

Corte de Apelaciones de Santiago, 22 de enero de 1997*
Corte Suprema, 18 de junio de 1997, sala constitucional**

"Empresa Hidroeléctrica Pullinque S.A. con Comisión Nacional de Energía y Ministro de Economía" y "Mónica Peñaloza y otros con Comisión Nacional de Energía y Ministro de Economía". Acumulados.

MATERIAS: *Fijación de precios de nudo del Sistema Interconectado Central (SIC) - tarificación eléctrica - organismos intervinientes - derecho de previsión social - discrecionalidad técnica - concesión eléctrica.*

* Ministros señora Gabriela Pérez Paredes, y abogados integrantes señores Patricio Novoa Fuenzalida y Fernando Román Díaz.

** Ministros señores Osvaldo Faúndez Vallejos, Lionel Béraud Poblete, Arnaldo Toro Leiva, Germán Valenzuela Erazo, y abogado integrante señor Manuel Daniel Argandoña.

DOCTRINA: *Que conforme a la legislación eléctrica, el régimen de determinación de las tarifas del sistema se encuentra rigurosamente considerado en la misma, correspondiéndole a la Comisión Nacional de Energía emitir un Informe Técnico Definitivo sobre Fijación de Precios de Nudo del Sistema Interconectado Central, "acto administrativo" (sic) que no se ha reprochado en su formalidad, pero el cual se impugna en su contenido, no obstante que, con posterioridad, se fijaron las tarifas mediante Decreto expedido por el Ministerio de Economía.*

De lo expuesto, se evidencia que se pretende, por esta vía, resolver las discre-

COMENTARIO:

ACERCA DEL CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD TECNICA EN MATERIA ELECTRICA

Ramiro A. Mendoza Zúñiga

Profesor de Derecho Administrativo

P. Universidad Católica de Chile - U. de Los Andes

A modo de introducción: Del objeto del recurso

Al no respetarse los parámetros técnicos que establece la ley, en la determinación del precio que debe fijar la autoridad, sostiene el recurrente que se le priva del derecho a cobrar el precio que legal y adecuadamente debe fijarse y se le expone a la arbitrariedad de la autoridad. Por su parte, un grupo de afiliados al sistema de Administradoras de Fondos de Pensiones recurren arguyendo que la fijación del precio que indican reducirá las utilidades de las empresas eléctricas, produciéndoles en consecuencia una pérdida patrimonial "sólo comparable a una expropiación de facto", afectándose el patrimonio de los afiliados al sistema. Se solicita, en ambos recursos, que la Corte "adopte las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho". La Corte rechazó los recur-

pancias técnicas en una materia altamente compleja como es la fijación tarifaria, siendo que el recurso de protección, como acción cautelar que es, tiene por objeto brindar protección a los particulares cuando en forma indubitante, como consecuencia de actos ilegales o arbitrarios se les perturbe, amenace o prive de uno de los derechos que el artículo 20 de la Constitución señala, esto es, cuando se les afecte un derecho incuestionable.

Más aún, en casos como los de la especie, en la eventualidad de que una empresa eléctrica sufra perjuicio por la fijación tarifaria, el ordenamiento que regula la materia ha considerado —art. 94¹

¹ Texto del artículo 94: “En caso de que las empresas o concesionarios, que se mencionan en el artículo anterior consideren que las tarifas fijadas por la autoridad causan perjuicio a sus legítimos derechos o intereses, podrán recurrir ante la Justicia Ordinaria, reclamando la indemnización correspondiente.// El afectado podrá recurrir a la Justicia Ordinaria de acuerdo a las reglas generales para perseguir las indemnizaciones a que haya lugar”.

DFL N° 1/82— que aquella pueda recurrir a la Justicia Ordinaria de acuerdo a las reglas generales para perseguir las indemnizaciones a que haya lugar, no siendo entonces procedente que el “Recurso de Protección sobre todo en una materia controvertida y técnica, como la presente”, se transforme en el “sustituto jurisdiccional del procedimiento que la propia ley ha establecido para las situaciones en que la fijación tarifaria cause perjuicios a las empresas que estimen han sido afectadas”.

A mayor abundamiento, la resolución contenida en el Informe Técnico Definitivo, correspondiente a los Precios de Nudo del Sistema Interconectado Central, no ha sido un acto ilegal, toda vez que ella fue emitida por la Comisión Nacional de Energía en uso de las atribuciones que le otorga la ley eléctrica aplicable, y “tampoco se le puede calificar de arbitraria, esto es, adoptada por mero capricho o contra la sana razón, pues de los antecedentes allegados al proceso cabe concluir inequívocamente que fue el fruto de un

sos. Trataremos de entender las razones de este resultado, al mérito del análisis que seguidamente haremos bajo la fórmula de un comentario de sentencia, el que haremos, al menos, bajo el siguiente orden:

1. De las concesiones eléctricas: su naturaleza
2. Régimen tarifario: Organos intervinientes: ¿Debe soportarse obligatoriamente un agravio?
3. El control de constitucionalidad: en “casos complejos”, frente a la “ilegalidad” o la “arbitrariedad”.

1. De las concesiones eléctricas: su naturaleza

Suele hacerse, comúnmente, la afirmación de que el “sector eléctrico” es un mercado regulado en el que las empresas concesionarias de generación y distribución de energía eléctrica se someten a un estatuto legal sistemático como es el DFL 1/82, en razón de tratarse de un *servicio público* sometido a gestión privada, pero con una regulación de derecho público. Se trataría de concesiones de servicio público.

Conviene advertir, primeramente, que la propia ley, para los efectos del ámbito de su aplicación y gradualidad de la intervención potestativa, ha señalado que “es servicio público eléctrico, el suministro que efectúe una empresa concesionaria de distribución a usuarios finales ubicados en sus zonas de concesión, o bien a usuarios ubicados fuera de dichas zonas, que se conecten a las instalaciones de la concesionaria mediante líneas propias o de terceros”.

riguroso y acabado estudio de los antecedentes necesarios para la referida fijación tarifaria. Fue un proceso técnico basado en antecedentes objetivos".

Que, no obstante que la jubilación que se origine para los imponentes, depende de la rentabilidad de los fondos de pensiones a que se encuentren ellos afiliados, conforme al DL 3.500, no es menos cierto que se trata de un futuro derecho jubilatorio, que integra el derecho a la seguridad social, garantía constitucional, que por lo pronto, no se encuentra protegida por el recurso de protección, siendo entonces inadmisibile cualquier acción en este sentido.

I. CORTE SUPREMA

Santiago, dieciocho de junio de mil novecientos noventa y siete.

Vistos:

Se confirma la sentencia apelada de veintidós de enero último, escrita a fojas 176.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

N° 503-97.

Pronunciado por los ministros señores: Osvaldo Faúndez V., Lionel Béraud P., Arnaldo Toro L. y Germán Valenzuela E., el abogado integrante señor Manuel Daniel A.

II. CORTE DE APELACIONES

Santiago, veintidós de enero de mil novecientos noventa y siete.

Vistos:

Patricio Alday Papic, ingeniero civil, gerente general de la Empresa Hidroeléctrica Pullinque S.A., y en su representación, ambos domiciliados en calle La Bolsa N° 81, 4° piso, Santiago, a fs. 1 recurre de protección en contra de la Comisión

Las empresas que posean concesiones de servicio público de distribución sólo podrán destinar sus instalaciones de distribución al servicio público y al alumbrado público²" y añade que "No se considerarán de servicio público: Los suministros efectuados desde instalaciones de generación y transporte, la distribución de energía que hagan las cooperativas no concesionarias, o bien la distribución que se realice *sin concesión*³".

Por lo anterior, sostiene Vergara Blanco que:

"Para distribuir energía eléctrica a usuarios finales, esto es, para prestar servicio público de distribución, es preceptiva una concesión, la que, a su vez, otorga derechos adicionales para la ocupación del suelo público y privado. Por otra parte, si bien ello no es necesario para el transporte de la energía eléctrica, si un agente económico que va a transportar energía eléctrica desea obtener los beneficios del título concesional (gravámenes y servidumbres en suelo privado, y ocupar o atravesar el suelo público), puede también tramitar el título concesional.

En todo caso, cualquiera que sea la motivación y subsector eléctrico de que se trate (esto es, distribución o transporte) sustantivamente el título concesional es idéntico, tanto en su tramitación como en sus efectos en cuanto a la ocupación del suelo. Su *status* jurídico es idéntico, salvo la condición de servicio público ulterior de la distribución, que es un tema de operación y explotación del dere-

² Art. 7° DFL N° 1/82 (Minería).

³ Art. 8° DFL. cit.

Nacional de Energía, organismo del Estado, domiciliado en Teatinos N° 120, representada por su Secretaria Ejecutiva doña María Isabel González Rodríguez, ingeniero del mismo domicilio, y contra el Ministro de Economía, Fomento y Reconstrucción, don Alvaro García Hurtado, ignora profesión, del mismo domicilio anterior, por las infracciones constitucionales y legales que seguidamente desarrolla.

Funda el recurso en que la autoridad con fecha 14 de octubre de 1996, mediante C.N.E. 1036-96 remitió a su representada una copia del "Informe Técnico Definitivo" correspondiente a la determinación de los "Precios de Nudo del Sistema Interconectado Central", para la fijación de los precios de octubre de 1996. El referido informe técnico fijó un precio de nudo de 31,31 Mills, en circunstancias que el actualmente vigente es de 35,87 Mills, lo que significa una disminución de un 12,7% aproximadamente.

Agrega que dadas las particularidades del mercado eléctrico, este requiere de la intervención de la autoridad en determina-

dos casos y uno de ellos es la fijación del "precio de nudo" que, en su esencia consiste en fijar aquel valor en que las empresas generadoras de electricidad venden o transfieren su energía a las empresas distribuidoras.

Este precio se determina cada seis meses, en abril y octubre de cada año, para lo cual el artículo 100 del DFL N° 1, de 1982, de Minería, dispone que la Comisión Nacional de Energía pondrá en conocimiento de las empresas de generación y transporte que efectúan ventas sometidas a precios fijos un informe técnico del cálculo de los precios de nudo.

Conforme señala la ley, la Comisión podrá aceptar o rechazar total o parcialmente las observaciones de las empresas, por lo que queda claro que no existe recurso alguno contra la decisión de la autoridad, salvo el recurso de protección.

Agrega que la fijación del precio del nudo es una cuestión eminentemente técnica en que deben considerarse una serie de factores: la proyección estimada de la demanda, la fijación del plan óptimo indi-

cho creado, que en nada altera las conclusiones anteriores, que emanan de textos expresos de la ley, según desarrollo enseguida"⁴.

¿ Pero, se trata de una verdadera concesión de servicio público?

Para los autores del nuevo régimen eléctrico está claro que la denominación de "concesión" utilizada por la ley, no correspondía real y verdaderamente a su equivalente jurídico-dogmático, sino que la denominación concesional prevista por la ley sólo representó un vehículo denominativo a los efectos del fin perseguido o deseado, mas no tuvo el mérito de poder comprender verdadera y jurídicamente una "concesión". En efecto, hoy han dicho que "La ley contempla la 'Concesión de Servicio Público de Distribución' para el establecimiento, opera-

⁴ Vid., de Alejandro Vergara Blanco, *La Concesión Eléctrica: Procedimiento, Servidumbres y Ocupación del Suelo Privado y Público. Propositiones Concretas de Cambios Legislativos*, Revista Chilena de Derecho, número monográfico "Problemas Actuales de Derecho Eléctrico", vol. 21 N° 3, 1994, págs. 464 y ss., lo citado en p. 465. Es notoria la carencia de doctrina en el ámbito nacional. Temas que no resultan nada pacíficos en el derecho comparado, al efecto, vid. Jesús Trillo-Figueroa Martínez-Conde y Francisco de Borja López-Jurado Escribano, *La Regulación del Sector Eléctrico*, Civitas, 1996, en especial págs. 159 y ss. Ultimamente hay preocupación académica; vid. también de Eugenio Evans Espiñeira, "Fijación de Tarifas de Distribución y Potestades Discrecionales de la Administración", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 25 N° 1, págs. 217-242, 1998; también en *Informe Constitucional* N°s 1.566 y 1.567, de 4 y 5 de agosto de 1997, respectivamente.

cativo de las inversiones, la información hidráulica y los costos variables de las centrales.

Afirma que el análisis técnico de los distintos factores antes enunciados pueden justificar un alza en el precio del nudo y no una baja.

a) Se calculó una previsión de demanda con un crecimiento de un 7,3%, en circunstancias que la misma Comisión estima que su crecimiento para el período 1996-2006 será de un 8,44%.

b) En cuanto al programa de obras de generación y transmisión señala que en el Sistema Interconectado Central no presenta significativas modificaciones respecto del que tuvo que considerar la Comisión en abril de 1996.

c) En cuanto a los costos señala: en relación con la hidrografía, la conclusión lógica es que atendida la escasez de insumos en las centrales hidráulicas, la oferta de energía disminuirá.

Asimismo, en la metodología utilizada por la Comisión Nacional de Energía para considerar el precio del carbón pue-

den formularse una serie de reparos que invaliden la confiabilidad de los índices deducidos por dicho organismo. Cuestión similar acontece respecto del valor del flete marítimo en la estimación de costos del carbón procedente de Estados Unidos, fijado en 10,45 US\$/Ton., en circunstancias que el pagado en el primer semestre fue de 11 US\$/Ton.

En la determinación del precio libre señala la recurrente que conforme lo dispuesto en el artículo 101 del DFL N° 1, de 1982, la limitación con que cuenta la Comisión Nacional de Energía para la determinación del precio del nudo es que "no podrá diferir en más de diez por ciento de los precios correspondientes a suministros no sometidos a fijación de precios. En tales circunstancias la Comisión Nacional de Energía debió considerar todos los contratos de suministro celebrados por generadoras y no sólo los de aquellas que forman parte del sistema CEDEC-SIC y debió realizar la comparación entre los precios libres y los regulados en moneda del mismo valor.

ción y explotación de las redes de distribución de servicio público. *Bajo este concepto, la concesión no es, como tradicionalmente se la concibe, una delegación de una actividad privativa del Estado en una empresa.* Lo que se pretende es facilitar la realización de una actividad que beneficia a un gran número de personas, a través de concederle a una empresa (privada o estatal) el uso de los bienes nacionales de uso público o de franjas de propiedades privadas para el tendido de las líneas. No se trata de conceder una actividad, sino de conceder espacios para la realización de una actividad de beneficio general⁵.

Por lo dicho, es necesario recalcar y dar cuenta insistentemente, que pese a los términos manifiestos de la ley, no se trata propiamente de la "vieja técnica concesional" que pone —como se ha dicho en sede judicial— en pie de supremacía al Estado frente al particular⁶, y sobre la cual tanto ha escrito la doctrina administrativa desde inicios de siglo.

Se trata en cambio de rescatar, para los particulares, algo que les es natural y propio, el ejercicio o desarrollo de una determinada actividad económica, a la

⁵ Sebastián Berstein, "Sector Eléctrico", en Soluciones Privadas a Problemas Públicos, Cristián Larroulet (Coordinador), Instituto Libertad y Desarrollo, Santiago, 1991, Ed. Trineo S.A.

⁶ Vid. Recurso de Protección Empresa Eléctrica Puente Alto Limitada, Compañía Eléctrica Río Maipo S.A. y Chilectra S.A., apelación Rol 804-97, Corte Suprema, donde la parte que representaba a la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, sostuvo dicho parecer, con refuerzos doctrinarios al caso, Informe en Derecho, Profesores Srs. Francisco Zúñiga y Jorge M. Quinzio. La Corte Suprema, sin alcances sobre la materia, revocó la sentencia de primera instancia y rechazó los recursos de protección señalados, 28 de abril de 1997, 3ª Sala.

Estima conculcadas las siguientes garantías constitucionales:

a) la prevista en el N° 21 del artículo 19, el derecho a desarrollar cualquier actividad económica, pues el precio fijado solo permitiría una rentabilidad del 3% a 4%, lo que no le permitirá enfrentar sus obligaciones; el N° 23 del artículo 19 de la Constitución, esto es, la libertad para adquirir toda clase de bienes, y el N° 24 del mismo artículo 19, el derecho de propiedad, pues su representación tiene el derecho de cobrar un precio de nudo fijado de acuerdo con los parámetros técnicos que establece la ley y no verse expuesta a la arbitrariedad de la autoridad.

Solicita se acoja el recurso y que esta Corte adopte de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho.

A fs. 39 informa la recurrida, Secretaría Ejecutiva de la Comisión Nacional de Energía, en cuya primera parte se refiere al mercado eléctrico, a la tarificación eléctrica y a la metodología y procedimientos seguidos para la fijación de tarifa eléctrica,

cas, establecidos en los artículos 100, 101, 102 y 103 del DFL 1/82, de Minería, todo lo cual se ha cumplido en la especie.

