



Universidad del Desarrollo
Facultad de Derecho

DERECHO PÚBLICO IBEROAMERICANO
REVISTA DEL CENTRO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Nº 13
OCTUBRE DE 2018

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

DIRECTOR

Dr. Julio Alvear Téllez

SUBDIRECTOR

Sr. Eduardo Andrades

COORDINADOR GENERAL

Sr. José Tomás Herrera

SECRETARIA DE REDACCIÓN

Dra. Vanessa Cisterna

CONSEJO CIENTÍFICO

Derecho Público Iberoamericano

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

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

REPRESENTANTE LEGAL

Sr. Federico Valdés Lafontaine

VERSIÓN IMPRESA: ISSN 0719-2959

VERSIÓN ONLINE: ISSN 0719-5354

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

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

DERECHO PÚBLICO IBEROAMERICANO
REVISTA DEL CENTRO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL
AÑO 7 • N° 13 • OCTUBRE DE 2018
ISSN 0719-2959

PRESENTACIÓN

7

ESTUDIOS

HISTORIA DE LAS INSTITUCIONES POLÍTICAS Y JURÍDICAS

Juan Fernando Segovia

De la razón de Estado a la razón de los derechos.
Tolerancia religiosa, libertad de conciencia y libertad de religión
13

Eduardo Andrades Rivas

Notas críticas sobre la legalidad del proceso a Tomás de Figueroa
75

DISEÑO DE LAS INSTITUCIONES POLÍTICAS Y JURÍDICAS

Carlos Manuel Rosales

Dos caras de la jurisdicción:
análisis de los principios de actuación del juez y del jurado
103

Sergio Cea Cienfuegos - Ricardo Coronado Donoso

Constitución y Fuerzas Armadas en el siglo XXI:
defensa nacional y seguridad humana
131

DERECHOS FUNDAMENTALES

Andrea Rosario Iñiguez Manso

La influencia de Margaret Sanger y la International Planned Parenthood Federation
en la promoción del control de natalidad en Estados Unidos y Chile
157

JUSTICIA TRIBUTARIA

Claudio Andrés Salvatierra Garib

Procedimiento especial de reclamo por vulneración de derechos del contribuyente:
criterios jurisprudenciales

181

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

Eduardo Soto Kloss

La fundamentación del acto administrativo en la jurisprudencia
de los tribunales ordinarios de justicia

225

RECENSIONES

Julio Alvear Téllez

La hispanidad como problema. Historia, cultura y política, de Miguel Ayuso

239

SIGLAS Y ABREVIATURAS

243

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

249

PRESENTACIÓN

Ofrecemos en esta edición el número trece de *Derecho Público Iberoamericano*. Iniciamos nuestro séptimo año editorial, integrando aportes científicos de México, Argentina y Chile.

En este número distribuimos los estudios en cuatro áreas: historia de las instituciones políticas y jurídicas, diseño de las instituciones políticas y jurídicas, derechos fundamentales y justicia tributaria.

En “Historia de las instituciones políticas y jurídicas”, publicamos dos trabajos. El primero, de autoría del doctor Fernando Segovia, se titula “De la razón de Estado a la razón de los derechos. Tolerancia religiosa, libertad de conciencia y libertad de religión”. El jurista argentino revisa el problema desde el punto de vista histórico-filosófico, con especial atención a su momento genético. El segundo estudio pertenece al doctor Eduardo Andrades. Se denomina “Notas críticas sobre la legalidad del proceso a don Tomás de Figueroa”. En él se develan hechos desconocidos del llamado “Motín de Figueroa”, que llevan al posterior enjuiciamiento y muerte de los responsables. Desde una perspectiva crítica, el autor destaca los atentados contra el debido proceso.

En el campo del “Diseño de las instituciones políticas y jurídicas” damos a conocer el estudio del profesor Carlos Manuel Rosales, titulado “Dos caras de la jurisdicción: análisis de los principios de actuación del juez y del jurado”. El profesor mexicano realiza una comparación analítica y funcional de los tribunales (compuestos por jueces) y del jurado (integrado por ciudadanos). A continuación, publicamos un trabajo de los profesores Sergio Cea y Ricardo Coronado denominado “Constitución y Fuerzas Armadas en el siglo XXI: defensa nacional y seguridad humana”. Los investigadores chilenos sostienen que en el texto constitucional las Fuerzas Armadas debieran mantener el cometido de la defensa nacional y reemplazar, en cambio, el de seguridad nacional por el de seguridad humana.

En materia de “Derechos fundamentales y sus atentados”, publicamos un estudio de la doctora Andrea Iñiguez titulado “La influencia de Margaret Sanger y la International Planned Parenthood Federation en la promoción del control de la natalidad en Estados Unidos y Chile”.

Finalmente, en el área de la “Justicia tributaria”, damos a conocer un trabajo del investigador Claudio Salvatierra denominado “Procedimiento

especial de reclamo por vulneración de derechos del contribuyente: criterios jurisprudenciales”. En él se realiza un análisis cuantitativo y cualitativo de la materia en la jurisprudencia de los cuatro tribunales tributarios y aduaneros de la Región Metropolitana.

En la sección dedicada a “Comentarios de jurisprudencia” incluimos un relevante trabajo del doctor Eduardo Soto Kloss. El ilustre jurista chileno analiza la fundamentación del acto administrativo en la jurisprudencia de los tribunales ordinarios de justicia

Concluimos con las “Recensiones”, donde se revisa el libro *La hispanidad como problema. Historia, cultura y política*, de Miguel Ayuso.

Dr. Julio Alvear Téllez
Director

Estudios

Derecho Público Iberoamericano

Universidad del Desarrollo

N° 13 | 2018

Historia de las instituciones políticas y jurídicas

DE LA RAZÓN DE ESTADO A LA RAZÓN
DE LOS DERECHOS.
TOLERANCIA RELIGIOSA,
LIBERTAD DE CONCIENCIA
Y LIBERTAD DE RELIGIÓN

FROM REASON OF THE STATE TO REASON
OF THE RIGHTS.
RELIGIOUS TOLERATION, FREEDOM
OF CONSCIENCE AND RELIGIOUS LIBERTY

*Juan Fernando Segovia**

Resumen

La tolerancia religiosa, la libertad de conciencia y la de religión son instituciones centrales del Derecho Constitucional y del Derecho Internacional, que tienen una extensa historia en el campo de la religión, de la teología, de la moral, del derecho y de la política. El presente trabajo intenta clarificar los conceptos a partir de un enfoque histórico de las ideas políticas y jurídicas, centrándose en su amanecer en tiempos de la Reforma protestante y hasta la Ilustración.

Palabras clave: tolerancia religiosa, razón de Estado, libertad de conciencia, libertad de religión.

Abstract

Religious tolerance, freedom of conscience and religious liberty are fundamental institutions of constitutional and international laws that have a lengthy history in the realms of religion, theology, morality, law and policy. This paper attempts to clarify the concepts from a political and legal historical ideas approach, focusing on its dawn in times of the Protestant Reformation, and until the Enlightenment.

* Doctor en Derecho, profesor de Historia de las Ideas Políticas de la Universidad de Mendoza. Investigador del CONICET (Argentina) y del Consejo de Estudios Hispánicos Felipe II (España). Artículo recibido el 2 de enero de 2018 y aceptado para su publicación el 5 de agosto de 2018. Correo: segojuan@gmail.com

Keywords: religious tolerance, reason of State, freedom of conscience, religious liberty.

1. *Justificación*

El jurista o el abogado, que debiera interpretar hoy una cláusula de una convención internacional relativa a la tolerancia o la libertad religiosa, tendría que ser un ignorante para no sentirse perplejo por la laxa hermenéutica reinante. Del mismo modo le ocurriría al teólogo y al moralista, no menos que al historiador. A pesar de la gran masa de literatura que ofrece la materia en estos días, desde todos los puntos de vista quedan todavía por aclararse los significados fundamentales de estas instituciones. Cierta historiador, por caso, ha dicho que el significado de la tolerancia religiosa es un misterio¹. Mas no me lo parece. Creo, en todo caso, que está rodeado de malentendidos. Con la palabra ‘tolerancia’ ocurre lo que con otras muchas vinculadas al lenguaje moral y político: se conserva el vocablo, pero lo que dice o significa ha cambiado con el tiempo, al igual que acontece con ‘igualdad’, ‘virtud’, ‘democracia’, ‘religión’, ‘justicia’, ‘persona’ y tantos otros. Lo que significa tolerancia religiosa para los seudofilósofos y los supuestos moralistas de nuestros días no es lo que significaba en los siglos XVI y XVII y, tampoco, lo que entendían por ella en época de la Ilustración y de las revoluciones del siglo XVIII.

Los problemas del lenguaje no son lingüísticos solamente; son, en primer término, conceptuales –metafísicos, por ende– y nos equivocáramos al pensar que la continuidad en el uso de un término implica la permanencia del concepto. El uso histórico cambiante de un concepto supone el concepto mismo que remite a la esencia de la cosa. El historiador –como el jurista o el metafísico– busca la verdad, que queda apresada en conceptos mentales, y el uso pragmático del lenguaje no debe distraerlo de esa meta, aunque deba registrarla. Sin embargo, compete también al historiador apuntar las variaciones temporales que deforman o destruyen el concepto.

Lo que no quiere decir que haya que reescribir la historia de la tolerancia religiosa. No tendría sentido. Las hay y muchas; unas valiosas, otras no tanto. Lo que el artículo propone es más modesto: esclarecer de modo inicial, en clave histórico-política, el concepto de tolerancia religiosa remontándose al tiempo en que comenzó a ser aplicada en la modernidad

¹ Andrew R. MURPHY, “Tolerance, toleration, and the liberal tradition”, p. 594. Sería mejor decir, como el autor lo hace en otra oportunidad, “The uneasy relationship between social contract theory and religious toleration”, p. 384, que la tolerancia desafía una fácil categorización.

aún lozana, vinculándola al contexto de su aparición, distinguiéndola de las libertades modernas –en particular, las de conciencia y de religión– que empiezan a ocupar su lugar a partir del siglo XVIII.

En el cuadro de las libertades modernas, las de conciencia, religión, pensamiento y opinión o expresión aparecen encadenadas y más o menos asimiladas, pero la prioridad histórica (y también metafísica) corresponde a la libertad de conciencia. Esa reivindicación tuvo, en sus inicios, el nombre de tolerancia religiosa. El no saber apreciar los diversos momentos históricos ha hecho que no pudieran desligarse de la confusión del lenguaje de los siglos XVI a XVIII (que utiliza a veces de manera indistinta, las palabras ‘conciencia’, ‘mente’, ‘razón’, y otras semejantes) y así, buena parte de los investigadores del Derecho, como de la política y de las ideas resuelven la libertad de conciencia en la religiosa y la asimilan a la tolerancia².

La turbiedad de los conceptos se debe en buena medida al relato liberal de la tolerancia³, que toma a ésta como precondition histórico-ideológica de los derechos individuales y de la democracia hodierna, aunque en rigor no sea así, pues la tolerancia, tal como de modo histórico se manifestó desde el siglo XVI, no importaba a las personas derecho alguno⁴. Antes bien, habría que decir que los derechos modernos tienen su raíz ideológica en la libertad de conciencia alegada por los protestantes, porque

“es a partir de la conciencia subjetiva del hombre que la modernidad reivindica el derecho a pensar y a creer lo que se quiera, lo que tiene siempre, directa o indirectamente, su punto de partida en la libertad moral autónoma e independiente”⁵.

² Por caso, John HORSCH, “Martin Luther’s attitude toward the principle of liberty of conscience”, pp. 307-315, usa de manera indistinta tolerancia, libertad de conciencia y libertad de religión para cercar conceptualmente el mismo problema.

³ Como ilustra las clásicas obras de Wilbur Kitchener Jordan, Joseph Lecler y Henry Kamen, y las más actuales de Perez Zagorin e Iring Fetscher, entre otros, aunque las más ideologizadas sean las historias de Amédée Matagrín y Philip Schaff. Para una revisión historiográfica véase Jeffrey R. COLLINS, “Redeeming the Enlightenment: new histories of religious toleration”, pp. 607-636; también John Christian LAURSEN & Cary J. NEDERMAN, “General introduction: political and historical myths in the toleration literature”, pp. 1-10 y Andrew R. MURPHY, *Conscience and community. Revisiting toleration and religious dissent in early modern England and America*, pp. x-xvii and 16-24.

⁴ Para decirlo con las exageradas palabras de Philip SCHAFF, *The progress of religious freedom as shown in the history of toleration acts*, p. 1: “Hay una grande diferencia entre tolerancia y libertad. Aquella es una concesión, ésta un derecho; la una es una cuestión de conveniencia, la otra un principio; la tolerancia es un regalo del hombre, la libertad, un regalo de Dios”.

⁵ Julio ALVEAR TELLEZ, *La libertad moderna de conciencia y de religión. El problema de su fundamento*, p. 27.

Lo que no significa desconocer que, en el devenir histórico, la intolerancia llevase a su repudio argumentado sobre la base de los derechos y las libertades individuales. Pero lo que primero surgió de la Reforma no fue la pura y simple afirmación de tales libertades –salvo casos peculiares– sino la tolerancia estatal⁶.

La tolerancia religiosa pone en relación con las diversas religiones al incipiente Estado –emergente de la crisis del imperio y el fortalecimiento de los reinos y principados desde el siglo XIII–, por lo que el primer paso a dar es enfrentar las formas de dichas relaciones establecidas entre ambos, es decir, las religiones y el Estado.

2. Las iglesias y el Estado en los comienzos de la modernidad

TOLERANCIA, CONCORDIA Y SEPARACIÓN

Luego de la Reforma y con la casi inmediata disgregación imperial, la religión empezó a entenderse como una creencia individual intimista y privada, libre de toda autoridad, lo que dio como resultado inmediato el divisionismo protestante⁷ y la aparición de nuevos cultos en las naciones hasta entonces católicas, esto es, la existencia de una pluralidad de religiones y de actores religiosos, muchas veces en pugna, cuyas rencillas pasaban tarde o temprano al terreno político-social. El criterio de división fue, en principio, territorial: el territorialismo –pero también patrimonialismo–, que asignaba al Estado el derecho de definir los intereses de los súbditos, incluida la religión⁸. En ello estarán contestes calvinistas como Jean-Jacques Rousseau y arminianos como Hugo Grotius. El cuadro no quedaría completo si dejásemos de lado el gran enemigo, la aún fuerte y poderosa Iglesia católica; a los judíos repartidos en diferentes naciones y la expresión cada vez más creciente de tendencias heterodoxas, gnósticas, deístas, heréticas y ateas, con sus conventículos y sectas.

A la par de esta fragmentación religiosa –la fuerza centrífuga del divisionismo protestante– se advierte la centralidad del Estado como nuevo

⁶ Siendo atractiva la tesis de Anthony GILL, *The political origins of religious liberty* –el origen político de la libertad de religión– lo que la desmerece es el no haber distinguido esa libertad de la tolerancia; no solo no las distingue sino que a lo largo de la obra trata de la tolerancia religiosa como un grado de libertad de religión.

⁷ Benjamin J. KAPLAN, *Divided by faith. Religious conflict and the practice of toleration in early modern Europe*, p. 142.

⁸ Arthur VERMEERSCH, *Tolerance*, p. 192.

factor de unidad política y espiritual⁹. Los conflictos religiosos entrañaban guerras que amenazaban la paz y ponían en cuestión la supremacía estatal puesto que la pertenencia religiosa decidía también la obediencia al Soberano. De modo que, junto a la inicial preocupación religiosa, se agregó la inquietud política: la tolerancia de los cultos, en sus varias modalidades, devino interés central del Estado¹⁰, se la concibió como un instrumento capital en la relación del Estado con las iglesias, facilitando el control estatal creciente sobre estas y la garantía del Estado de la no coerción de las conciencias. Todo lo cual demarca los primeros momentos de la secularización religiosa, no como declinación de la religión, sino como usurpación de la autoridad de la Iglesia católica¹¹.

Esta breve descripción no debe hacer perder de vista dos grandes factores que influyen en la temprana modernidad: la repentina gran variedad de credos, iglesias y religiones, por una parte; y la emergencia de un poder centralizador uniformante nunca antes visto, el Estado, por otra. No se puede ver un solo platillo de la balanza si se quiere hacer historia: falso es considerar únicamente la preocupación por la libertad de conciencia y religión, como lo es también atender solo a un poder absoluto que busca la paz y sostiene el orden público, como si la libertad no ameritara un orden o la paz no requiriera de la libertad.

La relación de las iglesias con los nacientes Estados, en este contexto, es vital y pone a prueba la unidad de la fe tanto como la de la política, pues:

- a) en la medida que la religión todavía se considera un pilar del edificio social, de algún modo debía quedar asociada al Estado, es decir, como iglesia o religión oficial o nacional, como sucede en los Estados confesionales modernos que cuentan con una iglesia establecida;
- b) por otro lado, sin embargo, en tanto y en cuanto el creer es un acto de la conciencia libre que no puede ser coaccionado ni perseguido, debía haber prescindencia de los gobiernos en los asuntos religiosos, lo que llevará –a mediano o largo plazo– a la separación de las iglesias y el Estado;

⁹ Así, entre otros, Hans GUGGISBERG, "The defence of religious toleration and religious liberty in early modern Europe: arguments, pressures, and some consequences", p. 43.

¹⁰ Wojciech KRIEGEISEN, "Toleration, or Church-State relations? The determinant in negotiating religions in the modern Polish-Lithuanian Commonwealth", p. 90, afirma que las ideas del Estado confesional y de la razón de Estado modificaron las relaciones entre este y las iglesias, influyendo en la condición de los disidentes, ya que desde fines del siglo XVI las discusiones sobre política religiosa comenzaron a centrarse en el ámbito político más que en el teológico.

¹¹ Cf. Juan Fernando SEGOVIA, "¿Qué es secularización?", pp. 143-156.

- c) finalmente, a pesar de todo ello, se pudo intentar componer la diversidad religiosa mediante alguna forma de concordia que unificase los credos, avenencia en verdad religiosa en ciertos casos –al menos en las intenciones– aunque, avanzando los tiempos, se volverá mera concordia político racionalista.

La primera cuestión (la ponderación de la religión como beneficiosa en el ámbito político) que liga–al parecer– con fuerza, religión y política, fue defendida, empero por dos escépticos sino ateos, como Thomas Hobbes y Baruch Spinoza. Es el principio adoptado en la paz de Augsburgo y luego en Westfalia: *cuius regio eius religio*, que, sin embargo, se hizo difícil de aplicar en forma taxativa, en la práctica¹². Todo Soberano en principio tiene, entonces, derecho a reconocer o establecer un culto público nacional que obliga en lo exterior y no en conciencia. Es una de las posibilidades más comunes de la razón de Estado: la dependencia de la religión oficial ora como iglesia nacional, ora como culto reconocido del Estado (el calvinismo en los Países Bajos, el anglicanismo en Inglaterra, etc.), con mayor, menor o ninguna libertad para los cultos disidentes. Desde otro punto de mira complementario, la oficialización religiosa resultó de la nacionalización estatal de la ley:

“El protestantismo transfirió la autoridad y las responsabilidades espirituales a los legisladores seculares de los varios principados y Estados nación, cuya autoridad suprema abarcaba ahora todas las jurisdicciones que anteriormente habían sido autónomas. La ley secular, podría decirse así, fue espiritualizada al mismo tiempo que nacionalizada”¹³.

Una variación en el seno de esta respuesta es la tendencia (Thomas Hobbes, Jean-Jcques Rousseau, Voltaire) hacia una religión puramente civil independiente de toda “religión religiosa” o teológica, lo que importa la coronación del Estado como iglesia y del Emperador o Rey como Papa (*summus episcopus*), puesto “que el príncipe debe ser amo absoluto de toda política eclesiástica, sin restricción”¹⁴. En aquel anterior caso, así como en este, la unidad de la fe dependerá del Estado, fe que es más civil que religiosa. En una de sus secuencias lógicas –la que exacerbó Rousseau–

¹² Thomas Max SAFLEY, “Multiconfessionalism: a brief introduction”, p. 15. Sintetizando los trabajos compilados, afirma que las intenciones de imponer una religión uniforme chocaban con una realidad mucho más compleja que forzaba a encontrar soluciones diversas; el fracaso de la coerción llevó a la negociación y al compromiso.

¹³ Harold J. BERMAN, *Law and revolution*, vol. 2: “The impact of the Protestant Reformation on the western legal tradition”, pp. ix-x.

¹⁴ VOLTAIRE, *La voix du sage et du peuple*, s/p.

la tolerancia, en tanto dice del poder soberano del Estado sobre las religiones, conduce al establecimiento de la religión civil como modo de pacificar los ánimos e imponer una concordancia mínima en las creencias, en vista ya no de la religión sino de la paz de la república. El término ‘erastianismo’ comenzó a generalizarse a mediados del siglo XVII entre los presbiterianos de Inglaterra –tesis compartida, en algunos casos y dentro de ciertos límites, incluso por los puritanos– para señalar a quienes eran sus enemigos: los que sostenían la supremacía del Estado en materia de religión¹⁵. Erastianismo que en Inglaterra tuvo diversos extremos: moderado en Richard Hooker; exagerado en John Selden o Thomas Hobbes.

La cuestión segunda (la libertad de conciencia) está expuesta por la *Epístola sobre la tolerancia* de John Locke con perfil ya clásico: haya o no una iglesia nacional, la profesión de fe religiosa es libre y limitada tan solo en aras del bien público. Por lo general, se ha visto aquí la respuesta más moderna: indiferencia pública respecto de las creencias privadas acompañada de la generosa libertad de creencia y culto, aunque admite variaciones por caso: tolerancia dicha amplia, pero con limitaciones centradas en la paz y la tranquilidad públicas (John Locke); o libertad de religión sin restricciones, que solo se obtendrá en Estados Unidos. La primera posibilidad, la lockeana, supone el ejercicio de la autoridad del Estado sobre las religiones, esto es, la imposición de determinados criterios objetivos de reconocimiento¹⁶; la segunda, la americana, en cambio, conduce al extrañamiento de la religión de la esfera pública-política (como habían requerido ya las sectas anabaptistas y otras radicales), esto es, a la completa subjetivación de la religión, alerta al peligro de su objetivación –como se ve en las prevenciones de James Madison en *El Federalista*–; de donde el mismo Estado fomenta el divisionismo religioso. Recuérdese la conseja de Voltaire en su *Tratado*: “Cuantas más sectas haya, menos peligrosa es cada una de ellas; la multiplicidad las debilita”¹⁷.

Ambas formas llevan –la primera más lentamente que la segunda– a la separación de iglesias y Estado, pues ya no se considera posible ni deseable la unidad de la fe. Ejemplo de tolerancia es el Tratado de Westfalia, con sus categorías de cultos diferentes según su condición: *religio reprobata*, *tolerata* y *recepta*. Las primeras tenían prohibido el ejercicio de la religión de cualquier índole; las segundas poseían el derecho al culto doméstico (ejercicio privado de la religión); las terceras se referían a los sectores religiosos cristianos

¹⁵ Cf. John Neville FIGGIS, “Erasto y el erastianismo”, p. 224 y ss.

¹⁶ Es el caso de la Paz de Westfalia como, entre otros, recuerda BERMAN, *op. cit.*, pp. 61-62.

¹⁷ VOLTAIRE, *Traité sur la tolérance*, p. 36.

aceptados (católicos, luteranos y reformados) a los que se les reconocía el derecho al culto público. El régimen jurídico estadounidense en materia religiosa se basa en la indiferencia pública y conduce al pluralismo religioso, debido a que el Estado no regula el culto ni las creencias, se vuelve neutral.

El tercer problema (el anhelo de una concordia religiosa, con resabios de la tolerancia medieval) fue considerado con insistencia por Mario Turchetti, y, aunque el concepto de concordia sea en parte elusivo, en principio supone un arreglo –ora religioso, ora político– entre las religiones para evadir los problemas de la pluralidad de confesiones y alcanzar una unidad entre las iglesias¹⁸, como lo demuestra la política de los coloquios interreligiosos celebrados en el siglo XVI, entre ellos, la famosa Conferencia de Poissy (1561) o la anterior de Ratisbona (1541). Se trataba de pasar de la diversidad a la unidad religiosa, como acreditan los edictos franceses de pacificación del siglo XVI, o la paz de Augsburgo (1555) alcanzada entre católicos y luteranos por mediación del emperador Fernando¹⁹.

Según dice acertadamente Mario Turchetti, la tolerancia en sentido jurídico, importa la admisión de algo prohibido –o ilegal– que no obstante ser reconocido continúa siendo prohibido, pues no conlleva su aprobación; en tanto legitima la diversidad, implica la ruptura de la unidad religiosa. En cambio, la concordia (*unum cor*) es un intento de constitución o reconstitución de la unidad, ya que “entre sus significados más cercanos, este concepto contiene los de paz, reconciliación, acuerdo mutuo, pero sobre todo unidad, reunión”²⁰.

En un comienzo, se procuró la concordia teológica para evitar la tolerancia, que se consideraba mal remedio, como pensaba Carlos V al convocar la Dieta de Ratisbona, en 1541. Sin embargo, la aspiración a la concordia de las iglesias, religiosa primero y política después, significó en los hechos un grado de tolerancia, una aceptación de lo no querido, un permiso –temporal y provisorio, como se quiera– a lo que no se admite como legal o legítimo, esto es, un *modus vivendi*. La tolerancia pura, si vale el término, significa ya una renuncia a esa unidad religiosa que la concordia de la fe conserva como fin. Imposible de alcanzar la concordia religiosa (*concordia fidei*) subsistió

¹⁸ Mario TURCHETTI, “Concorde ou tolérance? de 1562 à 1598”, pp. 341-355; “Concorde ou tolérance? Les Moyenneurs à la veille des guerres de religion en France”, pp. 255-267 y “Religious concord and political tolerance in 16th and 17th century France”, pp. 15-25. Se sigue, en lo fundamental, su tesis, si bien la se modifica admitiendo que la concordia supone ya cierta tolerancia; se aparta de la más restrictiva de Luigi MAGNO, “Apologie étatique et concorde religieuse. Sur quelques pamphlets de Loys Le Roy”, pp. 6-16, quien entiende la concordia como una estrategia de transformación más que de reforma religiosa solo en vista de la unidad católica al precio de concesiones doctrinarias o disciplinarias.

¹⁹ Véase Malcolm C. SMITH, “Early French advocates of religious freedom”, pp. 29-51.

²⁰ TURCHETTI, “Concorde ou Tolérance? Les Moyenneurs...”, *op. cit.*, p. 256.

el intento de arreglo político entre las confesiones (*concordia caritatis*), forma incipiente de la tolerancia²¹. Lo que es más evidente, aun cuando la concordia no persigue prioritariamente fines religiosos sino políticos, como ocurrió en Francia con l'Hôpital y los *politiques* tras el fracaso de la reunión de Poissy: lo primero era salvar a la monarquía y a Francia, puesto que, por encima de las diferencias religiosas, todos son franceses.

La concordia, por otra parte, no excluye los intentos de conversión ni implica la admisión o tolerancia de los disidentes (como la *publica formula fidei* de Samuel Pufendorf²²); implica un arreglo entre los credos predominantes en aras del bien público (concordia civil), pero también con fines religiosos (concordia religiosa al modo de la máxima Nicolás de Cusa: *religio una, in rituum varietate*), pues como Erasmo escribió en 1526 a Jean Faber, en la medida que fuese posible “uno y otro [culto] tuviesen su lugar y que cada quien fuera dejado a su conciencia hasta que el tiempo traiga la ocasión de un acuerdo”²³.

A medida que progresen los tiempos, con los socinianos, por ejemplo, y otras cepas nacida de este tronco, o con algunas modalidades de irenismo religioso, la unidad de la fe resultará en una suerte de sincretismo²⁴, a veces un mínimo común de artículos fundamentales (ya que en palabras de Erasmo, “la suma y la substancia de nuestra religión es la paz y la concordia”²⁵), otras en un arreglo en torno a principios morales elementales (como ocurre con los latitudinarios ingleses); concordancia, en suma, en la que se reunirían las diversas creencias religiosas, debido a que la fe unitaria –a pesar de la aceptación del pluralismo religioso– se sigue considerando posible y deseable por las principales cabezas del siglo, como Arminius, Jean Bodin, Christian Thomasius, John Milton, etcétera.

RAZÓN DE ESTADO (1)

Lo cierto es que cualquiera de las decisiones adoptadas a lo largo de los siglos XVI a XVIII –muchas veces entremezcladas²⁶– suponen la definición

²¹ María J. ROCA, “Sobre el concepto de tolerancia en las fuentes jurídicas seculares de los territorios centroeuropeos durante la época de la Reforma”, pp. 56-57.

²² Samuel PUFENDORF, *De habitu religionis ad vitam civilem*, §49, pp. 104-107.

²³ Véase Abraham BARRERO ORTEGA, “Origen y actuación de la libertad religiosa”, p. 99.

²⁴ Esta tendencia irenista está ya en los humanistas, de Marsilio Ficino a Erasmo, pasando por Nicolás de Cusa, Giovanni Pico y Tomás Moro. Cf. H. A. ENNO VAN GELDER, *The two reformations in the 16th century. A study of the religious aspects and consequences of renaissance and humanism*.

²⁵ ERASMO, *Letter to Carondelet*, p. 100.

²⁶ Por caso, John Locke siempre conservó un sólido residuo erastiano que lo hacía proclive a una tolerancia fundada en razones políticas y, a la vez, que confinaba la religión

de lo público y lo privado, donde lo público cada vez más se identifica con el interés del Estado –la *ragioni di Stato*–, y lo privado, con la religión (varias o todas según el momento y el lugar), cuando no lisa y llanamente con la creencia o la opinión. El interés público no es negociable; el privado está sujeto a transacción. Además, más allá de los autores en verdad creyentes –esto es, de fe verdadera–, la religión con frecuencia es vista con ojos utilitaristas, atendiendo por razón de Estado a los beneficios que produce –entre ellos, la obediencia y con ella la tranquilidad–, razonamiento generalizado que había sido avanzado ya por Nicolás Maquiavelo en los *Discorsi*²⁷, y que afianza la autonomía de lo político –una esfera independiente y cada vez más racionalizada en el sentido de tecnificada o mecanizada– frente a lo religioso y lo moral²⁸.

El nuevo estatus de las iglesias

Cuando el Estado se erige en árbitro de las disputas religiosas y se impone la tesis protestante de la invisibilidad de la Iglesia, el concepto de ‘iglesia’ –salvo la Católica– tiende a espiritualizarse y perder presencia corporal o física, como si fuese una mera realidad interior que rechaza la superficie social, en efecto, por superficial. Lutero despotricó contra la Iglesia constantiniana como una forma de judaización que había deformado la iglesia primitiva²⁹. Si bien es cierto, que en suelo europeo el proceso es más complejo, en el territorio de los americanos Estados Unidos fue de una evidencia incontrastable con las experiencias de Rhode Island y Pennsylvania. En todo caso, tarde o temprano, se impondrá la sentencia de Thomas Paine: *my own mind is my own church*³⁰.

Es la idea desarrollada por John Locke prosiguiendo la teología de la Protesta: la libertad eclesiástica consiste en que a ningún hombre se le imponga “un legislador que él mismo no haya elegido”³¹; idea que recoge a aquellas propagadas por las sectas anabaptistas, defendida en Inglaterra por diversos grupos y que acabó consagrándose en América del Norte. Es

al recinto de lo privado, apoyaba una especie de concordia de todos los credos en un artículo fundamental: que Cristo es el Mesías, tal como expone en *La razonabilidad del cristianismo*, bajo el supuesto que la diversidad religiosa no era del todo beneficiosa.

²⁷ Niccolò MACHIAVELLI, *Discorsi sopra la prima deca di Tito Livio*, vol. I, pp. 11-12.

²⁸ Isaiah BERLIN, “La originalidad de Maquiavelo”, pp. 85-143.

²⁹ La auténtica Iglesia es para Martín Lutero la *congregatio fidelium*, que los fieles mantienen por medio de una relación personal, no mediada, privada, espiritual, con Dios y las Escrituras. De tal intimidad le viene, por así decir, su divinidad; no de la autoridad del Vicario ni de su sacra institución. La Iglesia se ha naturalizado, desacralizado.

³⁰ Thomas PAINE, *The age of reason. Part 1*, p. 268.

³¹ John LOCKE, *A letter concerning toleration*, p. 15.

la idea de la voluntariedad del vínculo religioso (la Iglesia como *covenant*, pacto o alianza) que reafirma su carácter privado y autónomo, tanto como su significación exclusivamente anímica, sentimental o espiritual, establecida por el consenso de los asociados y por ello libre o independiente. Para los puritanos como William Perkins, el catolicismo es una religión de observancia externa, mientras que el protestantismo es la religión interna de la persona, de su interior.

En letra gruesa: la nueva eclesiología, al destacar la voluntariedad del lazo religioso asociativo, niega toda pretensión de que las iglesias tuviesen un origen divino y una potestad de idéntica índole. Las iglesias han sido desacralizadas, no son más que humana compañía dotadas de un poder consensual. Vista desde la sociedad o el Estado, la Iglesia no era más que una corporación o asociación, como la compañía de las Indias Occidentales o de mercaderes turcos de Londres –dirá Roger Williams–³².

La consecuencia inmediata fue el surgimiento de numerosas iglesias con sus respectivos credos, proceso que los historiadores alemanes llamaron “construcción confesional”, esto es, la invención de identidades confesionales. Fue determinante en esta dirección la concepción calvinista que adoptaron los “congregacionistas”. En la mentalidad de Juan Calvino, la Iglesia es sobre todo una comunidad de preferencia local, dotada de una declaración de fe que le da identidad. Entonces, en cada ciudad o aldea, si es permitido o no se ha prohibido, iglesias de las diferentes denominaciones protestantes agruparon a una tropa de fieles bajo unos artículos que simbolizaban sus creencias. Así, por caso, en la Alsacia francesa, la comunidad de Sainte-Marie-aux-Mines adopta su propia confesión, afirmando en el preámbulo que es útil y necesario que “cada Iglesia proclame clara y también brevemente la confesión de su fe”³³.

Este proceso de iglesias o congregaciones separadas fue un recurso alegado por los sectores más radicales de la Protesta para independizarse de todo poder, especialmente el civil, además de la disciplina de una iglesia nacional; y la confesión pública de la fe particular fue también un método de defensa de la comunidad religiosa contra los cismáticos y herejes en su interior, que podían ser expulsados –si bien nada les impedía formar una nueva iglesia en otro sitio conforme a su doctrina–.

La Iglesia se ha desacralizado, vuelto una organización particular con un estatus similar al de cualquier asociación privada; el principio que rige su organización es la voluntad de los asociados, en quienes ahora recae

³² Roger WILLIAMS, *The bloody tenent of persecution for cause of conscience*, p. 98.

³³ Michelle MAGDELAINE, “La confession de foi de la communauté française de Sainte-Marie-aux-Mines”, p. 388.

la autoridad; tal el protestante sistema eclesial voluntario³⁴, en el que la autoridad de las iglesias locales ha sido poco a poco traspasada a “una elite de profesionales y puesta en las manos de la gente”³⁵.

Razón de Estado (2)

Esta consideración de la religión y las iglesias nada dice de la primacía de lo espiritual sobre lo secular sino, más bien, lo contrario: la razón de Estado conlleva la independencia de este de toda religión y toda institución eclesial como reafirmación de su soberanía³⁶. Tal como afirma Rainer Forst, el incremento de la pluralidad religiosa que siguió a la Reforma protestante y los conflictos que esta desencadenó hicieron colapsar la tradicional constelación de Iglesia y Estado, ganando central trascendencia la cuestión política de cómo preservar la unidad del Estado y la paz.

“El Estado –o, más precisamente, el soberano– entendido cada vez más como una autoridad neutral situada por encima de las denominaciones religiosas, fue propuesto como una respuesta a esa cuestión”³⁷.

El Estado no tendrá mayores estorbos para transformar las religiones, esto es, para hacerlas aceptar un menor grado de dogmatismo –y, por tanto, de fervor y fanatismo– a cambio de garantizarles la tolerancia pública³⁸. A lo largo de las discusiones sobre la tolerancia en estos siglos se advierte que la soberanía del Estado –garante de la paz y el orden público– está a resguardo de las opiniones religiosas, morales y políticas: casi todos los escritores, desde Thomas Hobbes a Immanuel Kant, desde Baruch Spinoza a Voltaire o de John Locke a Jean J. Rousseau, ponen un límite a la tolerancia de las opiniones, creencias y doctrinas en la seguridad, las leyes y la paz, en la razón de Estado.

³⁴ Philip SCHAFF, *Church and State in the United States or the American idea of religious liberty and its practical effects*, p. 79: “El sistema voluntario desarrolla la actividad y liberalidad individuales en el apoyo de la religión; mientras que el sistema de iglesia-estado tiene la tendencia opuesta”.

³⁵ Roger FINKE, “Religious deregulation: origins and consequences”, p. 616.

³⁶ Según John GREVILLE Agard POCOCK, *Barbarism and religion*, p. 7, la Ilustración consistió en una serie de programas que desafiaban la autoridad y el poder de las iglesias o congregaciones que podrían perturbar la paz de la sociedad civil. Ahora bien, tales programas habían sido propuestos en el siglo anterior y el XVIII los radicaliza en las ideas y en la praxis: la religión natural y los derechos del hombre como modos de liberarse del poder de Dios sobre los asuntos humanos.

³⁷ Rainer FORST, *Tolerance in conflict: past and present*, p. 138.

³⁸ ALVEAR, *op. cit.*, p. 76: “No hay propiamente una ‘sociedad religiosa’ paritaria a la ‘sociedad civil y temporal’ con derechos y prerrogativas que nacen de una misión objetiva, sino una esfera religiosa fundada en las creencias particulares de cada cual”.

3. Tolerancia religiosa y razón de Estado

“Por decreto de Dios será necesario perdonar a la cizaña,
y por la condición de siervo, vivir entre la cizaña.
No la puedes separar; luego te es necesario tolerarla”.
San Agustín, *Enarratio in psalmo 98*.

ACERCA DE LA TOLERANCIA RELIGIOSA EN LA MODERNIDAD

La tolerancia religiosa posee diversos aspectos y ángulos de comprensión que buena parte de los estudios sobre ella suelen olvidar o confundir. Es frecuente que se pase por alto que la tolerancia moderna es algo nuevo, que aparece como una respuesta político-estatal a las creencias y conductas individuales o colectivas en forma de permiso o concesión, que ya no tenga relación con la concepción medieval de la tolerancia como virtud moral subsidiaria de la caridad y la fortaleza, práctica personal virtuosa y prudente solución civil. La tolerancia cristiana clásica, que lo es del error o del mal, es inaceptable en la modernidad desde que la verdad o el error religiosos de una opinión cualquiera no dependen de una autoridad —especialmente de la Iglesia— distinta de los individuos, esto es, del Estado. Aunque el avance de la tolerancia no siempre significa un abandono de la verdad religiosa o moral, esta será ya degradada a una verdad personal o una convicción o creencia u opinión individual.

Debido a ello, no pocos estudios caen en uno o ambos de los siguientes equívocos: o bien olvidan el vértice político de la tolerancia religiosa moderna, el Estado o el príncipe que permite sin aprobar o, bien, —e incluso al mismo tiempo— inscriben la tolerancia religiosa en el recorrido histórico de una creciente aceptación moral de todas las diferencias como acontece en nuestras sociedades liberales. La mirada retrospectiva y anacrónica a la tolerancia religiosa desde la libertad de religión es típica de un relato liberal e ilustrado que inmola aquella en el altar de esta.

Quizá por esto mismo, tampoco suele distinguirse la tolerancia eclesiástica de la civil, pues, conforme a la idea moderna de libertad de conciencia y de pensamiento, no se considera punible el error —en un medio relativista la verdad es sustituida por las verdades subjetivas—, de modo que la herejía, por poner un ejemplo, ya no se considera desde el ángulo estrictamente religioso³⁹, sino solo en su dimensión civil, como una opinión sobre un asunto privado y que la sociedad no tiene por qué

³⁹ Para la historia de la tolerancia el punto no es anecdótico, porque ella está ligada a la permisión o no de las doctrinas heterodoxas. Cf. John Christian LAURSEN (ed.), *Histories of heresy in early modern Europe. For, against, and beyond persecution and toleration*.

no aceptar. De hecho, en estricto rigor, no hay herejía desde que cada uno puede creer lo que quiera⁴⁰. Sin embargo, para la Iglesia católica la distinción es fundamental, pues si la tolerancia civil o política es una concesión prudente hecha al error, la tolerancia religiosa no es sino una discreta absolución. Lo que en común tienen es que en ningún caso la tolerancia comporta la aprobación, pero mientras la primera tiende a ser general, la segunda es accesoria y circunstancial⁴¹. Yerra el historiador cuando pretende que la tolerancia eclesiástica sea tan laxa o flexible como la civil o la moral de nuestros días.

En suma: al tratar de la tolerancia, los autores modernos suelen hacerlo, con olvido de la tolerancia moral cristiana, rechazando la intolerancia eclesiástica y concentrándose en la tolerancia política, que tiende a la libertad de religión como a su fin; esto es, un giro de tuerca que hace que la religión se vuelva, en la práctica, competencia del Estado. Sustraída la religión del ámbito público en el que ya no se reconoce su autoridad, ni siquiera en materia de fe, el único juez de las opiniones es el Estado mismo, como en Baruch Spinoza o Jean J. Rousseau⁴². Por eso, abundan hoy las teorías moralizantes de la tolerancia, de una tolerancia laica, puramente civil, asentada en las libertades o los derechos de los individuos⁴³.

El discurso ilustrado liberal, acerca de la tolerancia como primigenia floración de la libertad religiosa y de los derechos de individuo, que ha predominado en la historiografía, repite la concepción progresista de la historia en desmedro tanto de la política estatal, tan decisiva en el siglo de la Reforma y los posteriores, como del hecho cotidiano de la tolerancia social, esto es, de su dimensión concreta, menuda⁴⁴. Porque en su reali-

⁴⁰ Según Francesco RUFFINI, *La libertà religiosa*, pp. 12-13, carece de relevancia jurídica para el Estado.

⁴¹ Véase Agustín MICHELL, "Tolérance", col. 1208-1223. Jacques B. Bossuet conserva la distinción al articular la concepción secular con la sagrada, en los *Avertissement aux protestants*, tome XI, p. 672: la tolerancia civil es: "la impunidad acordada por la magistratura a todas las sectas", no así la eclesiástica, pues sería absurdo extender la indulgencia a los herejes y a los cismáticos que por tales se apartan de la benevolencia de la Iglesia. Para Jacques Bossuet, si la tolerancia religiosa se tomase latamente como la civil o política, implicaría la indiferencia.

⁴² Falsar la ley que establece el credo del Estado, dice Jean Jacques ROUSSEAU, *Du contrat social*, tome V, 8, p. 253 et ss., es un crimen gravísimo que se castiga con la muerte.

⁴³ Si se plantea la tolerancia en las relaciones individuales, como cuando un individuo tolera de otro lo que le desagrada, se está hablando en términos de virtudes, derechos o libertades de las personas; esto es, se sustituye el criterio político-estatal por el moral-individual, como hace Bican SAHIN, *Toleration. The liberal virtue*, chapter 1. Sobre la despolitización de la tolerancia en el discurso hodierno, véase David HEYD, "Is toleration a political virtue?", pp. 171-194.

⁴⁴ La historia social de la tolerancia descubre la coexistencia relativamente pacífica de las diversas religiones; es un hecho que los historiadores han podido establecer. En

zación histórica, lejos de ser un ideal universal, la tolerancia remite a la razón de Estado, tal como se practicó en cada caso, y al fino entramado de las conductas particulares; es una respuesta singular a problemas nacidos de las circunstancias: la ruptura de la unidad religiosa que en cada lugar ocurrió de modo diferente. La tolerancia es una política restringida, con límites que le vienen de las mismas circunstancias que la inducen⁴⁵.

Advertidos de las dificultades que derivan de la –no del todo– correcta interpretación de lo que es la tolerancia religiosa a partir del siglo XVI, se intentará exponer su concepto y dar ejemplos de cómo se la practicó; y también, el cambio que se opera con la Ilustración en la justificación de la tolerancia, que se juzga como paso de la tolerancia *stricto sensu* a la libertad religiosa, de la razón de Estado como principio político a la razón de los derechos como principio individualista⁴⁶. Para destacar la distancia entre los dos momentos es ya clásica una cita del conde de Mirabeau tomada de un discurso de agosto de 1789:

“No vengo a predicaros la tolerancia: la libertad más ilimitada de la religión –decía el tribuno– es a mis ojos un derecho tan sagrado que la palabra tolerancia con la que se la quiere expresar me parece en cierto modo tiránica, pues la autoridad que tolerara podría no tolerar”⁴⁷.

El caso paradigmático que muestra la confusión de los historiadores es el Edicto de Nantes, sancionado en 1598 por Enrique IV, y revocado en 1685. El edicto suele juzgarse como una disposición parca y egoísta; pero su revocación merece juicios negativos peores, como si hubiera violado de modo grosero derechos sagrados e inmutables. Así, una medida de tolerancia religiosa, típica de su tiempo, es valorada a la luz del prisma contemporáneo de las libertades individuales, y no se alcanza a ver que el edicto fue una disposición pragmática que puso fin a las guerras de religión en suelo francés, debido al reconocimiento de la fuerza militar de los hugonotes en ese momento; cambiada la situación, la revocación del

general, véase el mencionado libro de Benjamin KAPLAN, *Divided...*, *op. cit.*; para Inglaterra, Alexandra WALSHAM, *Charitable hatred. Tolerance and intolerance in England, 1500-1700*; para los países francófonos, Bertrand FORCLAZ (dir.), *L'expérience de la différence religieuse dans l'Europe moderne (XVIIe-XVIIIe siècles)*.

⁴⁵ Michael WALZER en su *Tratado sobre la tolerancia* insiste que es un concepto que se refiere a casos y contextos concretos. Sobre la “dimensión partisana” de la tolerancia que obliga a tener presente la referencia contextual, Evan HAEFELI, “The problem with the history of toleration”, pp. 105-114.

⁴⁶ Joseph LECLER, *Histoire de la tolérance au siècle de la Réforme*, vol. 1, p. 419, observó bien que la libertad religiosa de los ilustrados es también dependiente de la razón de Estado.

⁴⁷ *Apud* Baldine SAINT-GIRONS, “La tolérance est-elle une vertu?”, p. 157.

edicto no hace otra cosa que atestiguar el empeoramiento de la condición de la minoría calvinista que explicaba la medida⁴⁸.

¿Tolerancia o multiconfesionalismo?

El contexto histórico de la tolerancia remite a las secuelas de la Protesta. La Reforma fue decisiva, mucho más que el humanismo, en la quiebra de la unidad del culto cristiano y en la aparición de una pluralidad de confesiones en la mayoría de los países europeos, lo que entrañaba no solo el problema de coexistencia religiosa sino, también, el de la estabilidad política, según se dijo. La pluralidad de confesiones supuso una situación diferente, una “relación de tensión entre conciencia y autoridad, entre fe y orden político-social”⁴⁹. Comienzan así a adoptarse políticas de tolerancia resultantes de la fractura del viejo orden religioso-político que, en países “confesionales”, resultaron una praxis por lo general administrativa, es decir, una tolerancia práctica de carácter civil. De esta práctica se puede tomar lo central de la tolerancia religiosa: es una decisión gubernamental que rige primero para las confesiones, no para los individuos; para los príncipes, no para los súbditos; para las iglesias, no para las personas, aunque estas quedan indirectamente protegidas por la garantía concedida a aquellas.

Ciertos intentos de mostrar la composición plural de cultos en la mayoría de las regiones, ciudades y nacientes Estados llevan a creer que el estricto concepto de tolerancia –que se toma con frecuencia como libertad religiosa– debe abandonarse por el de multiconfesionalismo, término que parecería más adecuado⁵⁰. Empero, la tolerancia religiosa misma –como se intenta explicar– implica el reconocimiento *de iure* o *de facto* de una diversidad de cultos, al menos de más de uno, en la región en la que se tolera. Más aún, las experiencias de multiconfesionalismo no extirpan un elemento clave de la tolerancia moderna: la pretensión –unas veces lograda, otras fracasada– de conservar la unidad de religión. En verdad, el hecho de la diversidad de confesiones religiosas en un mismo territorio no repugna el concepto de tolerancia religiosa, al contrario, lo ratifica; la tolerancia es una de las decisiones posibles donde existen dos o más religiones estable-

⁴⁸ Marisa LINTON, “Citizenship and religious toleration in France”, pp. 157-174; TURCHETTI, “Religious concord...”, *op. cit.*, pp. 23-24 y “Concorde ou tolérance? de 1562 à 1598”, *op. cit.*, pp. 341-355.

⁴⁹ ROCA, *op. cit.*, p. 62.

⁵⁰ Véase, en general, la compilación de trabajos en SAFLEY, *op. cit.* La teoría del “multiconfesionalismo” es una réplica a los historiadores alemanes que inventaron el concepto de “confesionalización” (Wolfgang Reinhard y Heinz Schilling) para explicar los procesos de formación de los Estados tras la Reforma.

cidas. Pero el solo hecho de esa pluralidad de religiones no importa de por sí la tolerancia, que requiere de una decisión en tal sentido del Estado⁵¹.

Los dos sentidos de la tolerancia

En la lengua inglesa hay dos palabras que, semejantes, análogas, refieren dos ángulos o acepciones de la tolerancia, *'tolerance'* y *'toleration'*.

“Una es una buena cualidad, una virtud positiva; la otra es un permiso a regañadientes. Aquélla es ser tolerante; la otra es tolerar. Esta ambivalencia está incrustada en el concepto y su historia, haciéndolo duraderamente problemático. En la época moderna temprana el término utilizado era *'tolerancia'* [*toleration*]; en el período moderno es *'ser tolerante'* [*tolerance*]. Esto implica que ha habido un desplazamiento de la indulgencia a la generosidad. Pero el sentido de indulgencia persiste en la tolerancia moderna”⁵².

La distinción no es solo terminológica ni se reduce al mundo anglosajón; tampoco es exclusivamente científica o académica, pues se conserva en el uso vulgar. Está anclada, como apunta la autora, en la historia misma del concepto y remite a dos momentos bien diferenciados en la justificación de la tolerancia. El primero que adviene, desde una perspectiva histórica, es la tolerancia como permiso, indulgencia, concesión o privilegio, fundado en la razón de Estado; el segundo es la tolerancia como política debida en razón del derecho o libertad de los individuos. Aquel es el predominante a partir del siglo XVI y durante buena parte del siguiente; este será el sobresaliente desde la Ilustración a nuestros días. Pero en ambos momentos, el cartabón es el mismo: juzgar de lo religioso y teológico con criterios políticos, prudenciales –si se quiere– en un caso, ideológicos en el otro.

El primer concepto, el de la tolerancia como permiso o concesión, es el propio, el más ajustado a la historia política y de las ideas⁵³; el otro, el de la tolerancia basada en los derechos, corresponde a un segundo momento en el que ya es conveniente hablar de libertad de religión. Aquel tiene más proximidad con el sentido clásico de la tolerancia como soportar

⁵¹ El caso francés lo ejemplifica: la división entre católicos y calvinistas que produjo enfrentamientos sanguinarios no llevó a la tolerancia hasta que el gobierno así lo decidió, mientras tanto coexistieron las dos religiones en pugna. Como escribe Keith P. LURIA, “France: an overview”, p. 214: “De tal modo, la tolerancia no tuvo éxito. Pero la coexistencia, definida como un arreglo por el cual dos grupos rivales y a menudo beligerantes encuentran maneras de vivir juntos, pudo y logró prosperar, a menudo en un grado sorprendente”.

⁵² Eliane GLASER, *Religious tolerance in the Atlantic world: early modern and contemporary perspectives*, p. 4. Varios autores llaman la atención sobre esta analogía.

⁵³ Incluso, sería la política correcta en las actuales sociedades, como lo cree John HORTON, “Why the traditional conception of toleration still matters”, pp. 289-305.

un mal, pues en verdad la diversidad religiosa era así considerada en un comienzo; este otro, el iluminista, quita a la tolerancia su carga negativa y la vierte en un discurso positivo, como algo bueno en sí⁵⁴, desde que el tolerar es algo debido a los individuos, sea que el débito se entienda como aceptación, aprobación o reciprocidad.

En otros términos: confundir tolerancia con libertad de religión es equivococar el camino. István Bejczy ha dado, a juicio de este artículo, la razón definitiva.

“En la tradición medieval, la tolerancia es un precepto de no injerencia por parte de quienes tienen el poder. Una vez que se reconoce la libertad religiosa, la religión deviene políticamente neutral y en consecuencia no ofrece ya ningún terreno para la interferencia o no interferencia. La libertad religiosa y la *tolerantia* religiosa, por lo tanto, son lógicamente incompatibles. La pluralidad de verdades, por el contrario, es compatible con la *tolerantia*, pero ambos conceptos no se implican mutuamente. La tolerancia no se refiere a la verdad sino a lo no verdadero. Si la verdad en cuestión es uniforme o plural es irrelevante. La historia, en efecto, nos enseña que la tolerancia medieval coexistió con una verdad uniforme, mientras que el esfuerzo de una pluralidad de verdades religiosas en épocas modernas tempranas fue acompañado por una decreciente disposición a tolerar la desviación social”⁵⁵.

El concepto de tolerancia implica la existencia de la verdad, del bien, y que estas tienen relevancia social; el concepto de libertad religiosa, por el contrario, supone la privatización de la verdad y del bien y lleva aparajada, por consiguiente, la subjetivación de la religión⁵⁶.

Tolerancia y teología reformada

La tolerancia *stricto sensu* es una decisión política o administrativa, por lo que la justificación está dada fundamentalmente en el interés del Estado (*ragione di Stato*). Ahora bien, ¿es esta su única explicación? ¿No tiene

⁵⁴ En contra, Cary J. NEDERMAN, “Toleration in a new key: historical and global perspectives”, p. 358, afirma que la tolerancia no es ninguna virtud en sí misma, sino que vale en tanto que contribuye a otros bienes o fines humanos. Lo mismo podría decirse de la tolerancia como razón de Estado, que tiene propósitos allende la tolerancia misma.

⁵⁵ István BEJ CZY, “Tolerantia: a medieval concept”, p. 383.

⁵⁶ Patrick DANDREY “Éloge de la frivolité. Tolérance et idéal mondain au XVIII^e siècle”, p. 118, explica que fue, sobre todo, la relativización de la verdad, su movediza geografía, lo que anunció el abandono del principio político y el paso a una concepción filosófica de la tolerancia: “la verdad desciende de las certezas dogmáticas a la variable geografía de los ajustes proporcionados”.

acaso también fundamentos teológicos la tolerancia?, esto es, ¿no encuentra la tolerancia en las religiones la causa misma de su justificación? No puede negarse que los primeros debates sobre la tolerancia fueron religiosos, centrados en la exégesis de la *Biblia* y sazonado de abundantes razonamientos teológicos⁵⁷. Esto es indiscutible, pero hay algo más.

Algunos autores han sugerido que la tolerancia religiosa fue el resultado de una disputa dogmática en torno a la doctrina calvinista-puritana de la predestinación, la que una vez rechazada y asumido su opuesto, la salvación universal, dio paso a una actitud tolerante⁵⁸. La doctrina calvinista –además de afirmar la irrelevancia de la libertad para la salvación– no permite la libertad de conciencia, de la que nace la tolerancia de las religiones⁵⁹. Es lo mismo que afirmar que de los sectores teológica y doctrinariamente más radicales (el espiritualismo germano de Sebastian Frank o Jacob Boehme; los seguidores del estafalario Lodowicke Muggleton y la extensa gama de *dissenters* anglosajones, de teosofistas, socinianos, metodistas, etc.) mana el río espiritual de la tolerancia.

En todo caso, esta soteriología anticalvinista, la teología del “cielo abierto”, conlleva, por una parte, el relajamiento de los artículos de fe –así son puestas en duda la existencia del purgatorio y del infierno, la necesidad del bautismo y de las obras, etc.– y, por la otra, la afirmación de libertad de la voluntad, por donde puede arribarse a la tolerancia, dado que, si todo hombre se salva o puede ser perdonado por Dios, las disputas en torno a esos temas pierden importancia. De este modo, ¿qué tan gravitante es a esta empresa lo que ellos crean? Ya no se requiere de ortodoxia alguna para salvarse y la heterodoxia se impone. La división religiosa carece de sentido y la salvación universal clama por el irenista espíritu de una fraternal reconciliación⁶⁰. El mismo argumento podrá ser usado por otros en su avanzada contra los credos uniformes, los dogmas y las ortodoxias, en atención a una religión humanitaria y universal en la que convivan pacíficamente las encontradas creencias⁶¹.

⁵⁷ Insiste en la centralidad del argumento teológico en la pos Reforma, John COFFEY, “Scripture and toleration between Reformation and Enlightenment”, pp. 14-40.

⁵⁸ Lionel LABORIE, “Radical tolerance in early Enlightenment Europe”, pp. 359-375. Es la tesis de RUFFINI, *op. cit.*, pp. 78-81, 94-98, 103-105, *passim*. El libro de Francesco Ruffini se endereza a demostrar que la tolerancia y la libertad de religión nacen de las ideas de los socinianos, los anabaptistas, los arminianos, los unitarios, es decir, de los antitrinitarios y disidentes.

⁵⁹ Cf. Martin VAN GELDEREN, “Arminian trouble: Calvinist debates on freedom”, pp. 21-37.

⁶⁰ El trabajo de Lionel LABORIE ya citado es un excelente ejemplo de ello. Cf. Mario BIAGIONI e Lucia FELICI, *La Riforma radicale nell'Europa del Cinquecento*, p. 100 y ss.

⁶¹ Algo similar a lo que hoy ocurre con la negación de la verdad católica de fe *extra Ecclesiam nulla salus*, reflejada en la teoría de los “cristianos anónimos” de Karl Rahner. Sobre este punto, Karl RAHNER *Curso fundamental sobre la fe. Introducción al concepto de cristianismo*, p. 214 y ss.

