Penal. Parte General*” Trad. y notas por Sergio Politiff Lifschitz, En: *Colección Maestros del Derecho Penal*, Argentina: B de F, p. 308.

²¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl (2008): “*Observaciones sobre la Delincuencia por odio en el Derecho Penal argentino*”, En: *Estudios Penales en Homenaje a ENRIQUE GIMBERNAT*, Madrid: Edisofer, Tomo II, p. 1746.

²² ZAFFARONI, Eugenio Raúl (2008), p. 1745.

perceptible en el mundo exterior²³. Por ahora, estas dos ideas nos evocan dos percepciones distintas en el espacio, así, la primera nos indicaría que se encuentra ubicada en el interior del individuo, mientras que la segunda, da a entender que escapa a la propia actuación del agente y simultáneamente, se materializa en el exterior.

También se ha tratado de establecer una diferencia más bien temporal entre *fin*es y *motivos*, de manera que los segundos resultan anteceder cronológicamente a los primeros. De esta posición adscribe Jímenes de Asúa, cuando expresa ilustrativamente que “*a nuestro entender el móvil está antes; el fin, después. A menudo el móvil supone la prosecución de un objetivo: matar por piedad (móvil), para que el sujeto pasivo no sufra más (fin)*”²⁴.

En contribución a estas dos definiciones, agreguemos una que nos parece más completa, pues reúne los dos criterios de diferenciación expuestos; se trata pues, de una definición que abriga un criterio espacio-temporal, a saber: “*el motivo es el motor, lo que decide la voluntad del agente, el desde dónde, en tanto que la finalidad es el hacia dónde. Con el motivo nos preguntamos de dónde nace la voluntad criminal y con la finalidad hacia dónde se dirige. El motivo es un por qué y la finalidad un para qué*”²⁵.

Esta distinción elemental descifra el gran código que subyace bajo la fórmula empleada *la libertad*. Precisamente de ello se trata porque se reprocha en base a la libertad del sujeto, de allí que en razón de dicho presupuesto podamos analizar su obrar. Pero ¿qué otro tanto ocurre con la igualdad? ¿Cuál será realmente la pregunta que satisfaga este nuevo componente *discriminación*? ¿*Por qué* o *Para qué*? De estas dos últimas preguntas nos encargaremos a continuación.

1. *Los elementos subjetivos del injusto. Descripción y comparación con los motivos*

La respuesta a la pregunta del *por qué* la vinculamos con los motivos, pues en razón de ellos se determina la voluntad y con ello se puede llegar a un resultado antijurídico, que es lo que nos interesa. Sin embargo, vale la pena formularnos la siguiente interrogante: ¿el que actúa discriminatoriamente se motiva en la discriminación misma, o por el contrario, es su finalidad?

Para dilucidar ésta y las demás interrogantes propuestas, nos valdremos de la distinción que hace algún tiempo construyó con abrumadora certeza para los defensores de la pura objetividad del injusto Mayer cuando sostuvo que el carácter objetivo que se predicaba de la antijuridicidad gozaba de profundos matices. Bien sabido es que el autor comienza su explicación con un ejemplo, utilizando la última escena del drama de *fausto* de Goethe. Una vez que ha acabado con su relato, pone sobre la mesa la primera premisa “*los procesos subjetivos que hacen antijurídica una acción y aquellos que le imprimen el sello de la culpabilidad no son, necesariamente, idénticos (...) los elementos subjetivos de la antijuridicidad son auténticos atributos de la*

²³ JIMÉNEZ DE ASÚA (1976), p. 489.

²⁴ JIMÉNEZ DE ASÚA (1976), p. 489.

²⁵ ZAFFARONII, EUGENIO RAÚL (2008), p. 1742.

*antijuridicidad, pero no son atributos de la culpabilidad, ni auténticos ni inauténticos; no tienen un doble carácter (...), sino un carácter único*²⁶.

De esta distinción surgen los matices de la antijuridicidad, a saber, los denominados elementos subjetivos de lo injusto, en consecuencia, ellos convertirán al mencionado elemento del delito en poseedor de un carácter *predominantemente* objetivo²⁷.

En contraposición a esta teoría se ubica Novoa Monreal como representante de un sector de la doctrina chilena, pues él comprende que “*esas referencias subjetivas del tipo (que algunos extienden al injusto), por su naturaleza corresponden generalmente a la culpabilidad y deben ser examinadas en relación con ella, –añadiendo correctamente– sin perjuicio de que su ubicación en la descripción típica, obligue al intérprete, en el ángulo práctico, a dar un contenido subjetivo al tipo, que le permite descartar, en ciertos casos, la responsabilidad aun en las etapas iniciales del análisis de ésta*”²⁸. En definitiva, detrás de esta idea no sólo se encuentra la tradicional caracterización objetivo–subjetivo de la antijuridicidad y la culpabilidad respectivamente, sino además, se incurre en una confusión entre fines y motivos, como el mismo autor evidencia cuando indica “*el motivo interno del sujeto no afecta ni modifica la calidad jurídica objetiva de una conducta, la cual se aprecia solamente en sus circunstancias externas*”²⁹.

Volviendo al planteamiento inicial, Mezguer comienza el tratamiento de esta materia indicando que “*la fundamental separación objetiva entre Derecho e injusto no es obstáculo para que en dicha delimitación puedan ser determinantes en algunos casos ciertas características anímicas de la persona del agente*”³⁰. Esta idea preliminar nos ayudará a elaborar una definición de lo que debemos comprender por elementos subjetivos del injusto. Dichos elementos están constituidos por ciertas disposiciones anímicas que inspiran al agente cuando éste actúa, y de cuya concurrencia dependerá el carácter antijurídico de ese acto³¹.

Digamos, por lo pronto, que los antedichos elementos pueden o no estar explícitos en el tipo, de manera que si lo están, y no concurren, el asunto se resolverá previamente como un caso

²⁶ MAYER (2007), p. 232.

²⁷ Sobre esta calificación de la antijuridicidad, véase: RODRÍGUEZ (1994), p. 407.

²⁸ NOVOA, Eduardo (2005): “*Curso de Derecho Penal Chileno. Parte General*”, Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, Tomo I, Tercera edición, p. 420.

²⁹ NOVOA, Eduardo (2005): “*Curso de Derecho Penal Chileno. Parte General*”, Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, Tomo I, Tercera edición, p. 419.

³⁰ MEZGER, Edmundo (1935): “*Tratado de Derecho Penal*”, Trad. y notas por JOSÉ ARTURO RODRÍGUEZ MUÑOZ, Madrid: Revista de Derecho Privado Madrid, Tomo I, Segunda edición, p. 287.

³¹ Hacemos nuestra la advertencia de Mezger sobre el establecimiento de este tipo de elementos: “*el mejoramiento interno de los ciudadanos sólo puede tratar de conseguirlo el Derecho en tanto deba exigirlo para el cumplimiento de su misión específica, esto es, de una legalidad mantenida externamente. Cuando el Derecho olvida esta sabia auto-limitación, sus esfuerzos acaban siempre reconociendo la propia impotencia, pues la espada afilada en demasía se mella con gran facilidad (GerS., 89, 242). Por ello no debe atribuirse de modo arbitrario al Derecho positivo una tal fundamentación subjetiva del injusto; esto sólo es lícito cuando el mismo ordenamiento vigente, de manera indudable, da a entender que desea se tomen en cuenta dichos elementos subjetivos*”. MEZGER, Edmundo (1935), p. 292.

de atipicidad, pero si por el contrario, se encuentran implícitos y no concurren, faltará el carácter antijurídico de dicho acto³².

Sobre este particular cabe mencionar que, no obstante, optamos por una definición de estos elementos como una *disposición anímica*, en ningún caso compartimos la concepción del injusto personal que construyó Welsel³³, sobre la cual nos limitaremos a señalar que su aceptación implica radicalizar una posición que resultaría un tanto peligrosa pues diluye las fronteras entre el derecho y la moral, forjando una especie de moralización del derecho Penal³⁴.

Ahora bien, cuando se define al elemento subjetivo del injusto se utiliza el término *inspiran*. Esto nos conduce directamente al punto que queremos llegar, pues aquellas disposiciones internas que *inspiran* al autor son precisamente las finalidades que éste persigue, el *hacia dónde*; no lo *impulsan* determinando su voluntad, sino que permanecen durante toda la acción hasta su consecución, que –en cuanto incumbe al Derecho será el resultado antijurídico, o bien, incluso en forma posterior a este. De manera que, la búsqueda de un fin, dice relación con los elementos subjetivos de la antijuridicidad, cuya presencia o ausencia deberá resolverse en dicha sede, según corresponda.

Sobre el polo opuesto se ubica la pregunta acerca del *por qué*, ya hemos señalado *supra* en qué consiste, a qué se vincula y su diferencia con los fines y la pregunta del *para qué*; a modo de síntesis señalemos en qué caso opera una y otra pregunta siguiendo los postulados de Mayer al identificar la importancia de los elementos subjetivos cuando manifiesta que: “*justamente en cuanto en ellos los fines del autor son relevantes, suele suponerse que estos elementos de la antijuridicidad son ingredientes de la culpabilidad, pero su índole propia queda a salvo: una acción se imputa a la culpabilidad, cuando ha surgido de motivos reprochables; en cuanto establece el elemento psicológico de la culpabilidad, la imputación es una consideración causal. De la misma manera que el fin no es idéntico con el motivo, ni una consideración teleológica coincide con una causal, tampoco es el elemento subjetivo de la antijuridicidad una característica de la culpabilidad*”³⁵. En consecuencia, respondiendo a la pregunta sobre si el que actúa discriminatoriamente persigue una *finalidad discriminatoria*, y por tanto, se encuentra en el agente un especial ánimo que añada un plus de injusto al acto, diremos que este razonamiento incurre en un error manifiesto porque el agente no tiene por finalidad discriminar, no constituye un fin en sí mismo, pues precisamente quien actúa antijurídicamente y dicho acto se valora como un hecho discriminatorio, se *motiva* en la discriminación misma; por el contrario, quien persigue una finalidad puede determinar su voluntad por cualquiera de los móviles reprobados por el Derecho, o bien, amparados por él.

³² MAYER (2007), pp. 231 y ss. Comparte también esta postura Rodríguez Devesa, en RODRÍGUEZ (1994), p. 408.

³³ WELSEL, Hans (1976): “*Derecho Penal Alemán. Parte General*”, Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, Segunda edición castellana, pp. 89 y ss.

³⁴ Para una revisión y crítica de la subjetivización de la teoría jurídica del delito, véase: DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis (1990): “*Los Elementos Subjetivos del Delito. Bases metodológicas*”, Valencia: Tirant Lo Blanch.

³⁵ MAYER (2007), p. 233.

En conclusión, la pregunta que satisface el componente discriminación, consiste en el *por qué*, la que –a su vez– podrá ser respondida utilizando el *desde dónde*, ya que el componente discriminación se yergue como uno de los motivos que determinan la voluntad del agente provocando, en *razón* de ello, una mayor culpabilidad por reprochabilidad del móvil.

2. Consecuencias de la agravación por los motivos

Una vez que se han determinado los alcances de los motivos, la distinción y la naturaleza de la agravación, es preciso indicar –antes de materializar estas explicaciones en unos ejemplos– cuáles serán las consecuencias que se arrojan a partir de su análisis en el juicio de culpabilidad.

Por una parte, quien ejecuta el acto motivado por un motivo discriminatorio acarreará un mayor reproche, sea este autor o partícipe, pero excluimos desde ya su comunicabilidad por la propia naturaleza de la agravación.

En un segundo sentido, como se trata de una agravación subjetiva que recae en un elemento de la culpabilidad, su presencia o ausencia implicará la concurrencia del delito, de la agravación, o bien, una causa de exclusión de la propia culpabilidad. En este último caso cabe mencionar que el acto podrá seguir siendo antijurídico, por tanto, las responsabilidades que deriven de él, serán igualmente susceptibles de hacerse efectivas respecto de quienes participaron en el hecho.

Por último, puede ocurrir que concurra un especial motivo al momento de la determinación de la voluntad, pero luego este mute o bien, emerja uno nuevo. Esta situación, que en principio puede dar lugar a complicaciones, se puede esclarecer con el siguiente ejemplo “*un skinhead que lesiona a una persona a la que no conoce al grito de Heil Hitler no deja duda respecto de su actuar motivado por odio; si aprovecha la indefensión en que coloca a la víctima para robarle, el segundo motivo (lucro) no cancela el primero y determinante*”³⁶.