En cuanto a los procedimientos seguidos en la elaboración del programa de obras de generación y transmisión, la autoridad debe entregar las señales adecuadas a los inversionistas en forma de cautelar la expansión optimizada del sistema de forma de minimizar el costo total de abastecimiento, buscando así la eficiencia económica, lo que es indispensable para la adopción oportuna de decisiones.

Luego refuta las aseveraciones de Pullinque S.A., en la forma siguiente:

a) En cuanto a la estimación de la demanda para fijación del precio del nudo, de acuerdo con el N° 1° del artículo 99 del DFL 1/82 debe considerarse los siguientes 10 años con el primer año de dicho período y lo que la Comisión Nacional de Energía estimó fue un crecimiento del 7,3% para el primer año y de un 8,44% para el período de 10 años.

b) En cuanto al programa de obras de generación y transmisión, la recurrente se-

que tienen de suyo derecho, como la propia Constitución se encarga de reafirmarlo en el artículo 19 número 21. Además que, por lo expuesto, no resulta difícil darse cuenta de que en un sistema como el nuestro, *el Estado no es ya más el titular de la actividad económica que conlleva la generación o distribución de energía eléctrica*⁷ por no ser una función propia de este, de donde no se ve qué podrá este conceder a los particulares. Lo que acontece no es propiamente una materia concesional, sino que se trata del uso de la técnica de la autorización, a lo que se une la regulación consecuente al desarrollo de aquella actividad, en los marcos o márgenes que las leyes —no los reglamentos— permitan, y todo ello, hasta en cuanto no se afecte la esencia del derecho a desarrollar la correspondiente actividad económica⁸.

⁷ Vid. Vivianne Blanlot, *La Regulación del Sector Eléctrico*, en *Hacia el Estado Regulador*, publicación colectiva, CIEPLAN, 1993, en especial págs. 289 y ss. "El proceso de reestructuración del sector eléctrico comenzó en 1978 y formó parte de la reestructuración y privatización del sector de energía en general. El principal objetivo explícito de este proceso fue promover una mayor eficiencia en el desarrollo del sector, a través de: —separar el rol regulador del rol empresario del Estado, —abrir la posibilidad de competencia a través de la incorporación del sector privado en la industria, —introducir el concepto de eficiencia en la fijación de tarifas y, al mismo tiempo, mejorar el perfil financiero de las empresas del sector".

⁸ Vid. con esclarecedora posición, Iván Aróstica Maldonado, su *Transferencia de Funciones Estatales al Sector Privado en tres Contratos Administrativos: Concesión de Servicio Público, Externalización y Sociedad*, en *Rev. de Derecho Público (UCH)* N° 55-56 (1994), págs. 143-160.

ñala que ello determina rentabilidades del 4% para el parque de generación; pero la ley en ninguno de sus artículos asegura una tasa de rentabilidad, lo que si prevé la ley en la letra d) de su artículo 100 es que la tasa de actualización utilizada en los cálculos de precios de nudo será de un 10% real anual.

c) En cuanto a los costos de los combustibles, de acuerdo con el N° 2° del artículo 99 del DFL 1/82, en todas las fijaciones, desde 1983 se ha utilizado invariablemente el promedio de los costos marginales futuros esperados de los primeros cuarenta y ocho meses siguientes para el Sistema Interconectado Central. La naturaleza hidrotérmica de este sistema con un gran embalse interanual como es el Lago Laja, sólo permite una correcta modelación de largo plazo para determinar el valor del agua de dicho embalse, considerando un período de 48 meses.

Respecto a la diferencia de las canastas de carbones utilizada en las distintas plantas termoeléctricas existentes en el Sistema Interconectado Central y particu-

larmente en Guacolda y Ventanas, la Comisión Nacional de Energía se ha remitido a la lista de carbones utilizables en cada central que fuera determinada a través de un estudio encargado a la empresa consultora Metálica S.A., el que fue entregado a las empresas distribuidoras en su oportunidad; asimismo el cambio observado en los puertos de embarque obedecen a variaciones de precios de los carbones para los distintos puertos, informados por la revista Coal Week. La metodología utilizada para valorar los fletes del carbón corresponde a la que se determinó mediante un estudio contratado por la Comisión a la empresa Ingeconómica S.A., estudio que hoy constituye la mejor herramienta objetiva disponible.

d) Por último estima errónea la afirmación de la recurrente en el sentido de que para esta determinación, comparada con los precios libres, sólo consideró las ventas libres efectuadas por las empresas que pertenecen al CEDEC/SIC, pues la Comisión sí consideró las ventas libres efectuadas por Aconcagua S.A. e Hidro-

2. Régimen tarifario: Organos intervinientes: ¿Debe soportarse obligatoriamente un agravio ?

A grandes rasgos, podemos señalar que intervienen en la regulación del sector eléctrico la Comisión Nacional de Energía, que es el principal organismo asesor del gobierno en la planificación indicativa de inversiones que hayan de hacerse tanto en generación⁹ como en distribución, por los actores económicos del sistema, debiendo realizar también el diseño de normas y los cálculos necesarios para la determinación de las tarifas en aquellos precios que se someten a regulación; la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, que es el principal organismo fiscalizador y que tiene a su cargo la responsabilidad técnica en materias de denominación concesional, correspondiéndole, asimismo, velar tanto por la correcta aplicación tarifaria a los usuarios, como por el control efectivo de la calidad del servicio eléctrico que otorguen los proveedores; y el Ministerio de Economía, que es el organismo, a través del cual se expiden los decretos correspondientes que fijan las tarifas, por una parte, y por la otra fomentan el desarrollo de los sectores que concursan en esta materia.

En materia de precios¹⁰, la ley ha previsto la intervención de la autoridad -vía fijación de precios máximos-, en el marco señalado en el título IV de la ley

⁹ Ilustrativo resulta considerar que para la fijación de los precios de nudo -que inciden en las tarifas eléctricas de los usuarios- ya se ha tomado en cuenta la futura puesta en marcha de la denominada Central Ralco, de donde resulta que lejos de ser una eventual y futura fuente del sistema, tiene ya incidencias tarifarias expresas.

¹⁰ El caso en comento versa sobre fijación de precios de nudo; para impugnación de precios del segundo tipo, vid. nota 7.

eléctrica Guardia Vieja S.A., como consta de los antecedentes que acompaña.

Termina expresando que el proceder de la Comisión Nacional de Energía se ha ajustado a la legalidad, los precios señalados en el Informe Técnico fueron ya remitidos al Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción el que procedió a su aprobación por Decreto Supremo 788, publicado en el Diario Oficial de 31 de octubre de 1996, previa toma de razón.

Solicita el rechazo del recurso.

A fs. 72 doña Mónica del Rosario Peñaloza Loyola, empleado, domiciliada en O. Bonilla 1891, Maipú, Jorge Peñaloza Loyola, empleado, domiciliado en Descartes 4080, Maipú, José Antonio Muñoz Elgueta, empleado, domiciliado en 6 Poniente 4051, Conchalí, Enzo Godoy Rivera, empleado, domiciliado en Costanera Sur 6714, depto. 43, Marcela Alejandra Badilla Muñoz, empleada, domiciliada en Pasaje L N° 1709, Peñalolén y Julie Ana Maldonados Campos, empleada, domiciliada en Sicilia 7566, La Cisterna, todos de la ciudad de Santiago, recurren de

protección contra la Comisión Nacional de Energía, representada por su Secretaria Ejecutiva, María Isabel González Rodríguez, ingeniero, ambos domiciliados en Teatinos 120 y contra el Ministro de Economía, Fomento y Reconstrucción, ignoran profesión, del mismo domicilio anterior, por cuanto se ha comunicado profusamente a la prensa que la recurrida, en forma arbitraria e ilegal, a contar del 1° de noviembre de 1996, bajará el precio de nudo de la electricidad desde 35 Mills a 31 Mills, aproximadamente, lo que significa una disminución de más de un 12%, con lo cual se amenaza, perturba y priva del legítimo derecho de propiedad garantizado en el N° 19 del artículo 24 de la Constitución sobre sus ahorros previsionales.

Expresan que se encuentran afectas al nuevo sistema de pensiones, regulado por el DL N° 3.500, de 1980, el cual se basa en la capitalización individual de cuya rentabilidad dependen sus jubilaciones futuras y sobre los recursos que forman el

eléctrica (arts. 90 a 129) y se da esta, para los efectos de nuestro comentario, principalmente en sistemas eléctricos cuyo tamaño sea superior a 1.500 Kilowatts en capacidad instalada de generación. Se distinguen dos niveles de precios sujetos a fijación: 1. Precios a nivel de generación-transporte. Estos precios se denominan "precios de nudo" y se definirán para todas las subestaciones de generación-transporte desde las cuales se efectúe el suministro; tienen los precios de nudo, dos componentes que son el precio de energía y el precio de la potencia de punta; y 2. Los precios a nivel de distribución, que se determinan sobre la base del precio de nudo, establecido en el punto de conexión con las instalaciones de distribución, y de un valor agregado por concepto de costos de distribución. Los primeros son fijados semestralmente por la autoridad (Ministerio de Economía) en los meses de abril y octubre de cada año y la determinación de las fórmulas para la fijación de los segundos se realiza, normalmente, cada cuatro años¹¹ (art. 110).

Para la determinación de los "precios de nudo" la Comisión Nacional de Energía (CNE) dentro de los primeros quince días de marzo y septiembre de cada año, pone en conocimiento de las empresas de generación y transporte que efectúen ventas sometidas a fijación de precios, así como de los Centros de Despacho Económico de Carga¹², un Informe Técnico del cálculo de los precios

¹¹ Vid., desde una perspectiva jurídico-constitucional sobre el tema, Enrique Evans de la Cuadra, su Análisis del Sistema Tarifario de la Distribución de Energía Eléctrica. La Fijación del "Valor Nuevo de Reemplazo" (VNR), en Rev. Chilena de Derecho (UC), cit., págs. 447 y ss.

¹² El denominado CEDEC, cuya única referencia legal, aparece en el artículo 150 letra b). Su funcionamiento está reglado reglamentariamente.

fondo de pensiones tienen un derecho de propiedad.

Agregan que las Administradoras se encuentran facultades para invertir en acciones y que el 14,13% del Fondo se encuentra invertido en acciones de generación eléctrica.

Agregan que la autoridad puede fijar libremente el precio del nudo, pero el artículo 97 de la ley, DFL 1/82, dispone que los precios de nudo deberán reflejar un promedio en el tiempo de los costos marginales de suministro a nivel generación y transporte para usuarios permanentes de muy bajo riesgo.

En términos generales, dicen, los antecedentes que debe tener en cuenta la Comisión Nacional de Energía para la fijación del precio del nudo, no son otros que la proyección de la demanda eléctrica esperada, el plan indicativo de inversiones en el sector y finalmente la información hidrográfica y de costos variables de las centrales generadoras de electricidad.

Ahora bien no hay ninguna base racional ni lógica para estimar que el precio

del nudo que comenzará a regir el 1° de noviembre de 1996 pueda ser inferior al vigente; la infraestructura en generación sigue siendo similar, la escasez de agua es evidente, la oferta de energía disminuirá por lo que su precio debe aumentar; las centrales térmicas producen electricidad en base a carbón o petróleo y el valor de este ha aumentado, de todo lo cual cabe inferir que el valor de la energía debe de subir y en ningún caso bajar.

Estiman conculcada a sus respectivos la garantía del N° 24 del artículo 19 de la Constitución Política pues esta fijación de precios produce en sus cuentas individuales en las Administradoras de Fondos de Pensiones, una pérdida patrimonial sólo comparable a una expropiación de facto toda vez que por la vía de bajar la rentabilidad de las empresas generadoras, donde está invertido el 14% del total de los fondos de pensiones, se afecta el patrimonio de los afiliados al sistema.

Solicitan se acoja este recurso y que esta Corte adopte las providencias que juzgue necesarias para restablecer el im-

de nudo, según el procedimiento previsto por el art. 99, que tiene el carácter de provisorio y recibidas, en plazo legal, las observaciones de las empresas sujetas a tal determinación, la CNE antes del 15 de abril y 15 de octubre de cada año, debe comunicar al Ministerio de Economía y a las empresas eléctricas correspondientes, los precios de nudo y fórmula de indexación, conjuntamente con el Informe Técnico de Cálculo Definitivo de los Precios de Nudo, de acuerdo a las fórmulas legales previstas por el art. 101 y las observaciones de las empresas reguladas. Estos precios máximos, calculados por la CNE, son luego fijados mediante decreto expedido por el Ministerio de Economía, mediante delegación de firma. Queda claro, asimismo, que la autoridad puede fijar incluso un precio menor al señalado por la CNE, ello en cuanto dicho Decreto consigne, además, la firma del Ministro de Hacienda y, previamente a este, la ley de Presupuestos del Sector Público haya autorizado las compensaciones a que se da lugar y a las que tienen derecho las empresas, por el solo ministerio de la ley (arts. 92, 101, 102).

En estos autos, como se dijo, la empresa eléctrica compareciente ha recurrido objetando el Informe Técnico Definitivo, que hemos mencionado, el que en verdad no es propiamente un acto administrativo como asegura la sentencia, sino que traduce un acto técnico, no potestativo ni jurídico, que se inserta en un iter procedimental que lleva a la dictación de un acto administrativo terminal, cual es el correspondiente decreto de Economía que determina la fijación tarifaria máxima, que le compete a la autoridad respectiva. Esta sola circunstancia, de modo alguno, releva para el particular agraviado la posibilidad impugnativa, como aconteció en este recurso.

perio del derecho y asegurar la debida protección a los recurrentes.

A fs. 79 informa la Secretaria Ejecutiva de la Comisión Nacional de Energía el recurso de protección ingreso de Corte N° 3.908-96 interpuesto por los afiliados al nuevo sistema de pensiones, antes individualizados.

Expresa que los precios de nudo, esto es, los valores en que las empresas de electricidad venden o transfieren la energía a las empresas distribuidoras siempre han sido determinados por la Comisión siguiendo parámetros técnicos. La actual fijación ha sido hecha en base a previsiones de demanda, agua embalsada, estadísticas hidrográficas, precios de combustibles, planes de obras y modelos de operación conocidos y cimentados por estudios técnicos efectuados por prestigiosas empresas y universidades, todos los cuales han sido dados a conocer a las empresas en su oportunidad, dentro del proceso de elaboración del Informe Técnico Definitivo de Cálculo del Precio Nudo.

Luego se refiere a las afirmaciones de los recurrentes en los siguientes aspectos:

a) No sería efectivo que el aumento de la demanda conlleve un aumento en los precios, pues el precio es el resultado de un equilibrio entre oferta y demanda, de modo que un aumento de la demanda no provoca necesariamente un aumento en los precios si, por la inversa, aumenta también la oferta.

b) Los recurrentes estiman que los planes de obras de octubre de 1996 y abril de 1996 no difieren significativamente, con lo cual no consideran la puesta en servicio de dos centrales a gas en 1998. De hecho la incorporación de 721,2 MW de base a gas natural en 1998, a través de las Centrales San Isidro y Nehueco de Endesa S.A. y Colbún S.A., respectivamente, para un sistema como el SIC que actualmente tiene una capacidad aproximada de 4,100 MW, representa un impacto de gran magnitud y esta oferta adicional provoca una disminución de precios.

c) En cuanto a la escasez de agua ella sólo determinaría costos marginales altos

Y menos aún, puede pretenderse eludir entrar, derechamente, al conocimiento de una causa como esta, por la sola consideración de la posibilidad reparadora prevista por la ley —art. 94—, que sólo viene a significar el derecho de las empresas para perseguir, ante la justicia ordinaria, las consecuentes responsabilidades pecuniarias (indemnizaciones) cuando las tarifas fijadas les causen perjuicio a sus legítimos derechos o intereses.

No se divisa cómo la circunstancia anotada, que sólo establece una de las formas posibles para materializar la responsabilidad del Estado (hablaríamos de un contencioso reparatorio), pueda servir para eximir del control judicial que la Constitución establece respecto de todo “acto u omisión” que se considere arbitrario o ilegal. Significaría entonces, de acuerdo a lo sentenciado, y en otras palabras, que el recurso de protección (acción constitucional) queda interdictado en su uso o posibilidad de ejercicio, siempre y cuando una ley considere acciones posteriores a la consolidación del agravio; es decir, existiría para el Estado, en aquellos supuestos, un verdadero derecho a agraviar, siempre y cuando la ley haya previsto un reparo indemnizatorio posterior. Ello es contrario a la más elemental lógica jurídica constitucional.