Puede aducirse lo mismo respecto de la corriente escéptica de la tolerancia –de Erasmo a Thomas Jefferson, pasando por Fausto Socino y Pierre Bayle–, esto es: la desconfianza sincera o fingida en la capacidad de la razón para comprender las exigencias de la fe, que siempre versa sobre una materia indemostrable, funda la tolerancia de modo negativo, en el rechazo de la infalibilidad y del dogmatismo; y, positivamente, en nuevos criterios como la duda, la probabilidad, el consenso, etc. En suma, un suspicaz minimalismo religioso accesible a la endeblez humana, una religión natural por racional, nada más.

Sin embargo, tanto las razones teológicas como los argumentos epistemológicos que las acompañan, además de implicar evidencias de una predisposición moral hacia la tolerancia, pueden con facilidad trasponer al terreno político y estimular o fomentar la tolerancia como *ragione di Stato*⁶².

En todo caso, las graves discusiones al interior del protestantismo van urdiendo un reclamo de tolerancia religiosa argumentada a la luz de la libertad de conciencia, que funda la libre interpretación de las Escrituras y acaba en el renacimiento de todas las herejías que la Iglesia católica combatió y condenó desde los primeros concilios. Solo que ahora, en lugar de ser heréticas, son pretendidas creencias no dogmáticas en el seno de unas iglesias espirituales –sin autoridad ni disciplina– que se erigen como tales, en virtud del libre examen protestante y que tienen el derecho de definir sus propias creencias⁶³. Esta tolerancia protestante solo es posible, si se prescinde de la mediación de la Iglesia y si se esquivan los fundamentos teológicos en un plano religioso relativista, incluso puramente místico.

Tolerancia en razón de Estado

La tolerancia conserva, todavía, en buena medida, la idea de una religión oficial, de un Estado confesional⁶⁴; la pretensión de una cierta unidad

⁶² Lo mismo ocurre con la aducida libertad de conciencia de los humanistas protestantes del siglo XVI (Sebastian Castellio, Jacobo Aconcio, etc.) Bien lo dice ROCA, *op. cit.*, p. 81: “La tolerancia motivada en principio en razones teológicas (*concordia caritatis*), fue teniendo paulatinamente en su causa un interés político (la razón de Estado), y como fin un bien temporal (la paz), no religioso”.

⁶³ BIAGIONI e FELICI, *op. cit.*, p. 90 y ss., amplían la consideración teológica a partir de la ejecución de Miguel Servet (1553) y el debate sobre la tolerancia dentro del primer calvinismo, destacando la figura de Sebastian Castellio, que reinterpreta libremente las Escrituras y se opone a toda forma de coacción de la conciencia, en especial la religiosa. Esa libre interpretación se manifiesta de modo más radical en los antitrinitarios y los unitarios (p. 116 y ss.), especialmente en Fausto Socino y sus seguidores, los socinianos. Véase, en general, el clásico libro de George Huntston WILLIAMS, *La Reforma radical*.

⁶⁴ Es el concepto de Charles H. PARKER, “Paying for the privilege: the management of public order and religious pluralism in two early modern societies”, que entiende por

entre el gobierno y una Iglesia o, al menos, de la necesidad pública de la religión⁶⁵; una aspiración a la unidad confesional aún en un cuadro religioso variado, como se evidencia con la Paz de Westfalia (1648)⁶⁶. En palabras de Christian Starck:

“La tolerancia debía regir la relación del Estado respecto de los creyentes de otras confesiones. Un Estado vinculado a la verdad propuesta por una religión adquiriría la obligación de ser tolerante hacia los miembros de otras confesiones. La tolerancia estatal presupone, pues, un sistema confesional, es decir, un posicionamiento jurídico del Estado respecto a la religión. ¡Sin una aspiración a la verdad, no cabe la tolerancia!”⁶⁷.

De aquí otra diferencia con la tolerancia de la Ilustración, ya que la histórica supone la asimetría de posiciones entre quien tolera y quienes son tolerados. La tolerancia ilustrada, la basada en la idea de los derechos, imagina una igualdad de los individuos anterior a su estatus político (o independiente de este), por tanto, una situación de simetría que se impone al poder, exigiendo su respeto por el Estado⁶⁸.

“La idea de tolerancia se sitúa, por tanto, en las antípodas del indiferentismo, del relativismo y del agnosticismo. No se puede, en efecto, hablar de una verdadera tolerancia cuando se afirma que ninguna opinión o práctica es censurable, o cuando se señala que todas las opiniones o prácticas son igualmente válidas en cuanto que contribuyen a la verdad total, o cuando se sostiene que ninguna opinión o práctica es correcta o incorrecta porque ni la verdad en sí ni el bien en sí son accesibles a nuestro conocimiento”⁶⁹.

La dificultad de la tolerancia según la razón del Estado proviene de que esa verdad a la que se aspira será, poco a poco, una verdad no religiosa sino política, esto es, una verdad conveniente al Estado, pues la tolerancia

tolerancia “una similar estrategia general de las autoridades gobernantes para minimizar el conflicto en las sociedades pluralistas”, p. 270.

⁶⁵ El ministro calvinista de Amberes, Franciscus Junius, en *A brief discourse sent to King Philip*, de 1566, afirmaba que, sin pública adoración, sin ceremonias y las instrucciones morales de la Iglesia, el pueblo caería en el ateísmo y el libertinismo, por lo que impetraba: “debe guardarse la gente bajo la disciplina exterior de alguna religión, cualquiera que sea, ya buena, ya mala”. Cf. Benjamin J. KAPLAN, “In equality and enjoying the same favor’: biconfessionalism in the Low Countries”, p. 103.

⁶⁶ ROCA, *op. cit.*, pp. 68-74 y Henry KAMEN, *Nacimiento y desarrollo de la tolerancia en la Europa moderna*, p. 237.

⁶⁷ Christian STARCK, “Raíces históricas de la libertad religiosa moderna”, p. 20. Véase RUFFINI, *op. cit.*, pp. 10-11 y ROCA, *op. cit.*, p. 58.

⁶⁸ FORST, *op. cit.*, p. 94.

⁶⁹ José Ramón TORRES RUIZ, “El concepto de tolerancia”, p. 118.

contiene una menor o mayor dosis de disciplina de las religiones que quieren gozar de la prerrogativa estatal. De ahí que el josefinismo⁷⁰ sea considerado uno de los modelos políticos más acabados de tolerancia: las patentes que José II Augsburgo, emperador de Austria-Hungría, expidió en 1781 a favor de los cristianos no católicos (luteranos, calvinistas, ortodoxos griegos) y en 1782 de los judíos, no conllevaron la renuncia al catolicismo oficial, pero sí el compromiso con la moral estatal⁷¹.

Podría ponerse como ejemplo al grupo de los *politiques* en la Francia del siglo XVI: tolerancia en lo religioso a cambio de lealtad en el plano político⁷². Todo indica que el disidente, que reclama tolerancia, en gran parte de los casos es también una minoría política y religiosa que la pide de quienes tienen el dominio del Estado, la mayoría o la autoridad; porque cuando el poder estatal es débil son los disidentes quienes pueden imponer una solución favorable a la tolerancia, aunque no fuera más que de manera temporal, como aconteció, por caso, con la monarquía polaca, la Confederación de Varsovia de 1573, que protegió a católicos, luteranos, calvinistas y socinianos⁷³.

La tolerancia religiosa moderna –lo mismo que la intolerancia– es una decisión tomada en razón de Estado⁷⁴; se explica y justifica positivamente en términos de beneficios políticos (la paz) o de réditos económicos (la prosperidad, el comercio); y de forma negativa, en consideración de ciertos males políticos (la rebelión, el desorden)⁷⁵ o económicos (el atraso) que la persecución y la intolerancia acarrearán⁷⁶. A veces, la tolerancia venía

⁷⁰ Cf. Roland CRAHAY (ed.), *La tolérance civile. Actes du colloque de Mons*, que trae los textos y un estudio amplio sobre las repercusiones de las patentes de tolerancia. Cf. Michele CASSESE, *Espulsione, assimilazione, tolleranza. Chiesa, stati del Nord Italia e minoranze religiose ed etniche in età moderna*, cap. 5.

⁷¹ CASSESE, *op. cit.*, p. 133, dice que la garantía de culto se daba en razón de la adhesión a la ética política imperial, de modo que “verdadero funcionario del Estado no era más el buen católico si no el súbdito fiel y capaz. Calidad cívica y no más religiosa”. Cf. Grete KLINGENSTEIN, “Modes of religious tolerance and intolerance in eighteenth-century Habsburg politics”, pp. 1-16.

⁷² KAMEN, *op. cit.*, pp. 122-123.

⁷³ Cf. Michael G. MÜLLER, “Protestant confessionalisation in the towns of Royal Prussia and the practice of religious toleration in Poland-Lithuania”, pp. 262-281 y ROCA, *op. cit.*, pp. 63-66.

⁷⁴ Se insiste en este punto en Ole Peter GRELL y Roy PORTER, *Toleration in Enlightenment Europe*, pp. 1-22. Los trabajos de este libro demuestran la afirmación: las razones políticas van por delante de las religiosas.

⁷⁵ Si la paz de la república es el fin al que tiende la intolerancia –según creía Justus Lipsius–, esa misma paz es la que aduce Hugo Grotius en defensa de la tolerancia.

⁷⁶ Las Provincias Unidas son el modelo de una tolerancia en el que las razones económicas tienen preponderancia, como está evidenciado tempranamente en la *Mémoire*

impulsada por gobiernos piadosos, sensibles si se quiere a la religión; en algunas circunstancias respondía a la presión de otros Estados; hubo también situaciones en las que el reconocimiento era exigencia de una situación bélica o prebélica; etc. Siempre que respondiera al interés del Estado, podía este adoptar normas de paridad, de excepción, de subordinación y hasta de exclusión de las confesiones⁷⁷.

Con la tolerancia estatal se abandona, de modo gradual, la idea de la concordia religiosa y al mismo ritmo se afirma la tesis de la uniformidad política como necesidad (la *necessità* maquiavélica). La tolerancia pone la necesidad del Estado (*ragione di Stato*) por sobre cualquiera otra razón y lo hace, considerando la condición de ciudadano del Estado por delante de la definición religiosa, como aducía el grupo de los políticos en Francia⁷⁸ y repetirá el cardenal-duque de Richelieu⁷⁹. Si virtud, la tolerancia es ya virtud cívica, la virtud que corresponde al nacional.

La experiencia germana entre los siglos XVI y XVII parece ser la que mejor ejemplifica qué es la tolerancia religiosa. En los territorios alemanes, la solución que se adoptó en 1555 tras la paz de Augsburgo fue la biconfesionalidad⁸⁰, que importó la quiebra de la unidad religiosa del imperio. Había ahora dos religiones reconocidas, de ahí la adopción del principio de paridad, la imposibilidad de decidir en mayoría, las cuestiones disputadas en materia de fe y, por consiguiente, la atribución al señor territorial de la potestad para decidir la pertenencia religiosa (*cuis regio, eius religio*). En relación con esta, escribe con acierto Rainer Forst:

sur l'état critique des Pays-Bas que en 1566 Guillermo de Orange dirigió a la provincia de Utrecht. Cf. GUGGISBERG, *op. cit.*, p. 42.

⁷⁷ La tolerancia “atiende a la *pax politica* mas no implica nunca una *approbatio moral*”, insiste Joris VAN EIJNATTEN, *Liberty and concord in the United Provinces. Religious toleration and the public in the eighteenth-century Netherlands*, p. 5. En idéntico sentido, Martin FITZPATRICK, “Toleration and the Enlightenment movement”, pp. 30-32.

⁷⁸ Recuerda LURIA, *op. cit.*, p. 218, la distinción de Michel de l'Hopital entre ciudadano (*civis*) y cristiano (*christianus*), dado que católicos y hugonotes eran franceses y más allá de sus diferencias religiosas pertenecían al mismo cuerpo político; y el Rey, con sus leyes y su justicia, a todos protegía por igual, de modo que, incluso, el excomulgado no dejaba de ser ciudadano.

⁷⁹ En carta dirigida a M. de Schomberg el 29 de diciembre de 1616, afirmaba el cardenal-duque de Richelieu: “¿Papistas, hugonotes? [...] franceses, antes que nada. Las diversas creencias no nos causan diversos Estados: divididos en la fe, permanecemos unidos bajo un príncipe, a cuyo servicio ningún católico es tan ciego como para estimar a un español más que a un hugonote francés en asuntos de Estado”. En LECLER, *op. cit.*, vol. II, p. 159.

⁸⁰ En el Imperio alemán los artículos de paz se orientaban a garantizar la libertad religiosa solamente a los gobernantes, cuya decisión arrastraba a los gobernados. Randolph C. HEAD, “Introduction: the transformations of the long sixteenth century”, p. 101, sintetiza adecuadamente el significado de la Paz.

“En realidad la idea de una unidad política eclesiástica, la *respublica christiana*, fue abandonada con el fin de acabar con los conflictos armados. Entre los principados, por tanto, predominó la tolerancia en el sentido de una idea estratégica y pragmática motivada por la coexistencia, mientras que hacia el interior de las unidades políticas solamente fue posible una tolerancia de acuerdo a la concepción del permiso (una tolerancia de la diferencia, siempre y cuando permaneciera silenciosa: *haereticus quietus*); aquí dominó oficialmente el principio de una fe en un país”⁸¹.

En aquel tiempo, se dieron diversas situaciones concretas de tolerancia pragmática:

- 1° la tolerancia de la creencia en privado;
- 2° una libertad pasiva de creencia, a veces encubierta, como cuando los funcionarios cerraban los ojos a los cultos disidentes;
- 3° la paridad religiosa que, en algunos casos, se aceptó como un compromiso forzado (licencia de coexistencia);
- 4° la tolerancia admitida por el príncipe gobernante;
- 5° la tolerancia como una estrategia interina (hasta tanto cambiaran las circunstancias);
- 6° la tolerancia de hecho en razón del latitudinarismo de los pastores;
- 7° tolerancia por la imposibilidad de forzar una conformidad (concordia) más vasta;
- 8° la tolerancia por ventajas económicas y
- 9° la tolerancia cotidiana de la gente común (un latitudinarismo práctico)⁸².

En fin, mientras más se avanza en la casuística histórica, con más nitidez se percibe que la tolerancia religiosa significó desde el comienzo una cuestión teológico-política respecto de la competencia religiosa de los Estados (*ius circa sacra*), en tanto y en cuanto se continuaba considerando que la unidad religiosa, más o menos estable, era fundamento y sostén de la unidad política, y que la paz –que era el resultado de aquella unidad– era minada por la pluralidad de religiones⁸³. Al concluir la guerra de los treinta años, en 1648, la perspectiva de que un reino adoptase la confesión de su Príncipe, no solo se convirtió en el estándar para el imperio sino

⁸¹ FORST, *op. cit.*, p. 132.

⁸² Bob SCRIBNER, “Preconditions of tolerance and intolerance in sixteenth-century Germany”, pp. 35-39.

⁸³ BERMAN, *op. cit.*, v. 2, pp. 61-62, acota que este principio ocasionó la consagración de un nuevo orden internacional sustentado en la supremacía del derecho de los Estados nacientes.

que, además, fue una guía espiritual para toda Europa. Aunque las luchas religiosas de la reforma quebraron la unidad de la cristiandad latina, ellas representaron “una victoria para la uniformidad religiosa dentro de un territorio político determinado”⁸⁴.

En los pensadores religiosos, la tolerancia se imponía en vista del bien espiritual; en los políticos, como razón de Estado, ya que la paz se juzga en una exclusiva dimensión temporal⁸⁵. Y los teólogos, encabezados por Johann Gerhard de Jena, sucumbieron ante el nuevo príncipe de la paz: la *pax política*, que no es, sin embargo, *approbatio* del disidente, llevaría a su entender finalmente a un deseable sincretismo eclesiástico⁸⁶.

Tolerancia e Ilustración

A nuevos tiempos, nuevas ideas; odres nuevos para los vinos jóvenes. Nuevas en el tono –ese racionalismo incrédulo y ofensivo– y nuevas en la justificación de una también nueva política religiosa. Thomas Paine reaccionará frente a la vieja tolerancia:

“La tolerancia no es lo contrario de intolerancia sino su falsificación. Ambas cosas son un despotismo. La una se arroga el derecho de prohibir la Libertad de Conciencia y la otra el de concederla. La una es el Papa armado de fuego y leña, y la otra es el Papa que vende u otorga indulgencias. La primera es la Iglesia y el Estado, la segunda es la Iglesia y el comercio”⁸⁷.

Al introducirse la idea de un derecho subjetivo del individuo a la religión o a la conciencia, la tolerancia para los credos e iglesias o se encamina a la libertad religiosa o se funda ya en la capacidad individual (se defina o no como derecho) de creer, inseparable de la no coerción pública y la no persecución⁸⁸. Tal el concepto de Henry Kamen, por ejemplo, cuando sostiene: “en su sentido más amplio, se puede entender la tolerancia como la concesión de libertad a quienes disienten en materia de religión”⁸⁹. El

⁸⁴ PARKER, *op. cit.*, p. 271.

⁸⁵ ROCA, *op. cit.*, p. 81.

⁸⁶ Sobre Johann Gerhard y su influyente *Loci theologici* (1610-1622), véase Detlef DÖRING, “Samuel von Pufendorf and toleration”, p. 180.

⁸⁷ PAINE, “The rights of man. Part I”, p. 102.

⁸⁸ Ya VERMEERSCH, *op. cit.*, pp. 32-33, 114, distinguía en razón de sus fundamentos una tolerancia práctica o política de una tolerancia dogmática que lleva a la libertad religiosa. Cf. Fernando BAHR, “A fundamentação da tolerância nos séculos XVII e XVIII: Locke, Bayle e Romilly”, pp. 37-65; Eduardo BELLO, “Tolerancia, verdad y libertad de conciencia en el siglo XVIII”, pp. 107-126 y “El concepto de tolerancia, de Tomás Moro a Voltaire”, pp. 37-59.

⁸⁹ KAMEN, *op. cit.*, p. 9.

cambio es notable: en los casos expuestos anteriormente, la tolerancia religiosa era juzgada conforme patrones políticos, públicos (la razón de Estado), sometiendo la creencia tolerada al recinto privado⁹⁰; en el que ahora se contempla, la tolerancia dice de un juicio sobre la religión que depende de la razón o la conciencia individuales, única potencia capaz de definir lo que es bueno para cada uno y que, por provenir de tal fuente, debe aceptarla el Estado⁹¹.

Tiene razón István Bejczy al afirmar que la confusión moderna entre concordia y tolerancia es un lastre de la Ilustración que ya no distingue entre *tolerare* y *approbare*, de donde tolerar significa “indiferencia”⁹². En la concepción de la tolerancia como derecho, la religión se convierte en asunto solo humano, individual o colectivo, no directa y principalmente divino; la verdad se ha subjetivado y, por lo mismo, o no hay ninguna religión verdadera o todas lo son (y desde luego ninguna lo es). Si con el cristianismo el vínculo entre Dios y el hombre había sido establecido por Dios mismo mediante la Revelación y su Encarnación, ahora esa ligazón –que es la religión misma– es puesta por el hombre según el juicio de su razón ora individual ora política. En la esfera pública, la cuestión se resuelve en la indiferencia de las religiones, pues no es dable considerar que alguna sea en su totalidad, verdadera. En suma, escepticismo⁹³, pragmatismo, relativismo y subjetivismo.

Con el ascenso de la nueva ideología, Thomas Paine pudo sostener que las constituciones francesas habían abandonado tanto la tolerancia como la intolerancia y abrazado el principio del derecho universal de la conciencia, es decir, la libertad de conciencia y de religión⁹⁴. Con lo cual tenía razón. No la razón histórica, entiéndase bien, sino la razón en cuanto a la variación del concepto y de la institución: este autor es ejemplo de la mentalidad ilustrada que desprecia la tolerancia como algo injusto e inmoral, insoportable de cara a la innata libertad de conciencia.

⁹⁰ Es la fórmula del emperador Maximiliano II que se incorporó al Tratado de Westfalia (1648). Walter GROSSMANN, “*Toleration-exercitium religionis privatum*”, pp. 129-134.

⁹¹ Dice bien DÖRING, *op. cit.*, p. 190, que cuando se deja de creer en la existencia de una única religión verdadera se han sentado las bases para la moderna tolerancia. “Si nadie puede alcanzar una decisión acerca de la verdad de una religión, todas las religiones están en la misma posición al ser evaluadas; en virtud de ello, cada religión gana el derecho natural a existir”.

⁹² BEJCZY, *op. cit.*, p. 383.

⁹³ Cf. Richard POPKIN, “Skepticism about religion and millenarian dogmatism: two sources of toleration in the seventeenth century”, pp. 232-250; Richard TUCK, “Skepticism and toleration in the 17th century”, pp. 21-35 y Gary REMER, “Humanism, liberalism, & the skeptical case for religious toleration”, pp. 21-43.

⁹⁴ PAINE, “The rights...”, *op. cit.*, p. 99 y ss.

Tolerancia o ¿libertad religiosa?

Para Rainer Forst, la tolerancia de los comienzos de la Modernidad tiene, como Jano, dos caras: la estatal, basada en el concepto de permiso y la intersubjetiva, que proviene del concepto de respeto; aquella es la expresión del poder racionalizado, mientras la última introduce una concepción intersubjetiva a través de la racionalización de la moral. La tolerancia como respeto se basa en un sistema de derechos iguales, al punto que, siendo así, “la tolerancia no es reemplazada por otra cosa, sino que una concepción de la tolerancia es sustituida por la otra”⁹⁵.

¿Es un problema de palabras o de nombres, nada más? Pareciera serlo desde que el término es el mismo. No obstante, si en verdad se atiende a los fundamentos y sus consecuencias, no lo es. La primera concepción de la tolerancia como permiso conserva la tesis –si bien debilitada– de la unidad religiosa porque, como se ha dicho, preserva la verdad, aunque sea la verdad querida en *ragione di Stato*. La segunda, repudia la concesión del Estado en virtud de la libertad individual de religión, pues el argumento que Rainer Forst llama moral, se sostiene en la conciencia personal y en la libertad de autodeterminación del individuo, entendiendo esa moral al modo racionalista kantiano-habermasiano, como intersubjetividad.

Por ello, no invalida la tesis que aquí se sostiene, en tanto lo que empieza como tolerancia moderna culmina en la libertad religiosa, indefectiblemente. Dejemos la palabra a Hans Guggisberg:

“‘Tolerancia’ ha de entenderse como una actitud o disposición humana. Una persona practica la tolerancia si él o ella toleran a otra persona que tiene diferentes opiniones y quizás también persigue una forma diferente de vida. Un gobierno practica la tolerancia si permite las minorías religiosas, que no se ajustan a la religión establecida, vivir dentro de su territorio. La libertad religiosa, por otra parte, no es una actitud o disposición, sino un derecho basado en tales condiciones, un derecho que gozan los ciudadanos de un Estado a consecuencia de la tolerancia practicada por el gobierno. También podemos decir que la tolerancia crea libertad religiosa y que la libertad religiosa permite, a su vez, el aumento del pluralismo religioso dentro de la sociedad de un Estado”⁹⁶.

⁹⁵ FORST, *op. cit.*, pp. 136-137 y 346.

⁹⁶ GUGGISBERG, *op. cit.*, p. 36. En el mismo sentido, el ya citado trabajo de István Bejczy; Lynn HUNT, *The Enlightenment and the origins of religious toleration* y José Ignacio SOLAR CAYÓN, “Fundamentos filosóficos y jurídicos de la tolerancia religiosa en Europa (siglos XVI-XVIII): el camino hacia la libertad”, pp. 19-44.

El propio Rainer Forst ha advertido “el carácter simultáneo y conflictivo de las dos perspectivas”, en tanto cuanto la concepción de la tolerancia como un permiso del Soberano está basada en la teoría del Estado, mientras que la “concepción interreligiosa, intersubjetiva”, se endereza hacia “formas de coexistencia diferentes, recíprocamente justificables”⁹⁷.

Además, por otra parte, si la libertad de religión se reviste de derechos del hombre es porque se considera algo bueno para el individuo y entonces aquella vieja tolerancia no deja de ser lo que fue: una solución de compromiso, temporal, incapaz de solucionar el problema de la diversidad de creencias religiosas, aunque haya de verse como un paso adelante hacia otro intento de resolución⁹⁸. Aunque la tolerancia tiene el alcance ceñido que aquí se sostiene, ella misma incuba ya al menos tres cuestiones centrales: la de la libertad de conciencia, es decir, no se puede coaccionar la creencia que el individuo sostiene en su intimidad y que el Estado tolera; la de la libertad de pensamiento en materia de religión, esto es, la verdadera fe, que es asunto personal, debe buscarse en forma libre y no debe imponerse ni forzarse por un poder extraño; y la de la libertad religiosa de las iglesias como libertad política, que abarca no solo la exención de persecución del credo no ortodoxo –la igualdad de las religiones– sino, también, la relación entre el culto privado y el culto público. Por eso, es posible que todas estas modalidades se engloben dentro del concepto de tolerancia, aunque estrictamente no lo sean.

La razón ilustrada de Estado

Es evidente, por otra parte, que a partir de la Ilustración se tiende a entender la tolerancia en términos por lo general morales más que políticos, aunque de esa perspectiva se deriven consecuencias políticas; el “arte de la separación”⁹⁹, que es la llave del proyecto ilustrado, pone a la religión y la política, a la Iglesia y al Estado, en veredas distintas, y desde ese momento la religión en sus formas plurales deja de ser un problema “de” Estado para resultar ahora un problema “para” el Estado. Lo que no quiere decir que la razón de Estado deje de ser la regla que regule las confesiones religiosas; lo sigue siendo solo que ahora –en un movimiento pendular, como lo ha

⁹⁷ FORST, *op. cit.*, p. 140.

⁹⁸ Wendy BROWN, *Regulating aversion. Tolerance in the age of identity and empire*, pp. 35-36, observa atinadamente que “la tolerancia no equivale a la igualdad y no promueve una igualdad sustantiva entre las religiones o sus fieles, aunque converge bastante y sin dificultad con la autonomía moral formulada por principios liberales como subestructura de la igualdad política”.

⁹⁹ Cf. Michael WALZER, “Liberalism and the art of separation”, pp. 315-330.

descrito Reinhardt Koselleck¹⁰⁰, entre otros– se pasa del edicto al derecho individual: reconocer la libertad de religión a los individuos y las iglesias es un modo de conservar y fortalecer la soberanía estatal.

4. La conciencia libre y la religión

“And I will place within them as a guide
My umpire Conscience”.

John Milton, *Paradise Lost*, 1667, vol. III, pp. 194-195.

Todos los proyectos acerca de la tolerancia y la libertad religiosa nacen de una idea de “la libertad”. Por eso, en los planteamientos sobre la tolerancia religiosa apareció, de manera repetida, el argumento protestante de la libertad de conciencia como parte fundamental de la libertad cristiana. Habrá que detenerse en ella para indagar las relaciones que incuba, puesto que se ha visto que de las libertades ideológicas modernas, la principal es la libertad de conciencia, porque como con buen tino, insiste Julio Alvear, es la conciencia subjetiva, individual, el argumento moderno para reivindicar el derecho “a pensar y a creer lo que se quiera”, derecho que arraiga en la ideología de la libertad moral, de una moral autónoma e independiente¹⁰¹.

LA PROBLEMÁTICA CONCIENCIA MODERNA

De las dificultades que enfrenta quien trata de estudiar el tema, no es la menor el comprobar que los especialistas –salvo raras excepciones– sue-
lan resolver la libertad de conciencia en la religiosa y dejen sin justificar aquella, porque es la libertad religiosa la que le da sentido. Se trata de un error filosófico volcado al seno de lo histórico-político.

Los sociólogos¹⁰² y los juristas¹⁰³, que tratan de distinguir entre ambas libertades, no pueden explicar la libertad de conciencia sino de un modo

¹⁰⁰ Reinhardt KOSELLECK, *Crítica y crisis del mundo burgués*, cap. 2.

¹⁰¹ ALVEAR, *op. cit.*, p. 27.

¹⁰² Para José Casanova “la libertad religiosa, en el sentido de libertad de conciencia, es cronológicamente ‘la primera libertad’, tanto como la precondition de todas las libertades modernas”. La libertad de conciencia está ligada al derecho a la privacidad, es decir, a la “institucionalización de una esfera privada libre” del gobierno y del control eclesiástico, sirviendo de fundamento al liberalismo y al individualismo modernos. De donde se concluye que “la privatización de la religión es esencial a la modernidad”. *Apud* GILL, *op. cit.*, p. 33.

¹⁰³ Marceau LONG, “Liberté religieuse et liberté de conscience”, pp. 79-83 entiende que la libertad religiosa es tanto privada como pública, y ese aspecto íntimo es el de la libertad de conciencia.

vago, refiriéndola al ámbito de la privacidad. Se les escapa que este noble recinto de lo privado incorpora –jurídica y filosóficamente– muchas otras tutelas que van más allá de la conciencia (el pensamiento, la vigilia, las ideas, el domicilio, la correspondencia, la sexualidad, etc.) Según otros, el orden de la moralidad proviene de la sinceridad de las convicciones de la conciencia individual¹⁰⁴, lo que tampoco salva la dificultad, porque esa convicción sincera debería estar anclada en algo distinto, superior y trascendente a la propia subjetividad o las convenciones sociales, esto es, referirse a un orden moral no subjetivo ni convencional¹⁰⁵. La sincera convicción, que difícilmente se identifica con lo que los escolásticos llamaban “conciencia recta”¹⁰⁶, tiene un dejo protestante individualista que no resuelve nada en el plano metafísico e induce a error en el plano práctico-moral¹⁰⁷, debido a que la conciencia sincera moderna no hace referencia a un bien en el orden moral ni a la verdad en el orden metafísico, sino a una creencia, es decir, una opinión o una idea personal, subjetiva, en la que acaba resolviéndose la religión misma. Así, Thomas Hobbes, entre otros, toma la voz conciencia como intercambiable con la opinión o la creencia privada, con el “seguir la propia razón”¹⁰⁸, a resultas de lo cual el hombre es el origen de las ideas y valores en religión y moral.

También hubo quienes asimilaron la libertad de la conciencia a la tolerancia religiosa. Mas, si así fuera, ¿no se estarían estrechando el concepto de conciencia a “creencia religiosa”? Es cierto que en un primer momento pareciera entenderse que la libertad religiosa es la parte más importante de una conciencia libre. En su opúsculo contra los presbiterianos, *Liberty of conscience*, de 1643, el independiente escocés Henry Robinson sostuvo:

¹⁰⁴ La conciencia es “una sincera convicción a cerca de lo que es moralmente exigido o prohibido”, según afirma Steven D. SMITH, “The tenuous case of conscience”, p. 4.

¹⁰⁵ Que es precisamente lo que las libertades modernas rechazan: el principio y el fundamento trascendentes, divinos, de la moralidad y de la verdad, como un orden dado que no está sometido a su jurisdicción, de acuerdo con ALVEAR, *op. cit.*, p. 43.

¹⁰⁶ Lo que no es posible, pues “la libertad de conciencia moderna orilla noción de conciencia moral clásica sin nunca alcanzarla”, como se aprecia bien: *op. cit.*, p. 29.

¹⁰⁷ El humanista protestante Sebastián Castellio, frente a la ejecución de Miguel Servet, defendió la libertad de profesar una idea religiosa (en este caso, la negación de la Santísima Trinidad) por la sinceridad de la creencia: “la única prueba de la verdad de una creencia –adujo– es su sinceridad”: KAMEN, *op. cit.*, p. 65.

¹⁰⁸ Thomas HOBBS, *Leviathan*, II, XXIX, p. 311. El autor deplora que los individuos puedan decidir sobre lo lícito no de acuerdo con la ley sino a su conciencia, “por sus propios juicios particulares”: *op. cit.*, XXX, p. 330.

“No hay término medio: o bien la libertad de conciencia nos permite mantener nuestras propias opiniones en materia de religión, o por el contrario estaremos obligados contra la conciencia, cuando los poderes civiles –que con seguridad no son más infalibles que los eclesiásticos– decidan aprobar una ley o instituir cualquier cosa”¹⁰⁹.

Es el mismo argumento de John Locke en la *Carta sobre la tolerancia*: ningún poder puede imponer la fe a los individuos, estos conocen mejor que los magistrados el camino de la salvación, puesto que las creencias son privadas y no sujetas a gobierno alguno, político o eclesiástico; por sobre la propia conciencia no hay autoridad. El razonamiento hizo carrera, lo tomó Jean-Eme Romilly en la *Encyclopédie*¹¹⁰ y lo repitió James Madison en su famoso *Memorial and remonstrance*.

¿Será que la diferencia entre libertad de conciencia y libertad de religión es solo de grado, como la distancia que media entre la tolerancia y la libertad de cultos? John Locke en la misma *Carta* sugiere que la conciencia hace referencia a “the inward persuasion of the mind”. Está hablando de la verdadera y salvadora religión, la aceptable y agradable a Dios, de modo que se sigue moviendo todavía en el plano de las creencias religiosas, aunque afirmando ahora con mayor énfasis, que se trata de la religión verdadera, la que Dios quiere, que consistiría en el producto de esa “persuasión íntima del espíritu”. Al ser libre la conciencia, esa religión no puede ser impuesta y el individuo ha de buscarla y establecerla según su conciencia. Toda una paradoja.

Conciencia y religión son difícilmente separables, salvo que aquella se desgaje de Dios y quede asemejada al parecer en materia moral, como el propio Locke hiciera en otro lugar¹¹¹. Y cuando así suceda, se tendrán distintas conciencias, como ocurre con Bernard Mandeville: una natural, otra moral y, por último, la religiosa, cada una operando en su propio ámbito: el propio interés, la determinación de lo justo y el temor de Dios¹¹².

¹⁰⁹ *Apud* KAMEN, *op. cit.*, pp. 166-167.

¹¹⁰ Jean-Edme ROMILLY, *Tolérance*: “Dios nunca ha ordenado que los pueblos sometan su conciencia al parecer de sus monarcas, y ningún hombre debe comprometerse de buena fe a creer y a pensar como su príncipe lo exige”, p. xx.

¹¹¹ John Locke entiende por la conciencia “la propia opinión acerca de la rectitud o la perversión [*pravity*] moral de nuestras propias acciones”. John LOCKE, *An essay concerning human understanding*, I, pp. 3, 8 y II, p. 39. Sin embargo, el juez y el guía finales en todo no es la conciencia sino la razón, *op. cit.*, vol. IV, pp. 14, 19, vol. III, pp. 156-157.

¹¹² Bernard MANDEVILLE, *An enquiry into the origin of honour, and the usefulness of Christianity in war*. Véase, Edward ANDREW, *Conscience and its critics. Protestant conscience, Enlightenment reason, and modern subjectivity*, cap. 6, p. 99 ss.

En esa conciencia libre se columbran las concepciones religiosas que, por tener tal origen, han de ser también libres¹¹³. La libertad religiosa se conformaría, entonces, a la libre profesión de una creencia que la conciencia del individuo entiende religiosa, aunque no lo sea, ya que en este ámbito el Derecho y la sociedad han de reconocer a cada individuo como autoridad única válida para decidir acerca de sus propias creencias¹¹⁴. La libertad de conciencia sería la potencia que engendra la libertad de pensamiento e implica una primaria libertad de expresión, libertad de pensamiento que incuba creencias de cualquier naturaleza entre las que cuentan las relativas a la religión¹¹⁵.

A pesar de la insatisfacción de estas respuestas, todas concuerdan en que el individuo, la conciencia individual, es la autoridad última en materia de creencias ¿Por qué, como afirmó John Milton, la libertad de conciencia debe ser el bien más apreciado por los hombres?¹¹⁶. La respuesta no puede ser la libertad de conciencia misma, porque caeríamos en una tautología; debe haber algo anterior a la libertad de conciencia que permita explicar esta valiosísima facultad individual. El personalismo hodierno encontrará la justificación en la persona humana y no más allá, en sus inmanentes dignidad y autonomía, especial rasgo del ser hombre que expresa nuestra ínsita libertad, dorado razonamiento que no escapa de la viciosa redundancia. Pero esta última defensa deberá esperar a Immanuel Kant; antes de él, en los siglos que aquí se tratan, hubo otras explicaciones.

LA CONCIENCIA LIBRE Y EL PROTESTANTISMO

Las respuestas anteriores están atrapadas en plena concepción protestante de la religión verdadera: el contacto introspectivo y personal del individuo con Dios, por el que se obtiene la reconciliación y la gracia; esto es, la fe y la justificación que provienen de la Escritura. Religión que puede vivirse de modo estrictamente privado y que no es incompatible con un culto oficial o público diferente del personal, tal como se vio en los ejemplos de tolerancia como permiso y que está bien ejemplificado

¹¹³ En los comienzos de la república americana se entendía así: que la protección de la conciencia era preferentemente en aras de la religión, como se sintetiza en Nathan S. CHAPMAN, "Disentangling conscience and religion", pp. 1464-1471.

¹¹⁴ El argumento no es abstracto. Ha sido recogido en la sentencia del Tribunal Supremo de Canadá en el caso *Amsalem* (2004), en Jocelyn MACLURE y Charles TAYLOR, *Laicidad y libertad de conciencia*, p. 108.

¹¹⁵ Juan Fernando SEGOVIA, "La libertad de expresión: de la Reforma al constitucionalismo", pp. 591-622.

¹¹⁶ John MILTON, *The readie and easie way to establish a free commonwealth*, p. 188.

en la experiencia de los Países Bajos¹¹⁷ o la política de Oliver Cromwell para con los católicos irlandeses¹¹⁸.

La libertad de conciencia, en estos casos, quiere decir libertad de la fe individual o libertad individual para la fe, que solo es juzgable en su rectitud por la *Biblia*, sujeta, a su vez, a la propia razón que libremente la interpreta, supuesta la asistencia de Dios. La conciencia liberada del protestantismo –más allá del biblismo que quiere ser un reaseguro de la divina iluminación– no tiene más regla que ella misma, es la “expresión del individualismo que se dirige contra toda autoridad no autónoma y que sólo reconoce el absolutismo de la propia razón”¹¹⁹.

Aunque en este caso se pueda decir que son las Escrituras la fuente de los deberes de la conciencia, el dogma de la libre interpretación de aquellas vuelve inconsistente el argumento¹²⁰; lo hace protestante solo porque es la *Biblia* y no el *Corán* o el *Talmud*; y por estar sujeta a las Escrituras, no es todavía el *cogito* cartesiano. En lo inmediato, para Martín Lutero, Felipe Melancton y Juan Calvino, esa libertad de conciencia significaba una libertad y no una sujeción: en primer término, la liberación de la Iglesia católica y de las ficciones de las obras meritorias; liberación también de la ley, pues la conciencia solo a Dios se debe y no puede ser forzada¹²¹. En los hechos, la conciencia ocupó el lugar del Papa, como

¹¹⁷ El artículo 13 de la Unión de Utrecht (1579) obliga a distinguir la “libre” libertad de conciencia de la “no libre” libertad de cultos. En efecto, la gente podía creer en lo que quisiera sin que fuera estorbada por los magistrados ni obligada a asistir a los servicios de culto calvinista, la iglesia oficial; al menos en teoría, porque en la práctica se entendió como una distinción entre la piedad pública y privada, quedando esta circunscrita a las casas de familia. “Así, la ‘libertad de conciencia’ significó en los hechos libertad de un culto privado, doméstico. Significaba, como los Estados Generales expusieron en una carta de 1644, que ‘por el bien de la conciencia todo habitante no será molestado en su hogar y familia’”: KAPLAN, *Divided by faith...*, *op. cit.*, p. 179.

¹¹⁸ Para Oliver Cromwell la libertad de conciencia era compatible con restricciones a la libertad religiosa. El Lord Protector escribió al gobernador en Irlanda: “Si por libertad de conciencia quieren decir [los católicos] libertad de ejercer la Misa, juzgo mejor un trato sencillo y hacerles saber que, en donde el Parlamento de Inglaterra tiene poder, no se permitirá”. *Apud*, MURPHY, *Conscience and community...*, *op. cit.*, p. 118.

¹¹⁹ ROCA, *op. cit.*, p. 81.

¹²⁰ Como afirma ALVEAR, *op. cit.*, p. 50: “El libre examen como derecho a examinar la fe sin mediación de magisterio autoritativo, a partir de categorías meramente subjetivas, incluso de la depreciación de la razón respecto de la verdad religiosa, contiene en su germen la esencia de la libertad de conciencia moderna”. Luego, *malgré* Martín Lutero, aquello que obliga a la conciencia no puede ser la conciencia misma a solas con las Escrituras.

¹²¹ Philip BENEDICT, “*Un roi, une loi, deux fois*: parameters for the history of Catholic-Reformed co-existence in France, 1555-1685”, p. 67. Para el desarrollo histórico desde los socinianos a Spinoza, véase Miquel BELTRÁN, “Tolerancia y tendencias racionalistas en la primera Europa moderna”, pp. 5-16.

Samuel Rutheford –el antagonista de John Milton– dijo a propósito de los cuáqueros¹²², y que bien puede extenderse a la mayoría de los protestantes toleracionistas. Porque desde ese momento la libertad de conciencia se convirtió en bandera de la resistencia incluso armada, en grito de guerra al decir de Mario Turchetti¹²³.

Tal vez sea este el motivo por el que la conciencia se identificó prácticamente con la religión, aunque no sea correcto. Si bien la religión puede ser el ápice de la conciencia –el recinto predilecto para la fe–, ella, la conciencia importa mucho más en sede histórico-política, y también algo previo en el plano metafísico-ético; encierra, como ya se ha dicho, la cuestión de la objetividad de un orden moral –que alimenta la conciencia– y el fundamento de ese orden y de las creencias y decisiones en torno a él. Que así es, se prueba con la discusión contemporánea en torno a la homosexualidad y el aborto, por ejemplo, que se presentan como casos de conciencia, no de religión¹²⁴.

¿Será, acaso, que el orden de la moralidad radica en la sinceridad de las convicciones nacidas de la conciencia individual? Pareciera que esa sinceridad es el signo distintivo de la conciencia libre. Tómese la ejemplar contestación de Federico de Prusia a una requisitoria en 1740:

“Todas las religiones son buenas –expresó–, en tanto que la gente que las profese sea honesta. [...] En mi reino cada cual puede creer lo que quiera, siempre que sea honesto”¹²⁵.

Luego, la moral consistirá en algo así como la honestidad y la conciencia honesta será la que no hace trampas ni engaña al otro. Pero aun en este supuesto, la moral continúa reglada por la subjetividad y la religión deviene en un “franco” u “honesto” sentimiento humano; ambas han sido sustraídas de Dios y apropiadas por el hombre: la rectitud y la creencia son solo seculares¹²⁶.

¹²² Citado en Wilbur K. JORDAN *The development of religious toleration in England*, vol. 3, p. 295.

¹²³ Mario TURCHETTI, “À la racine de toutes les libertés: la liberté de conscience”, p. 627. La prueba más acabada está en los puritanos, cf. Michael WALZER, *La revolución de los santos. Estudios sobre los orígenes de la política radical*

¹²⁴ Igualmente, la actual confusión en torno a la objeción de conciencia, uno de cuyos casos es el de la religión, pero que no la agota ni la explica en su plenitud. Cf. Danilo CASTELLANO, “Obiezione di coscienza e pensiero cattolico” y ALVEAR, *op. cit.*, pp. 30-31.

¹²⁵ Citado en Iring FETSCHER, *La tolerancia. Una pequeña virtud imprescindible para la democracia: panorama histórico y problemas actuales*, pp. 50-51. Igualmente LOCKE, *A letter concerning...*, *op. cit.*, p. 33.

¹²⁶ Cf. MACLURE y TAYLOR, *op. cit.*, pp.107-110.

Es más, la conciencia sincera en algunos ilustrados, como Pierre Bayle, tiene más gravitación que la recta conciencia, puesto que, aunque la conciencia siempre es guía de la conducta moral no está determinada u ordenada a la verdad. Verdad y no bien, porque el concepto ilustrado de conciencia –como es el caso de Bayle– la entiende en el plano especulativo y no práctico, sino por derivación. Y, si para los primeros protestantes la sinceridad de la conciencia nacía de su apego a la *Biblia*, el libre examen arrasará con toda garantía, quedando únicamente la Escritura sometida al cernidor de la propia razón.

EL LABERINTO PROTESTANTE

¿Adónde conducen estos argumentos? Mario Turchetti lo ha entendido con fineza:

“Igualdad de derechos entre conciencia ilustrada y conciencia errónea; paridad entre ortodoxia y herejía; equivalencia entre verdad y error invencible. La libertad de conciencia estaba en tren de abrir un nuevo camino; nuevo porque desde sus inicios en el siglo XVI, cuando los reformados establecieron los derechos de libertad de conciencia, no habían pretendido más que *su* libertad de conciencia, con exclusión de la libertad de los demás, los antitrinitarios, los socinianos, los mismos católicos a veces. La suya, ya que fue la única que reconocieron como conciencia esclarecida”¹²⁷.

En efecto, la libre interpretación de las Escrituras por todos y cualquiera tiende a igualar las conciencias y hacer de todos los hombres “un juez de la religión y un intérprete de las Escrituras por sí mismo”, como recriminó Thomas Hobbes¹²⁸. A fines del siglo XVI en la anglicana Inglaterra, el obispo Thomas Bilson afirmaba que desde que la *Biblia* era a todos accesibles, prelados o laicos, “toda conciencia cristiana es tan buena como cualquiera otra”¹²⁹. Y la santidad de la conciencia la hace inaccesible a toda autoridad, tal como afirmó el ministro bautista Isaac Backus, “la religión es un asunto entre Dios y el alma, con la que ninguna autoridad humana puede inmiscuirse”¹³⁰.

¹²⁷ TURCHETTI, “À la racine de toutes...”, *op. cit.*, pp. 633-634.

¹²⁸ THOMAS HOBBS, *Behemot*, I, p. 190.

¹²⁹ En ANDREW, *op. cit.*, p. 28. A mediados del siglo XVII la milenarista radical Mary Carey alegaba que la uniformidad era papista y anticristiana, ya que si el Espíritu Santo sopla donde quiere, Él inspira a hombres y mujeres, a viejos y jóvenes, “a superiores e inferiores, a los que tienen una educación universitaria y a los que no la tienen, incluso a los sirvientes y las mucamas”: *op. cit.*, p. 31.

¹³⁰ *Apud* Alvah HOVEY, *A memoir of the life and times of the Rev. Isaac Backus*, p. 210.

No se puede salir del laberinto protestante que todo lo resuelve en la gnóstica conciencia individual a solas con Dios o consigo mismo¹³¹, pues, ¿cómo se puede garantizar la honestidad o la sinceridad de la conciencia que en su libertad no tolera más garante que ella misma? Solo Dios podría testimoniar de ella y quizá la opinión pública¹³².

La moderna libertad de conciencia protestante prohija más tarde, la noción de conciencia como autonomía de la persona: la autonomía personal conlleva la libertad de conciencia como libertad de concebir el propio bien y de obrar con libertad; idea que, por kantiana, puede ser más actual, aunque choque con el sentido que tuvo, en su origen, la conciencia libre en el debut del Estado moderno. La conciencia con Immanuel Kant deja de ser el recinto sagrado en el que el hombre se encuentra con Dios y dispone su conducta, para convertirse en el vulgar argumento favorable a cualquier decisión secular, en la que se igualan todas las posibilidades. Tal el caso de Baruch Spinoza y otros escritores modernos.

Tres consideraciones: por un lado, es común que los ilustrados extiendan el concepto luterano de “príncipe” a todo hombre: nadie puede someter su conciencia a ningún hombre; por el otro, del hecho de que Dios haya liberado la conciencia individual de los gobernantes no significa que la haya creado también libre de Él mismo, error que los ilustrados creerán ser verdad. Luego, como colofón, el alegato a favor de la tolerancia basado en la caridad y en el respeto del otro es puramente humano, no teológico ni divino, porque no se es caritativo para con Dios –fuente y principio,

¹³¹ El concepto protestante de conciencia es necesario reiterarlo, no es independiente de las teorías luteranas y reformadas sobre la Iglesia, las Escrituras, la justificación y la libertad del cristiano. La exposición tantas veces reiterada de la doctrina luterana de la conciencia sometida a la palabra divina (por caso, entre muchos, FORST, *op. cit.*, pp. 117-118), es solo una parte de lo afirmado por Martín Lutero, debido a que como el vínculo del creyente con Dios es exclusivamente personal e íntimo –sin mediaciones de ninguna clase–, además de libre –pues las Escrituras son entendidas de manera libre–, no hay modo de reconocer la rectitud de la conciencia que, incluso, está eximida de sujeción a la ley divina –el antinomianismo luterano tantas veces omitido. Luego, la conciencia de Lutero, como experiencia mística, no es cristiana sino gnóstica, como afirma Danilo CASTELLANO, *Martin Lutero. El canto del gallo de la Modernidad*.

¹³² Thomas Jefferson, al redactar su proyecto de libertad religiosa, comienza con las siguientes palabras: “Conscientes de que las opiniones y la creencia de los hombres no dependen de su voluntad, sino que involuntariamente siguen las evidencias propuestas a sus mentes; que Dios Todopoderoso ha creado la mente libre y manifiesta su voluntad suprema de que permanezca libre haciéndola completamente invulnerable a toda restricción”... THOMAS JEFFERSON, “A bill for establishing religious freedom”, p. 438. El pasaje es asombroso: Dios, entendido al modo deísta, creó la conciencia libre y ésta ya no sigue a quien la ha creado, sino que accidentalmente se pliega a opiniones ajenas. ¡La opinión pública modela la conciencia de los ciudadanos libres!

según los cristianos, de todo amor de caridad— ni lo respeta. En la medida que la religión se aparta de la Revelación o que esta es concebida como la conciencia quiera concebirla, la conciencia se ha liberado también de Dios, se ha secularizado.

CONCIENCIA, LEY Y FE

En su alcance moderno y actual, entonces, la conciencia es libre y la libertad de conciencia sería tanto como

“la independencia del acto según la conciencia moral autónoma absolutamente, esto es, no sometida a la ley divina y a la autoridad de la Iglesia”;

decir que la conciencia es libre es postular la tesis del pensamiento liberado “de Dios y del orden divino de sus verdades”¹³³. La libertad de conciencia niega tales sujeciones y sostiene su autonomía en el sentido de libre determinación. Conciencia libre es la conciencia no forzada ni violentada por nada ni por nadie, de modo que, como se decía en la Declaración de Derechos de Virginia de 1776,

“la religión, o las obligaciones que tenemos con nuestro Creador, y la forma de practicarla sólo pueden ser guiadas por la razón y la convicción, y no por la fuerza o por la violencia”¹³⁴.

La conciencia libre moderna es hija del subjetivismo protestante; y si se mantiene que la libre conciencia es ley, tal ley se identificará con la cambiante voluntad del sujeto, no solo con su pensar o idear sino con su querer. Vale aquí lo argüido por Georg Hegel cuando reclama que la conciencia es “el absoluto derecho de la autoconciencia subjetiva”, en el sentido de que ella, en su saber y en su querer, establece el derecho y el deber¹³⁵. La conciencia se manifiesta como voluntad de uno mismo, como voluntad de bien —en términos hegelianos—, es decir, como autodeterminación ética o, de modo más laxo, las convicciones de las personas, sus creencias¹³⁶. Toda ley que no haya sido querida subjetivamente, que

¹³³ Sabia síntesis de Enrique GIL ROBLES, *Tratado de Derecho político según los principios de la Filosofía y el Derecho cristianos*, tomo I, p. 215.

¹³⁴ En Luis GRAU (ed.), *Orígenes del constitucionalismo americano. Corpus documental bilingüe*, vol. 3, p. 73.

¹³⁵ Georg W. F. HEGEL, *Filosofía del derecho*, §137, p. 144.

¹³⁶ El sociniano Samuel Przykowski en su libro *De pace et concordia ecclesiae*, 1628, defendió la tolerancia con el argumento de que cada hombre tiene el “derecho a poseer sus propias valoraciones personales”, citado en KAMEN, *op. cit.*, p. 108. Hoy lo reitera

no nazca del individuo como legislador, es derogada por la conciencia individual¹³⁷.

Es en este sentido que en la modernidad se dice que la conciencia es libre, pues es la fuente y también la regla inmediata de la moral; herencia medieval, cierto, pero malversada, ya que desde el nominalismo se acentuó el conflicto entre libertad y ley y, como afirma Servais Pinckaers, ambas son como “dos propietarios que se disputan el campo de los actos humanos”¹³⁸. Salvo que la ley interior –la de la conciencia– acabe imponiéndose, como reclama el luteranismo. John Reeve, uno de los seguidores del radical inglés Lodowicke Muggleton, declaró:

“Todo aquel que tiene en sí la divina luz de la fe, tal hombre no tiene necesidad de leyes humanas para ser gobernado, pues él es una ley para sí mismo y vive por encima de todas las leyes de los hombres mortales, y no obstante es obediente a todas las leyes”¹³⁹.

Sujeto, conciencia, libertad y ley acaban identificándose; la moral se esfuma, el bien y el mal se resuelven en categorías subjetivas mutables de hombre a hombre, cambiantes de lugar en lugar y de tiempo en tiempo. A partir de la conciencia, la filosofía moderna relega el ser, la naturaleza de las cosas y, no fundándose en esta, se funda a sí misma. Y lo dicho sobre la moral vale también para la religión. Esta es la base del personalismo, ateo o cristiano, idealista o materialista, católico, liberal o marxista.

LA CONCIENCIA REFORMADA Y LIBERADA

Se retomará ahora la cuestión histórica. La conciencia remite siempre al fuero interno de la persona que se proclama inviolable, mientras que la libertad religiosa anida en ese santuario interior, pero se expresa, además,

Martha NUSSBAUM, *Liberty of conscience. In defense of America's tradition of religious equality*, quien afirma que lo que debe reverenciarse es la búsqueda comprometida, “la sincera investigación por el sentido” (p. 52), porque la conciencia es, al modo estoico, una fuerza moral, un poder general de elección, la capacidad directiva de las vidas humanas (pp. 45, 52-53). Es la facultad humana que indaga los significados de las cuestiones intrínsecamente valiosas, que busca el sentido de las cuestiones últimas de la vida, con independencia de sus resultados. Por eso requiere ser respetada igualmente, se use bien o mal, porque es algo infinitamente precioso que cada hombre tiene en su interior (pp. 24, 168-169).

¹³⁷ La ley exterior a la conciencia –ley moral o positiva– es lo opuesto a la ley del sujeto, que es la de su conciencia. El latitudinario inglés Joseph Glanvill reconocía en el siglo XVII que “aceptar el pretexto de la conciencia supone acabar con todas las leyes”, *apud* KAMEN, *op. cit.*, p. 195.

¹³⁸ Servais Th. PINCKAERS, *Las fuentes de la moral cristiana*, p. 324.

¹³⁹ En ANDREW, *op. cit.*, p. 31.

en formas exteriores. En la teología reformada, la libertad de conciencia comprende la libertad de religión –esa libertad del cristiano alabada por Martín Lutero– y la tolerancia es una instancia o un resultado de ellas en lo que tienen de manifestación externa, aunque originariamente aquellas libertades de conciencia y de religión no se entiendan tal como el liberalismo lo hiciera ayer y lo hace hoy. En este sentido decía:

“nadie puede creer o no creer por mí (...). Creer o no creer, por tanto, depende de la conciencia de cada cual (...). El acto de fe es libre y nadie puede ser obligado a creer. Se trata, en realidad, de una obra divina que viene del Espíritu y que, por consiguiente, ningún poder la podría hacer o imponer”¹⁴⁰.

Es cierto que el acto de fe es personal, tan cierto como que nadie por la fuerza puede imponer esa virtud teologal o esa creencia. Pero lo que aquí destaca es la defensa del fuero íntimo de la persona, su conciencia, como el recinto sagrado de la fe, que en sí misma es libre de toda determinación. Juegan, en esta novedad conceptual, algunos factores de enorme importancia, tan importantes como la novedad misma. Primero, las ideas de la invisibilidad de la Iglesia y la del sacerdocio universal de todos los fieles. Segundo, la práctica nulidad de las iglesias para establecer una intermediación entre Dios y el hombre por medio de los sacramentos. Ambos llevan, en tercera instancia, a la interiorización de la religión y a la idea de que Dios habla a los hombres no a través de la Iglesia sino de la propia conciencia¹⁴¹. Así la *libertas ecclesiae* medieval deviene libertad de conciencia protestante: el lugar en el que Dios habla al hombre y construye su reino, esto es, la *libertas Christiana* de Martín Lutero. No siendo de este mundo el reino de Dios, la invisibilidad de la Iglesia significa que ella tampoco pertenece a este mundo. Escribía el protestante Elisha Williams en *The essential rights and liberties of protestants* (1744):

“Si Cristo es el Señor de la Conciencia, el solo Rey en su propio Reino, se sigue de ello que *todos esos* que de alguna manera o en algún grado *asumen* el poder de dirigir y gobernar las conciencias de los hombres, son con justicia imputados de *invadir* su legítimo dominio; solamente Él tiene el derecho que ellos demandan”¹⁴².

¹⁴⁰ Martín LUTERO, *Sobre la autoridad secular: hasta dónde se le debe obediencia*, pp. 46-47.

¹⁴¹ Temas recurrentes en el protestantismo que no pueden ser aquí explanados. Véanse la compilación de Miguel AYUSO (ed.), *Consecuencias jurídico-políticas del protestantismo. A los 500 años de Lutero*.

¹⁴² *Apud* Ellis SANDOZ (ed.), *Political sermons of the American founding era, 1730-1805*, vol. I, p. 117.

Pero la operación no es tan simple. El propio dogma de la exégesis bíblica protestante –el libre examen que es derecho y deber del cristiano– hace de la conciencia un método de aproximación a lo recto; ella nunca será un testigo o un juez irrefutables, no pasa de ser una facultad deliberativa, es una “opinadora dubitativa”. Martín Lutero quiso salvar el tropiezo aduciendo la necesidad de la justificación por la fe, que vuelve a la conciencia una potencia pasiva o de mera receptividad; así se sabe que la libre interpretación es inspirada por Dios y, por lo mismo, es correcta y el cristiano está justificado; pero la salva relativamente, pues, ¿quién, fuera del propio fiel, puede confiar en la rectitud de su conciencia?