3. Casos: ejemplo de regulaciones penales agravadas por una finalidad y por motivos

Un claro ejemplo de lo que venimos diciendo lo podemos encontrar en la regulación internacional penal a propósito de los Crímenes Internacionales que son competencia de la Corte Penal Internacional (ICC) establecidos en el E.R., el cual se encuentra ratificado por nuestro país desde junio de 2009. Nos referimos al Crimen de Genocidio³⁷. El elemento de contexto que construye el mencionado crimen nos indica el propósito de la represión de este tipo de casos, se trata pues, de la comisión de determinados actos con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo de personas pertenecientes a los supuestos que indica el art. 6 del E.R. Dicha intención no debe interpretarse como mero dolo del autor, que en todo caso deberá estar presente

³⁶ ZAFFARONI (2008), p. 1746. Paréntesis nuestro.

³⁷ E.R, Artículo 5: “*Crímenes de la competencia de la Corte. 1. La competencia de la Corte se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. La Corte tendrá competencia, de conformidad con el presente Estatuto, respecto de los siguientes crímenes: a) El crimen de genocidio*”.

y abarcar, por cierto, todos los elementos típicos de la norma, sino que viene a exigir una finalidad en el autor, la finalidad de exterminio total o parcial, es decir, la finalidad genocida³⁸. Bien, en este caso se encuentra presente el elemento subjetivo de lo injusto expreso en el tipo, y en consecuencia, se exige la concurrencia de la finalidad para su castigo. Es dable señalar –como advierte Zaffaroni– que *“esta persecución y la finalidad genocida pueden obedecer a otra motivación diferente del odio (obtención de una ventaja económica, eliminar a un competidor del mercado, etc.)”*³⁹. Agreguemos por nuestra parte, que también podría motivarse en un móvil fútil, vil o incluso abyecto como el discriminatorio.

Algo distinto ocurre con el delito por odio en la legislación argentina, el cual se encuentra tipificado en el inciso 4° del art. 80 de su Código Penal, en este caso se castiga el homicidio cometido por placer, codicia, odio racial o religioso⁴⁰.

Este delito es un supuesto de mayor reproche de culpabilidad en razón de la motivación porque se considera que los móviles establecidos resultan reprobados en cuanto muevan a obrar antijurídicamente, de allí que se trate de una agravación de naturaleza subjetiva⁴¹, que debe resolverse en sede del juicio de culpabilidad en idénticos términos que el motivo discriminatorio.

VI. CRÍTICAS A LA AGRAVACIÓN POR LOS MOTIVOS EN EL MARCO DE UNA REGULACIÓN CONTRA LA DISCRIMINACIÓN

La preocupación por proteger cualitativa y cuantitativamente el o los bienes jurídicos que afecta un acto discriminatorio ha proliferado en la actualidad. Los esfuerzos en materia internacional ya se han plasmado en diversos cuerpos normativos, los cuales ya tuvimos oportunidad de mencionar en la primera parte de este trabajo; ahora similar suerte corren los esfuerzos en el ámbito nacional y en el derecho comparado⁴². La discriminación se ha vuelto una cuestión ineludible de examinar por cuanto el ejercicio del principio de igualdad se ha visto

³⁸ De este parecer es Zaffaroni, en ZAFFARONI (2008), p. 1742.

³⁹ ZAFFARONI (2008), p. 1742. También se señala por el autor que *“el objetivo persecutorio y la finalidad genocida son elementos del tipo y, por ende, la agravación responde a un mayor contenido ilícito de la conducta (...) el crimen que se dirige contra una víctima que pertenece a un grupo discriminado en razón de un prejuicio y con objeto persecutorio no impacta sólo a ésta, sino que es un mensaje que se envía a través de la víctima, basado en características que ésta no puede controlar, a todo el conjunto al que la víctima pertenece. De este modo es una suerte de terrorismo que se dirige a todo el grupo de pertenencia afectado por el perjuicio y que tiene el efecto de sembrar la inseguridad en ese conjunto”*.

⁴⁰ Art. 80 Código Penal Argentino, inciso 4°: *“Se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el artículo 52, al que matare: (...) 4° Por placer, codicia, odio racial o religioso. (...)”*.

⁴¹ ZAFFARONI (2008), p. 1742.

⁴² Para un estudio más acabado sobre las regulaciones en el Derecho Comparado, véase: POLITOFF, SERGIO (1999): *“Informe sobre los delitos de discriminación en el Derecho Penal Comparado. (A la luz del Proyecto de Ley sobre Discriminación Racial y Étnica (Boletín N° 2142-17)”* [en línea], En: *Ius et Praxis*, año/vol. 5, N°002, pp.193 – 213, [Fecha de consulta: 17/09/2012], Disponible en:

http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122002000200008&script=sci_arttext

fuertemente vulnerado dentro de sociedades atiborradas de conflictos sociales complejos, donde las propias mayorías se ven marginadas, insatisfechas, frustradas y empobrecidas.

En este contexto, la expansión de la regulación contra la discriminación, y en especial de aquellas que agravan la pena en razón de la culpabilidad por motivación más reprobable, ha sido objeto de las objeciones que identificamos a continuación.

En primer lugar, se ha señalado que mediante la incorporación de estas figuras se estaría castigando el pensamiento, las creencias u opiniones de los individuos. Frente a esta lógica objeción, ya que el pensamiento no delinque, diremos que efectivamente los motivos son representaciones afectivas, se vinculan con las emociones del agente, pues son motores que lo impulsan a actuar, y en ese sentido, bien podrán esas emociones fundarse en un prejuicio. Sin embargo, y como indica el autor argentino, no se pena el prejuicio, que es una mera actitud, sino la conducta delictiva que, además de lesionar el correspondiente bien jurídico, resulta más reprochable por ser discriminatoria. Precisamente ello ocurre porque toda emoción tiene un límite de tolerancia social, cuestión que deberá valorarse según las normas de cultura de cada sociedad.

Zaffaroni termina señalando a propósito del delito por odio en la Argentina: *“si bien nadie pretende penar el pensamiento o limitar el debate de ideas, nada de eso se hace al considerar la mayor reprochabilidad de la conducta de alguien que mata, viola, roba, lesiona o daña, motivado en el odio a un grupo que considera inferior”*⁴³. Detrás de estas ideas se encuentra la concepción de la culpabilidad que desarrollamos más arriba, pues la agravación por mayor culpabilidad en razón de la motivación no es ningún juicio por la conducta o por la personalidad⁴⁴.

Asimismo, se ha criticado que existe una dificultad insalvable en la prueba de este tipo de elementos. Frente a lo cual, responderemos que como toda referencia subjetiva deberá inferirse cuidadosamente de los datos objetivos reunidos en el proceso, con especial ahínco en descifrar el motivo determinante del delito, pero que no obstante las dificultades probatorias que puedan existir, habrá de hacer igual así como siempre se tendrá que probar que existió dolo o culpa para atribuir la responsabilidad.

VII. REGULACIÓN PENAL DE LOS MOTIVOS EN EL CÓDIGO PENAL CHILENO.

Nuestro Código Penal ha cobijado desde sus orígenes⁴⁵ algunas manifestaciones cuyo contenido dice relación con los motivos. De estas manifestaciones nos abocaremos a continuación.

⁴³ ZAFFARONI (2008), p. 1745.

⁴⁴ Sobre la personalidad del autor y la culpabilidad, véase: ZAFFARONI, E. Raúl (1999): *“Tratado de Derecho Penal. Parte General”*, Buenos Aires, Argentina: Ediar, Tomo IV, pp. 61 y ss.

⁴⁵ Para una revista de la historia legislativa de las circunstancias atenuantes y agravantes, ver: MATUS, Jean Pierre (2002): *“De las circunstancias que atenúan la responsabilidad criminal”*, En: *Texto y Comentario del Código Penal Chileno*, SERGIO POLITOFF LIFSCHITZ y LUIS ORTIZ QUIROGA (eds.), Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, Tomo I, p. 165; y KÜNSEMÜLLER, Carlos (2002): *“De las circunstancias que agravan la responsabilidad”*

1. *Circunstancias atenuantes*

En primer término, el Código contempla en el artículo 11 circunstancia cuarta: “[el] haberse ejecutado el hecho en vindicación próxima de una ofensa grave causada al autor, a su cónyuge, o su conviviente, a sus parientes legítimos por consanguinidad o afinidad en toda la línea recta y en la colateral hasta el segundo grado inclusive, a sus padres o hijos naturales o ilegítimos reconocidos”. Esta circunstancia atenuante de la responsabilidad penal es un claro ejemplo de una disminución de la culpabilidad por un motivo menos reprochable, ya que se considera la venganza como una reacción arraigada en la especie humana.

El fundamento de esta circunstancia es compartida por la clasificación que adopta Jean Pierre Matus a propósito de las atenuantes en el Código Penal chileno⁴⁶, esto es, la de atenuantes fundadas en los móviles del agente.

Junto con ella, se encuentra la circunstancia atenuante décima que consiste en: “haber obrado por celo de la justicia”. Este supuesto revela, al igual que el caso anterior, una disminución de la culpabilidad en razón de la motivación, pero fundándose –esta vez– en el celo del derecho o en el celo de lo que el agente se representa del derecho como justo⁴⁷.

2. *Circunstancias agravantes*

Siempre en el marco de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal, encontramos la única agravación por los motivos que establece el código, se trata de la circunstancia segunda: “cometerlo mediante precio, recompensa o promesa.”. El precio además de

criminal”, En: *Texto y Comentario del Código Penal Chileno*, SERGIO POLITOFF LIFSCHITZ y LUIS ORTIZ QUIROGA (eds.), Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, Tomo I, p. 187.

⁴⁶ ÍDEM. “C) Clasificación. La clasificación de las *atenuantes genéricas* del art. 11 más utilizada en la actualidad es la propuesta por ETCHEBERRY II, 15, quien atendiendo al fundamento de cada circunstancia distingue entre eximentes incompletas (P, en relación con los arts. 71, 72 y 73), atenuantes fundadas en los móviles del agente (3-, 4-, 5- y 10-), atenuantes relativas a la personalidad del sujeto (6-) y atenuantes que se fundan en la conducta del autor posterior al delito (7-, 8- y 9-).” Hacemos reserva de la naturaleza de las circunstancias tercera y quinta por obedecer a fundamentos distintos, a saber: la primera de las mencionadas posee un carácter objetivo que implicará un menor injusto; mientras que la segunda, debe interpretarse como una circunstancia de naturaleza subjetiva, pero que produce el efecto de disminuir la culpabilidad en razón de una menor imputabilidad.

⁴⁷ ÍDEM. p. 186. “...Se entiende que el “celo por la justicia” no se refiere únicamente al “servicio público”, sino a la idea de “lo justo”, cuyo concepto es, sin embargo, discutido: así, mientras CURY II, 118, lo identifica con la virtud de “dar a cada cual lo suyo”; ETCHEBERRY II, 22, lo limita a la “actitud necesaria o al menos conveniente para que la ley se imponga”; en tanto que GARRIDO I, 190, se limita a sostener que “la voz justicia’ se ha empleado en sentido amplio, genérico”.

pertenecer a ese tipo de circunstancias, construye un caso de homicidio calificado, a saber el asesinato⁴⁸.

Sobre esta circunstancia diremos que en semejanza con los casos anteriores, su fundamento se encuentra en la parte motivadora del juicio de reproche, la que sin embargo, se ve agravada porque el agente obra impulsado por un móvil más reprobable por el Derecho, cual es, la obtención de lucro⁴⁹.

Hasta el día 23 de julio del presente año esta circunstancia se alzaba como la agravación que contenía el lucro como único móvil abyecto dentro de nuestra legislación penal nacional. Un día después, entró en vigencia una ley que dio amplitud a la exigua regulación sobre esta materia⁵⁰.

VIII. CONCLUSIONES

A lo largo de este trabajo se ha elaborado una argumentación que intenta responder la pregunta sobre si un acto típico y antijurídico que resulta discriminatorio puede resolverse en sede de culpabilidad. Bien, efectivamente es un componente que debe analizarse desde la perspectiva del juicio de culpabilidad porque en ella encuentra su fundamento.