3. El control de constitucionalidad: en “casos complejos”, frente a la “ilegalidad” o la “arbitrariedad”.

Desde el lamentable caso de “Yañez con SENDOS”, donde una Corte de Apelaciones se tornó renuente al conocimiento de un recurso de protección, en

en los primeros trimestres del período en estudio; pero la ley establece que se debe fijar un promedio de los costos marginales futuros de los primeros dos a cuatro años del horizonte de estudio.

d) En cuanto al aumento del precio del petróleo, ello ha sido considerado, pero su magnitud no es significativa.

De lo anterior concluye que la baja en los precios de nudo es absolutamente previsible cuando en un sistema se aumenta la oferta debido a la incorporación de centrales generadoras a gas natural, no obstante la situación de la demanda de energía, el nivel de agua en los embalses y el aumento en los precios del dólar y del petróleo.

En cuanto a la baja de los precios de las acciones, agregan que es un hecho cierto que las acciones de cualquier sociedad anónima están expuestas a variaciones del mercado en el cual operan y este hecho es conocido por los inversionistas institucionales.

Estima que el acto no es ilegal ni arbitrario, por lo que debe rechazarse el recurso.

Con lo relacionado y considerando:

1°. El Título IV del DFL N° 1, de 1982, del Ministerio de Minería, trata de las tarifas; su artículo inicial, el artículo 90 dispone que estarán sujetos a fijación de precios los suministros de energía eléctrica que indica. El artículo 92 dispone que los precios máximos de que se trata serán calculados por la Comisión (Nacional de Energía) de acuerdo con los procedimientos que se establecen más adelante, y fijados mediante decreto expedido por el Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción.

La ley en sus artículos 97, 99, 100, 101, 102, 103 y 104 señala el procedimiento para la determinación de precios de los sistemas eléctricos desde los cuales son efectuados los suministros.

2°. Que no se ha cuestionado por los recurrentes la atribución que sobre la materia tiene la Comisión Nacional de Energía, en conformidad a los señalados preceptos del DFL N° 1-82, de Minería, ni tampoco la formalidad conforme a la cual

razón de tratarse de un "caso complejo", como si los jueces estuvieran sólo para bagatelas jurídicas¹³, mucha agua ha corrido bajo las aguas del control jurisdiccional pleno.

Y es que debe irse asentando y recalcando una idea imprescindible, cual es que en un mundo cada vez más tecnificado y especializado, la convivencia lejos de simplificarse añade complejidades en el diario vivir que luego capta el legislador, y en demasía a veces, bajo el prisma de la regulación, desapareciendo en ese instante el ideal mágico de la codificación racionalista, puesto que se hace insostenible la existencia de un solo cuerpo legal que pueda captar, en plenitud, los avatares de la legislación. Por ello, la complejidad de las materias que hoy llegan a nuestros tribunales no se satisface con la aplicación plena de las hipótesis que el Código Civil ha podido construir, sin perjuicio, claro está, de los principios jurídicos comunes que allí se contienen. Por lo dicho, resulta evidente que no se puede, por ningún tribunal, llegar a la conclusión de que estas leyes y materias del todo complejas y su consecuente aplicación queden al margen del control judicial. La dogmática jurídica de las disciplinas, en nuestro caso el constitucional y administrativo, podrán, en estos casos, servir de medio coherente de interpretación y aplicación del derecho. Lo técnico y complejo, no es

¹³ Vid. Rev. Derecho y Jurisprudencia, T. 80 (1983), N° 3, 2.5, pág. 185 y ss. De interés el comentario del profesor Eduardo Soto Kloss, pp. 188-192, en especial su colofón: "Como decían los clásicos *aberratio optimi, pessima*: la corrupción de los mejores es la peor".

se emitió el Informe Técnico Definitivo sobre Fijación de Precios de Nudo, octubre de 1996, Sistema Interconectado Central, el cual fue puesto en conocimiento del primer recurrente con fecha 14 de octubre de 1996, todo ello en conformidad a lo que ordena el artículo 102 del citado DFL 1, de 1982, que es el acto administrativo contra el cual se recurre.

Asimismo, la fijación de las tarifas se publicó en el Diario Oficial de 31 de octubre de 1996, aprobadas por el Ministerio de Economía Fomento y Reconstrucción.

3°. Que de lo expresado por los recurrentes y lo manifestado por la recurrida, la Comisión Nacional de Energía, se llega a la conclusión que median discrepancias técnicas sobre materias altamente complejas como es esta fijación tarifaria.

4°. Que una de las materias importantes de divergencia es la previsión de demanda de potencia y energía del sistema eléctrico a que se refiere la letra a) del artículo 100 del DFL 1/82.

Pero el N° 1 del artículo 99 del citado DFL N° 1 especifica que la fijación se-

mestral debe hacerse teniendo en cuenta la previsión de demanda futura para los próximos 10 años, con lo cual se explica que se haya consultado un crecimiento del 7,3% para el primer año y un 8,44% para el período de 10 años.

5°. Que similar consideración merece la discrepancia relacionada con el plan de obras determinado por la autoridad, el que no presenta significativas modificaciones, según los recurrentes, en tanto para la recurrida ello no considera la puesta en servicio de dos centrales a gas natural, en 1998, que elevarán la capacidad del Sistema Interconectado Central.

Ahora bien, el N° 2° del artículo 99 del DFL 1/82 dispone que "para la operación del sistema se calcularán los costos marginales de energía del sistema, incluida la componente de racionamiento en los primeros meses de operación, con un mínimo de 24 y un máximo de 48 meses, promediándose los valores obtenidos con factores de ponderación correspondientes a las demandas actualizadas de energía durante ese período".

contradictorio con la justicia, al contrario, impone para el juez el doble camino de la prudencia y de un riguroso saber¹⁴.

En lo nuestro, podemos señalar que la sentencia comentada no resulta ser un referente adecuado o concluyente sobre el estado de la cuestión. El asilo en la señalada complejidad de un determinado asunto, incluso en materias como las hoy expuestas, no resulta un camino común de la jurisprudencia, puesto que el carácter pretendido no puede relevar la posible existencia o concurrencia de ilegalidades sustantivas o formales o arbitrariedades en el actuar de la Administración. Por de pronto, conviene precisar los términos.

Así, se señala¹⁵ que "el género de la antijuridicidad reviste dos formas: la ilegalidad y la arbitrariedad. No deben confundirse, ya que la autoridad puede actuar dentro de la legalidad formal y cometer un acto arbitrario al mismo tiempo. Por su parte, la arbitrariedad puede incidir en tres órdenes de materia: 1. En relación a la oportunidad en que se debe emitir un acto administrativo

¹⁴ Este temor nacional del juez a lo "complejo o técnico" ha sido tratado en doctrina, vid. especialmente Tomás-Ramón Fernández, *Arbitrariedad y Discrecionalidad Administrativa*, 1991, Civitas. En especial págs. 80 y ss. También, Coca Vita *Legalidad constitucional, exclusión de control judicial y discrecionalidad técnica*, vol. II, N° 100-102, Rev. de Administración Pública (España), pp. 1039 y ss. Conviene ir considerando que la mencionada discrecionalidad técnica es una verdadera contradicción esencial, puesto que lo discrecional -posibilidad de elección en elementos que así lo admitan en la previsión del legislador- se opone con lo técnico, que siempre habrá de admitir sólo posibilidades únicas de resultado, no variables.

¹⁵ Vid. Iván Aróstica M., *Arbitrariedad Administrativa (Jurisprudencia Judicial y Contralora)*, Separata, U. de Chile, sin fecha.

Habida consideración de esta norma es obvio que el resultado será diferente si para la fijación tarifaria se ha tenido o no en consideración la puesta en servicio próximo, en 1998, de las dos centrales a gas natural a que se ha hecho referencia.

6°. Que en general, pues, las discrepancias entre los recurrentes y la recurrida tienen la aludida característica de divergencias de orden técnico en relación con la aplicación de la completa normativa que regla la fijación tarifaria.

7°. Que esta acción cautelar tiene por objeto brindar protección a los particulares cuando en forma indubitable como consecuencia de actos ilegales o arbitrarios se los perturbe, amenace o prive de uno de los derechos que el artículo 20 de la Constitución señala, esto es, cuando se les afecte un derecho incuestionable.

Ahora bien, ante la eventualidad que el primer recurrente sufra perjuicio por la fijación tarifaria, en cuanto afecte a la Empresa Hidroeléctrica Pullinque S.A., debe considerarse que el artículo 94 del DFL N° 1/82 obvia la situación en los siguientes términos:

“En caso de que las empresas concesionarias, que se mencionan en el artículo anterior consideren que las tarifas fijadas por la autoridad causen perjuicio a sus legítimos derechos o intereses, podrán recurrir ante la Justicia Ordinaria, reclamando la indemnización correspondiente.

El afectado podrá recurrir a la Justicia Ordinaria de acuerdo a las reglas generales para perseguir las indemnizaciones a que haya lugar.

En tal forma, pues, el Recurso de Protección sobre todo en una materia controvertida y técnica, como la presente, no puede ser el sustituto jurisdiccional del procedimiento que la propia ley ha establecido para las situaciones en que la fijación tarifaria cause perjuicios a las empresas que estimen han sido afectadas.

8°. Que, por lo demás, la resolución contenida en el Informe Técnico Definitivo correspondiente a los Precios de Nudo, del Sistema interconectado central, para la fijación de los precios de octubre de 1996 no ha sido un acto ilegal, toda vez que ella fue emitida por la Comisión Nacional de

(“cuándo”): en aquellos casos en que la ley no le fija un plazo determinado a la Administración para actuar. Hay arbitrariedad cuando no actúa “dentro de un términos prudencial”. 2. En relación a los motivos que justifican o fundamentan un acto administrativo (“por qué”). Hay arbitrariedad cuando el acto carece de razonabilidad: no se invocan hechos concretos o los hechos son inexistentes o *hay un error en su ponderación* o en su calificación jurídica. 3. En relación al objeto o contenido del acto administrativo (“qué” decisión se adopta): en aquellos casos en que la ley no ha previsto una sola medida posible que puede tomar la autoridad frente a una situación de hecho (competencia reglada), sino que le confiere un margen de flexibilidad para elegir de entre varias decisiones posibles, dentro de un catálogo de alternativas (competencia discrecional). *Hay arbitrariedad cuando la medida escogida –aunque está contemplada dentro del elenco de posibilidades– es “desproporcionada” o excesiva* en relación a los fines que se pretende alcanzar. Denota rigor innecesario; cuando la medida pasa a ser “desmedida”.

Podrán nuestros tribunales realizar los controles a los elementos propuestos. Así lo han hecho, y no divisamos el temor de que lo sigan haciendo. Han entrado de lleno al control de la razonabilidad en materias como las eléctricas, expresando que “estos antecedentes e informaciones técnicas y oficiales, valoradas por esta Corte en conciencia, demuestran que la “variación del área típica” aplicable a la recurrente Empresa de Puente Alto Ltda. ha sido legítima y exenta de arbitrariedad (considerando 10)”, o, en otra parte: “Que si bien la determinación de la autoridad no satisfizo las pretensiones de los recurrentes relativas al rubro en comento, aleja toda crítica de inflexibilidad de la autoridad encargada de

Energía en uso de las atribuciones que le otorga el DFL N° 1, de 1982, del Ministerio de Minería; y tampoco se la puede calificar de arbitraria, esto es, adoptada por mero capricho o contra la sana razón, pues de los antecedentes allegados al proceso cabe concluir inequívocamente que fue el fruto de un riguroso y acabado estudio de los antecedentes necesarios para la referida fijación tarifaria. Fue un proceso técnico basado en antecedentes objetivos.

En consecuencia, no ha podido infringir las garantías constitucionales que al respecto señala la empresa Hidroeléctrica Pullinque S.A.

9°. Que en relación con el recurso intentado por Mónica Peñaloza Loyola y otros a fs. 72 y siguientes, debe considerarse que de la rentabilidad de sus fondos de pensiones depende la jubilación que obtendrán en su oportunidad.

Se trata en consecuencia, de un futuro derecho jubilatorio que integra el derecho a la seguridad social. Ahora bien, el artículo 20 de la Constitución Política no

señala entre las garantías constitucionales protegidas por el recurso de protección el derecho a la seguridad social, por lo que el intentado por estos recurrentes, al margen de cualquier otra consideración, debe ser rechazado por inadmisibile.

Y visto, además, lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución Política del Estado, y en el Auto Acordado de la Excm. Corte Suprema sobre Tramitación del Recurso de Protección, se declara *sin lugar* el intentado a fs. 1 por el ingeniero Patricio Alday Papic y a fs. 72 por Mónica del Rosario Peñaloza Loyola, Jorge Peñaloza Loyola, José Antonio Muñoz Elgueta, Enzo Godoy Rivera, Marcela Alejandra Badilla Muñoz y Julie Ana Maldonado Campos.

Regístrese y, en su oportunidad, archívese.

Redacción del Abogado Integrante
señor Patricio Novoa Fuenzalida.
N° 3.878-96 y 3.908-96.

regular, controlar y determinar las fórmulas tarifarias de distribución eléctrica y, por lo mismo, en concepto de esta Corte, carece de la arbitrariedad que se le atribuye, por cuanto las razones expresadas por la Comisión Nacional de Energía demuestran un proceder reflexivo en relación al nivel de desarrollo del país y a la necesaria preocupación que deben tener las empresas por evitar pérdidas de energía derivadas del ilícito mencionado, teniendo presente, asimismo, la dificultad técnica de cuantificar las mismas (considerando 12)¹⁶.

Por ello, basta de seguir arguyendo a la "discrecionalidad técnica", la "otra vía", lo "complejo", puesto que ninguno de ellos son elementos que releven a la autoridad de lo propio, dar cuenta, cuando se le exija, del poder que se le atribuye, y ello ante el Juez. Es, por lo demás, lo correcto en un Estado que se precie de Derecho.

¹⁶ Rol 804-97, Corte Suprema, sobre "tarifas eléctricas", cit.

JOSÉ IGNACIO MARTÍNEZ ESTAY: *Jurisprudencia Constitucional Española sobre Derechos Sociales*. Cedecs: Derecho Procesal, Barcelona, 1997, 376.

En la Cedecs, de Barcelona, ha aparecido en 1997 publicada la tesis doctoral titulada como: *Jurisprudencia Constitucional Española sobre Derechos Sociales*, realizada en España por el profesor de la Universidad Adolfo Ibáñez, don José Ignacio Martínez Estay, bajo la dirección del profesor de la Universidad de Santiago de Compostela don Antonio-Carlos Pereira Menaut.

Se trata de un libro dividido en cuatro capítulos, que giran en torno al tema de los derechos sociales, desde la perspectiva constitucional, centrada principalmente en el ámbito doctrinal y jurisprudencial español.

Aunque el título del libro anticipa un estudio jurisprudencial constitucional, en rigor, la obra referida supera con creces ese propósito, extendiéndose a cuestiones tales como el contenido de los denominados derechos sociales, sus titulares activos y pasivos, y las diferencias que estos presentan con los derechos y libertades clásicos. En efecto, en la primera mitad de la obra se fijan las bases históricas y teóricas que se utilizan en el comentario particular: la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español sobre los derechos sociales.

En doctrina no existe un concepto pacífico de los derechos sociales. En este caso, el autor, haciéndose cargo del tema, elabora un concepto de derechos sociales donde los elementos constitutivos son los siguientes: el objeto de los derechos sociales es obtener la igualdad material a través de prestaciones que mejoren las condiciones materiales de vida, siendo los sujetos activos las personas más desvalidas de la sociedad y el sujeto pasivo de los derechos sociales, el Estado.

El punto de partida del profesor Martínez Estay sobre el reconocimiento constitucional de los derechos sociales resulta lejano a toda exaltación de esta categoría, que se inserta dentro del constitucionalismo social (Estado Social de Derecho, *Welfare State* o Estado de Bienestar). Efectivamente, se subraya de un modo principal que los derechos sociales, por regla general, han sido reconocidos en el constitucionalismo con posterioridad a los derechos clásicos, y que se trata de derechos que no son esenciales a la idea tradicional de Constitución. De un modo empírico se demuestra que varios países que han desarrollado un sistema de prestaciones sociales muy eficaz no tienen incorporados en sus cartas fundamentales la categoría de los derechos sociales, llegando a resultados en materia de equidad social superiores a los de otros países que pomposamente han dedicado varios preceptos constitucionales a positivar derechos sociales, pero que en ningún caso el paradigma de la justicia social.