La diferencia con sus herederos –júzguese importante o no– es que mientras aquel somete la pasiva conciencia a la fe que Dios mismo le infunde en el soliloquio del alma (que se hace libre en su esclavitud), los otros conciben la conciencia como una facultad legislativa, esclarecida y libre, una potencia que nos lleva a elegir en cuestiones relevantes para la persona, como es la misma fe¹⁴³. En ambos casos, no hay más autoridad que la de la conciencia, inmovible en uno, vacilante en los otros. El corolario, a pesar de todo, es idéntico: se reclama para sí una independencia (la libertad de conciencia) compatible con las otras conciencias religiosas e, incluso, con un credo público; se reivindica una libertad, confiada o perpleja, que ninguna autoridad humana puede mermar.

En sus comienzos la moderna libertad de conciencia es una noción, en su esencia, religiosa, pero pronto devendrá política y secular. En Pierre Bayle o en John Locke hay una cierta identidad entre libertad de conciencia y tolerancia¹⁴⁴; la conciencia testifica la sinceridad de la creencia (religiosa o de cualquier otra clase) y la tolerancia es la regla de una igualdad relativista para aquello que no puede decirse con certeza que sea verdad, es decir, para lo que la conciencia cree con plena libertad. Se ha pasado así de la verdad revelada protestante a la libertad de creencia y pensamiento también protestantes; esto es, se parte de una conciencia sujeta a las Escrituras y se llega a una razón que se autojustifica a sí misma, secularizada.

¹⁴³ Tal como afirma ANDREW, *op. cit.*, p. 32, si Martín Lutero luchó para que la conciencia no se entendiera en términos subjetivistas ni como opuesta a la ley –lo que es muy dudoso–, lo cierto es que, en tiempos de la guerra civil inglesa, “la conciencia igualitaria de Lutero se había convertido en revolucionaria, contraria a la ley y subjetivista, y el juicio individual, antes que Dios, en la medida de todas las cosas”.

¹⁴⁴ Perez ZAGORIN, *How the idea of religious toleration came to the West*, p. 287.

5. La libertad religiosa

"It neither picks my pocket nor breaks my leg".
Thomas Jefferson, "Notes on Virginia".

APROXIMACIÓN

Si azaroso ha sido dar con el moderno concepto de libertad de conciencia, la promesa de descifrar el apropiado a la libertad religiosa o de religión –como se entiende en la modernidad– no será fácil. Se comenzará por algunas opiniones corrientes.

Cierto erudito afirmó que la libertad religiosa consiste en

"la creación de aquellas condiciones jurídicas que permiten a todos la consecución de sus fines religiosos sin que el Estado o alguna otra persona –individual o colectiva– puedan interferir en ello, ni obstaculizarlo"¹⁴⁵.

La conceptualización parece errónea por varios motivos: para comenzar, no define la libertad religiosa como tal sino que se limita a señalar lo que debe hacer la ley y lo que no puede hacer el Estado; por lo mismo, el concepto es negativo, no precisa en qué consiste la libertad religiosa sino solo cómo hay que gozarla; y así, entre el derecho y el Estado quedan plantados esos "fines religiosos" sin que se sepa qué son ni cómo se los distingue de otros. La fórmula sería válida para cualquiera otra libertad o derecho; si se sustituyen los fines religiosos por económicos, culturales, familiares, deportivos se tendrán las libertades económica, cultural, familiar y deportiva.

Es usual argüir que la libertad religiosa, como derecho humano inalienable, consiste en creer o no en Dios y en un cuerpo de doctrinas creencias o dogmas¹⁴⁶, noción que está más próxima al contenido hodierno de tal derecho, pero que no libre de objeciones. La increencia, el no creer en Dios, o el ateísmo, puede constituir una libertad, pero no será creencia ni religiosa, porque la religión es el vínculo entre el hombre y Dios; luego, sin la fe o creencia en Dios no hay libertad religiosa¹⁴⁷. La

¹⁴⁵ Joaquín MANTECÓN SANCHO, *El derecho fundamental de libertad religiosa. Textos, comentarios y bibliografía*, p. 30.

¹⁴⁶ Juan Carlos PRIORA, "Libertad de conciencia, libertad religiosa, libertad de culto y tolerancia en el contexto de los derechos humanos (perspectiva histórica-bíblica)", p. 55.

¹⁴⁷ El argumento no es abstracto. La Suprema Corte estadounidense al sentenciar en 1965 el caso *United States v. Seeger*, 380 U.S. 163, dijo que la religión hace referencia a la devoción de un hombre al más alto ideal que pueda concebir, sin que se exija que la creencia sea en un "ser supremo" o deidad; basta "la creencia y la devoción a la bondad y la virtud por su propio beneficio".

religión se confunde con cualquier creencia secular, incluso irreligiosa, que acaba gozando del estatus jurídico de aquella. Por más que lo quieran los vástagos de la Reforma, la religión no se reduce a la piedad o la mística.

La forma secular usada para precisar lo que se entiende por libertad religiosa es la de la inmunidad de coacción: nadie puede ser obligado a creer y a profesar determinada religión; inmunidad que inhabilita la acción del poder o del Estado y toda otra forma de coerción tanto individual como social, posibilitando así que cada individuo profese y sostenga su opinión religiosa¹⁴⁸. Es la clásica enunciación del Estatuto de Virginia sobre la libertad de religión (1786), artículo II, en su penúltimo párrafo:

“no se obligará a ningún hombre a frecuentar o financiar ningún culto, lugar ni ministerio religioso alguno, ni se le impondrá, impedirá, molestará o cargará [con obligaciones] ni en su cuerpo ni en sus bienes, ni tendrá que aguantarlos por sus opiniones o creencias religiosas, sino que todos los hombres tendrán la libertad de profesar y, digamos, defender sus opiniones religiosas, y que esto en forma alguna le disminuirá, aumentará o afectará a sus capacidades civiles”¹⁴⁹.

La voluntariedad de la creencia sería la otra cara de la moneda: perteneciendo al ámbito recóndito del hombre que está amparado por la libertad de conciencia, lo que cada uno crea debe ser producto de ese ámbito, voluntario y no forzado. Mientras haya inmunidad de coacción, habrá libertad de creencia y de profesión privada y pública de la preferencia religiosa. En tanto, lo que se tiene en vista es el individuo no la religión, la libertad religiosa es “un derecho individual, que el hombre tiene ante el Estado y también ante la Iglesia”¹⁵⁰, pues la idea de un Estado confesional o de la unidad político-religiosa como Iglesia estatal (erastianismo, galicanismo, iglesias nacionales, etc.), que impregnaba los tiempos de la tolerancia religiosa, se contraponen a la creencia voluntaria. En su lugar, se ha instituido la indiferencia confesional¹⁵¹.

La libertad religiosa moderna se entiende de forma negativa, como la no imposición de creencias relativas a la fe, porque toda creencia de fe es un acto íntimo y personal del individuo, brota de su libre conciencia que es inalienable. La libertad religiosa moderna se conforma al concepto intimista de fe que se impone tras la Reforma protestante. Martín Lutero sostuvo que la fe es un acto pasivo de la libre voluntad humana imperado

¹⁴⁸ Roberto J. BLANCARTE, “La libertad religiosa como noción histórica”, p. 39.

¹⁴⁹ En GRAU, *op. cit.*, vol. 3, pp. 590-591.

¹⁵⁰ STARCK, *op. cit.*, p. 14.

¹⁵¹ FETSCHER, *op. cit.*, p. 51.

por Dios, que no puede ser forzado ni impuesto por nada exterior a la misma conciencia del individuo¹⁵². Lógicamente, la no coercibilidad de la conciencia individual supone la ausencia de toda autoridad –civil y religiosa, secular o espiritual– en la formación de la conciencia y la afirmación de la libre interpretación de las Escrituras y elaboración de los artículos de fe. Afirmaba John Milton:

“la iglesia protestante por entero no permite ningún juez o regla suprema en materia de religión, salvo las Escrituras; y ellas han de interpretarse por las Escrituras mismas, lo que necesariamente infiere la libertad de conciencia”¹⁵³.

Por lo mismo, la libertad religiosa se constituye como una prolongación de ese derecho de las conciencias individuales a interpretar con total libertad, la *Biblia*.

Esto es la religión concebida por la modernidad, es decir, al modo protestante, como la imaginara John Locke: “all the life and power of true religion consists in the inward and full persuasion of the mind”¹⁵⁴. Esto es lo que se protege con la libertad religiosa: el derecho a la libertad de la creencia individual, que sanciona como irracional e indigna toda coerción. Lo demás es anecdótico, contingente, accesorio. Lo central de esta libertad es preservar de toda injerencia el espíritu, el corazón, la mente, vale decir, allí donde son engendradas. Si la conciencia es libre, es libre la del ciudadano al igual que la del magistrado; siendo libre, ¿qué poder tendrá este para imponer una religión?, ¿de qué fuerza coactiva está munido para calificar una herejía y combatirla?

Históricamente, cuando la libertad de conciencia se afirma de todos los hombres, con carácter universal, incluye a ateos e infieles, herejes y blasfemos; es libertad del súbdito tanto como del príncipe; desde ese momento está a un palmo de convertirse en libertad de religión, y basta nada más que se alegue como un derecho a manifestar el contenido de la conciencia¹⁵⁵. Sin embargo, la postulación de esa libertad como tal derecho irá desplazando el acento –como lógica consecuencia– de la religión a la libertad misma: la tolerancia era en esencia, religiosa; la libertad puede serlo de cualquier cosa, incluso, de la religión o de lo que se decida llamar

¹⁵² Cf. Martín LUTERO, *La libertad del cristiano*, vol. 5, p. 158.

¹⁵³ MILTON, *The readie...*, *op. cit.*, p. 188.

¹⁵⁴ LOCKE, *A Letter...*, *op. cit.*, p. 10: “Toda la vida y poder de la verdadera religión consiste en la íntima y completa persuasión de la mente”.

¹⁵⁵ TURCHETTI, “À la racine...”, *op. cit.*, p. 634.

tal¹⁵⁶. En la kantiana mayoría de edad, el individuo autónomo goza de la libertad adámica de dar nombre a las cosas.

DE LA TOLERANCIA A LA LIBERTAD RELIGIOSA

Tolerancia y libertad religiosas –hay que insistir– desde el punto de vista histórico, no son lo mismo¹⁵⁷: la primera precede a la segunda, se origina como respuesta a las luchas religiosas en el momento del surgimiento de los primeros Estados confesionales y la formación de las iglesias estatales. Porque:

“si se acepta que la tolerancia se ha expresado históricamente como una concesión pactada por el poder secular y la iglesia establecida a favor de otras iglesias o grupos religiosos –afirma Barrero Ortega–, la libertad religiosa sólo ha sido proclamada en Occidente una vez que la sociedad política fue concebida como una comunidad distinta y separada de la religiosa”¹⁵⁸.

Mientras no hubo separación entre política y religión, en ese largo periodo que va de la paz de Augsburgo (1555) y más allá de la de Westfalia (1648), lo que existió en Alemania y otros Estados-nación europeos fue un régimen de unidad política de la fe, ya de una iglesia oficial, ya de paridad de religiones, con un carácter de preferencia pragmático. Fue un remedo de la cristiandad medieval moribunda tras la Reforma. La herida mortal vendrá de los eventos posteriores, cuando la profesión religiosa sea libre y ya no haya religión que tolerar. El progreso de la libertad está asociado a la desintegración del ideal de la cristiandad unida, así fuera en una sola nación¹⁵⁹. La libertad religiosa sobrelleva, entonces, la liberación de todo cometido religioso que pudiera afirmarse de la autoridad secular; a consecuencia de la Protesta el Estado ya no tiene misión alguna en la salvación de los hombres, por indirecta que sea, y la hipótesis de una república cristiana se torna imposible¹⁶⁰.

¹⁵⁶ Marco M. OLIVETTI, “La religion dans le domaine de la tolérance”, p. 49: “Es evidente que en el momento que pasamos del principio de la tolerancia al de la libertad, abandonamos la pretensión de absolutidad no sólo de una religión histórica, sino también de aquello que calificamos como religión”.

¹⁵⁷ Entre otros, FINKE, *op. cit.*, p. 611. En contra ZAGORIN, *op. cit.*, p. 5 y ss., quien reconoce que históricamente son diferentes, pero sostiene que en su sentido más amplio la tolerancia religiosa se identifica con la libertad de religión.

¹⁵⁸ BARRERO, *op. cit.*, p. 104.

¹⁵⁹ Como argumenta Ronald H. BAINTON, *The travail of religious liberty*, pp. 29, 236.

¹⁶⁰ En línea con el razonamiento de Martín Lutero sobre “los dos reinos” están las elaboraciones de un Hobbes, un Spinoza o un Locke acerca de la imposibilidad bíblica,

EL DERECHO A LA LIBERTAD DE RELIGIÓN

La tolerancia supone diversos grados de erastianismo y también de libertad religiosa. Es cierto que de la tolerancia se va –casi sin remedio– a la libertad religiosa, pero antes de esta hay que pasar por un periodo de tolerancia¹⁶¹. A la hora de precisar aún más ese concepto moderno de la libertad religiosa, es necesario ver cómo el erastianismo adopta nuevos ropajes.

La libertad religiosa se presenta al principio, bajo la tesis de la no coerción de las creencias que se dicen religiosas, que constituye su primer elemento¹⁶². Tal parece haber sido la idea de libertad religiosa como derecho natural individual que se defendió por el autor de un anónimo panfleto en la convulsionada Holanda a fines del siglo XVI:

“La libertad de conciencia consiste en dos partes, *v.gr.*, la interior y el culto exterior de Dios: el interior concierne al corazón, el exterior consiste en la alabanza y tiene también dos partes, *v.gr.*, la confesión oral de la fe y la práctica de las ceremonias... El beneficio principal que obtenemos de la recuperación de la libertad es que cada uno podría satisfacer su conciencia, practicar libremente la religión y servir a Dios como él cree que debería. Esta libertad nos pertenece de acuerdo al derecho natural. Y nadie puede privarnos de ella, ni convertirnos forzosamente a una religión diferente de aquella que nos prescribe nuestra conciencia”¹⁶³.

racional y política de una cristiandad. Ningún argumento teológico o religioso puede fundar el régimen político y el poder del Estado, que responden a una racionalidad secular. El reino de Cristo no es de este mundo. Y el reino de este mundo es autónomo.

¹⁶¹ MURPHY, *Conscience and community...*, *op. cit.*, p. 210, lo ha visto con gran agudeza: “La libertad religiosa es un lujo político, un valor derivado que puede ser significativo sólo después de que una gran cantidad de otras cuestiones sociales y políticas hayan sido decididas, al menos provisionalmente. El argumento contemporáneo de la libertad religiosa como un derecho natural es, en mi opinión, una rotunda apelación retórica moral lograda al precio de sacrificar la valoración y el reconocimiento del contexto en el que libertad religiosa llegó a ser percibida como un derecho”.

¹⁶² El concepto de creencia es más amplio que el de religión, aunque hay una tendencia a asimilarlos; la creencia comprende a la religión, pero también a la opinión aceptada o acendrada (convicción), a la fe y, en estos días, a la ideología. Cuando aquí se utiliza el término ‘creencia’, es con referencia a la religiosa, salvo que se la cualifique o adjetive específicamente. La que no se refiera a la creencia religiosa es libertad de pensamiento. Véase en tal sentido Javier HERVADA, “Libertad de pensamiento, libertad religiosa y libertad de conciencia”, pp. 98-123, que realiza bien la distinción, aunque no compartamos sus juicios valorativos.

¹⁶³ *Discours contenant le vray entendement de la pacification de Gand*, p. 164. Cf. Rex AHDAR & Ian LEIGH, *Religious freedom in the liberal State*, pp. 126-128 para una aplicación contemporánea de esta división.

El texto es claro: funda la libertad de religión en la de la conciencia y extiende aquella al culto interior y exterior; además, al considerarla una libertad individual, se precisa que es un derecho que está asentado en la conciencia personal y se dice natural –esto es, que se posee en razón de la persona misma y no por concesión de algún poder–, y, por tanto, no coercible ni forzable. Todo un anticipo de las más modernas tesis lockeanas. Prueba también que la cuestión puesta por la Reforma –la libertad de conciencia– es primaria y prioritaria, ya que de la elaboración que de ella se hiciera en los subsiguientes siglos, con especial atención por el iusnaturalismo racionalista, podrá afirmarse como un derecho, al modo del liberalismo. El orden no se puede invertir en sede histórica y menos aún filosófica¹⁶⁴.

Un segundo alcance de la libertad de religión es la igualdad de las religiones, como ya se anticipa en el *Coloquio* de Jean Bodin, entre otros¹⁶⁵, y acabará recogiendo en el pensamiento de los Padres Fundadores de la República americana; paridad que, por necesidad, llevará a no establecer ninguna religión pública (*non establishment*)¹⁶⁶ y, desde la esfera privada, a sostener la libertad de una creencia cualquiera como derecho inalienable¹⁶⁷. Sobrevuelan los viejos argumentos escépticos y las más nuevas expresiones racionalistas y deístas; todos, en conjunto, acaban por destruir el débil razonamiento protestante de la “verdadera religión”¹⁶⁸.

¹⁶⁴ En este aspecto le asiste la razón a John Rawls cuando escribe que “el origen histórico del liberalismo político (y, más generalmente, del liberalismo) es la Reforma y sus secuelas, con las largas controversias acerca de la tolerancia religiosa en los siglos XVI y XVII. Entonces dio principio algo parecido al criterio moderno de la libertad de conciencia y de la libertad de pensamiento. Como bien lo vio Georg Hegel, el pluralismo hizo posible la libertad religiosa”. John RAWLS, *Liberalismo político*, p. 14. Pero su tesis no es original, pues está ya en el clásico estudio de Georg JELLINEK, *La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*.

¹⁶⁵ Cf. Marion Leathers KUNTZ, “The concept of toleration in the *Colloquium Heptaplomeres* of Jean Bodin”, pp. 125-144.

¹⁶⁶ Otros países llegarán tardíamente a esta solución, siendo paradigmática la ley francesa de 9 de diciembre de 1905. Jacques ROBERT, “La liberté religieuse”, entiende que el no reconocimiento de una religión por el Estado, su no confesionalidad, “implica que el hecho religioso, contrariamente a las soluciones concordatarias, cesa de ser un hecho público”, p. 631. Es decir, separación de Iglesia y Estado y neutralidad de este frente al hecho religioso; el Estado es religiosamente neutro, p. 632.

¹⁶⁷ Thomas Jefferson, repitiendo a John Milton, creía que la verdad era más grande que el error y que siempre “prevalecerá si se la deja a sí misma”, porque ella es el antídoto al error y la verdad no teme del conflicto a menos que se la prive de sus armas naturales, “la libre discusión y el debate”. Así, a la hora de redactar el alcance de esta libertad, dispuso que “todos los hombres serán libres de profesar y argumentar sus opiniones en materia de religión y que éstas en ningún modo disminuirán, ampliarán o afectarán sus capacidades civiles”. JEFFERSON, “A bill for establishing...”, *op. cit.*, p. 441.

¹⁶⁸ En cuanto a que todas las religiones sean “aceptadas como iguales”, véase Thomas M. SCANLON, *The difficulty of tolerance. Essays in political philosophy*, pp. 189-190.

Este paso es de gran trascendencia: ya no se trata de defender la religión personal contra la intolerancia oficial sino de afirmar que los individuos tienen derecho a creer y a profesar esa creencia con independencia de las prerrogativas del Estado, culminación del proceso que nace con la Protesta y que lleva a la afirmación del individuo y de su conciencia como autoridad última y absoluta en materia espiritual, que no puede sino recalar en alguna forma de librepensamiento e indiferentismo religioso¹⁶⁹. Más próximos al tiempo presente, se puede ligar esta idea a los conceptos de pluralismo religioso y neutralidad estatal¹⁷⁰; irenismo ayer, ecumenismo hoy.

Para que así sea, debe darse un requisito indispensable: la separación de Estado e Iglesia, de lo público y lo privado, del soberano legislador y los individuos libres dotados de derechos¹⁷¹. El proceso histórico y el desarrollo ideológico lo requerían:

“La habilidad para imaginar en esferas separadas a la iglesia y el Estado fue un elemento esencial en el desenvolvimiento de la libertad de religión”¹⁷².

El escarpelo racionalista corta la realidad conforme al “arte de la separación”: la naturaleza y la razón enseñan que lo que debe estar por completo separado no debe ser confundido. De donde se sigue, no de modo tan paradójico, que la libertad religiosa y la libertad política están hasta cierto

¹⁶⁹ No lo cree así Justin CHAMPION, “Some forms of religious liberty: political thinking, ecclesiology and religious freedom in early modern England”, pp. 48-49. Empero, viendo los frutos del árbol, es de toda evidencia que esta libertad religiosa, siendo aún religiosa, encierra un grado de *libertas philosophandi* (Baruch Spinoza) que es ya librepensamiento, como el propio autor comprueba páginas después.

¹⁷⁰ El libro de John Rawls antes citado es un ejemplo palmario. Tal como afirma STARCK, *op. cit.*, p. 20, la “neutralidad religiosa del Estado significa, que éste deja de preocuparse por el contenido de las necesidades religiosas del hombre sometido a su ordenamiento jurídico, que deja de adoptar cualquier posición religiosa”.

¹⁷¹ Insisten en este punto, entre otros, AHDAR y LEIGH, *op. cit.*, cap. 4, p. 87 y ss.; STARCK, *op. cit.*, p. 20 y ss. y E. Gregory WALLACE, “Justifying religious freedom: the Western tradition”, p. 529 y ss. SCHAFF, *The progress...*, *op. cit.*, p. 2, lo rubrica en su elogio de América inspirado en Thomas Paine: “La tolerancia es un estado intermedio entre la persecución religiosa y la libertad religiosa. La persecución resulta de la unión de la iglesia y el Estado; la tolerancia, de una relajación de esa unión; la plena libertad religiosa y la igualdad legal requieren una separación pacífica de los poderes espirituales y seculares”. En la versión inglesa del libro de Francesco RUFFINI, *Religious liberty*, p. 518 y ss., se ha añadido un epílogo en el que el escritor italiano discute la relación entre libertad religiosa (de origen sociniano) y separatismo (de cuño anabaptista), y afirma que es perfectamente posible una amplia libertad de religión con una iglesia oficial. La libertad religiosa es, a su vez, independiente del erastianismo y del separatismo.

¹⁷² HUNT, *op. cit.*, p. 12.

punto emparentadas, puesto que aquella reclama esta, tal como Laelio Socino escribió a Juan Calvino: “La libertad religiosa está aliada a la libertad política, que deseamos obtener por cualquier medio”¹⁷³.

Lo que pareciera contradictorio no lo es. Esa hermandad de religión y política debe entenderse en el sentido de que la libertad de religión se habrá alcanzado a cabalidad, una vez se haya conquistado la libertad política, como autonomía frente al Estado, haciendo de este su garante; esto es, solo hay libertad de creencias en un Estado que no sea tiránico sino libre¹⁷⁴. La libertad religiosa –del fiel y de las iglesias– conlleva, además de la liberación de la autoridad religiosa, la emancipación del poder político. No hay libertad de conciencia (de religión) sin libertad de expresión; y se carece de libertad de expresión si el gobierno no es libre, si no es atento y condescendiente –cuando menos, tolerante– para con todas las opiniones y las críticas, si no se mantiene ajeno al mundo interior de los individuos. “Dadme, por sobre todas las libertades, la libertad de saber, de decir y de discutir libremente según la conciencia”, exclamó John Milton¹⁷⁵.

Ahora bien, este extremo de la libertad religiosa supone dos consecuencias: la primera, que la religión –asunto de cada conciencia– es una cuestión privada, particular, no pública, excluida de la esfera política o estatal; la segunda, que lo único relevante para el Estado es que se conserven en tal condición y le presten su colaboración. Es claro que el goce de los derechos y las libertades dichas naturales se da en el marco de la protección estatal –no hay ya estado de naturaleza– y condicionado al respeto de las exigencias de la razón de Estado. En 1790, por caso, el presidente George Washington dirigió una carta a la comunidad judía en Newport en la que, después de afirmar que todos los americanos poseen una “igual libertad de conciencia e inmunidades como ciudadanos”, explicita que no se trata de la tolerancia como indulgencia de una clase a otra, porque el gobierno no permite la intolerancia ni aprueba la persecución; solamente exige que “se rebajen (*demean themselves*) como buenos ciudadanos en prestarle su efectivo apoyo en todas las ocasiones”¹⁷⁶.

En un tercer momento, la libertad de religión alcanza no solo a la libertad de creer sino, también, a la de ejercer o practicar (de forma privada o pública) la creencia religiosa que uno admite o tiene, lo que se llama libertad de culto. Hoy, los pactos internacionales (como el de

¹⁷³ Citado en KAPLAN, *Divided by faith...*, *op. cit.*, p. 111.

¹⁷⁴ Así lo prueban los escritos clásicos de Thomas Hobbes, John Locke y Baruch Spinoza, entre otros. De modo que debió darse un giro liberal al aserto de CALVINO, *op. cit.*, I, XX, I, p. 1168: “la libertad espiritual se compagina muy bien con la servidumbre social”.

¹⁷⁵ John MILTON, *Areopagítica*, p. 57.

¹⁷⁶ George WASHINGTON, “To the Hebrew congregation in Newport”, p. 548.

Costa Rica de 1966) han garantido esa proclamada libertad en su amplio espectro. Es posible que el cambio más gravitante se haya operado en la consideración del sujeto de las creencias, entendido no ya como un súbdito o un creyente (partidario o disidente), ni siquiera como un ciudadano, sino como una persona moral que por ello mismo debe ser respetada incluso como ciudadano: “El hereje, el opositor, el adversario siempre es también conciudadano, cristiano, incluso condicional, y él es, a secas, hombre o mujer”¹⁷⁷. Es en tal virtud –en cuanto que persona– que se deben respetar sus creencias y el Estado no debe entremeterse en ellas, no debe perseguirlas ni sujetarlas a tutela, como a fines del siglo XVIII argumentó William Godwin, porque no compete al gobierno venir a ser preceptor de los gobernados, “su oficio no es inspirarnos virtudes, inútil tarea; es simplemente controlar los excesos que amenazan la seguridad general”¹⁷⁸. Deriva lógica del individualismo liberal que se afirmará cada vez con mayor tenacidad, contra toda autoridad y que acabará poniendo a la religión en dependencia del individuo.

El corazón de la libertad de religión encierra, entonces, la libertad individual de escoger, libertad de elegir la preferencia religiosa que se despliega en múltiples sentidos y direcciones. Por lo pronto, desaparecida la idea de la constricción, se esfuma también la adhesión a la Iglesia oficial y el deber de asistir a sus servicios; cae la obligación de subvenir a su mantenimiento, etc. Se desarrolla a la par una suerte de libertad de creatividad religiosa con la proliferación de sectas, iglesias, asociaciones, etc., acomodadas a las preferencias individuales. Luego, crece en gravitación el papel del laicado y disminuye el del clero, todo de acuerdo con el sistema eclesial voluntario y al nuevo principio de autoridad individual en religión¹⁷⁹. En suma, la libertad de religión entraña la autonomía tanto del individuo y su conciencia –la inmanencia del derecho que excusa de toda otra autoridad exterior– y también de las organizaciones o comunidades religiosas respecto de sus doctrinas y sus instituciones¹⁸⁰.

Como afirmó Thomas Jefferson, haciéndose eco de la ideología liberal ilustrada, la libertad de religión protege el ámbito de la conciencia individual que está solo reservada a Dios y –como dice la Constitución

¹⁷⁷ Willem FRIJHOFF, “Chrétienté, christianismes ou communautés chrétiennes ? Jalons pour la perception de l’expérience d’unité, de division et d’identité de l’Europe chrétienne à l’époque moderne”, p. 19.

¹⁷⁸ William GODWIN, *Enquiry concerning political justice and its influence on modern morals and happiness*, vol. II, p. 67.

¹⁷⁹ Véase FINKE, *op. cit.*, pp. 609-626.

¹⁸⁰ Cf. Roland MINNERATH, “The right to autonomy in religious affairs”, pp. 291-319.

argentina de 1853– exenta de la autoridad de los magistrados¹⁸¹. Es una libertad conferida o reconocida directa y principalmente a los individuos no a las iglesias, que si gozan de ella es por ser asociaciones de individuos¹⁸². El Estado liberal, al consagrarla, presume que la libertad de religión será de ahora en más inocua en el ámbito político y que no existirá causa legítima alguna para que se la limite o restrinja. Desde que la religión (del ciudadano y también del gobernante) se desvincula de la política, no puede ser nociva a la república.

“Los poderes legítimos del gobierno alcanzan solamente aquellos actos que son perjudiciales para los otros. El que mi vecino diga que hay veinte dioses o que no haya ninguno, no me causa perjuicio alguno. No me roba del bolsillo ni rompe mi pierna”¹⁸³.

La libertad de religión garantiza la convivencia (y competencia) pacífica de todas las creencias, lo que significa eliminar todo criterio religioso de reconocimiento de ellas. Se cumplirá así el augurio que hiciera el pastor calvinista Jacques Philipot en 1691:

“todas las sectas del mundo cualesquiera que sean, siempre que su creencia no lleve a la ruina de la sociedad civil, deben dejarse libres de su vigilancia [del magistrado]”¹⁸⁴.

6. Conclusión

Pluralismo religioso y razón de Estado

“Religious liberty, like apple pie, is hard to dislike”.
Rex Ahdar y Ian Leigh, *Religious freedom in the liberal State*, 2005.

La historia de estas libertades no es ajena. Aunque se crea que es la pre-historia de nuestros días felices, estos están conformados sobre su legado. Por un lado, se está envuelto en un modo de entender la religión, típico del protestantismo y de la ilustración, a resultas de una nueva idea acerca

¹⁸¹ “Nunca cedimos ni podríamos ceder los derechos de conciencia. De ello responderemos ante nuestro Dios”, escribió JEFFERSON, “Notes on Virginia”, *op. cit.*, p. 78.

¹⁸² La libertad de religión moderna es un derecho individual, “no es la libertad de una religión sino la libertad de los individuos de profesar cualquier religión o ninguna; o negar en la práctica los artículos de esa fe; de hablar u obrar en favor de la religión o de atacarla y destruirla”, en palabras de VERMEERSCH, *op. cit.*, p. 223.

¹⁸³ JEFFERSON, “Notes on Virginia”, *op. cit.*, p. 78.

¹⁸⁴ *Apud* TURCHETTI, “À la racine...”, *op. cit.*, p. 635.

de la conciencia libre y una insólita manera de entender la fe. Al mismo tiempo, la persona se halla atrapada entre los tentáculos del Estado y sus razones, que ahogan toda libertad verdadera. Es el precio que se paga por liberar las conciencias.

“La conciencia cristiana fue la fuerza que comenzó a forjar la Europa ‘secular’; esto es, permitir muchas religiones o ninguna religión en un Estado y repudiar cualquier tipo de presión sobre el hombre que rechazaba los axiomas aceptados y heredados de la sociedad. Mi conciencia es mía. Es privada. (...) nadie puede inmiscuirse en ella”¹⁸⁵.

La evidencia histórica impone una conclusión innegable: lo que empezó como tolerancia religiosa acabó finalmente en la libertad de religión¹⁸⁶; y la libertad de religión en la libertad de salir de la religión¹⁸⁷. Porque la tolerancia de las opiniones de los disidentes debía llevar a la tolerancia de las opiniones, de todas las opiniones; y la igualdad de las opiniones disidentes debía conducir a la igualdad de las opiniones irreligiosas, de modo tal que no es posible ya impedir que los ateos combatan con acritud, la religión¹⁸⁸. Lo que en verdad interesa a esta altura del tiempo, es “la libertad” más que la religión; lo que importa es que el individuo pueda elegir, ejercer su libertad de elección a voluntad y sin sufrir opresión inclusive de las creencias e instituciones religiosas, propias o ajenas¹⁸⁹.

Cuando la tolerancia religiosa cede su lugar a la libertad de religión, esta clama por un salto a la igualdad profunda. En un libro reciente, la especialista canadiense en diversidad religiosa Lori Beaman sostiene que ni la tolerancia ni el acuerdo o la adaptación pueden ser políticas plausibles en una época de gran multiplicidad religiosa, ya que no se trata de privilegiar una religión ni de favorecer criterios de reconocimiento dependientes del juicio de la mayoría. Tampoco se debe dar por sentado que las identidades religiosas sean algo fijo, como si se tratara de sustancias inmutables, siendo

¹⁸⁵ Owen CHADWICK, *The secularization of the European mind in the nineteenth century*, p. 23.

¹⁸⁶ No solo se afirma en esta investigación, también lo cree SCHAFF, *The progress...*, *op. cit.*, p. 3: “La tolerancia europea tiende irresistiblemente a la libertad americana, o al cambio de la relación de la iglesia y el Estado como voluntad de garantizar libertad e independencia a cada uno en su propia esfera, a aquélla en lo espiritual, a éste en lo temporal, dado que ambos tienen un interés común en promover la pureza moral y la integridad de las personas”.

¹⁸⁷ Brad S. GREGORY, *The unintended Reformation: how a religious revolution secularized society*, cap. 4.

¹⁸⁸ CHADWICK, *op. cit.*, p. 27.

¹⁸⁹ Así, Frank B. CROSS, *Constitutions and religious freedom*, p. 29.

que en verdad son aspectos sobre los que siempre se está trabajando, por tanto, fluidos y complejos. El concepto que mejor refleja –tanto en lo sociológico como en lo jurídico– esta problemática hodierna es, según ella, la igualdad, pero no la formal, sino una igualdad raigal y honda, a *deep equality*, elaborada a partir de fragmentos de historias reales, de trozos de narrativas y vivencias actuales, de contextos vitales en desarrollo¹⁹⁰.

En la modernidad líquida que conforma el panorama contemporáneo ya no se puede, parafraseando a Sygmunt Bauman, actuar como un legislador, hay que ser un intérprete: el hombre es hoy una suerte de náufrago que explora terrenos fangosos e ignotos, atendiendo ya no a las diluidas instituciones religiosas sino a las experiencias personales de la religión, al “multiforme campo de las prácticas religiosas vividas”¹⁹¹. El problema del actual explorador es que en esta selva de identidades y vivencias mutantes carece de mapa y de brújula que le permitan encontrar lo que busca, en caso de saber qué busca. Esto, porque al priorizar la libertad por sobre la religión hoy ni siquiera se sabe qué es la religión, no hay experto que lo enseñe¹⁹². Lo que más se puede decir, es que se trata de un amasijo de ideas, conductas, doctrinas, costumbres, organizaciones, tradiciones y personas que denominamos religiosas según el interés dominante¹⁹³.

A diferencia de los siglos XVI y XVII, como no se sabe qué es la religión, no se puede valorar su importancia y explicar por qué en otra época se creyó conveniente y legítimo darle un amparo legal diferenciado. La fragmentación social e ideológica de eso que se llama religión impone recurrir al Estado y la determinación legal de su definición¹⁹⁴. En la medida que la religión está separada del mundo y de la política y que esta se entiende a sí misma como poseedora de una autonomía secular, no queda

¹⁹⁰ Lori G. BEAMAN, *Deep equality in an era of religious diversity*. p. 27.

¹⁹¹ Elizabeth SHAKMAN HURD, *Religion freedom. The new global politics of religion*, p. 6.

¹⁹² Cree Elizabeth Shakman Hurd en su libro ya citado, que la religión vivenciada por los actores religiosos no es la misma religión que definen los expertos y que los gobiernos precisan en formas jurídicas.

¹⁹³ Este es el gran descubrimiento de la sociología tardomoderna. Según William E. ARNAL, “The segregation of social desire: ‘religion’ and Disneyworld”, p. 4, que “*en el mundo* no hay tal cosa como una religión”, que es una categoría que tiene que ver “más con los *intereses* normativos de la modernidad que con los motivos intelectuales o teóricos de los estudiosos de la religión”. De aquí que la religión sea “una aglomeración artificial de comportamientos sociales específicos, cuya base de distinción de otros comportamientos sociales es una función de las características específicas de la modernidad”.

¹⁹⁴ GILL, *op. cit.*, p. 43, aduce que el mejor modo de saber hoy en qué consiste la libertad religiosa es recurrir a las políticas de regulación estatal y construir un índice de diversos ítems para medirla en relación al control del Estado. Por eso la define como “el grado en que un gobierno regula el mercado religioso”.

más poder que el del Estado para dirimir qué sea profano y qué religioso. Luego, desde que el Estado tiene el poder de construir los límites entre ambas esferas su neutralidad es ficticia, puesto que él es quien al delimitar afirma su poder de definir y regular unilateralmente¹⁹⁵. ¡La lógica de la razón de Estado!

7. Bibliografía

- AHDAR, Rex & Ian LEIGH, *Religious freedom in the liberal State*, 2nd ed., Oxford, Oxford U.P., 2013. [2005].
- ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *La libertad moderna de conciencia y de religión. El problema de su fundamento*, Madrid, Marcial Pons, 2013.
- ANDREW, Edward, *Conscience and its critics. Protestant conscience, Enlightenment reason, and modern subjectivity*, Toronto-Buffalo-London, University of Toronto Press, 2001.
- ARNAL, William E., "The segregation of social desire: 'religion' and Disneyworld", in *Journal of the American Academy of Religion*, vol. 69, N° 1, Oxford, 2001.
- AYUSO, Miguel (ed.), *Consecuencias jurídico-políticas del protestantismo. A los 500 años de Lutero*, Madrid, Marcial Pons, 2017.
- BAHR, Fernando, "A fundamentação da tolerância nos séculos XVII e XVIII: Locke, Bayle e Romilly", en *Ágora Filosófica*, año 11, N° 2, Pernambuco, 2011.
- BAINTON, Ronald H., *The travail of religious liberty*, Filadelfia, The Westminster Press, 1950.
- BARRERO ORTEGA, Abraham, "Origen y actuación de la libertad religiosa", en *Derechos y Libertades*, N° 9, Madrid, 2000.
- BEAMAN, Lori G., *Deep equality in an era of religious diversity*, New York, Oxford U.P., 2017.
- BEJCZY, István, "Tolerantia: a medieval concept", in *Journal of the History of Ideas*, vol. 58, N° 3, Pennsylvania, 1997.
- BELLO, Eduardo, "El concepto de tolerancia, de Tomás Moro a Voltaire", en *Res publica*, N° 16, Murcia, 2006.
- BELLO, Eduardo, "Tolerancia, verdad y libertad de conciencia en el siglo XVIII", en *Isegoría*, N° 30, Madrid, 2004.
- BELTRÁN, Miquel, "Tolerancia y tendencias racionalistas en la primera Europa moderna", en *Contrastes. Revista Interdisciplinaria de Filosofía*, vol. III, Málaga, 1998.
- BENEDICT, Philip, "Un roi, une loi, deux fois: parameters for the history of Catholic-Reformed co-existence in France, 1555-1685", in GRELL Ole Peter & Bob SCRIB-

¹⁹⁵ Véase Peter G. DANCHIN, "Religious freedom in the panopticon of Enlightenment rationality", pp. 240-252.

- NER (ed.), *Tolerance and intolerance in the European reformation*, Cambridge, Cambridge U.P., 2002. [1996].
- BERLIN, Isaiah, “La originalidad de Maquiavelo” [1972], en Isaiah BERLIN, *Contra la corriente. Ensayos sobre historia de las ideas*, México, FCE, 1983.
- BERMAN, Harold J., *Law and revolution*, Cambridge-London, The Belknap Press of Harvard U.P., 2003, vol. 2: “The impact of the Protestant Reformations on the western legal tradition”.
- BIAGIONI, Mario e FELICI, Lucia, *La Riforma radicale nell'Europa del Cinquecento*, Roma-Bari, Laterza, 2012.
- BLANCARTE, Roberto J., “La libertad religiosa como noción histórica”, en AUTORES VARIOS, *Derecho fundamental de libertad religiosa*, México, UNAM, 1994.
- BOSSUET, Jacques Bénigne, *Avertissement aux protestants*, in Jacques Bénigne Bossuet, *Ceuvres complètes de Bossuet*, Bar-de-Luc/Paris, Typ. des Célestines-Bertrand/Bloud et Barral, 1879, tome III: “Controverse”.
- BROWN, Wendy, *Regulating aversion. Tolerance in the age of identity and empire*, Princeton, Princeton U.P., 2006.
- CALVINO, Juan, *Institución de la religión cristiana*, Buenos Aires/Grand Rapids, Nueva Creación, 1988. [1559].
- CASSESE, Michele, *Espulsione, assimilazione, tolleranza. Chiesa, stati del Nord Italia e minoranze religiose ed etniche in età moderna*, Trieste, Ed. Università di Trieste, 2009.
- CASTELLANO, Danilo, *Martín Lutero. El canto del gallo de la Modernidad*, Madrid, Marcial Pons, 2017.
- CASTELLANO, Danilo, “Obiezione di coscienza e pensiero cattolico”, in Danilo Castellano, *La razionalità della politica*, Napoli, Ed. Scientifiche Italiane, 1993.
- CHADWICK, Owen, *The secularization of the European mind in the nineteenth century*, Cambridge, Cambridge U.P., 2000. [1975].
- CHAMPION, Justin, “Some forms of religious liberty: political thinking, ecclesiology and religious freedom in early modern England”, in Eliane GLASER (ed.), *Religious tolerance in the Atlantic world. Early modern and contemporary perspectives*, London-New York, Palgrave MacMillan, 2014.
- CHAPMAN, Nathan S., “Disentangling conscience and religion”, in *University of Illinois Law Review*, vol. 2013, N° 4, Champaign, 2013.
- COFFEY, John, “Scripture and toleration between Reformation and Enlightenment”, in Eliane GLASER (ed.), *Religious tolerance in the Atlantic world. Early modern and contemporary perspectives*, London-New York, Palgrave MacMillan, 2014.
- COLLINS, Jeffrey R., “Redeeming the Enlightenment: new histories of religious toleration”, in *The Journal of Modern History*, vol. 81, N° 3, Chicago, 2009.
- CRAHAY, Roland (ed.), *La tolérance civile. Actes du colloque de Mons*, Bruxelles, Ed. de l'Université de Bruxelles, 1982.
- CROSS, Frank B., *Constitutions and religious freedom*, New York, Cambridge U.P., 2015.

- DANDREY, Patrick, “Éloge de la frivolité. Tolérance et idéal mondain au XVIII^e siècle”, in *Études littéraires*, vol. 32, N° 1-2, Québec, 2000.
- Discours contenant le vray entendement de la pacification de Gand, in Rainer, FORST *Toleration in conflict: past and present*, New York, Cambridge U.P., 2013, También versión en alemán *Toleranz im Konflikt: Geschichte, Gehalt und Gegenwart eines umstrittenen Begriffs*, Frankfurt del Meno, Suhrkamp 2003.
- DOMÍNGUEZ, Juan Pablo, “Introduction: religious toleration in the age of Enlightenment”, in *History of European Ideas*, London, 2016. DOI: 10.1080/01916599.2016.1203590
- DÖRING, Detlef, “Samuel von Pufendorf and toleration”, in John Christian LAURSEN & Cary J. NEDERMAN (ed.), *Beyond the persecuting society. Religious toleration before the Enlightenment*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1998.
- ERASMO, *Letter to Carondelet* [1523], in John C. OLIN, , *Six essays on Erasmus and a translation of Erasmus' Letter to Carondelet*, New York, Fordham U.P., 1979.
- FETSCHER, Iring, *La tolerancia. Una pequeña virtud imprescindible para la democracia: panorama histórico y problemas actuales*, 2^a ed., Barcelona, Gedisa, 1995. Edición en alemán: *Toleranz. Von der Unentbehrlichkeit einer kleinen Tugend für die Demokratie. Historische Rückblicke und aktuelle Probleme*, 1990.
- FIGGIS, John Neville, “Erasto y el erastianismo”, en John Neville FIGGIS, *El derecho divino de los reyes y tres ensayos adicionales*, México, FCE, 1982. [John Neville FIGGIS, *The divine rights of kings*, ciudad, editorial, 1896].
- FINKE, Roger, “Religious deregulation: origins and consequences”, in *Journal of Church and State*, vol. 32, N° 3, Oxford, 1990.
- FITZPATRICK, Martin, “Toleration and the Enlightenment movement”, in Ole Peter GRELL & Roy PORTER (ed.), *Toleration in Enlightenment Europe*, New York, Cambridge U.P., 2000.
- FORCLAZ, Bertrand (dir.), *L'expérience de la différence religieuse dans l'Europe moderne (XVI^e-XVIII^e siècles)*, Neuchâtel, Éditions Alphil-Presses Universitaires Suisses, 2012.
- FORST, Rainer, *Toleration in conflict: past and present*, New York, Cambridge U.P., 2013, También versión en alemán *Toleranz im Konflikt: Geschichte, Gehalt und Gegenwart eines umstrittenen Begriffs*, Frankfurt del Meno, Suhrkamp 2003.
- FRIJHOFF, Willem, “Chrétienté, christianismes ou communautés chrétiennes? Jalons pour la perception de l'expérience d'unité, de division et d'identité de l'Europe chrétienne à l'époque moderne”, in Bertrand FORCLAZ (dir.), *L'expérience de la différence religieuse dans l'Europe moderne (XVI^e-XVIII^e siècles)*, Neuchâtel, Éditions Alphil-Presses Universitaires Suisses, 2012.
- GIL ROBLES, Enrique, *Tratado de Derecho político según los principios de la Filosofía y el Derecho cristianos*, 3^a ed., Madrid, Afrodisio Aguado Ed., 1961. [1899].
- GILL, Anthony, *The political origins of religious liberty*, New York, Cambridge U.P., 2008.
- GLASER, Eliane (ed.), *Religious tolerance in the Atlantic world. Early modern and contemporary perspectives*, London-New York, Palgrave MacMillan, 2014.

- GODWIN, William, *Enquiry concerning political justice and its influence on modern morals and happiness*, 4th ed., London, J. Watson, 1842, 2 vols. [1793].
- GRAU, Luis (ed.), *Orígenes del constitucionalismo americano. Corpus documental bilingüe*, Madrid, Universidad Carlos III, 2009, vol. 3.
- GREGORY, Brad S., *The unintended Reformation: how a religious revolution secularized society*, Cambridge-London, The Belknap Press of Harvard U. P., 2012.
- GRELL, Ole Peter & Roy PORTER (ed.), *Toleration in Enlightenment Europe*, New York, Cambridge U.P., 2000.
- GRELL, Ole Peter & Bob SCRIBNER (eds.), *Tolerance and intolerance in the European reformation*, Cambridge, Cambridge U.P., 2002. [1996].
- GROSSMANN, Walter, “Toleration—*exercitium religionis privatum*”, in *Journal of the History of Ideas*, vol. 40, N° 1, Pennsylvania, 1979.
- GUGGISBERG, Hans, “The defence of religious toleration and religious liberty in early modern Europe: arguments, pressures, and some consequences”, in *History of European Ideas*, vol 4, N° 1, London, 1983.
- HAEFELI, Evan, “The problem with the history of toleration”, in Winnifred Fallers SULLIVAN, Elizabeth SHAKMAN HURD, Saba MAHMOOD and Peter G. DANCHIN (eds.), *Politics of religious freedom*, Chicago-London, The University of Chicago, 2015.
- HEAD, Randolph C., “Introduction: the transformations of the long sixteenth century”, in John Christian LAURSEN & Cary J. NEDERMAN (ed.), *Beyond the persecuting society. Religious toleration before the Enlightenment*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1998.
- HEGEL, GEORG W. F., *Filosofía del derecho*, México, UNAM, 1975. Edición en alemán: *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1820.
- HERVADA, Javier, “Libertad de pensamiento, libertad religiosa y libertad de conciencia”, en Javier HERVADA, *Vetera et nova. Cuestiones de derecho canónico y afines (1958-1991)*, Pamplona, Eunsa, 1991, tomo I.
- HEYD, David, “Is toleration a political virtue?”, in Melissa S. WILLIAMS and Jeremy WALDRO (eds.), *Toleration and its limits*, Nomos XLVIII, New York-London, New York U.P., 2008.
- HOBBS, Thomas, *Leviathan* [edición de 1651], in Thomas HOBBS, *The English Works of Thomas Hobbes of Malmesbury; Now First Collected and Edited by Sir William Molesworth, Bart*, London, John Bond, 1839, vol. III.
- HOBBS, Thomas, *Behemot* [edición de 1668], in Thomas HOBBS, *The English Works of Thomas Hobbes of Malmesbury; Now First Collected and Edited by Sir William Molesworth, Bart*, London, John Bond, 1839, vol. VI.
- HORSCH, John, “Martin Luther’s attitude toward the principle of liberty of conscience”, in *The American Journal of Theology*, vol. 11, N° 2, Chicago, 1907.
- HORTON, John, “Why the traditional conception of toleration still matters”, in *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, vol. 14, N° 3, London, 2011.
- HOVEY, Alvah, *A memoir of the life and times of the Rev. Isaac Backus*, Boston, Gould and Lincoln, 1859.

- HUNT, Lynn, *The Enlightenment and the origins of religious toleration*, Utrecht, Werkgroep 18e Eeuw, Dutch-Belgian Society for Eighteenth-Century Studies, 2011.
- JEFFERSON, Thomas, "A bill for establishing religious freedom" [edición de 1779], in Thomas JEFFERSON, *The works of Thomas Jefferson*, Federal Edition, edited by Paul Leicester Ford, New York- London, G. P. Putnam's Sons-The Knickerbocker Press, 1904, vol. II.
- JEFFERSON, Thomas, "Notes on Virginia" [1782]???, in Thomas JEFFERSON, *The works of Thomas Jefferson*, Federal Edition, edited by Paul Leicester Ford, New York- London, G. P. Putnam's Sons-The Knickerbocker Press, 1904, vol. IV.
- JELLINEK, Georg, *La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*, México, UNAM, 2000. Edición en alemán: *Die Erklärung der Menschen-und Bürgerrechte*, 1895.
- JORDAN, Wilbur Kitchener, *The development of religious toleration in England*, Cambridge, Harvard U.P., 1932-1940, 4 vols.
- KAMEN, Henry, *Nacimiento y desarrollo de la tolerancia en la Europa moderna*, Madrid, Alianza, 1987. Versión en inglés: *The rise of toleration*, 1967.
- KAPLAN, Benjamin J., *Divided by faith. Religious conflict and the practice of toleration in early modern Europe*, Cambridge-London, The Belknap Press of Harvard U.P., 2007.
- KAPLAN, Benjamin J., "In equality and enjoying the same favor': biconfessiona- lism in the Low Countries", in Thomas Max SAFLEY (ed.), *A companion to multifconfessiona- lism in the early modern world*, Leiden & Boston, Brill, 2011.
- KLINGENSTEIN, Grete, "Modes of religious tolerance and intolerance in eighteenth- century Habsburg politics", in *Austrian History Yearbook*, vol. 24, Minneapolis, 1993.
- KOSSELLECK, Reinhardt, *Critica y crisis del mundo burgués*, Rialp, Madrid, 1965. Edición en alemán: *Kritik und krise*, 1959.
- KRIEGSEISEN, Wojciech, "Toleration, or Church-State relations? The determinant in negotiating religions in the modern Polish-Lithuanian Commonwealth", in *Acta Poloniae Historica*, N° 107, Varsovia, 2013.
- KUNTZ, Marion Leathers, "The concept of toleration in the *Colloquium Heptaplo- meres* of Jean Bodin", in John Christian LAURSEN & Cary J. NEDERMAN (eds.), *Beyond the persecuting society. Religious toleration before the Enlightenment*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1998.
- LABORIE, Lionel, "Radical tolerance in early Enlightenment Europe", in *History of Eu- ropean Ideas*, vol. 47, London, 2016. DOI: 10.1080/01916599.2016.1203600
- LAURSEN, John Christian (ed.), *Histories of heresy in early modern Europe. For, against, and beyond persecution and toleration*, New York, Palgrave MacMillan, 2002.
- LAURSEN, John Christian & Cary J. NEDERMAN, "General introduction: political and historical myths in the toleration literature", in John Christian LAURSEN & Cary J. NEDERMAN (ed.), *Beyond the persecuting society. Religious toleration before the Enlightenment*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1998.

- LAURSEN, John Christian & Cary J. NEDERMAN (ed.), *Beyond the persecuting society. Religious toleration before the Enlightenment*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1998.
- LECLER, Joseph, *Histoire de la tolérance au siècle de la Réforme*, Paris, Aubier, 1955, 2 vols.
- LINTON, Marisa, “Citizenship and religious toleration in France”, in Ole Peter GRELL & Roy PORTER (eds.), *Toleration in Enlightenment Europe*, New York, Cambridge U.P., 2000.
- LOCKE, John, *A letter concerning toleration* [1690], in John LOCKE, *The works of John Locke*, London, Thomas Tegg, W. Sharpe and Son, G. Offor, G. and J. Robinson and J. Evans and Co., 1823, vol. VI.
- LOCKE, John, *An essay concerning human understanding* [1690], in John LOCKE, *The works of John Locke*, London, Thomas Tegg, W. Sharpe and Son, G. Offor, G. and J. Robinson and J. Evans and Co., 1823, vols. I, II y III.
- LONG, Marceau, “Liberté religieuse et liberté de conscience”, in *La Revue administrative*, année 52, N° 2 Paris, 1999.
- LURIA, Keith P., “France: an overview”, in Thomas Max SAFLEY (ed.), *A companion to multiconfessionalism in the early modern world*, Leiden & Boston, Brill, 2011.
- LUTERO, Martín, *La libertad del cristiano*, en Teófanos EGIDO *Obras [de Martín Lutero]*, ed. , 4ª ed., Salamanca, Ed. Sígueme, 2006. Edición en alemán: *Von der Freyheith eines Christenmenschen*, 1520.
- LUTERO, Martín, *Sobre la autoridad secular: hasta dónde se le debe obediencia*, en Joaquín ABELLÁN (ed.), *Escritos políticos*, Madrid, Tecnos, 1986. Edición en alemán: *Von weltlicher Obrigkeit, wie weit man ihr Gehorsam schuldig sei*, 1523.
- MACHIAVELLI, Niccolò, *Discorsi sopra la prima deca di Tito Livio* [1513-1517], in Mario Martelli (a cura di), *Tutte le opere*, Florencia, Sansoni Ed., 1971.
- MACLURE, Jocelyn y Charles TAYLOR, *Laicidad y libertad de conciencia*, Madrid, Alianza, 2011. Edición francesa: *Laïcité et liberté de conscience*, 2010.
- MAGDELAINE, Michelle, “La confession de foi de la communauté française de Sainte-Marie-aux-Mines”, in *Bulletin de la Société de l’Histoire du Protestantisme Français*, vol. 126, Paris, 1980.
- MAGNO, Luigi, “Apologie étatique et concorde religieuse. Sur quelques pamphlets de Loys Le Roy”, in *Krypton*, N° 1, Roma, 2013.
- MANDEVILLE, Bernard, *An enquiry into the origin of honour, and the usefulness of Christianity in war*, London, John Brotherton, 1732.
- MANTECÓN SANCHO, Joaquín, *El derecho fundamental de libertad religiosa. Textos, comentarios y bibliografía*, Pamplona, Eunsa, 1996.
- MATAGRIN, Amédée, *Histoire de la tolérance religieuse. Evolution d’un principe social*, Paris, Librairie Fischbacher, 1905.
- MENDUS, Susan (ed.), *Justifying toleration. Conceptual and historical perspectives*, Cambridge-New York, Cambridge U.P., 1988.

- MICHELL, Agustín, "Tolérance", in Alfred VACANT, Eugène MANGENOT et Émile. AMMAN (eds.), *Dictionnaire de théologie catholique*, Paris, Librairie Letouzey et Ané, 1946, tome xv, 1^a partie.
- MILTON, John, *Areopagitica*, Cambridge, Cambridge U.P., 1918. [1644].
- MILTON, John, *The readie and easie way to establish a free commonwealth* [1660], in Rufus Wilmot GRISWOLD (ed.), *The prose works of John Milton*, Filadelfia, John W. Moore, 1847, vol. 2.
- MINNERATH, Roland, "The right to autonomy in religious affairs", in Tore LINDHOLM, W. Cole DURHAM, Jr., & Bahia G. TAHZIB-LIE (eds.), *Facilitating freedom of religion or belief: a deskbook*, Dordrecht, Springer-Science+ Business Media, 2004.
- MÜLLER, Michael G., "Protestant confessionalisation in the towns of Royal Prussia and the practice of religious toleration in Poland-Lithuania", in GRELL, Ole Peter & Bob SCRIBNER (eds.), *Tolerance and intolerance in the European reformation*, Cambridge, Cambridge U.P., 2002. [1996].
- MURPHY, Andrew R., *Conscience and community. Revisiting toleration and religious dissent in early modern England and America*, Pennsylvania, The Pennsylvania State U.P., 2001.
- MURPHY, Andrew R., "The uneasy relationship between social contract theory and religious toleration", in *The Journal of Politics*, vol. 59, N° 2, Chicago, 1997.
- MURPHY, Andrew R., "Tolerance, toleration, and the liberal tradition", in *Polity*, vol. 29, N° 4, Chicago, 1997.
- NEDERMAN, Cary J., "Toleration in a new key: historical and global perspectives", in *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, vol. 14, N° 3, London, 2011.
- NUSSBAUM, Martha, *Liberty of conscience. In defense of America's tradition of religious equality*, New York, Basic Books, 2008.
- OLIVETTI, Marco M., "La religion dans le domaine de la tolérance", en *Philosophica*, vol 66/2, Gante, 2002.
- PAINE, Thomas, "The age of reason. Part 1", in Bruce KUKLICK (ed.), *Political writings*, Cambridge, Cambridge U.P., 2000 [1794].
- PAINE, Thomas, "The rights of man. Part 1", in Bruce KUKLICK (ed.), *Political writings*, Cambridge, Cambridge U.P., 2000. [1791].
- PARKER, Charles H., "Paying for the privilege: the management of public order and religious pluralism in two early modern societies", in *Journal of World History*, N° 17, Honolulu, 2006.
- PINCKAERS, Servais Th., *Las fuentes de la moral cristiana*, Pamplona, Eunsa, 1988. Edición en francés: *Les sources de la morale chretienne*, 1985.
- POCOCK, John Greville Agard, *Barbarism and religion*, Cambridge, Cambridge U.P., 2004, vol. I: "The Enlightenments of Edward Gibbon, 1737-1764".
- POPKIN, Richard, "Skepticism about religion and millenarian dogmatism: two sources of toleration in the seventeenth century", in John Christian LAURSEN & Cary J. NEDERMAN (eds.), *Beyond the persecuting society. Religious toleration before the Enlightenment*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1998.