Se llega a esta primera conclusión en base al análisis de los elementos de la culpabilidad, dentro de los cuales se encuentra la parte motivadora, de allí que la agravación que imprime un acto discriminatorio se funde en las representaciones afectivas que tiene el sujeto activo, las cuales lo impulsan a determinar su voluntad en dicho sentido.

Añadamos a esto, la conclusión sobre la naturaleza y ámbito de aplicación de los motivos, y su distinción de aquellos elementos subjetivos que eventualmente concurren en la antijuridicidad, evitando con ello la confusión entre los motivos y los fines, poniendo.

Por último, atendiendo a la graduación del elemento culpabilidad, conseguimos ubicar los motivos como una unidad que disminuye o agrava la responsabilidad, pero que en el caso concreto del móvil discriminatorio, cumple con el segundo carácter, aumentando la culpabilidad por un reproche en razón de la motivación⁵¹.

⁴⁸ Art. 391. Del Código Penal chileno: *“el que mate a otro y no esté comprendido en el artículo anterior, será penado: 1° Con presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo, si ejecutare el homicidio con alguna de las circunstancias siguientes: (...) Segunda. Por premio o promesa remuneratoria”*.

⁴⁹ Sobre la naturaleza subjetiva de esta agravante: RODRÍGUEZ (1994), p. 743.

⁵⁰ Ley de la República de Chile N° 20.609, publicada con fecha 24 de julio de 2012 por el Diario Oficial Nacional.

⁵¹ En abono de esta última tesis Jiménez de Asúa comenta que *“también los motivos –y ahora es propio usar semejante término- gradúan la culpabilidad. De ordinario, una vez afirmada la culpabilidad, concurren circunstancias que la agravan o atenúan, según los móviles del agente (...) Obrar con un móvil bajo o inmoral, es causa de que la culpabilidad aparezca aumentada; en cambio, proceder con arrebatos y obcecación, por vindicta de ofensa grave, en estado de miseria, etc., etc., originan una menor culpabilidad.”*. JIMÉNEZ DE ASÚA (1976), p. 237.

BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA

___BARATTA, Alessandro (1985): “*Integración-Prevención: Una “Nueva” Fundamentación de la Pena dentro de la Teoría Sistémica*”, En: *Criminología y Sistema Penal*, Cap. I, Buenos Aires, Argentina: Editorial B de F.

___CURY, Enrique (2005): “*Derecho Penal. Parte General*”, Santiago de Chile: Universidad Católica de Chile, Séptima edición.

___(2011): “*De la Normativización de la Culpabilidad a la Normativización de la Teoría del Delito*”, En: *Cem Anos de Reprovação. Uma Contribuição Transdisciplinar para a crise da Culpabilidade*, Brasil: Revan.

___DE RIVACOBA, Manuel (1969): “*La Obediencia Jerárquica en el Derecho Penal*”, Valparaíso, Chile: Edeval.

___(1993): “*Función y aplicación de la pena*”, Buenos Aires, Argentina: Depalma.

___DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis (1990): “*Los Elementos Subjetivos del Delito. Bases metodológicas*”, Valencia: Tirant Lo Blanch.

___ETCHEBERRY, Alfredo (1998): “*Derecho Penal. Parte General*”, Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, Tomo I, Tercera edición.

___GOLDSCHMIDT, James (2002): “*La Concepción Normativa de la Culpabilidad*”, Trad. y notas por MARGARETHE DE GOLDSCHMIDT y RICARDO C. NÚÑEZ, En: *Colección Maestros del Derecho Penal*, N° 7, Argentina: B de F.

___JAKOBS, Günther (2010): “*¿Daño social? Anotaciones sobre un Problema Teórico Fundamental en el Derecho Penal*”, Trad. y notas por MIGUEL POLAINO-ORTS, En: *Cuadernos de política criminal*, España: Dykinson, segunda época N° 100.

___JAKOBS (2000): “*Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*”, Trad. y notas por MANUEL CANCIO MELIÁ y BERNARDO FEIJÓO SANCHEZ Madrid, España: Civitas,

pp. 64 – 65. Título alemán; «Das Strafrecht zwischen Funktionaüsmus und "alteuropäischem" Prinzipiendenken. Oder: Verabschiedung des "alteuropäischen" Strafrechts?».

___JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis (1976): “*Tratado de Derecho Penal*”, Tomo V, Buenos Aires, Argentina: Tercera edición, Losada, S.A.

___KÜNSEMÜLLER, Carlos (2002): “*De las circunstancias que agravan la responsabilidad criminal*”, En: *Texto y Comentario del Código Penal Chileno*, SERGIO POLITOFF LIFSCHITZ y LUIS ORTIZ QUIROGA (eds.), Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, Tomo I.

___MATUS, Jean Pierre (2002): “*De las circunstancias que atenúan la responsabilidad criminal*”, En: *Texto y Comentario del Código Penal Chileno*, SERGIO POLITOFF LIFSCHITZ y LUIS ORTIZ QUIROGA (eds.), Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, Tomo I.

___MAYER, Max Ernst (2007): “*Derecho Penal. Parte General*” Trad. y notas por Sergio Politoff Lifschitz, En: *Colección Maestros del Derecho Penal*, Argentina: B de F.

___MEZGER, Edmundo (1935): “*Tratado de Derecho Penal*”, Trad. y notas por JOSÉ ARTURO RODRÍGUEZ MUÑOZ, Madrid: Revista de Derecho Privado Madrid, Tomo I, Segunda edición.

___MEZGER, Edmundo (1957): “*Tratado de Derecho Penal*”, Tomo II, Trad. y notas de JOSÉ ARTURO RODRÍGUEZ MUÑOZ, Madrid: Tercera edición, Revista de Derecho Privado Madrid.

___NÁQUIRA, Jaime (2008): “Principios y Penas en el Derecho Penal Chileno” [formato PDF], En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N° 1695-0194. [Fecha de consulta: 17/9/2012], Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/10/recpc10-r2.pdf>

___NOVOA, Eduardo (2005): “*Curso de Derecho Penal Chileno. Parte General*”, Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, Tomo I, Tercera edición.

___POLITOFF, Sergio (1999): “*Informe sobre los delitos de discriminación en el Derecho Penal Comparado. (A la luz del Proyecto de Ley sobre Discriminación Racial y Étnica (Boletín N° 2142-17))*” [en línea], En: *Ius et Praxis*, año/vol. 5, N°002. [Fecha de consulta: 17/09/2012], Disponible en:

http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718001220020002000008&script=sci_arttext

___RODRÍGUEZ DEVESA, José María (1994): “*Derecho Penal Español. Parte General*”, Madrid: Dykinson, decimoséptima edición.

___WELSEL, Hans (1976): “*Derecho Penal Alemán. Parte General*”, Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, Segunda edición castellana.

___ZAFFARONI, Eugenio Raúl (2008): “*Observaciones sobre la Delincuencia por odio en el Derecho Penal argentino*”, En: *Estudios Penales en Homenaje a ENRIQUE GIMBERNAT*, Madrid: Edisofer, Tomo II.

___(1999): “*Tratado de Derecho Penal. Parte General*”, Buenos Aires, Argentina: Ediar, Tomo IV.

LEGISLACIÓN UTILIZADA

___CÓDIGO PENAL CHILENO DE 12 DE NOVIEMBRE DE 1874.

___LEY DE LA REPÚBLICA DE CHILE N° 20.609, PUBLICADA CON FECHA 24 DE JULIO DE 2012 POR EL DIARIO OFICIAL NACIONAL.

ARTÍCULOS DE OPINIÓN

**ARTÍCULO DE OPINIÓN: VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LA LEY
RESPECTO DE LOS DELITOS DE SECUESTRO Y DETENCIÓN ILEGAL EN EL CÓDIGO
PENAL CHILENO**

Diana Valdés Aguayo*

En el contexto de las actuales movilizaciones de protesta nacional e internacional, surgen situaciones de actuaciones fuera del marco legal por parte de funcionarios públicos, específicamente de la policía, dentro de las cuales, quizás una de las más repetidas prácticas reprochables, están las detenciones ilegales; es decir, aquellas que se realizan de forma irregular. En nuestro procedimiento penal, el hecho de que la detención sea declarada ilegal por el Juzgado de Garantía no obsta a que la persona pueda igualmente ser formalizada por el delito que se le imputa, por lo que es de gran interés dar una revisión más profunda a este tipo penal, especialmente porque en nuestra doctrina nacional no se encuentran estudios pormenorizados sobre esta materia.

El Código Penal en el Título III de su Libro II, contempla los crímenes y simples delitos que afectan derechos garantizados por la Constitución. En el párrafo 3 encontramos los crímenes y simples delitos contra la libertad y seguridad, cometidos por particulares, y el párrafo 4 contiene los agravios inferidos por funcionarios públicos a los derechos garantidos por la Constitución.

El primer delito que contempla el párrafo 3 es el delito de secuestro del artículo 141, que tal como señala el encabezado de este párrafo, el bien jurídico que protege es la libertad; en este tipo penal en específico se trata de la libertad ambulatoria.

El artículo 141 en sus primeros cuatro incisos señala lo siguiente:

*“El que sin derecho encerrare o detuviere a otro privándole de su libertad, comete el delito de secuestro y será castigado con la pena de presidio o reclusión menor en su grado máximo.
En la misma pena incurrirá el que proporcionare lugar para la ejecución del delito.
Si se ejecutare para obtener un rescate o imponer exigencias o arrancar decisiones será castigado con la pena de presidio mayor en su grado mínimo a medio.
Si en cualesquiera de los casos anteriores, el encierro o la detención se prolongare por más de quince días o si de ello resultare un daño grave en la persona o intereses del secuestrado, la pena será presidio mayor en su grado medio a máximo”.*

* Egresada de Derecho, Universidad de Valparaíso, Chile. Correo electrónico: dianas.valdez@gmail.com

A su vez, en el párrafo 4 relativo a los delitos cometidos por funcionarios públicos, el primer delito que se regula, en un sentido homólogo al anterior, es el delito de detención ilegal del artículo 148, el que también tiene por objeto proteger como bien jurídico la libertad ambulatoria. El artículo 148 dispone:

“Todo empleado público que ilegal y arbitrariamente desterrare, arrestare o detuviere a una persona, sufrirá la pena de reclusión menor y suspensión del empleo en sus grados mínimos a medios. Si el arresto o detención excediere de treinta días, las penas serán reclusión menor y suspensión en sus grados máximos”.

Como podemos apreciar, ambos delitos están regulados en un sentido de equiparación, en cuanto el bien jurídico que se intenta proteger cual es la libertad ambulatoria, siendo la principal diferencia la calidad del sujeto activo que comete el delito: en el primer caso es el particular; en el segundo, un funcionario público. Además, el tipo penal del artículo 148 contiene el verbo rector de “desterrar”, lo que se entiende por la calidad del sujeto activo en cuanto a la posibilidad de poder cometer esta acción por tratarse de un funcionario público.

Llama especialmente la atención la penalidad que contiene uno y otro tipo penal, ya que las penas contempladas para el delito cometido por el funcionario público, tal como se destaca en los artículos citados precedentemente, son bastante más benevolentes que las contempladas para el delito cometido por un particular, teniendo presente además que existe un plus de injusto en el delito cometido por funcionario público debido precisamente a la calidad de autoridad pública de la que se encuentra revestido y, por tanto, la vulnerabilidad a la seguridad jurídica a la que se ve afectada la víctima, que sería consecuencia del hecho de ser cometido por un representante del Estado en el ejercicio de sus funciones con respecto al poder que se le otorga para ejercerlas. Lo anterior, teniendo en cuenta al Estado como el principal garante de las libertades y derechos fundamentales de los ciudadanos y, al mismo tiempo, como aquél que más poder tiene para vulnerarlos. Este plus de injusto está consagrado en el Código Penal precisamente en el artículo 12 que señala las circunstancias que agravan la responsabilidad criminal. La circunstancia octava contiene el “prevalecerse del carácter público que tenga el culpable” para cometer el delito.