Desde un punto de vista teórico, el problema de los derechos sociales se vincula con la idea de un Estado comprometido en la solución de las necesidades básicas de las personas. Se trata de un Estado promocional, que va más allá de la garantía de las derechos y libertades clásicos (libertad personal, derecho de propiedad...). En otras palabras, el constitucionalismo social tiene como fin obtener dentro de lo posible la igualdad material, asegurando a los más débiles un conjunto de condiciones mínimas de existencia, más allá de los derechos y libertades que reconocía el constitucionalismo liberal. Fue la Constitución francesa de 1793 la primera en reconocer derechos sociales, los que gradualmente fueron incorporados en distintas constituciones, con mayor fuerza después de la Primera Guerra Mundial.

Para la gran mayoría —en una sociedad democrática— los derechos fundamentales y las libertades públicas constituyen el fundamento mismo de orden político-jurídico, a la vez que son elementos esenciales para una convivencia humana justa y pacífica, reconocida históricamente en la fórmula de “Estado de Derecho”. Sin embargo, no puede ignorarse que por diversos motivos, con mayor o menor énfasis, es constatable una evolución constitucional cuya propuesta proclama la existencia de otro conjunto de garantías cuya satisfacción debe provenir del Estado, a los que genéricamente se le designa como derechos sociales.

La noción de derechos económico-sociales plantea dos problemas cuya solución no es fácil: por un lado, el problema de su concepto y límites; y por otro, el desajuste entre norma y realidad (el reconocimiento efectivo de tales derechos). En otro términos, los derechos sociales pasan a engrosar la tradicional temática de esa disciplina de cuáles son los derechos que han de figurar en una Constitución ¿Todos o sólo algunos?

El parecer del profesor Martínez Estay, desarrollado a lo largo de su tesis, es poco proclive a la constitucionalización de estos derechos, principalmente por la falta de “justiciabilidad” que presenta esta categoría. En efecto, se advierte en el pensamiento del autor la idea que un derecho subjetivo para ser tal debe ser *justiciable*, esto es, que tenga la posibilidad real de obtener una concreta tutela jurisdiccional por parte del órgano jurisdiccional del Estado. Este juicio, que constituye una piedra angular en su trabajo, le pone en una posición crítica en relación a la incorporación normativa de cualquier prerrogativa material cuya satisfacción no sea más que un noble ideal, un buen propósito del constituyente, pero cuya concreción práctica no pase de ser una utopía.

Desde otro punto de vista, como lo expone el profesor Martínez Estay, al ser incorporados en las cartas fundamentales, los derechos sociales suscitan de inmediato problemas frente a las cláusulas constitucionales que garantizan la tutela jurisdiccional de los derechos y la interpretación del ordenamiento jurídico en el sentido más favorable al ejercicio y disfrute de los derechos fundamentales.

Este movimiento sobre la protección efectiva de los derechos, conocido como “constitucionalización” del Derecho procesal, es en su esencia una necesidad sentida después de la II Guerra Mundial, cuya positivación se ha ido concretando en una serie de instrumentos políticos-jurídicos, de diverso valor normativo, pero centrados fundamentalmente en los que denomina el autor “derechos y libertades clásicos”. En rigor, la singular característica de los derechos sociales no ha permitido que esta ampliación en la protección jurisdiccional de los derechos y libertades les alcance de un modo real, dejándolos la mayoría de las veces fuera de las acciones de amparo o de protección. A modo de ilustración, cuando se han promovido contra el Estado pretensiones constitucionales vinculadas a los derechos sociales, como, por ejemplo, el derecho a la vivienda digna o la salud, los Tribunales se ven encerrados frente a casos cuya solución no siempre es fácil, fundamentalmente por las repercusiones éticas que el drama de la pobreza lleva siempre consigo. (v. gr. en Chile, recursos de protección relativo a la diálisis de enfermos).

Por su parte, el problema del efectivo reconocimiento de los derechos económico-sociales se acentúa todavía más cuando se proclama como un principio cardinal del ordenamiento jurídico *el valor normativo de la Constitución*, como ocurre con la Constitución española de 1978, dentro del Estado Social y Democrático de Derecho.

La idea del valor normativo de la Constitución es un intento de romper con antiguos conceptos, tributarios del constitucionalismo liberal que entendía a la Carta Fundamental como una ordenación elemental de los poderes del Estado y sus competencias, a la vez que constituía un mero catálogo de derechos, libertades y principios, sin inmediata aplicación hasta que no fueran desarrollados por el Poder Legislativo. La categoría de "Constitución normativa" viene a ser el resultado de un proceso histórico, que procura alcanzar una vigencia directa y vinculante del propio texto constitucional comprensiva de poderes públicos y ciudadanos atribuyendo el valor de norma jurídica al texto constitucional en su conjunto, sin necesidad de un desarrollo ulterior legislativo. Se trata de lograr un Estado de derecho pleno y de vigencia inmediata, bajo estricto sometimiento de los poderes públicos a la Constitución. En similares términos, la Constitución de la República Alemana de 1949 establece el valor normativo de su Carta Fundamental en los siguientes términos: "El Poder Legislativo está sometido al Ordenamiento constitucional, los poderes Ejecutivo y Judicial a la Ley y al Derecho".

El profesor Martínez se manifiesta contrario a esa tautología que significaría el valor normativo de la Constitución, proporcionando antecedentes históricos que demostrarían que en el mismo ámbito constitucional anglosajón esa idea no forma parte de los conceptos básicos constitucionales, siendo de todo extraña la idea del "valor normativo de la Constitución". En el fondo, la idea de Constitución que se profesa en el trabajo, permeando la tesis central, es la idea que la Constitución es un mero límite de poder por medio del Derecho, asegurando los derechos y las libertades del ciudadano, resultando ajeno a la esencia de la Constitución el reforzamiento que se pretende introducir con la proclamación de su valor normativo directo.

Por otra parte, el concepto de la vigencia directa de la carta fundamental tiene su piedra de toque con los denominados derechos económico-sociales, ya que en la gran mayoría de los casos el Estado no ha podido satisfacer las prestaciones que allí se reclaman, quedando en similares condiciones que las criticadas normas programáticas del constitucionalismo liberal. En síntesis, qué sentido tendría —según nuestro autor— plasmar en textos legales prerrogativas que son verdadero papel mojado.

A la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español, el capítulo cuarto se dedica al estudio de los siguientes derechos sociales reconocidos en la Constitución española de 1978: derechos de los presos, derecho de educación, derecho a la libre sindicación, derecho de huelga, derecho del trabajo, derecho a la negociación colectiva, derecho a la seguridad social, derecho al medio ambiente adecuado, derecho a una vivienda digna y los derechos de los disminuidos. Allí se contienen un corpus doctrinal que ilustra pormenorizadamente sobre la efectiva vigencia de estas prerrogativas en el ámbito español, y los problemas prácticos que ha provocado el reconocimiento constitucional de estos derechos.

Finalmente, queremos resaltar que el trabajo del profesor Martínez Estay es una investigación seria y muy bien documentada sobre los derechos sociales, a la que debe prestarse atención, principalmente por las siguientes razones: porque son pocos los textos que en forma global se han ocupado de este tema; segundo, porque el texto sugiere un concepto de Constitución realista, que a propósito de los derechos sociales se aleje de las actitudes demagógicas que alientan el reconocimiento normativo de prerrogativas que luego los gobiernos

no pueden satisfacer, poniendo en entredicho la estabilidad del sistema democrático y el desprestigio de la actividad política.

Es notorio que el autor se ha preocupado de construir un discurso coherente, desde una concepción liberal del Estado, con apreciaciones críticas sobre la incorporación constitucional de los derechos sociales, que por cierto no dejarán contento a los que postulan un concepto más amplio de Constitución, que no se limite tan sólo a constituir un mero freno al poder, aunque sin renunciar al deber positivo que tiene el Estado de conseguir una mayor justicia en la distribución de los bienes, y la atención material de los más necesitados mediante las implementación de políticas asistenciales, pero que no son inherentes a la idea de Constitución. En tal sentido, resulta gráfica la siguiente frase del autor: "La constitución no fue inventada para solucionar el problema de la pobreza ni ningún otro de tipo social, sino para limitar el poder".

Alejandro Romero Seguel

CRISTÓBAL ORREGO SÁNCHEZ, H.L.A. Hart. *Abogado del positivismo jurídico*. Prólogo de Pedro Serna. EUNSA, Pamplona 1997, 457 pp.

El libro que se presenta constituye —en versión reducida por exigencias editoriales— la tesis doctoral de Cristóbal Orrego, profesor de la Universidad de los Andes, y se enmarca dentro de una línea de investigación que tiene por objeto la crítica de las versiones más recientes del positivismo jurídico, particularmente, los intentos contemporáneos de mantener la perspectiva y el concepto de Derecho propios del positivismo jurídico y a la vez de recuperar la racionalidad para el mundo de los valores.

Dentro de esta línea Orrego elige la obra de H.L.A. Hart como objeto de investigación, pues, aparte de ser uno de los exponentes más destacados del positivismo jurídico posterior a 1945, parecía ser, como señala en la introducción del libro, un autor abierto a todas las posturas, ecuánime entre el iusnaturalismo y el iuspositivismo clásicos. Esta impresión inicial resultó ser una ilusión y, como Orrego demuestra en los primeros cuatro capítulos de su obra, la actitud de gran equilibrio entre las tesis iusnaturalistas y iuspositivistas, atribuida por algunos a Hart, es sólo un equilibrismo de elementos incompatibles.

En efecto, en los capítulos I al IV, en los que se estudia con detalle la noción que Hart nos presenta del positivismo jurídico y los argumentos dados en su favor, Orrego muestra, en forma insistente, las contradicciones, ambigüedades y tautologías en que incurre el profesor de Oxford.

En el capítulo I se aborda la cuestión de la naturaleza del positivismo jurídico, tal como es presentada por Hart, esto es, como una determinada tradición iusfilosófica sobre dos problemas sustanciales: el del concepto de Derecho y el de las relaciones entre Derecho y moral. Hart establece los usos de la expresión "positivismo jurídico" —en un intento por eliminar las ambigüedades de la expresión— que corresponden a las tesis sobre la naturaleza del Derecho y sus relaciones con la moral que, según Hart, constituyan parte de la tradición iuspositivista. Sin embargo, el análisis de Orrego muestra cómo Hart, en su determinación de lo que es el positivismo jurídico, ha llevado a cabo una transformación de la

tradición iuspositivista, con el fin de defenderla, formulando en realidad una nueva tesis que él quiere calificar como positivista. Esta transformación es de tal magnitud e influencia que después de Hart el nombre "positivismo jurídico" es usado para designar algo diverso. En este capítulo se trata también la posición del positivismo jurídico frente a los dos problemas ya apuntados, y cómo Hart contrapone a este respecto la doctrina del Derecho natural y el iuspositivismo. Finalmente, el autor evalúa la caracterización hartiana del positivismo jurídico y, con un rigor lógico envidiable, destaca las distintas falencias de esta caracterización: la desconexión de la realidad histórica y el esencialismo fuera de lugar, el apriorismo, la ignorancia de la tradición y de los autores iusnaturalistas y, en fin, la incoherencia de la defensa hartiana del positivismo jurídico, que hace que Hart defienda, rechace o ignore ciertas tesis tradicionalmente consideradas como positivistas —y consideradas por él sólo como "accidentalmente positivistas" o fuera de lo que es la "esencia" del positivismo—, según la conveniencia que el hacerlo tenga para la defensibilidad de las tesis positivistas que él comparte.

En el segundo capítulo se trata la tesis de la separación conceptual entre Derecho y moral, que fue la más frecuentemente defendida por Hart como central de la tradición iuspositivista. El significado de esta tesis es, según Hart, que en la definición del Derecho no entra ninguna referencia a la justicia o a otros valores, o que el hecho de que una regla jurídica sea moralmente inícuo o injusta no implica que sea inválida o que no constituya Derecho (p. 66). La formulación que Hart hace de la tesis es, como muestra Orrego, absolutamente ambigua, pues su significado dependerá del significado que se le dé a los términos usados en la formulación de la misma. Y, como Hart parte de un concepto de Derecho que por estipulación excluye a la moral —el Derecho es el Derecho positivo—, el significado de la tesis es tautológico. En el fondo, Hart no aborda el problema de las relaciones entre Derecho y moral, pues no indaga en la realidad para resolver esta cuestión, sino que se dedica a defender una definición pragmática de Derecho.

El tercer capítulo aborda la otra tesis que, según Hart, constituye el núcleo del positivismo jurídico, cual es la tesis del análisis conceptual no valorativo. Esta postula como posible y necesaria una división entre las investigaciones ocupadas en el análisis del derecho y los conceptos jurídicos, y aquellas ocupadas en la crítica o evaluación del Derecho. A esta tesis Hart le introduce diversos matices o aclaraciones destinadas a rechazar críticas modernas que la toman como el sello de un positivismo jurídico superficial e inútil, despreocupado de los fines que los hombres persiguen mediante el Derecho. Estas aclaraciones son: que la teoría analítica no implica jurisprudencia mecánica; que explica la realidad y no sólo los usos lingüísticos; que considera los fines de las realidades jurídicas; que análisis y crítica son estudios jurídicos legítimos y complementarios; que la teoría analítica describe las valoraciones sin valorarlas, incluso si son componentes esenciales del Derecho; que la teoría analítica no es moralmente normativa; y que las valoraciones orientan la teoría analítica. Orrego evalúa estas aclaraciones hartianas y nuevamente constata las tautologías —al tomar como punto de partida precisamente lo que quiere probar— y ambigüedades —la tesis puede significar diversas cosas, muchas de ellas totalmente concordantes con la doctrina del derecho natural— en que incurre el profesor de Oxford, como asimismo las incoherencias de sus "aclaraciones" de la tesis. Por ejemplo, la declaración de tolerancia respecto de los estudios críticos del Derecho —al afirmar que son legítimos e importantes— implica volver a introducir como objeto de

la ciencia jurídica no sólo el Derecho positivo, sino también los criterios que sirven para orientarlo y para juzgar su justicia o injusticia; pero esta admisión equivale a decir que la antigua tesis de que la ciencia del Derecho tiene por objeto lo justo y lo injusto es compatible con la tesis de que tiene por objeto el Derecho positivo. Si esto es así, Hart ha echado por la borda la finalidad del positivismo jurídico clásico de eliminar la ideología del conocimiento jurídico cierto. Además Hart estaría de acuerdo con la teoría iusnaturalista, que contempla el estudio y la crítica del Derecho positivo como dimensiones del conocimiento jurídico (p. 127).

Continúa el capítulo con el examen de la posibilidad de describir sin valorar. La conclusión al respecto es tajante. Es falso e imposible el análisis conceptual no valorativo, pues la misma tesis es consecuencia de una prescripción —que el Derecho *debe* ser descrito sin valoraciones— y, por otro lado, el análisis del científico del Derecho está permeado de valoraciones. En efecto, los términos y conceptos usados inevitablemente llevan una carga valórica. No somos dueños del significado de las palabras que usamos, dice Orrego (p. 139), pues este dependerá de los destinatarios de las mismas, apuntando así a un hecho que ha sido reconocido por autores como Dilthey, Gadamer y Arthur Kaufmann, cual es la existencia de un componente que es subjetivo, en cierto sentido, en todo conocimiento, hecho que es particularmente relevante en el ámbito de las ciencias del espíritu. La comprensión del objeto, en este caso, no depende sólo del objeto mismo, sino que también del sujeto cognoscente, el que no es una “tabla rasa” que aprehende contenidos, sino un sujeto que es parte de una cierta cultura y, por lo mismo, comprende desde unos determinados valores, prejuicios y preconceptos. Y así como el jurista, al intentar describir el Derecho, no puede ser meramente descriptivo, pues, quiéralo o no, están presentes en su “descripción” las valoraciones, quienes deben aplicar y obedecer el Derecho, lo comprenden también desde sus propias valoraciones y prejuicios. “Esa es la pesadilla del positivismo jurídico conceptual: define, en su laboratorio, el derecho de modo “neutral”, no porque ese sea el significado real de las palabras, sino porque ese *debe ser* su significado; pero después sale al mundo real y los hombres corrientes, llenas sus cabezas de mitos, comienzan a obedecer y a aplicar lo que se identifica —‘neutralmente’— como ‘derecho’” (p. 140). Por otra parte, el jurista, al decir qué es Derecho y qué no, imperativo ineludible para él, está valorando, pues está aplicando un criterio para discernir aquello que debe considerar parte del Derecho, e incluirlo en su descripción, y aquello que no debe ser considerado parte del Derecho, y por consiguiente excluirlo de su descripción.