- PRIORA, Juan Carlos, “Libertad de conciencia, libertad religiosa, libertad de culto y tolerancia en el contexto de los derechos humanos (perspectiva histórica-bíblica)”, en *Revista Enfoques*, vol. 14, N° 1, Buenos Aires, 2002.
- PUFENDORF, Samuel, *De habitu religionis [christianae] ad vitam civilem*, 1687. También la traducción inglesa: Simone ZURBUCHEN (ed.), *Of the nature and qualification of religion in reference to civil society*, Indianápolis, Liberty Fund, 2002.
- RAHNER, Karl, *Curso fundamental sobre la fe. Introducción al concepto de cristianismo*, Barcelona, Herder, 1979. Edición en alemán *Grundkurs des Glaubens*, 1976.
- RAWLS, John, *Liberalismo político*, México, FCE, 2005. Edición en inglés *Political liberalism*, 1993.
- REMER, Gary, “Humanism, liberalism, & the skeptical case for religious toleration”, en *Polity*, vol. 25, N° 1, Chicago, 1992.
- ROBERT, Jacques, “La liberté religieuse”, in *Revue Internationale de Droit Comparé*, vol. 46, N° 2, Paris, 1994.
- ROCA, María J., “Sobre el concepto de tolerancia en las fuentes jurídicas seculares de los territorios centroeuropeos durante la época de la Reforma”, en *Foro. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, N° 4, Madrid, 2006.
- ROMILLY, Jean-Edme, *Tolérance*, 1765, disponible en <http://encyclopedie.uchicago.edu/> [fecha de consulta: 27 de diciembre de 2017].
- ROUSSEAU, Jean Jacques, *Du contrat social* [1762], in Jean Jacques ROUSSEAU, *Œuvres de J. J. Rousseau*, Paris, E. A. Lequien, 1821, tome v.
- RUFFINI, Francesco, *La libertà religiosa*, Torino, Fratelli Bocca Ed., 1901, vol. I: “Storia dell’idea”.
- RUFFINI, Francesco, *Religious liberty*, London-New York, Williams & Norgate/G. P. Putnam’s Sons, 1912.
- SAFLEY, Thomas Max (ed.), *A companion to multiconfessionalism in the early modern world*, Leiden-Boston, Brill, 2011.
- SAFLEY, Thomas Max, “Multiconfessionalism: a brief introduction”, in Thomas Max SAFLEY (ed.), *A companion to multiconfessionalism in the early modern world*, Leiden & Boston, Brill, 2011.
- SAHIN, Bican, *Toleration. The liberal virtue*, Lanham, Lexington Books, 2010.
- SAINT-GIRONS, Baldine, “La tolérance est-elle une vertu?”, in *Études littéraires*, vol. 32, N° 1-2, Québec, 2000.
- SANDOZ, Ellis (ed.), *Political sermons of the American founding era, 1730-1805*, 2nd ed., Indianápolis, Liberty Fund, 1998, 2 vols.
- SCANLON, Thomas M., *The difficulty of tolerance. Essays in political philosophy*, Cambridge-New York, Cambridge U.P., 2003.
- SCHAFF, Philip, *Church and State in the United States or the American idea of religious liberty and its practical effects*, New York, Charles Scribner’s Sons, 1889.
- SCHAFF, Philip, *The progress of religious freedom as shown in the history of toleration acts*, New York, Charles Scribner’s Sons, 1889.

- SCRIBNER, Bob, "Preconditions of tolerance and intolerance in sixteenth-century Germany", in Ole Peter GRELL & Bob SCRIBNER (ed.), *Tolerance and intolerance in the European reformation*, Cambridge, Cambridge U.P., 2002. [1996].
- SEGOVIA, Juan Fernando, "¿Qué es secularización?", en *Verbo*, N° 541-542, Madrid, 2016.
- SEGOVIA, Juan Fernando, "La libertad de expresión: de la Reforma al constitucionalismo", en *Verbo*, N° 547-548, Madrid, 2016.
- SHAKMAN HURD, *Elizabeth, Religion freedom. The new global politics of religion*, Princeton: Princeton University Press, 2015.
- SMITH, Malcolm C., "Early French advocates of religious freedom", in *The Sixteenth Century Journal*, vol. 25, N° 1, Kirksville, Missouri, 1994.
- SMITH, Steven D., "The tenuous case of conscience", in *Legal Studies Research Paper Series*, N° 05-02, University of San Diego School of Law, 2004.
- SOLAR CAYÓN, José Ignacio, "Fundamentos filosóficos y jurídicos de la tolerancia religiosa en Europa (siglos XVI-XVIII): el camino hacia la libertad", en *Mélanges de la Casa de Velázquez*, vol. 44, N° 1, Madrid, 2014.
- STARCK, Christian, "Raíces históricas de la libertad religiosa moderna", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 47, Madrid, 1996.
- TORRES RUIZ, José Ramón, "El concepto de tolerancia", en *Revista de Estudios Políticos*, N° 48, Madrid, 1985.
- TUCK, Richard, "Skepticism and toleration in the 17th century", in Susan MENDUS (ed.), *Justifying toleration. Conceptual and historical perspectives*, Cambridge-New York, Cambridge U.P., 1988.
- TURCHETTI, Mario, "Concorde ou tolérance? de 1562 à 1598", in *Revue Historique*, tome 274, N° 2, Paris, 1985.
- TURCHETTI, Mario, "Concorde ou tolérance? Les Moyenneurs à la veille des guerres de religion en France", in *Revue de Théologie et de Philosophie*, N° 118, Lausana, 1986.
- TURCHETTI, Mario, "Religious concord and political tolerance in 16th and 17th century France", in *The Sixteenth Century Journal*, vol. 22, N° 1, Kirksville, Missouri, 1991.
- TURCHETTI, Mario, "À la racine de toutes les libertés: la liberté de conscience", in *Bibliothèque d'Humanisme et Renaissance*, tome 56, N° 3, Paris, 1994.
- VAN EIJNATTEN, Joris, *Liberty and concord in the United Provinces. Religious toleration and the public in the eighteenth-century Netherlands*, Leiden-Boston, Brill, 2003.
- VAN GELDER, H. A. Enno, *The two reformations in the 16th century. A study of the religious aspects and consequences of renaissance and humanism*, The Hague, Martinus Nijhoff, 1961.
- VAN GELDEREN, Martin, "Arminian trouble: Calvinist debates on freedom", in Quentin SKINNER & Martin VAN GELDEREN (eds.), *Freedom and the construction of Europe*, Cambridge-New York, Cambridge U. P., 2013, vol. 1: "Religious and constitutional liberties".

- VERMEERSCH, S.J., Arthur, *Tolerance*, London, R.&T. Washbourne, 1913. [1912].
- VOLTAIRE, *La voix du sage et du peuple*, 1750, disponible en <http://sweet.ua.pt/fmart/vsage.htm> [fecha de consulta: 23 de diciembre de 2017].
- VOLTAIRE, *Traité sur la tolérance*, 1763, disponible en www.gutenberg.org/ebooks/42131 [fecha de consulta: 12 de diciembre de 2017].
- WALLACE, E. Gregory, “Justifying religious freedom: the Western tradition”, in *Penn State Law Review*, vol. 14, N° 2, Carlisle, 2009.
- WALSHAM, Alexandra, *Charitable hatred. Tolerance and intolerance in England, 1500-1700*, Manchester, Manchester U.P., 2006.
- WALZER, Michael, *La revolución de los santos. Estudios sobre los orígenes de la política radical*, Buenos Aires, Katz, 2008. Edición en inglés: *The revolution of the saints. A study in the origins of radical politics*, 1965.
- WALZER, Michael, “Liberalism and the art of separation”, in *Political Theory*, vol. 12, N° 3, Princeton, 1984.
- WALZER, Michael, *Tratado sobre la tolerancia*, Barcelona, Paidós, 1998. Edición en inglés *On toleration*, Yale, Yale U.P, 1997.
- WASHINGTON, George, “To the Hebrew congregation in Newport” [edición de 1790], in William B. ALLEN (ed.), *George Washington: a collection*, Indianapolis, Liberty Fund, 1988.
- WILLIAMS, George Huntston, *La Reforma radical*, México, FCE, 1983. Edición en inglés *The radical Reformation*, 1962.
- WILLIAMS, Melissa S. & WALDRON, Jeremy (eds.), *Toleration and its limits*, Nomos XLVIII, New York-London, New York U.P., 2008.
- WILLIAMS, Roger, *The bloody tenent of persecution for cause of conscience* [1644], in James Calvin DAVIS (ed.), *On religious liberty. Selections from the works of Roger Williams*, Cambridge-London, The Belknap Press of Harvard U.P., 2008.
- ZAGORIN, Perez, *How the idea of religious toleration came to the West*, New Jersey, Princeton U.P., 2003.

NOTAS CRÍTICAS SOBRE LA LEGALIDAD DEL PROCESO A TOMÁS DE FIGUEROA

(CRITICAL NOTES REGARDING THE LAWFULNESS OF THE PROCESS TO TOMÁS DE FIGUEROA)

*Eduardo Andrades Rivas**

Resumen

El artículo analiza los hechos constitutivos del llamado “Motín de Figueroa”, con especial énfasis en la reacción de las autoridades juntistas de 1811 y la instrucción del proceso que culminó con el asesinato del teniente coronel Tomás de Figueroa y Caravaca, todo ello desde una perspectiva crítica, que revisa la versión tradicional sobre la vulneración de las instituciones jurídicas vigentes al momento de ocurrir el acontecimiento, por parte de las autoridades gubernativas.

Palabras clave: Pronunciamiento, Tomás de Figueroa, Juan Martínez de Rozas, Real Audiencia, proceso ilegal.

Abstract

The article analyzes the facts that constitute the so-called “Figueroa’s riot”, with an special emphasis on the reaction of the authorities of the Junta of 1811 and the instruction of the process that culminated in the murder of Lieutenant Colonel Tomás de Figueroa y Caravaca, all from a critical aspect, which reviews the traditional version on the violation of the Legal Institutions in force by the governmental authorities, at the time of the event.

Keywords: Statement, Tomás de Figueroa, Juan Martínez de Rozas, Real Hearing, illegal process.

* Magister en Humanidades con mención en Historia Clásica. Profesor titular Facultad de Derecho Universidad del Desarrollo, Concepción, Chile. Artículo enviado el 27 de marzo de 2018 y aceptado para su publicación el 2 de septiembre de 2018. Correo electrónico: eandrade@udd.cl.

I. Introducción¹

Los historiadores de la república dieron nombre a los inicios del proceso de secesión de nuestro país, respecto de la monarquía hispánica con la ambigua nomenclatura de Patria Vieja. Bajo esta denominación se contiene una serie variopinta de hechos concatenados que, para estos historiadores liberales clásicos², comenzaban con la muerte del gobernador y capitán general Luis Muñoz de Guzmán –a inicios de 1808– y concluían con la victoria de las tropas chilenas fidelistas en Rancagua, el 1 y 2 de octubre de 1814.

El periodo se caracterizó, según dichos relatos, por ser un tiempo de experimentación en política, donde los juntistas y luego patriotas fueron

¹ El presente estudio forma parte de una investigación mayor, de carácter doctoral, del autor, intitulado: *Los inicios del mito fundacional republicano (estudio histórico jurídico sobre la Patria Vieja en Chile)*, tesis doctoral, programa de Doctorado en Derecho Público, Madrid, UNED, Facultad de Derecho, 2018.

² Sin desmerecer la obra de los clásicos, sostiene Simon Collier: “...muchos de los historiadores más célebres del siglo pasado [el XIX] y del siglo actual [XX] dedicaron o han dedicado sus mejores esfuerzos al tema de la independencia, creando narraciones excelentes, de gran precisión y de gran color. El cultivo del arte de la historia ha formado un aspecto clave de la tradición cultural de Chile, donde, en el siglo XIX, como lo apunta certeramente Jaime Eyzaguirre, ‘escribir historia fue signo de calidad intelectual’. En el año 1910 un distinguido peruano, José de la Riva Agüero, se refirió con cierta envidia a ‘la numerosísima legión de historiadores que ha engendrado Chile, país privilegiado en esto’. Basta con mencionar los nombres del gran triunvirato decimonónico –Diego Barros Arana, Miguel Luis Amunátegui, Benjamín Vicuña Mackenna–, todos los cuales se dedicaron, por lo menos en parte, al estudio de la independencia y sus antecedentes”. Véase Simón COLLIER, *Ideas y política de la independencia chilena 1808-1833*, p. 1 s. No obstante, es necesario introducir matices. La cercanía de los historiadores indicados con los sucesos que narraban y su vinculación con la nueva ortodoxia que preconizaba la historiografía oficial de la república liberal, desde Claudio Gay en adelante, motivó que sus interpretaciones se alejaran, de forma sistemática, de los hechos ocurridos. Sobre el particular, en un interesante artículo, el doctor Javier Infante alude con precisión a este punto al sostener que: “Las pasiones que aún despertaba la guerra de Independencia, vivas aun cuando esta escuela estaba en su apogeo, distorsionó la visión que estos historiadores plasmaron en sus obras. La cercanía con los hechos objeto del estudio la engeguició ante la realidad. Su tratamiento muchas veces abiertamente parcial a favor de la causa de la Independencia, manifestado tanto en la aceptación de los argumentos que sustentaban aquella postura y la consecuente omisión o preterición de los argumentos en contra –sin siquiera mencionar el tratamiento que se daba a los principales personajes de uno u otro partido– son sin duda un defecto que resta valor a los trabajos de la época”. Javier Infante consigna, incluso, un factor externo, pero de gran influencia sobre los historiadores clásicos: la guerra de Chile contra España en 1865-1866, en la precisa época en que estos autores escribían sobre la independencia. De ahí que se enfatizaran todos los testimonios “antiespañoles”. Véase Javier Francisco Jesús INFANTE MARTÍN, “La historiografía constitucional en la formación nacional de Chile: 1810-1833, enfoques y discusiones”, p. 749.

poco a poco ensayando fórmulas pacíficas de autonomía política en medio de un clima universal de apoyo del pueblo y de las capas dirigentes, que tomaban conciencia de la necesidad de independencia frente al supuesto despotismo español que había separado a la sociedad en sectores irreconciliables, más propios del África o de la India británicas que de la América indiana, mestiza y barroca³. La violencia del periodo solo se explicaría por la llegada al poder de los hermanos Carrera y la posterior decisión del virrey José Fernando de Abascal, de enviar tres expediciones militares compuestas por españoles fanáticos que sembraron el país de muertos en su afán por sofocar la llama de la libertad que anidaba en las mentes y corazones de los criollos.

Esta versión interesada y repetida a lo largo de generaciones, incluso por los textos de estudio de la enseñanza secundaria, contribuyó a dar forma a lo que se ha denominado el “mito fundacional republicano”⁴. Pero

³ Al respecto estimaba Benjamín Vicuña Mackenna: “En general, una profunda separación de clases que hizo a la sociedad chilena la más pobre de América y la más aristocrática y altiva. Así, mientras la plebe no tenía ni siquiera derecho al trabajo, los ociosos nobles pasaban su vida haciendo y rehaciendo sus árboles genealógicos. Entre ellos, una distancia enorme, no sólo entre nobles y plebe, sino también en todas las gradaciones intermedias entre sí”. Estas caricaturas, obviamente sin respaldo en los hechos históricos, eran abundantísimas en la segunda mitad del siglo XIX. Véase Benjamín VICUÑA MACKENNA, *Historia crítica y social de la ciudad de Santiago, 1541-1868*, p. 440.

⁴ “Este mito que vislumbra al período colonial como nefasto y a la independencia como la luz que empuja al carro del progreso es sólo una de las interpretaciones que se han dado a este proceso. Existen otras, como la de Hernán Ramírez Necochea, que la explica desde la tesis de un empresariado criollo que se opone a las medidas económicas de la Corona, o la de Mario Góngora, que plantea un reencuentro con la raíz hispánica de Chile.

No obstante, la que caló más hondo fue la versión liberal, dada entre un pequeño círculo de intelectuales de esta tendencia en la capital del país. No es difícil reconstruir esta versión de los hechos: marcado descontento en las colonias, espíritu de crítica dado por la Ilustración, prisión de Fernando VIII, mala administración del gobernador García Carrasco, sólo por nombrar algunos elementos.

¿Cuál es la diferencia entonces? ¿Por qué caló más hondo esta versión y no las otras? Por una razón más sencilla de lo que parece. Es el que genera mayores grados de identidad y al que se puede recurrir muchas veces en tanto se utilice bien. Ahí se encuentran los héroes que dieron la vida por una causa, allá están los mártires que perecieron en la búsqueda de un elemento común, por el otro lado están quienes pensaron una gran casa para albergarnos a todos. En el pasado están las personas que son modelos a seguir y hechos que permiten confrontar a un grupo “oprimido” contra otro “de gran poder” al que hay que vencer.

Esta interpretación, liderada por los historiadores liberales –que veían en la historia un camino ascendente que llevaría al hombre a la libertad- calzaba perfecto con las ambiciones de los grupos de poder de construir un Estado que permitiera dejar contentos a comerciantes, mineros y empresarios por igual y generar identidad en los sectores

sus afirmaciones se encuentran muy lejos de la realidad, de los hechos y de los documentos históricos que se conservan en los archivos públicos y privados⁵, aunque muchos de ellos hayan sido escasa o nulamente estudiados hasta hoy. Pues no ha existido auténtico deseo de someter las afirmaciones del mito a un examen crítico⁶.

Con todo, la fuerza del mito alcanza al presente y se repite una y otra vez en forma más o menos inconsciente por una mayoría de quienes se interesan por informarse sobre la historia de los inicios de la secesión⁷.

populares, que más que andar peleando por causas ajenas, luchaban por sobrevivir en un medio hostil". Así lo afirma Diego VRSALOVIC en "Los mitos de la construcción de Chile".

⁵ La más importante de las colecciones de fuentes históricas del periodo, que se editaron en Chile, fue la *Colección de historiadores y documentos relativos a la historia nacional*. El proyecto editorial fue concebido para dejar testimonio de múltiple documentación, crónicas y antecedentes de carácter histórico que sirvieran en el futuro para escribir la historia del país. El Estado asignó mínimos fondos para apoyar el proyecto, por lo que este pasó por periodos en que se detuvo casi por completo. El tomo I se tituló "Colección de historiadores de Chile y de documentos relativos a la historia nacional". Fue publicado en 1886 bajo la dirección de Domingo Arteaga Alemparte. Esta colección llegó a contar con cincuenta y siete volúmenes, destinados al periodo de la monarquía hispánica y entre los que, para los efectos de esta investigación, destaca el tomo XXXIX de José Toribio Medina, que se dedicó a las Actas del Cabildo de Santiago durante la Patria Vieja. Paralelamente, el mismo José T. Medina inició la publicación de otra obra llamada *Colección de documentos inéditos para la historia de Chile*. Editada entre 1888 y 1902 se publicaron treinta volúmenes y tras la muerte del insigne polígrafo, desde 1957 se publicaron otros siete. A fines del siglo XIX, Enrique Matta Vial propuso a José T. Medina y a Domingo Amunátegui Solar que se editara una colección dedicada en exclusiva a la Independencia. José T. Medina cedió a Enrique Matta valiosos documentos destinados a publicarse en la nueva colección que entre 1900 y 1914 logró editar veintiséis volúmenes. La obra fue intitulada *Colección de historiadores i de documentos relativos a la independencia de Chile*. Los primeros catorce tomos fueron obra de Enrique Matta. Luego Luis Thayer Ojeda, entre 1909 y 1914 editó ocho adicionales. Moisés Vargas editó dos más y Miguel Varas se encargó de un tomo, el 23. Desde 1914 a 1930 la *Colección* languideció por falta de fondos. Fue en 1930 que Guillermo Feliú Cruz dio nuevo impulso al proyecto logrando la edición de otros dieciséis tomos que se culminaron en 1964. Véase el sitio web Memoria Chilena. Disponible en www.memoriachilena.cl/602/w3-article-3341.html [fecha de consulta: 8 de agosto de 2018].

⁶ "La actitud crítica, la única científica, y que implica el necesario balance, por medio del cual se pueda asignar méritos o tachas a los protagonistas de la inmensa convulsión que entre 1810 y 1825 destrozara el imperio español, no tiene lugar. Y si obtiene alguna inserción académica deberá permanecer en ella, aislada, confinada en un lazareto intelectual, expresa y muy efectivamente privada de cualquier acceso a lo que se considera 'la niña de los ojos' de los que saben de qué va la cosa: los medios de comunicación social". Véase José Manuel GONZÁLEZ, "La cueca larga de los Pincheira, un protocarlismo criollo", p. 125.

⁷ Véase María Antonieta MENDIZÁBAL CORTÉS y Jorge RIFFO PASTRANA, *Texto del estudiante, Historia, Geografía y Ciencias Sociales, 2° medio*, p. 96 ss., Verónica MÉNDEZ MONTERO et al., *Guía didáctica para el profesor, incluye texto para el estudiante, Historia,*

Una pregunta puede servir para aclarar la falsedad del mito: si la idea de la secesión o independencia llegó a ser tan universalmente compartida, en medio de un ambiente de amplio consenso ciudadano, ¿por qué, entonces, el proceso tuvo que demorar ocho largos años y se resolvió a punta de cañonazos? La respuesta, aunque compleja, es clara: porque ese ambiente de consenso y apoyo ciudadano nunca existió. Como tampoco existieron esas tropas de peninsulares “sarracenos” que sojuzgaron al país en medio de una supuesta “reconquista” que marcó el inicio de la violencia.

Lo que se llamó revolución de independencia es hoy considerada una guerra civil entre chilenos, donde la participación de peninsulares fue mínima, o cuando ocurrió fue, muchas veces, en favor de los secesionistas. La realidad es que la inmensa mayoría de la población –en especial el pueblo llano– era fidelista, pues era el único régimen político que se conocía, y entre las capas dirigentes, quienes ansiaban hacerse con el gobierno eran una muy reducida cantidad de familias de la aristocracia de origen vascongado, que ya detentaban el poder económico y social y ahora deseaban también gobernar.

El propósito de esta investigación es establecer que la violencia que quebró el orden social y el Estado de derecho no se inició con las expediciones militares patrocinadas por el marqués de la Concordia, el irreducible virrey de Lima, Fernando de Abascal⁸, ni tampoco con la asunción al mando supremo de José Miguel de Carrera y sus hermanos, sino por la acción de los miembros de la propia junta de gobierno de 1810, sobre todo, por la decisión de Juan Martínez de Rozas, quien estuvo dispuesto a las medidas de mayor violencia y crueldad con tal de consolidar su control sobre el gobierno del reino, que se había iniciado en medio del gran fraude orquestado en el llamado Cabildo Abierto de 18 de septiembre de 1810, con una junta de gobierno, nominada por una ínfima minoría del propio vecindario de Santiago⁹. A falta de apoyo social, Juan Martínez de Rozas estuvo dispuesto a usar las bayonetas y los cañones.

En esta política se inscribe la tragedia derivada del fracaso del pronunciamiento militar en contra de la Junta, protagonizado por el teniente coronel fidelista, Tomás de Figueroa y Caravaca. Es el episodio en que por

Geografía y Ciencias Sociales, 2° educación media, 144 pp. y Lucía SANTIBÁÑEZ GALLEGUILLOS Paola, MUÑOZ ARAYA y Jorge RIFFO PASTRANA, *Guía didáctica del docente, Historia, Geografía y Ciencias Sociales, 2° medio*, pp. 44 ss.

⁸ Por otra parte, es indiscutible que las tropas que envió a Chile, bajo el mando de Antonio Pareja, Gabino Gaínza y Mariano de Osorio, eran en su casi totalidad chilenas, soldados profesionales de la frontera de Arauco, valdivianos, chilotes y penquistas.

⁹ Véase el estudio sobre dicho episodio en Eduardo ANDRADES RIVAS, “Notas sobre la obra de Fray Melchor Martínez, un defensor de la causa del Rey en Chile”, pp. 95-144.

primera vez se produce, en el corazón de la vieja ciudad fundada en el siglo XVI, el estallido de una lucha violenta que se decidió mediante el uso de la artillería. Y fue también el momento en el que se quebró por fin, todo el sistema jurídico institucional de la monarquía, pues la Junta o más bien Juan Martínez de Rozas, asumió poderes dictatoriales haciendo ejecutar al prócer en un juicio carente de toda legalidad, mediante el expediente a una comisión especial o tribunal *ad hoc*.

II. Antecedentes del pronunciamiento de Tomás de Figueroa, un problema de aproximación en las fuentes históricas

El episodio que aquí se analiza constituye uno de los contrastes más notorios entre la obra del historiador del Rey, fray Melchor Martínez y el primer historiador de la república, Claudio Gay. Mientras que el primero narra detalladamente los hechos ocurridos el 1 de abril de 1811, en la crónica del segundo se encuentran apenas referencias marginales¹⁰.

Aun cuando en la historia de Claudio Gay se contienen algunas poquísimas informaciones –pues en los apéndices relativos a los protagonistas del pronunciamiento de Tomás de Figueroa, el naturalista francés obtuvo datos mediante entrevistas con personalidades de la época¹¹– es en la *Memoria histórica...* de Melchor Martínez donde se narra con gran colorido lo que sucedió en efecto¹².

¹⁰ Es en el tomo V de su *Historia de Chile* donde el botánico francés describe con suma brevedad los hechos (en menos de cinco páginas), sin detalle alguno y sin emitir juicios sobre la ilegalidad de la muerte del prócer. De hecho, sostiene que, de la conversación de Tomás de Figueroa con los oidores de la Audiencia, en el momento mismo del enfrentamiento del 1 de abril, no se tienen antecedentes. Es decir, se silencian los datos históricos de sobra conocidos. Véase Claudio GAY, *Historia física y política de Chile*, tomo V, pp. 105 a 109.

¹¹ La única mención de Claudio Gay a la figura del prócer Tomás de Figueroa, pero no al pronunciamiento, se inserta en el volumen III de documentos de su historia de Chile, en el contexto de una entrevista que sostuvo muchos años después de ocurridos los hechos, con Juan Miguel Benavente. En ella se informa que Tomás de Figueroa, “comandante del batallón de infantería de Concepción (sic)” se puso de parte de la Junta a cambio de la promesa de Juan Martínez de Rozas de concederle un ascenso. No existe prueba alguna de esta afirmación, que parece, a todas luces, falsa. Tomás de Figueroa viajó a Santiago de buena fe, para servir de apoyo a Juan Martínez de Rozas en su labor de vocal de la Junta, pero nada dice sobre el 1 de abril de 1811. Véase Claudio GAY, *Historia física y política de Chile, Documentos* tomo III, p. 14.

¹² Los hechos relatados deben ser complementados con la fuente contemporánea del *Diario* de Manuel Antonio Talavera y la biografía de Benjamín Vicuña Mackenna sobre el prócer Tomás de Figueroa, que contiene la copia del irregular proceso que se le

Tomás de Figueroa y Caravaca era un militar de noble cuna que había emigrado a Chile a temprana edad, teniendo como destino los presidios de Valdivia¹³.

Numerosas son las causas que se encuentran en el origen del alzamiento del 1 de abril de 1811. En primer lugar, ha de reiterarse la constante actitud de la Junta de desconocer los sentimientos fidelistas de gran parte de la población, de la capital del reino. El constante hostigamiento que sufrían los realistas por parte de las autoridades juntistas había exacerbado las tensiones políticas al punto de que no era posible ignorar la fractura social que se había provocado. Mientras que las demás ciudades del reino ya habían elegido los diputados al Congreso, las fricciones entre el Cabildo santiaguino y la Junta terminaron por postergar las elecciones para el primer día de abril. Además, el Cabildo había logrado aumentar la cantidad de diputados que le correspondían de seis a doce, con lo que obtendría una desmedida representación en el Congreso.

Por su parte, la decisión de la Junta, de enviar los refuerzos de tropas a Buenos Aires, había enturbiado las relaciones entre Juan Martínez de Rozas y el teniente coronel Tomás de Figueroa. El líder militar, que

siguió y concluyó con su sentencia de muerte. Véase Manuel Antonio TALAVERA, *Diario de don Manuel Antonio Talavera (mayo a octubre de 1810)*, pp. 141 y Benjamín VICUÑA MACKENNA, *El coronel don Tomás de Figueroa, estudio crítico según documentos inéditos sobre la vida de este jefe y el primer motín militar que acaudilló en la plaza de Santiago el 1° de abril de 1811, i su proceso*, 336 pp.

¹³ Los detalles de su vida resultan fascinantes aun para la mentalidad escéptica de nuestros tiempos. De joven integró las filas de los Guardias de Corps del Monarca. Joven, apuesto, galante y apasionado se vio involucrado en una aventura con una anónima dama de la corte de Madrid. Descubierto por sus superiores en flagrante delito prefirió acusarse a sí mismo de haber hurtado una pieza de plata antes que descubrir la identidad de la dama, por lo que fue condenado a muerte, condena que aceptó con estoicismo. En el último momento la pena le fue conmutada por el extrañamiento a la lejana Valdivia. Allí inició una larga y destacada carrera militar que le valió llegar a ser la tercera autoridad del reino, tras el gobernador y el intendente de Concepción. Participó en las últimas campañas contra los caciques araucanos rebeldes contra la Corona, refundó la heroica ciudad de Osorno en nombre del Rey, Castilla y el apóstol Santiago y reorganizó las tropas del Ejército de la Frontera de acuerdo con las más modernas políticas de estrategia militar. La mejor y hasta hoy única biografía del prócer fue escrita por Benjamín Vicuña Mackenna a fines del siglo xix y es la que se ha tenido a la mano para escribir estas breves notas. Véase VICUÑA MACKENNA, *El coronel...*, *op. cit.* Fray Melchor Martínez lo describe en estos breves, pero decisivos términos: "El Coronel D. Tomás de Figueroa, reconquistador de Osorno y fundador del fuerte de Alcudia, Jefe de los Veteranos de Infantería de Concepción, determinó sofocar, de mano armada, la recién nacida Junta, y para ello se presentó al Acuerdo de los Ministros de la Audiencia a hacer una manifestación de su proyecto". Véase fray Melchor MARTÍNEZ, *Memoria histórica sobre la revolución de Chile desde el cautiverio de Fernando VII hasta 1814. Escrita por orden del Rey por fray Melchor Martínez*, tomo I, p. 337.

había originalmente viajado a Santiago en compañía de Juan Martínez¹⁴, a ruego de este último, que deseaba tener junto a sí al prestigioso oficial, se oponía a que sus tropas veteranas de la frontera se enviaran fuera del reino. En ello, existe una perfecta coherencia con las determinaciones y planes de defensa que la Junta de Guerra de Concepción había delineado con anterioridad. El envío de los soldados, al otro lado de los Andes, suponía prescindir de las mejores tropas disponibles para la protección del país. Una junta de guerra efectuada en Santiago confirmó los temores indicados. En ella, Tomás de Figueroa solicitó con prudencia, que fuera el propio Cabildo de Santiago quien se hiciera responsable de tomar la decisión final¹⁵.

¹⁴ Debe recordarse que don Tomás era el comandante de las tropas veteranas del ejército del Rey estacionadas en Concepción y que se había trasladado a Santiago solo a ruego de Juan Martínez de Rozas, dada la cercanía y amistad que les unía, pues este último temía que la opinión de los santiaguinos se volviera con rapidez, en su contra, como en efecto ocurrió. Véase VICUNA MACKENNA, *El coronel...*, *op. cit.*, p. 64 s.

¹⁵ En la Ciudad de Santiago de Chile en tres días del mes de marzo de mil ochocientos once. Estando presentes en la sala de despacho de este palacio los señores que componen la Excelentísima Junta del Reino y demás del Consejo de Guerra, el Procurador General de Ciudad, los dos alcaldes ordinarios y el Regidor don Agustín de Eyzaguirre para tratar de contestar un oficio recibido de la Excelentísima Junta de Buenos Aires con fecha 18 de febrero último en el cual pide auxilio de tropas a este reino en virtud de los ofrecimientos que se le habían hecho de ellas en otro del 6 del mismo, y oídos los pareceres de los antedichos señores que componían el citado Consejo de Guerra y de los del Ilustre Ayuntamiento, dieron los siguientes:

El Sargento Mayor don José Joaquín Guzmán dijo que se procurase salvar con honor el ofrecimiento, hecho por esta Excelentísima Junta a la de Buenos Aires.

El Teniente Coronel de los reales ejércitos don Juan Miguel de Benavente opinó que, debían mandarse mil hombres de socorro.

El de la misma clase, don Juan de Dios Vial, fue de la propia opinión.

El Sargento Mayor de asamblea don José María Botarro, que se mandase la gente que tuviese a bien esta Excelentísima Junta en socorro de la patria y religión.

El señor Coronel de Milicias Conde de Quinta Alegre, que, no pareciéndole de absoluta necesidad esta remisión, creía oportuno no hacerla.

El Teniente Coronel de los reales ejércitos don Juan Manuel de Ugarte, que conceptuaba precisos mil hombres.

El señor Coronel de Milicias don Antonio Mendiburu, opinó de la propia suerte.

El Sargento Mayor don Juan José Carrera dijo, que habiendo sido falsa la noticia de la gente que se suponía traer al señor Elío y que motivó el ofrecimiento de esta Junta, no parecía bien, en vista de nuestra necesidad de gente veterana, despojarnos de ella, y remitirla.

El señor Coronel don José Pérez García, que podrían remitirse de las tropas de Concepción y de los demás partidos del reino de 300 a 400 hombres, oyendo primero al Ilustre Ayuntamiento de esta Capital.

El Teniente Coronel don José Santiago Luco, que no se enviasen tropas algunas.

El Teniente Coronel don Tomás de Figueroa, que convendría reunir al Ilustre Cabildo de la capital y hacer lo que éste resolviera.

En la jornada anterior a la celebración de las elecciones, se produjo una última conferencia entre los líderes juntistas y las autoridades militares encabezadas por Tomás de Figueroa. La discusión terminó en una agria polémica donde Juan Martínez de Rozas impuso su parecer. La Junta, a instancias de este último, dictó un decreto en el que ordenaba el envío de cuatrocientos hombres de tropas regulares para auxiliar a la Junta argentina: trescientos eran de infantería de la frontera y cien jinetes¹⁶.

Paralelamente, las últimas compañías, que compondrían la expedición militar a Buenos Aires, estaban en camino a Santiago desde el sur. Sin embargo, los hechos se precipitaron.

El señor Marqués de Monte-Pío, Coronel de milicias, que fuesen algunos de los vagamundos y se hiciese lo que opinase el señor Procurador de Ciudad.

El señor Coronel de los Reales Ejércitos, don Domingo Díaz Muñoz, que conviniendo salvar el ofrecimiento hecho por esta Excelentísima Junta, se mandasen 500 hombres, pagados por la de Buenos Aires, con la calidad de reemplazarlos de los cuerpos de donde se sacaren y, si era posible, desarmados, contemplando que este servicio cede en beneficio del Rey y de la patria.

El señor Coronel, Comandante del Real Cuerpo de Ingenieros, don Manuel Olaguer Feliú, que no convenía enviar tropas veteranas, por la necesidad que hay de ellas en el reino para nuestra defensa y lo más que opinase el Procurador General: y éste con los alcaldes ordinarios.

Doctor don Joaquín de Echavarría. Don Javier Errázuriz y el Regidor don Agustín de Eyzaguirre dijeron, que siendo mucho mayor la necesidad de tropas y de armas en nuestro reino, no convenía deshacernos de ellas, y, de consiguiente, que no debían mandarse; con lo que se concluyó este acuerdo como lo firmo.

José Gregorio de Argomedo, Secretario”. Véase MARTÍNEZ, *Memoria histórica...*, op. cit., tomo I, p. 204 s.

¹⁶ “Considerando la Junta Provisional de Gobierno que en las actuales peligrosas circunstancias en que se halla la España de ser subyugada por las fuerzas superiores del usurpador José Bonaparte, es del mayor interés para nuestro desgraciado Rey Fernando que las Provincias del Río de la Plata, así como este reino, se mantengan en el orden, forma y constitución que han adoptado para conservarse en todo evento estos preciosos restos de sus dilatados dominios;

Ha acordado y resuelto:

Que se auxilie a la ciudad de Buenos Aires con cuatrocientos hombres de tropas veteranas armadas;

Que para esto se hagan venir de Concepción doscientos hombres de Infantería y cien de Caballería;

Que del Batallón de Granaderos de esta capital se saquen los cien hombres restantes, extrayendo once de cada una de las compañías, las que quedarán reducidas al pie y fuerza de sesenta y cuatro por cada una, mientras que otra cosa no se determine;

Y que para su ejecución se libren las más prontas, y activas providencias.

Doctor Martínez de Rozas.- Carrera.- Reyna.- Rosales”. Véase MARTÍNEZ, *Memoria histórica...*, op. cit., tomo I, p. 213.

III. *El pronunciamiento de Tomás de Figueroa, improvisación y arrojo*

Antes de resumir las circunstancias del día del pronunciamiento¹⁷ es preciso considerar si dicha iniciativa fue el fruto de un plan bien diseñado y debidamente preparado o si, por el contrario, fue consecuencia de una serie de hechos más bien improvisados. Esta investigación lleva a concluir que el pronunciamiento fue el resultado de unas cuantas muy desafortunadas acciones que se concatenaron de improviso. Ello, porque no se cuenta con elementos de prueba que permitan suponer que el teniente coronel Tomás de Figueroa se encontraba conjurado con otros para proceder como lo hizo. Solo en su confesión judicial se puede atisbar la posible existencia de un plan o de personas que lo habrían debido apoyar. Aunque Tomás cargó por completo con la responsabilidad de lo ocurrido¹⁸. Sí, es posible descartar que los odores de la Real Audiencia hayan sido parte de algún plan concertado de antemano.

Se pasará, entonces, revista a los sucesos: las elecciones se habían fijado para realizarse el 1 de abril, en el edificio del Real Consulado, desde las siete de la mañana. La Junta ordenó que los cuerpos militares disponibles en la capital se ocuparan de la protección del recinto y de mantener el orden público.

Pero alrededor de las nueve horas de la mañana del día indicado, al comparecer el oficial al mando, Juan Miguel Benavente, ante setenta soldados del Cuerpo de Dragones de la Frontera, que se encontraban emplazados en la plazuela ubicada frente al Consulado, se produjo el estallido del conflicto. Juan Benavente habría reprendido a un cabo 1° de

¹⁷ Para denominar a los hechos protagonizados por el teniente coronel Tomás de Figueroa se utiliza la expresión “pronunciamiento” y no la de “motín”, como lo llamaron los historiadores clásicos. Ello se debe a que, si bien la improvisación fue la norma de lo ocurrido en el día de los sucesos, fue el Teniente Coronel quien lideró con claridad y valentía la reacción militar y ciudadana contra los abusos de la Junta de Gobierno, en lo que puede asimilarse a los pronunciamientos que los militares peninsulares se acostumbrarían a dar en España.

¹⁸ El profesor Arnoldo Pacheco ha sostenido que no hubo un plan político previo, ni respaldo de personalidades civiles destacadas ni una clara y decisiva acción militar. De igual modo, duda que la personalidad de Tomás de Figueroa fuera la de un caudillo, sosteniendo que carecía de carisma y fuerza. Véase Arnoldo PACHECO SILVA, “El aporte de la élite intelectual al proceso de 1810: La figura de Juan Martínez de Rozas”, p. 60. Teniendo presente los hechos y conducta del Teniente Coronel, se discrepa de la afirmación del profesor Pacheco sobre el carácter de Tomás de Figueroa. Este tenía las trazas de un personaje más propio de la épica que de la opacidad. Era querido y respetado por sus hombres y su vida tenía características novelescas.

apellido Molina o Sáez sobre el estado de las tropas¹⁹, pero este rechazó las órdenes, amenazándolo con su bayoneta, al tiempo que maldecía a la Junta y exigía el retorno del antiguo gobierno, fuere en la persona de Francisco Antonio García Carrasco o de los coroneles Francisco Javier de Reyna o Antonio Olaguer Feliú²⁰. Juan M. Benavente los conminó a volver al cuartel de San Pablo y mientras se retiraban, dieron grandes voces de “Viva el Rey, muera la Junta”. Habiendo concurrido el comandante Juan de Dios Vial, hizo el intento por hacerse obedecer, pero fue de igual manera rechazado, por lo que confirmó el envío de la tropa a sus cuarteles. Los hombres exigían la comparecencia de su jefe, Tomás de Figueroa.

Este no se encontraba entre la tropa en ese instante y su concurrencia se produjo luego de algunos minutos, cuando fue informado de lo ocurrido y se apersonó en el cuartel.

Tan simple hecho explica el carácter improvisado del pronunciamiento, llamado después despectivamente “motín” por las autoridades de la república. Los acontecimientos del día prueban que se trató más bien de una acción espontánea que de un plan bien concertado.

Las mismas tropas exigieron el arresto de los miembros de la Junta y la reasunción de Francisco Antonio García Carrasco en la gobernación del reino. Más tarde, cuando se investigaron los hechos, no pudo encontrarse antecedente alguno que probara el concierto o siquiera conocimiento del antiguo Presidente respecto de lo ocurrido.

Llegado Tomás de Figueroa al cuartel, las tropas lo aclamaron y se premunieron de municiones y armas²¹. El líder determinó que concurrirían de inmediato hasta el Real Consulado en la creencia de que encontraría allí a los miembros de la Junta y del Cabildo. Sin embargo, al llegar al recinto, se hallaba vacío.

Estimó necesario concurrir ante la Real Audiencia para ponerse a disposición del alto tribunal. Los oidores se encontraban reunidos y fueron sorprendidos por el movimiento de tropas que se congregó frente

¹⁹ Nuestras fuentes más confiables difieren pues mientras Manuel Talavera sostiene que fue Molina, Melchor Martínez, indica que su apellido era Sáez. Otros autores posteriormente le llamaron Molina. Véase Manuel Antonio TALAVERA, *Revoluciones de Chile*. y MARTÍNEZ, *Memoria histórica...*, *op. cit.*, tomo I, p. 221.

²⁰ Melchor Martínez agrega que Juan Benavente golpeó dos veces a Molina o Sáez y esto generó el rechazo de los soldados, los que rodearon al oficial y lo obligaron a retirarse, indicándole que no reconocían más superior que Tomás de Figueroa. Véase MARTÍNEZ, *Memoria histórica...*, *op. cit.*, tomo I, p. 221.

²¹ Mientras que Manuel Talavera indica que fue Tomás de Figueroa quien les distribuyó las municiones, Melchor Martínez sostiene que fueron los soldados los que abrieron los almacenes y se premunieron de lo necesario. Estas pequeñas variaciones en el relato son de interés de cara al proceso que enfrentaría luego el prócer.

al edificio situado en la plaza de Armas. El Teniente Coronel subió las escalinatas para reunirse a solas con los miembros del Real Acuerdo que se encontraban deliberando en la sala de despacho. Fray Melchor Martínez, resume el discurso del militar:

“Que las tropas de su mando y grande parte del pueblo se hallaban en conmoción por causa de las diferentes opiniones acerca del Gobierno; que supuesto que el Real Tribunal era representante y depositario de la autoridad real, le impartiera las órdenes convenientes al estado de las cosas; que él estaba pronto y dispuesto con su tropa para ejecutarlas, y defender al Rey, y a la Religión; que sus miras se dirigían a evitar toda efusión de sangre, y deseaba se aplicasen medios oportunos a la paz y unión de los diversos partidos”²².

Este fue el verdadero manifiesto o pronunciamiento que Tomás de Figueroa pronunció en esos momentos dramáticos.

Los oidores reaccionaron desconcertados al escuchar las palabras del militar. Manuel Antonio Talavera sostiene que le dijeron a Tomás de Figueroa:

“las órdenes las debía exigir de la Junta, o de la Municipalidad; que el Tribunal era sólo para mediar sobre la paz y la tranquilidad de la Patria; que su facultad no se extendía a más, ni a otra protección”²³.

Juan Martínez agrega que le pidieron al Teniente Coronel que, mientras no tuvieran contestación de un oficio²⁴, que dirigirían a la Junta, permaneciera

²² Véase MARTÍNEZ, *Memoria histórica...*, *op. cit.*, tomo I, p. 222.

²³ Véase TALAVERA, *Revoluciones...*, *op. cit.*

²⁴ Este oficio durante mucho tiempo no fue conocido. No lo incluyeron ni Manuel Talavera ni Melchor Martínez en sus obras, ni menos los historiadores clásicos, que desde Claudio Gay prefirieron ignorar el antecedente. El texto fue recién encontrado gracias a la acuciosa investigación de Benjamín Vicuña, que lo incluyó en su biografía de Tomás de Figueroa. Se reproduce a continuación:

“Excmo. Señor:

En este momento, hallándose el tribunal en su despacho ordinario, acaba de presentarse el Teniente coronel de los Rl. Extos. y comandante delas Tropas Veteranas de Concepción, Dn. Tomás de Figueroa, asociado a varios oficiales y parte del Pueblo, exponiendo que se halla ocupando la Plaza al frente de su Tropa, y que solo desea promover la causa del Rey, de la Nación, y de la Patria y que este Tral., como fiel depositario de una parte del poder de la soberanía, provea inmediatamente de remedio para evitar el sin número de males que los perturbadores del orden, e innovadores pretendían ocasionar, en inteligencia que él trataba de evitar todo desorden, y efusión de sangre. En tan críticas circunstancias urge que por instantes se sirva V. E. pasar a este Tral., en unión con el Ilte. Cabildo, o donde V.E. determine, para que se prevea inmediatamente de remedio, consultando la tranquilidad de esta capital y Reyno.

con sus tropas sin intentar cosa alguna. Lamentablemente, la respuesta de la Junta nunca llegó²⁵.

Frente a esta contestación tan evasiva como falta de energía, Tomás de Figueroa se retiró del recinto. Como toda reacción, los oidores en efecto enviaron el oficio a la Junta para salvar sus responsabilidades y dar noticia a los vocales de la Junta de lo que ocurría²⁶.

Se estima que la tímida respuesta de la Audiencia a Tomás de Figueroa prueba que aquella no estaba en condiciones de haber participado en un plan forjado ya antes para descabezar al gobierno provisional. Los oidores previeron que, si no se adoptaban medidas rápido, podría producirse una salida violenta, que fue, por cierto, lo que ocurrió.

Es preciso recordar que la Junta era presidida en ese momento por Fernando Márquez de la Plata, a cuya residencia concurrieron los demás vocales. Con celeridad inusual, tomaron la decisión de enviar al batallón de Granaderos al mando del comandante Juan de Dios Vial a enfrentar a las tropas de Tomás de Figueroa²⁷. En esta determinación se aprecia la voluntad resuelta de Juan Martínez de Rozas. No valiente, pero taimado, el doctor Juan Martínez impuso su voluntad, seguro de que si así no lo hacía podrían no vivir para contarlo.

Juan de Dios Vial intentó reunir hombres en el cuartel de San Pablo, pero lo encontró cerrado y con doble guardia. Debido a ello, concurrió al cuartel de Artillería. Allí, tomó el mando de un batallón de Granaderos sumados a dos cañones de menor calibre. En total, esta tropa bordeaba los quinientos hombres, a los que es necesario sumarle aquellos que estaban bajo el mando de Luis Carrera y Bernardo Montiel, que se juntaron a las tropas indicadas, con los que se encaminaron a la plaza de Armas, mientras que las unidades de Tomás de Figueroa, premunidas de carabinas no superaban los trescientos.

Dios guarde a V. E. muchos años.

Santiago y abril 1° de 1811.

Juan Rodríguez Ballesteros.- José Santiago Concha.- José Santiago de Aldunate, Manuel de Irigoyen". Véase VICUÑA MACKENNA, *El coronel...*, op. cit., p. 102 s.

²⁵ Con posterioridad Juan Martínez de Rozas enrostró a los oidores que nunca había recibido el oficio, pero estos habían hecho sacar copia y se la exhibieron.

²⁶ Véase MARTÍNEZ, *Memoria histórica...*, op. cit., tomo I, p. 222.

²⁷ Existe una curiosa nota marginal en la *Memoria histórica...* de fray Melchor Martínez, que solo fue incorporada por Guillermo Feliú Cruz en la edición de 1964 que se ha citado. Ella proviene de la copia manuscrita que tenía en su archivo Diego Barros Arana y afirma: "A Figueroa, desde el 21 de marzo le avisaron dos tapadas, por medio de un papel, que se ausentase de la ciudad, porque el Vocal don Ignacio de la Carrera estaba maquinando contra su vida". Véase MARTÍNEZ, *Memoria histórica...*, op. cit., tomo I, p. 228.

Ambos bandos se dispusieron frente a frente, las tropas de Tomás de Figueroa en el costado norte de la plaza frente a la Audiencia mientras que las de Juan de Dios Vial se ubicaron en el costado sur. Los dos jefes se entrevistaron brevemente en el centro de la plaza. El primero le reclamó al segundo que le entregara de inmediato el mando de sus hombres, apelando a su más alta graduación. Pero Vial se negó en rotundo, alegando que no reconocía más superior que la Junta. Así las cosas, ambos se retiraron con sus hombres. No se está completamente seguro de quién abrió fuego primero²⁸, aunque es verosímil pensar que fueron los hombres de Juan de Dios Vial. Tras la primera descarga todos los oficiales de este corrieron a esconderse detrás de los soportales de los establecimientos del portal de la Condesa y del Obispo, pero ello sirvió de justificación para que los artilleros a su orden hicieran uso de uno de sus cañones y dispararan metralla sobre los hombres de Tomás de Figueroa. El fuego del cañón causó diez muertos y numerosos heridos entre los partidarios del Teniente Coronel, quien ordenó contestar el ataque. Las descargas de fusiles se sucedieron hasta que las tropas de Tomás de Figueroa comenzaron a dispersarse, debido al nutrido fuego de artillería de Juan de Dios Vial y sus hombres. La tropa de Tomás de Figueroa acabó huyendo por las esquinas de la plaza de Armas, con lo que la línea de combate se vino abajo²⁹. En el suelo quedaron tendidos los cuerpos de numerosos hombres que habían muerto defendiendo a su Rey³⁰. Entre ellos el cabo Molina, quien había iniciado la movilización contra la Junta³¹.

²⁸ Manuel Talavera no se pronuncia al respecto, pero ello se debe a que no tuvo acceso a la información que años más tarde obtuvo fray Melchor. Los historiadores clásicos afirmarían años más tarde que el fuego se abrió por los soldados de Tomás de Figueroa, pero se sabe que el primer muerto fue uno de los mismos hombres del Coronel, por lo que resulta más verosímil que hayan sido las tropas de Juan de Dios Vial las que primero hicieron uso de sus armas. Así lo sostiene Melchor Martínez, quien indica: “En cuanto a la sustancia y prueba del delito se halla la probabilidad más general y segura, de que las tropas de Vial rompieron primero el fuego, sobre cuyo hecho he visto declaración jurada de sujeto imparcial que lo presencié, y preguntado por mí un Capitán que hizo fuego al frente de su compañía del partido de Vial, asegura no fueron los de Figueroa los que fogearon primero”. Véase MARTÍNEZ, *Memoria histórica...*, *op. cit.*, tomo I, p. 229.

²⁹ Fray Melchor Martínez apunta que el día en cuestión no había viento, por lo que la plaza quedó rápidamente inundada por el humo de los cañones y que, al amparo de este, los hombres de Juan de Dios Vial huyeron hacia el sur, mientras que los de Tomás de Figueroa hacia el norte. Pronto no quedaron más que los cuerpos de los abatidos en el suelo. Véase MARTÍNEZ, *Memoria histórica...*, *op. cit.*, tomo I, p. 222.

³⁰ La única víctima civil fue un pobre mendigo y enajenado mental al que apodaban “Pan francés” (esto se supone, porque el infeliz trabajaba como panadero) que se había apostado en las inmediaciones de la catedral a contemplar cómo los soldados se disparaban unos a otros. Una bala perdida cegó su vida. Véase VICUÑA MACKENNA, *El coronel...*, *op. cit.*, p. 102.

³¹ De la tropa de Juan de D. Vial no hubo más de un muerto y unos cuatro o seis heridos. El total de bajas fue de diez muertos y treinta heridos. La desproporción de los

Tomás de Figueroa viendo su causa perdida, proclamó en alta voz “Soy perdido, me han engañado”, enseguida corrió por el costado del edificio consistorial de la ciudad³² y alcanzó el convento de Santo Domingo, donde se acogió a sagrado³³.

Hacia las once de la mañana todo había terminado. Se informó de lo ocurrido a la Junta, que ordenó ocupar la plaza con tropas adictas y emplazó seis cañones para resguardarla. Recién a las 11:30 hrs., cuando ya no quedaba nadie en combate, Juan Martínez de Rozas, acompañado de Juan Enrique Rosales y algunos adeptos más que se le fueron reuniendo en el trayecto, se encaminó a la plaza de Armas. Acudió a la casa de Manuel de Salas, quien le prestó un caballo blanco, y montado como general, acompañado de unos cuantos dragones, se hizo presente en el lugar de los hechos, llamando a la multitud a seguirlo al grito de “¡Siganme a defender la Patria!”³⁴ y dio orden de prender al Coronel. Fácil era entender que, habiendo cesado el combate, estas expresiones no tenían el menor valor, pero era el momento de liderazgo y lucimiento personal que el vocal había elegido para cautivar a la opinión santiaguina. Los hechos posteriores demostraron que no lo consiguió.

Mientras que esto sucedía, el propio Juan Martínez de Rozas y sus incondicionales hicieron correr el rumor, completamente falso, de que se había recibido un correo de Buenos Aires donde se informaba de la victoria de la junta de gobierno trasandina sobre las tropas de Francisco Javier Elío. Este embuste fue respaldado por el repique de campanas. Su propósito era animar a los juntistas y causar desasosiego en los fidelistas, que Juan Martínez de Rozas comenzó desde ese momento a llamar “sarracenos”³⁵.

Con gran rapidez, se tuvo noticia de que Tomás de Figueroa se había refugiado en Santo Domingo, a una cuadra de distancia de la plaza. Juan Martínez de Rozas ordenó que un escuadrón de dragones rodeara la iglesia, el recinto universitario y el claustro y que otro destacamento registrara el recinto, pero la búsqueda se vio frustrada de momento al no atreverse los oficiales a violar el asilo eclesiástico.

muertos radica en que pese a ser los soldados de Tomás de Figueroa veteranos, no podían hacer frente al fuego de cañones que tenían ante sí.

³² Benjamín Vicuña que el primer intento de refugio lo hizo Tomás de Figueroa ante el convento de las Religiosas de la Victoria, pero que no teniendo respuesta se dirigió a Santo Domingo. Véase VICUÑA MACKENNA, *El coronel...*, op. cit., p. 120.

³³ Invocando el asilo eclesiástico.

³⁴ Con posterioridad este gesto grandilocuente, tan típico de general después de la batalla, le sería acremente criticado por José Miguel Carrera, quien lo acusó de cobardía.

³⁵ Véase TALAVERA, *Revoluciones...*, op. cit.

Exasperado, el vocal penquista ofreció una recompensa de quinientos pesos a quien le entregara al oficial. Acto seguido se apersonó ante los oidores del Real Acuerdo, quienes paralizados por la impresión que les provocó el combate y la muerte de tantos soldados, no atinaron a contestar. El vocal de la Junta les acusó de ser los instigadores del pronunciamiento, pero es cierto que no existían pruebas de ello, ni pudieron reunirse con posterioridad, como se verá enseguida. Los oidores respondieron que habían despachado a un mensajero con el oficio que se ha indicado y le mostraron copia del mismo. Pero el vocal no cesó en sus invectivas e insultos³⁶.

Animados por el premio prometido, los soldados registraron el convento, sin importarles las protestas del padre prior. No habiendo podido encontrar al fugitivo se aprestaban a abandonar el lugar cuando un niño les indicó el lugar donde se escondía Tomás de Figueroa. Los hombres volvieron a registrar las habitaciones siendo conducidos por el menor, quien los guió hasta la celda del padre González. Allí, en un huertillo cubierto por un parrón lo encontraron oculto debajo de una estera. Este se entregó sin oponer resistencia. Capturado por los adictos a la Junta, fue conducido encadenado a la Cárcel Pública y encerrado para ser al instante sometido a juicio sumario³⁷.

IV. El juicio a Tomás de Figueroa: entre un remedo de justicia y la barbarie

Las medidas que condujeron al juicio y ajusticiamiento del Teniente Coronel sirven para comprobar el completo quebrantamiento de la legalidad y la crueldad con que procedió la autoridad política dirigida por Juan Martínez de Rozas.

³⁶ “Martínez de Rozas negó haber recibido la Junta dicho oficio, hasta que nombrando los señores oidores la persona con quien lo habían remitido, y manifestándole una copia que habían dejado para su resguardo, le persuadieron que no habría llegado a tiempo por la precipitación o circunstancias ocurridas.

Esto no obstante, los maltrató y amenazó Martínez de Rozas, diciéndoles que estaban mal quistos y aborrecidos del pueblo y que sus vidas estaban poco seguras.

Estas palabras del Vocal fueron seguidas de otras expresiones ultrajantes en que prorrumpieron los de su comitiva contra los ministros del tribunal, y hubo alguno que dijo: “¿Por qué no matan a balazos a esos pícaros?”. Véase MARTÍNEZ, *Memoria histórica...*, *op. cit.*, tomo I, p. 223.

³⁷ Motivado solo por la cuantiosa recompensa ofrecida, el pequeño reveló el refugio improvisado del prócer. Al solicitar su recompensa como delator, Juan Martínez le entregó una de las hebillas de sus zapatos, prenda confeccionada en oro y piedras preciosas.

Junto con detener al prócer, el vocal penquista dio orden de aprehender y conducir a prisión al exgobernador Francisco Antonio García Carrasco; al hijo de Tomás de Figueroa, Manuel Antonio de Figueroa; al cronista Manuel Antonio Talavera, quien por eso fue testigo directo de lo que narra en su diario; al coronel Manuel Olaguer Feliú; al teniente de milicias Enrique Cardoso y a Julián Zilleruelo, anfitrión del brigadier Francisco A. García Carrasco en su casa de la Chimba, entre muchos otros. Es decir, se apresó a cualquiera de quien se sospechara alguna participación directa o remota en el pronunciamiento del teniente coronel Tomás de Figueroa³⁸. Juan Martínez de Rozas, preso de una inusitada obcecación, ordenó la detención, incluso, de algunos testigos de los hechos, como Pablo Izquierdo. Cuando su mujer fue a rogarle que lo liberaran, el vocal le contestó, con desmedida violencia, que solo pararía cuando viera colgar sus cabezas en la plaza de Armas³⁹.