Esta diferenciación de las penas entre los dos delitos se acentúa en los supuestos que contienen ambos artículos, en que la privación de libertad ambulatoria se prolonga en el tiempo: cuando el secuestro excediere de quince días, se contempla una pena de presidio mayor en su grado medio a máximo (diez años y un día a veinte años), lo que es una pena bastante severa, y cuando la detención ilegal excediere de treinta días, se contempla una pena de reclusión menor y suspensión en sus grados máximos (tres años y un día a cinco años). La diferenciación arbitraria que se hace en estas disposiciones es evidente; primero se fija un plazo mucho menor (quince días) para agravar la pena del secuestro en relación al plazo doble (treinta días) que se le otorga a la detención ilegal; y en segundo lugar, las penas son desproporcionadamente desiguales, dando un claro trato privilegiado al funcionario público que comete el delito.

Esta legislación que contempla el Código Penal es una herencia del antiguo Código Penal español, en que se contemplaban ambos delitos con una similar forma de penalidad, diferenciada en que el funcionario público era privilegiado en relación al particular que cometiera el delito; sin embargo, este defecto, que claramente vulnera el principio de igualdad fue corregido en el actual Código Penal español de 1995.

En los comentarios doctrinales de estos delitos del antiguo Código Penal español podemos apreciar las mismas críticas que deben hacerse a nuestra actual legislación, así Rodríguez Devesa¹ señala que es criticable “(...) *la tradicional benignidad de las penas que nuestras leyes vienen estableciendo para estos delitos. Benignidad que, unida a factores psicológicos y sociales difíciles de combatir, hace que la imagen de la inmoralidad intrínseca de estos hechos palidezca, al compás que la cifra negra se mantiene muy elevada (...)*”.

Quintano Ripollés², a su vez señala que “(...) *ambos apartados protegen penalmente bienes o intereses que afectan la integridad moral de la persona, con idéntica dinámica de acción y a veces el mismo nombre; por lo que bien pudiera haberse ahorrado uno de los dos grupos, más bien el de los funcionarios, por ser específico, al modo de como suele acontecer en no pocas legislaciones y sistemas científicos, los alemanes e italianos entre ellos. Con hacer constar determinadas alusiones agravatorias o típicas para el supuesto de ostentar el infractor la calidad de autoridad o funcionario se simplifica ciertamente el tratamiento, evitando una aparente reiteración de tipologías paralelas (...)*”.

En el mismo sentido crítico, Rodríguez Ramos³ dice que “(...) *se ha de tener en cuenta que, en términos generales, el Código considera como una circunstancia agravante el “prevalecerse del carácter público que tenga el culpable”, y que las detenciones ilegales cometidas por funcionarios públicos, puesto que es necesario para la estimación del delito el dolo del agente manifestado en “la inexistencia palpable y evidente” de motivo legal que justifique la detención, aquél que abusa de hecho del carácter de público. Por ello, lógicamente deberían castigarse estos delitos con mayor rigor que las detenciones ilegales ejecutadas por particulares. Es también correcto estimar, conforme a una acertada técnica jurídico-penal, que en caso de no existir en el Código la tipificación legal de las detenciones ilegales cometidas por funcionarios públicos, tales hechos se castigarían como delito de detención ilegal cometido por particulares con la citada agravante del artículo 10, núm. 10. De todo lo cual se deduce que estos tipos penales de hecho no vienen a sancionar especialmente a los agentes de la Administración pública, sino más bien privilegian su situación penal dentro del marco general de las detenciones arbitrarias*”.

¹ RODRÍGUEZ DEVESA, José María (1995): “*Derecho Penal español, parte especial*”, España: Editorial Dykinson, p. 786.

² QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio (1972): “*Tratado de la parte especial del derecho penal: Infracciones contra la personalidad*”, Tomo I, Vol. II, España: Editorial Revista de derecho privado, p. 884.

³ RODRÍGUEZ RAMOS, Luis (1975): “*Sobre los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes*”, España: Editorial Tecno, pp. 250 – 251.

Las citas precedentes demuestran que estamos frente a un trato privilegiado del funcionario público que comete el delito de detención ilegal, tanto así, que dentro de la doctrina española que analizó estos delitos homólogos a los de nuestra actual legislación, hubo discusiones respecto a su interpretación de modo de que no pudiera llegar a concluirse que efectivamente se les estaba dando un trato privilegiado a los funcionarios públicos, dando una interpretación forzada de estos tipos penales que finalmente no llegaban a otra conclusión que la misma que pretendían evadir⁴.

En el actual Código Penal español, como me referí anteriormente, este defecto fue subsanado, y en el preámbulo de la LO 5/2010, que lo actualizó el año 2010, podemos observar en su capítulo XXVIII la referencia que hace a la modificación de la penalidad de estos delitos: “En cuarto lugar, y en consonancia con el objetivo de tutela y respeto a los derechos fundamentales, se ha eliminado el régimen de privilegio de que hasta ahora han venido gozando las injerencias ilegítimas de los funcionarios públicos en el ámbito de los derechos y libertades de los ciudadanos. Por tanto, se propone que las detenciones, entradas y registros en el domicilio llevadas a cabo por autoridad o funcionario fuera de los casos permitidos por la Ley, sean tratadas como formas agravadas de los correspondientes delitos comunes, y no como hasta ahora lo han venido siendo, esto es, como delitos especiales incomprensible e injustificadamente atenuados”.

En fundamentación de lo anterior, se puede afirmar que las disposiciones en análisis constituyen claramente una violación al principio de igualdad en la ley, ya que se les da un trato privilegiado a los funcionarios públicos que cometen detención ilegal en relación a las penas contempladas para el mismo delito cometido por particular, que se diferencia en su nomenclatura como delito de secuestro.

El principio de igualdad está consagrado en varias disposiciones de la Constitución Política de la República, a saber: el artículo 1 inciso 1, 4, 5; artículo 6 inciso 2; artículo 15, artículo 18, y principalmente en el artículo 19 N° 2 inciso 1, 2, 3, 4; N° 3, N° 6; N° 7; N° 9; N° 12, N° 15 inciso 5; N° 16 inciso 2 y N° 20.

Para el presente análisis importan especialmente el artículo 19 N° 2 que consagra: “La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”.

Según señala Rodolfo Figueroa⁵, el principio de igualdad en la Constitución Política se encuentra consagrado tanto en su aspecto de igualdad en la ley como igualdad ante la ley en el

⁴ QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio (1972), p. 885; MUÑOZ CONDE, Francisco (1976): “*Derecho Penal, Parte especial*”, España: Editorial Publicaciones de la Universidad de Sevilla, p. 112; CÓRDOBA RODA, Juan (1978): “*Comentarios al Código Penal, Tomo II (Artículos 120-340 bis c)*”, España: Editorial Ariel, p. 184.

⁵ FIGUEROA, Rodolfo (2009): “*Igualdad y discriminación*”, [en línea; formato PDF], Disponible en: <http://www.derechoshumanos.udp.cl/wp-content/uploads/2009/07/ihualdad-y-no-discrim.pdf>, p. 27 y siguientes.

artículo 19 N° 2. Frente a las disposiciones penales en comento, nos encontramos con un caso de violación del principio de igualdad en la ley, ya que este principio es una exigencia referida a los contenidos mismos de la ley, en el sentido en que ellos deben satisfacer un determinado estándar de igualdad, por lo que viene a ser una cláusula que limita el proceder del órgano legislativo; en cambio, el principio de igualdad ante la ley es una exigencia que apunta a la aplicación de la misma y no al contenido de ésta.

Claramente en el último inciso encontramos esta consagración del principio de igualdad en la ley cuando se señala: “Ni ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”. Además, el primer inciso se refiere a la prohibición de que se privilegie a personas o grupos, con lo cual el sistema jurídico no admite “la exención de una obligación o ventaja especial” sin que exista una razón objetiva para ello⁶. En los delitos analizados la razón objetiva no existe para darle el privilegio a los funcionarios públicos, es más, en virtud del artículo 12 N° 8 del Código Penal se demuestra el plus de injusto y por lo tanto la pena más alta que debiese tener el delito cometido por funcionario público y nunca la pena irrisoria que se contempla actualmente.

De la categorización anterior, se sigue como principal consecuencia que cuando se infringe la igualdad en la ley es la norma legal la que trasgrede la igualdad, de modo que estarán disponible sólo los mecanismos que permiten impugnar normas, a saber, el control preventivo que practica el Tribunal Constitucional o la acción de inaplicabilidad ante la Corte Suprema, siendo el recurso de protección improcedente para estas violaciones. Es por ello que esta vulneración del principio de igualdad es especialmente grave, porque además de afectar en estricto rigor la igualdad entre el particular y el funcionario público que comete el mismo delito respecto a las penas que se les imputa, dota al funcionario público de un privilegio que lo hace “superponerse” al sistema jurídico y con ello, en materia de política criminal, fomentar la indiferencia o el aprovechamiento de este tipo penal por parte del funcionario público para cometer arbitrariedades en desmedro de los particulares, afectando un bien jurídico tan reconocido y apreciado en todas las legislaciones como es la libertad.

Finalmente, no queda más que afirmar que los preceptos analizados, en específico el delito de detención ilegal cometido por funcionario público, viola el derecho de igualdad en la ley que consagra la Constitución Política en el artículo 19 N° 2, por lo que derechamente es un precepto inconstitucional que debiese ser modificado para corregirse y poder estar en armonía con los derechos fundamentales que consagra tanto la Constitución como los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentran actualmente vigentes, tal como lo hizo la legislación española.

La violación al principio de igualdad en este delito es especialmente grave teniendo en cuenta que el delito contempla la protección de la libertad ambulatoria, pero también se relaciona

⁶ FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel (2001): *“Principio de igualdad ante la ley”*, Chile: Editorial Jurídica ConoSur Ltda., p. 120.

con la protección a la integridad física y psíquica de la persona detenida arbitrariamente, ya que es común que en el contexto de detenciones ilegales cometidas por funcionarios públicos se apliquen apremios ilegítimos o tortura física o psíquica e incluso violencia sexual contra la persona detenida.

Las detenciones ilegales son mucho más frecuentes que los secuestros cometidos por particulares, existe una alta cifra negra respecto de este delito, más aún en nuestro país en que estas detenciones son cometidas por funcionarios de la policía, principalmente Carabineros de Chile, y que de acuerdo a nuestra legislación, si bien el delito está contemplado tanto en el Código Penal como también el Código de Justicia Militar, estos funcionarios están sujetos al derecho adjetivo especial de la competencia de los tribunales militares en que el procedimiento es bastante más “oscuro” que el contemplado en el Código Procesal Penal, haciendo aún más dificultosa la obtención de “justicia” para la víctima.

Tal como demuestra la historia legislativa de este delito en España, el reconocimiento de que representantes del Estado deban someterse a la justicia penal por sus actos arbitrarios que ofenden bienes jurídicos de gran relevancia, es reciente en la historia y se considera un triunfo del liberalismo frente al absolutismo monárquico; sin embargo, en nuestro país no hemos avanzado en los siglos de la evolución jurídica que reconoce que es el propio Estado, mediante sus representantes, el ente capaz de cometer los peores crímenes y el único que tiene la fuerza política, económica y coercitiva para reducir a las personas en instrumentos u objetos de delitos que violan sus derechos fundamentales.

BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA

___CÓRDOBA RODA, Juan (1978): “*Comentarios al Código Penal, Tomo II (Artículos 120-340 bis c)*”, España: Editorial Ariel.

___Gracia, Martín; Díez, Ripollés (1993): “*Delitos contra bienes jurídicos fundamentales, vida humana independiente y libertad*”, España: Editorial Tirant lo Blanch.

___FIGUEROA, Rodolfo (2009): “*Igualdad y discriminación*”, [en línea; formato PDF], Disponible en: <http://www.derechoshumanos.udp.cl/wp-content/uploads/2009/07/ihualdad-y-no-discrim.pdf>.

___FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel (2001): “*Principio de igualdad ante la ley*”, Chile: Editorial Jurídica ConoSur Ltda.

___MUÑOZ CONDE, Francisco (1976): “*Derecho Penal, Parte especial*”, España: Editorial Publicaciones de la Universidad de Sevilla

___MERA FIGUEROA, Jorge (1998): “*Derechos humanos en el derecho penal chileno*”, Chile: Editorial Lexis Nexis.

___QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio (1972): “*Tratado de la parte especial del derecho penal: Infracciones contra la personalidad*”, Tomo I, Vol. II, España: Editorial Revista de derecho privado.