Luego de concluir que es imposible una ciencia jurídica puramente descriptiva, Orrego se pregunta si para comprender los conceptos del Derecho positivo es necesario el estudio de los fines, y, en particular, de los fines morales. Según Hart, es “completamente vano buscar alguna finalidad más específica que el derecho en cuanto tal sirva, más allá de proporcionar guías a la conducta humana y pautas para la crítica de tal conducta” (p. 144). Frente a este aparente rechazo al estudio de la finalidad en la teoría analítica, Orrego observa que si uno se fija en la teoría hartiana del Derecho tal como es, y no en lo que Hart dice sobre los fines, se verá que no existe ningún concepto ni regla que Hart explique sin referencia a los fines. Siempre que Hart explica algún aspecto del Derecho positivo, recurre a algún bien o ventaja que lo justifica. Más aún, el decir que el Derecho no tiene otra finalidad más allá de *proporcionar guías a la conducta humana y pautas para la crítica de tal conducta*, importa explicar el Derecho en

función de una finalidad. Así, Orrego muestra que lo que especifica a las creaciones humanas es el fin de la mismas, y que en el caso del Derecho, este fin es de índole moral. Para probar este aserto en relación a la teoría hartiana, Orrego se apoya en dos aspectos de la misma: la explicación de los conceptos jurídicos por referencia a los morales —contradiciendo así la tesis de la separación conceptual entre Derecho y moral— y la explicación del concepto de justicia y del mínimo de Derecho natural.

En el cuarto capítulo Orrego se pregunta por el valor científico y moral del iuspositivismo, tal como es entendido por Hart. El autor ya nos ha mostrado que es imposible describir el Derecho sin apelar a la moral. Sin embargo, suponiendo que fuera posible describir el Derecho como sugiere Hart, ¿es esto deseable? El profesor de Oxford intenta convencernos de adoptar el positivismo jurídico como orientación en el estudio del Derecho, para lo cual, sin embargo, debe recurrir a valoraciones. Es decir, admite que el estudio del Derecho adopte uno u otro sentido en función de determinados valores, sólo que el valor que él propugna es el de la "neutralidad" valórica.

Orrego, como señalábamos, analiza el valor del iuspositivismo de Hart desde una doble perspectiva: científica y moral. En relación a la primera, se examina el argumento hartiano según el cual adoptar un concepto restringido de Derecho —en lugar de su concepto amplio que identifica Derecho con Derecho positivo— llevaría a excluir del estudio jurídico las reglas injustas, lo que naturalmente sólo traería confusión. Sin embargo, para Orrego, el que está restringiendo a la ciencia jurídica es Hart y no el iusnaturalismo. En efecto, primero que nada no es cierto que la teoría del Derecho natural no considere parte de su objeto de estudio las normas injustas; Hart, al afirmar esto, está mostrando su ignorancia respecto de dicha teoría. Pero más aún, al abogar Hart por una amplitud de los estudios jurídicos, debiera ser consecuente y considerar como parte de dichos estudios los criterios sobre lo justo y lo injusto. Para Hart, a tono en esto con los filósofos clásicos del Derecho natural —aunque posiblemente sin saberlo—, el estudio del uso de un sistema de reglas implica el estudio de su abuso. Y son precisamente los criterios sobre lo justo y lo injusto los que permiten distinguir el uso del abuso. Además Hart, en sus propuestas para una ciencia jurídica, se queda a mitad de camino. Se refiere sólo a la materia sobre la que debe recaer el estudio, pero no a lo que se debe buscar en ese estudio, ni tampoco a las conclusiones que se deben extraer del mismo.

La defensa moral que Hart hace del positivismo, que va acompañada de una descalificación de los conceptos de Derecho y validez jurídica que él atribuye al iusnaturalismo, la examina Orrego en relación a los siguientes temas: carácter conservador o revolucionario del iusnaturalismo; capacidad de la teoría jurídica iusnaturalista o positivista para favorecer la resistencia contra la iniquidad legal; problemas que enfrentan los tribunales revolucionarios o de postguerra; y el argumento de que el iusnaturalismo simplifica cuestiones morales complejas. En relación al primer problema, Orrego destaca que Hart está planteando la posición del positivismo como un equilibrio entre dos extremos, ambos representados por el iusnaturalismo. Y es en esta posición "virtuosa" —justo medio entre dos extremos— donde radica la fuerza del argumento hartiano. Sin embargo, Hart no presenta ningún criterio de obediencia alternativo a estos extremos, sino que lo que hace es defender ya sea la primacía del Derecho positivo sobre la conciencia moral o de esta sobre el Derecho positivo, según si lo que se intenta conjurar es el peligro anarquista o reaccionario.

En relación a la aptitud para resistir el Derecho injusto, Hart señala que la adopción de un concepto restringido de Derecho, en el que no hay lugar para leyes válidas pero moralmente inicuas, no parece que pueda llevar a una resistencia frente a la injusticia, pues fomentará la idea de que todo Derecho es siempre justo y por tanto debe ser siempre obedecido. En cambio, con el concepto amplio se preserva la idea de que existe algo fuera del sistema de reglas, con referencia a lo cual el individuo debe resolver en último término si obedece o no. Para Orrego, el argumento de Hart es falaz. Lo ejemplifica llevándolo al campo de la música: "equivale a decir que quienes reconocen como música todo tipo de sonidos, hermosos u horribles, tendrán mayor sensibilidad para dejar de escuchar las estridencias de un golpetear de latas; en cambio, los que piensan que ningún sonido feo es música podrían soportar cualquier ruido" (p. 246). Es decir, equivale a sostener que quien acepta como Derecho sólo las reglas justas, estaría más dispuesto a aceptar también como Derecho las reglas injustas.

Frente al tercer tema, los problemas de los tribunales de postguerra, la posición de Hart es que se debe ser sincero y claro para plantear la cuestión, y reconocer que debe elegirse entre dos males morales: violar el principio *nulla poena sine lege* o dejar impunes a autores de crímenes. Orrego considera que el problema está mal planteado por Hart. Si ambos son males, no cabe la elección sino que la omisión de actuar. Sólo cabe sancionar si puede hacerse mediante un procedimiento justo y con una pena justa. Si esto no es posible, el no sancionar no es un mal moral, sino que la consecuencia de un defecto en el ordenamiento jurídico. En segundo lugar, Hart no ha comprendido la postura iusnaturalista frente a este problema: que el Derecho natural es Derecho siempre, de modo que no se puede amparar en el principio *nulla poena sine lege* quien actúa contra ese Derecho, cuando se trate de sus principios más evidentes. Esta limitación al principio *nulla poena* supone que los principios de justicia en cuestión —y también las iniquidades— eran conocidos a pesar de no ser reconocidos por la legislación positiva.

Por último, Orrego responde al argumento de Hart de que el iusnaturalismo simplifica en exceso y toscamente los problemas morales a que dan lugar las reglas inicuas, pues se niega a reconocerlas como válidas, señalando que es el positivismo, con su concepto unívoco de Derecho, el que las simplifica. Por otro lado, si uno se toma en serio las tesis hartianas de la separación conceptual entre Derecho y moral y del análisis conceptual no valorativo del Derecho, estos problemas no caben dentro de la ciencia jurídica.

En síntesis, Orrego en los capítulos I-IV muestra que lo que parecía un buen "arreglo" entre positivismo jurídico y iusnaturalismo, y que podía dejar atrás siglos de disputas, era sólo una fachada destinada a salvar la tradición positivista, en franco repliegue hacia el año 1945. Para eso, Hart reinterpretó el problema, presentando al iusnaturalismo como una doctrina, en palabras de Orrego, "no sólo falsa —lo cual podría admitirse—, sino realmente estúpida" (p. 7). Y el positivismo jurídico pasó a ser una mera convención lingüística: llamar Derecho a lo que antes se llamaba "Derecho positivo". Esta nueva presentación del positivismo —que le permitía conservar el carácter científico y no cargar con la mala conciencia del positivismo ideológico o de la obediencia moral al Derecho injusto— no da, sin embargo, solución a los problemas que desde antiguo han dividido a ambas tradiciones.

Los dos últimos capítulos del libro intentan dar razón de lo que, en estricta lógica, aparece como inexplicable.

Al examen del conflicto interno del proyecto iusfilosófico hartiano está destinado el capítulo V. Hart, para construir su versión del positivismo recurrió a la filosofía analítica del lenguaje ordinario. La síntesis pareció adecuada en un principio, pues ambos compartían elementos comunes, principalmente el anhelo de claridad y certeza. Sin embargo, la filosofía analítica se acercaba demasiado a la experiencia humana, tendiendo así a un realismo metafísico que resultaba francamente peligroso para el proyecto de Hart. Por ello, el profesor de Oxford disminuye su inicial aprecio hacia la filosofía analítica, mostrando así, según Orrego, que esta no constituía más que un ropaje de su positivismo jurídico. Orrego examina aplicaciones concretas del análisis lingüístico en las obras de Hart —el reconocimiento de la analogía del lenguaje y de la realidad; su crítica de la utilidad de la definición; y la distinción de puntos de vista interno y externo—, y muestra cómo este se inhibe de llevar el análisis hasta sus últimas consecuencias, pues estas serían contradictorias con su proyecto filosófico-jurídico. Por ejemplo, la recuperación parcial del principio de analogía chocaba con su defensa de un concepto unívoco de Derecho.

En el último capítulo está contenida la tesis central de Orrego. El análisis realizado en los capítulos anteriores lleva a conclusiones que hacen del positivismo hartiano algo incomprensible. Hart se mantiene como acérrimo defensor del positivismo a pesar de las contradicciones y defectos insubsanables que el mismo presenta. Es decir, lo acepta como una premisa incontrastable, previa a cualquier razonamiento teórico. Para dar explicación a esta aporía, Orrego debe salirse del terreno en el que ha venido pisando firme por más de 300 páginas, el de la argumentación abstracta y teórica —propia de la teoría jurídica analítica— y pasar a explorar el contexto vital en el que se da el pensamiento de H.L.A. Hart. Orrego está consciente de las limitaciones que esto implica para la investigación, pero no puede sino hacerlo si quiere cumplir con el objetivo de la misma: comprender una versión particular, y en extremo influyente, del positivismo jurídico. Esta indagación en las raíces vitales del positivismo jurídico hartiano, que, como advierte Orrego, no pretende ser una biografía —aunque nuestro autor es tanto o más exhaustivo que un biógrafo en la recopilación de fuentes, lo que lo lleva a recoger testimonios de colegas y amigos íntimos de Hart, amplias búsquedas en la Oxford University Gazette y a entrevistarse personalmente con la viuda de Hart—, nos da una mirada a los orígenes familiares del profesor inglés, sus años de colegio y estudio en Oxford, su experiencia como abogado litigante —que habría de tener una importancia decisiva en la repercusión de su pensamiento iusfilosófico— y, finalmente, su labor como catedrático de filosofía del derecho. En estas páginas dedicadas a exponer las distintas etapas de la vida de Hart, Orrego manifiesta gran admiración por sus cualidades personales —su brillantez y buen humor— y académicas —dedicación a sus alumnos y cultivo de los valores culturales y universitarios, sus escritos incisivos y polémicos, elegantes y sencillos—, y encuentra en ellas la principal explicación para el éxito de su nueva defensa del positivismo jurídico. Con este recorrido vital se esclarece la tesis de Orrego: el positivismo de Hart no es consecuencia de un raciocinio de carácter filosófico-jurídico previo, sino que es consecuencia de convicciones morales determinadas, muy fuertes especialmente en materia de religión y moral sexual. Estas convicciones lo llevaron al pensamiento utilitarista, pues este las justificaba racionalmente. Asimismo, lo llevaron a atacar la noción de ley natural, pues esta se oponía a dichas conviccio-

nes morales, las declaraba inmorales. Y el positivismo jurídico, cualquiera fuese su significado, era la doctrina sobre el Derecho que defendían los utilitaristas.

Como conclusión general de su trabajo, Orrego destaca que la teoría jurídica general sólo puede evitar ser la mera formalización lógica de prejuicios heredados si se integra en la filosofía moral y política. De no ser así, y de no reconocer la unidad de la razón práctica, se corre el riesgo de repetir la experiencia hartiana: un autor brillante con un pensamiento incoherente.

Sostener que el pensamiento de uno de los filósofos del Derecho más influyentes de la segunda mitad de este siglo es ambiguo, tautológico y contradictorio, y que su raíz se encuentra en ciertas convicciones morales firmemente mantenidas, sin duda que aparece, a primera vista, como una tesis audaz, por no decir temeraria. Sin embargo, el profesor Orrego, gracias a la seriedad de su trabajo, en el que cada afirmación se encuentra fundamentada en forma contundente, a la profundidad del mismo, llevando cada idea y argumento hasta sus últimas consecuencias, y a su estilo ágil, elegante y matizado de una fina ironía, nos entrega una obra sólida y madura, destinada a renovar y a enriquecer el debate en torno a la fundamentación de los derechos humanos. Por eso, su lectura resulta obligada no sólo para los seguidores de la teoría analítica o los defensores del Derecho natural, sino que para todo aquel que quiera comprender el desarrollo y tratamiento de los grandes problemas planteados a la ciencia jurídica.

Gonzalo Cordero Arce

NICETO BLÁZQUEZ, *Bioética fundamental*, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1996, 619 págs.

1. *Un tratado de Bioética: interés y méritos generales*

Desde ya hace unos cuantos años que nuestros intereses académicos se han visto convocados por temas que aparecen reunidos por la expresión Bioética, disciplina que está viviendo todavía una etapa de cristalización y consolidación como saber científico. Nuestra preocupación más inmediata dice relación con lo jurídico y las políticas legislativas, pero es evidente que en estos temas la recepción jurídica debe necesariamente fundarse en una previa valoración ética. Textos como los de Niceto Blázquez, O.P., que intentan una mirada panorámica, aunque no superficial, a las fuentes y a los principales problemas analizados por la Bioética, nos resultan especialmente atractivos, puesto que nos ahorran el esfuerzo de seguir uno a uno los puntos desarrollados por los numerosísimos estudios que se publican en el mundo, y nos ofrecen, a la vez, un compendio y una síntesis de los argumentos y de las conclusiones más decantadas en este abundante corpus doctrinal.

Además el libro de Niceto Blázquez nos interesa, porque lejos de marginar los cuantiosos aportes realizados por el Magisterio de la Iglesia Católica, los incorpora e inserta de manera fluida en el análisis de los problemas y en la configuración misma de la Bioética como disciplina científica. Esta posición nos

parece justa, ya que objetivamente no es posible hablar de Bioética sin referirse a, y valorar positivamente, incluso desde el punto de vista meramente humano e intelectual, la inmensa gesta desplegada por la Iglesia Católica para defender la dignidad humana frente a los peligros ocasionados por el advenimiento de una sociedad edificada sobre los intereses tecnológicos.

Hemos de decir, sin embargo, que a nuestro juicio el libro de Niceto Blázquez, aunque como regla general se ubica bajo la sombra protectora de las enseñanzas de la Iglesia, en algunas ocasiones parece preferir dejarlas de lado para plantear opiniones "innovadoras", que según el autor enfrentan mejor ciertos casos concretos que las soluciones explicitadas por los textos magisteriales.

2. *Dos afirmaciones altamente cuestionables: ¿licitud (tolerabilidad moral) de los preservativos y de la fecundación artificial homóloga?*

Quisiéramos centrar estas notas justamente en esos puntos, puesto que a nuestro juicio pueden resultar profundamente perturbadores para lectores que no estén familiarizados con estos temas, y que intentan, por el contrario, ser coherentes y seguir con fidelidad las enseñanzas de la Iglesia en la que profesan.

Declaramos de antemano que no calificamos la intención del autor, y que, de un modo opuesto, la lectura del libro denota un afán valiente e inteligente de exponer las numerosas verdades que la Iglesia intenta presentar en un mundo en que bullen las dudas interesadas y los escepticismos pragmáticos. Lo que queremos poner en evidencia es la confusión en la que parece incurrir el libro cuando incursiona en ciertos aspectos que, aunque pocos, a nuestro juicio son suficientemente graves para neutralizar gran parte de la estúpida doctrina, amenamente expuesta, con gran aparato bibliográfico, profundidad filosófica y sustento científico, que mantiene el resto del tratado.

Estas especies de "aclaraciones" o "concreciones" que el autor intenta efectuar a algunos puntos declarados en la doctrina magisterial de la Iglesia, aparecen ya preanunciadas en el capítulo IV de la obra, donde se realiza un concienzudo examen, principalmente descriptivo, de los documentos fundamentales en los que se contienen las enseñanzas sobre Bioética en el Magisterio de la Iglesia. En efecto, cuando el autor se refiere a la Encíclica *Humanae vitae*, en la que el Papa Pablo VI declara moralmente ilícitos los anticonceptivos mecánicos o químicos (artificiales), para únicamente admitir, y bajo ciertas condiciones, el recurso a los ciclos naturales, ya se advierte el camino que seguirá posteriormente su reflexión sobre el tema: "Este es el ideal ético que debe servir de referencia para aumentar o reducir la procreación humana dentro del contexto matrimonial sano en circunstancias normales... Otra cosa es cómo ese ideal de perfección objetiva, propuesto por la *Humanae vitae*, ha de ser aplicado a la realidad de la vida concreta. Una cosa es el camino por el que hay que andar y otra hasta dónde puede llegar cada pareja en su función procreativa" (pág. 229).