A la par, la Junta, o más bien Juan Martínez de Rozas, ordenaba una de sus medidas más vergonzosas y extravagantes. Se alzó una horca en el centro de la plaza de Armas y en espera de ajusticiar a Tomás de Figueroa, siendo alrededor de las cuatro de la tarde, se colgó a los cadáveres de cinco de sus hombres muertos en el combate en la misma plaza unas horas antes, entre los que se contaba al cabo Eduardo Molina, que había comenzado el motín, bajo la acusación de tratarse de traidores⁴⁰. Ningún proceso, ninguna investigación, más que los hechos consumados, justificaron esta ignominia⁴¹.

Pero es en el juicio contra Tomás de Figueroa donde puede apreciarse de nuevo que los juntistas se movían en política guiados por el afán de poder de dirigir al país, y sin que les preocupara el quebrantamiento del orden jurídico y de la Constitución vigente, pues la instrucción del proceso estuvo por completo viciada al violarse casi todas las leyes que consagraban el debido proceso.

³⁸ Algunos partidarios del Rey, enterados de los sucesos, esperaban un feliz desenlace para las armas de Tomás de Figueroa. Fue el caso de marqués de Montepío, José Santos de Aguirre y Aséndegui, quien esperó en su casa, vestido de gala el resultado, pero pronto se vio desengañado. Véase Francisco Javier DE ALMOZARA VALENZUELA, *Mayorazgos y títulos de Castilla*, p. 67.

³⁹ "Visitando una señora principal, esposa de un europeo, al doctor Martínez de Rozas, Vocal de la Junta, y suplicándole con lágrimas por el alivio de su encarcelado marido, le respondió el cruel y bárbaro Vocal:

—¡No me hable V. en favor de esos perros, pues no se satisfará mi rabia hasta que vea sembrada la plaza con las cabezas de todos los europeos!". Véase MARTÍNEZ, *Memoria histórica...*, op. cit., tomo I, p. 230. En similares términos se expresa Manuel Talavera.

⁴⁰ Véase Francisco Antonio ENCINA ARMANET, *Historia de Chile, desde la prehistoria hasta 1891*, tomo VI, p. 240.

⁴¹ Véase TALAVERA, *Revoluciones...*, op. cit.

Se revisará lo que ocurrió en el momento de ser detenido Tomás de Figueroa:

- 1) El líder del improvisado pronunciamiento fue sacado a la fuerza y por delación culposa del asilo eclesiástico, garantizado por las leyes en vigencia. Esta sola circunstancia habría motivado que, en un proceso regular, se le pusiera en libertad inmediata.
- 2) El tribunal natural para enjuiciar a un militar de su grado, dado su fuero funcional, era un consejo de guerra integrado por un oidor de la Audiencia, un representante del Capitán General y un militar de más alta graduación que el juzgado⁴². Y en caso de no poder reunirse, la competencia recaía, como era natural, en la Real Audiencia. Pero, ciertamente, los juntistas encabezados por Juan Martínez de Rozas jamás habrían permitido que fueran los oidores, a los que acusaban de encontrarse conchabados con Tomás de Figueroa, los que le juzgaran.
- 3) En violación de las leyes del fuero militar y de los procedimientos legales, se constituyó una verdadera comisión especial, tribunal *ad-hoc* creado luego de sucedidos los hechos y carente de toda imparcialidad para juzgar al militar⁴³. Debe recordarse que tanto

⁴² Véase Washington REYES ABADIE, *El régimen indiano*, p. 64.

⁴³ El acuerdo arrancado por Juan Martínez de Rozas a los vocales de la Junta para constituir el tribunal *ad hoc*, sostiene: “El criminoso hecho que acaba de verse en el pueblo, comenzando por la sublevación de varios soldados de Dragones de Concepción que desobedecieron las órdenes de su comandante don Juan Miguel Benavente, hasta hacer armas contra él i contra el de la Asamblea don Juan de Dios Vial, en el día que iba a juntarse todo el pueblo para el acto más serio de elegir sus representantes en el próximo Congreso, hizo entender al actual gobierno una conspiración mui maquinada: crecieron las sospechas, cuando dentro de mui pocos momentos supo que toda la compañía se había apoderado del cuartel de San pablo, diciendo que no se rendían, ni obedecían a ninguno sino a su comandante don Tomás Figueroa, i que se les trajese a éste, al de Artillería el señor don Francisco Javier Reina, i al de ingenieros el señor don Manuel Olaguer Feliú, que ellos no querían Juntas sino el gobierno antiguo. Luego después ya se vieron realizadas las maniobras, viniendo tres de dichos soldados a presentarse a la Junta, significando, que mientras no se repusiese en el mando al señor don Francisco Antonio García Carrasco no se contenían. I cuando se tomaban las medidas más activas para acallar el tumulto i la insurrección, se supo que el indicado Figueroa se presentó a la plaza Mayor con toda la tropa sublevada i se condujo al tribunal de la Real Audiencia con ella, i que saliendo de allí mandó hacer fuego a las otras que guardaban aquellos puestos, de cuyas resultas quedaron algunos muertos, i varios heridos hasta el número de 13: siendo este delito el más grave que podía presentarse contra la patria, la relijión y el estado, se ha resuelto, que a la mayor brevedad se examinen los cómplices i se aplique a todos el más severo escarmiento, comisionándose para todo al señor vocal don Juan Enrique Rosales, con el asesor don Francisco Pérez, i secretario don José Gregorio Argomedo. Santiago, abril 1° de 1811.- Plata.- Doctor Rozas.- Carrera.- Rosales.- Argomedo, secretario”. Véase VICUÑA MACKENNA, *El coronel...*, *op. cit.*, p. 142 s.

si lo considerábamos reo de motín o sublevación militar o, por el contrario, autor de un alzamiento en contra del gobierno, la competencia de la Real Audiencia como tribunal de fuero militar o de caso de corte era indudable. Pero con la decisión tomada por la Junta en su decreto, asumía la totalidad de las competencias jurisdiccionales dejando a la Audiencia despojada de sus facultades y de su razón de ser.

- 4) El tribunal fue presidido por Juan Enrique Rosales y constituido por el asesor Francisco Antonio Pérez y el secretario Gregorio de Argomedo⁴⁴. Todos ellos eran destacados juntistas o adherentes notorios al mismo bando, por lo que carecían de toda imparcialidad. Resulta notorio que Juan Martínez de Rozas no haya querido presidir él mismo la comisión, pero con seguridad quiso aparentar prescindencia de la autoridad que condenaría al prisionero.
- 5) Los autos fueron incoados⁴⁵ recibiendo mínimas informaciones testimoniales y la confesión que voluntariamente prestó Tomás de Figueroa. En ella, el prisionero rechazó del todo las acusaciones o guardó silencio o negó los cargos. Sobre el inicio de los disparos en la plaza de Armas, sostuvo que las primeras descargas fueron hechas por los hombres de Juan de Dios Vial, una vez que se volvió de espaldas tras ser insultado por este. Sus hombres respondieron sin que les diera la orden, solo para defenderse. Con estos elementos de prueba, a todas luces insuficientes para producir convicción en un sistema legal de prueba tasada, se pronunció la sentencia de muerte.
- 6) Cabe destacar que Tomás de Figueroa no pudo siquiera firmar su confesión, pues lo habían cargado de cadenas que le impedían hacerlo. Firmó en su lugar el capitán de Granaderos, Gregorio de Echagüe.
- 7) La sentencia se pronunció el mismo día 1º, hacia las once de la noche y le fue intimada a Tomás de Figueroa. Este sostuvo, con

⁴⁴ Véase MARTÍNEZ, *Memoria histórica...*, *op. cit.*, tomo I, p. 224.

⁴⁵ El auto cabeza de proceso indica: "Por quanto conviene a la causa pública y seguridad del Gobierno, averiguar quienes hayan sido los autores causantes del tumulto causado el día de hoy, en que hizo cabeza el comandante Dn. Tomás Figueroa; con quienes hubiese liga o confederación, y quanto conduzca al esclarecimiento de tan gravísimo delito para aplicar las más severas penas a los que resulten culpados, mandó S. S. levantar este Auto cabeza de proceso, a cuyo tenor sean examinados los testigos sabedores del echo , i lo confirmo conmigo en esta ciudad de Sant°. De Chile en 1.º de Abril de 1811 años.- Juan Enrique Rosales". Véase VICUÑA MACKENNA, *El coronel...*, *op. cit.*, p. 144.

- razón y para vergüenza de sus jueces que “a la fuerza rendiría su vida, no a la sentencia que emanaba de una autoridad ilegítima”⁴⁶.
- 8) La pena capital debía ser confirmada por la Junta, que actuaba, en la práctica, como tribunal supremo, en abierta violación de todo el sistema legal, el que no le permitía usurpar funciones que solo pertenecían a la Real Audiencia. En el seno de la misma Junta se produjo una acre discusión sobre si ejecutar o no a Tomás de Figueroa. Juan Enrique Rosales y Juan Martínez de Rozas eran partidarios de aplicar de inmediato la pena capital. De la Carrera y Francisco Javier de Reyna se inclinaban por desterrarlo a perpetuidad del país. Fue el voto de Fernando Márquez de la Plata, presidente en ejercicio de la Junta, tras el corto interinato de Juan Martínez de Rozas –luego del deceso del conde de la Conquista– el que definió el destino del héroe. Fernando Márquez intentó abstenerse, sin embargo, Juan Martínez lo obligó a pronunciarse. La presión moral sobre el antiguo jurista de Indias fue demasiada y contra su recto entender, que le instaba a rechazar un proceso completamente viciado de nulidad, se inclinó por la condena a muerte. Años más tarde, Francisco Javier de Reyna sostendría que todo lo ocurrido fue una verdadera tropelía⁴⁷.
 - 9) Como bien recuerda Benjamín Vicuña, el proceso se compuso de la orden de la Junta de incoarlo, el auto cabeza del proceso y la confesión de Tomás de Figueroa. Todas las demás piezas fueron agregadas con posterioridad a su fusilamiento⁴⁸.
 - 10) En efecto, la sentencia que imponía la pena capital no fue la última resolución del espurio proceso. Con posterioridad, siguieron tomándose testimonios y recogiendo pruebas que, aunque intentaron justificar lo inaudito del proceso anterior, no lograron agregar nada relevante al proceso. Se recibieron los testimonios de Juan Miguel Benavente, cuya conducta había contribuido al estallido del conflicto, Juan de Dios Vial, José Santiago Luco, Luis Carrera Verdugo y José Joaquín Toro, todos ellos contrarios a Tomás de Figueroa y que se les habían enfrentado a balazos. Ello se funda en el deseo de los juntistas de tratar de dar expli-

⁴⁶ Véase TALAVERA, *Revoluciones...*, *op. cit.*

⁴⁷ Véase VICUÑA MACKENNA, *El coronel...*, *op. cit.*, p. 155. No obstante estas declaraciones, Francisco Javier de Reyna se vio muy comprometido al intentar justificar su conducta cuando se restauraron las autoridades indianas a partir de 1814. Véase ENCINA, *op. cit.*, p. 238 s.

⁴⁸ Véase VICUÑA MACKENNA, *El coronel...*, *op. cit.*, p. 154.

cación al quebrantamiento de la ley al haber fusilado a Tomás de Figueroa sin mediar pruebas suficientes.

- 11) El militar fue condenado oficialmente por traición, pero no se describió en qué había consistido ella, pues se le imputaba la traición a la patria y al gobierno, aunque este último solo mandaba en nombre del Rey, a quien Tomás de Figueroa había defendido⁴⁹.
- 12) No se permitió al reo apelar o recurrir de su condena, derecho asegurado por toda la legislación indiana en vigencia. Por cierto, el tribunal de apelación en sede de fuero militar era la Real Audiencia, o si se considera que se trataba de un caso de corte, juzgado por un tribunal reemplazante de la misma Audiencia, el tribunal de apelación habría sido el Real y Supremo de Indias de Madrid⁵⁰. Como se observa, si se permitía la apelación, en

⁴⁹ Dice la sentencia: "Vistos estos Autos criminales seguidos contra don Tomás Figueroa por los gravísimos delitos de insurrección contra el actual Gobierno; de haber conspirado con las tropas de Concepción y otros soldados de los cuerpos de esta capital y haber hecho fuego a otros que se hallaban guardando la Plaza Mayor de esta Ciudad por orden de esta Junta.

Dijeron los señores que la componen, que debían declararle por traidor a la Patria, y al Gobierno, y en su virtud le condenaban a la pena ordinaria de muerte, pasándolo por las armas dentro de la misma prisión en que se halla, por evitar alguna conmoción popular en las actuales circunstancias; presentándose después el cadáver al público para el debido escarmiento, y satisfacción de la causa común, dándole antes cuatro horas de término para sus disposiciones cristianas, y con el consuelo de que elija el religioso, o sacerdote que sea de su satisfacción.

Hágasele saber a esta misma hora, y ejecútese sin embargo de recurso alguno con la calidad de reo rematado.

Fernando Márquez de la Plata.- Doctor Juan Martínez de Rozas.- Ignacio de la Carrera.- Francisco Javier de Reina.- Juan Enrique Rosales.- Francisco Antonio Pérez.- José Gregorio de Argomedo, Secretario. Véase Fray Melchor MARTÍNEZ, *Memoria histórica sobre la revolución de Chile desde el cautiverio de Fernando VII, hasta 1814. Escrita de orden del Rei por Fr. Melchor Martínez*, 2ª ed, p. 101. En la edición de 1848 de la *Memoria histórica*, el texto de la sentencia se reproduce incompleto y en la tercera edición de 1964 se contiene un error de copia. Por ello hemos optado por la transcripción de la edición de 1911 que está cotejada con los originales y completa.

La notificación decía:

Notificación.

A las doce de la noche de este día notifiqué con el Teniente Coronel, y Mayor de la Plaza, el auto anterior al reo Tomás Figueroa, poniéndole al Padre de la Buena Muerte fray Camilo Henríquez para que le auxiliara, de que certifico.

José Gregorio Argomedo, Secretario.

Certificación.

A las cuatro de la mañana del día dos de abril se ejecutó la sentencia pronunciada contra Tomás Figueroa y se puso su cadáver a la vergüenza pública. Así lo certifico". Véase MARTÍNEZ, *Memoria histórica...*, op. cit., tomo I, p. 228.

⁵⁰ Véase VICUÑA MACKENNA, *El coronel...*, op. cit., p. 140.

- cualquier caso, Tomás de Figueroa habría escapado a las garras de sus perseguidores⁵¹.
- 13) La sentencia fue ejecutada en la madrugada del día 2 de abril, siendo las 3:55 hrs., en el mismo calabozo en el que se le había encerrado. Se le negó el auxilio espiritual de un capellán militar o de un sacerdote fidelista. Don Tomás había solicitado que lo asistiera su confesor Blas Alonso, pero sin considerar que la sentencia le permitía escoger a quien lo confesara, se le desconoció este derecho postrero y se le instó a confesarse a la fuerza con el connotado fraile adicto al juntismo, Camilo Henríquez⁵². Terminó aceptando este abuso a regañadientes y solo para no dar motivo de escándalo al morir sin confesarse⁵³. Testigo de todos los hechos fue Manuel Antonio Talavera, que se encontraba, providencialmente, encerrado en una celda que se ubicaba al frente de la de él y que tenía vista a la misma, a través de los barrotes de la puerta⁵⁴.
- 14) A la hora indicada, entraron en la celda del reo los oficiales encargados de ejecutar la ilegal sentencia. Uno de ellos, el joven capitán de milicias, José Diego Portales, hermano mayor del que más tarde sería el insigne ministro don Diego, hubo de atarlo a la silla para ser ajusticiado. Haciendo gala de sangre fría y caballerosidad, el héroe le dijo “amarra fuerte, capitancito”⁵⁵. Antes, el mismo don Tomás se vendó los ojos.
- 15) Fue fusilado faltando cinco minutos para las 04:00 hrs. del día 2 de abril. El cadáver del militar fue expuesto al escarnio público en la entrada de la cárcel, vistiendo solo sus ropas interiores, con su pecho perforado por las balas y la cara, en especial su quijada, destrozada por los disparos, y todo ello amarrado a la misma silla en la que fue martirizado. Luego fue arrojado a una fosa común del claustro de la Caridad destinado a los delincuentes comunes y su cabeza colgada.

⁵¹ No puede dejar de verse en esta arbitrariedad de negar apelación, la repetición de otros juicios del mismo modo falsificados, como el de santa Juana de Arco por brujería en Francia o el de la nulidad del matrimonio de la reina Catalina de Aragón o el juicio por traición de santo Tomás Moro, ambos en Inglaterra.

⁵² Tras la derrota de los patriotas en 1814, Camilo Henríquez redactó una sentida retractación de sus acciones e ideas, donde incluyó una hipócrita disculpa dirigida a la familia del héroe.

⁵³ Véase ENCINA, *op. cit.*, p. 239.

⁵⁴ Véase TALAVERA, *Revoluciones...*, *op. cit.*

⁵⁵ Véase *Ibid.* y VICUÑA MACKENNA, *El coronel...*, *op. cit.*, p. 161.

Hasta aquí la descripción pormenorizada de los hechos que condujeron al asesinato de Tomás de Figueroa y Caravaca.

Pero no cesaron con la muerte del héroe las acciones ilegales del gobierno juntista. Juan Martínez de Rozas ordenó el arresto e interrogatorio de connotados realistas, los que hubieron de ser liberados por no encontrarse la menor prueba de complicidad con Tomás de Figueroa, en su contra. Aunque, no sin que antes se les sometiera a torturas e interrogatorios y confiscaciones ilegales. Así ocurrió con Manuel Antonio Talavera, el coronel Manuel Olaguer Feliú y el infortunado expresidente, Francisco Antonio García Carrasco, quien fue interrogado, liberado y, por último, autorizado de partir al Perú donde encontró, al fin, refugio y falleció en 1813⁵⁶.

Hacia fines del periodo de la Patria Vieja, los líderes independentistas, puestos en fuga tras la victoria del ejército del Rey en Rancagua, intentaron hacer desaparecer todos los antecedentes relativos al asesinato del valiente. El general José Miguel Carrera ordenó llevar consigo rumbo a Mendoza, cruzando los Andes, todos los archivos comprometedores. Ante la dificultad de transportar los legajos optó por hacer quemar todo. Pero no contaban con que una copia fidedigna había sido obtenida antes de la huida. Dicha copia fue hecha por Mariano Egaña, joven abogado e hijo de don Juan, a requerimiento de Manuel Antonio Talavera. Es una copia que contenía todas las piezas (cuatro) del proceso hasta la sentencia de Tomás de Figueroa, pues la causa completa llegó a tener más de cuatrocientas fojas. Benjamín Vicuña Mackenna la publicó por primera vez en forma íntegra, en su biografía del héroe, editada en 1884⁵⁷.

Años más tarde, cuando la autoridad del Rey fue restaurada, el gobernador Mariano de Osorio ordenó exhumar los restos del bravo militar, cuyas osamentas fueron sepultadas con todos los honores junto al altar mayor de la catedral de Santiago⁵⁸, el 20 de febrero de 1815, en un solemne oficio presidido por el Gobernador y el obispo de Santiago, José Santiago Rodríguez Zorrilla⁵⁹.

⁵⁶ Véase Diego BARROS ARANA, *Historia general de Chile*, tomo VIII, p. 241.

⁵⁷ Una copia adicional que perteneció al oidor de Santiago Concha fue confeccionada por el mismo Manuel Antonio Talavera. Véase VICUÑA MACKENNA, *El coronel...*, *op. cit.*, p. 178 s.

⁵⁸ *Op. cit.*, p. 176.

⁵⁹ Diego Barros Arana, siempre crítico de los fidelistas, la llamaría “esa aparatosa ceremonia”. Véase BARROS ARANA, *Historia...*, *op. cit.*, tomo VIII, , p. 233. Fue fray José María Torres, editor de la *Gazeta del Rey*, quien publicó en la edición del jueves 23 de febrero de 1815 una síntesis acerca de los funerales solemnes del héroe en la catedral de Santiago de Chile.

“Por disposición del M.I.S. Presidente y Capitan General del Reino, con aprobación del Ilmo. Sr. Obispo, y á solicitud y expensas del Sr Regidor D. Manuel y D. Gonzalo

El pueblo noble y humilde asistió masivamente y en respetuoso silencio, al impresionante oficio fúnebre⁶⁰.

V. Conclusiones

Los hechos que se han narrado y las observaciones sobre el quebrantamiento del orden jurídico que implicaron, mueve a formular unas breves conclusiones:

- 1) La arbitraria e ilegal ejecución decretada por voluntad de Juan Martínez de Rozas marcó el fin de su ascendiente sobre los patrios santiaguinos, que no perdonaron al vocal de Concepción la crueldad y sevicia de la muerte del prócer, aunque este se hubiera alzado, también, en contra de los demás miembros de la Junta.
- 2) Juan Martínez de Rozas fue acusado de cobardía al designar a Juan Enrique Rosales como presidente del tribunal ilegítimo que condenó a Tomás, en vez de liderarlo él mismo⁶¹. Esta acusación sería repetida desde ese momento en adelante hasta por José Miguel Carrera.
- 3) Al hacer a Juan Martínez de Rozas personalmente responsable por el luctuoso hecho, los líderes santiaguinos procuraron deslindar sus responsabilidades concomitantes, para el eventual caso de que los fidelistas triunfaran más adelante, como en efecto sucedió. Muchos de ellos intentaron influir en el historiador del Rey, fray Melchor Martínez, tantas veces citado, a fin de que este pasara por alto su evidente participación y culpa en

de Figueroa se trasladaron este día á la Sta. Iglesia Cathedral las cenizas del benemérito Teniente Coronel D. Tomas de Figueroa que por haber pretendido restablecer con las armas á las legítimas autoridades fue primera víctima en Chile del furor de los rebeldes, que no satisfechos con condenarlo á muerte dentro el término de quatro horas, le negaron con impiedad anti Christiana el Sacerdote que solicitó para disponerse á bien morir, y llevando su venganza hasta mas delante de la muerte no permitieron á la Sta. Charidad (consuelo que no se niega aun á los mas malvados asesinos) cargase su cuerpo, y lo sepultase con decencia; obligando á quatro delinquentes lo condujesen sin séquito, y arrojasen su cuerpo en la misma Charidad donde yacía hasta la fecha sin honor". Véase fray José María TORRES OP (ed.), *Viva el Rey Gazeta del Gobierno de Chile*, tomo 1, p. 172 s.

⁶⁰ Con el tiempo y tras los giros de las armas en la guerra de secesión, que determinaron el triunfo separatista, las autoridades de la república ordenaron que el coronel Tomás de Figueroa reposase en el Cementerio General de Santiago, allí permanecen hasta hoy, en una sencilla tumba situada muy cerca de la de su bisnieto, el que sería Presidente de la República entre 1925 y 1927, Emiliano Figueroa Larraín.

⁶¹ Véase ENCINA, *op. cit.*, p. 242.

los hechos. Como toda respuesta, fray Melchor solicitó al Rey pasar a España para poder concluir su obra sin prestar atención a estas excusas interesadas⁶².

VI. Bibliografía

- ALMOZARA VALENZUELA, Francisco Javier DE, *Mayorazgos y títulos de Castilla presentes en la revolución independentista del reino de Chile*, tesis de Licenciatura en Historia, Santiago, Universidad del Desarrollo, 2008.
- ANDRADES RIVAS, Eduardo, “Notas sobre la obra de Fray Melchor Martínez, un defensor de la causa del Rey en Chile”, en *Fuego y Raya*, año 2, N° 3, Buenos Aires, 2011.
- BARROS ARANA, Diego, *Historia general de Chile*, Santiago, Editorial Universitaria, Centro de Investigaciones Diego Barros Arana, 2001, tomo VII.
- BARROS ARANA, Diego, *Historia general de Chile*, Santiago Editorial Universitaria. Centro de Investigaciones Diego Barros Arana, 2002, tomo VIII.
- COLLIER, Simon, *Ideas y política de la independencia chilena 1808-1833*, traducción de Carmen Cienfuegos W., Santiago, Editorial Andrés Bello, 1977.
- ENCINA ARMANET, Francisco Antonio, *Historia de Chile, desde la prehistoria hasta 1891*, 2ª ed., Santiago, Editorial Nascimento, 1952, tomo VI.
- GAY, Claudio, *Historia física y política de Chile*, 2º ed., Santiago, Cámara Chilena de la Construcción, Pontificia Universidad Católica de Chile, Biblioteca Nacional de Chile, 2007, tomo v.
- GAY, Claudio, *Historia física y política de Chile. Documentos tomo III*, 2ª ed., Santiago, Cámara Chilena de la Construcción, Pontificia de la Universidad de Chile, Biblioteca Nacional de Chile, 2009.
- GONZÁLEZ, José Manuel, “La cueca larga de los Pincheira, un protocarlismo criollo”, en *Fuego y Raya*, año 1, N° 1, Buenos Aires, 2010.
- INFANTE MARTIN, Javier Francisco Jesús, “La historiografía constitucional en la formación nacional de Chile: 1810-1833, enfoques y discusiones”, en *Revista de Chilena de Derecho*, vol. 41, N° 2, Santiago, 2014.
- MARTÍNEZ, Fray Melchor, *Memoria histórica sobre la revolución de Chile desde el cautiverio de Fernando VII, hasta 1814. Escrita de orden del Rei por Fr. Melchor Martínez*, 1ª ed., Valparaíso, Imprenta Europea, 1848.
- MARTÍNEZ, fray Melchor, *Memoria histórica sobre la revolución de Chile desde el cautiverio de Fernando VII, hasta 1814. Escrita de orden del Rei por Fr. Melchor Martínez*, 2ª ed., Santiago, Imprenta y Encuadernación Barcelona, 1911.

⁶² Fray Melchor MARTÍNEZ, *Memoria histórica sobre la revolución de Chile. Desde el cautiverio de Fernando VII, hasta 1814. Escrita de orden del Rei por Fr. Melchor Martínez*, 1ª ed., pp. 3-5.

- MARTINEZ, fray Melchor, *Memoria histórica sobre la revolución de Chile desde el cautiverio de Fernando VII hasta 1814. Escrita por orden del Rey por fray Melchor Martínez*, 3ª ed., editada por Guillermo FELIÚ CRUZ, Santiago, Ediciones de la Biblioteca Nacional, 1964, 2 tomos.
- MARTÍNEZ LAVÍN, Manuel, *Biografía de Juan Martínez de Rozas*, Santiago, Imprenta Albión, 1894.
- MENDIZÁBAL CORTÉS, María Antonieta y Jorge RIFFO PASTRANA, *Texto del estudiante, Historia, Geografía y Ciencias Sociales, 2° medio*, Santiago, Ediciones SM Chile S.A., 2013.
- MÉNDEZ MONTERO, Verónica *et al.*, *Guía didáctica para el profesor, incluye texto para el estudiante, Historia, Geografía y Ciencias Sociales, 2° educación media*, Santiago, Editorial Santillana del Pacífico S.A., 2009.
- Memoria Chilena, disponible en www.memoriachilena.cl/602/w3-article-3341.html. [Fecha de consulta: 8 de agosto de 2018].
- PACHECO SILVA, Arnoldo, “El aporte de la élite intelectual al proceso de 1810: La figura de Juan Martínez de Rozas”, en *Revista de Historia*, año 8, vol., Concepción, 1998.
- REYES ABADIE, Washington, *El régimen indiano*, Montevideo, Organización Tipográfica Medina, 1947.
- SANTIBÁÑEZ GALLEGUILLOS, Lucía, Paola MUÑOZ ARAYA y Jorge RIFFO PASTRANA, *Guía didáctica del docente, Historia, Geografía y Ciencias Sociales, 2° medio*, Santiago, Ediciones SM Chile S.A., 2013.
- TALAVERA, Manuel Antonio, *Diario de don Manuel Antonio Talavera (mayo a octubre de 1810)*, Santiago, Imprenta Mejía, 1901.
- TALAVERA, Manuel Antonio, *Revoluciones de Chile*. Disponible en www.historia.uchile.cl/CDA/fh_article/0,1389,SCID%253D20137%2526ISID%253D405%2526PRT%253D20129%2526JNID%253D12,00.html [fecha de consulta: 20 de febrero de 2018].
- TORRES, fray José María OP (ed.), *Viva el Rey Gazeta del Gobierno de Chile, tomo I*, Santiago, Imprenta del Gobierno de Chile, P.D.J.C. Gallardo, tomo I, N° 15, 1814-1817, edición del 23 de febrero de 1815.
- VICUÑA MACKENNA, Benjamín, *Historia crítica y social de la ciudad de Santiago, 1541-1868*, 2ª ed., Santiago, Editorial Nascimento, 1926, tomo II.
- VICUÑA MACKENNA, Benjamín, *El coronel don Tomás de Figueroa, estudio crítico según documentos inéditos sobre la vida de este jefe y el primer motín militar que acaudilló en la plaza de Santiago el 1° de abril de 1811, i su proceso*, Santiago, Rafael Jover editor, 1884.
- VRSALOVIC, Diego, “Los mitos de la construcción de Chile”, 20 de septiembre de 2012. Disponible en www.elquintopoder.cl/politica/los-mitos-de-la-construccion-de-chile/. [Fecha de consulta: 24 de mayo de 2018].

Diseño de las instituciones políticas y jurídicas

DOS CARAS DE LA JURISDICCIÓN: ANÁLISIS DE LOS PRINCIPIOS DE ACTUACIÓN DEL JUEZ Y DEL JURADO

TWO FACES OF THE JURISDICTION: ANALYSIS OF THE PRINCIPLES OF ACTION OF THE JUDGE AND THE JURY

*Carlos Manuel Rosales**

Resumen

El presente trabajo expondrá una comparación analítica y funcional de los responsables de impartir justicia: los tribunales (compuestos por jueces) y el jurado (integrado por ciudadanos). Por lo que se mostrará su naturaleza jurídica, integración e instrumentos de actuación, para confrontar cómo acciona cada uno de ellos.

Palabras clave: Jurisdicción, magistrados, principios judiciales, jurado.

Abstract

The present work will expose an analytical and functional comparison of the responsible in charge of giving justice: the Courts (composed by judges) and the jury (integrated by citizens). For what there will be showed its juridical natures, compositions and instruments of action, and to compare the functions of each them.

Keywords: Jurisdiction, Judges, Judicial Principles, Jury.

Introducción

Uno de los fines de la creación del Estado es brindar seguridad y protección a los derechos de la población; para esto, se necesita establecer un

* Magister en Derecho. Investigador del Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE), México. Artículo recibido el 24 de diciembre de 2017 y aceptado para su publicación el 23 de agosto de 2018. Correo: carmaroga@gmail.com

conjunto de leyes e instituciones, pues: “un Estado se justifica si protege los derechos y libertades de los gobernados”¹.

El objetivo de instaurar un sistema de administración de justicia se materializa en un sistema democrático, a través del establecimiento de tribunales independientes y de procedimientos jurisdiccionales para la resolución de conflictos, a fin de que se resuelvan de manera imparcial los conflictos y, a su vez, se determinen las sanciones correspondientes².

Así, en cada sistema jurídico se ha delegado la administración de justicia a jueces (especialistas en el saber jurídico) o a ciudadanos comunes (que pueden ser no especialistas, que no tienen relación con el Poder Judicial).

La siguiente investigación expondrá cuáles son las principales características y diferencias entre ambas instituciones judiciales. Por lo que es necesario comprender la facultad del Estado para ejercer sus funciones a través de la jurisdicción para, luego, estudiar qué principios deben regir las actuaciones del Poder Judicial. Posteriormente, se presentará la naturaleza jurídica de dicho tribunal, su composición, los mecanismos para su integración y la forma como valoran las pruebas. Con estos antecedentes se ofrecerá un conjunto de conclusiones que dilucidarán los caracteres distintivos entre ambos organismos jurisdiccionales.

Jurisdicción

La manifestación más concreta de la justicia en todo sistema social es la correcta aplicación de las leyes y la posibilidad de proteger su respeto a través de instancias que permitan resolver las controversias, conflictos y diferencias que se susciten entre las partes³.

La jurisdicción es entendida como:

“el conjunto de atribuciones que tiene el Estado, para ejercerlas, por conducto de alguno de sus órganos o por medio de árbitros, con aplicación de normas jurídicas generales e individualizadas a los diversos actos y hechos que se susciten con motivo del planteamiento de posiciones concretas en controversia”⁴.

¹ Santiago NIETO, *Interpretación y argumentación en materia electoral*, p. 134.

² Luis PONCE DE LEÓN ARMENTA, *Derecho Político Electoral*, p. 7.

³ Virgilio ANDRADE MARTÍNEZ, “Balance y perspectivas de la justicia electoral en México”, p. 601.

⁴ Carlos ARELLANO GARCÍA, *Teoría general del proceso*, p. 346.

Asimismo, Flavio Galván considera que la jurisdicción es:

“la función soberana del Estado que tiene por objeto la solución de controversias de intereses, de trascendencia jurídica, mediante la aplicación del Derecho al caso concreto controvertido”⁵.

Una jurisdicción efectiva debe estar revestida de ciertas atribuciones para que el dicasterio pueda ejercer sus funciones con eficacia y se cumplan sus sentencias:

“el de coerción, para procurarse los elementos que sean necesarios para su decisión, inclusive de otros órganos del Estado, el de documentación o investigación, para decretar y practicar pruebas y, el de ejecución, para hacer cumplir lo juzgado con el imperio del Estado”⁶.

Al contarse con una adecuada jurisdicción se otorga seguridad jurídica a la población, esto significa que “el ejercicio del poder público esté restringido por reglas jurídicas”⁷, lo que, a su vez, implica que los jueces deben realizar su labor de manera idónea. De lo anterior, se deduce que los jueces deben contar con profesión y reputación (requisito de calificación) y, por otro lado, el aislamiento de los jueces: forma de designación, tenencia del cargo, remuneración asegurada, forma de destitución (requisitos de aislamiento)⁸.

El nuevo papel de los jueces ha permitido avanzar hacia una jurisdicción del sistema democrático, sometiendo la política a la lógica de la legalidad (al menos en el nivel de discurso, otra cosa es lo que sucede en la realidad de todos los días, sobre todo en países, como muchos de América Latina, en los que la imposición de las reglas jurídicas a la vida política deja mucho que desear)⁹.

Además, para que haya una seguridad jurídica eficaz “se necesita que las reglas sean públicas, generales, abstractas, relativamente estables, claras, no contradictorias, entre otros rasgos”¹⁰.

Se materializa por medio de los tribunales, por lo que es necesario recordar la acepción de ‘tribunal’. Para Giuseppe Chiovenda:

⁵ Flavio GALVÁN RIVERA, *Derecho Procesal Electoral*, p. 116.

⁶ Leonel CASTILLO GONZÁLEZ, *Reflexiones temáticas sobre derecho electoral*. p. 30.

⁷ Jesús OROZCO HENRÍQUEZ, *Justicia electoral y garantismo jurídico*, p. 237; véase, Antonio Enrique PÉREZ LUÑO, *La seguridad jurídica*.

⁸ Katrina ANSOLABEHÉRE, *La política desde la justicia*, p. 98.

⁹ Luigi FERRAJOLI, *Democracia y garantismo*, p. 17.

¹⁰ OROZCO, *op. cit.*, p. 239.

“es un órgano complejo de jurisdicción... [el cual] ejerce los poderes jurisdiccionales en los límites de las atribuciones que le están asignadas”¹¹.

Pero no se debe olvidar que son órganos estatales específicos y permanentes, con autonomía propia y que emanan de la Constitución¹², cuya función pública consiste en realizar la actividad jurisdiccional para administrar justicia, que es el fin supremo del Estado¹³.

Ella necesita que su titular sea el responsable de administrar justicia:

“En el estado de Derecho, la función de juzgar debe estar encomendada a un único conjunto de jueces independientes e imparciales, en donde toda manipulación en su constitución e independencia esté expresamente desterrada”¹⁴.

De todo lo recién expuesto, se desprenden algunos de los rasgos esenciales de un tribunal:

1. Debe ser jurídico, pues su finalidad es garantizar la vigencia del Derecho.
2. Cualquier conflicto surgido por la inobservancia de las normas jurídicas debe ser resuelto, no por la vía de construir para cada caso una solución política negociada, sino imponiendo siempre la auténtica obediencia del derecho preestablecido y,
3. Debe ser efectivo, eficiente, disponible y accesible para todo actor, con independencia de la fuerza política que tenga, puede solicitar y obtener el pleno respeto de sus derechos¹⁵.

Las características institucionales con que debe tener un tribunal son:

- Debe ser especializado, esto quiere decir, que no solo debe ser especializado en lo jurisdiccional, lo cual promueve niveles crecientes de eficiencia en el desempeño de sus funciones¹⁶.
- Tiene la labor de declarar el Derecho aplicable para resolver los conflictos que se presenten con motivo de los comicios a cargo del tribunal, en el que ni los partidos ni ninguna otra autoridad o poder tienen representación o injerencia¹⁷.
- El tribunal permite garantizar:

¹¹ CHIOVENDA, Giuseppe *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, pp. 72-73.

¹² Charles H. SHELDON, *Essentials of the american constitution*, pp. 2, 5, 10.

¹³ Rafael PINA y José CASTILLO, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, pp. 59-60 y 101-103.

¹⁴ FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO, *El sistema constitucional español*, p. 761.

¹⁵ TEPJF, *El sistema mexicano de justicia electoral*, pp. 56-57, 74-75.

¹⁶ *Op. cit.*, p. 59.

¹⁷ *Op. cit.*, p. 60.

“1. el ejercicio republicano del poder público evitando que una sola instancia lo concentre con el riesgo de abusar de él y, 2. que las citadas funciones se realicen de manera especializada, atendiendo sólo a los principios de cada una”¹⁸.

- Debe contar con autonomía funcional, ya que actuará sin subordinación institucional a órgano alguno. Asimismo, debe gozar de autonomía normativa, esto lo faculta para dictar él mismo las normas generales que reglamentan su funcionamiento interno¹⁹.
- El tribunal debe gozar de autonomía administrativa, en razón de que le corresponde, con exclusividad, la atribución de manejar su patrimonio libremente, determinando a qué programas y prioridades comprendidos dentro de su competencia, deberían aplicarse los recursos humanos, materiales y financieros a su disposición²⁰.

La selección y materialización de los principios para un Estado sucede a partir de ciertas circunstancias, coyunturas, etc.; esto es lo que permite establecer, un sistema político y legal²¹.

Estos principios se depositan en la Constitución para su jerarquización y deben permear en la creación, aplicación y resolución de las diversas situaciones que se presentan, en las actividades del Estado²².

Del estudio de la doctrina se puede advertir que los principios gobernantes en materia judicial son: autonomía, certeza, imparcialidad, independencia, legalidad, objetividad y publicidad. En este orden alfabético, se analizarán cada uno de estos principios.

Autonomía

Este principio retrata simplemente una descentralización administrativa y política para que las instituciones puedan actuar de manera independiente²³. O como señala Brian Blix: “es la facultad para gobernarse a sí mismo”²⁴.

¹⁸ TEPJF, *op. cit.*, p. 61.

¹⁹ *Op. cit.*, pp. 62-63.

²⁰ Karl LOWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, pp. 232-251 y 294-325.

²¹ Por ejemplo, en el modelo de estado democrático de Derecho para la administración pública, los principios que rigen al Estado son: probidad, economía, publicidad, rendición de cuentas, eficacia, responsabilidad, participación, legalidad y eficiencia.

²² El modelo de Estado Democrático de Derecho, es una de las evoluciones histórico-políticas del Estado de derecho (*rule of law*). Estos valores no solo deben ser rectores de la organización administrativa o de sus decisiones sino que deben considerarse para las distintas esferas del poder público. Véase José de Jesús OROZCO HENRÍQUEZ, “Estado de Derecho”, pp. 830-832.

²³ Manuel OSSORIO, *Diccionario de Ciencias Jurídicas*, p. 98.

²⁴ Brian H. BLIX, *Diccionario de teoría jurídica*, p. 23.

De esta manera, se puede observar que implica:

“un poder jurídico limitado, es decir, se cuenta con un espacio de actuación libre, y al mismo tiempo, un campo jurídico que no se debe traspasar”²⁵.

La autonomía funcional de carácter normativo otorga al tribunal la facultad de dictarse las normas que reglamenten su funcionamiento interno, a efecto de garantizar su independencia. Por lo mismo, pueden expedir y modificar su reglamento y diversos acuerdos generales para su adecuado y eficiente funcionamiento²⁶.

Por lo que se puede concluir, las características de un tribunal autónomo son las siguientes:

- a) tiene su propio patrimonio;
- b) administra sus recursos;
- c) elabora su reglamento y hace sus modificaciones, para su mejor funcionamiento;
- d) resuelve los conflictos laborales con los empleados del sistema judicial;
- e) dicta sentencias definitivas e inapelables y
- f) no está sujeto a ningún otro órgano del Estado²⁷.

Como se ha visto, este principio faculta al tribunal para autoadministrarse y generar las mejores decisiones para el correcto desempeño de sus funciones internas.

El siguiente principio jurídico a estudiar, es el de la certeza jurídica, que se deriva de la apropiada actuación de los jueces y los efectos que deben provocar sus sentencias.

Certeza

La RAE la define como el “conocimiento seguro y claro de algo y como firme adhesión de la mente a algo conocible, sin temor de errar”.

Para Paolo Comanducci, un sistema jurídico ofrece certeza jurídica cuando,

“cada ciudadano está en situación de prever cuáles serán las consecuencias jurídicas de sus propias acciones y cuáles serán las decisiones de los

²⁵ Luis Gustavo ARRATIBEL SALAS, “Conceptualización del derecho electoral”, p. 19.

²⁶ OROZCO, *Justicia...*, *op. cit.*, p. 37.

²⁷ Carlos MAYA RAYAS, *Los tribunales electorales en México en la transición democrática: los casos de Tabasco y Yucatán*, pp. 62-63.

órganos de aplicación en el caso en que su comportamiento deba ser juzgado conforme al derecho”²⁸.

Se refiere a la necesidad de que todas las acciones que realiza el tribunal se caractericen por su veracidad y que los resultados de sus resoluciones sean comprobables y fidedignos²⁹.

Para el magistrado Jesús Canto, este principio significa que:

“tanto la actuación de la autoridad como los procedimientos deber ser verificables y confiables, de tal modo que los ciudadanos y los entes políticos no tengan duda sobre estos aspectos”³⁰.

Es un principio importante por la necesidad tanto de los ciudadanos como de todos los actores políticos de tener garantizados sus derechos por la autoridad judicial. Además, nos permite asimilar y confiar en sus resoluciones³¹.

La construcción de este principio se basa en el correcto desempeño de las autoridades para garantizar que se respete el Estado de derecho³². Entonces, se puede deducir que la certeza es contar con seguridad en el sistema judicial.

El siguiente principio que se analizará es el de imparcialidad, el cual es uno de los pilares de la impartición de justicia.

Imparcialidad

Es definida por la RAE como: “la falta de designio anticipado o de prevención en favor o en contra de alguien o algo, que permite juzgar o proceder con rectitud”.

²⁸ Paolo COMANDUCCI, *Razonamiento jurídico*, p. 98.

²⁹ IFE, *Código Federal de Procedimientos e Instituciones Electorales comentado*. “La certeza jurídica se mantiene como el escudo de los abogados formalistas, bajo la premisa de que interpretar en sentido abierto una norma jurídica rompería la certeza jurídica y el carácter predecible de las decisiones”. NIETO, *op. cit.*, p. 11.

³⁰ Jesús CANTO PRESUEL, *Diccionario Electoral*, p. 20.

³¹ La Suprema Corte de Justicia de México ha manifestado que el principio de certeza permite y garantiza que “todos los participantes en el proceso conozcan con claridad y seguridad, las reglas a qué están sujetas en su actuación las autoridades”. Sentencia relativa a la acción de inconstitucionalidad 18/2001 y sus acumuladas 19/2001 y 20/2001.

³² Véase Guillermo ORTIZ MAYAGOITA, “La justicia constitucional en el sistema jurídico mexicano”, pp. 91-92.

Por lo que se puede entender como:

“la ausencia de todo aquello que puede estorbar el juicio objetivo y, en sentido estricto, sería la ausencia de las pasiones que pueden dificultar una consideración equitativa de las partes”³³.

Se puede considerar como un hábito de conducta y de disposición objetiva que puede obtenerse con el desempeño de las labores, que va madurando con el raciocinio y se coloca por encima de la posición particular, y que pone al juzgador por encima de la *litis* y sometido solo al imperio de la ley³⁴.

Isabel Trujillo la valora, en primera instancia, desde el punto de vista jurídico:

“La imparcialidad se ha configurado tradicionalmente como una característica estructural del derecho. Se sitúa dentro del juicio de autoridad y constituye un criterio interno de articulación, conectado con una exigencia de justicia en relación con los sujetos implicados”³⁵.

Esta autora estima que existen dos conceptos primarios:

“el primero tiene que ver con la objetividad del juicio y considera imparcial a quien juzga de manera objetiva, sin prejuicios o distorsiones; el segundo tiene que ver con el equilibrio cuando se confrontan intereses opuestos, poniendo el acento sobre un sentido colateral de imparcialidad: la ausencia de favoritismo o de partidismo”³⁶.

Por lo que se deben distinguir tres concepciones de este principio:

- “1) desde el punto de vista del hombre virtuoso, la imparcialidad consistiría en la capacidad de deliberar bien;
- 2) la imparcialidad consistiría en la capacidad de deliberar bien en materia de relaciones subjetivas conectadas con la operación de la distribución; es decir, la virtud del que realiza un buen juicio de justicia y
- 3) la imparcialidad consistiría en una característica de la ley relativa a su justicia y sabiduría”³⁷.

³³ Isabel TRUJILLO, *Imparcialidad*, pp. 30 y 69.

³⁴ José Roberto DROMI, *El Poder Judicial*, pp. 55-60.

³⁵ TRUJILLO, *op. cit.*, p. 2.

³⁶ *Op. cit.*, p. 3; véase Javier SALDAÑA SERRANO, *Virtudes del juzgador*, pp. 48-51.

³⁷ TRUJILLO, *op. cit.*, p. 30.

De esta manera, se puede observar que:

“no es fruto de una elección personal del individuo, como lo sería quizá si fuese una cualidad moral; es obra de una reglamentación que establece funciones y modalidades”³⁸.

En materia judicial, es un producto de la voluntad de decidir o juzgar rectamente, con base en la experiencia, en la capacidad profesional y estar bien informado sobre el negocio que se va a resolver³⁹.

Este principio jurisdiccional se encuentra definido en el CEPJF mexicano en su artículo 2°:

“actitud del juzgador frente a influencias extrañas al Derecho, provenientes de las partes en los procesos sometidos a su potestad. Consiste en juzgar, con ausencia absoluta de designio anticipado o de prevención a favor o en contra de alguno de los justiciables”⁴⁰.

Por lo anterior, este principio significa que en el desarrollo de sus actividades, todas las autoridades jurisdiccionales deben reconocer y velar en todo momento, por el interés de la sociedad y por los valores fundamentales de la democracia supeditando a estos, de manera irrestricta, cualquier interés personal o preferencia política⁴¹.

Las materias primas para un juicio imparcial son: la independencia, la legalidad y la estabilidad en su cargo del juez. Por lo que, a continuación, se examinará el principio de independencia en dos vertientes: como principio institucional y como principio garante del sistema de administración de justicia.

Independencia

En la actualidad, las democracias constitucionales occidentales comparten una característica fundamental: la independencia del juez, o sea, un conjunto de garantías destinadas a asegurar su imparcialidad, respecto a las partes y a las instituciones políticas y sociales⁴².

³⁸ TRUJILLO, *op. cit.*, p. 292.

³⁹ GALVÁN, *op. cit.*, p. 93.

⁴⁰ *Código de ética del Poder Judicial de la Federación de México*, p. 18; véase TRUJILLO, *op. cit.*, pp. 360-381.

⁴¹ TEPJF, *op. cit.*, p. 15.

⁴² Carlo GUARNIERI y Patrizia PEDERZOLI, *Los jueces y la política*, p. 16.

De manera más particular, la independencia judicial es la nota que no puede conseguirse más que con la seguridad en el desempeño laboral de los juzgadores, con la certeza del nombramiento y de saberse sujetos a la promoción y con la adecuada retribución y estímulos, que les brinde tranquilidad personal, lo que, en su conjunto, significará la existencia de un Poder Judicial que no guarde dependencia en ningún sentido y, mucho menos de relación de jerarquía alguna con los otros funcionarios de los otros poderes públicos, a fin de estar en la capacidad de cumplir con el papel que la Constitución, les ha asignado⁴³.

La independencia jurisdiccional significa que los jueces no se encuentran sometidos a ninguna instancia jerárquica, política, administrativa, económica, burocrática o de cualquier orden, pues la esencia del ejercicio de su función es la libertad para actuar, sin tomar en cuenta ningún elemento que no sea la ley⁴⁴. Esta garantía judicial tiene por objetivo mantener su imparcialidad y ajenos de cualquier influencia a los servidores del Poder Judicial⁴⁵.

La subordinación del juez es solo a la ley y esto es, en efecto, su protección más eficaz y su garantía para una independencia judicial plena:

“La amplitud y la efectividad de las garantías personales que rodean al juez están estrechamente conectadas con las características particulares de la organización judicial que, en gran medida son tributarias del tipo de reclutamiento”⁴⁶.

La racionalidad que subyace al principio de independencia judicial es, sin duda, la necesidad de contar con una auténtica imparcialidad en la administración de justicia. No solo para proteger a los individuos en contra de cualquier tipo de arbitrariedad o abuso sino, sobre todo, para permitir que tan solo sea un órgano imparcial, el autorizado para determinar el sentido de la norma jurídica⁴⁷.

Las injerencias a su labor pueden ser externas o internas:

“La independencia exterior se plantea ante los otros poderes formales. El Judicial –o jurisdiccional– no depende del Ejecutivo ni del Legislativo en el cumplimiento de las facultades que le reserva la Constitución Política, con base en la división de poderes. La independencia interior se presenta cuando el juzgador está en posibilidad de conocer o resolver sin que lo

⁴³ Daniel E. HERRENDORF, *El poder de los jueces*, pp. 97-109.

⁴⁴ Mario MELGAR ADALID, *El Consejo de la Judicatura Federal*, p. 29.

⁴⁵ GUARNIERI y PEDERZOLI, *op. cit.*, p. 17.

⁴⁶ *Op. cit.*, p. 46.

⁴⁷ José Antonio CABALLERO JUÁREZ y Hugo Alejandro CONCHA CANTÚ, *Diagnóstico sobre la administración de Justicia en las entidades federativas*, p. 309.

distraigan circunstancias propias –oriundas, a menudo, de sus relaciones o situaciones personales– que pudieran desviar la legitimidad del juicio”⁴⁸.

El principio de independencia judicial es señalado por el *Código de Ética* del Poder Judicial de la Federación, como la:

“actitud del juzgador frente a influencias extrañas al derecho, provenientes del sistema social. Consiste en juzgar desde la perspectiva del Derecho y no a partir de presiones o intereses extraños a aquél”⁴⁹.

La finalidad de la independencia del Poder Judicial es proveer un: “sistema de garantías mutuas, para evitar la posibilidad de que un actor sea capaz de manipular, de forma unilateral, las reglas del sistema político”⁵⁰.

Este principio hace referencia a las garantías y atributos de que disponen los órganos y autoridades que conforman al tribunal, para que sus procesos de deliberación y toma de decisiones se den con absoluta libertad y respondan única y exclusivamente al imperio de la ley, afirmándose su total independencia respecto de cualquier poder establecido⁵¹.

Asimismo, significa:

“libertad en el sentido de ausencia de subordinación. Entonces, la autoridad debe resolver de manera libre, sin aceptar ningún tipo de injerencia en la toma de sus decisiones jurisdiccionales, sea de poderes públicos o de cualquier tipo de personas, organizaciones y entes políticos”⁵².

Al brindarse independencia a los juzgadores, se gestiona una imparcialidad para el juzgador, manteniéndose un orden democrático institucional. Por lo que es determinante contar con autoridades independientes para desaparecer cualquier duda en su actuación y, sobre todo, garantizar las condiciones para un óptimo desempeño.

Se deduce, entonces, que toda independencia judicial depende de los valores éticos y de la formación del juzgador, “de ahí emanan todas las determinaciones del impartidor de justicia”⁵³.

⁴⁸ Sergio GARCÍA RAMÍREZ, *Poder Judicial y Ministerio Público*, pp. 30-31. El principio de independencia forma parte de las llamadas garantías jurisdiccionales.

⁴⁹ *Código de Ética...*, *op. cit.*, p. 17.

⁵⁰ Gabriel NEGRETTO y Mark UNGAR, “Independencia del Poder Judicial y Estado de derecho en América Latina”, p. 83.

⁵¹ TEPJF, *op. cit.*, pp. 14-15; véase NIETO, *op. cit.*, p. 308.

⁵² CANTO, *op. cit.*, p. 49.

⁵³ Por ejemplo, la Corte Warren es considerada como una corte liberal, mientras que la Corte encabezada por Rehnquist, como de tendencia conservadora. Christopher WOLFE, *The rise of modern judicial review*, pp. 258-291.

Uno de los pilares del estado de Derecho es la aplicación de la norma al caso, lo que permite que los ciudadanos cuenten con sentencias basadas en leyes previamente establecidas, generando seguridad a los justiciables.

Legalidad

Para la RAE, es un término derivado del vocablo ‘legal’: “que tiene la cualidad de legal o parte del ordenamiento jurídico vigente”. Así, este principio es definido por la RAE como: “el principio jurídico en virtud del cual los ciudadanos y todos los poderes públicos están sometidos a las leyes y al derecho”.

Al considerarse, conlleva lógicamente a su manifestación material, el denominado Estado de derecho⁵⁴.

En general, por “estado de derecho” (*rule of law*)⁵⁵ se entiende, aquel estado cuyos diversos órganos e individuos miembros se encuentran regidos por el Derecho y sometidos al mismo; esto significa que el

“poder y actividad están regulados y controlados por el derecho. En este sentido, el estado de Derecho contrasta con todo poder arbitrario y, a su vez, se contrapone a cualquier forma de Estado absoluto o totalitario”⁵⁶.

El modelo de Estado de derecho se conforma de diversos elementos, entre los que destacan: “la soberanía popular; la división de poderes; el principio de legalidad y el reconocimiento de los derechos fundamentales del ciudadano”⁵⁷.

Este principio limita la acción de las autoridades en un gobierno constitucional y, al mismo tiempo, debe servir como cimiento a toda la estructura del Estado⁵⁸.

El concepto de ley, propio del Estado de derecho, que transforma al imperio de la ley, exige que el gobierno sea quien esté sujeto a la ley,

⁵⁴ Para Carl SCHMITT, el Estado de derecho es característico de todo Estado, que respete sin condiciones el derecho objetivo vigente y los derechos subjetivos que existan. *Teoría de la Constitución*, p. 150.

⁵⁵ Albert Venn Dicey introdujo al *Common Law* inglés, el modelo de sometimiento de la administración al Derecho, denominándolo *rule of law*, en su obra *Introduction of the study of the law of the Constitution* aparecida en 1855. En su opinión, el *rule of law* expresa, entre otras cosas, la idea de la igualdad formal ante la ley y la negación de cualquier privilegio a la ley. Catalina ESCUIN PALOP, *Curso de Derecho Administrativo*, pp. 25-26.

⁵⁶ OROZCO, “Estado...”, *op. cit.*, pp. 830-832.

⁵⁷ Luis COSCULLUELA MONTANER, *Manual de derecho administrativo*, p. 21.

⁵⁸ Alexander HAMILTON, James MADISON y John JAY, *El federalista*, p. 22.

antes que la ley sea sometida por el gobierno⁵⁹; en el que la legalidad será el *quid* para toda actividad del poder público y, por tanto, su actuación deberá estar fundada y motivada en el ordenamiento legal.

La historia del Estado de derecho puede ser leída como la historia de una progresiva minimización del poder por la vía de su regulación jurídica⁶⁰.

La actuación del juzgador siempre deberá ser con base en la ley (legalidad) o lo que otros han llamado el gobierno de los jueces, donde la norma jurídica significa la base de las instituciones. Por lo que la legalidad se sustenta en el que la autoridad solo está facultada a actuar tal como lo señala la norma jurídica y, cumplir las leyes, a cabalidad.

Involucra que:

“todo acto de la autoridad debe encontrarse motivado y fundado en una norma en sentido material, es decir, general, abstracta e impersonal, expedida con anterioridad a los hechos sujetos a estudio. En este sentido, para el ejercicio de las atribuciones y el desempeño de las funciones que tienen encomendadas las autoridades, se deben observar escrupulosamente el mandato constitucional que las delimita, los tratados internacionales aplicables a la materia y las disposiciones legales que las reglamentan”⁶¹.

La base de este principio exige que:

“la función jurisdiccional ciña su marco de actuación a la normatividad constitucional y legal que regula su organización, atribuciones, funcionamiento y competencia”⁶².

Leoncio Lara lo define en cuanto a sus objetivos:

“conlleva a que el Tribunal en el cumplimiento de sus fines y en el ejercicio de sus atribuciones cumpla de manera absoluta con las disposiciones constitucionales y legales que lo configuran y lo delimitan, en especial con los ordenamientos jurídicos”⁶³.

Implica que, en todo momento y en cualquier circunstancia, en el ejercicio de sus atribuciones y el desempeño de las funciones que tiene enco-

⁵⁹ Henry William WADE, *Estudio del Derecho Administrativo*, p. 18.

⁶⁰ FERRAJOLI, *op.cit.*, p. 208.

⁶¹ CANTO, *op. cit.*, p. 57.

⁶² David CIENFUEGOS SALGADO, *Justicia y democracia*, p. 101; véase GALVÁN, *op. cit.*, pp. 90-91.

⁶³ Leoncio LARA SÁENZ, “Derechos Humanos y Justicia Electoral”, pp. 39-40; véase GALVÁN, *op.cit.*, pp. 90-91.

mendada a todo tribunal, se debe observar con prolijidad el mandato constitucional que las delimita y las disposiciones legales que las reglamentan⁶⁴.