___RODRÍGUEZ DEVESA, José María (1995): “*Derecho Penal español, parte especial*”, España: Editorial Dykinson.

___RODRÍGUEZ RAMOS, Luis (1975): “*Sobre los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes*”, España: Editorial Tecno.

Recensiones

**RESEÑA: SQUELLA NARDUCCI, AGUSTÍN. *Deudas Intelectuales*. Santiago:
Ediciones Universidad Diego Portales, 2013 (214 pp.)**

*María Beatriz Arriagada**

I. INTRODUCCIÓN

Como el autor puntualiza, las deudas que en este libro paga son de gratitud. El tipo de deuda contraída con Hans Kelsen, Norberto Bobbio, Jorge Millas y Carlos León es pues, principalmente, la razón que justifica su consideración conjunta en este libro, no obstante que al autor del mismo no se le escapan las relaciones de afinidad y en ciertos casos de influencia que existieron entre ellos.

En este sentido, cabe destacar que a través de un ameno relato, que en algunas ocasiones va entrelazando a los personajes del libro, el autor deja que los diversos hechos que formaron parte de la biografía de aquéllos así como las ideas que los mismos manifestaron hablen por sí solas, con dos importantes aciertos:

En primer lugar, el de no aburrir al lector haciendo explícitas todas las semejanzas que podrían encontrarse entre los protagonistas del libro, a la vez que tampoco pretende someterlos a un constante contrapunto.

El segundo acierto consiste en que, al no haberse cedido a la tentación de forzar las generalizaciones, el libro permite que la particularidad del caso de cada uno de sus personajes no quede oscurecida bajo la abstracción ni sus rasgos distintivos exagerados en el intento por marcar las diferencias; esto último, en la medida en que la búsqueda de la diferencias siempre supone, aunque sólo sea de modo inconsciente, la equiparación de los demás aspectos (precisamente los que no se tratan de diferenciar).

Es pues un libro entretenido que, junto con dar cuenta de las razones que justifican las deudas que el autor afirma tener, muestra, que hay lo que podría llamarse un “parecido de familia” entre Kelsen, Bobbio, Millas y León. Subrayo la palabra “muestra” porque el libro no lo dice expresamente. Mejor que eso, estimula la reflexión y la imaginación del lector en esa dirección.

* Doctora en Derecho. Profesora de Introducción al Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales. Comentarios realizados al libro ‘Deudas intelectuales’ en su presentación en la Universidad Diego Portales, con fecha 30 de septiembre de 2013.

Me gustaría entonces resaltar sólo un par de ideas que aproximan a los personajes de este libro y que éste logra poner de manifiesto; en este contexto, polemizar con una afirmación del autor; y finalmente formular una reflexión o más bien esbozar un argumento a favor de un tipo de ética que, a mí parecer, puede extraerse de la lectura de este libro.

1. Dejo momentáneamente fuera a Carlos León, por razones que aclararé hacia el final, por lo que me concentraré en dos ideas estrechamente vinculadas que Kelsen, Bobbio y Millas defendieron tanto a través de sus dichos como a través de sus acciones: el rechazo a la violencia y la democracia procedimental que, como resalta el autor del libro, siguiendo a Kelsen, es, por definición, deliberativa:

II. KELSEN:

El profesor Squella destaca que según Kelsen, en lugar del ideal de la justicia (que consideraba irracional), en la esfera racional surge inevitablemente la idea de la paz, es decir, la coexistencia pacífica de distintos e incluso contradictorios ideales de justicia, ninguno de los cuales puede ser excluido en nombre de la verdad de otro u otros, dejando la solución transitoria de la disputa en manos de quienes en una democracia participan periódicamente en las elecciones.

Se remarca asimismo que la democracia, para Kelsen, es discusión y, por ello, *“el resultado del proceso formativo de la voluntad política es siempre la transacción, el compromiso”*, un procedimiento que la democracia prefiere a la imposición violenta de la voluntad de unos sobre la de los otros.

III. BOBBIO:

El libro pone de relieve que Bobbio identificó al hombre moderado con el no violento y a la templanza con el rechazo de la violencia contra quien sea.

Asimismo, se destaca que, reconociendo la influencia de Kelsen (según el cual el derecho es el instrumento para conseguir relaciones pacíficas entre los hombres y entre los estados), Bobbio sostuvo que el principal fin del derecho es la paz y no la justicia y que defendió, como Kelsen, la democracia como forma de gobierno aunque al mismo tiempo denunció sus promesas incumplidas. Como destaca el libro, lo que más inquietó a Bobbio en 1968 fue la embestida estudiantil contra la democracia, a los cuales dijo: *“Negáis la democracia que os ha permitido ser libres”*.

IV. MILLAS

El profesor Squella describe a Millas como un hombre que tuvo horror a violencia viniera del lado que viniera.

Asimismo el libro transcribe parte del discurso que Millas pronunció en el teatro Caupolicán en contra la Constitución de 1980 y, en este contexto, sus reflexiones en torno a la democracia; particularmente su desnaturalización bajo pretexto de su protección y la importancia del desafío de salvar a la democracia mediante las instituciones realmente democráticas, instauradas con el auténtico consentimiento ciudadano.

Se destaca también que Millas consideró a la democracia como un hábito que necesita ser conscientemente cultivado, cuyo abandono produjo la crisis de 1973, así como su propuesta de revisar nuestras instituciones, más sin caer en el peligro de que esto sea un pretexto para negar la democracia.

2. En este contexto, me gustaría discutir una afirmación del autor del libro:

El profesor Squella afirma que Bobbio es parecido a Kelsen en su disposición a escuchar argumentos que podían oponérsele y a cambiar sus propios puntos de vista, en su positivismo, en su rigor analítico, en su defensa de la democracia, en su constante esfuerzo por promover conjuntamente los valores de la libertad y la igualdad, y en su crítica al marxismo y al comunismo. Pero a continuación afirma: *“En lo que Bobbio y Kelsen no coincidieron fue en la atención que dispensaron a los derechos humanos. El filósofo austríaco los ignoró, mientras Bobbio fue un estudioso del tema y los consideró como derechos históricos”*

No comparto que Kelsen haya ignorado a los derechos humanos:

Si cabe distinguir a Kelsen y a Bobbio en cuanto a su posición frente a estos derechos, me parece que la diferencia no debiera trazarse en la atención que a ellos le dispensaron sino en la forma en que los entendieron, al menos en lo que respecta a los derechos humanos consagrados en las constituciones.

Mientras Bobbio concebía los derechos humanos como precondiciones de la democracia (de hecho afirmaba que ellos son el presupuesto necesario del correcto funcionamiento del procedimiento democrático), Kelsen los consideraba constitutivos de la democracia misma.

El profesor Squella de hecho recuerda que Kelsen fue consciente de que la democracia es sólo gobierno de la mayoría y no tiranía de ésta, por lo que propició la defensa de los derechos de la minoría así como su representación proporcional en el parlamento, pero no profundiza en este punto.

El punto es que, de acuerdo con Kelsen, la mayoría supone, por definición, una minoría, de modo tal que la democracia, antes que a un gobierno efectivo de la mayoría, se dirige en

realidad a la formación de una voluntad colectiva que es la resultante de un equilibrio de fuerzas aproximadamente equivalentes y, por tanto, a la consecución de compromisos.

Entendida la minoría como una pieza fundamental de la democracia, tiene pleno sentido que la Constitución exprese, como sostenía Kelsen, una decisión de autolimitación consistente en que ciertos bienes o esferas de intereses (como la libertad personal, la libertad de conciencia o la igualdad) sólo pueden ser afectados por la dictación de normas aprobadas mediante un acuerdo entre mayoría y minoría.

Pero como Kelsen precisa, la sola incorporación de un catálogo de derechos fundamentales en la Constitución no garantiza que tales bienes o esferas de intereses, no vayan a ser afectados. Para ello es necesario que exista alguna forma de controlar que las normas jurídicas se ajusten a la Constitución, concretamente que la dictación de normas de esta clase sea sancionada o invalidada.

Admitiendo que obligar a un órgano legislativo colectivo a no dictar normas inconstitucionales es casi imposible por motivos técnicos, la tesis central de Kelsen es que estos “derechos” sólo aparecen cuando el control de constitucionalidad de las normas se hace depender, al menos parcialmente, de una decisión de los individuos. De este modo, no son el reflejo o el correlato de obligaciones del Estado, como frecuentemente se cree, sino auténticas potestades de participación en la producción del orden jurídico, semejantes a los llamados derechos políticos, como el derecho a sufragio.

Desde este punto de vista, tener un “derecho fundamental” sólo significa tener el poder jurídico de tomar parte en las decisiones judiciales de invalidación general o particular de normas jurídicas que son inconstitucionales por no haber sido producidas de acuerdo al modo de producción definido para reformar la constitución, que es el que precisamente requiere del acuerdo entre mayoría y minoría. ¿Cómo?: iniciando mediante una acción, el procedimiento destinado a invalidar tales normas; y todo ello en el entendido que un acto de invalidación de una norma es equivalente a un acto de creación de una norma.

Entendidos como potestades de participación política, cobra entonces sentido la afirmación kelseniana de que la función esencial de los llamados derechos y libertades fundamentales o derechos humanos y civiles garantizados en las constituciones es la protección de la minoría. Y cobra asimismo sentido la afirmación de que la decisión de autolimitación expresada en las normas constitucionales supone que el catálogo de derechos fundamentales y libertades públicas ha dejado de ser un instrumento de protección del individuo frente al Estado para convertirse en un medio para la protección de una minoría cualificada frente a la mera mayoría absoluta. Pues cuanto más fuerte es la minoría tanto más deviene la política de la democracia en una política del compromiso.

3. Más allá de esta discusión teórica y de sus alcances, me parece que así como a la defensa de la democracia subyace el rechazo a la violencia, a este último subyace un profundo respeto hacia los derechos humanos. Este respeto está presente en Kelsen, no obstante su conocido escepticismo ético, y está también presente en los otros tres protagonistas del libro, y desde luego en el autor del mismo. Y con esto me encamino hacia la reflexión que, como he anunciado, puede extraerse de la lectura de este libro.

Se suele afirmar que la idea de derechos humanos está conceptualmente comprometida con la de una moral necesariamente universal, y *a priori*, esto es, independiente de toda experiencia.

Sin ir muy lejos, nuestro rector ha dicho que esta idea de la universalidad inevitable de la moral es consustancial a la defensa de los derechos humanos, cuyo fundamento reside en el imperativo categórico kantiano, según el cual cada ser humano es un fin en sí mismo. Junto con ello, ha argumentado que necesitamos a Kant porque él nos permite fundar preferencias fuertes a favor de los ideales democráticos y liberales, permitiéndonos así escapar de un liberalismo frágil, relativo y escéptico. A su juicio, “(...) *la preferencia hacia la democracia que se deriva del escepticismo es profundamente débil, porque importa la confesión de que no contamos con ninguna razón que abone nuestras actitudes políticas*”.

Frente a ello se podría responder, con Kelsen, que es precisamente la imposibilidad de saber, *a priori*, cuál o cuáles son los valores que deben preferirse en toda circunstancia, la razón –nada frágil– que abona la preferencia por la democracia. Como aclara el mismo Kelsen, el punto de vista según el cual los principios morales constituyen sólo valores relativos no significa que no sean valores. Significa que no existe un único sistema moral sino varios, y hay que escoger entre ellos, de modo que el relativismo impone al individuo la ardua tarea de decidir por sí solo qué es bueno y qué es malo, lo que evidentemente supone una responsabilidad muy seria. Se rechaza el relativismo y, todavía peor, se interpreta incorrectamente, no porque sea poco exigente moralmente, sino porque lo es demasiado, argumenta Kelsen.

En la misma línea, Bulygin, por ejemplo, ha afirmado que desde el escepticismo ético, nada impide hablar de derechos humanos y de derechos morales, pero que tales derechos no pueden pretender validez absoluta ni ser interpretados como exigencias desde el punto de vista de un sistema moral objetivamente válido y accesible al conocimiento humano, sino sólo como exigencias de un determinado sistema moral.