Más tarde, cuando describe *in extenso* los documentos del Pontificado de Juan Pablo II (la declaración de la Sagrada Congregación para la Doctrina de la Fe, *Donum vitae*, y la Carta Encíclica *Evangelium vitae*), el autor incluye sendos párrafos finales bajo el título de "Observaciones críticas". En ellos sostiene, en síntesis, que aunque los documentos tienen toda la razón "en el plano de los principios", les falta pedagogía para evitar que las personas se sientan condenadas por la Iglesia frente a declaraciones tan categóricas; a lo que se agrega que

no tendrían suficientemente en cuenta la doctrina tomista, según la cual, en opinión del autor, los principios deben ser ajustados cuando se desciende de las declaraciones generales a los casos concretos.

Estas prevenciones —audazmente críticas— hechas sobre documentos magisteriales de tanta relevancia, se confirman y explican cuando se leen las opiniones de Blázquez en dos puntos principales de la problemática general que analiza en su tratado: uno se refiere al uso de preservativos en las relaciones sexuales entre esposos; y el otro concierne al recurso de la inseminación artificial en el seno de una pareja matrimonial.

En estas dos situaciones, el autor intenta exponer una doctrina que, en su criterio, tiende a completar —para el caso concreto— la laguna que han dejado los documentos magisteriales, preocupados supuestamente sólo del plano de los primeros principios, pero que en realidad intentan construir una posición sustancialmente diversa a la propuesta y defendida con energía por los Pontífices romanos desde Pío XI hasta Juan Pablo II.

En relación con la regulación de la natalidad, el autor sostiene que “el uso responsable de algunos anticonceptivos artificiales es en determinados casos particulares compatible con la procreación responsable” (p. 462). Blázquez expresa su conformidad con el Magisterio de la Iglesia en cuanto a excluir como inmorales los métodos que impiden la ovulación (“píldoras anticonceptivas”) o la espermatogénesis (espermaticidas). Pero, en cambio, le parecen prácticas “razonablemente tolerables” aquellas que tienden a impedir la unión de óvulo y espermatozoide, es decir, el uso de preservativos y el coito interrumpido (p. 463). ¿En qué casos se podrían “tolerar” tales métodos? Según el autor, “el preservativo conyugal se ha de usar prudentemente cuando hay conflicto real entre la conveniencia de mantener una relación sexual y la inconveniencia obvia de un nuevo embarazo” (pp. 463-464). No se proporcionan mayores precisiones para determinar en qué casos concretos existiría esa “inconveniencia obvia de un nuevo embarazo”, pero se ponen algunos ejemplos en los que, en parecer del autor, el mal de la anticoncepción sería menor que el producido al traer un nuevo niño al mundo: así sucedería tratándose de personas que ejercen el comercio sexual y de una pareja afectada por el sida (p. 459). Por cierto, con tales ejemplos se pretende ilustrar la tesis acudiendo a “casos límites”, pero el juicio sobre la “inconveniencia” del embarazo queda reservado a la subjetividad de la pareja conyugal.

En cuanto a las técnicas de fertilización asistida, sea inseminación artificial o incluso fecundación *in vitro*, entre cónyuges y con los gametos propios de la pareja, nuevamente el autor pretende que, en ciertos supuestos, podrán calificarse como procedimientos “moralmente tolerables”. Para la inseminación homóloga, el autor entiende que en el plano de la “vida práctica” es posible admitirla, cuando los cónyuges buscan la unidad del acto conyugal, mediante una disposición interior para con ellos mismos y en la aceptación responsable y recíproca del hijo. Sostiene que así como puede haber casos en los que no convenga amamantar al niño con el pecho de la madre y sustituirlo por un biberón, puede a veces salvarse el defecto biológico del acto reproductor mediante las debidas disposiciones de los padres (pp. 412-413). Esto trae como consecuencia que también considere procedente, en la práctica, la “masturbación clínica” (pp. 413-414).

Respecto de la fecundación *in vitro*, se ofrece una cuidadosa enumeración de los requisitos bajo los cuales ella sería “moralmente tolerable”. Los más

significativos son los siguientes: que sea la única manera posible de tener un hijo, que el deseo de procreación sea razonable, que los esposos hayan tomado conciencia de su situación, que se insemine sólo un óvulo de la esposa por cada intento y que el embrión resultante sea "oportunamente" transferido a la matriz de la esposa (pp. 434-437).

3. Lo que dice el Magisterio de la Iglesia Católica

En todos estos casos, el autor se enfrenta a textos expresos del Magisterio de la Iglesia, que han declarado del modo más categórico que "queda además excluida toda acción que, o en previsión del acto conyugal, o en su realización, o en el desarrollo de sus consecuencias naturales, se proponga como fin o como medio hacer imposible la procreación" (*Humanae vitae* n° 14); que "la inseminación artificial homóloga dentro del matrimonio no se puede admitir, salvo en el caso en que el medio técnico no sustituya al acto conyugal..." (*Donum vitae* cap. II, B, 6) y que "la Iglesia es contraria desde el punto de vista moral a la fecundación homóloga *in vitro*; esta es en sí misma ilícita y contraria a la dignidad de la procreación y de la unión conyugal, aun cuando se pusieren todos los medios para evitar la muerte del embrión humano" (*Donum vitae* cap. II, B, 5). Estas clarísimas enseñanzas han sido reafirmadas por actos posteriores del Magisterio (cfr. *Evangelium vitae* n° 13; *Catecismo de la Iglesia Católica* n° 2370 y 2377, especialmente).

Se nos dispensará de la labor de exponer aquí las profundas razones morales y antropológicas que sustentan estas conclusiones del Magisterio, y que se traducen en la necesidad de defender la verdad plena del acto conyugal, como expresión propia del amor fecundo de los esposos. No es un comentario bibliográfico el lugar adecuado para abocarse a ello.

Lo que sí intentaremos hacer es aclarar qué pretende el autor cuando, sin renegar explícitamente del Magisterio de la Iglesia, y más bien acogiéndolo en casi toda su extensión, parece exponer opiniones disidentes que se desmarcan de la doctrina católica común en puntos tan delicados como la anticoncepción y la procreación artificial.

Si el lector quiere acudir directamente a los textos magisteriales en materias bioéticas (lo que le aconsejamos vivamente), puede utilizar la excelente recopilación preparada por Augusto Sarmiento, titulada *El don de la vida. Textos del Magisterio de la Iglesia sobre Bioética* (B.A.C., Madrid, 1996).

4. Argumentos para sostener la "tolerabilidad moral" de la anticoncepción y la fecundación artificial homóloga

Niceto Blázquez no resulta claro en cuanto al *iter* argumentativo que le lleva a sostener las conclusiones reseñadas. En todos los casos encontramos una multiplicidad de argumentos que no resultan siempre coherentes ni siquiera entre sí mismos. La variedad argumentativa muestra ya una cierta debilidad en la consistencia de las conclusiones obtenidas. El lector queda con la impresión de que el autor intenta de alguna manera justificarse reiterando ideas de cuya firmeza o adecuada aplicación él mismo pareciera desconfiar.

Estos argumentos son, en síntesis, tres:

1º) La necesidad de adecuar los principios generales a los casos concretos: se sostiene que las declaraciones magisteriales relativas a la regulación de la natalidad y procreación artificial son inobjectables desde el punto de vista de los principios, pero para juzgar la moralidad de un acto, este debe analizarse en concreto; y, en este plano (el de lo concreto), algo que idealmente no es perfecto puede llegar a ser moralmente tolerable. Se recurre insistentemente a la enseñanza de Santo Tomás de Aquino expresada en un clásico pasaje de la Suma Teológica sobre la ley natural: *S. Th. I-II, q. 94, a. 4.*

Algunas afirmaciones textuales del autor que se reconducen a esta idea general son las que a continuación transcribimos a título ilustrativo: “el razonamiento general de Pío XII contra la inseminación artificial intraconyugal se sitúa en el plano de lo objetivamente ideal y perfecto... A nivel de pura objetividad nadie podrá decir que el Pontífice no tiene razón. Pero en la vida práctica no siempre lo idealmente deseable es posible...” (p. 411); el rechazo a los métodos anticonceptivos “es una conclusión particular, cuya verdad o rectitud —diría Santo Tomás— ‘ni es la misma en todos ni en aquellos en que es la misma es igualmente conocida’... pueden darse situaciones concretas en las que sea conveniente que los esposos mantengan relaciones sexuales unitivas evitando... la procreación” (pp. 461-462); “Antes de exponer mi opinión ética personal sobre la FIVET homóloga es oportuno recordar la llamada de Tomás de Aquino al realismo y a la razonabilidad en la aplicación de los grandes principios de la ética a la vida práctica” (p. 433).

2º) El principio del mal menor: se postula que en situaciones en las que las personas deben elegir parece aceptable la opción por aquella conducta que genere males menores: “Eso de que no se puede invocar el principio del mal menor para el tratamiento moral de la regulación de la natalidad es discutible —dice el autor—. El trampear la fecundidad de un acto conyugal es un mal moral. Pero también es cierto que ese trampeo, comparado con el embarazo en determinadas circunstancias, es un bien moral nada despreciable. Los que van de prostitutas hacen ciertamente muy mal. Pero no se me negará que el evitar los embarazos con prostitutas es, por regla general, un mal menor aconsejable...” (p. 459).

3º) El principio de que a lo imposible nadie está obligado: se arguye que no se puede pedir a las personas ser héroes todo el tiempo: “La encíclica [*Humanae vitae*] expresa el ideal de perfección que ha de servir de paradigma universal para la educación humana en materia de amor y procreación dentro del matrimonio. Pero el ideal no se realiza nunca en cada acto humano. El pretenderlo equivaldría a obligarnos a ser héroes en todo momento, lo cual es imposible. De ahí que nadie puede ser obligado a ser héroe” (pp. 459-460).

Ahora bien, estas tres líneas de argumentación llevan a la conclusión de que las conductas referidas, y con los requisitos que el autor describe, puedan ser calificadas de “tolerables” desde el punto de vista moral. ¿Pero qué significa esta expresión? La cuestión es fundamental para calibrar la procedencia de los argumentos que el autor ofrece para innovar respecto de las enseñanzas de la Iglesia.

5. ¿Qué significa que algo sea “moralmente tolerable” en la doctrina del autor?

Nos parece que la expresión “moralmente tolerable” podría interpretarse de cuatro maneras distintas: 1) Podría querer decir sencillamente que, aunque la conducta es objetivamente inmoral, ella no debe ser castigada por la ley civil

(tolerancia legal); 2) podría significar que, aun subsistiendo la inmoralidad material del acto, las circunstancias llevan a excluir la culpa moral subjetiva en las personas que lo realizan; 3) podría querer decir que la aplicación práctica en que se dan estos procedimientos modifica, sin hacer lícita, la gravedad de la inmoralidad, determinando una disminución de la malicia del acto por razón de la materia (ya no grave, sino leve); y 4) podría significar que el acto, en las específicas condiciones descritas, pasa a ser lícito, tanto formal como materialmente: sería un acto realizado en lo que los penalistas llamarían una causal de justificación.

Después de leer el libro, creo que pueden rechazarse fácilmente las dos primeras lecturas. Cuando el autor habla de "conductas moralmente tolerables" no se refiere a la cuestión de la sanción por parte de la ley civil ni tampoco a la exención por ignorancia de los individuos que practican la técnica. Lo primero, por cuanto el autor en capítulo aparte y en forma directa expone la doctrina de que en ocasiones el Estado puede renunciar a castigar legalmente y en este sentido "tolerar" técnicas como la procreación artificial homóloga (pp. 549-550). De este modo, parece que cuando se habla de "tolerancia" en los pasajes anteriores se está refiriendo a algo más que a la mera tolerancia legal.

En cuanto a la posibilidad de querer expresar la exoneración subjetiva e individual de los que recurren a estas técnicas, no parece conciliable con su expresión parcelada sólo para estos casos y no para el resto de las conductas contrarias a la ética que se repasan en el libro (desde el aborto a la eutanasia). Por otra parte, lo que se esperaría de un libro de moral es justamente que ayude a formar la conciencia de quienes pueden estar afectados por una confusión de ideas, y no que se les confirme en esa confusión, bajo el pretexto de una presunta tolerabilidad (inmodificable) de sus comportamientos.

Descartadas estas posibles significaciones de "moralmente tolerable", sólo nos quedan las que se refieren a la inmoralidad objetiva de la conducta en cuestión. Una de dos: o Blázquez piensa que en la anticoncepción con preservativos y en la fecundación artificial homóloga no hay una propia transgresión de ningún precepto natural, o que esta transgresión ha dejado de ser grave para pasar a ser leve.

Nos detendremos primero en esta segunda posibilidad. Los términos magisteriales que ya hemos recordado más arriba, indican claramente que en todas estas materias estamos frente a principios éticos y antropológicos fundamentales, por lo que difícilmente puede admitirse que violaciones directas en su contra, como sucede en los actos defendidos por Blázquez, puedan ser consideradas "moralmente tolerables" en el sentido de constituir faltas menores o leves. En relación con la anticoncepción, nos atenemos a los resultados del estudio de Lico Ciccone, titulado "En el Magisterio universal de la Iglesia, ¿la anticoncepción es considerada materia grave o leve de pecado?", publicado en *L'Osservatore Romano* del 24 de enero de 1997, y según el cual "en la doctrina de la Iglesia el acto conyugal implica valores de importancia moral muy grande—algunos de ellos son realmente fundamentales—y que la anticoncepción los pone seriamente en peligro, hasta llegar a destruirlos. De esta forma, resulta evidente que, en la doctrina propuesta por el Magisterio, el uso de anticonceptivos en la realización del acto conyugal constituye materia grave de pecado, y además es un comportamiento 'intrínsecamente deshonesto': por tanto, nunca resulta lícito, independientemente del motivo y de la finalidad con que se haga" (p. 9). Debe advertirse que en entera continuidad con la profética

Encíclica de Pablo VI, el Catecismo de la Iglesia Católica repite textualmente la reprobación moral de los anticonceptivos, calificando su uso de acción "intrínsecamente mala" (Nº 2370).

Si esto es así para la anticoncepción (incluidos por cierto los preservativos), con mayor razón ha de sostenerse lo propio para la desnaturalización del acto conyugal realizada a través de la inseminación artificial o la fecundación *in vitro*. Más en esta última, donde se añade a la inmoralidad sexual la lesión a la vida de los embriones que se procrean, los cuales aunque sean transferidos al útero materno y no se desechen, son colocados deliberadamente en una situación de extremo peligro en la que estadísticamente tienen muchas más posibilidades de morir que de vivir.

7. Refutación de la tesis de la "tolerabilidad" como licitud moral concreta de las conductas cuestionadas

Finalmente, llegamos a la cuarta posibilidad de lectura de la expresión "moralmente tolerable". Si lo que el autor del libro ha querido defender es que en los casos y con los requisitos que él precisa, tales conductas pasan a estar legitimadas y no hay ya inmoralidad concreta en ellas, nos parece que ello resulta todavía más infundado que la tesis que acabamos de impugnar. En efecto, el recurso al principio de que la aplicación práctica de normas generales puede llevar a modificar la calificación moral de las conductas no parece ser más que un sofisma. La invocación del texto de Santo Tomás de Aquino (*S. Th.* I-II, q. 94, a. 4) es para estos efectos impertinente; en él el Aquinante se refiere a la universalidad de la ley natural y no al problema de los absolutos morales. Y si bien afirma que los preceptos particulares pueden tener excepciones no contempladas en su formulación general, lo hace siempre pensando en los preceptos que mandan conductas positivas. Respecto de este tipo de mandatos (por ejemplo, restituir un depósito), las circunstancias pueden hacer surgir un impedimento especial que permita exonerar al obligado (por ejemplo, si el depositante reclama la devolución para atentar contra la patria). Pero ninguna excepción puede tener lugar tratándose de preceptos morales negativos, que mandan abstenerse de conductas prohibidas (no matar, no fornicar, no mentir, etc.), ya que nunca habrá una propia imposibilidad de observar la abstención debida. Una denuncia de la utilización abusiva del pasaje de I-II, q. 94, a. 4, por ciertos moralistas que, como Blázquez, pretenden hacerle decir algo que no dice, puede encontrarse en el libro del profesor de Oxford, John Finnis, traducido al español con el título de *Absolutos morales* (Ediciones Internacionales Universitarias, Barcelona, 1992, ver especialmente las pp. 83-84).