Objetividad

La RAE la define como: “la cualidad de objetivo”. Por el concepto ‘objetivo’, el mismo diccionario lo define como: “perteneciente o relativo al objeto en sí mismo, con independencia de la propia manera de pensar o de sentir. Desinteresado, desapasionado”⁶⁵.

Ronald Dworkin la considera como la cualidad suficiente y plena de la interpretación de la ley y de comprobación de los hechos contrastados por las partes, despejada en lo posible de cualquier asomo de subjetividad o de relatividad que pueda entorpecer la función del juzgador, en agravio de la impartición de justicia⁶⁶.

El artículo tercero el CEPJF detalla el principio de objetividad judicial:

“actitud del juzgador frente a influencias extrañas al Derecho, provenientes de sí mismo. Consiste en emitir sus fallos por las razones que el Derecho, le suministra y no por las que se deriven de su modo personal de pensar o de sentir”⁶⁷.

En materia judicial, este principio significa:

“que la autoridad debe basar su actuación en hechos debidamente demostrados y tangiblemente admitidos, sin que quepa la posibilidad de que sus miembros actúen con base en impulsos o apreciaciones subjetivas, exige por tanto la necesidad de elementos de constatación para cualquier observador externo”⁶⁸.

Este principio relaciona un quehacer institucional y personal fundado en el reconocimiento global, coherente y razonado de la realidad sobre la que se actúa y, por consecuencia, la obligación de percibir e interpretar los hechos por encima de las visiones y opiniones parciales o unilaterales, máxime si estas pueden alterar la expresión o consecuencia del quehacer institucional del tribunal⁶⁹.

⁶⁴ TEPJF, *op. cit.*, p. 14.

⁶⁵ Laurence H. TRIBE, *On Reading the Constitution*, p. 67.

⁶⁶ Ronald DWORKIN, *Los derechos en serio*, p. 154 y ss.

⁶⁷ *Código de Ética...*, *op. cit.*, p. 18.

⁶⁸ CIENFUEGOS, *op. cit.*, p. 101.

⁶⁹ TEPJF, *op. cit.*, p. 15.

El magistrado Flavio Galván señala que la objetividad implica:

“un quehacer institucional y personal fundado en el reconocimiento global, coherente y razonado de la realidad sobre la que se actúa y, consecuentemente, la obligación de percibir e interpretar los hechos por encima de visiones y opiniones parciales o unilaterales, máxime si éstas pueden alterar la expresión o consecuencia del quehacer institucional”⁷⁰.

Otro principio que es fundamental para una buena y sana impartición de justicia, es el de publicidad.

Publicidad

La acepción que expone la RAE de este principio es: “cualidad o estado de público; conjunto de medios que se emplean para divulgar o extender la noticia de las cosas o de los hechos”.

La incorporación de la sociedad a la política crea una gran dimensión de lo público: “el interés público, las libertades públicas, la seguridad pública y la opinión pública”⁷¹.

Sobre este tema, Ernesto Garzón Valdés opina:

“la publicidad es un principio normativo [que] puede servir como criterio para juzgar acerca de la calidad democrática de un sistema político: cuando está presente se habla de razón de derecho, cuando está ausente, de razón de Estado”⁷².

El carácter público de los actos del Estado viene determinado por la función que desempeñan dichos actos.

“Si se trata de actos realizados íntegra o exclusivamente como consecuencia de la existencia y funciones del Estado o que tengan como causa inmediata la satisfacción de un determinado interés colectivo, dichos actos son públicos”⁷³.

⁷⁰ GALVÁN, *op. cit.*, p. 93.

⁷¹ Antonio CABO DE LA VEGA, *Lo público como supuesto constitucional*, p. 67.

⁷² Citado por Ybes-Marie DOUBLET, “Financiamiento, corrupción y gobierno”, p. 494. La publicidad puede ser clasificada como: especialidad orgánica, como garantía, como interés y como ámbito. CABO DE LA VEGA, *op. cit.*, p. 67.

⁷³ CARPIZO, Jorge, *Concepto de democracia*, p. 107.

Antonio de Cabo distingue dos tipos de publicidad:

“1. la que la relaciona con el Estado (es público todo aquello que directa o indirectamente es del Estado, es decir, la publicidad en sentido orgánico) y 2. Aquí, lo público, como la razón última de la naturaleza pública del acto y de la actividad del Estado es la de satisfacer los intereses colectivos del pueblo”⁷⁴.

De esta manera, lo público se concibe como una interrelación entre lo público de la sociedad y lo público del Estado, siendo la sociedad la encargada de trasladar y especificar el interés nacional a la esfera estatal⁷⁵.

Un aspecto fundamental aunado a la publicidad es la transparencia. Ambos conceptos se confunden por su familiaridad, además, en bastantes ocasiones, se han entendido y utilizado como sinónimos. Por lo que es necesario discernir cada concepto.

La transparencia es definida por la RAE como: “cualidad de transparente”. Esta acepción poco dice de la naturaleza de este concepto. Por lo que fue necesario investigar la voz ‘transparente’, que significa: “que se deja adivinar o vislumbrar sin declararse o manifestarse; claro, evidente que se comprende sin duda ni ambigüedad”.

En su sentido jurídico, es el derecho de los ciudadanos para conocer y analizar las actividades del Estado. Así, esta garantía de control sobre las acciones del Estado acerca más a la justicia y al desarrollo social y, por tanto, al fortalecimiento del Estado⁷⁶.

De manera general, viene a ser la actitud o actuación pública que deja ver sin ambages, la realidad de los hechos y actos públicos. En consecuencia, se puede referir como aquello que permite apreciar en el orden político con nitidez lo que realiza el Estado. Por lo que en una sociedad abierta, garantiza el libre acceso a la información, favoreciendo de ese modo la transparencia del poder⁷⁷.

En materia de transparencia, lo importante no es el “qué” se hace, si no el “cómo” se hace. Por lo tanto, debe permitir satisfacer las dudas, en materia pública y, sobre todo, vigilar la actuación del gobierno⁷⁸.

Se puede materializar de tres diferentes maneras: a solicitud personal, por ministerio de ley y por mutuo consentimiento. En el primer caso, el

⁷⁴ CABO DE LA VEGA, *op. cit.*, pp. 159-161.

⁷⁵ *Op. cit.*, p. 199.

⁷⁶ Ernesto VILLANUEVA, *Derecho de acceso a la información pública estatal: una aproximación al estado de la cuestión en México*, pp. 25-40.

⁷⁷ CABO DE LA VEGA, *op. cit.*, pp. 40-42.

⁷⁸ Antonio GARAPON, *Juez y democracia*, p. 83.

solicitante ya sea persona física o jurídica debe tramitar su solicitud en el lugar correspondiente y bajo los mecanismos de forma y de fondo que se le indiquen⁷⁹. En el segundo caso, las autoridades deben hacer pública la información que señale la ley de transparencia, *i.e.*, salarios, licitaciones, compras, etc. En el tercer caso, para un buen manejo de instituciones privadas y que no tengan la obligación de transparentarse, puedan exteriorizar sus trabajos, administración de recursos, reglamentos, etc. con el objetivo de legitimar su actuación y como es frecuente decir: cuentas claras, amistades largas⁸⁰.

“La transparencia se ha colocado en la categoría de lo políticamente correcto, pero aún está lejos de alcanzar tal reconocimiento en las prácticas burocráticas cotidianas. Y esto se debe, entre otras causas, a que la transformación cultural de aceptar, comprender y asimilar la transparencia como condición consubstancial del quehacer público tomará algunas generaciones”⁸¹.

La rendición de cuentas se erige como un medio de control del poder, con miras a limitar y prevenir los abusos en el ejercicio del mismo, que busca equilibrar su permanencia, vigencia e, incluso, alternancia como resultado de los incesantes, vibrantes, quizá heroicos y tan sangrientos excesos que engrosan el mar histórico que le comprende. Monitorea, además, a las autoridades en el cumplimiento de la ley, acción que abarca en una forma amplia tres grandes puntos: la información (derecho a la información), la justificación y, en su caso, las sanciones o castigos.

De esta manera, en un Estado constitucional de Derecho resulta imperativo el compromiso de maximizar la transparencia y la rendición de cuentas como condiciones básicas de la democracia.

Estos principios rectores judiciales son los lineamientos para actuar de manera autónoma, que su actuación no se encuentre subordinada a nada ni nadie, donde las partes tengan los mismos derechos y obligaciones, con imparcialidad en sus sentencias, de manera que sean conocidas todas sus actuaciones, que los razonamientos jurisdiccionales no contengan ningún sesgo de su personalidad o gustos, pero sobre todo, que se apeguen lo más posible a la normatividad, pues cuando una norma se apega lo más posible a la ley, se estará más cerca de la justicia.

⁷⁹ CASTILLO, *op. cit.*, p. 257.

⁸⁰ Estos tres mecanismos para transparentar información para poner a disposición de la población diversa información. En general, se puede considerar a la publicidad como el género y a la transparencia, como la especie.

⁸¹ Samuel BONILLA NÚÑEZ, “Derecho de acceso a la información pública. Un derecho en construcción”, p. 12.

La imparcialidad tiene relación con la independencia, pues si el juez es imparcial, se debe a su independencia, misma que le permite emitir resoluciones sin una carga, favoritismo o indicación. Entonces, se puede observar que la independencia es una condición para que el juez sea imparcial⁸². La publicidad de los actos públicos permite vigilar la actuación de las autoridades, al mismo tiempo, que los jueces solo se sujeten al principio de legalidad, al fundar y motivar sus actuaciones y, que ellas sean públicas a la ciudadanía; pues al conocerse sus trabajos, se sabrá si se han apegado al marco jurídico⁸³.

A continuación, se analizará la figura jurídica denominada Jurado (*Jury*), que como ya ha sido mencionada, está integrada por ciudadanos comunes conocidos como jurados (*Jurors*).

El jurado

El juicio por jurado (*Trial by jury*) es una institución democrática. Su acepción gramatical la define como:

“un cuerpo de personas que se encuentran bajo juramento, para dar un veredicto sobre algún asunto sometido ante ellos; esp: un cuerpo de personas seleccionadas, que han jurado encontrar en cualquiera de los hechos expuestos la verdad y dar su veredicto según la evidencia”⁸⁴.

Godfrey Lehman define a este órgano colegiado como:

“un número de personas calificadas, seleccionadas de manera que prescribe la ley, colocadas en un panel y que han jurado investigar los hechos de un caso legal y, dar una decisión sobre las pruebas dadas ante ellos en el caso”⁸⁵.

La definición semántica que señala el diccionario *Black's Law* es:

“cuerpo de hombres y mujeres seleccionados conforme a la ley, que han jurado informarse de ciertos hechos y declarar la verdad sobre pruebas presentadas ante ellos”.

⁸² Jesús OROZCO HENRÍQUEZ, “Judicialización de la política y legitimidad judicial”, p. 106.

⁸³ CABO DE LA VEGA, *op. cit.*, p. 89.

⁸⁴ *Dictionary Webster's Collegiate*, p. 634. Por lo regular son doce personas (*petit jury*) las que integran esta institución, pero en algunos estados de la Unión Americana son menos; ellos son responsables de decidir sobre la culpabilidad de un acusado en materia civil o criminal. Y, por otro lado, lo que se denomina el gran jurado (*Grand jury*) que se compone regularmente de veintitrés ciudadanos. Ellen GREENBERG, *The Supreme Court explained*, p. 32.

⁸⁵ Godfrey LEHMAN, *We, the Jury... The impact of Jurors on Our Basic Freedoms*, p. 15.

Esta acepción adiciona un factor muy importante: “están obligados a aceptar la ley... y aplicar la ley aplicable al caso, por lo señalado por el juez”⁸⁶.

Alexis de Tocqueville, en *Democracia en América* lo definió de la siguiente manera:

“El jurado es preeminentemente una institución política. Ésta debe ser considerada como una forma de la soberanía de la gente; cuando aquella soberanía es repudiada, esta debe ser rechazada; o debe ser adaptada a las leyes según las cuales, aquella soberanía está establecida. El jurado es esa parte de la nación la cual ejecuta las leyes y que está incrustada, en las Cámaras del Congreso que se constituyen como una parte de la nación que hace las leyes”⁸⁷.

Thomas Jefferson estimó:

“El jurado fue nuestra mejor forma de asegurar la aplicación de la ley y la mejor manera de impartir justicia, que con exactitud reflejaron las moralidades, los valores y el sentido común que la gente pidieron obedecer en la ley”⁸⁸.

El objetivo del juicio por jurado es entregar a los ciudadanos la administración de justicia. Aunque antes, esta función era un monopolio de los monarcas o de los magistrados asignados⁸⁹.

La implementación de esta institución en una democracia permitió que fuera el pueblo el responsable de dirimir lo que era justo, incluso con la posibilidad de nulificar la ley, en ciertos casos, en que la ley fuera considerada como injusta⁹⁰:

“El jurado tienen el poder de absolver o desaplicar una norma si ellos consideran que es opresiva, o si ellos creen que una ley es legítima, pero que al aplicarse bajo ciertas circunstancias, pueda convertirse en opresiva”⁹¹.

Por lo que, al analizar este concepto se observa, que es una institución compuesta por un grupo de ciudadanos⁹² seleccionados conforme a lo

⁸⁶ *Black's Law Dictionary*, pp. 934-935.

⁸⁷ AA.VV., *American Institutions*, p. 99.

⁸⁸ *Op. cit.*, p. 28.

⁸⁹ Harold BERMAN, *Law & Revolution*, p. 65 y ss.

⁹⁰ Mary E. WILLIAMS, *The jury system*, pp. 18-35. La séptima enmienda de 1791 garantiza el derecho a un juicio por jurado ante una corte federal, si el monto de lo que se disputa es mayor a veinte dólares.

⁹¹ Jeffrey ABRAMSON, *We the jury*, p. 59.

⁹² El objetivo de entregar a los ciudadanos la facultad para decidir sobre la facultad del acusado, es porque como explica Robert V. WOLF, es “democratize law and express

estipulado en la ley⁹³, extraños entre ellos mismos⁹⁴, de todos los estratos sociales de la comunidad⁹⁵, iguales entre ellos⁹⁶, que dejan sus trabajos para cumplir su obligación civil, para servir como jurado⁹⁷, que se encuentran bajo juramento y que (idealmente) desconocen los hechos a juzgar.

La Suprema Corte de Estados Unidos ha definido que su composición ideal sucede cuando está representada la comunidad⁹⁸.

Sus integrantes no son personas especializadas en las leyes⁹⁹ (pero puede haberlo sido en la selección *–voir dire–* del mismo), son comunes y corrientes, lo que significa que los procesados serán juzgados por sus pares. El jurado deberá escuchar a ambas partes de manera pasiva y examinar objetivamente las evidencias¹⁰⁰ presentadas, para emitir un veredicto imparcial¹⁰¹ y resolver sobre la culpabilidad del acusado¹⁰².

respect for the capacities of ordinary men and women to deal responsibility with weighty matters”, *The Jury System*, p. 11.

⁹³ “The principles of jury selection are designed to assemble jurists that will reflect the range of voices in the community and decide cases in an unbiased way. Yet, even if the jury pool is representative, and the community as a whole is relatively unbiased, that is no guarantee that the people selected for the jury will be from prejudice”. Valerie P. HANS and Neil VIDMAR, *Judging the Jury*, p. 61.

⁹⁴ “The jurors were tested for their ability to evaluate the evidence and apply it to reach what would be considered a correct verdict under the law”, *op. cit.* p. 122.

⁹⁵ Esto ha tenido diversos tropiezos para constituir jurados, al seleccionar a los integrantes del jurado, si deben estar representadas las minorías y que pasa con los no inscritos en las actas electorales. Como sucedió en el caso de Joan Little en Raleigh, Carolina del Norte en 1974.

⁹⁶ Iguales en derechos y obligaciones ante la ley. Sin importar raza, género, sexo, etcétera.

⁹⁷ “Jurors frequently bring personal knowledge as well as more direct personal experiences to bear on the case at hand”, HANS and VIDMAR, *op. cit.*, p. 107.

⁹⁸ *Smith vs. Texas* 311 US, 1940, p. 128.

⁹⁹ WOLF, *op. cit.*, pp. 13-14, 25, 28, 36.

¹⁰⁰ En el caso de John Peter Zenger vs. New York, el abogado defensor de John Zenger, Andrew Hamilton, en sus conclusiones al jurado expresó: “Jurymen are to see with their eyes, to hear with their own ears, and to make use of their own consciences and understandings, in judging of the lives, liberties and estates of their fellow subjects”, ABRAMSON, *op. cit.*, p. 100. Thomas TEDFORD, *Freedom of speech in the United States*, p. 20. www.nycourts.gov/history/legal-history-new-york/legal-history-eras-01/history-new-york-legal-eras-crown-zenger.html.

¹⁰¹ En el *Common Law*, se define al jurado imparcial como: “genuinely capable of bracketing his own interests and preconceptions and of deciding the case only upon evidence presented”.

¹⁰² En materia criminal, el jurado puede fallar como “no culpable”, pero esto no significa que sea inocente, sino que los fiscales no presentaron pruebas fehacientes e indubitables que demostrarán aquella supuesta culpabilidad y, por otro lado, que los abogados del presunto delincuente pudieron demostrar la “razonable duda” ante el jurado. Lo fundamental en los juicios por jurado, será el peso de la prueba. HANS Y VIDMAR, *op. cit.*, p. 245.

Sin embargo, pueden darse ciertas situaciones para excluir a algunos ciudadanos de su integración como, por ejemplo: no ser ciudadano con dieciocho años de edad, vivir hace un año fuera del distrito judicial que lo convocó, que sea incapaz de leer, escribir o entender el idioma, que sea incapaz de hablar el mismo idioma, por incapacidad física o mental o que esté cumpliendo una condena criminal de más de un año y sus derechos civiles no hayan sido restaurados¹⁰³.

Administrará justicia de manera colegiada¹⁰⁴. Además, tiene la discrecionalidad de poder ignorar las normas legales para que la impartición de justicia sea servida de mejor manera¹⁰⁵, y poder determinar la inocencia o culpabilidad del procesado, con base en su racional juicio¹⁰⁶. La función judicial del juez será dirigir el proceso y legitimar el veredicto ante toda la población y preservar la confidencia pública de la justicia en la sentencia¹⁰⁷.

Un tema medular del sistema de juicio por jurado es el cómo determinan su veredicto. Esto no es una cuestión fácil, sin embargo, se puede decir que:

“no hay directrices estrictas para los miembros del jurado a seguir, no hay ningún manual que ellos puedan utilizar o que les indique, el paso a paso, de qué hacer. La única acción que ellos requieren antes de discutir los hechos y pruebas, es seleccionar (antes de que las discusiones comiencen) un director del jurado (aunque en algunos tribunales de EEUU, el juez ya haya hecho esto por ellos, por lo general esta función se asigna a la primera persona seleccionada para servir en el jurado). Cada miembro del jurado produce su propia decisión, argumentando con los otros integrantes del jurado las cuestiones del juicio, que tuvieron al alcance de la mano”¹⁰⁸.

Para Jeffrey Abramson, la deliberación del jurado es un proceso dinámico en el que sus diversas fuerzas argumentan y confrontan sus puntos de vista para poder llegar, por medio de sus deliberaciones, a un veredicto, donde, “el poder de persuasión es la mejor arma para lograr que el jurado se manifieste unánimemente”¹⁰⁹.

¹⁰³ *Federal civil judicial procedure and rules*, pp. 1016-1017.

¹⁰⁴ Maureen HARRISON & Steve GILBERT, *Great decisions of the Supreme Court*, pp. 99-108.

¹⁰⁵ “The right to nullify is narrow, permitting jurors only the right not to apply the law”. Alan W. SCHEFLIN, “Jury Nullification: The right to say no”, pp. 168-169.

¹⁰⁶ ABRAMSON, *op. cit.* p. 57. Thomas Jefferson estimó: “The execution of the laws is more important than the making of them”.

¹⁰⁷ *Op. cit.*, p. 124.

¹⁰⁸ HANS and VIDMAR, *op. cit.*, p. 248.

¹⁰⁹ ABRAMSON, *op. cit.*, p. xi. Si el jurado no obtuviera un veredicto unívoco, se determina que hay *hang jury*, por lo que se sustituye al anterior, convocándose y seleccionándose uno nuevo para el mismo caso.

Asimismo, Neil Vidmar señala:

“durante las deliberaciones, la puerta está cerrada. Nadie puede entrar en el cuarto del jurado, y los jurados no pueden salir. Normalmente, deducimos o imaginamos las cuestiones del debate, el conflicto de personalidades, los argumentos claves o la utilización de las pruebas sobre las cuales el veredicto permanece o se comienza de nuevo toda la discusión”¹¹⁰.

Sus deliberaciones son democráticas¹¹¹ y privadas¹¹². Esto último hace difícil saber cómo son sus reflexiones al momento de argüir sus decisiones y observaciones durante el juicio¹¹³.

Sus integrantes tienen prohibido discutir el caso y son llevados a una sala especial (en el estado de Nueva York se les “secuestra” y no se les permite volver a su hogar, hasta que emitan su resolución¹¹⁴. Durante estas deliberaciones para sentenciar, son libres de hablar)¹¹⁵. Después del momento de la discusión entre ellos, viene la primera votación, en la cual en el 90% de las ocasiones se conserva en el mismo sentido¹¹⁶. Luego de la emisión de su veredicto, son libres de conversar sobre el caso juzgado sin ninguna reserva¹¹⁷.

Respecto al mecanismo de cómo deberían ser valoradas las pruebas¹¹⁸, se ha considerado que sus integrantes deben tener una gran virtud en sus

¹¹⁰ HANS and VIDMAR, *op. cit.*, p. 98.

¹¹¹ “Jury democracy is really pseudodemocracy because it invites, or at least permits, an anonymous group of elected people to spurn laws passed democratically elected legislature”, ABRAMSON, *op. cit.*, p. 4.

¹¹² “Verdicts by representative juries, especially in controversial trials, increase the legitimacy of the process in the public’s eyes, because jury verdicts are trusted to represent the community more than are verdicts by judges... juries deliberate in secret and need not give reasons for their verdicts as judges must, they retain a flexibility denied to judges: the ability to bend the law to achieve justice in individual cases”, HANS and VIDMAR, *op. cit.*, p. 19.

¹¹³ WOLF, *op. cit.*, p. 78. En el año de 1955, se permitió a varios investigadores grabar las conversaciones del jurado, lo que provocó que la Cámara de Representantes Federal legislara prohibiendo grabar las deliberaciones del jurado.

¹¹⁴ Es interesante tener en consideración que los posibles integrantes del jurado hayan discutido el asunto por su relevancia o generado alguna convicción por la influencia de los medios de comunicación. Véase Christine L. RUVA, *How Pretrial Publicity Affects Juror Decision Making and Memory*.

¹¹⁵ “In its ideal form, deliberation consists of a high-minded exchange of ideas”, WOLF, *op. cit.*, p. 80.

¹¹⁶ Harry KELVEN & Hans ZEISEL, *The American Jury*, 1986.

¹¹⁷ Por ejemplo, en el caso de Orenthal James Simpson los integrantes del jurado suscribieron contratos con casas editoriales, para descubrir todos los hechos y deliberaciones del jurado.

¹¹⁸ “...to achieve impartiality through the interaction of the diverse beliefs and values the juror bring from their group experience”, *People vs. Wheeler*. www.bayarearemploymentlawyerblog.com/wp-content/uploads/sites/138/2017/06/People-v.-Wheeler-583-P.pdf.

mentales, la cual debería ser como un papel en blanco, y tomar de manera abstracta solo en cuenta la evidencia probada en una corte pública¹¹⁹.

Por supuesto, existen personas que están en contra de los juicios por jurado porque “deciden los casos según la emoción, el prejuicio o la simpatía, más no tanto por lo que indica la ley y las pruebas”¹²⁰.

Varias son sus características procesales:

- a) sus deliberaciones son secretas;
- b) no están sujetos a las normas legales y pueden llegar a no utilizar una ley que consideren injusta y
- c) no tienen responsabilidad alguna sobre sus resoluciones¹²¹.

Por lo que ahora, se discutirá el fondo de este tema. Qué tan benéfico o perjudicial es que un tribunal público se convierta en jurado para valorar las pruebas de manera privada y posteriormente elabore una sentencia con base en el marco normativo.

A continuación, se ofrecen algunas conclusiones presentando y confrontando las diferencias específicas entre los tribunales y el jurado.

Conclusiones

1. La importancia de contar con instituciones jurisdiccionales independientes en un sistema democrático, es fundamental para el desarrollo económico, político y social de todo país. Estos órganos públicos serán los responsables de proteger los derechos de la población y garantizar el estado de Derecho¹²².
2. El Estado tiene como principio fundacional, el brindar seguridad y justicia a la población. El instrumento por excelencia con que cuenta el Estado para estos cometidos es el Poder Judicial, que está compuesto principalmente, por tribunales y jueces.
3. En la institución del juicio por jurado (*Trial by jury*) se trata de impartir una justicia más democrática. Sin embargo, qué tan conveniente es que un grupo de personas no especialistas en leyes, deliberen sobre la culpabilidad de una persona.

¹¹⁹ John BALDWIN, & Michael MCCONVILLE, *Jury Trials*, p. 94.

¹²⁰ *Op. cit.*, p. 4. David E. BERNSTEIN, *You can't say that*, p. 25. John STUART MILL, desacredita los juicios por jurados porque ellos “apenas son menos ignorantes que los mismos testigos”. *Sobre la libertad*, p. 110.

¹²¹ HANS and VIDMAR, *op. cit.*, p. 115. “Whenever it occurs, the jury becomes a lawless institution, rendering decisions for which the jurors will never be held accountable”; ABRAMSON, *op. cit.*, p. 4.

¹²² Siri GLOPPEN, ROBERTO GARGARELLA & Elin SKAAR, *Democratization and the judiciary*, pp. 1 y 46.

4. Con estos antecedentes el primer objetivo es comparar a la institución del jurado con la función valorativa de los tribunales. Ello permitió contrastar las diferencias entre un jurado y los jueces, en cuanto a su composición y selección:
 - a) los magistrados son especialistas en derecho;
 - b) no son seleccionados al azar, ni son parte de la comunidad que presenta su conflicto;
 - c) no son pares entre la ciudadanía en sentido estricto, pues son funcionarios públicos (jueces de la república) y tienen ciertos derechos y obligaciones por su investidura;
 - d) la inamovilidad de los magistrados origina que sean ellos los competentes para resolver todos los casos (a excepción de que haya alguna causal de implicancia, para no conocer del asunto) y
 - e) en caso de empate en la votación, el presidente del tribunal podría tener voto de preferencia, lo que no sucede en un jurado, donde todos son pares entre sí¹²³.
5. De manera metodológica y para finalizar, se presenta el siguiente cuadro con las principales diferencias entre ambas instituciones:

Cuadro N° 1
Comparativo Poder Judicial / Jurado

CONCEPTO	PODER JUDICIAL	JURADO
Origen	División de poderes	Pueblo
Representación	Judicatura	Sociedad
Composición	Jueces y magistrados	Ciudadanos
Educación	Licenciados en la profesión de leyes	Al ser llamados por sorteo, pueden tener diferentes profesiones u oficios
Duración	Permanente	Temporal
Principios regentes de su actuación	Autonomía, certeza, legalidad, imparcialidad, independencia y objetividad	Autonomía individual, imparcialidad e independencia
Deliberaciones	Públicas	Privadas
Labor durante el juicio	Dirigen el proceso y resuelven el conflicto	Durante el juicio conocen las pruebas. Su intervención se realiza hasta de deliberar una sentencia

¹²³ Mirjan R. DAMASKA, *The faces of justice and state authority*, pp. 3, 5, 19, 33, 37-38, 91, 111, 116, 137, 162, 167, 171, 218, 220-221, 228-229.

Ponderación de las pruebas	Tasada, libre y mixta	Libre (basada en la sana lógica y en su juicio racional); Pueden inaplicar la norma
Carácter de la Sentencia	Fundada y motivada en la ley; el juez siempre debe resolver el conflicto (en su caso, puede utilizar los principios generales del derecho)	Solo resuelven sobre la culpabilidad del acusado; en caso de que no haya unanimidad del jurado, el juez puede declarar el juicio como nulo
Responsabilidades	Administrativa, civil, penal y laboral	Ninguna

Bibliografía

- AA.VV., *Acciones de inconstitucionalidad* 18/2001, 19/2001 y 20/2001.
- ABRAMSON, Jeffrey, *We the jury*, Cambridge, Massachusetts-London, Harvard University Press, 2001.
- American Institutions*, New York, Ed. A.S. Barnes & Company, 1851.
- ANDRADE MARTÍNEZ, Virgilio, "Balance y perspectivas de la justicia electoral en México", en TEPJF, *Evolución histórica de las instituciones de la justicia electoral en México*, México, TEPJF, 2002.
- ANSOLABEHERE, Karina, *La política desde la justicia*, México, Fontamara, 2007.
- ARELLANO GARCÍA, Carlos, *Teoría general del proceso*, México, Porrúa 1992.
- ARRATÍBEL SALAS, Luis Gustavo, "Conceptualización del derecho electoral", en Fernando SERRANO MIGALLÓN (coord.), *Derecho Electoral. Los retos de la reforma de 2007-2008*, México, UNAM, 2006.
- Black's Law Dictionary*, St. Paul, Minnesota, West Publishing Co., 2009.
- BALDWIN, John & Michael McCONVILLE, *Jury Trials*, Oxford, Clarendon Press, 1979.
- BERMAN, Harold, *Law & Revolution*, Cambridge, Harvard University Press, 1999.
- BERNSTEIN, David E., *You can't say that*, Washington, Cato Institute, 2004.
- BLIX, Brian H., *Diccionario de teoría jurídica*, México, UNAM, 2009.
- BONILLA NÚÑEZ; Samuel, "Derecho de acceso a la información pública Un derecho en construcción", en *Revista Justicia. Punto de Equilibrio*, N° 23, San Luis De Potosí, México, 2008.
- CABALLERO JUÁREZ, José Antonio y Hugo Alejandro CONCHA CANTÚ, *Diagnóstico sobre la administración de Justicia en las entidades federativas*, México, UNAM, 2002.
- CABO DE LA VEGA, Antonio, *Lo público como supuesto constitucional*, México, UNAM, 1997.

- CANTO PRESUEL, Jesús, *Diccionario electoral*, México, TEQROO, 2008.
- CARPISO, Jorge, *Concepto de democracia*, México, UNAM, 2006.
- CASTILLO GONZÁLEZ, Leonel, *Reflexiones temáticas sobre derecho electoral*, México, TEPJF, 2006.
- CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, México, Cárdenas, 1989, vol. II.
- CIEFUEGOS SALGADO, David, *Justicia y democracia*, México, El Colegio de Guerrero, 2008.
- Código de ética del Poder Judicial de la Federación de México*, México, SCJN, 2004.
- COSCULLUELA MONTANER, Luis, *Manual de derecho administrativo*, Cizur, Civitas, 2004, vol. I.
- DAMASKA, Mirjan R., *The faces of justice and state authority*, Yale, Yale University Press, 1991.
- Dictionary Webster's Collegiate*, Springfield, Massachusetts, Merriam-Webster, 2000.
- DOUBLET, Yves-Marie, "Financiamiento, corrupción y gobierno", en Manuel CARRILLO *et al.* (coords.), *Dinero y contienda político-electoral: reto de la democracia*, México, FCE, 2003.
- DROMI, José Roberto, *El Poder Judicial*, Buenos Aires, UNSTA, 1982.
- DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1995.
- Enciclopedia Jurídica Mexicana*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México-Porrúa, 1986.
- ESCUIN PALOP, Catalina, *Curso de Derecho Administrativo*, Valencia, Tirant, 2004.
- Federal civil judicial procedure and rules*, St. Paul, Minnesota, West Academic, 2008.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *El sistema constitucional español*, Madrid, Dykinson, 1992.
- FERRAJOLI, Luigi, *Democracia y garantismo*, Madrid, Trotta, 2008.
- GALVÁN RIVERA, Flavio, *Derecho Procesal Electoral*, México, Ed. Porrúa, 2006.
- GARAPON, Antoine, *Juez y democracia*, Madrid, Flor de Viento, 1997.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Poder Judicial y Ministerio Público*, México, Porrúa, 1997.
- GLOPPEN SIRI, Roberto GARGARELLA & Elin SKAAR, *Democratization and the judiciary*, London, Frank Cass, 2004.
- GREENBERG, Ellen, *The Supreme Court explained*, New York, W.W. Norton & Company, 1997.
- GUARNIERI, Carlo y Patrizia PEDERZOLI, *Los jueces y la política*, España, Taurus, 1999.
- HAMILTON, Alexander, James MADISON y John JAY, *El federalista México*, FCE., 2006.
- HANS, Valerie P. and Neil VIDMAR, *Judging the Jury*, Cambridge, Perseus, 1996.
- HARRISON, Maureen & Steve GILBERT, *Great decisions of the Supreme Court*, New York, Barnes & Noble Books, 2003.

- HERRENDORF, Daniel E., *El poder de los jueces*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994.
- IFE, “Código Federal de Procedimientos e Instituciones Electorales comentado”, en *Diario Oficial*, México, 14 de enero de 2008.
- COMANDUCCI, Paolo, *Razonamiento jurídico*, México, Fontamara, 1999.
- KELVEN, Harry & Hans ZEISEL, *The American Jury*, Chicago, University of Chicago, 1986.
- LARA SÁENZ, Leoncio, “Derechos Humanos y Justicia Electoral”, en *Colección de Cuadernos de Divulgación sobre Aspectos Doctrinarios de la Justicia Electoral*, N° 4, México, 2003.
- LEHMAN, Godfrey, *We, the Jury... The impact of Jurors on Our Basic Freedoms*, New York, Prometheus Books, 1997.
- LOWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1964.
- MAYA RAYAS, Carlos, *Los tribunales electorales en México en la transición democrática: los casos de Tabasco y Yucatán*, México, IEDF, 2004.
- MELGAR ADALID, Mario, *El Consejo de la Judicatura Federal*, México, Porrúa, 2000.
- NEGRETTO, Gabriel y Mark UNGAR, “Independencia del Poder Judicial y Estado de derecho en América Latina”, en AA.VV., *Política y gobierno*, México, CIDE, 1997, vol. IV.
- NIETO, Santiago, *Interpretación y argumentación jurídicas*, México, UNAM, 2003.
- OROZCO HENRÍQUEZ, Jesús, “Judicialización de la política y legitimidad judicial”, en Rodolfo VÁSQUEZ (comp.), *Cortes, jueces y política*, México, Fontamara-Nexos, 2012.
- OROZCO HENRÍQUEZ, Jesús, *Justicia electoral y garantismo jurídico*, México, Porrúa, 2006.
- ORTIZ MAYAGOITA, Guillermo, “La justicia constitucional Electoral en el sistema jurídico mexicano”, en TEPJF, *Justicia Electoral*, Puebla, TEPJF, 2004.
- OSSORIO, Manuel, *Diccionario de Ciencias Jurídicas*, Guatemala, Dastancan, 2004.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *La seguridad jurídica*, Barcelona, Ariel, 1991.
- PONCE DE LEÓN, Armenta, Luis, *Derecho Político Electoral*, México, Porrúa, 1997.
- PINA, Rafael y José CASTILLO, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, México, Porrúa, 1990.
- RUVA, Christine L., *How Pretrial Publicity Affects Juror Decision Making and Memory*, Florida, University of South Florida, 2010.
- SALDAÑA SERRANO, Javier, *Virtudes del juzgador*, México, SCJN, 2007.
- SCHEFLIN, Alan W., “Jury Nullification: The right to say no”, in *Southern California Law Review*, N° 45, Los Ángeles, California, 1972.
- SHELDON, Charles H., *Essentials of the american constitution*, St. Paul, Minnesota, West View, , 2001.
- SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, México, Nacional, 1966.
- STUART MILL, John, *Sobre la libertad*, Madrid, Espasa-Calpe, 1996.

- TEDFORD, Thomas L., *Freedom of speech in the United States*, State College, Pennsylvania, Strata Publishing, 2008.
- TEPJF, *El sistema mexicano de justicia electoral*, México, TEPJF, 2003.
- TRIBE, Laurence H., *On Reading the Constitution*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1991.
- TRUJILLO, Isabel, *Imparcialidad*, México, UNAM, 2007.
- VILLANUEVA, Ernesto, *Derecho de acceso a la información pública estatal: una aproximación al estado de la cuestión en México*, México, UNAM, 2002.
- VV.AA, *Evolución histórica de las instituciones de la justicia electoral en México*", México, TEPJF, 2002.
- WADE, Henry William, *Estudio del Derecho Administrativo*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1971.
- WILLIAMS, Mary E., *The jury system*, San Diego, Greenhaven Press, 1997.
- WOLF, Robert V., *The Jury System*, Langhorne, Pennsylvania, Chelsea House Publishers, 1998.
- WOLFE, Cristopher, *The rise of modern judicial review*, Lanham, Maryland, Rowman & Littlefield Publishers, 1994.

II. JURISPRUDENCIA

- SMITH VS. TEXAS, disponible en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/311/128/>. [fecha de consulta: 10 de agosto de 2018].
- ZENGER VS. NEW YORK, disponible en www.nycourts.gov/history/legal-history-new-york/legal-history-eras-01/history-new-york-legal-eras-crown-zenger.html [fecha de consulta: 10 de agosto de 2018].
- PEOPLE VS. WHEELER, disponible en www.bayareaemploymentlawyerblog.com/wpcontent/uploads/sites/138/2017/06/People-v.-Wheeler-583-P.pdf [fecha de consulta: 10 de agosto de 2018].

CONSTITUCIÓN Y FUERZAS ARMADAS EN EL SIGLO XXI: DEFENSA NACIONAL Y SEGURIDAD HUMANA

CONSTITUTION AND ARMED FORCES IN THE XXI CENTURY: NATIONAL DEFENSE AND HUMAN SECURITY.

*Sergio Cea Cienfuegos**

*Ricardo Coronado Donoso***

Resumen

En el siglo XXI, y desde una perspectiva constitucional nacional, las Fuerzas Armadas debieran mantener el cometido de la defensa nacional y reemplazar el de seguridad nacional por el de seguridad humana, estimándose necesario mantener, además, una mención general a la carrera funcionaria y a la justicia militar, indicando los fines y principios que las rigen. Para tales efectos, se analizan comparativamente los textos constitucionales americanos que aluden a la materia.

Palabras claves: Fuerzas Armadas, Constitución política, defensa nacional, seguridad humana.

Abstract

In the 21st century and from a constitutional perspective, the Armed Forces should maintain the role of the National Defense and replace the National Security with the Human Security, it being considered necessary to maintain a general mention to the career and Military Jus-

* Abogado Universidad de Chile. Magíster en Derecho con mención en Derecho Administrativo Universidad de Chile. Profesor de Derecho Administrativo Universidad Autónoma de Chile. Artículo recibido el 5 de febrero de 2018 y aceptado a publicación el 2 de septiembre de 2018. Correo electrónico: sergioceac@gmail.com

** Abogado Universidad Central. Magíster en Derecho Público con mención en Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesor Universidad Bernardo O'Higgins. Artículo recibido el 5 de febrero de 2018 y aceptado a publicación el 2 de septiembre de 2018. Correo electrónico: derechosfundamentales.rcd@gmail.com

tice, indicating the purposes and principles that govern them. For such purposes, the american constitutional texts that allude to the subject are analyzed comparatively.

Key Words: Armed Forces, Political Constitution, National Defense, Human Security.

Introducción

En el presente artículo, se analizarán comparativamente textos constitucionales nacionales, desarrollando la regulación que se propone para las Fuerzas Armadas en la *Constitución Política*, como órganos integrantes de la Administración del Estado en el presente siglo, y se centrará en los cometidos constitucionales consagrados en la *Carta Fundamental* y en otros aspectos que inciden en ellas.

Como es de general conocimiento y sin perjuicio de las tres clásicas competencias, la *Carta Fundamental* consagra diversos órganos dotados de autonomía e independencia, tales como: la Contraloría General de la República, el Ministerio Público, la Justicia Constitucional, el Servicio y Justicia Electoral y el Banco Central, que permiten hacer más eficientes, entre otros aspectos, los sistemas de control de los diversos actos del Estado.

Ahora bien, en la *Constitución Política* se establece otro mecanismo, distinto de la autonomía de determinadas entidades u órganos y que se traduce, en definitiva, en el otorgamiento de misiones o competencias constitucionales exclusivas y excluyentes a ciertas instituciones, en materias de relevancia para la existencia de un Estado.

Pues bien, uno de estos casos es el de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, que, por su naturaleza, mantienen el monopolio de la fuerza física. Mediante dichas entidades se posibilita sustentar la primera, la soberanía exterior; la segunda, la soberanía interior, como verdaderos guardianes de la autodeterminación del Estado de Chile.

De tal magnitud es la misión constitucional encomendada a estos cuerpos armados, que el Estado ha consagrado expresamente su sometimiento al poder civil, haciéndolas depender del Ministerio de Defensa Nacional.

Cuando el papel que se atribuye es la defensa de la patria, se está consagrando una protección a la integridad territorial, de los recursos naturales, de los habitantes de la república y, por último, de la autodeterminación del pueblo, sin sometimiento a ningún Estado o potencia extranjeros.

Las Fuerzas Armadas

Si bien dependen administrativamente del Ministerio de Defensa Nacional, en el caso extremo que constituye una guerra, su jefe supremo será el Presidente de la República.

Integradas en nuestro ordenamiento jurídico constitucional por el Ejército, Armada y Fuerza Aérea, tienen el monopolio de las armas y, por ello, se les impone la obligación esencial de ser obedientes y no deliberantes, rigiéndose por el principio de apoliticidad.

La obediencia es un mecanismo de control vertical y horizontal a la vez. En efecto, el control es vertical dentro del mismo cuerpo armado, por cuanto un inferior se encuentra supeditado a un mando superior (como subalterno o subordinado), en una cadena ininterrumpida de mando que llega, incluso, hasta S.E. el Presidente de la República.

A su vez, el control es horizontal, porque debe respetar a todos los poderes públicos en sus distintas atribuciones, sin posibilidad de interferir en ellos ni menos limitarlos en su ejercicio, en particular, cuando se trata del poder más relevante en un Estado democrático, es decir, el poder político.

El orden jurídico estatal regula la protección de los derechos fundamentales mediante la imposición de ciertos límites a los poderes públicos, y delimita, en consecuencia, las funciones y deberes de los cuerpos armados para que estos cumplan las finalidades constitucionales. De hecho, la propia *Constitución Política* reconoce que, en circunstancias excepcionales, se podrían afectar algunas garantías individuales en pro de una defensa de los intereses colectivos, tal como acontece, por ejemplo, en el estado de excepción constitucional de asamblea, respecto de los derechos de reunión, trabajo, libertad personal y propiedad, entre otros¹.

En Chile, la *Constitución Política* de 1980 asignó relevancia al orden jurídico-militar, al consagrar constitucionalmente un capítulo destinado solo a las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, en que se determinan sus misiones constitucionales, tales como la defensa de la patria y el orden público interior, respectivamente.

Como se recordará, en su origen, se les había asignado a las Fuerzas Armadas y Carabineros de Chile la protección del orden institucional de la república². Esta concepción se reveló luego desacertada, al obtenerse

¹ *Constitución Política de la República* de 1980, art. 40.

² *Op. cit.*, en su texto original, el artículo 90 inciso segundo disponía: "Las Fuerzas Armadas están integradas sólo por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, existen para la defensa de la patria, son esenciales para la seguridad nacional y garantizan el orden institucional de la República".

consenso en cuanto esa protección del orden institucional no es una obligación exclusiva de los cuerpos armados, policiales o militares, sino, también, de todos los órganos públicos³. El criterio anterior es concordante y armónico con el sistema constitucional moderno de controles difusos y múltiples de las potestades públicas.

Por otra parte, se imponen límites a los cuerpos armados como, por ejemplo, el respeto a derechos fundamentales, obediencia, no deliberancia, determinación y delimitación de fines, entre otros, consagrando bienes jurídicos que los sustentan como: jerarquía, disciplina y profesionalización de su función.

En consecuencia, el orden jurídico-militar contiene límites, condiciones o restricciones determinadas en sus diversas y específicas normas. A modo de ejemplo, se puede citar el Derecho Operacional y las normas jurisdiccionales.

En efecto, las normas de Derecho Operacional son propias del Derecho Internacional y permiten al Estado defender su soberanía exterior e intervenir en operaciones de paz, respetando los derechos humanos, el derecho internacional humanitario y las reglas de enfrentamiento, aspectos que desarrollaremos con ocasión del estudio de las vinculaciones del Derecho Militar con otras ramas jurídicas.

La intervención en operaciones de paz, en casos de conflictos entre Estados, es una cuestión de suyo compleja, por cuanto comprende entre otros aspectos el Derecho Humanitario, en especial, respecto del trato debido a los prisioneros de guerra, a la población civil que ha sufrido los rigores de ella y, en general, a una conducción de las hostilidades sin provocar daños colaterales.

Las normas jurisdiccionales, en tanto, están referidas al régimen disciplinario y penal militar, sustentándose en la protección de un bien jurídico fundamental, que es la Defensa Nacional el cual, a su vez, se sustenta en la jerarquía y disciplina, que son los dos pilares en los que descansan los cuerpos armados para cumplir sus fines de un modo apropiado.

Una de las últimas etapas evolutivas que presentan los cuerpos castrenses se origina al producirse la globalización como fenómeno político y económico, motivo por el cual se ha ido perdiendo, poco a poco, el primario carácter nacional de las instituciones castrenses, pasando de una cooperación, a la ejecución de operaciones conjuntas, cuyas normas se encuentran fundamentalmente en el Derecho Internacional.

³ *Constitución Política* de 1980, reformada por la ley N° 20050 de 26 de agosto de 2005, artículo 6: “Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República”.

Sin embargo, el dinamismo no se presenta de una manera homogénea, dado que depende de las características de los distintos Estados y continentes.

En Europa, el avance sobre la materia ha sido sustancial mediante sistemas de protección conjunta, como es el caso del Tratado de Lisboa⁴. En cambio, en Latinoamérica todavía existen situaciones que impiden una integración plena, tal es el caso de los asuntos limítrofes.

En efecto, en forma creciente en Latinoamérica se están asignando nuevos papeles a las Fuerzas Armadas en tiempo de paz, pero si se revisan los marcos constitucionales, solo en algunas cartas fundamentales, tales como Colombia⁵ y Brasil⁶, se consideran expresamente funciones que exceden el sentido y alcance de los conceptos tradicionales de defensa de la patria y de seguridad nacional. En ninguna de ambas Cartas Fundamentales se establece la noción de Seguridad Nacional, temática que se abordará más adelante.

De hecho, el concepto de Defensa de la Patria debe entenderse, no desde una interpretación originaria o tradicional, sino mediante una perspectiva evolucionista y sociológica, que permita al Estado enfrentar los nuevos desafíos que se le presentan en los más diversos ámbitos, recurriendo al uso de la fuerza en aquellos casos en que la realidad social actual y el régimen democrático determinen el contexto de su aplicación.

En la actualidad, ha sido introducido un nuevo concepto de defensa entendida como el “posicionamiento estratégico defensivo regional”⁷, para

⁴ El Tratado de Lisboa publicado el 17 de diciembre de 2007 en el *Diario Oficial* de la Unión Europea, inserta un artículo 28 A al Tratado de la Unión Europea, que recoge el texto del artículo 17, con las modificaciones siguientes:

“a) Se inserta el nuevo apartado 1 siguiente y el apartado que viene a continuación pasa a ser el apartado 2º: La política común de seguridad y defensa forma parte integrante de la política exterior y de seguridad común. Ofrecerá a la Unión una capacidad operativa basada en medios civiles y militares. La Unión podrá recurrir a dichos medios en misiones fuera de la Unión que tengan por objetivo garantizar el mantenimiento de la paz, la prevención de conflictos y el fortalecimiento de la seguridad internacional, conforme a los principios de la Carta de las Naciones Unidas. La ejecución de estas tareas se apoyará en las capacidades proporcionadas por los Estados miembros”.

⁵ *Constitución Política de Colombia* en su art. 217 dispone: “La Nación tendrá para su defensa unas Fuerzas Militares permanentes constituidas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea. Las Fuerzas Militares tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional”.

⁶ La *Constitución Política de Brasil* en su artículo art. 142 expresa: “Las Fuerzas Armadas, constituidas por la Marina, por el Ejército y por la Fuerza Aérea son instituciones nacionales permanentes y regulares, organizadas con base en la jerarquía y la disciplina, bajo la autoridad suprema del Presidente de la República, y que tienen como misión la defensa de la Patria, la garantía de los poderes constitucionales y, por iniciativa de cualquiera de estos, de la ley y del orden”.

⁷ Sergio Gabriel EISSA, “Redefiniendo la defensa: posicionamiento estratégico defensivo regional”, pp. 1853-1970.

diferenciarlo de los antiguos conceptos de defensa vinculados al orden interno y la seguridad nacional de la época de la guerra fría.

Existe, además, una aproximación sociológica del concepto de defensa nacional al interpretarse conforme a la Constitución, mediante un contexto cultural, que ha sido considerado en la interpretación constitucional general. Dicha aproximación ha sido efectuada por Jaime Bassa⁸ quien, citando a Peter Häberle y Gustavo Zagrebelsky, señala:

“Recordemos que Haberle postula la apertura de los intérpretes de la Constitución hacia la sociedad, rompiendo con el monopolio estatal, por su parte, Zagrebelsky afirma: ‘ya no es desde la constitución desde donde se puede mirar la realidad, sino desde la realidad desde donde se debe mirar la constitución’”.

Concluye Jaime Bassa, en definitiva, que existe la posibilidad de vincular la interpretación constitucional “con el contexto cultural de aplicación de las normas”⁹.

Esta interpretación sociológica, en todo caso, a juicio de esta investigación, solo debe limitarse a los fines de las instituciones castrenses vinculados con la defensa de la soberanía exterior, otorgando protección a la población, la integridad territorial y los recursos naturales y medioambientales, para evitar la hipertrofia de funciones que, en Colombia, por razones históricas vinculadas a la violencia asociada al narcotráfico, denominan las “zonas grises”¹⁰. Ellas serán entendidas como aquellas funciones que tienen un evidente carácter policial, pero que son asumidas por las Fuerzas Armadas.

Con respecto a la noción de seguridad nacional, se estima que debe ser reemplazada en el texto constitucional y ello lo se explicará más adelante, indicando las razones que permiten aseverar esta cuestión.

Evolución histórica de las normas constitucionales aplicables a las Fuerzas Armadas

En el desarrollo de la evolución constitucional por primera vez en la Carta Política de 1980 se consagra un capítulo específico dedicado a las Fuerzas

⁸ Jaime BASSA MERCADO, *El Estado Constitucional de Derecho*, p. 112.

⁹ *Op. cit.*, p. 113.

¹⁰ Daniel J. VÁSQUEZ & Luz M. GIL, “Modelo constitucional de la fuerza pública en Colombia”, pp. 139-162.

Armadas y de Orden y Seguridad Pública. En él, se referirá básicamente, a las normas relativas a las Fuerzas Armadas.

En la historia constitucional de Chile existen, de manera permanente, menciones a la protección del bien jurídico, defensa nacional y al papel que se asigna a las Fuerzas Armadas en tal sentido y no de Seguridad Nacional. A estos efectos, han sido considerado, para mayor ilustración de los lectores, algunos artículos de determinadas Constituciones Políticas que han regido en nuestro país.

Al respecto, cabe mencionar que en la *Constitución Política del Estado* de 1822, existe un título octavo, denominado “De la Fuerza Militar”, en el que se regulan las normas “De la tropa de Línea”, correspondiéndole a los tres poderes clásicos del Estado, acordar “el número de tropas que se necesite para la defensa del Estado”, de conformidad a lo previsto en el artículo 235 de la citada carta constitucional.

En la *Constitución Política del Estado de Chile* de 1823, su artículo 18 regula las facultades del Director Supremo, entre las que se encuentran

“organizar y disponer de las fuerzas de mar y tierra, con arreglo a la ley”, “declarar la guerra”, “En un ataque exterior o conmoción interior imprevistos, puede dictar providencias hostiles o defensivas de urgencia, pero consultando inmediatamente al Senado”.

Asimismo, el título XX “De la Fuerza Pública”, particularmente en su artículo 225 y siguientes, dispone que exista una fuerza pública constituida por la “Milicia Veterana” y “Nacional”, pero para la defensa nacional integra a todos los chilenos, por ello expresa que: “La fuerza del Estado se compone de todos los chilenos capaces de tomar las armas: mantiene la seguridad interior y la defensa exterior”, correspondiéndole a la “fuerza pública” un carácter “obediente” y no deliberante.

Por su parte, la *Constitución Política de la República de Chile* de 1828 en el capítulo XI, denominado “De la fuerza armada” reguló en específico, la composición de la fuerza armada, que estaría integrada por el “Ejército de mar y tierra, y de la milicia activa y pasiva”, pero además, en las atribuciones del Poder Ejecutivo, artículo 83 N° 10 se establece que el referido poder tiene la atribución de “Disponer de la fuerza de mar y tierra y de la milicia activa, para la seguridad interior y defensa exterior de la Nación...”.

En otro orden de ideas, la *CPR* de 1833 en su texto original, asignó al Presidente de la República, entre otras potestades, la conservación de “la seguridad exterior (sic) de la República”, y para tales efectos le concede como atribuciones la provisión de empleos militares, disponer y mandar a las fuerzas de aire, mar y tierra, organizarlas y distribuirlas, y “Declarar la guerra con previa aprobación del Congreso...”.

En la ley de reforma constitucional de 24 de octubre de 1874, se otorga al Congreso la facultad de dictar leyes excepcionales en diversos casos, sobre todo “cuando lo reclamare la necesidad imperiosa de la Defensa del Estado”.

En la *CPR* de 1925 no existe un capítulo especial en el que se regulen las funciones de las Fuerzas Armadas, sin perjuicio que, en materia de atribuciones presidenciales, se reglamenta la facultad del Presidente de la República para disponer de las fuerzas de mar y tierra. Además, se indica con claridad que la fuerza pública es, en esencia, obediente por lo que ningún cuerpo armado puede deliberar.

En la reforma constitucional del 9 de enero de 1971, mediante la ley N° 17398, se sustituye el artículo 22 referido a la obediencia y no deliberancia de la fuerza pública por el siguiente texto:

“La fuerza pública está constituida única y exclusivamente por las Fuerzas Armadas y el Cuerpo de Carabineros, instituciones esencialmente profesionales, jerarquizadas, disciplinadas, obedientes y no deliberantes. Sólo en virtud de una ley podrá fijarse la dotación de estas instituciones”

y que:

“la incorporación de estas dotaciones a las Fuerzas Armadas y Carabineros sólo podrá hacerse a través de sus propias escuelas institucionales especializadas, salvo la del personal que deba cumplir funciones exclusivamente civiles”.

En efecto, si bien en la *CPR* de 1925, mediante leyes de reforma constitucional de esa carta, se incorporó una mención a la Fuerza Aérea de Chile¹¹, y con posterioridad se consagró el concepto de Fuerza Pública¹², que incluyó a las Fuerzas Armadas y al Cuerpo de Carabineros, no existió, en verdad, una normativa constitucional integral, en relación con sus misiones constitucionales, características de sus integrantes, organización ni funcionamiento de los cuerpos armados, hasta la actual Constitución Política de 1980.

En el plano normativo, a partir de los decretos leyes 1551 (acta constitucional N° 2 “Bases esenciales de la institucionalidad chilena”), 1552 (acta constitucional N° 3 “De los derechos y deberes constitucionales”), 1553 (acta constitucional N° 4 “Regímenes de emergencia”), todos del 13 de septiembre de 1976, se produce un aumento sustancial de los cometidos constitucionales, que normalmente deberían considerarse asignados

¹¹ Ley de Reforma Constitucional N° 17284, de 29 de enero de 1970.

¹² Ley de Reforma Constitucional N° 17398, de 9 de enero de 1971.

a las Fuerzas Armadas y a los chilenos en estado de cargar armas. Esto, en atención a que se excede la función tradicional de defensa nacional, a través de la asignación de competencia material y funcional, en la protección del orden institucional de la república. Dicho orden comprende valores superiores y permanentes de la chilenidad, preservación de la identidad histórico-cultural y conducción de la república, seguridad nacional y participación de las Fuerzas Armadas a través de una junta de gobierno, en la función constitucional, legislativa y de gobierno interior.

Sin duda, la citada acta constitucional N° 2, “Bases esenciales de la institucionalidad chilena”,

“tuvo por fundamentos, entre otros, que las Fuerzas Armadas y de Orden en cumplimiento de su deber esencial de resguardar la soberanía de la nación y los valores superiores y permanentes de la chilenidad, a justo y legítimo requerimiento de aquellas, asumieron el 11 de septiembre de 1973, la conducción de la República, con el fin de preservar la identidad histórico-cultural de la Patria y de reconstruir su grandeza espiritual y material”.

Por otra parte, en el acta constitucional N° 3 “De los derechos y deberes constitucionales”, se prescribe en su artículo quinto que:

“Todo chileno tiene el deber fundamental de honrar a su Patria, de defender su soberanía y su integridad territorial, y contribuir a preservar la seguridad nacional y los valores esenciales de la tradición chilena”.

Finalmente, en el acta constitucional N° 4 “Regímenes de emergencia”, se afirma en el considerando primero:

“Que es deber natural y constitucional del Estado promover el bien común, cuya consecución sólo es posible mediante la creación de las condiciones necesarias para el desarrollo económico social de la comunidad, al que es consustancial la seguridad nacional considerada como la aptitud del Estado, para garantizar ese desarrollo, precaviendo y superando las situaciones de emergencia que pongan en peligro el logro de los objetivos nacionales”.

La Constitución Política de 1980 y los fines de las Fuerzas Armadas

En la actual *Carta Fundamental* de 1980, existe una serie de normas constitucionales que inciden en forma directa en la organización y funciona-

miento de las Fuerzas Armadas y Carabineros. El aumento de potestades y atribuciones que se asignaron en la década de 1970, fue reconocido con claridad por Mario Duvauchelle quien señaló:

“El objetivo primordial o razón de ser de las Fuerzas Armadas es la defensa de la patria, lo que exige que ellas estén siempre preparadas para acudir en protección del Estado, su soberanía, sus nacionales, sus valores y sus tradiciones, respecto de cualquier amenaza o agresión, sea interna o externa”¹³.