A esto se puede agregar que, aun cuando fuésemos capaces de entender que ciertos derechos merecen reconocimiento universal, nada impide que los diferentes valores que los diversos derechos protegen puedan entrar, en la práctica, en conflicto.

Como ha puesto de relieve Isaiah Berlin, si hay una creencia que ha sido, más que ninguna otra, responsable de la masacre de individuos en los altares de los grandes ideales históricos,

es la creencia de que en alguna parte (en el pasado o en el futuro, en la revelación divina o en la mente del pensador, en los pronunciamientos de la historia o de la ciencia o en el corazón del hombre simple no corrompido) hay una solución definitiva. Esta creencia se apoya en la convicción de que todos los valores positivos tienen que ser, en último término, compatibles, e incluso implicarse unos a otros, mientras la historia se ha encargado de demostrarnos lo contrario: que dichos valores pueden entrar en conflicto incluso violentamente. El mundo que nos encontramos en nuestra experiencia cotidiana, insiste Berlin, se caracteriza por enfrentarnos con elecciones entre fines últimos y exigencias absolutas, donde la única solución viable es la de establecer compromisos, sin que ello implique aceptar la menor importancia de los valores que se defienden.

Para concluir, Berlin cita textualmente las siguientes palabras de Joseph Schumpeter: *“Darse cuenta de la validez relativa de las convicciones propias y, no obstante, defenderlas resueltamente, es lo que distingue a un hombre civilizado de un bárbaro”*. *“Pedir más es quizás – admite Berlin– una necesidad metafísica profunda. Pero permitir que ésta determine la propia práctica es síntoma de inmadurez moral y política igualmente profunda y más peligrosa”*.

4. Estos argumentos son convincentes pero el libro del profesor Squella muestra que es posible agregar otro argumento.

Según él, Kelsen, Bobbio, Millas y León no son desiguales en la deuda que tiene con cada uno de ellos, pero tampoco en las lecciones que pueden sacarse de sus vidas, de sus temperamentos y de la entereza con que enfrentaron la humana contingencia. Y a esto agrega no creer equivocarse al afirmar que: *“los cuatro tuvieron una similar y algo desencantada visión de la vida, del derecho, de la política, esa visión que es propia de los pensadores que gustan de mirar la realidad a la cara, sin maquillarla ni contarse cuentos, sin confundir las cosas como son y cómo nos gustaría que fueran. Compartieron un escepticismo vital, una noción de que la realidad nunca irá del todo bien. Sin embargo, al mismo tiempo se mostraron dispuestos a hacer lo que estuviera al alcance de su mano para que las cosas fueran lo mejor posible”*.

Si no me equivoco, los cuatro autores ejemplifican esa clase de temperamento moral que, en más de una oportunidad, el profesor Squella ha designado como “escéptico”, y al que ha definido como el característico de aquellos que si bien prefieren su propio juicio moral al de los demás que pueda oponérsele y están dispuestos a ofrecer argumentos a favor de ese juicio, admiten que ni ellos ni nadie cuenta en último término con métodos propiamente racionales y concluyentes que permitan probar con certeza el mayor valor de verdad de uno cualquiera de los distintos juicios morales que pueden encontrarse en conflicto en un caso o momento dados.

En primer lugar, este tipo de temperamento puede desde luego vincularse, en los casos de Kelsen, Bobbio y Millas, a su vocación científica y académica.

El libro, de hecho, resalta el esfuerzo que ellos hicieron por preservar su independencia como científicos, y asimismo que tanto ellos como también León tuvieron un similar punto de vista acerca de la universidad y de la actividad académica; particularmente coincidieron en la idea (weberiana) de que la universidad no es lugar para demagogos y profetas y que la política debía mantenerse fuera de ella:

En cuanto a Kelsen, el libro destaca, por un lado, que él mismo declaró que la necesidad de independencia político-partidista en su oficio era y tenía que ser más fuerte que su preferencia política (*“Lo que yo no concedía al Estado –el derecho a limitar la libertad de investigación y expresión de opiniones– tampoco podría reconocerlo a un partido político, o sea, el voluntario sometimiento bajo su disciplina”*). Por otro lado, también se remarca que las preferencias políticas no podían ser, a juicio de Kelsen, una razón para excluir a nadie de la profesión académica si sus trabajos reunían las aptitudes científicas necesarias. Un ejemplo de ello, recogido en el libro, se encuentra en el hecho de que Kelsen abogó por la habilitación de Max Adler, a pesar de que era uno de los principales escritores marxistas austríacos.

El libro también relata que el propio Bobbio declaró no un ser hombre de acción sino uno contemplativo a quien le gustaba ver, comprender, buscar el ritmo y las armonías ocultas; que a Millas le preocupaba mantenerse apartado de la política militante y de las servidumbres que ella impone, y que él transmitía la sensación de ser inmune a los cantos de la sirena del poder. También se destaca la forma en que tanto Bobbio como Millas se opusieron a la concepción de la universidad como empresa, y la lucha de este último en contra de la instrumentalización política de la universidad.

León, por su parte, cuenta el profesor Squella, gustaba de poner a prueba o simplemente fastidiar a los alumnos más políticos del curso, que vivían pendientes de las asambleas y, como el decía, les gustaba “elear la cambucha”.

En segundo lugar, el temperamento escéptico al que he aludido podría, quizás con más fuerza, atribuirse derechamente al escepticismo ético de los protagonistas del libro, al menos hasta cierto punto.

Sabemos que Kelsen estaba convencido de que la razón humana sólo puede acceder a valores relativos, lo que significa que no puede emitirse un juicio sobre algo que parece justo con la pretensión de excluir la posibilidad de un juicio de valor contrario.

En cuanto a Bobbio, cabe destacar que, en su libro, el profesor Squella declara gustarle que aquél *“no pretendiera afirmar nada muy categórico, algo típico suyo en todos los campos del pensamiento. Cautela, medida, vacilación, tanteo, conjetura”*.

Millas, no obstante no ser escéptico en el mismo sentido que Kelsen y Bobbio, mantiene cierto grado de escepticismo que queda, por ejemplo, en evidencia cuando el libro resalta lo

que señaló, cuando le preguntaron sobre la materia, que no se consideraba un líder ni aspiraba a serlo: *“Un líder debe tener una causa bien precisa y en la que crea sin ningún género de dudas. Un líder debe ser un tipo seguro de sí mismo y tener incluso conciencia de que puede desempeñar un papel histórico. Esa seguridad a mí me falta”*.

El punto que quiero hacer es el siguiente: se suele sostener que es el escepticismo, es decir, esta creencia de que no es posible saber, *a priori*, cuál o cuáles son los valores que deben preferirse en toda circunstancia, el que conduce a la preferencia por la democracia, que no es sino la expresión política de la tolerancia hacia los puntos de vista diversos a los propios.

Pero, en lugar de ello, ¿No podría sostenerse que es esta tolerancia y, aún más, el genuino respeto hacia las ideas de otros lo que conduce a cierto grado de escepticismo y, por tanto, a la convicción de que no es posible saber *a priori* cuál o cuáles son los valores que deben preferirse en todo momento o circunstancia?

A mí parecer, entre muchos otros, el libro del profesor Squella tiene el mérito de mostrar que esta idea es defendible.

En él se destaca, por ejemplo, que cuando alguna vez preguntaron a Kelsen cuáles habían sido sus experiencias fundamentales como hombre y como profesor, parte de su respuesta fue ésta: *“Una experiencia quisiera yo expresar, a saber, que en la vida, aun en una esencialmente desenvuelta entre hombres de ciencia, es importante, ante todo, el carácter moral del hombre; que el amor a la verdad, el autoconocimiento, la paciencia, la voluntad de no hacer mal a nadie y de controlar, tanto como sea posible, el natural afán de sobresalir, no son menos importantes que el saber objetivo, y que estas propiedades del carácter tienen influencia incluso en los resultados del trabajo científico”*.

También se resalta en el libro que, en su “Elogio de la templanza”, Bobbio defendió que ésta es una virtud social; que sólo aparece –y resplandece– ante la presencia de otro; que ella se opone a la arrogancia, a la prepotencia y a la perversidad, que roza el territorio de la tolerancia y el respeto, que es una disposición hacia los otros que no necesita ser correspondida para manifestarse, y que a ella son complementarias la sencillez y la compasión. A esto se puede agregar que, como se señala en el libro, al referirse a los atributos del laicismo, Bobbio incluyó el rigor analítico, la duda metódica, la moderación, el no prevaricar, la tolerancia, y el respeto a las ideas ajenas, como virtudes mundanas y civiles.

En cuanto a Millas, el libro recuerda que él declaró en una entrevista: *“me dan miedo sobre todo los patriotas y los justicieros, los que aseguran que conocen el bien común y distinguen perfectamente entre lo bueno y lo malo; los que creen saber de qué lado están los nobles y dónde están los perversos. Sólo entonces siento que tengo pocas cosas en común con ciertos vecinos. Ellos quizás podrían condenar a muerte a un hombre. Yo no me atrevería”*. Así es como a través de la exposición de algunos hechos de la biografía y de algunas de las ideas de sus protagonistas, el

libro del profesor Squella muestra que no necesitamos a Kant para fundar preferencias fuertes a favor de los ideales democráticos y liberales, y que es posible, aunque no por ello fácil, defender una ética fundada en el respeto hacia los otros, pero cuyas razones surgen de la experiencia y no de un conocimiento *a priori*.

Es posible que a esta ética puedan imputársele errores lógicos, y sin duda que ella requiere de una mayor elaboración pero, al mismo tiempo, no parece que sea posible dejar de reconocer que ella capta una cuestión importante que es profundamente humana: que el auténtico respeto a los otros hombres de que los hombres son capaces puede hacer surgir la voluntad genuina de no dañarlos y, junto con ello, la convicción de que es importante estar prevenidos de los riesgos implicados cuando creemos en algo con demasiada firmeza.

De ahí que sea razonable que estemos dispuestos a no afirmar nunca nada tan categórico ni a condenar a muerte a ningún hombre, sin que por ellos dejemos de estar dispuestos a defender resueltamente las convicciones propias y a hacer lo que esté a nuestro alcance para que las cosas salgan lo mejor posible.

El libro da cuenta de que ambas disposiciones fueron características de sus protagonistas. Muestra que así como Kelsen, Bobbio y Millas, ante la disyuntiva entre la certeza y la duda, prefirieron generalmente esta última, tampoco dudaron en tomar parte en la acción política cuando les pareció que ello era su obligación. Los muestra, así, como hombres moderados y compasivos, como hombres profundamente humanos.

En efecto, aunque el libro patentiza la admiración y el cariño que el autor siente hacia los personajes del libro, estos sentimientos no lo inducen a presentarlos como héroes, en el sentido más obvio de “súper hombres” o “semi dioses”.

Los ejemplos más claros de esto se encuentran en el hecho de que el relato incluye el bautismo católico de Kelsen para defenderse del antisemitismo de la época, la carta en la que Bobbio, probablemente con idénticos propósitos de defensa, manifestó devoción al Duce, y, en la misma línea, aunque más discutiblemente, la permanencia de Millas en la Universidad Austral de Chile pese a la intervención militar de la cual ella fue objeto.

El caso de Carlos León es diferente, según lo aclara el autor, porque aquél profesaba sus ideas políticas (las del entonces partido radical) con una distracción igualmente radical. Pero también es diferente en cuanto, como relata el libro, el propio León reivindicaba un sentido de heroísmo que es aplicable a todos los hombres y, por tanto, a Kelsen, a Bobbio y a Millas.

Cuenta el profesor Squella que don Carlos creyó siempre que en cada ser humano hay un héroe, que todos los héroes están condenados, que lo más heroico es la muerte, “*sometidos, como estamos todos, a esta suprema e ineludible aventura*”, que es la muerte la que debe movernos a la piedad, (“*esa forma de amor dolorido que es superior a la justicia y a la belleza*”).

Y que, antes de la muerte, el heroísmo común a todos los individuos es la soledad porque frente a ella brota también en el corazón de los hombres y mujeres el amor dolorido de la piedad.