En cualquier caso, Niceto Blázquez no parece advertir que en materias de Bioética el Magisterio de la Iglesia ha venido en ayuda para discernir la aplicación de los principios morales generales a las conductas concretas y prácticas, ya que tal labor no es sencilla de realizar por el solo esfuerzo intelectual. He aquí la gran utilidad de la función magisterial de la Iglesia Católica: iluminar la aplicación de los principios morales generales a estas nuevas realidades surgidas por los avances biomédicos. Por eso, parece francamente insólito que cuando, después de serios y largos estudios y reflexiones, la Suprema Autoridad de la Iglesia ha declarado, de un modo formal, solemne y sostenido en el tiempo, que una determinada conducta concreta es gravemente deshonesto e ilegítima, alguien

pretenda desembarazarse de tales pronunciamientos atribuyéndoles la categoría de "afirmación de principios generales" que no se referirían a las realidades prácticas y concretas a los que ellos deben aplicarse. Despejado así el terreno, entonces el Magisterio de la Iglesia puede ser sustituido por la opinión del teólogo o moralista de turno. Se trata de un procedimiento inaceptable.

En los textos del Magisterio de Bioética, estamos frente al juicio moral sobre actos concretos (la anticoncepción, la fecundación artificial o *in vitro*) que la Iglesia califica de acuerdo a cómo ella entiende que deben ser aplicados los principios generales. Si se quiere refutar estas conclusiones, cabría hacerlo francamente, pero no con el impropio recurso de negarles autoridad distorsionando sus finalidades.

El segundo argumento que parece invocar nuestro autor es el del mal menor. En estos casos, la moralidad de la conducta se deduciría de que el agente tendría ante sí dos opciones, de las cuáles una es menos mala que la otra, y por ello estaría legitimado para obrar optando por la menos mala. El texto de la Encíclica *Humanae vitae* es suficiente para refutar la falacia de este argumento: "Tampoco se pueden invocar como razones válidas, para justificar los actos conyugales intencionalmente infecundos, el mal menor... En verdad, si es lícito alguna vez tolerar un mal moral menor a fin de evitar un mal mayor o de promover un bien más grande, no es lícito, ni aun por razones gravísimas, hacer el mal para conseguir el bien, es decir, hacer objeto de un acto positivo de voluntad lo que es intrínsecamente desordenado y, por lo mismo, indigno de la persona humana, aunque con ello se quisiera salvaguardar o promover el bien individual, familiar o social" (nº 14). En síntesis, nunca se puede hacer el mal (por menor que parezca): "No está permitido hacer el mal para obtener un bien" (*Catecismo de la Iglesia Católica* nº 1756). Específicamente, sobre la imposibilidad de invocar el argumento del mal menor en el uso de preservativos, puede verse el discurso de Pío XII, "*Le septième Congrès*", 12-IX-1958, nº 13.

En cuanto al tercer argumento que se basa en que a lo imposible nadie puede estar obligado, y que los comportamientos heroicos deben catalogarse como imposibles o no exigibles a todos, la misma Encíclica *Humanae vitae* nos ahorra mayores comentarios: "La doctrina de la Iglesia en materia de regulación de la natalidad, promulgadora de la ley divina, aparecerá fácilmente a los ojos de muchos difícil e incluso imposible en la práctica. Y en verdad que, como todas las grandes y beneficiosas realidades, exige un serio empeño y muchos esfuerzos de orden familiar, individual y social. Más aún: no sería posible actuarla sin la ayuda de Dios, que sostiene y fortalece la buena voluntad de los hombres. Pero a todo aquel que reflexione seriamente, no puede menos de aparecer que tales esfuerzos ennoblecen al hombre y benefician la comunidad humana" (nº 20).

Las exigencias de la moral sexual están al alcance de todos los que se empeñan en responder con fidelidad y rectitud de intención al llamado que Dios formula a cada ser humano a lograr su plenitud como tal. No es de héroes, es de hombres normales, pero íntegros.

En todo caso, debería advertir el autor que lo que él sostiene como razones justificatorias para "tolerar" los preservativos y la procreación artificial homóloga (aplicación práctica, mal menor, no se está obligado a lo heroico) son perfectamente proponibles respecto de todas las conductas que él en su mismo libro no duda en denunciar como alta y gravemente inmorales (en lo cual le encontramos toda la razón). Pero ¿por qué no sería, al menos en ciertos casos y con ciertos requisitos, "moralmente tolerable" el aborto? ¿No hay aquí también

la posibilidad de decir que los textos magisteriales hablan desde el limbo de los principios generales, por lo que es necesario ir a casos particulares donde podrían tolerarse ciertas conductas abortivas? ¿No cabe tampoco aquí la alusión a que en ciertos supuestos el aborto sería un mal menor frente a los daños que puede producir un hijo no deseado, con malformaciones o infectado con el virus VIS? ¿No es posible tampoco imaginar supuestos en los que la continuación de un embarazo sea demasiado para pedirle a una pobre mujer abrumada y que no desea vestir túnica de héroe ni de santa? Si ninguna de estas argumentaciones sirve para declarar solemnemente como "tolerable" el aborto en ciertos casos, fijando *in abstracto* sus requisitos y condiciones, no vemos cómo puede pretenderse que ello sí sea válido para la anticoncepción o la procreación artificial.

8. Nuestro único propósito: evitar confusiones

En el fondo, y aunque —volvemos a reiterarlo— en un gran porcentaje el libro resulta coherente y fiel expositor de la doctrina católica, en los dos aspectos que hemos largamente descrito, el autor parece dejarse arrastrar por las poderosas influencias de las teorías éticas en boga, y principalmente por las del consecuencialismo proporcionalista. Lo que parece latir, bajo los textos de Blázquez, es un análisis de la moralidad del uso de preservativos o de la fecundación artificial, no por el objeto elegido racionalmente por la voluntad humana deliberada (Santo Tomás de Aquino *S. Th.* I-II, q. 18, a. 6), sino única y exclusivamente por las intenciones subjetivas de los agentes y la ponderación proporcional de los resultados que se prevén de su actuación. Como sabemos, estas nuevas corrientes éticas han sido expresamente rechazadas por el Magisterio, y el mismo Juan Pablo II ha dedicado la Encíclica *Veritatis splendor* a denunciar la distorsión en la que incurren: "la consideración de estas consecuencias —así como de las intenciones— no es suficiente para valorar la cualidad moral de una elección concreta. La ponderación de los bienes y de los males, previsibles como consecuencia de una acción, no es un método adecuado para determinar si la elección de aquel comportamiento concreto es 'según su especie' o 'en sí misma', moralmente buena o mala, lícita o ilícita. Las consecuencias previsibles pertenecen a aquellas circunstancias del acto que, aunque puedan modificar la gravedad de una acción mala, no pueden cambiar, sin embargo, la especie moral" (*Veritatis splendor* n° 77). Agrega el Catecismo de la Iglesia Católica que "el objeto de la elección puede por sí solo viciar el conjunto de todo el acto. Hay comportamientos concretos —como la fornicación— que siempre es un error elegirlos, porque su elección comporta un desorden de la voluntad, es decir, un mal moral" (n° 1755).

Es obvio que Niceto Blázquez puede sostener una concepción ética diversa de la que acoge la doctrina del Magisterio de la Iglesia, y oponerse a las conclusiones que este ha deducido al confrontar los principios de la ley natural con las realidades técnicas que surgen en los tiempos que vivimos. Lo que no resulta admisible es que defienda tales ideas disímiles como "concreciones" de la moral católica, que colmarían supuestas lagunas de la doctrina magisterial, ni que lo haga amparándose en el marco general de la doctrina de la Iglesia, y menos bajo el sello editorial de la B.A.C., tradicionalmente cuidadosa en la fidelidad de sus textos al Magisterio pontificio. Cuando se lo hace así, como pensamos sucede en

este caso, se ocasiona un riesgo serio de confusión para los lectores, confusión que hemos querido, en la medida de nuestras posibilidades, aclarar y disipar, haciendo ver cómo las opiniones del autor se apartan de lo sustentado por la doctrina católica expuesta en los textos magisteriales sobre materias bioéticas.

Tal vez pecamos de alarmistas por fijarnos sólo en estos puntos neurálgicos, o quizás hemos mal interpretado los pasajes del libro que no querían decir lo que nosotros hemos entendido. Si estamos equivocados, y prevalece la doctrina de los sabios Pontífices que han tratado lo referido a la vida y a su transmisión, nos sentiremos satisfechos. El esfuerzo por clarificar lo que está bien y lo que está mal en complejas realidades como la fecundación asistida y la anticoncepción es indispensable, sobre todo en una cultura como la actual, en la que parecen triunfar las posiciones acomodaticias y transaccionales por sobre las convicciones y los principios. San Agustín defendía la necesidad de abandonar y denunciar las faltas éticas básicas como punto de partida hacia la verdadera libertad humana: "La primera libertad es no tener delitos... como homicidio, adulterio, alguna inmundicia de fornicación, hurto, fraude, sacrilegio y otros parecidos. Cuando el hombre empieza a no tener tales delitos (el cristiano no debe tenerlos), comienza a levantar la cabeza hacia la libertad..." (*In Iohannis Evangelium Tractatus* 41, 10, cfr. *Evangelium vitae* n° 75).

Hernán Corral Talciani

Profesor de Derecho Civil

Universidad de los Andes

EDUARDO SOTO KLOSS: *Derecho Administrativo. Bases fundamentales*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, año 1996, 2 tomos de 360 y 480 págs.

El autor de la obra, el Prof. Dr. Eduardo Soto Kloss, es un distinguido jurista y prestigioso administrativista chileno, que ha acumulado notables y numerosos lauros académicos. Entre mucho otros, deseamos señalar que desde hace tiempo, ejerce como Profesor Titular en las Facultades de Derecho tanto de la Universidad de Chile como de la Pontificia Universidad Católica; ha sido Director del Departamento de Derecho Público en la primera de las mencionadas y de la Revista de Derecho Público; integrante de la Corte de Apelaciones de Santiago y del Tribunal Constitucional; miembro correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y de diversas Asociaciones de Derecho Administrativo, entre ellas la Argentina, y Profesor en diversas universidades extranjeras. Ha enriquecido la bibliografía nacional e internacional pertinente, con estos dos tomos que realmente nos deleitan para el estudio y la profundización de la asignatura.

Veamos primero el paisaje de su exposición a través de los dos tomos, para luego hacer una meritación de la obra y de su autor.

En el Primer Tomo se nos presentan tres capítulos fundamentales, no sólo porque realmente constituyen el "basamento" sobre el que construirá el jurista la arquitectura del Derecho Administrativo, sino además, porque en ellos se encuentran reunidas las creencias, las ideas, los valores y los sentimientos fundamentales que le dan, a esta trascendental rama del Derecho Público, las fuerzas

demiúrgicas, las energías espirituales que al decir de Maurice Hauriou, son más importantes que los mecanismos institucionales, porque les dan auténtico sentido y vida en la Sociedad y en el Estado.

Es así como con una coherente sistemática, el Capítulo I está dedicado a las "Bases Fundamentales de Orden Filosófico: El Orden Natural", en el que se aborda el Derecho Público en la actualidad, en una perspectiva finalista y a la luz de la noción del hombre en la Constitución y de su correlativa dignidad de la persona humana. En el Capítulo II, "Bases Fundamentales de Orden Político: El Orden Político", abrimos nuestro conocimiento a las relaciones de Poder y Derecho, pero destacándose una perspectiva poco común y de gran importancia, como es "la idea ministerial del poder", porque "gobernar es servir" y desde esa perspectiva podremos mejor comprender el sentido finalista de la democracia y la función subsidiaria del Estado. Finalmente, en el Capítulo III, advertimos las "Bases Fundamentales del Orden Histórico-Jurídico: El Orden Jurídico", en el que el autor se explaya en un análisis enjundioso y pormenorizado, sobre las "relaciones entre Administración y Derecho", desde dos perspectivas históricamente decisivas: *La Fiskustherie* y *la Rule of Law*, con sus vastas connotaciones, para concluir con "los principios de la *natural justice* como medio del control jurisdiccional de la actividad administrativa.

El Tomo II está dedicado en su totalidad al análisis del "Principio de Juridicidad", en el que el autor luego de señalar su respeto por los principios que se relacionan más con lo político, "en cuanto régimen representativo democrático, unitario y participativo", privilegia los que constituyen las "bases de la institucionalidad", es decir, los principios que nacen de la primacía de la persona humana, que como bien sabemos y estamos plenamente contestes con el autor, es el fundamento, el sujeto y el objeto de toda sociedad, de todo Estado, de todo derecho. Este principio, diría yo, que responde a un humanismo trascendente, es el que da razón de ser y sentido último tanto a las conductas individuales y sociales, como a las normas jurídicas y a los comportamientos institucionales.

De allí que no podemos dejar de coincidir —so pena de extraviarnos en la temática— con los principios que reseña el autor, entre otros, los de *primacía de la persona humana y de la iniciativa privada; la familia como núcleo fundamental; la servicialidad del Estado en el bien común, la supremacía constitucional, el principio de juridicidad; la reserva legal de la regulación del ejercicio de los derechos; la sujeción al control de las actividades del Estado, la plenitud jurisdiccional de los Tribunales de Justicia y, finalmente, la responsabilidad del Estado.*

Desde esta óptica antropológica, Soto Kloss examina todas las facetas del *principio de juridicidad*, su noción, los fundamentos y sus efectos, todo ello no sólo desde el ámbito doctrinario, sino además complementado con lo que me permito llamar "la vigencia real del principio de juridicidad", ya sea a través de diversas leyes en la materia administrativa como en la interpretación paradigmática de la jurisprudencia.

Es indudable que la obra del autor alcanza relieves superlativos, no sólo por la novedosa y definitoria perspectiva humanista del Derecho Administrativo, sino además por el sentido ministerial, de servicio, del Poder y la Administración, vertientes ambas que alimentan una concepción más plena del Derecho Administrativo, que desborda los cauces meramente jurídico-formales, para adentrarse en las siempre nuevas fronteras antropológicas.

Por otra parte, cabe poner de resalto la aguda percepción de la problemática abordada, en la que "ha calado hondo" para desentrañar toda la inmensa riqueza de un Derecho insertado en una Cultura que nunca podrá dejar de ser humanista, para no prostituir su sentido. El manejo ágil y acertado de la casuística legal y jurisprudencial, junto a las concepciones doctrinarias chilenas y del derecho comparado, ayudará seguramente a los estudiantes, abogados y jueces, a superar un conocimiento muchas veces superficial de temas de profundidad filosófica y complejidad instrumental.

Esta obra del Profesor Soto Kloss viene así a constituirse en una obra clásica para el conocimiento de las bases fundamentales que aseguren un sólido manejo de las instituciones del Derecho Administrativo.

Es por ello que terminando ya, deseamos expresar al autor nuestra más cordial gratitud, por el enriquecimiento que humana y jurídicamente nos ha brindado con esta magnífica obra, fruto maduro de tantos años de investigación, docencia y actividad profesional y judicial.

Ricardo Haro

Doctor en Derecho y Ciencias Sociales

Repensar la Vida y la Muerte. El derrumbe de nuestra ética tradicional, de Peter Singer (Editorial Paidós, 1997, 255 pp.)

Una de las características que más parecen marcar el fin de siglo, no sólo en el campo del Derecho Constitucional sino en el de todas aquellas disciplinas que deben —de una o de otra manera— relacionarse con la ética, está representada por la constante pretensión de crear nuevos derechos, todos ellos destinados a la obtención, para el Hombre, de una capacidad absoluta de decisión sobre la vida y la muerte, como asimismo por el cuestionamiento de la ética tradicional, no sólo en lo relativo a las creencias religiosas y a los principios morales, sino incluso al propio modelo constitucional que los Estados se han dado legítimamente, el cual incluye necesariamente ciertos valores considerados por el Constituyente como *intransables*¹.

De esta manera, la más reciente tendencia del pluralismo ya no se dirige —como en los años setentas y ochentas— a la apertura a ideologías o doctrinas no democráticas, toda vez que se ha obtenido de manera bastante eficiente en los Estados occidentales el consenso respecto de las democracias procedimentales —que se pueden abrazar sin necesidad de comprometerse más allá del cumplimiento de ciertas reglas básicas—, sino más bien a la tolerancia más irrestricta respecto de formulaciones éticas muy diversas e incluso contrapuestas, que exigen vivir respetadas y respetables dentro de un sistema que no tiene el derecho de cuestionarlas y que, más aún, debe concederles todas las herramientas necesarias para su desarrollo, ello particularmente bajo el amparo de la libertad de conciencia y de la igualdad ante la ley.