Agrega, asimismo:

“Las circunstancias de ser las FF.AA. esenciales para la seguridad nacional, significa asumir la tarea de velar y contribuir a la coordinación de todas las actividades del Estado, que permitan desarrollar sus potencialidades, sea en los campos económicos, social, político o cultural, con vistas al bien común”.

Con respecto a lo previsto en el artículo 101 de la *Carta Fundamental*, chilena integrado en el capítulo XI de la misma, denominado “Fuerzas Armadas”, se efectúa una determinación axiológica de los fines de los cuerpos armados.

Estos fines dependen del órgano respectivo, pues en el caso de las Fuerzas Armadas, tienen asignada la protección de la defensa de la patria y “son esenciales” para la seguridad nacional.

En ambos casos se trata de conceptos jurídicos indeterminados, cuyo contenido analizaremos a continuación.

Defensa de la patria

En cuanto a la defensa de la patria, es factible expresar que se trata de un fin exclusivo asignado a las Fuerzas Armadas, que comprende el “amparo, protección y socorro”¹⁴ del Estado. En concreto, la noción de defensa implica, de acuerdo con lo establecido en el *Libro de la Defensa Nacional de Chile*,

“la acción del Estado para mantener la independencia política del país y su integridad territorial, así como, para proteger a su población frente al

¹³ Mario DUVAUCHELLE RODRIGUEZ, “Las Fuerzas Armadas y Carabineros de Chile: su regulación constitucional y orgánica constitucional”, pp. 84-85.

¹⁴ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, voz ‘defensa’.

uso de la fuerza o a la amenaza del uso de la fuerza por parte de actores internacionales”¹⁵.

En el ámbito del Derecho Comparado latinoamericano¹⁶, las cartas constitucionales de la región asignan a las Fuerzas Armadas la misión de defensa de la patria, vinculándola expresamente con la protección de la soberanía exterior y de su integridad territorial.

Países como Argentina¹⁷, México¹⁸, Uruguay¹⁹ y Venezuela²⁰, en que los fines de las Fuerzas Armadas se encuentran previstos en una legislación complementaria a la CPR, mantienen el criterio de protección de la soberanía exterior y de la integridad territorial.

Asimismo, la Constitución Política de España²¹ determina:

“Las Fuerzas Armadas, constituidas por el Ejército de Tierra, la Armada y el Ejército del Aire, tienen como misión garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional”.

El actual *Libro de la Defensa* entiende este término en un sentido amplio, que comprende aspectos tales

“como función, como organización, como conjunto normativo o como desafío económico. Como función se refiere al conjunto de actividades cuyo efecto es salvaguardar un determinado bien; explica el quehacer de la defensa. Como organización se refiere a la estructura de medios materiales y humanos que materializan la defensa; explica el cómo se conforma el sistema de defensa. En cuanto conjunto normativo, se refiere a las políticas, leyes, planes y reglamentos que apuntan a hacer coherente y armónico el accionar de la defensa; explica la manera en que se materializa la defensa. Finalmente, como desafío económico, intenta

¹⁵ MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL, *Libro de la Defensa Nacional de Chile*, p. 5.

¹⁶ *Constituciones políticas* de: Bolivia (art. 203), Brasil (art. 142), Colombia (art. 217), Ecuador (art. 183), Perú (arts. 137, 165 y 171), El Salvador (arts. 211 y 212), Guatemala (arts. 244 y 249), Honduras (arts. 272 y 274), Paraguay (art. 173) y República Dominicana (art. 93).

¹⁷ Ley N° 23554, de defensa nacional argentina artículo 1°.

¹⁸ Ley orgánica del Ejército y Fuerza Aérea de México, artículo 1° y ley orgánica de la Armada de México artículo 1°.

¹⁹ Decreto ley orgánica de las Fuerzas Armadas N° 14157, de 21 febrero de 1974, modificado por la ley N° 15808, artículos 2 y 3.

²⁰ Ley orgánica de las Fuerzas Armadas Nacionales de Venezuela artículo 19 (29 de septiembre de 2005).

²¹ *Constitución Política de España* de 1978.

resolver la relación entre necesidades múltiples y recursos escasos; explica el cuánto invertir”²².

A la luz del Derecho Comparado, se entiende que la extensa noción de defensa escapa al estricto ámbito jurídico. En consecuencia con lo expuesto, aquí se sostiene que la relación armónica de los preceptos constitucionales sobre la materia, en especial los artículos 22° y 40° de la Norma Suprema, respectivamente, vinculados con el concepto de defensa de la patria previsto en el artículo 101 de la CPR, deben ser interpretados como una protección frente a las amenazas bélicas externas, soberanía exterior, lo que incluye la protección de la población, de la integridad territorial, de los recursos naturales y medio ambientales.

Seguridad

Otra noción relevante, dentro de las funciones de las Fuerzas Armadas, es la de otorgar “seguridad”. A medida que transcurre en la evolución histórica política, dicho concepto se ha ido apartando de un criterio más bien bipolar, devenido con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, conocido como seguridad nacional y que, a juicio de esta investigación, debe ser reemplazado, como se explicará en el presente artículo por el concepto de seguridad humana.

La seguridad es entendida como:

“una condición que se desea alcanzar para que se realicen los fines del Estado y de la Nación, particularmente los del desarrollo social, económico y sustentable, y es resultado, en consecuencia, del conjunto de actividades que el Estado realiza para avanzar hacia el logro de sus objetivos y resguardar los intereses nacionales en relación con riesgos, amenazas o interferencias”²³.

La vinculación de la defensa de la patria y el monopolio de las armas

En general, existen dos sistemas para determinar a quiénes corresponde la defensa de la patria y el uso legítimo de las armas. Con respecto al pri-

²² MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL, *op. cit.*, p. 96.

²³ *Op. cit.*, p. 102.

mero, corresponde a todo el pueblo y esto determina que cada ciudadano tenga el derecho de uso y porte de armas de fuego. Sobre el particular, la segunda enmienda de la Constitución Política de Estados Unidos expresa: “Siendo necesaria una milicia bien ordenada para la seguridad de un Estado Libre, no se violará el derecho del pueblo a poseer y portar armas”. En consecuencia, Estados Unidos no estatalizó la posesión o tenencia de las armas, sino que, por el contrario, consagró un derecho constitucional del ciudadano a la posesión y porte de estas.

En el segundo caso, corresponde al Estado, quien deposita dicha función en las Fuerzas Armadas; por lo tanto, por regla general, el pueblo no tiene el derecho a poseer y portar armas, sino por la vía de excepción, siempre que exista una autorización estatal y se cumplan ciertos requisitos legales.

En este contexto, se encuentra la *Constitución Política de la República de Chile* que, mediante una interpretación armónica y sistemática de los artículos 22, 101 y 103, consagra el monopolio de las armas y la estatalidad de la defensa de la patria.

El monopolio de las armas consiste en que el Estado, asigna a un órgano de la administración de este, la competencia para poseer y tener las armas necesarias para preservar precisamente su integridad, de manera tal que:

“Ninguna persona, grupo u organización podrá poseer o tener armas u otros elementos similares que señale una ley aprobada con quórum calificado, sin autorización otorgada en conformidad a ésta”²⁴.

En las actas oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República de Chile²⁵, al referirse al proyecto de lo que es el actual artículo 103, consta que:

“El señor Ortúzar (presidente), después de observar que la disposición es quizá un poco detallista, se pregunta si no sería mejor redactarla estableciendo que sólo las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad podrán tener Armas”.

A este respecto, el comisionado Juan de Dios Carmona Peralta solicita:

“no olvidar que este precepto iría inmediatamente a continuación del que dispone que las Fuerzas de la Defensa Nacional, estarán constituidas

²⁴ *Constitución Política* de 1980, art. 103.

²⁵ Actas oficiales de la Comisión de Estudio, sesión 395, 5 de julio de 1978, p. 3042.

única y exclusivamente por las Fuerzas Armadas y por las Fuerzas de Orden y Seguridad”.

Para el suscrito y Patricio Morales,

“las misiones que la Constitución de 1980 específicamente les asigna a las Fuerzas Armadas, deben entenderse de acuerdo al concepto de que al Estado le corresponde el monopolio del uso legítimo de la Fuerza, el que se materializa a través de los órganos especializados que se constituyen al efecto, esto es, las Fuerzas Armadas las que para este fin tienen también el monopolio del uso de las armas, del que están privados por regla general, toda persona, grupo u organización que no estén expresamente autorizados por la Ley”²⁶.

Por lo expuesto, el sistema previsto por el legislador, referido al régimen de autorizaciones y permisos, es propio de los particulares y de los demás órganos de la Administración del Estado, tales como: Policía de Investigaciones, Dirección General de Aeronáutica Civil y Gendarmería de Chile, de tal manera que estos, para poseer o portar armas, necesitan la dictación de un acto administrativo que les faculte para esos fines²⁷.

En ese contexto, el legislador²⁸ estableció una diferencia entre Carabineros e Investigaciones, no en cuanto a sus fines constitucionales que permiten dar eficacia al Derecho y el resguardo del orden público, sino en cuanto al carácter militarizado que posee Carabineros de Chile, y que se traduce en que están exceptuados del sistema de autorizaciones y controles. A mayor abundamiento, Carabineros de Chile cuenta con la posibilidad legal de formar una división o brigada independiente, en caso de guerra.

Atendida la reforma prevista en la ley N° 20014, que modificó la ley N° 17798 sobre Control de Armas, y que estableció una nueva finalidad para esa normativa, cual es el “combatir la delincuencia común y especialmente evitar la proliferación de armas de fuego en manos de particulares”²⁹, lo que permite visualizar que, en el futuro, para efectos operacionales, Carabineros de Chile, dependiente del Ministerio encargado de la seguridad pública, también puede tener participación en el referido control, en la medida que se apruebe la correspondiente reforma constitucional.

²⁶ Sergio CEA CIENFUEGOS y Patricio MORALES CONTARDO, *Control de Armas. Manual de aplicación de la ley 17.798 y su reglamento complementario*, p. 10.

²⁷ Ley N° 17798, artículo 4.

²⁸ Véanse arts. 414, 415 y 426 del *Código de Justicia Militar* y art. 4°, del decreto N° 400, que fija el texto refundido coordinado y sistematizado de la ley N° 17798, sobre Control Armas.

²⁹ CEA y MORALES, *op. cit.*, p. 1.

Se considera que, mediante una reforma constitucional, se podría otorgar el control del material de uso bélico a las Fuerzas Armadas y se podría reservar a Carabineros de Chile el control del armamento convencional que, por lo general, es utilizado por la delincuencia común, lo que sería coherente con las finalidades que la CPR asigna a cada uno de esos órganos de la Administración del Estado y en especial con la última modificación realizada mediante la ley N° 20813 de fecha 6 de febrero del año 2015 a la mencionada ley N° 17798.

La estatalidad de la defensa de la patria implica que las Fuerzas Armadas existen para ese fin, aunque la propia CPR reconoce que, por sí solas, estas instituciones castrenses no son suficientes para el cumplimiento del objetivo señalado.

Por lo anterior, la *Carta Política* extiende el referido deber no solo a las Fuerzas Armadas sino, además, a cada chileno en estado de cargar armas, quien debe estar inscritos en los registros militares y tienen el deber de defender la soberanía y contribuir a preservar la seguridad nacional, si no está exceptuado en el ámbito legal.

El cometido constitucional de seguridad nacional debe ser reemplazado por la de seguridad humana

En lo que atañe al otro fin constitucional asignado a las Fuerzas Armadas, el artículo 101 de la actual *Carta Fundamental nacional* señala que “son esenciales para la seguridad nacional”, cuyo análisis de esta noción jurídica indeterminada, ya han sido desarrolladas en una obra anterior³⁰.

Como primer antecedente, el Informe de Desarrollo Humano del año 1994, del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, efectúa un análisis de las nociones de seguridad nacional y de seguridad humana.

De hecho, al abordar el sentido y alcance de la palabra ‘seguridad’ se indica expresamente en el mencionado Informe lo siguiente:

“El concepto de Seguridad se ha interpretado en forma estrecha durante demasiado tiempo, en cuanto seguridad del territorio contra la agresión externa, o como protección de los intereses nacionales en la política exterior o como seguridad mundial frente a la amenaza de un holocausto nuclear. La seguridad se ha relacionado con el Estado-nación más que con

³⁰ Sergio CEA CIENFUEGOS y Ricardo CORONADO DONOSO, *Derecho Militar. Parte general*, pássim.

la gente. Las Superpotencias estaban trabadas en una lucha ideológica, librando una guerra fría en todo el mundo”.

Entonces, la noción de seguridad nacional se encontraba inserta en una realidad del siglo XX, que tuvo su significación atendida las circunstancias históricas de esa época, propias de la guerra fría. Sin embargo, hoy en pleno siglo XXI, dicho concepto se encuentra superado, no tiene consistencia en una proyección de determinar el segundo cometido constitucional de las Fuerzas Armadas y en ese contexto irrumpe la noción de seguridad humana.

Y para determinar en qué consiste, habrá que remitirse al Informe de Desarrollo Humano del año 1994 del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, que señala: “La idea de seguridad humana, aunque simple, probablemente constituirá una revolución en la sociedad del siglo XXI”³¹. Agrega el mencionado documento:

“La seguridad humana está centrada en el ser humano. Se preocupa por la forma en que la gente vive y respira en una sociedad, la libertad con que puede ejercer diversas opciones, el grado de acceso al mercado y a las oportunidades sociales, y la vida en conflicto o en paz”³².

En definitiva,

“la seguridad humana significa que la gente pueda ejercer esas opciones en forma segura y libre, y que pueda tener relativa confianza en que las oportunidades que tiene hoy no desaparecerán totalmente mañana”³³.

La noción de seguridad humana, además se ve complementada por la de seguridad internacional, “mediante el desarrollo de regímenes internacionales y la participación de sus medios en operaciones de cooperación internacional”³⁴.

De este modo, las Fuerzas Armadas son esenciales para la seguridad humana, debido a que correspondiendo preservar la seguridad externa –que en esencia se traduce en mantener la integridad territorial y proteger a la población antes situaciones de crisis o riesgos, entre otras funciones que inciden en el desarrollo del país– pueda el habitante de la República de Chile ejercer su libertad y tener acceso igualitario a las oportunidades

³¹ PNUD, *Informe de Desarrollo Humano del año 1994*, p. 25.

³² *Op. cit.*, p. 26.

³³ *Ibid.*

³⁴ MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL, *op. cit.*, p. 146.

sociales que brinda el Estado. Todo lo anterior considerando, el pleno respeto de los derechos humanos.

Las Fuerzas Armadas en el Derecho Constitucional Comparado

En el Derecho Comparado se constata, a modo ejemplar, que algunas constituciones políticas no contemplan normas relativas a las Fuerzas Armadas, sino meras evocaciones al uso legítimo de la fuerza y la potestad presidencial en el ámbito castrense³⁵.

En cambio, otras cartas políticas³⁶ determinan en su constitución los fines que se asignan a las Fuerzas Armadas para evitar la desviación de funciones, por cuanto reconocen que aquellas se encargan de la defensa y seguridad nacional, con una protección del territorio y de su población.

Hay otras Constituciones que, además de determinar los fines constitucionales de las instituciones castrenses, establecen que las bases de la organización militar constituyen materias de ley orgánica³⁷.

Por último, la *Constitución* de 1980 contempla un capítulo especial dedicado a las Fuerzas Armadas de Orden y Seguridad Pública, que además cuenta con una cláusula semirrígida de reforma, prevista en el capítulo XV³⁸, que implica que para modificar el capítulo XI se requiere un quórum de dos terceras partes de los diputados y senadores en ejercicio. Es de estimar que, en el siglo XXI, no es atendible que se mantenga un quórum superior de reforma constitucional para el capítulo relativo a la Fuerzas Armadas de Orden y Seguridad Pública, al que se requiere para modificar el Congreso Nacional, el Poder Judicial y el Poder Ejecutivo que son, en concreto, las tres clásicas competencias en esta *Carta Fundamental*.

³⁵ Artículo dos, sección segunda de la Constitución Política de Estados Unidos, que en lo pertinente expresa: "1. El Presidente será comandante en jefe del ejército y la marina de los Estados Unidos y de la milicia de los diversos Estados cuando se la llame al servicio activo de los Estados Unidos...", asimismo los artículos 59 N° 1 y 83 letras "H" y "K" de la *Constitución Política de Rusia* y artículos 13 inciso segundo y 15 de la *Constitución Política de Francia*.

³⁶ *Constituciones políticas* de Brasil (art. 142), Colombia (art. 217) y Perú (art. 137, 165 y 171).

³⁷ *Constitución Política de España* (art. 8).

³⁸ *Constitución Política* de 1980, art. 127.

*Carrera funcionaria del personal de las Fuerzas Armadas
en la Constitución Política de la república
y Ley Orgánica Constitucional*

Las normas previstas en el capítulo XI, además de la determinación de los fines de las instituciones de la defensa nacional y de orden y seguridad pública, contemplan una serie de disposiciones cuyos contenidos se refieren en primera instancia, a la carrera funcionaria y que en opinión de este estudio son reglas propias de una ley orgánica y no de un texto constitucional.

Los artículos 102 y 105 de la CPR consagran un sistema destinado a considerar todos los elementos básicos, que para la ley³⁹ constituyen un régimen de “carrera funcionaria”, entendida por el Estatuto Administrativo como un “sistema integral de regulación del empleo público”⁴⁰. La propia CPR, en el inciso primero del artículo 38, se refiere en concreto a la carrera funcionaria.

En efecto, la ley N° 18575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, en el inciso segundo del artículo 21, exceptúa a las Fuerzas Armadas de la carrera funcionaria aplicable a los miembros de Administración general del Estado.

Los miembros de los cuerpos armados se regulan, en lo concerniente a este sistema integral de empleo público, por sus propias normas constitucionales y leyes orgánicas constitucionales.

En este contexto, se reitera que los contenidos de los artículos 102 y 105 de la CPR, no son propios de un texto de esa jerarquía jurídica, sino que debieran ser materia de ley orgánica constitucional.

A mayor abundamiento, los nombramientos y remoción de los Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas y del General Director de Carabineros y la designación, ascenso y retiro de los oficiales de estas entidades públicas, ya se encuentran consagrados en las atribuciones especiales del Presidente de la República⁴¹, y el reenvío que hace a los artículos 104 y 105 resulta innecesario, ya que las normas de detalle son de rango orgánico constitucional, por lo cual bastaba con expresar que la carrera funcionaria, en estos órganos de la Administración del Estado se regiría por una norma orgánica constitucional establecida solo para

³⁹ Artículos 15 al 21 inciso segundo, del decreto con fuerza de ley N°1/19653, que fija el texto de la ley N° 18575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

⁴⁰ Artículo 3 letra “F” del Estatuto Administrativo. Ley N° 18834.

⁴¹ *Constitución Política* de 1980, artículo 32 N° 16.

dichas instituciones, la que debería contener los nombramiento, ascenso, retiro, mando y previsión.

En el ámbito previsional, debería considerarse con claridad, el principio de irreversibilidad de los derechos previsionales, entendido como la imposibilidad de que se reduzca la protección social acordada en un Estado, lo cual se encuentra consagrado para todos los derechos humanos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁴² y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁴³.

Reforma necesaria a la justicia militar

A partir del año 2010 entró en vigor la ley N° 20477, de fecha 30 de diciembre de 2010. Dicha ley fue un punto de partida necesario para delimitar la competencia de la judicatura militar y permitir su plena aplicación al personal militar excluyendo a los sujetos activos civiles de ese ámbito competencial de juzgamiento. Esto, dado que no se podía justificar doctrinariamente, que una jurisdicción especializada –para mantener el principio de disciplina y jerarquía en la defensa nacional– juzgara civiles.

En el mismo sentido, y para una correcta determinación de la competencia respecto de las víctimas civiles, a fines del año 2016 se publicó la ley N° 20968, que entre otras materias, modificó el antes referido cuerpo legal N° 20477, excluyendo de modo manifiesto de la competencia de la justicia militar, los hechos en que exista una víctima civil.

Estas dos reformas materializadas en Chile, como se puede apreciar, se vinculan con el sujeto activo y pasivo del delito militar, pero no abordan la noción material o sustantiva del mismo. En cambio, la restricción a la competencia de la justicia militar en España en relación con el delito militar –que tuvo su origen en los denominados Pactos de la Moncloa en 1977– se enfocó en:

⁴² PACTO INTERNACIONAL DE DERECHO CIVICOS Y POLITICOS, Artículo 5° N° 1: “Ninguna disposición del presente pacto, podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo, para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él”.

⁴³ *Op. cit.*, artículo 4°: “Los Estados Partes en el presente pacto, reconocen que en el ejercicio de los derechos garantizados conforme al presente pacto por el Estado, éste, podrá, someter tales derechos únicamente a limitaciones determinadas por ley, sólo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática”.

“...la reconsideración de sus límites en relación con la competencia de la jurisdicción militar: 1° Por razón de delito: resolver la dualidad de tipificaciones en el Código Penal Común y el Código de Justicia Militar, restringiéndose éste al ámbito de los delitos militares”⁴⁴.

En consecuencia, si bien en Chile los legisladores han acordado modificaciones normativas en la judicatura castrense, en aspectos específicos referidos a la competencia de dicha judicatura especial; en otros aspectos no se ha producido un avance en la necesaria profundización de la reforma a la justicia militar. Esto, dado que han quedado sin una regulación moderna y adecuada a los nuevos estándares internacionales, otras importantes materias tales como:

- i) la organización de los tribunales militares y su respectiva competencia, respetando el principio de especialidad en ponderación con la adecuada independencia e imparcialidad que requieren dichos órganos y sujetos procesales,
- ii) sustituir el actual procedimiento inquisitivo por uno acusatorio, en el que se resguarde en mejor forma el debido proceso y la presunción de inocencia, considerando las especiales características de la función y profesión militar;
- iii) la correcta determinación material del delito militar, considerando aquellos tipos penales que se sustentan en un bien jurídico de exclusivo carácter militar, de acuerdo con las actuales exigencias que el Estado de Chile asigna a las Fuerzas Armadas y
- iv) la posibilidad de que la potestad sancionadora disciplinaria tenga un sistema de control en sede jurisdiccional especial, de tipo contencioso administrativo, en que exista una acción que se pueda interponer en contra de resoluciones que contengan medidas disciplinarias que afecten derechos fundamentales como, por ejemplo, las de naturaleza expulsiva, impuestas por el mando militar, a objeto de que sean conocidas y falladas por un tribunal o corte, especializado en la función militar.

Como se expresa en la obra *Derecho Militar*, es necesaria una adecuación normativa a la justicia castrense en el ámbito del principio de especialidad. Sin duda que los fines constitucionales del cuerpo armado determinan su especificidad. Por ello, Sergio Cea Cienfuegos expresa:

“...si los cometidos constitucionales asignados a las Fuerzas Armadas son de tal trascendencia para un Estado, parece indispensable dotarlos de una

⁴⁴ Antonio MILLÁN GARRIDO, *Justicia militar*, p. 30.

normativa jurídica especial que precisamente les permita observarlos y desarrollarlos”⁴⁵.

Existen bienes jurídicos cuyo exclusivo carácter militar hace necesaria la existencia de un tribunal especializado, por ello autores como Jorge Mera han sostenido:

“...existen bienes jurídicos de carácter militar de la mayor relevancia para toda la sociedad –que solo pueden ser afectados por los miembros de las Fuerzas Armadas– que requieren de protección penal, siendo insuficientes las sanciones administrativas y disciplinarias que pudieren aplicarse a los uniformados que atentaren en contra de aquellos”⁴⁶.

En todo caso, esa judicatura especializada debería apartarse de la conexión que se produce en otros sistemas de justicia, como la militar de Estados Unidos de Norteamérica, en que se confunden las funciones judiciales y administrativas, dado que se podría afectar el principio de independencia e imparcialidad, necesarios en toda judicatura.

En este sentido, conviene recordar lo que expresa Antonio Millán Garrido:

“No cabe desconocer, sin embargo, que la jurisdicción militar –por sus propios particularismos– continúa siendo aún integrada en el Poder Judicial, una jurisdicción especial, que, además, permanece vinculada más allá de lo necesario y –tal vez– de lo conveniente a la Administración militar”⁴⁷.

En síntesis, todas estas consideraciones permiten sugerir que las menciones efectuadas en el artículo 83 inciso final de la *Constitución Política*, consagren de forma expresa los nuevos estándares internacionales, en materia de jurisdicción castrense.

Conclusiones

1. En una reforma constitucional debe consagrarse a las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, en un solo artículo

⁴⁵ CEA y CORONADO, *op. cit.*, p. 11.

⁴⁶ Jorge MERA FIGUEROA, “La parte especial del Derecho Penal Militar chileno. Bases programáticas para su reforma integral. Hacia una reforma de la justicia militar”, p. 12.

⁴⁷ Antonio MILLÁN GARRIDO, “Organización y competencia de la jurisdicción militar en España”, pp. 89 a 102.

indicando sus cometidos constitucionales, su integración, sus características y el monopolio de las armas. En lo que concierne a las primeras debe mantenerse la noción de Defensa Nacional y reemplazarse la finalidad de ser esenciales para la Seguridad Nacional por el de Seguridad Humana, esto requerirá una acuciosa consideración de todo el texto constitucional, puesto que el mencionado concepto se encuentra en varios artículos.

2. Las Fuerzas Armadas tienen asignado el monopolio exclusivo de la fuerza y del empleo de armas, de uso bélico. Con respecto a las armas no bélicas, se estima que debe ser entregado en su plenitud de control a Carabineros de Chile, mediante la creación de un órgano administrativo que concentre las funciones ejecutivas, contraloras y fiscalizadoras.

Derivado de lo anterior, no basta con mantener solo a la Dirección General de Movilización Nacional, como el órgano administrativo encargado de la supervigilancia y control de las armas: la competencia de todo aquello que sean armas no bélicas debe quedar radicada definitivamente en Carabineros de Chile, dependiente del Ministerio del Interior y Seguridad Pública.

3. En la actual *Carta Fundamental* de 1980, todavía existe una serie de normas constitucionales que inciden sin mediación en la organización y funcionamiento de las Fuerzas Armadas y Carabineros. El aumento de potestades y atribuciones que se asignaron en la década de 1970, fue en esencia, extraído del texto constitucional con la Reforma Constitucional del año 2005.
4. En relación con la carrera funcionaria, se considera que no es necesario mantener en la *CPR* los contenidos que en la actualidad están considerados en los artículos 102 y 105, de dicha carta, por cuanto se trata de materias propias de Ley Orgánica Constitucional, bastando una mención general de que tales materias serán reguladas por una ley orgánica constitucional.
5. En una nueva legislación, el ejercicio de la potestad disciplinaria militar y la tutela de los derechos fundamentales de los funcionarios de las Fuerzas Armadas debe contener una acción en sede jurisdiccional y se cree que debe estar radicada en la cortes marciales. En definitiva, legislar en términos tales que el principio de la igualdad ante la ley y especialidad, se concreten en forma más efectiva en las Instituciones Armadas.
6. Un último aspecto que parece interesante considerar y que es tratado en el cuerpo principal de esta presentación es el relativo al proceso de reforma a la justicia militar en Chile. Re-

sulta evidente que se encuentra pendiente la modificación a un sinnúmero de instituciones jurídicas de la justicia militar, y que se refieren básicamente a la organización de los tribunales militares y su respectiva competencia, transformaciones que deben respetar el principio de especialidad (considerando la adecuada independencia e imparcialidad que requieren dichos órganos y sujetos procesales) y reemplazar el actual procedimiento inquisitivo por uno acusatorio, en el que se resguarde en mejor forma el debido proceso y la presunción de inocencia, teniendo presente las especiales características de la función y profesión militar.

En suma, no es concebible ni razonable que, en el Chile actual, exista una isla jurídica para los integrantes de las Fuerzas Armadas en esta materia. Por ello sería conveniente que tales principios quedaran reflejados en el texto constitucional, al referirse a la judicatura del fuero.

Bibliografía

- BASSA MERCADO, Jaime. *El Estado Constitucional de Derecho*, Santiago, Legal Publishing, 2009.
- CEA CIENFUEGOS, Sergio y Patricio MORALES CONTARDO, *Control de Armas. Manual de aplicación de la ley 17.798 y su reglamento complementario*, 3ª ed., Santiago, Legal Publishing, 2009.
- CEA CIENFUEGOS, Sergio, y Ricardo CORONADO DONOSO, *Derecho Militar. Parte general*, Santiago, Legal Publishing, 2011, tomo I.
- DUVAUCHELLE RODRÍGUEZ, Mario, *Las Fuerzas Armadas y Carabineros de Chile: su regulación constitucional y orgánica constitucional*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1994.
- EISSA, Sergio Gabriel, "Redefiniendo la defensa: posicionamiento estratégico defensivo regional", en *Revista SAAP*, año 2, vol. 7, N° 1, 2013. Disponible en [/www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1853-19702013000100002&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1853-19702013000100002&lng=es&nrm=iso). [Fecha de consulta: 15 de agosto de 2015]
- MERA FIGUEROA, JORGE, "La parte especial del Derecho Penal Militar Chileno. Bases programáticas para su reforma integral. Hacia una reforma de la justicia militar", en *Cuadernos de Análisis Jurídicos*, Santiago, Universidad Diego Portales, Escuela de Derecho, 2002, N° 13.
- MILLÁN GARRIDO, Antonio, "Organización y competencia de la jurisdicción militar en España", en Renato de Jesús BERMÚDEZ FLORES y Alejandro Carlos ESPINOSA (coords.) *Jurisdicción Militar, estudio latinoamericano del modelo de justicia*, México, Porrúa, 2013.

- MILLÁN GARRIDO, Antonio, *Justicia militar*, Barcelona, Ed. Ariel, 2008.
- MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL, *Libro de la Defensa Nacional*, Santiago, Ministerio de Defensa Nacional, 2017.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, 22ª ed., Madrid, Espasa, 2001.
- VÁSQUEZ, Daniel José & LUZ Marina GIL, “Modelo constitucional de la fuerza pública en Colombia”, en *Revista Prolegómenos Derechos y Valores*, vol. xx, N° 39, Bogotá, 2017. DOI: <http://dx.doi.org/10.18359/prole.2728>
- PNUD, *Informe sobre Desarrollo Humano 1994*, México D.F., FCE, 1994.

NORMAS

- Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia*, 2009.
- Constitución Política de la República Federativa de Brasil*, 1988.
- Constitución Política de la República de Chile*, 1980.
- Constitución Política de Colombia*, 1991.
- Constitución Política de los Estado Unidos de América*, 1787
- Constitución Política de la República del Ecuador*, 2008.
- Constitución Política Española*, 1978.
- Constitución Política de la República de El Salvador*, 1983.
- Constitución Política de la República de Guatemala*, 1993.
- Constitución Política de la República de Honduras*, 1982.
- Constitución Política de la República de Paraguay*, 1992.
- Constitución Política del Perú*, 1993.
- Constitución Política de la República Dominicana*, 2015.
- Ley N° 23554, de defensa nacional argentina, 1988.
- Ley orgánica del Ejército y Fuerza Aérea de México, 1986.
- Ley Orgánica de la Armada de México, 2002.
- Ley N° 18575. Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.
- Ley N° 18834, aprueba Estatuto Administrativo, 1989.

Derechos fundamentales

LA INFLUENCIA DE MARGARET SANGER
Y LA INTERNATIONAL PLANNED
PARENTHOOD FEDERATION
EN LA PROMOCIÓN DEL CONTROL
DE LA NATALIDAD
EN ESTADOS UNIDOS Y CHILE

THE INFLUENCE OF MARGARET SANGER
AND THE INTERNATIONAL PLANNED
PARENTHOOD FEDERATION IN PROMOTING
THE CONTROL OF BIRTH
IN THE UNITED STATES AND CHILE

*Andrea Rosario Iñiguez Manso**

Resumen

Este artículo tiene como propósito ilustrar al lector sobre la influencia de Margaret Sanger y la International Planned Parenthood Federation en la promoción del control de la natalidad y analizar si dichas actividades se han realizado con el objetivo o, bien, de mejorar la calidad de vida de las personas y la protección del derecho a la vida privada o, por el contrario, si se trataría de una forma encubierta de impulsar agendas eugenésicas y de control de población.

Por ser un tema amplio, se ha delimitado este estudio a la experiencia que, a este respecto, se ha dado en Estados Unidos y Chile.

Palabras claves: Margaret Sanger, anticoncepción, aborto, control de población.

*Doctora en Derecho por la Universidad de los Andes. Profesora de Derecho Constitucional I, Universidad de los Andes. Artículo recibido el 15 de abril de 2018 y aceptado para su publicación el 30 de agosto de 2018. Correo electrónico: rosarioini@gmail.

Se agradecen las observaciones y sugerencias del doctor en Historia Javier Castro Aros.

Abstract

This article has the purpose to illustrate the reader about the influence that Margaret Sanger and the International Planned Parenthood Federation have had in the promotion of birth control, and analyze if those activities have the purpose, as it has been said, of improving the life quality of the people and the protection of the right to private life or, on the contrary, is an undercover strategy of promoting the agendas of eugenics and population control.

Key words: Margaret Sanger, birth control, abortion, population control.

Introducción

En general, cuando se trata de justificar la promoción de la anticoncepción y el aborto, se hace presente que el objetivo es mejorar la calidad de vida de las personas y de amparar la protección de ciertos derechos humanos, particularmente el derecho a la vida privada. Así pareciera haberlo confirmado también la jurisprudencia, tanto en Estados Unidos como en tribunales internacionales. En *Griswold v. Connecticut*, la Corte Suprema estadounidense declaró que la prohibición estatal de que las parejas casadas pudieran ocupar métodos anticonceptivos era una intromisión en la vida privada¹. De manera análoga resolvió el mismo tribunal en el caso *Roe v. Wade*, que legalizó el aborto en todo el territorio de Estados Unidos².

Una línea similar es posible encontrar en sentencias dictadas por cortes internacionales de derechos humanos. Así, en *A, B, C v Irlanda*, el TEDH resolvió que en el caso de la peticionaria C, el Estado había “fallado con su obligación positiva de asegurar a la tercera recurrente el respeto por su vida privada”(cons. 267)³. En *Artavia Murillo v. Costa Rica*, la Corte IADH resolvió que “la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada” (cons. 143)⁴.

Sin embargo, existe otro enfoque para analizar esta cuestión y es que el fundamento de la promoción de la anticoncepción y el aborto no son los derechos humanos, sino, más bien, se trataría de mecanismos que fueron impulsados y financiados por miembros de la élite de Estados Unidos, para lograr el control de población de aquellos grupos étnicos y sociales

¹ CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS [1965]: caso 381 US 479.

² CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS [1973]: caso 410 US 113.

³ TEDH [2007]: caso 541/03.

⁴ CORTE IADH [2012]: caso 12.361.

que consideraban de categoría inferior. Tal afirmación, provocadora, por cierto, se fundamenta en la historia de las principales organizaciones que promueven la anticoncepción y el aborto, las cuales han sido vinculadas a personas y grupos defensores de la eugenesia y el control de población.

En el centro de esta polémica se encuentra la International Planned Parenthood Federation⁵. Fundada en 1921 bajo el nombre de American Birth Control League, rebautizada en 1942 como IPPF, su fundadora, Margaret Sanger, es una de las figuras más controvertidas de la historia de Estados Unidos, ya que junto con ser considerada un ícono del feminismo moderno, no ocultaba sus simpatías por los movimientos que promovían la eugenesia, que tan en boga estaban en Estados Unidos durante la primera mitad del siglo XX. Por lo demás, si pudo expandir sus ideas, y sobre todo fundar clínicas de control de la natalidad en Estados Unidos, y luego en otras partes del mundo, fue justamente gracias al apoyo de miembros de las élites estadounidenses quienes, a su vez, eran férreos defensores de la eugenesia, siendo el caso más destacado el de la Fundación Rockefeller.

En esta investigación se analizará el vínculo doctrinario que existe entre la promoción del control de la natalidad con la eugenesia y el control de población. Por tratarse de un tema sumamente amplio, se ha delimitado a algunos aspectos que a este respecto se han dado en la experiencia de Estados Unidos y Chile.

I. La eugenesia y el control de población en Estados Unidos

1. ANTECEDENTES GENERALES

Este estudio requiere que, en primer lugar, se realice una breve referencia a la eugenesia. Sir Francis Galton, uno de los fundadores de este movimiento, la define como “la ciencia que se hace cargo de todas las influencias que mejoran las cualidades innatas de la raza”⁶. La eugenesia tiene dos aspectos. En primer lugar, el positivo, es aquel que busca “estimular la reproducción de los ‘mejores’ elementos de la sociedad”⁷ y el negativo cuyo propósito es la “eliminación de los denominados elementos ‘inferiores’ que incluye

⁵ En adelante IPPF.

⁶ Francis GALTON, “Eugenics it’s definition, scope and aims”, p. 1.

⁷ Bruce FLEURY, *The Negro Project*, p. 32.

a las personas con problemas mentales, discapacitados, epilépticos”⁸ y minorías raciales⁹.

Es necesario hacer presente que generalmente la eugenesia y expresiones relativas a la pureza racial son asociadas de manera exclusiva a la ideología nacionalsocialista. Sin embargo, esto es poco exacto, ya que ella gozaba de amplio apoyo entre las élites políticas e intelectuales del Estados Unidos de la época. Entre ellos, se puede mencionar a figuras como Graham Bell, Harvely Kellog y los presidentes Theodore Roosevelt y Herbert Hoover¹⁰.

La influencia de las ideas eugenésicas también se manifestó en el sistema jurídico de Estados Unidos. Así, a principios del siglo xx se dictaron, en la mayoría de los estados de la Unión, leyes que permitían a las autoridades locales esterilizar de manera compulsiva a personas que fueran consideradas débiles mentales, lo cual incluía no solo aquellos que presentaran alguna discapacidad física o mental sino, también, de costumbres licenciosas como el alcoholismo y la prostitución. Una de las afectadas por este tipo de leyes fue Carrie Buck, una joven blanca de Virginia en contra de quien se dictó una orden de esterilización por haber sido declarada débil mental.

La joven reclamó de esta decisión ante la Corte Suprema de Estados Unidos, alegando la vulneración de sus derechos constitucionales consagrados en la enmienda XIV de la Constitución. En 1927, el tribunal resolvió que, teniendo presente que un Estado puede requerir sacrificios de sus habitantes, incluso la vida, también puede ordenar su esterilización en pro del bien común, pues “la sociedad puede prevenir que los que son manifiestamente deficientes no continúen su especie”¹¹. El texto del fallo termina con una frase que causará gran polémica hasta el hoy: “Tres generaciones de imbéciles es suficiente”¹². La sentencia fue dictada por ocho votos a favor y uno en contra¹³.

⁸ FLEURY, *op. cit.*, p. 31.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ Joseph DELLAPENA, *Dispelling the myths of abortion history*, p. 500.

¹¹ CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS [1927]: caso 274 US 200.

¹² *Ibid.* La expresión “tres generaciones de imbéciles” se refiere a que la madre de Carrie Buck, que también había sido declarada débil mental y a la hija de Carrie Buck, de la cual se presumió que sería débil mental, porque su madre y su abuela lo eran.

¹³ El voto disidente fue del juez Pierce Butler, el cual no fundamentó su rechazo a la decisión de la Corte. Sin embargo, se han discutido ampliamente las razones que lo llevaron a ser el único en votar en contra de la esterilización de Carrie Buck, pero se sospecha que las profundas creencias católicas del juez influyeron en su decisión. Véase Philip THOMPSON, “Silent protest: A catholic justice dissent in Buck v. Bell”, p. 126 y ss.

Se calcula que en Estados Unidos se llevaron a cabo unas veinte mil esterilizaciones forzadas¹⁴, hasta que los estatutos jurídicos que las autorizaban fueron derogados de manera definitiva en la década de 1970. En todo caso, cabe hacer presente que la meta de los movimientos eugenésicos no solo será lograr por medios compulsivos el control de la natalidad de las personas consideradas débiles mentales sino que, además, van a impulsar programas que tuvieron como objetivo que estos mismos grupos consintieran en controlar su reproducción. Y en este escenario tendrá gran relevancia la figura de Margaret Sanger.

2. MARGARET SANGER, VIDA Y OBRA

Para poder entender su obra, no se puede dejar de hacer presente a algunos hechos relevantes de su vida personal. Nació en el seno de una familia de inmigrantes irlandeses católicos bajo el nombre de Margaret Louise Higgins en 1879, en Corning, New York. Su madre, Anne, tuvo once hijos vivos y dieciocho embarazos en total. Era la sexta de los once hijos y debía ayudar a su madre en el cuidado de sus hermanos. Los Higgins eran una familia de escasos recursos. Esto tendrá una influencia en su pensamiento en cuanto a que, en sus propias palabras:

“Desde los primeros años de mi niñez asocié la pobreza, esfuerzo, desempleo, alcoholismo, discusiones, peleas deudas y prisión con las familias numerosas”¹⁵.

En 1902 contrajo matrimonio con el arquitecto William Sanger, con quien tuvo tres hijos. El matrimonio se mudó a Nueva York en 1911. Fue en esta época que comienza a visitar los barrios bajos de la ciudad y a tener contacto con los problemas sociales que afectan especialmente a las mujeres. También se desenvuelve en ambientes que la llevan a conocer a destacados personajes políticos de izquierda como la anarquista Emma Goldman y el comunista John Reed.

En 1921 el matrimonio se divorcia y contrae segundas nupcias con Noah Slee, un hombre acaudalado quien la ayudará financieramente a propagar sus ideas. Noah murió en septiembre de 1966.

Fue una prolífica escritora. Sus obras principales son los libros *El eje de la civilización* y *Mujer y la nueva raza* en los cuales manifiesta de manera clara sus ideas sobre la eugenesia, el control de población, la anticoncepción y el aborto.

¹⁴ Stephen Jay GOULD, “Carrie Buck’s daughter”, p. 332.

¹⁵ Margaret SANGER, *My Fight for Birth Control*, p. 11.

a) La eugenesia

Uno de los aspectos más polémicos de su vida y obra es su adhesión y promoción de la eugenesia. En el libro *El eje de la civilización* clasifica a las personas en aptos y no aptos. Señala:

“la falta de equilibrio entre la tasa de fertilidad de los ‘no aptos’ y de los ‘aptos’, ha sido reconocida como la más grande amenaza para la civilización (...) el problema más urgente de hoy es la forma de limitar y desincentivar la sobre-fertilidad de los mental y físicamente defectuosos”¹⁶.

También afirma:

“La debilidad mental como demuestran las investigaciones y estadísticas de todo el país, están invariablemente asociados con una tasa de fertilidad que está por sobre lo normal”¹⁷

y que la sociedad moderna “suministra las condiciones más favorables para ser terreno de reproducción de los mentalmente defectuosos”¹⁸. Agrega: “La debilidad mental de una generación se transforma en mendicidad o locura en la próxima”¹⁹.

Sus ideas eugenésicas no llegan hasta aquí. En el capítulo v del libro *El eje de la civilización*²⁰, califica a las actividades de caridad como crueles porque buscan proteger a personas que en su opinión no lo merecen, es paternalista y además no modifican las conductas de los poco aptos. Agrega que la “‘benevolencia’ no solo no es efectiva; es positivamente injuriosa para la comunidad y el futuro de la raza”²¹. Es preciso agregar que consideraba que la peor de todas las formas de la caridad es aquella que tiene por objetivo dar atención gratuita de maternidad a mujeres de escasos recursos. Esta filantropía, como Dean Inge (...) ha señalado:

“es algo cruel y sin saberlo, promueve precisamente los resultados más deplorables. Estimula que la sección más normal del mundo lleve la carga de la no pensada e indiscriminada fecundidad de otros: que trae (...) un peso muerto de desperdicio humano”²².

¹⁶ Margaret SANGER, *The Pivot of Civilization*, p. 25.

¹⁷ *Op. cit.*, p. 80.

¹⁸ *Op. cit.*, pp. 80-81.

¹⁹ *Op. cit.*, p. 82.

²⁰ *Op. cit.*, p. 105 y ss.

²¹ *Op. cit.*, p. 110.

²² *Op. cit.*, p. 116.

b) El control de población

Como se ha expuesto, clasifica a las personas en aptas y no aptas. La idea era que los primeros tuvieran descendencia y los segundos no. Ello no se queda en una mera sugerencia, pues señala que los no aptos deberían ser “prevenidos de seguir reproduciendo su especie”²³. Agrega que las familias numerosas de escasos recursos son inmorales y “no solo producen daños a los miembros de la familia, sino a la sociedad”²⁴. Por lo demás: “la pobreza, la falta de cuidado y entrenamiento durante la adolescencia, hogares hacinados que acompañan a las familias numerosas”²⁵ sería la causa de la prostitución²⁶. Culpa a las mujeres de los diversos males que afectan a la sociedad, ya que “sin saberlo (...) han puesto las bases de las tiranías y proveído el elemento humano para conflictos raciales”²⁷. Además “han creado barriadas, llenando los asilos con dementes y otras instituciones con otros defectivos”²⁸.

c) La anticoncepción

De sus escritos se deduce que ella no tenía un buen concepto de la maternidad y que su mensaje siempre será el de fomentar que las mujeres tengan la menor cantidad de hijos posible²⁹. Estima que el número de hijos de estas familias tiene directa relación con la pobreza y los problemas que se generan a propósito de la Cuestión Social³⁰. Critica a aquellos intelectuales, moralistas, sacerdotes y ministros religiosos quienes, en su opinión, durante mucho tiempo:

“han predicado la doctrina de la gloriosa y divina fertilidad. Hoy estamos confrontados con espectáculo a nivel mundial de la realización de esta doctrina. No es poco significativo que los tontos y los imbéciles marquen el ritmo viviendo en estas enseñanzas (...) Es tiempo de mostrarles a los campeones de la incesante e indiscriminada fertilidad el resultado de sus enseñanzas”³¹.

²³ SANGER, *The Pivot...*, *op. cit.*, p. 82.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ Margaret SANGER, *Woman and the New Race*, p. 57.

²⁶ *Op. cit.*, p. 66.

²⁷ *Op. cit.*, p. 4.

²⁸ *Ibid.*

²⁹ SANGER, *The Pivot...*, *op. cit.*, p. 28 y ss.

³⁰ *Op. cit.*, p. 1 y ss.

³¹ *Op. cit.*, pp. 17-18.

Concluye:

“no será hasta que a los padres del mundo se les de control sobre sus facultades reproductivas que será posible mejorar la calidad de las generaciones del futuro”³².

d) El aborto

Quizá uno de los aspectos que más causa controversia en la actualidad cuando se habla de la IPPF es su papel en la promoción del aborto, no solo en Estados Unidos sino en el mundo entero. Por eso es que se hace necesario preguntarnos, ¿cuál era la opinión de Margaret Sanger con respecto a este tema?

En la declaración de objetivos de la Liga Americana para el Control de la Natalidad, incluida en el apéndice del libro *El eje de la civilización*, se señala que los embarazos no programados “provocan frecuentemente el crimen del aborto”³³. En el capítulo x del libro *Mujer y la nueva raza* titulado “¿Contraceptivos o Aborto?”³⁴, la autora analiza con detención este tema y sostiene que la sociedad habría empujado a la mujer a tener demasiados hijos, lo cual provoca:

“el infanticidio, el abandono de niños y el aborto. La sociedad ha permitido el impulso interno de la mujer para ser rendido violentamente por la represión hasta que se expresa en las crueles formas de limitación de la familia que la misma sociedad ha calificado como ‘crímenes’ y ha buscado castigar”³⁵.

En segundo lugar, señala que el acceso a la información sobre métodos de control de la natalidad tenía un impacto directo en el aborto:

“La mayoría de las mujeres de Estados Unidos de clase media y alta parecen seguras en sus conocimientos como un medio de control de natalidad”³⁶.

Sin embargo, en aquella época era ilegal obtener información sobre contraceptivos y esto desfavorecía a las mujeres de escasos recursos. En su opinión:

³² SANGER, *The Pivot...*, *op. cit.*, p. 23.

³³ *Op. cit.*, p. 280.

³⁴ *Op. cit.*, pp. 118 y ss.

³⁵ SANGER, *Woman...*, *op. cit.*, p. 118.

³⁶ *Op. cit.*, p. 119.

“la mayoría de estas mujeres caerán dentro de dos grupos generales – los que van a tener niños en contra de su voluntad y aquellas que, para escapar esta maldición, buscan refugio en el aborto”³⁷

que lo califica como “humillante, repulsivo, doloroso y frecuentemente una operación peligrosa”³⁸.

Dicho esto, se podría concluir que Margaret estaba en contra del aborto. Pero lo cierto es que si se leen con atención sus palabras relativas a esta cuestión, en ninguna parte se verifica una condena fundada en el atentado que el aborto constituye en contra de la vida del que está por nacer. Su rechazo se enfoca más bien en cuestiones procedimentales que morales. Cualquier duda sobre este tema lo deja medianamente claro cuando afirma que la mujer que se somete a un aborto “no es una criminal, sino una mártir. Una mártir de las duras condiciones (...) que ha traído la ceguera de la sociedad en su conjunto”³⁹.

3. LOS PROGRAMAS DE CONTROL DE POBLACIÓN PROMOVIDOS POR MARGARET SANGER. EL NEGRO PROJECT

Como se ha visto, Margaret Sanger adhería totalmente a las ideas eugénicas de su época, lo cual se manifiesta en su constante referencia a las personas aptas y no aptas para la reproducción. Estos últimos, en su opinión, debían controlar su reproducción, pues consideraba que de lo contrario superarían en número a las personas aptas y, además, transmitirían sus taras a sus descendientes, perpetuando los problemas derivados de la Cuestión Social.

Su interés por estimular el control de población de los denominados no aptos tendrá como consecuencia que esta recibirá un gran apoyo, sobre todo económico, de las élites de la época. En términos prácticos, esto significó que fundaría un sin número de clínicas en todo Estados Unidos para otorgar asesorías a las mujeres en materia de control de natalidad. La primera se abrió en Harlem, Nueva York en febrero de 1930.

Sin embargo, el programa más controvertido que desarrolló es el denominado Negro Project, o Proyecto Negro, el cual se llevó a cabo en los estados del Sur de Estados Unidos y que tendrá como objetivo directo desincentivar la reproducción de las mujeres afroamericanas.

³⁷ SANGER, *Woman...*, *op. cit.*, p. 119.

³⁸ *Op. cit.*, pp. 119-120.

³⁹ *Ibid.*

Es necesario señalar que, si se analizan sus principales obras: *El eje de la civilización* y *Mujer y la nueva raza* no se encontrará referencias expresas a su postura frente a los problemas de segregación que sufrían en esa época de las personas de color. Esto podría conducir a la conclusión de que sus propuestas se refieren a una especie de eugenesia de carácter social y no dirigida a alguna raza o grupo étnico en particular. Por lo demás, si Margaret Sanger alguna vez tuvo actuaciones racistas (como, por ejemplo, haber dado una conferencia a un grupo de mujeres de Klu Klux Klan en Nueva Jersey, en 1926) al parecer no habría sido más que producto de la forma de pensar dominante en su época, ¿de dónde surge, entonces, la polémica por el Negro Project?

Para poder explicar esta cuestión es necesario hacer presente que la expansión de sus actividades en el sur de Estados Unidos se pudo llevar a cabo gracias al apoyo del Dr. Clarence Gamble, heredero de Procter and Gamble. La fundadora de la IPPF tenía la preocupación de que la promoción de métodos de control de la natalidad en el Sur llevada a cabo solo por personal sanitario de raza blanca podría generar sospechas entre sus destinatarios, en cuanto a que podría ser visto, por la comunidad afroamericana, como un intento de “destruir su raza”⁴⁰. Con el objetivo de evitar esta situación, le escribe una carta a Clarence Gamble en diciembre de 1939, en la cual le sugiere que debería contratar a personal de color que lleve a cabo las acciones de control de natalidad, pues, en su opinión, las mujeres afroamericanas no aceptarían el consejo de médicos blancos en estas materias.

Reconoce una realidad muy propia del Sur en aquellas épocas, y es que las personas afroamericanas que habitaban en dicha zona eran profundamente religiosas y, por lo tanto, sería importante que las actividades de la American Birth Control League tuvieran el apoyo del ministro religioso, el cual “deberá ser entrenado, a lo mejor por nuestra Federación, en nuestros ideales y metas y al objetivo que queremos llegar”⁴¹. Y termina esta frase con la polémica expresión:

“no queremos que salga una palabra de que queremos exterminar a la población negra y el ministro es el hombre que puede enderezar esta idea si alguna vez se les ocurre a sus miembros más rebeldes”⁴².

Esta carta se escribió hace casi ochenta años y aún no hay acuerdo sobre qué quiso decir Margaret con estas palabras. Para sus defensores, el

⁴⁰ Jean H. BAKER, *Margaret Sanger, A life of Passion*, p. 251.

⁴¹ Carta de Margaret Sanger a Clarence Gamble, fecha 12 de diciembre de 1939..

⁴² *Ibid.*

contenido de esta misiva no tiene como objetivo más que constatar una realidad de la época, esto es, que las personas afroamericanas del Sur no confiarían en los consejos sobre control de natalidad que les otorgaran médicos blancos y, por ello, era necesario contratar a médicos de color. Su intención y su organización solo era ayudar al mejoramiento de la calidad de vida de las mujeres que vivían en el Sur.

Ellen Chesler señala:

“una pequeña cita de Sanger, tomada fuera de contexto, ha sido usada para atacarla de manera reiterada por ser racista. Viene de una carta que ella escribió en 1939 en conexión con el Proyecto Negro en el Sur, donde la ignorancia de los contraceptivos modernos era general y donde las iglesias negras estaban fomentando la confusión y desconfianza de las intenciones del programa”⁴³.

Por su parte, Jean Baker hace presente que: “los esfuerzos de establecer sistemas de control de la natalidad eran inclusivos, no descuidados y exclusivistas”⁴⁴. En un sentido similar, Miriam Reed señala que esta frase ha sido sacada de contexto y que pretende “expandir la mentira de que Sanger era racista, que el control de la natalidad buscaba el ‘suicidio racial’”⁴⁵.

En su defensa también se ha hecho presente que miembros destacados de la comunidad afroamericana de la época apoyaron su causa. Entre ellos, se encuentra el Dr. Charles S. Johnson, de la Universidad de Fisk, Dr. Adam Clayton Powell Sr., pastor en Harlem y William Edward Burghardt du Bois, miembro de la N.A.A.C.P.⁴⁶, una de las primeras organizaciones en Estados Unidos en promover los derechos de los afroamericanos.

Entre sus detractores, la visión sobre el Negro Project cambia radicalmente. Para ellos, el objetivo de este programa era lograr, de forma amigable, el suicidio racial de la comunidad afroamericana. A propósito de esta cuestión, Bruce Fleury sostiene que los dirigentes de la comunidad negra que la apoyaban fueron, parafraseando a Vladímir Ilich Lenin, los “tontos útiles del Negro Project de Margaret Sanger”⁴⁷. Agrega que los movimientos eugenésicos sabían que no podrían promover su

⁴³ Ellen CHESLER, *Woman of Valor, Margaret Sanger and the birth control movement in America*, p. 488.

⁴⁴ BAKER, *op. cit.*, p. 252.

⁴⁵ Miriam REED, “Margaret Sanger: Correcting the False Narratives of Racism”.

⁴⁶ Star PARKER, *Uncle Sam's Plantation, How big government enslaves America's poor and what we can do about it*, p. 122.

⁴⁷ FLEURY, *op. cit.*, p. 85 y ss.

“agenda secreta sin la ayuda de prominentes dirigentes negros. Sabían que los americanos negros estaban entre los grupos más ardientemente religiosos (...) Sería crítico ganar la cooperación de los ministros negros (...) como Sanger escribió de manera infame para llevar a cabo este programa”⁴⁸.

Por su parte, Angela Davis, marxista y cercana ideológicamente a las Panteras Negras, declara que cuando Margaret Sanger se alejó del Partido Socialista:

“los defensores del control de natalidad comenzaron a abrazar las ideas racistas prevalecientes. La fatal influencia de los movimientos eugenésicos pronto destruiría el potencial progresista de la campaña del control de la natalidad”⁴⁹.

Recapitulando, y volviendo al tema de Margaret Sanger y el Negro Project, queda abierta la pregunta en cuanto a que si las labores de su organización, la American Birth Control League y posteriormente la IPPF, han desarrollado actividades de promoción del control de la natalidad y el aborto por motivos altruistas de asegurar el mejoramiento de la salud y calidad de vida de las mujeres o, por el contrario, si en realidad no habría un interés especial en que estos métodos sean utilizados particularmente por mujeres de escasos recursos y minorías étnicas. Esta polémica también se trasladará al resto del mundo y Chile no será la excepción.

II. El control de población en el ámbito internacional. El caso de Chile

EL CONTROL DE LA NATALIDAD EN EL ÁMBITO MUNDIAL

Los movimientos eugenésicos desde su origen tuvieron como eje de su discurso el mejoramiento de la raza o si se analiza desde un punto de vista más benévolo y bien intencionado, mejorar la calidad de vida de las personas. Este objetivo se lograría a través del uso generalizado de los mecanismos de control de natalidad. Las ambiciones de control de población no se quedaron dentro de las fronteras de Estados Unidos, sino que, también, buscaron la expansión de sus ideas en el ámbito internacional. No obstante, uno de los principales problemas que tuvieron los

⁴⁸ FLEURY, *op. cit.*, p. 86.

⁴⁹ Angela DAVIS, “Racism, Birth Control, and Reproductive Rights”, p. 360.

movimientos como la IPPF durante la década de 1940 fue el desprestigio en que cayeron producto de las políticas eugenésicas desarrolladas por el nacionalsocialismo, y que no solo tuvo como consecuencia el holocausto judío sino, también, las limpiezas racionales llevadas a cabo contra grupos étnicos como gitanos, polacos y rusos.

Por lo tanto, como señala Javier Castro Aros, “la investigación eugenésica norteamericana comenzó poco a poco a reinventarse, y con ello también el concepto de control de la población para ser transformado en el de planificación familiar”⁵⁰. De hecho, en 1942, la American Birth Control League cambió su nombre a International Planned Parenthood Federation. La dictatorial palabra control había sido reemplazada por una más suave y amigable, planificar.