La idea parece acertada sobre todo porque es precisamente en el momento de la muerte cuando los hombres están más solos. Al respecto, cabe recordar que Hannah Arendt afirmó que la muerte es una experiencia que no sólo se da en aislamiento sino en total soledad, donde no es posible la verdadera comunicación y mucho menos la asociación y comunidad; es una experiencia no mundana, antipolítica y verdaderamente trascendente. Y algo parecido dijo acerca del dolor, *“la sensación más intensa que conocemos, al punto de borrar todas las otras experiencias, es decir, la experiencia del dolor físico agudo, es al mismo tiempo la más privada y la menos comunicable de todas”*.

El último capítulo que el libro dedica a Carlos León es sorprendente; o al menos lo fue para mí porque, a diferencia de los otros personajes del libro, a aquél no lo conocía. Pero más importante que esto es que, luego de leer y releer este capítulo, que acertadamente es puesto al final, y que está impregnado de buen humor, de ironía y de esta suerte de distancia o desconfianza escéptica, se hace muy patente que, bastante lejos de las ideas y de las teorías, Carlos León encarnó, quizás más plenamente que los otros, esta ética que vengo tratando de describir y, quizás por lo mismo, prefirió dedicarse a la literatura donde, como ha destacado Martha Nussbaum, es posible descubrir una visión más compleja de la vida humana.

Me arriesgaría a decir que, por razones parecidas, el profesor Squella se encuentra, desde hace ya algún tiempo, en la misma ruta, o al menos en aquella en la que se advierte, como también lo ha hecho Nussbaum, que una ética de respeto imparcial por la dignidad humana no logrará comprometer a seres humanos reales a menos que éstos sean capaces de participar imaginativamente en la vida de otros y de tener emociones relacionadas con esa participación, y que entonces las formas literarias pueden hacer una contribución única al razonamiento moral, político y jurídico.

**RESEÑA: SQUELLA NARDUCCI, AGUSTÍN. *Deudas Intelectuales*. Santiago:
Ediciones Universidad Diego Portales, 2013 (214 pp.)**

*Carlos Peña González**

El libro del profesor Squella que ahora presentamos, está compuesto de un conjunto de retratos más intelectuales que biográficos, dibujos que prefieren detenerse en los vericuetos del pensamiento antes que en las vicisitudes de la vida, de un conjunto de personas que han tenido una particular influencia en él. Se trata, pues, de un libro acerca de algunas personas con las que Agustín Squella tuvo trato personal e intelectual y que él juzga le influyeron, motivo por el cual, me parece a mí, es este también un libro acerca de cómo Agustín Squella se ve a sí mismo: identificar a quienes nos influyeron, subrayar las cosas que en ellos juzgamos estimables, es una manera de retratarse también a sí mismo, de subrayar las cosas que uno piensa valen la pena en la propia personalidad. Los seres humanos, se ha subrayado desde muy antiguo, somos seres especulares, personas que nos definimos por el reflejo que los demás nos devuelven o, lo que es lo mismo, por los rasgos que poseemos y que, inhibidos por el pudor, en vez de proclamarlos sin más, preferimos atribuir a aquellos que admiramos. “Deudas intelectuales” es, pues, el título de una obra hasta cierto punto autobiográfica, la obra de quien cree retratar a los demás cuando en verdad, y seguramente sin darse cuenta, se está también, y sobretodo, retratando a sí mismo.

¿Cuáles son los acreedores de Agustín Squella, esas personas que le ayudaron a esculpir, por decirlo así, su actual forma intelectual? En este libro al menos son cuatro: Kelsen, Bobbio, Millas y León.

Con la excepción de Carlos León, quien fue su profesor en la Escuela de Derecho de Valparaíso, y el menos intelectual de todos, esa influencia no se forjó en el diálogo cara a cara sino, más bien, en la experiencia de la lectura, la correspondencia y el ejemplo, que es lo que ocurre con Kelsen, Bobbio y Jorge Millas, a todos los cuales el profesor Squella pudo conocer; aunque no tuvo con ninguno de ellos una relación directa de discipulado.

El profesor Squella, como a todos consta, no es por supuesto sólo un escritor que recuerda y rememora a ese conjunto de personas que admira, sino que se trata de un autor que tiene posiciones claras en importantes temas de filosofía moral y política, de manera que es

* Magister en Sociología y Doctor en Filosofía. Rector de la Universidad Diego Portales, Profesor Asociado de la Universidad de Chile y columnista dominical del diario El Mercurio. Es uno de los directores de CIPER (Centro de Investigaciones Periodísticas) y del Museo de la Memoria y los Derechos Humanos. Comentarios realizados al libro ‘Deudas intelectuales’ en su presentación en la Universidad Diego Portales, con fecha 30 de septiembre de 2013.

perfectamente lícito preguntarse si acaso en su obra se refleja la deuda que en este libro él reconoce con esas personas.

¿En qué sentido, podemos preguntarnos entonces, Agustín Squella es deudor de los autores cuya vida y pensamiento traza en estas páginas?

Si, para responder esa pregunta, hubiéramos de efectuar una especie de listado acerca de aquellos aspectos en los que Agustín Squella es deudor de Bobbio y de Kelsen, para comenzar por ellos, no cabe ninguna duda que en el primer lugar se encontraría el escepticismo.

Bobbio y Kelsen, como todos saben, pensaron que la razón humana no era capaz de guiar la acción y que la vieja pregunta que se puede leer en la República –cuál es el modo en que se debe vivir– carece de una respuesta única, aplicable a todos los miembros del género humano. Las fuentes de ese escepticismo parecen, sin embargo, ser distintas en el caso de cada uno de esos autores. Kelsen, al parecer, llegó a ese escepticismo a partir de las tesis neokantianas que consideraron desdeñable la filosofía moral de Kant y que, para corregirla, se propusieron extender la crítica de la razón pura al ámbito de la moral y del derecho. El caso de Bobbio, por su parte, parece ser el fruto, más bien tardío, del positivismo lógico de la primera parte del siglo XX. Bobbio, dicho sea de paso, llegó al positivismo lógico de una manera, como digo, más bien demorada como lo prueba el hecho que su primer libro, del año 1951, lo dedicó, de manera nada analítica ni positivista, al existencialismo. Como fuere, tanto Kelsen como Bobbio, aunque por razones distintas según acabamos de ver, creen a pie juntillas que las preferencias en cuestiones relativas a la acción humana son sólo eso, preferencias, y que no hay distinción lógica en un enunciado relativo al tipo de vino que alguien gusta beber y otro referido a la forma de gobierno que prefiere. Ninguno de esos enunciados estaría amparado en razones, como suele decirse, intersubjetivamente válidas.

No cabe duda que a ese respecto Agustín Squella es deudor de ambos puesto que él también piensa que las cuestiones relativas al curso de acción que debemos adoptar en cada caso está más allá de los límites, que él juzga más o menos estrechos, de la razón humana. En materias prácticas, y lo mismo que Bobbio o Kelsen, Agustín Squella es una persona de convicciones fuertes; pero, por los motivos que acabo de anotar, de razones que, en el ámbito práctico, se reconocen débiles.

¿Y qué decir ahora, bajo ese respecto, de Jorge Millas? ¿Era también un escéptico como estos dos primeros acreedores del profesor Squella?

Jorge Millas, a diferencia de Bobbio y de Kelsen, no fue rigurosamente hablando, y a pesar que enseñó a futuros abogados, un filósofo del derecho, sino que fue más bien un filósofo a secas, un especialista, entre otras cosas, en teoría del conocimiento a la que dedicó uno de sus mejores y más sistemáticos libros, *Idea de la filosofía*.

Pues bien, a diferencia de Kelsen y de Bobbio, Jorge Millas no fue un escéptico en cuestiones de racionalidad práctica y, por el contrario, pensó que el problema de cuáles valores merecían ser perseguidos poseía una respuesta racional. Rechazó entonces explícitamente el positivismo lógico que tanto influenció a Bobbio: está bien, dijo, tener precauciones anti metafísicas; pero no es filosóficamente correcto, escribe mientras critica a Alfred Ayer, tener supersticiones anti metafísicas, puesto que estas últimas casi siempre equivalen a una metafísica al revés. En consonancia con el punto de vista de Scheller, o incluso de Moore, Millas pensó que en el mobiliario del universo existían, además de las cosas físicas que podemos palpar y ver, objetos ideales, enteramente racionales, que pueden perfectamente guiar la acción y decir si algo es correcto o incorrecto, bueno o malo. Y así, por ejemplo, en sus clases de filosofía del derecho situó a un valor –el de la seguridad jurídica– como el fundamento del derecho, un valor de apariencia mínima, explicaba, que sin embargo permite se erijan sobre él otros valores de mayor cuantía.

Las diferencias anteriores entre Bobbio y Kelsen, por una parte, y Millas, por la otra, se manifiestan también a la hora de justificar su preferencia por la democracia: los primeros tienden a creer que la democracia es preferible en razón de un defecto epistémico. Ellos piensan que como no es posible saber racionalmente qué curso de acción seguir, particularmente en cuestiones colectivas, el mejor camino es el de resolver la disputa de manera pacífica dando la razón a quien obtiene la adhesión del mayor número. El escepticismo, según estos autores, no provee una razón a favor de la democracia, sino que sólo predispone psicológicamente a preferirla. El caso de Millas es distinto. Millas pensó que la democracia tenía un valor intrínseco y que no era simplemente una consecuencia de nuestra miopía moral.

El caso de Carlos León me parece a mí distinto de todos los anteriores. Carlos León fue un escritor que está más cerca de González Vera que de todos los personajes anteriores, alguien que no desarrolló una obra intelectual propiamente dicha, sino más bien una obra de ficción cuya principal virtud es la aparente falta de pretensiones. A pesar de haber sido profesor de filosofía del derecho, lo más probable es que a Carlos León el asunto de la validez de las normas, la posibilidad de la razón práctica o la norma hipotética fundamental, no le interesara en lo más mínimo y no le quitaran ni siquiera un segundo de descanso. Mientras de Bobbio, de Kelsen y de Millas, se relatan ideas y puntos de vista, de León se retienen en este libro actitudes, frases ingeniosas, la apariencia de un cierto desgano vital, de un cierto desprendimiento irónico que, si le creyéramos a Nietzsche, debió ser la expresión más o menos torcida de un gran sentimiento de superioridad.

Si lo anterior es así, la pregunta es obvia ¿cómo se puede ser al mismo tiempo deudor de quienes, en temas tan radicales, pensaron de forma tan distinta?

Lo que ocurre es que Agustín Squella, si atendemos a los retratos de este libro, adeuda a cada uno de ellos cosas distintas. A Carlos León, me parece a mí, adeuda un cierto desasosiego

con cualquier cosa que no sea Viña o Valparaíso y la pretensión, obviamente falsa, de ser él apenas un profesor de provincias. Millas, por su parte, es, para Agustín Squella, el paradigma del universitario al que se debe imitar, más que un filósofo al que, luego del convencimiento racional, es necesario seguir. A la hora de saber si la pregunta por la justicia tiene o no una respuesta, Squella se atiene a la influencia de Kelsen y de Bobbio; a la hora de saber cómo comportarse él cuenta con la guía de Jorge Millas, el ejemplo del intelectual insobornable por excelencia, que Squella ha seguido siempre a pie juntillas: ese tipo de personas que cree que lo más importante en esta vida es ser fiel a lo que uno cree y piensa y nada más.

Las deudas intelectuales que Squella posee con Kelsen y Bobbio, por una parte, y con Millas y León, por la otra, son, así, asimétricas; pero complementarias. Los primeros le enseñan que no hay respuesta racional a ciertas preguntas; pero los otros dos, con su ejemplo, le enseñan que, incluso para un escéptico, hay algunas vidas que son netamente mejores que otras.

Como dije al comienzo, este libro es, hasta cierto punto, un escrito autobiográfico involuntario, una confesión del ideal del yo que inspira el quehacer de Agustín Squella: un profesor de provincia, que es una forma de decir que él es un intelectual que está de lo más cómodo en su circunstancia; un intelectual escéptico, pero de convicciones firmes y, en cualquier caso, de actitudes absolutamente insobornables.

No es un retrato infiel ese que Agustín Squella trazó, sin proponérselo, acerca de sí mismo. Para usar un giro que él emplea a propósito de Jorge Millas, quienes lo conocemos hace más de treinta años, diríamos que este libro recoge con fidelidad las deudas de un hombre que, gracias a ellas, reúne, en muy alto grado, las virtudes de la inteligencia y la honradez.