¹ En el caso de la Carta de 1980, se podría mencionar, por ejemplo, a los principios de: *Estado al servicio de la persona humana, familia como núcleo fundamental de la sociedad, la vida como un bien indisponible y la libertad limitada ante los derechos y libertades de los demás.*

No podemos negar que tal estado de cosas ha puesto al mundo occidental, y al moderno constitucionalismo, en graves dilemas que no son nada fáciles de resolver.

En efecto, las Cartas Fundamentales, como expresión más alta del consenso del pueblo acerca de los principios que sostienen a la Nación políticamente organizada, están impedidas de caer en la total neutralidad valórica y, por más tolerantes que sean, deben pronunciarse necesariamente sobre ciertas materias y definir lineamientos ético-jurídicos que infundirán al resto del sistema. No pueden, por ello, abstenerse de determinar qué calidad ha de tener la persona humana frente del Estado, o qué sucede cuando la soberanía de este entra en colisión con sus derechos, o cómo ha de considerarse a las garantías constitucionales respecto de su disponibilidad.

Sin embargo, no es menos cierto que esas mismas cartas fundamentales reconocen y amparan derechos que implican el respeto por las creencias y pensamientos de los individuos y, consecuentemente, el darles los debidos canales de expresión en la medida que no se traduzcan en acciones delictuales o inconstitucionales. Y es allí donde se genera el debate o la esencia del litigio: ¿puede superponerse el orden valórico constitucional ya definido, al orden valórico de cada individuo?, ¿puede imponerse obligatoriamente el cumplimiento de obligaciones o exigirse ciertas omisiones en forma imperativa, que se hallen reñidas con los principios de la moralidad personal del sujeto?².

Al inicio de estos cuestionamientos, tanto la doctrina como la jurisprudencia se inclinaban por considerar al orden constitucional —y en consecuencia los principios éticos que este había hecho suyos— como perfectamente impondibles sobre principios distintos que cada persona detentara, no sólo porque la Constitución se consideraba suprema, sino porque existía la certeza que la libertad del individuo estaba necesariamente destinada a desenvolverse dentro del modelo y no fuera de él.

Sin embargo, con el tiempo, y sobre todo gracias al bombardeo casuístico y a la interpretación respecto del sentido y alcance de ciertos derechos constitucionales, ha comenzado a flexibilizarse el sistema en ciertos países del mundo, llegándose a pensar en ellos que lo único realmente indiscutible es el acatamiento de los procedimientos democráticos de decisión pero que, fuera de ello, es más importante reconocer la individualidad de cada persona humana y sus múltiples derivados, que un solo modelo valórico aplicable a todos.

Lo anterior ha significado, invariablemente, que el sistema se dirija a la protección y reconocimiento de “nuevos derechos” como expresiones de tal individualidad, en los que se contienen elementos relacionados con la igualdad (precisamente la “igualdad de exigencia”), la propietarización creciente de las prerrogativas jurídicas (lo que se puede hacer, es, por tanto, mi derecho) y la libre decisión, por encima de toda valoración de bien y de mal, la cual le corresponderá de forma única y excluyente a cada persona.

² Este es un tema recurrente a propósito del cumplimiento de ciertos deberes patrios, tales como el servicio militar o la participación en una guerra, como asimismo tratándose de materias tan diversas como los derechos que forman parte de la libertad de culto (tener su propio día feriado, tiempo laboral para sus propios ritos, educación en los colegios de acuerdo a su propia religión) y las objeciones de conciencia a tratamientos médicos (como el conocido caso de las transfusiones, a propósito de los Testigos de Jehová).

De tales concepciones parte, precisamente, el sostener la idea de aborto como un derecho de decisión de la madre y no como un atentado contra la vida de su hijo; de considerar a la eugenesia y a la eutanasia como prerrogativas válidas respecto de una eventual mala calidad o indignidad de la vida y no como formas de vulnerar la sacralidad de esta y, finalmente, a engendrar a nuevos seres humanos mediante manipulaciones genéticas o procesos de fecundación asistida heterónoma, como expresiones del avance científico o de los derechos reproductivos de las personas y no como un ilícito tratamiento de "cosas" impuesto a seres humanos.

Los postulados que hay detrás de esos nuevos derechos, es decir, la *imago mundi* que los fundamenta, es precisamente el tema central de la nueva obra del profesor de Filosofía y vicerrector del Centre for Human Bioethics de la Monash University de Melbourne, Peter Singer, *Repensar la Vida y la Muerte. El derrumbe de nuestra ética tradicional*. En dicha obra, Singer postula, efectivamente, que la ética tradicional (aquella que corresponde a una visión católica occidental del derecho a la vida, del valor de la persona humana, del dolor y de la muerte) se ha derrumbado, tras dejar paso a estos nuevos derechos, respecto de los cuales hace una verdadera y muy documentada apología, toda ella amparada en la extrema individualidad del ser humano, en su calidad de *animal evolucionado* más que de criatura hecha a imagen y semejanza de Dios³, en su ilimitada capacidad de decisión sobre sí mismo y en la *calidad de vida*, elevada a ser elemento primordial destinado a imponerse mucho más allá de toda sacralidad de la vida y de toda dignidad del Hombre.

Las características antes señaladas podrían significar, a priori, para quienes sostenemos una concepción iusnaturalista de la persona humana y de sus derechos constitucionales, una suerte de cuestionamiento sobre el sentido de consultar una obra como esta. Sin embargo, resulta en extremo valiosa su lectura, para abordar problemas bioéticos y constitucionales en los cuales resulta indispensable conocer los argumentos de quienes postulan esta especie de "nueva ética" que en realidad significa una concepción ultraliberal despojada de toda ética, porque son ellos los que usualmente introducen —por la vía legislativa, jurisprudencial o simplemente doctrinal— las disquisiciones en las que se encuentra actualmente el ordenamiento jurídico de muchos países del mundo, entre ellos el nuestro⁴, sobre el límite y alcance del dominio de cada uno sobre su vida y sobre la disposición de la vida de otro.

Singer basa la construcción de su libro en una multiplicidad de casos extremos, que han puesto a la Justicia norteamericana y también a la europea en verdaderos jaques, ello a partir de los años setentas, en los cuales el avance científico permitió decididamente empezar a cuestionarse qué hacer con las personas que podían ser mantenidas indefinidamente con vida en estado vegetativo

³ No olvidemos que la primera obra de Singer que se hizo famosa en este lado del mundo fue *Animal Liberation*, descrita por algunos críticos proclives a su postura, como una verdadera biblia de los derechos de los animales.

⁴ A modo ejemplar, ¿qué significa la decisión de permitir los procesos de fecundación asistida heterónoma, basados en la presunta igualdad de las personas para ejercer sus derechos reproductivos?, ¿qué implica discutir nuevamente el tema del aborto terapéutico, basándose en la preeminencia de la vida de la madre sobre la del hijo?, ¿cuál es el significado de comenzar a exigir de los hospitales y clínicas que admitan "testamentos vitales" de sus pacientes, sobre evitación de transfusiones o incluso de aplicación de todo tipo de tratamiento?

persistente, o que habiendo nacido con extremas malformaciones, podían sobrevivir con cuidados especiales, o que padecían enfermedades en extremo dolorosas, pero de agonía lenta, capaz de ser supervisada médicamente. En todos ellos vislumbra el autor la incapacidad de la ética tradicional de darles respuesta y la suerte de absurdo que, ante sus ojos, tiene el dar un tratamiento igualitario, a lo que es claramente diferente, al efectuar la comparación entre un individuo incomunicado con el mundo y uno con capacidad relacional, o entre uno que nace sin posibilidades de hacer una vida normal y uno que cuenta con todas las prerrogativas para ello, o uno entre uno que sufre de extremos dolores antes de morir y otro que muere rápida y tranquilamente.

Es por esto que, más allá de los conceptos tradicionales, considere el autor que los límites que se han tenido siempre a la vista respecto de ellos se han desdibujado, por varias razones:

1. Porque el conocimiento científico ha demostrado, por ejemplo, que las diferencias genéticas del ser humano con ciertos animales son reducidas, por lo cual le parece criticable que se tolere matar o experimentar en estos últimos por quienes no lo admiten tratándose del Hombre: "¿Por qué deberíamos considerar sacrosanta la vida de un niño anencefálico y creernos con libertad para matar gibones para utilizar sus órganos?, ¿por qué deberíamos encerrar a chimpancés en jaulas de laboratorios e infectarlos con enfermedades humanas si nos horroriza la idea de realizar experimentos con seres humanos mentalmente discapacitados, cuyo nivel intelectual es similar al de los chimpancés?" (pp. 181-182).
2. Porque estima que el valor de la vida humana varía y que no es cierto que toda vida humana deba ser salvaguardada de la misma manera: "... la vida sin conciencia no vale la pena en absoluto..." (p. 188).
3. Porque considera que la distinción entre matar y permitir morir es en extremo difusa, por lo cual puede justificarse quitar la vida a una persona que así lo solicita, cuando se debe a sus sufrimientos, o a quien ya no puede volver a la conciencia: "Cualesquiera que sean las razones que pueda haber para preservar al menos una parte de la distinción tradicional entre matar y permitir morir... estas razones no se aplican cuando... una persona quiere morir y la muerte sería más rápida y menos dolorosa si se produjera mediante un acto (por ejemplo, suministrar una inyección letal) que por omisión (por ejemplo, esperar hasta que el paciente contraiga una infección y entonces no suministrarle antibióticos)" (pp. 193-194).
4. Porque sostiene la convicción que ser persona no depende de la calidad genética de ser humano, sino de tener conciencia de uno mismo, por lo cual quien carece permanentemente de ella y es privado de la vida, no está en las mismas condiciones que aquel que siendo consciente es muerto por otro: "matar a una persona contra su voluntad es una injusticia mucho más grave que matar a un ser que no es persona. Si queremos traducir esto en términos de derechos, entonces es razonable decir que sólo una persona tiene derecho a vivir" (p. 195).
5. Porque estima que las exigencias de una Humanidad que requiere subsistir, implican traer niños al mundo sólo si son deseados, considerando que "el embrión no tiene, ni ha tenido nunca, necesidades o deseos, por lo que no podemos perjudicarlo haciendo algo contrario a sus deseos. Ni podemos causarle sufrimiento. En otras palabras, el embrión no es, ahora, el tipo de

ser al que se pueda dañar, no más que un óvulo antes de la fertilización" (p. 197).

6. Finalmente, porque considera que "el derecho es algo que se puede ejercer o no" (p. 213), por lo cual se puede renunciar a ese derecho si se desea hacerlo, aunque se trate del derecho a la vida: "el aspecto más importante de tener derecho a la vida es que uno puede elegir si acogerse a él o no" (p. 214)⁵.

No resultaría conveniente engañarse, considerando que las preguntas de este autor norteamericano sólo significan un problema para los países del Primer Mundo, o que sus postulados de "nueva ética" y "derechos nuevos" sólo amenazan a las concepciones constitucionales de estos.

La verdad es que los países en vías de desarrollo, es decir, en aquellos en que empieza a ser más posible mantenerse vivo por un largo tiempo o llegar a nacer pese a una grave dolencia, también enfrentan, con ataques más sigilosos o francamente abiertos, estos dilemas. Y resulta lógico que así sea, considerando que en todos ellos la discusión demócratas *versus* totalitarios comienza a desvanecerse en un mundo de democracia global, pero una infinita fragmentación valórica, que va de la mano con la constante pretensión de ser reconocido y amparado en todas las prerrogativas que el individuo estime pertinentes, particularmente aquellas que se refieren a sí mismo y a la propia administración de su ser.

La gradual pero inexorable incapacidad de nuestros sistemas jurídicos para defenderse de postulados como estos, hace que lentamente se les vaya dejando terreno, más aún si consideramos lo muy bien avalados que se encuentran estos con ejemplos extremos, en los cuales la "ética tradicional" —nuestra ética— se ve severamente tensionada y obligada a tomar partido en casos verdaderamente limítrofes.

Tal cosa se acrecienta con expresiones que implican profundas contradicciones internas, ya sea en los sistemas o personas, y que Singer se encarga muy bien de exponer como graves inconsecuencias⁶, las que deben necesariamente llamarnos a la reflexión, ya que si el autor cree superarlas con la propuesta de una nueva ética, es prácticamente indispensable que quienes sostenemos la vigencia, el valor y bondad de la ética tradicional, seamos capaces de afrontar tales contradicciones, dilucidar si son reales y ser capaces de dar respuestas consecuentes, no sólo en el terreno de lo estrictamente moral, sino en el que atañe a la Medicina y al Derecho.

En otras palabras y recapitulando sobre los "nuevos mandamientos" de Singer:

- a) Si el autor hace hincapié en las similitudes del ser humano con ciertos animales, deberíamos ser capaces de destacar que precisamente nuestra con-

⁵ "The option of self — deliverance for the terminally ill person is the ultimate civil liberty", ha expresado Derek Humphry, famoso autor de la defensa de la eutanasia, en su obra *Dying with Dignity. Understanding Euthanasia* (New York, Carol Publishing Group, 1992), p. 11.

⁶ El autor, con tono burlón, hace referencia a aquellos que tienden a admitir el aborto en ciertos casos, pero sin embargo se horrorizan ante el infanticidio de niños con daño cerebral, y a personas a las cuales les parece inmoral que un individuo disponga de su propia vida, pero no que la disposición sea hecha por el Estado.

dición de superiores a ellos —nuestra calidad de espirituales— es la que más nos fuerza a evitarles el sufrimiento y a tener respeto con todas las formas de vida en la tierra, superando una soberbia de especie que más bien hace cuestionar tal superioridad.

- b) Si argumenta en esta obra que la vida sin conciencia no tiene valor alguno, tendríamos que poder transmitir claramente —en nuestras conductas y en nuestro Derecho— que todo individuo de la especie humana tiene un valor intrínseco y una dignidad propia, muy por encima de la pura realización de actividades intelectivas.
- c) Si sostiene que entre matar y permitir morir hay una diferencia difusa, tendríamos que clarificar tal sustancial diferencia, demostrando que el respeto con la agonía de una persona y el evitar usar métodos extraordinarios inútiles que prolonguen su sufrimiento, no significa en lo absoluto desconocer la sacralidad de la vida —como se hace al disponer de ella matando a otro, aun con su consentimiento— sino salvaguardar el derecho de un ser humano a una muerte digna, cuando llega el momento de ella.
- d) Si propone traer niños al mundo sólo si son deseados y, en consecuencia, eliminar a los que no, deberíamos ser muy precisos en cuanto a que el derecho a la vida de la persona humana no depende de ser deseada o querida por otra, sino de la propia naturaleza de ella, lo que le da un valor enormemente mayor y la sitúa en el plano jurídico de sujeto de derecho y no de objeto de este.
- e) Por último, si defiende la idea de que la vida, como otros derechos, es algo que se puede ejercer o no y que, en consecuencia, puede disponerse de ella, sería menester demostrar, sin lugar a dudas, que nuestro sistema es capaz de distinguir entre el dominio sobre un derecho y la propiedad sobre una cosa, por lo cual no es posible entender la vida como parte del patrimonio de una persona, sino como parte inseparable de ella misma, por lo cual su disposición significa la destrucción del titular que la detenta.

De allí, entonces, que abordar los cuestionamientos éticos de *Repensar la vida y la muerte* resulte en extremo importante, mucho más allá de los puros ejercicios intelectuales a los que llaman autores atractivos como Singer. En efecto, se trata de la subsistencia misma de nuestro modelo, de su capacidad de defensa —no beligerante sino engrandecedora— frente a la total neutralidad a la que lo llevará la insistencia en la igualdad y en la libertad despojada del concepto de bien y, en definitiva, de evitar la llegada de una segunda Paradoja de la Tolerancia⁷, en la que los derechos constitucionales terminen siendo aniquilados por los vástagos que ellos mismos produjeron: esos “nuevos derechos” que son parte de la presunta “nueva ética” —sin ética— que esta obra propone.

Al respecto, resulta más que elocuente la frase de la p. 215: “Hay una opinión común que la razón y los argumentos no desempeñan un papel en la ética y, por tanto, no tenemos necesidad de defender nuestras opiniones éticas

⁷ Famosa construcción teórica, realizada a propósito de los peligros del Pluralismo, por el filósofo alemán Karl Popper en su obra *La Sociedad Abierta y sus enemigos*.

cuando se cuestionan". Quizás en eso se han basado personas como el profesor Singer para aseverar que nuestra ética tradicional se derrumba, al haber sido tremendamente tibios a la hora de sostenerla. Es de cada uno de nosotros el deber de revertir tal marasmo. La fuerza y la calidad de las ideas que nos sustentan lo hace aún posible.

Angela Vivanco Martínez
Profesora de Derecho Constitucional
Pontificia Universidad Católica de Chile
Universidad Adolfo Ibáñez