INSTRUCCIONES A LOS AUTORES

1. Los escritos deben ser originales. Se enviarán por correo electrónico a francisco.zepeda@rfycj.cl, como archivo de texto adjunto en formato: doc u docx, de extensión no inferior a 5 carillas ni superior a 20, en tamaño carta, con letra “Times New Roman” tamaño 12 y las notas y referencias a pie de página en tamaño 10, interlineado sencillo y márgenes “moderado”.

Debe incluir un resumen-abstract de no más de 12 líneas y 7 palabras clave-keywords ambos en español e inglés.

2. Sólo se publicarán textos inéditos. Excepcionalmente y con el acuerdo del *Consejo Editorial* se podrán publicar trabajos no inéditos por el interés que ellos puedan revestir. En este caso se incluirán los datos de la anterior publicación en el documento.

3. Para las notas y referencias a pie de página se seguirán las siguientes normas o estándares.

- NCh1143.Of1999 Documentación – Referencias bibliográficas – Contenido, forma y estructura; equivalente a norma ISO 690: 1987 (*Information and documentation – Bibliographic references – Content, form and structure*).
- NCh1143/2.Of2003 Información y documentación – Referencias bibliográficas – Parte 2: Documentos electrónicos o partes de ellos; equivalente a norma ISO 690-2 (*Information and documentation – Bibliographic references – Part 2: Electronic documents or parts thereof*).

3.1 Referencias completas de bibliografía legislación y jurisprudencia.

La primera cita ya sea de una obra, legislación o jurisprudencia deberá ser completa, las siguientes de las mismas serán abreviadas. Al final de los trabajos deberá consignarse el listado final, de bibliografía, legislación, y jurisprudencia utilizada bajo los títulos que muestran a continuación: “Bibliografía utilizada”, se ordenarán por autor y en orden alfabético; “Legislación utilizada”, se ordenarán por número de ley; “Jurisprudencia utilizada”; las sentencias se ordenarán cronológica y alfabéticamente por el nombre de las partes.

Documentos impresos

- a) **Libros.** La referencia completa se constituye con los siguientes elementos: 1. AUTOR (ES); (EN VERSALES), 2. Año de edición (entre paréntesis), 3. “*Título de la publicación*” (en letra cursiva y entre comillas dobles), 4. Lugar de publicación, 5. Editorial, 6. Página/s.

APELLIDO(S), Nombre (Año): “*Título del libro*”, Mención de responsabilidad secundaria (traductor; prologuista; coordinador; etc.), Lugar de edición: editorial, Página/s.

Ejemplos:

- Un autor KELSEN, Hans (1995): “*¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*”, Estudio preliminar de Guillermo Gasió, Trad. y notas de Roberto J. Brie. Supervisión técnica de Eugenio Bulygin, Madrid: Tecnos, p. 20.

Dos autores BELTRÁN DE FELIPE, Miguel y GONZÁLEZ GARCÍA, Julio (2005): “*Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*”, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 88.

- b) **Partes de un libro.** La referencia completa se constituye de los siguientes elementos: 1. AUTOR (ES); (EN VERSALES), 2. Año de edición (entre paréntesis), 3. “Título de la parte” (entre comillas), 4. En: *título de la obra (en cursiva)*, 5. Edición, 6. Lugar de edición, 8. Editorial, 9. Página/s.

APELLIDO(S), Nombre (Año de edición): "Título de la parte", En: *Título de la obra*, Mención de responsabilidad secundaria (traductor; prologuista; coordinador; etc.), Edición, Lugar de edición: editorial, N° de Página/s.

Ejemplos:

Un autor GARGARELLA, Roberto (2008): "Una disputa imaginaria sobre el control judicial de las leyes: El “constitucionalismo popular” frente a la teoría de Carlos Nino", En: *Homenaje a Carlos S. Nino*, Coords. Marcelo Alegre, Roberto Gargarella y Carlos F. Rosenkrantz, Buenos Aires: La Ley, Facultad de Derecho, UBA, p. 203.

Un autor GUASTINI, Ricardo (2009): “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, En: *Neoconstitucionalismo(s)*, Ed. Miguel Carbonell, 4° ed., Madrid: Trotta, p. 49.

- c) **Artículos de publicación seriada (revista).** La referencia completa se constituye de los siguientes elementos: 1. AUTOR (ES) DEL ARTÍCULO, 2. Año de publicación, 3. “Título del artículo” (entre comillas), 4. En: *Título de la publicación seriada*, 5. Volumen o Número, 6. Página/s.

APELLIDO(S), Nombre (Año de publicación): "Título del artículo", En: *Título de la publicación seriada*, Volumen o número, Página/s.

Ejemplos:

Un autor DELGADO CASTRO, Jordi (2011): “La unificación de la jurisprudencia como objeto de los recursos procesales. Una referencia a la experiencia española en la materia”, En: *Revista de Ciencias Sociales*, N° 58, p. 145.

Dos autores FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos y MIRANDA ARRATIA, Patricia (2011): “Las transformaciones de la administración del Estado: El Banco Central de Chile en el marco de las nuevas “administraciones independientes”, En: *Revista de Ciencias Sociales*, N° 58, p. 40.

- d) **Tesis no publicadas.** La referencia completa se constituye de los siguientes elementos: 1. AUTOR (ES), 2. (Año de publicación), 2. “Título” (entre comillas dobles), 3. Dirección (Director, guía o evaluador de la tesis, 5. Lugar, 6. Nombre de la Universidad, Facultad o Escuela, 7. Página/s.

APELLIDO(S), Nombre (Año de publicación): "Título de la tesis", Dirección, Institución académica en la que se presenta, Página/s.

Ejemplos:

- Un autor PAPIC VARGAS, Miguel (2010): "La inadecuada extensión de las medidas para mejor resolver al juicio ejecutivo", Profesor guía: Alberto Balbontín, Valparaíso: Universidad de Valparaíso; Facultad de Derecho y Ciencias sociales, p. 87.
- Dos autores MARZI MUÑOZ, Daniela y URZÚA CUEVAS, David (2006): "Eficacia social de relevantes instituciones del Derecho sucesorio chileno", Profesor guía: Aldo Valle, Valparaíso: Universidad de Valparaíso; Facultad de Derecho y Ciencias sociales, p. 23.

- e) **Ponencias de Congresos.** Se citan como parte de una monografía: véase: 3.1.2.
- f) **Legislación.** La cita de constituye de los siguientes elementos: 1. País, 2. *Título, número o ambas (en cursiva)*, 3. Publicación, 4. Fecha.

País. Título, *Publicación y número*, Año de publicación.

Ejemplo:

Chile, *Ley de Matrimonio Civil N° 19.947*, Diario oficial, 17 de mayo de 2004.

- g) **Jurisprudencia.** En la cita de las sentencias se debe señalar: 1. *Las partes (en cursiva)*, 2. Tribunal, 3. Fecha, 4. Sede de edición. Se sugiere indicar además el tipo de acción y procedimiento correspondiente; y, en fin, la identificación de la sede de edición en que ha sido publicada la sentencia bajo su título completo o abreviado, según el estándar ISO y las indicaciones de volumen, año, secciones y página.

Ejemplo:

Tamaya con Atocha, Corte Suprema, 6 de abril de 1999 (acción de nulidad de concesión minera), En: Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo, II, sección 7ª, pp. 65-73.

Documentos Electrónicos¹

- a) **Libros electrónicos.** La cita se constituye de los siguientes elementos: 1. AUTOR(ES), 2. Año de publicación (entre paréntesis), 2. "*Título*" (*entre comillas dobles y cursiva*), 3. Tipo de medio [en línea, CD-ROM, etc; entre corchetes], Mención de responsabilidad secundaria (traductor;

¹ Son aquéllos documentos que están en formato electrónico, creados, almacenados y difundidos por un sistema informático.

prologuista; coordinador; etc.), 4. Edición, 5. Editor, 6. Fecha de consulta [entre corchetes], 7. Disponibilidad y acceso².

APELLIDO(S), Nombre (Año de publicación): "*Título del libro*", [tipo de medio y formato], Mención de responsabilidad secundaria (traductor; prologuista; coordinador; etc.), Editor, Pagina/s, [Fecha de consulta], Disponibilidad y acceso.

Ejemplo:

RICKERT, Heinrich (1960): "*Teoría de la definición*", [en línea; formato PDF], Trad. Luis Villoro, Ed. Héctor López Bello, [fecha de consulta 19/2/2012], Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=454>

- b) **Artículos o contribuciones de revistas electrónicas seriadas.** La cita se constituye de los siguientes elementos: 1. AUTOR(ES), 2. *Título (en cursiva)*, 3. Tipo de medio [en línea, CD-ROM, etc; entre corchetes], 4. En: *Título de la publicación principal*, 5. Número o Volumen, 6. Página(s), Fecha de consulta [entre corchetes], Disponibilidad y acceso.

APELLIDO(S), Nombre (Año de publicación): "Título del artículo"[Tipo de medio y formato], En: *Título de la publicación principal*, Número o volumen, página, [Fecha de consulta], Disponibilidad y acceso.

Ejemplo:

ALEXY, Robert (2009): "Los principales elementos de mi Filosofía del Derecho" [en línea; formato PDF], En: *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 32, pp. 67- 84, [Fecha de consulta: 27/2/2012], Disponible en: <http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01715418215691980708813/0444469.pdf?incr=1>

3.2 Referencias abreviadas en las notas al pie de página. Para utilizar las referencias abreviadas la primera cita debe haberse hecho completa.

- a) En las referencias abreviadas a libros, artículos de revista, y demás formatos, se señalará en la nota al pie: 1. PRIMER APELLIDO DEL AUTOR (EN VERSALES), si hay 2 o más autores con el mismo apellido se incluirán los dos apellidos, 2. Año de la publicación (entre paréntesis) y, 3. Pagina/s.

Ejemplos:

Un autor KELSEN (1995), p. 156.
Dos autores BELTRÁN y GONZÁLEZ (2005), p. 88.

En el caso que se citen dos o más obras de autores en una misma referencia, se escriben los apellidos y respectivos años de publicación separados por un punto y coma dentro de un mismo paréntesis:

Ejemplo:

KELSEN (1995), p. 156; BELTRÁN y GONZÁLEZ (2005), p. 88.

² Requerido para documentos en línea.

Al citar textualmente (palabra por palabra), se transcribirá la cita tal cual está en el texto original (entre comillas) y se incluirá una vez cerradas las comillas entre paréntesis: 1. APELLIDO DEL AUTOR (EN VERSALES), 2. Año de publicación, 3. Página.

Ejemplo:

“La demanda de un defensor de la Constitución es, en la mayoría de los casos, indicio de situaciones críticas para la Constitución [y] toma como punto de partida la idea de un peligro concreto que viene de determinada dirección” (SCHMITT, 2009 p. 93.)

Si se citan dos o más obras de un determinado autor, publicadas en el mismo año, se distinguirán por medio de una letra.

Ejemplo: GUASTINI (2005a) y GUASTINI (2005b)

- b) **Referencia abreviada de normas.** Se deberá indicar, en su caso, el número de la ley o nombre y su año.

Ejemplo: Ley N° 18.525, de 1986.

- c) **Referencias abreviadas de jurisprudencia.** Todas las citas a pie de página de jurisprudencia deben indicar: 1. Nombre de las partes, 2. Año de dicha sentencia (entre paréntesis).

Ejemplo: Tamaya con Atocha (1999).

4. Utilización de siglas y abreviaturas no que no estén en el listado de la revista³.

4.1 Las siglas que vayan a utilizarse en el texto, y que no figuren en la lista inicial de abreviaturas, aparecerán entre paréntesis con la frase “en adelante” después de la primera referencia en el texto.

Ejemplos: Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (en adelante OCDE); Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (en adelante LOCBGAE); Ley de Matrimonio Civil (en adelante LMC).

4.2 Las abreviaturas deberán cerrarse con un punto.

Ejemplos: Art., Dr., Prof., Núm.

5. Se usará el formato *cursiva* para los siguientes casos: palabras en lengua extranjera y palabras que quieran enfatizarse o destacarse dentro del escrito.

³ La tabla de abreviaturas se encuentra disponible en el sitio de la revista.