“Del control de la natalidad se pasaba a planificación familiar. Uno de los objetivos prioritarios fue desnazificar el nombre de la eugenesia para fortalecer un perfil científico que encaminara el proyecto global de control de natalidad”⁵¹.

Junto con cambiar el lenguaje, pasando de la palabra ‘control’ a ‘planificación’, hubo de modificar los objetivos que justificaran la promoción del control de la natalidad. En este punto tendrá un papel fundamental, sobre todo en la década de 1960, el peligro de la denominada bomba demográfica, que “capturó la imaginación de los medios de los medios de comunicación de masas”⁵². El temor a la explosión demográfica vino acompañada, en palabras de Eugenia Rocella y Lucetta Scaraffia de un:

“inesperado golpe de fortuna: en los años setenta se difunde en todo Occidente, el feminismo, poniendo en primer plano el aborto y la contracepción, y haciendo de ello una cuestión de libertad femenina. Los nuevos eslóganes serán adoptados con fervor sospechoso por las asociaciones antinatalistas, que gozarán así de una óptima cobertura ideológica, universalmente respetada”⁵³.

De esta forma, el escenario ideológico y pseudocientífico que se instaló con fuerza después de la Segunda Guerra Mundial permitirá a la

⁵⁰ Javier CASTRO AROS, *Guerra en el vientre: control de la natalidad, malthusianismo y guerra fría en Chile (1960-1970)*, p. 115.

⁵¹ *Op. cit.*, p. 116.

⁵² Jaqueline KASUN, *The War Against Population, The economics and ideology of population control*, p. 162.

⁵³ Eugenia ROCELLA y Lucetta SCARAFFIA, *Contra el cristianismo, la ONU y la Unión Europea como nueva ideología*, p. 117.

IPPF y otros grupos similares expandir los programas que ya se habían promovido en Estados Unidos, esta vez ya no bajo la excusa de mejorar la raza, sino de consolidar los derechos de las mujeres y evitar los graves problemas económicos y medioambientales que provocaría la bomba demográfica.

Estos planes se llevarán a cabo por medio de organizaciones internacionales y de fundaciones filantrópicas promovidas por las grandes fortunas de Estados Unidos, particularmente la Fundación Rockefeller. En consecuencia, John Rockefeller participará en 1952, en la fundación del Population Council, organización que tendría como objetivo internacionalizar la agenda de control demográfico por medio de la:

“política del diálogo (...) con la elite de los países del tercer mundo, y la intervención directa ante los gobiernos por medio de abundantes ayudas financieras”⁵⁴.

Existen diversas organizaciones internacionales que han participado en programas de control de población. Entre ellas se destaca la ONU la cual ha tenido, entre sus diversas estrategias, el organizar y coordinar reuniones internacionales, tales como la Conferencia del Cairo sobre Población y Desarrollo en 1994. Cabe hacer presente que dicha reunión la presidió Fred Sai, quien en esa época era presidente de la IPPF, organización que ha tenido participación en instituciones como la UNESCO y la Organización Mundial de la Salud⁵⁵.

En definitiva, después de la Segunda Guerra Mundial la promoción del control de población, tanto en Estados Unidos, como en el ámbito mundial, no se llevará a cabo, por lo menos en apariencia, bajo el paraguas de las ideas eugenésicas del mejoramiento de la raza humana, sino que con la excusa de ayudar a las personas de escasos recursos de mejorar su calidad de vida y el aseguramiento de los derechos de las mujeres a la vida privada.

B. EL CONTROL DE LA NATALIDAD EN CHILE

Si bien la historia del control de la natalidad se masificó en Chile en la década de 1960, es necesario hacer referencia brevemente a sus antecedentes históricos y que también estuvieron vinculados a la eugenesia. En 1939 se dictó un decreto ley:

⁵⁴ ROCELLA y SCARAFFIA, *op. cit.*, p. 122.

⁵⁵ *Op. cit.*, pp. 224-225.

“por el cual el presidente Pedro Aguirre Cerda delineó toda una política sanitaria fundada en el concepto eugenésico de ‘mejoramiento de la raza’ y que él denominó ‘Institución Nacional Defensa de la Raza y Aprovechamiento de las Horas Libres’”⁵⁶.

Por parte, el ministro de Salud, Salvador Allende, diseñó un proyecto de ley el cual se titulaba Ley de Esterilización de Alienados y que permitía, en su artículo 1° la esterilización de “toda persona que sufra una enfermedad mental”⁵⁷. En todo caso el proyecto no llegó a discutirse en el Congreso, pero refleja que en Chile también se pretendieron dictar leyes de control de población similares a las que existían en Estados Unidos y cuya constitucionalidad fue impugnada en el caso *Buck v. Bell*.

El desarrollo de los métodos de control de natalidad masiva en Chile, conforme lo señala Javier Castro Aros, se encuentra ligada a la figura del Dr. Clarence Gamble quien, en la década de 1940, viendo la posibilidad de expandir el control de la natalidad fuera de Estados Unidos, entra en contacto con becarios de la Universidad de Harvard provenientes del extranjero, entre los cuales se encontraba el médico chileno Benjamín Viel⁵⁸. Así, durante la década de 1960 ambos intercambian “correspondencia con el fin de gestionar la profesionalización de la planificación familiar en Chile”⁵⁹.

El desarrollo del control de la natalidad se vio favorecido por el programa diseñado por la administración del presidente John F. Kennedy denominado Alianza para el Progreso, que buscaba detener el atractivo que la Revolución cubana podría tener en América Latina, si se combatía la pobreza en el continente. En este contexto, el control de la natalidad se transformó en un mecanismo de lograr el cometido de mejorar el nivel de vida de las personas. Ello se llevaría a cabo contando con el activo apoyo de organizaciones no gubernamentales estadounidenses⁶⁰. En consecuencia, “el control de natalidad, dentro del contexto de Guerra Fría, puede

⁵⁶ Víctor FARIAS, *Salvador Allende: antisemitismo y eutanasia*, pp. 74-75.

⁵⁷ *Op. cit.*, p. 80. Conforme señala Marcelo Sánchez, Salvador Allende no se encontraba solo en esta postura, sino que ellas habían sido acogidas por diversos sectores de la población. Véase Marcelo SÁNCHEZ, “Salvador Allende, esterilización de alienados y debate eugenésico chileno”, pp. 281-282.

⁵⁸ El Dr. Benjamín Viel llegará a integrar la IPPF.

⁵⁹ CASTRO, *Guerra...*, *op. cit.*, pp. 261-262.

⁶⁰ Conforme lo señalan María Soledad Zárata Campos y Maricela González Moya, la Fundación Rockefeller se destacó desde la década de 1940 en el financiamiento de programas de capacitación de médicos chilenos en materias de control de natalidad. Véase María Soledad ZÁRATE CAMPOS y Maricela MOYA GONZÁLEZ, “Planificación familiar en la Guerra Fría chilena: política sanitaria y cooperación internacional”, p. 211.

ser considerado como una estrategia de contención anticomunista en el Tercer Mundo”⁶¹.

La promoción del control de la natalidad no tuvo una acogida favorable durante el gobierno de Jorge Alessandri Rodríguez, situación que cambió con la llegada al poder de Eduardo Frei Montalva, quien estaba de acuerdo con la propuesta de masificar la utilización de estos mecanismos. Uno de los programas más emblemáticos para llevar a cabo este objetivo será el denominado proyecto San Gregorio.

San Gregorio es una población ubicada en la comuna de La Granja, la que en esa época tenía altos niveles de pobreza y una gran población de obreros. Para revertir esta situación, y mejorar el nivel de vida de la población, se pretendía disminuir el número de hijos de las personas que habitaban en dicha comunidad. El programa pudo llevarse a cabo gracias a la ayuda económica prestada por el Population Council, y tenía:

“por fin estudiar el posible efecto de un programa de Planificación de la Familia sobre las tasas de aborto y natalidad de una población obrera marginal de Santiago”⁶². “El diseño de del proyecto San Gregorio abarcó tres etapas: 1° Una encuesta base inicial (...) acompañado de un análisis de investigación de los indicadores de fecundidad, aborto y actitudes hacia planificación familiar. 2° Aplicación de un tratamiento experimental de control de la natalidad. 3° Evaluar los posibles cambios que se han generado en la comunidad producto de la investigación de fecundidad, aborto y actitudes hacia planificación familiar”⁶³.

De manera similar, se promovió un plan de control de la natalidad en Quinta Normal, gracias al apoyo económico de la Fundación Rockefeller⁶⁴.

Al igual que en Estados Unidos, la inversión de grandes sumas de dinero en programas de control de la natalidad, suscitó sospechas en cuanto a cuál era el verdadero propósito de estas ayudas. Y, al igual que en el país del norte, las acusaciones vinieron desde distintos sectores políticos y sociales.

Así, el diputado Mario Palestro denunció en 1972 que “países de América Latina se hicieron eco de esta campaña de control de la natalidad, lanzada por el imperialismo norteamericano”⁶⁵. El senador Volodia Telteboim advirtió que Estados Unidos estaba temeroso que en el año

⁶¹ Javier CASTRO AROS, “Estados Unidos y la guerra por el desarrollo: el control de natalidad en Chile, 1960-1970”, p. 104.

⁶² *Op. cit.*, p. 343.

⁶³ *Op. cit.*, p. 344.

⁶⁴ *Op. cit.*, p. 340.

⁶⁵ CÁMARA DE DIPUTADOS, Sesión ordinaria N° 8 de fecha 17 de octubre de 1972.

2000 el total de la población de América Latina fuera el doble de la de Estados Unidos. En su opinión, esta situación buscaba ser contenida a través de la denominada “regulación de la familia”⁶⁶.

Por otra parte, las críticas al control de la natalidad vinieron desde algunos sectores conservadores como, por ejemplo, el abogado Hübner Gallo quien calificará las teorías de explosión de población y todas las calamidades que traería “como un nuevo jinete del Apocalipsis”⁶⁷. Agrega:

“surgen los agoreros del desastre, proclamando que la única solución posible, frente a la amenazadora marea humana, es implantar drásticos y masivos sistemas de limitación de la natalidad”⁶⁸.

Algunos sectores de la Iglesia católica criticaron las políticas antinatalistas, sobre todo después de la publicación de la encíclica *Humanae Vitae*, defendida con entusiasmo por monseñor Emilio Tagle⁶⁹.

En relación con dicha encíclica, parece necesario destacar que el papa Pablo VI hace la siguiente pregunta relativa al control artificial de la natalidad:

“¿Quién impediría a los Gobernantes favorecer y hasta imponer a sus pueblos, si lo consideran necesario, el método anticonceptivo que ellos juzgaren más eficaz? En tal modo los hombres, queriendo evitar las dificultades individuales, familiares o sociales (...) llegarían a dejar a merced de las Autoridades el sector muy personal y más reservado de la intimidad conyugal”⁷⁰.

En definitiva, Pablo VI previó la amenaza de que la masificación del control de la natalidad pudiera ser ocupada como mecanismo de control de población.

Por último, es necesario señalar que en la década de 1960 la IPPF tendrá un papel destacado en la promoción en los métodos de anticoncepción en Chile, y recientemente, en la legalización del aborto. Ello se llevará a cabo en específico a través de la APROFA, fundada en 1962. Como señala Javier Castro Aros

⁶⁶ SENADO, Diario de sesión ordinaria N° 24, de fecha 10 de diciembre de 1969.

⁶⁷ Jorge Iván HÜBNER GALLO, *El mito de la explosión demográfica: la autorregulación natural de las poblaciones*, p. 10.

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ CASTRO, “Estados Unidos...”, *op. cit.*, pp. 428-432.

⁷⁰ PABLO VI, *Humanae Vitae, sobre la regulación de la fertilidad*, p. 22.

“la introducción de la IPPF principia en Chile a inicios de los sesenta, mediante la entrega de aportes financieros, visita de personal médico y material a organizaciones, como APROFA”⁷¹,

la cual obtuvo su personalidad jurídica durante el gobierno de Eduardo Frei Montalva. Desde entonces ha sido considerada la filial de la IPPF en Chile y tendrá un papel relevante en la difusión del control de la natalidad en nuestro país y, en los últimos años, se ha destacado en la promoción de la legalización de la Píldora del Día Después⁷² y la ley N° 21030, sobre despenalización del aborto en tres causales, aprobado en agosto de 2017.

III. Conclusiones

El propósito de este trabajo ha sido exponer la influencia que han tenido las ideas de Margaret Sanger en la masificación del control de la natalidad, a través de la anticoncepción y el aborto. La promoción de estos mecanismos llevado a cabo por su organización, la IPPF y otras como el Population Council, han levantado la sospecha de que el impulso de la anticoncepción, y después el aborto, bajo la excusa de intentar mejorar la calidad de vida de las personas de escasos recursos y la protección de los derechos de las mujeres, no era más que una argucia para lograr un objetivo más de fondo, esto es, el control de población de aquellos a quienes las teorías eugenésicas califican como no aptos para la reproducción.

La polémica ya se había instalado en la década de 1930, como lo demuestra la carta que Margaret Sanger le envió al Dr. Clarence Gamble, a propósito del Negro Project, desconfianzas que se hicieron más profundas en los años venideros. Llama la atención que las críticas a los movimientos que promueven el control de la natalidad han provenido desde sectores tan diversos de la sociedad tales como la Iglesia católica, el Partido Comunista o las Panteras Negras, que vieron en los objetivos de estas organizaciones la promoción del colonialismo demográfico y el suicidio racial.

De este modo, y habiendo analizado con atención los argumentos presentados a favor y en contra de esta cuestión, esta investigación afirma que efectivamente las élites de Estados Unidos, tales como los

⁷¹ CASTRO, *Guerra...*, *op. cit.*, p. 232.

⁷² De hecho, las denominadas “Normas Nacionales sobre la Regulación de la Fertilidad” confeccionadas por el Ministerio de Salud destacan la participación de APROFA en la confección de dichas normas. Véase MINISTERIO DE SALUD, Normas Nacionales sobre la Regulación de la Fertilidad.

Rockefeller o Gamble, no financiaron a organizaciones como la IPPF, por razones puramente filantrópicas, sino que tenían, a su vez, objetivos de ingeniería social. Pareciera ser que hubo un interés particular en que los mecanismos de control de la natalidad fueran utilizados por personas de una determinada posición étnico-social, o con altos niveles de pobreza.

En el caso de Estados Unidos, es necesario tener presente que la primera clínica que abrió la American Birth Control League estaba se ubicó en el barrio de Harlem, Nueva York, un área con una alta población de personas afroamericanas de escasos recursos. De manera similar, llama la atención que en Chile los primeros programas pilotos de control de natalidad se llevaron a cabo en lugares como la población San Gregorio, un lugar que presentaba altos niveles de población obrera y de pobreza. En definitiva, si estos programas, que tenían como objetivo el aseguramiento del derecho a la privacidad de las mujeres, ¿por qué se enfocaron de manera estratégica en mujeres de escasos recursos?

No se debe olvidar que para lograr este objetivo se invirtió dinero y tiempo, sobre todo en sectores de escasos recursos. Ello induce a preguntar si esos fondos monetarios no deberían haberse utilizado en su totalidad en el desarrollo de planes sociales como vivienda e instalaciones básicas que mejoraran la calidad de vida de la población.

Finalmente, a propósito del aborto, es necesario señalar que la IPPF ha tenido un papel destacado en su promoción en Estados Unidos y en Chile. El análisis de los textos de Margaret Sanger, particularmente *Mujer y la nueva raza*, demuestran que la autora no mostraba preocupación por el derecho a la vida del que está por nacer. Además, se puede inferir de sus escritos que no está a favor de la penalización del aborto, puesto que en su opinión la mujer que aborta es una víctima del sistema que la oprime a través de la maternidad⁷³. En todo caso cualquier duda sobre este tema, quedaría despejada cuando Margaret Sanger afirma: “lo más misericordioso que una familia grande puede hacer por sus miembros que son infantes es matarlos”⁷⁴.

IV. Bibliografía

- BAKER, Jean H, *Margaret Sanger, A life of passion*, New York, Hill and Wang, 2011.
- CASTRO AROS, Javier, “Estados Unidos y la guerra por el desarrollo: el control de la natalidad en Chile, 1960-1970”, en *Revista Complutense de Historia de América*, N° 41, Madrid, 2015.

⁷³ SANGER, *The Pivot...*, *op. cit.*, p. 8.

⁷⁴ SANGER, *Woman...*, *op. cit.*, p. 63.

- CASTRO AROS, Javier, *Guerra en el vientre: control de la natalidad, malthusianismo y guerra fría en Chile (1960-1970)*, Santiago, Centro de Estudios Bicentenario, 2017.
- CHESLER, Ellen, *Woman of Valor, Margaret Sanger and the birth control movement in America*, New York, Simona Schuster, 1992.
- DAVIS, Angela, “Racism, Birth Control, and Reproductive Rights”, disponible en <https://marshall.ucsd.edu/doc/doc2> [fecha de consulta: 7 de marzo de 2018]
- DELLAPENNA, Joseph W., *Dispelling the myths of abortion history*, Durham, Carolina Academic Press, 2006.
- FARIAS, Víctor, *Salvador Allende: antisemitismo y eutanasia*, Santiago, Maye, 2005.
- FLEURY, Bruce, *The Negro Project*, Pittsburgh, Dorrance, 2015.
- GALTON, Francis, “Eugenics it’s definition, scope and aims”, in *The American Journal of Sociology*, vol. x, N° 1, Chicago, 1904.
- GOULD, Stephen Jay, “Carrie Buck’s daughter”, disponible en [https://faculty.uca.edu/benw >carriebuck](https://faculty.uca.edu/benw/carriebuck)
- HÜBNER GALLO, Jorge Iván, *El mito de la explosión demográfica: la autorregulación natural de las poblaciones*, Buenos Aires, Joaquín Almeyda, 1968.
- KASUN, Jaqueline, *The War Against Population: The economics and ideology of population control*, San Francisco, Ignatious Press, 1988.
- PABLO VI, *Humanae Vitae, sobre la regulación de la fertilidad*, Santiago, San Pablo, 1999.
- PARKER, Star, *Uncle Sam’s Plantation, How big government enslaves America’s poor and what we can do about it*, Nashville, Thomas Nelson, 2003.
- REED, Miriam, “Margaret Sanger: Correcting the False Narratives of Racism”, in *Church and State*, July 30 2016. Disponible en <http://churchandstate.org.uk/2016/06/margaret-sanger-correcting-the-false-narratives-of-racism/>. [Fecha de consulta: 11 de mayo de 2018].
- ROCELLA, Eugenia y Lucetta SCARAFFIA, *Contra el cristianismo, la ONU y la Unión Europea como la nueva ideología*, Madrid, Cristiandad, 2008.
- SÁNCHEZ, Marcelo “Salvador Allende, esterilización de alienados y debate eugenésico chileno”, en *Izquierdas*, N° 35, Santiago, septiembre 2017.
- SANGER, Margaret, *My fight for birth control*, London, Faber & Faber, 1931.
- SANGER, Margaret, *The Pivot of Civilization*, New York, Brentano’s, 1922.
- SANGER, Margaret, *Women and the New Race*, New York, Brentano’s, 1920.
- THOMPSON, Philip, “Silent protest: A catholic justice dissent in Buck v. Bell”, in *The Catholic Lawyer*, vol. 43, N° 1, New York, 2017.
- VICENTE DOMINGO, Elena, “El daño”, en L. Fernando Reglero Campos (coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, 3ª ed., Madrid, Aranzadi, 2006.
- ZÁRATE CAMPOS, María Soledad y Maricela MOYA GONZÁLEZ, “Planificación familiar en la Guerra Fría chilena: política sanitaria y cooperación internacional”, en *Historia Crítica*, N° 55, Bogotá, enero-marzo 2015.

JURISPRUDENCIA

- CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS [1965]: caso 381 US 479, de fecha 7 de junio de 1965. Disponible en www.law.cornell.edu/supremecourt/text/381/479. [Fecha de consulta: 21 de abril de 2018].
- CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS [1927]: caso 274 US 200, de fecha 2 de mayo de 1927. Disponible en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/274/200/>. [Fecha de consulta: 16 de agosto de 2018].
- CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS [1973]: caso 410 US 113, de fecha 22 de enero de 1973. Disponible en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/113/case.html>. [Fecha de consulta: 21 de abril de 2018].
- TEDH [2007]: caso 541/03, de fecha 16 de diciembre de 2010.
- CORTE IADH [2012]: caso 12.361, de fecha 28 de noviembre de 2012.

DOCUMENTOS

- CÁMARA DE DIPUTADOS, Sesión ordinaria N° 8 de fecha 17 de octubre de 1972. Disponible en www.bcn.cl/laborparlamentaria/wsgi/consulta/verDiarioDeSesion.py?id=591529. [Fecha de consulta: 13 de mayo de 2018].
- Carta de Margaret Sanger a Clarence Gamble, fecha 12 de diciembre de 1939. Disponible en <https://libex.smith.edu/omeka/files/original/d6358b-c3053c93183295bf2df1c0c931.pdf>. [Fecha de consulta: 11 de mayo de 2018].
- MINISTERIO DE SALUD, Normas nacionales sobre la regulación de la fertilidad. Disponible en www.minsal.cl/portal/url/item/795c63caff4ede9fe04001011f014bf2.pdf.p.2. [Fecha de consulta: 11 de abril de 2018]. SENADO, Diario de sesión ordinaria N° 24, de fecha 10 de diciembre de 1969. Disponible en www.bcn.cl/laborparlamentaria/wsgi/consulta/verDiarioDeSesion.py?id=59457. [Fecha de consulta: 13 de mayo de 2018].

Justicia tributaria

PROCEDIMIENTO ESPECIAL
DE RECLAMO POR VULNERACIÓN
DE DERECHOS DEL CONTRIBUYENTE:
CRITERIOS JURISPRUDENCIALES.

SPECIAL TAX CLAIM PROCEDURE
AGAINST VIOLATIONS
TO TAXPAYER'S RIGHTS:
CASE LAW CRITERIA

*Claudio Andrés Salvatierra Garib**

Resumen

Esta investigación presenta un análisis de corte mixto, cuantitativo y cualitativo, sobre la jurisprudencia de los cuatro tribunales tributarios y aduaneros de la Región Metropolitana, respecto del procedimiento especial de reclamo por vulneración de derechos del contribuyente. A partir de lo anterior, el estudio se centra en determinar cuáles son los principios conforme a los que estos tribunales especiales fundamentan sus decisiones. Al mismo tiempo, se busca ofrecer cifras y análisis de estos principios, así como información relevante para el ejercicio de la profesión, concernientes al procedimiento especial de reclamo en estudio.

Palabras claves: Derechos del contribuyente - tribunal tributario y aduanero – amparo tributario.

Abstract

Research is the result of a quantitative and qualitative study regarding the case law criteria of all four Tax and Custom Courts from the Metropolitan Region concerning the Special Tax Claim Procedure against Violations to Taxpayer's Rights. Based on the foregoing, the object of this study is centered on defining the principles from which this specialized courts

*. Licenciado en Ciencias Jurídicas. Profesor de Derecho Tributario en la Universidad Nacional Andrés Bello. Artículo recibido el 15 de enero de 2018 y aceptado para su publicación el 1 de septiembre de 2018. Correo electrónico: csalvatierragarib@gmail.com.

base their decisions and expose figures and analysis of this principles, showing relevant information for tax attorneys dealing with the Special Tax Claim Procedure under study.

Key Words: Taxpayer's rights - Tax and Custom Court – Tax Shelter.

“La idea fundamental de esta nueva acción es que hay actividades del Servicio de Impuestos Internos y del Servicio Nacional de Aduanas que no inciden directamente en la determinación de un tributo, pero que pueden causar un menoscabo importante a los contribuyentes, como la demora en el despacho de la mercadería ingresada a los almacenes primarios de la Aduana o a la negativa a timbrar facturas”¹.

Introducción

Con el propósito de precisar los patrones jurídicos conforme a los cuales los tribunales tributarios y aduaneros² de la Región Metropolitana fundamentan sus decisiones, al conocer el procedimiento especial de reclamo por vulneración de derechos del contribuyente³, se ha efectuado un barrido jurisprudencial que va desde su creación – el día 1 de febrero de 2013– hasta el 1 de septiembre del año 2017⁴. En este periodo, las cuatro magistraturas recibieron un total de cincuenta y cinco reclamos tributarios, mediante los cuales distintos tipos de contribuyentes solicitaron tutela jurídica para sus derechos a través de este procedimiento especial⁵.

¹ María SILVA GALLINATO, *Acciones protectoras de derechos fundamentales*, pp. 219-220.

² En adelante, también, “TTA”. Sobre los tribunales tributarios y aduaneros, sus fundamentos, naturaleza, atribuciones y procedimientos, Rodrigo UGALDE, Jaime GARCÍA y Alfredo UGARTE, *Tribunales tributarios y aduaneros*, pp. 9-458; Eduardo ALAMOS VERA, *La nueva justicia tributaria chilena*, pp. 11-341.

³ En Doctrina, este procedimiento es conocido como “amparo tributario”. En consecuencia, desde ahora será aludido de esta forma. Sobre el contencioso tributario en general, NAVARRO, Enrique, “El nuevo contencioso tributario”, pp. 31-46. Una visión global de los ilícitos tributarios, Rodrigo UGALDE y Jaime GARCÍA, *Curso sobre delitos e infracciones tributarias*, pp. 13-378 y Pedro MASSONE PARODI, *Infracciones tributarias*, pp. 11-397. Más en particular, UGALDE, Rodrigo y Jaime GARCÍA, *Elusión, planificación y evasión tributaria*, pp. 9-164.

⁴ Sobre la jurisprudencia tributaria hay diversos estudios precedentes. Jaime GARCÍA ESCOBAR, “Análisis de sentencias dictadas por los tribunales tributarios y aduaneros”, pp. 125-161

⁵ Sobre los procedimientos de reclamo en general, Eduardo ALAMOS VERA, *Los derechos del contribuyente chileno procedimiento de reclamo, un análisis de la ley N° 20420 de 2010*, pp. 9-141.

De esta forma, se pretende dar con las directrices que emplean los cuatro TTA de la Región Metropolitana al momento de fundamentar sus decisiones, en orden a poder establecer principios o criterios jurisprudenciales. Correlativamente, para una cabal comprensión de esos criterios, se aludirá a la duración de la tramitación del procedimiento; a los derechos más reclamados por los contribuyentes; al sujeto pasivo en contra de quien se dirige de forma más frecuente la acción; a quienes tienden a favorecer las decisiones de estos tribunales y, por último, al número de causas inadmisibles, desistidas, acogidas y rechazadas.

II. Antecedentes

II. A) LEY N° 20322:

ORIGEN DEL PROCEDIMIENTO E IMPLEMENTACIÓN

El procedimiento especial de reclamo por vulneración de derechos del contribuyente⁶ se enmarca en la gran reforma a la justicia tributaria mediante la ley N° 20322⁷. Esta acción de naturaleza cautelar, rango legal y carácter esencialmente impositivo tiene un correlato indisoluble con la creación de los TTA, pues son estos la magistratura competente, de conformidad a la ley, para conocer del reclamo en comento⁸.

En efecto, la aludida reforma robusteció a la justicia tributaria mediante el establecimiento de los nuevos TTA, órganos jurisdiccionales especiales, de primera instancia e independientes de la administración tributaria. Se rompe así de una buena vez con el contrasentido jurídico-procesal imperante sobre el SII, organismo que hasta entonces, a través de sus directores regionales⁹, detentaba la calidad de “juez y parte” en el conocimiento los asuntos contenciosos entre los contribuyentes y el propio ente fiscalizador.

⁶ El procedimiento fue incorporado al *Código Tributario* por ley N° 20322 en los artículos 155, 156 y 157, todos ellos bajo el párrafo “Del procedimiento especial de reclamo por vulneración de derechos” del título III “De los procedimientos especiales”, libro III del mencionado código.

⁷ Ley N° 20322, Fortalece y perfecciona la jurisdicción tributaria y aduanera.

⁸ Artículo 155 del *Código Tributario*.

⁹ Antiguo artículo 115 del *Código Tributario*.

*II. B) AMPARO TRIBUTARIO:
NATURALEZA JURÍDICA, DERECHOS CONSTITUCIONALES
Y LEGALES DEL CONTRIBUYENTE*

II. B). i) Naturaleza cautelar del amparo tributario

La autoridad tributaria, en el ejercicio de sus facultades, puede vulnerar los derechos de los contribuyentes. Es a partir de esta hipótesis que parece prudente recordar la máxima consagrada en el Acta Constitucional N° 3 de 1976, la cual señala:

“Qué por muy perfecta que sea una declaración de derechos, éstos resultan ilusorios si no se consagran los recursos necesarios para su debida protección”¹⁰.

Inevitable es concluir que derechos sin garantías no son derechos. Se considera oportuno evocar esta premisa, la cual subyace en el amparo tributario, procedimiento de naturaleza cautelar que busca hacer más técnica la tutela de los derechos fundamentales tributarios al encargar el legislador su conocimiento a los TTA. En efecto, estos son órganos jurisdiccionales independientes y altamente especializados en la materia, cuya finalidad es restablecer el imperio del Derecho y asegurar la debida protección del solicitante en los casos que, producto de un acto u omisión del SII o del Servicio Nacional de Aduana¹¹, sus derechos resulten conculcados.

II. B). ii) Derechos constitucionales
del contribuyente

Para efectos de determinar el ámbito de aplicación del amparo tributario, es necesario distinguir entre derechos fundamentales reconocidos por la CPR y derechos de rango legal consagrados en el *Código Tributario*. Esta sección del trabajo se referirá a los primeros.

Al hacer una breve lectura del artículo 155 del *Código Tributario* se podrá concluir con certeza, que los derechos fundamentales protegidos por el amparo tributario son los reconocidos en los numerales 21, 22 y 24 del artículo 19 de la carta fundamental. La norma dispone en lo relevante:

“Si producto de un acto u omisión del Servicio, un particular considera vulnerados sus derechos contemplados en los numerales 21°, 22° y 24°

¹⁰ Enrique NAVARRO BELTRÁN, “35 años del recurso de protección notas sobre su alcance y regulación normativa”, p. 618.

¹¹ En adelante, también SNA.

del artículo 19 de la Constitución Política de la República, podrá recurrir ante el Tribunal Tributario y Aduanero (...)”¹².

El procedimiento en estudio protege tales derechos bajo una perspectiva en esencia impositiva, vale decir, son derechos que pertenecen y se le reconocen al contribuyente en el contexto de su calidad de sujeto pasivo de la obligación tributaria.

II. B). iii) Derechos de rango legal del contribuyente

Se destaca en esta sección, primero, la circular N° 41 del año 2006¹³, expedida por el Director Nacional del SII. En ella, se contenía la enumeración de diez derechos reconocidos a los contribuyentes junto con la instrucción a los funcionarios del ente fiscalizador de velar por su respeto.

Luego, con fecha 19 de febrero de 2010, se publica en el *Diario Oficial* la ley N° 20420, mediante la cual se le confiere rango legal al decálogo de los derechos del contribuyente, modificando el *Código Tributario* al agregarle un nuevo párrafo 4^o¹⁴, dentro del cual el artículo 8° bis reconoce e individualiza los derechos de los contribuyentes ya señalados, en la circular N° 41.

El fundamento de la movilidad normativa del catálogo de derechos, esto es, pasar de estar contenido en un acto administrativo a una norma de rango legal, se explica en la génesis de la ley N° 20420. Así, el *Boletín* N° 3.8445-05 presentado el día 13 de abril del año 2005 por el senador Baldo Prokurica, señala:

“Los derechos fundamentales garantizados por la Constitución deben reflejarse necesariamente en el campo tributario. Aunque la Carta Fundamental no contenga, de manera explícita, una enunciación o catálogo de lo que podría llamarse ‘derechos del contribuyente’, ello no significa que éstos no existan, pues son expresión de los derechos de todas las personas, por lo que deben ser respetados, amparados y promovidos por el Estado. Por lo mismo, su ejercicio puede ser garantizado por el legislador, como complemento y desarrollo de las normas constitucionales, enunciándolos sistemáticamente a través de una ley especial”¹⁵.

En concreto, por medio de su reconocimiento se busca definir la abstracción constitucional que importan los derechos de naturaleza im-

¹² Artículo 155 del *Código Tributario*.

¹³ SII, circular N° 41 de fecha 26 de julio de 2006, “Materia: Derechos de los contribuyentes en sus relaciones y procedimientos ante el Servicio de Impuestos Internos”.

¹⁴ Titulado “Derechos de los Contribuyentes”.

¹⁵ “Modifica el Código Tributario en lo relativo a los derechos de los contribuyentes”.

positiva, otorgándoles una fisonomía específica, lo que no significa restringir el ámbito de su tutela a otras situaciones que no pudieran estar comprendidas en la enumeración del mismo artículo 8° bis.

A continuación, se enumeran los derechos que forman parte del catálogo de derechos de los contribuyentes:

“(…)

1° Derecho a ser atendido cortésmente, con el debido respeto y consideración; a ser informado y asistido por el Servicio sobre el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus obligaciones.

2° Derecho a obtener en forma completa y oportuna las devoluciones previstas en las leyes tributarias, debidamente actualizadas.

3° Derecho a recibir información, al inicio de todo acto de fiscalización, sobre la naturaleza y materia a revisar, y conocer en cualquier momento, por un medio expedito, su situación tributaria y el estado de tramitación del procedimiento.

4° Derecho a ser informado acerca de la identidad y cargo de los funcionarios del Servicio bajo cuya responsabilidad se tramitan los procesos en que tenga la condición de interesado.

5° Derecho a obtener copias, a su costa, o certificación de las actuaciones realizadas o de los documentos presentados en los procedimientos, en los términos previstos en la ley.

6° Derecho a eximirse de aportar documentos que no correspondan al procedimiento o que ya se encuentren acompañados al Servicio y a obtener, una vez finalizado el caso, la devolución de los documentos originales aportados.

7° Derecho a que las declaraciones impositivas, salvo los casos de excepción legal, tengan carácter reservado, en los términos previstos por este Código.

8° Derecho a que las actuaciones se lleven a cabo sin dilaciones, requerimientos o esperas innecesarias, certificada que sea, por parte del funcionario a cargo, la recepción de todos los antecedentes solicitados.

9° Derecho a formular alegaciones y presentar antecedentes dentro de los plazos previstos en la ley y a que tales antecedentes sean incorporados al procedimiento de que se trate y debidamente considerados por el funcionario competente.

10° Derecho a plantear, en forma respetuosa y conveniente, sugerencias y quejas sobre las actuaciones de la Administración en que tenga interés o que le afecten. (...)”¹⁶.

Ahora bien, el remedio jurídico para brindar tutela a los citados derechos en caso de ser conculcados, no es otro que el amparo tributario

¹⁶ Artículo 8° bis del *Código Tributario*.

conocido por los T.T.A., pues así se concluye al analizar el artículo 8° bis inciso segundo, el cual dispone:

“los reclamos en contra de actos u omisiones del Servicio que vulneren cualquiera de los derechos de este artículo serán conocidos por el Juez Tributario y Aduanero, conforme al procedimiento del Párrafo 2° del Título III del Libro Tercero de este Código”¹⁷.

Precisamente, el procedimiento a que se hace referencia es, en efecto, que el procedimiento especial de reclamo por vulneración de derechos consagrado en el artículo 155 y siguientes del *Código* en comento.

II. C) ASPECTOS PROCESALES DEL AMPARO TRIBUTARIO

Mediante este apartado, se pretende dotar al lector de un conocimiento general con respecto al reclamo especial por vulneración de derechos. De esta manera, será conveniente referir, en forma breve, a las siguientes particularidades:

II. C). i) Sujeto activo

Se defina como tal, al contribuyente que, producto de una acción u omisión del SII o del SNA, considere vulnerados sus derechos fundamentales de naturaleza tributaria, en concreto, los numerales 21°, 22° y 24° del artículo 19 de la *CPR*, como también sus derechos impositivos de rango legal consagrados en el artículo 8° bis. del *Código Tributario*¹⁸.

II. C). ii) Sujeto pasivo

El reclamo puede interponerse en contra del SII¹⁹ o del SNA²⁰, según corresponda.

II. C). iii) Tribunal competente

En primera instancia es el TTA en cuya jurisdicción se haya cometido la acción u omisión²¹; mientras que, en segunda, lo será la respectiva Corte de Apelaciones²².

¹⁷ Artículo 8° bis del *Código Tributario*.

¹⁸ Artículos 8° bis y 155 del *Código Tributario*.

¹⁹ Artículo 155 del *Código Tributario*.

²⁰ Artículo 129 K de la Ordenanza de Aduanas.

²¹ Artículo 155 del *Código Tributario*.

²² Artículo 156 del *Código Tributario*.

II. C). iv) Causal

Cualquier acción u omisión²³ tanto del SII como del SNA, que lesione los derechos fundamentales del artículo 19 números 21°, 22° y 24° de la CPR como también, los demás derechos del contribuyente reconocidos en el artículo 8° bis del *Código Tributario*²⁴.

II. C). v) Remedios jurídicos y un comentario sobre la nulidad de Derecho Público

Frente a un derecho de naturaleza impositiva conculcado, los TTA deberán proveer al contribuyente de un remedio jurídico. Así, el *Código* del ramo faculta a estos últimos para adoptar las providencias que juzguen necesarias para efectos de “restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del solicitante”²⁵. En consecuencia, son amplias las facultades que ostentan estos tribunales especiales para sanar los derechos vulnerados de los contribuyentes. Sin embargo, ¿pueden dejar sin efectos los actos administrativos del SII o del SNA en el ejercicio de estas? Dicho de otro modo, ¿pueden declarar la nulidad de Derecho Público sobre actos administrativos emitidos por ambos sujetos pasivo?

El 1^{er} TTA de la Región Metropolitana en el reclamo caratulado “Polifusión S.A. con Servicio de Impuestos Internos Dirección Regional Metropolitana Santiago Norte”, se pronuncia sobre la incompetencia que la Excelentísima Corte Suprema ha declarado respecto de los TTA para efectos de pronunciarse sobre la nulidad de Derecho Público de los actos administrativos del SII. Sin embargo, en atención a la naturaleza cautelar del amparo tributario, el 1^{er} TTA considera que puede dejar sin efecto las resoluciones en la especie impugnadas por el contribuyente, toda vez que atentan contra derechos fundamentales de este último²⁶.

²³ La nueva ley N° 21039 modifica, entre otras materias, la causal de procedencia del amparo tributario, pues a partir de esta se exige que tanto las acciones u omisiones que importen una vulneración a los derechos de los contribuyentes, tanto de naturaleza constitucional como legal, revistan el carácter de “ilegal o arbitrario”. No obstante, cabe señalar que en la práctica los TTA de Santiago, al calificar las acciones u omisiones que lesionan derechos de los contribuyentes, realizan el test de ilegalidad y arbitrariedad pese a que la ley no lo exija. A modo de ejemplo: 1^{er} TRIBUNAL TRIBUTARIO Y ADUANERO, Región Metropolitana (2013) RIT VD-15-00049-2013; 1^{er} TRIBUNAL TRIBUTARIO Y ADUANERO, Región Metropolitana (2015) RIT VD-15-00075-2015; 2° TRIBUNAL TRIBUTARIO Y ADUANERO, Región Metropolitana (2014) RIT VD-16-00087-2014, entre otros.

²⁴ Artículo 8° bis y 155 del *Código Tributario*.

²⁵ Artículo 156 del *Código Tributario*.

²⁶ 1^{er} TRIBUNAL TRIBUTARIO Y ADUANERO, Región Metropolitana (2016) RIT VD-15-00172-2015, considerando 7°: “Que, la jurisprudencia de los tribunales superiores de

Con todo, el pronunciarse sobre la nulidad de Derecho Público dejó de ser una facultad que únicamente podrán ejercer los TTA al momento de conocer el amparo tributario, debido a que dentro de las modificaciones que contempla la nueva ley N° 21039 se encuentra el siguiente numeral 8° que se introduce al artículo 1° de la ley N° 20322:

“Conocer y declarar, a petición de parte, la nulidad de los actos administrativos que sean materia de una reclamación tributaria o aduanera. (...)”²⁷.

Debido a lo anterior, es factible hacer un juicio de valor: que la nulidad de Derecho Público deje de ser una aspiración y pase a ser una realidad concreta constituye una victoria para la defensa de los derechos del contribuyente.

II. C). vi) Plazo de interposición

La acción deberá presentarse dentro del plazo fatal de quince días hábiles, contados desde la ejecución del acto o la ocurrencia de la omisión o desde que se haya tenido conocimiento cierto de los mismos, lo que se hará constar en autos²⁸.

II. C). vii) Formalidad de la acción al momento de su presentación

Deberá presentarse por escrito, velando por señalar los fundamentos de hecho y de derecho.

II. C). viii) Incompatibilidad con el recurso de protección

A partir del estudio de las normas procesales del amparo tributario, es de observar lo que en opinión del presente estudio, constituye un vicio de

justicia, como ya se señaló y la doctrina de los autores de manera abrumadora sostienen que la competencia para conocer acciones de nulidad de derecho público la poseen los tribunales ordinarios de justicia. No siendo en consecuencia, ésta la sede procesal competente para realizar tales alegaciones. (...) Sin perjuicio, de dejar establecido que de acuerdo con lo señalado en el artículo 155 y siguientes del Código Tributario en este procedimiento de vulneración de derechos se dispone y establece expresamente que puede accionarse por actos u omisiones que se estimen conculcatorios de las garantías constitucionales contempladas en el artículo 19 números 21°, 22° o 24° de la Constitución Política, ante el Tribunal Tributario y Aduanero. De modo tal que existe expresa mención a la competencia en estas materias”.

²⁷ Ley N° 21039, Perfecciona la justicia tributaria y aduanera.

²⁸ Artículo 155 del *Código Tributario*.

inconstitucionalidad en la ley procesal tributaria. En efecto, el artículo 155 inciso final del *Código Tributario* señala:

“Interpuesta la acción de protección a que se refiere el artículo 20 de la Constitución Política, en los casos en que ella proceda, no se podrá recurrir de conformidad a las normas de este Párrafo por los mismos hechos”²⁹.

La norma en comento llama nuestra atención al cotejarla con el artículo 20 de la CPR, pues este señala lo contrario en su inciso penúltimo:

“(…) Podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones Respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes”³⁰.

Salta a la vista la antinomia existente entre el *Código* del ramo y la CPR. Mientras que del primero se desprende la incompatibilidad del amparo tributario con el recurso de protección, de la segunda se concluye que el recurso de protección es compatible con los demás derechos de las personas, dentro de los cuales se encuentra la prerrogativa de los contribuyentes de solicitar al TTA la tutela a sus derechos conculcados.

A pesar del reparo de constitucionalidad, se hace presente que el legislador optó por la incompatibilidad.

II. C). ix) Admisibilidad

El examen de admisibilidad conlleva analizar si el amparo ha sido interpuesto a tiempo y si tiene fundamentos suficientes para acogerse a tramitación. En el evento de que se presente en forma extemporánea o adolezca de manifiesta falta de fundamento, el tribunal declarará el reclamo inadmisibile por resolución fundada. Se hace presente que no procede recurso en contra de la resolución que declare la inadmisibilidad³¹.

II. C). x) Traslado

Aprobado que sea el examen de admisibilidad, el TTA acogerá el reclamo a tramitación, confiriéndole al SII o a SNA, según corresponda, un plazo de diez días para evacuar traslado³².

²⁹ Artículo 155 del *Código Tributario*.

³⁰ *Constitución Política de la República* de 1980, artículo 20.

³¹ Artículo 156 del *Código Tributario*.

³² *Ibid.*

II. C). xi) Término probatorio

Luego de vencido el plazo de diez días, haya o no contestado el SII o el SNA, y en el evento de que existan hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos, se conferirá a las partes un término de diez días para rendir pruebas³³.

II. C). xii) Valoración de la prueba

El TTA apreciará la prueba rendida conforme a las reglas de la sana crítica³⁴.

II. C). xiii) Sentencia

Vencido el término probatorio, el TTA deberá dictar sentencia en un plazo de diez días³⁵.

En el evento de que se acoja el reclamo, el fallo contendrá todas las providencias que el tribunal juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del solicitante³⁶. En caso de que se rechace, se pronunciará en este sentido sin acoger la solicitud del reclamante.

II. C). xiv) Recurso que procede contra la sentencia

Solo procederá el recurso de apelación, en el plazo de quince días. El recurso será conocido en cuenta y en forma preferente por la Corte de Apelaciones, a menos que cualquiera de las partes, dentro del plazo de cinco días contados desde el ingreso de los autos en la secretaría de la Corte de Apelaciones, solicite alegatos³⁷.

II. C). xvi) Orden de no innovar

Podrá ser decretada por el Tribunal Tributario y Aduanero en cualquier estado de la tramitación³⁸.

II. C). xvii) Aplicación supletoria del procedimiento general de reclamaciones

Finalmente, los silencios de las normas que regulan el procedimiento del amparo tributario serán suplidos por el procedimiento general de las reclamaciones. Así lo señala el artículo 157 del *Código Tributario*:

³³ Artículo 156 del *Código Tributario*.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ *Ibid.*

³⁶ *Ibid.*

³⁷ *Ibid.*

³⁸ *Ibid.*

“En lo no establecido por este párrafo³⁹, y en cuanto a la naturaleza de la tramitación lo permita, se aplicarán las demás normas contenidas en el Título II de este Libro (...)”⁴⁰.

III.- Cifras sobre aspectos relevantes del amparo tributario

En el presente apartado de esta investigación, se ofrecen al lector cuadros elaborados sobre la base de cincuenta y cinco procedimientos de amparo tributario, número que corresponde al universo total de reclamos presentados por los contribuyentes, desde el 1 de febrero de 2013, fecha en que se crean los TTA en la Región Metropolitana, hasta el 1 de septiembre de 2017.

III. A) RESULTADO DE LOS RECLAMOS INTERPUESTOS POR LOS CONTRIBUYENTES

El cuadro N° 1 ilustra el número total de reclamos ingresados a cada uno de los cuatro TTA de la Región Metropolitana. Luego, se muestra porcentual y numéricamente los reclamos tenidos por no presentados, declarados inadmisibles, desistidos y fallados (tanto acogidos como rechazados). En último lugar, ofrece una perspectiva total o global correspondiente a la suma de los cuatro TTA de la región en estudio:

Cuadro N° 1
Resultados de reclamos interpuestos por contribuyentes

T.T.A. R.M.	Por no Presentados (P.N.P.)	% P.N.P.	Inadmisibles	% Inadmisibles	Desistidas	% Desistidas	Falladas				TOTAL INGRESADOS
							Acogidas	% Acogidas	Rechazadas	% Rechazadas	
1° T.T.A.	0	0,0%	1	10,0%	3	30,0%	3	30,0%	3	30,0%	10
2° T.T.A.	0	0,0%	0	0,0%	0	0,0%	1	16,7%	5	83,3%	6
3° T.T.A.	2	18,2%	3	27,3%	0	0,0%	0	0,0%	6	54,5%	11
4° T.T.A.	1	3,6%	5	17,9%	3	10,7%	1	3,6%	18	64,3%	28
TOTAL	3	5,5%	9	16,4%	6	10,9%	5	9,1%	32	58,2%	55

Toca comentar cada tribunal en particular para, luego, dar una mirada general, así:

³⁹ Se refiere al párrafo segundo: “Del procedimiento especial de reclamo por vulneración de derechos”.

⁴⁰ Artículo 157 del *Código Tributario*.

III. A). i) Comentarios sobre el 1^{er} TTA de la Región Metropolitana

En materia de amparo tributario, los diez reclamos ingresados lo ubican como el tercer tribunal con más carga, superado solamente en un ingreso por el 3^{er} TTA y en dieciocho por el 4^o.

A su vez, se puede apreciar que acogió el 30% de los reclamos ingresados, situándolo como el primero en este orden. Luego, le sigue el 2^o TTA con un 16,7%, mientras que el 4^o tiene un 3,6% de reclamos acogidos⁴¹. Desde otra perspectiva, el 1^{er} TTA tiene la tasa más baja de reclamos rechazados, un 30%. Se cotejó este dato con el 2^o, magistratura que tiene la tasa más alta en esta categoría, con un 83,3%.

Para finalizar, se considera oportuno comentar a partir del siguiente cuadro, nuevos datos que se exponen con ocasión del 1^{er} TTA de la Región Metropolitana:

Cuadro N° 2
Reclamos ingresados al 1^{er} TTA⁴²

1° T.T.A. Región Metropolitana					
RECLAMOS INGRESADO	DERECHOS CONTRIBUYENTE OBJETO DEL RECLAMO		SUJETO PASIVO DEL RECLAMO		TIEMPO DE TRAMITACIÓN PROMEDIO
			Servicio de Impuestos Internos	Servicio Nacional de Aduanas	
10	Art. 19 N° 21 C.P.R.	1 de 10	80%	20%	2 meses
	Art. 19 N° 22 C.P.R.	3 de 10			
	Art. 19 N° 24 C.P.R.	5 de 10			
	Art. 8 Bis N° 1 C.T.	1 de 10			
	Art. 8 Bis N° 3 C.T.	2 de 10			
	Art. 8 Bis N° 4 C.T.	2 de 10			
	Art. 8 Bis N° 8 C.T.	1 de 10			
	Art. 8 Bis N° 9 C.T.	1 de 10			
	Art. 8 Bis N° 10 C.T.	1 de 10			

El derecho más reclamado por los contribuyentes al momento de requerir tutela jurídica es el de propiedad, reconocido en el artículo 19 N° 24 de la CPR. En ellos, cinco de diez reclamos presentados a este

⁴¹ No obstante, al llevar los porcentajes a números se observa que el 1^{er} TTA acogió tres de diez, el 2^o, uno de seis y el 4^o, uno de veintiocho, en consecuencia, los dos últimos TTA tienen el mismo número de reclamos acogidos.

⁴² Para el correcto entendimiento del cuadro, es necesario tener presente que cada uno de los diez reclamos ingresados no se refieren única y exclusivamente a un derecho del contribuyente, sino que aluden, por lo general, a más de un derecho vulnerado. El mismo razonamiento aplica a las tablas que en adelante se exhiben.

TTA suponen una vulneración de este derecho. Lo sigue el derecho a la libertad económica del artículo 19 N° 21, pues tres de diez reclamos suponen su vulneración.

En lo relativo al sujeto pasivo, es posible apreciar que el SII es concebido como el autor de las vulneraciones a los derechos de los contribuyentes en el 80% de los reclamos ingresados. Al mismo tiempo, el SNA ostenta en este mismo departamento un discreto 20% en comparación al primero.

En cuanto a la duración del procedimiento, el 1^{er} TTA es el tribunal más expedito de los cuatro en la tramitación del amparo tributario: con un promedio de dos meses, lidera esta categoría, en contraposición al 4^o TTA, magistratura que tarda un promedio de once meses en resolver esta acción de naturaleza cautelar.

III. A) ii) Comentarios sobre el 2° TTA de la Región Metropolitana

Con un total de seis reclamos ingresados, se ubica como el tribunal con la menor carga de amparos tributarios.

A la fecha de nuestra investigación, cuenta con un (1) reclamo acogido, el cual, constituye el 16,7% de su universo particular. De esta forma, es el segundo tribunal con la mayor tasa de reclamos acogidos. En materia de reclamos rechazados, tiene una tasa del 83,3%, lo que, con cierta ironía, constituye la mayor tasa de los cuatro TTA de la Región Metropolitana.

Bajo la misma metodología empleada en el 1^{er} TTA, se expone el cuadro N° 3:

Cuadro N° 3:
Reclamos ingresados al 2° TTA

2° T.T.A. Región Metropolitana					
RECLAMOS INGRESADO	DERECHOS CONTRIBUYENTE OBJETO DEL RECLAMO		SUJETO PASIVO DEL RECLAMO		TIEMPO DE TRAMITACIÓN PROMEDIO
			Servicio de Impuestos Internos	Servicio Nacional de Aduanas	
6	Art. 19 N° 21 C.P.R.	2 de 6	100%	0%	4 meses
	Art. 19 N° 22 C.P.R.	3 de 6			
	Art. 19 N° 24 C.P.R.	5 de 6			
	Art. 8 Bis N° 2 C.T.	1 de 6			
	Art. 8 Bis N° 3 C.T.	1 de 6			
	Art. 8 Bis N° 4 C.T.	1 de 6			

Otra vez, el derecho más reclamado por los contribuyentes fue el de propiedad, pues cinco de seis reclamos lo invocaron. De forma paralela, el

derecho que le sigue en esta oportunidad es la no discriminación en materia económica por parte del Estado y sus organismos, consagrado el artículo 19 N° 22 de la CPR, pues la mitad de los reclamos lo consideró conculcado.

Desde la perspectiva del sujeto pasivo, la totalidad de los reclamos de los contribuyentes tuvieron como destinatario al SII.

Sobre la duración del pleito, el 2° TTA demora un promedio de cuatro meses en resolver los amparos tributarios sometidos a su decisión. Solo es superado por el 1° TTA, magistratura que ostenta el récord de dos meses promedio. No se puede decir lo mismo del 3° y 4° TTA que, como fue mencionado, tardan once meses promedio en pronunciarse.

III. A) iii) Comentarios sobre el 3° TTA de la Región Metropolitana

Con once ingresos, el 3° TTA se ubica como el segundo tribunal con más carga, solo después del 4° TTA, magistratura que, como ya se indicó, recibió veintiocho reclamos tributarios durante el periodo analizado.

En cuanto a sus fallos, el 3° TTA no acogió ninguno de los once reclamos ingresados. Esto lo sitúa como el tribunal con la menor tasa en la materia, es decir, 0%. Paralelamente, el 54,5% de los amparos tributarios promovidos ante esta magistratura fueron rechazados, por lo que se ubica tercero en esta categoría al ser antecedido, en el primer lugar, por el 2° TTA con una tasa del 83,3% y, en segundo, por el 4° TTA con una tasa del 64,3%.

A continuación, se comenta el cuadro N° 4, relativo al 3° TTA de la Región Metropolitana, así:

Cuadro N° 4
Reclamos ingresados al 3° TTA

3° T.T.A. Región Metropolitana					
RECLAMOS INGRESADO	DERECHOS CONTRIBUYENTE OBJETO DEL RECLAMO		SUJETO PASIVO DEL RECLAMO		TIEMPO DE TRAMITACIÓN PROMEDIO
			Servicio de Impuestos Internos	Servicio Nacional de Aduanas	
11	Art. 19 N° 21 C.P.R.	5 de 11	100%	0%	11 meses
	Art. 19 N° 22 C.P.R.	6 de 11			
	Art. 19 N° 24 C.P.R.	8 de 11			
	Art. 8 Bis N° 2 C.T.	4 de 11			
	Art. 8 Bis N° 8 C.T.	3 de 11			

Por tercera vez consecutiva, el derecho más reclamado por los contribuyentes es el de propiedad, pues en ocho de once oportunidades estos solicitaron al 3^{er} TTA tutela jurídica sobre el mismo. Le sigue, al igual que en el 2° TTA, el derecho a la no discriminación en materia económica por parte del Estado y sus organismos.

De nuevo, la totalidad de los reclamos se dirige en contra de las direcciones regionales del SII.

El tribunal tarda once meses promedio en resolver un amparo tributario. Lo anterior merece reparos al compararlo con el 1^{er} TTA, quien con tan solo un reclamo, demora dos meses promedio en resolver. Al respecto, se cree que la existencia de este ingreso no justifica una dilación de nueve meses en la resolución de un procedimiento cautelar.

III. A) iv) Comentarios sobre el 4° TTA de la Región Metropolitana

Este tribunal tuvo, durante el periodo analizado, veintiocho ingresos. Lo anterior resulta excesivo en comparación con la carga de los demás TTA, pues la suma de los ingresos de los otros tres TTA equivale a veintisiete. En otras palabras, el 4° TTA tuvo casi la misma carga de amparos tributarios que el 1° (diez ingresos), el 2° (seis ingresos) y el 3^{er} (once ingresos), todos juntos: veintisiete.

En materia de reclamos acogidos, el 4° TTA tuvo una tasa del 3,6%, dicho de otro modo, tan solo uno de los veintiocho reclamos ingresados fue favorable para los contribuyentes. En cuanto a los reclamos rechazados, la tasa fue del 64,3%.

No obstante, es importante respetar la verdad numérica y señalar que esta magistratura fue la que rechazó la mayor cantidad de reclamos: dieciocho.

Con la misma metodología empleada para los TTA anteriores, se analizarán los siguientes datos relativos al 4° TTA de la Región Metropolitana:

Como ha sido la tónica, el derecho más reclamado por los contribuyentes ante este TTA fue el de propiedad, secundado esta vez por el artículo 8° bis N° 2 del *Código Tributario*, esto es, el derecho a obtener en forma completa y oportuna las devoluciones previstas en las leyes tributarias, debidamente actualizadas.

Según se verá, los contribuyentes han intentado demostrar que existe una correlación entre ambos derechos, pues parten de la siguiente premisa: “Tengo derecho de propiedad sobre mi devolución de impuestos”. Sin embargo, más adelante el lector podrá apreciar que dentro de la lógica de los TTA, tal afirmación no es correcta.

Cuadro N° 5
Reclamos ingresados al 4° TTA

4° T.T.A. Región Metropolitana					
RECLAMOS INGRESADO	DERECHOS CONTRIBUYENTE OBJETO DEL RECLAMO		SUJETO PASIVO DEL RECLAMO		TIEMPO DE TRAMITACIÓN PROMEDIO
			Servicio de Impuestos Internos.	Servicio Nacional de Aduanas	
28	Art. 19 N° 21 C.P.R.	4 de 28	100%	0%	11 meses
	Art. 19 N° 22 C.P.R.	5 de 28			
	Art. 19 N° 24 C.P.R.	15 de 28			
	Art. 8 Bis N° 2 C.T.	10 de 28			
	Art. 8 Bis N° 3 C.T.	3 de 28			
	Art. 8 Bis N° 4 C.T.	1 de 28			
	Art. 8 Bis N° 5 C.T.	1 de 28			
	Art. 8 bis N° 8 C.T.	2 de 28			

En lo que respecta al SII, se observa que otra vez ostenta el monopolio de los actos u omisiones reclamados por los contribuyentes.

Sobre el tiempo de tramitación promedio en este TTA, se parecía que el lapso se extiende a once meses. Como se ha dicho, esto podría explicarse debido a que el 4° TTA estaría sobrecargado dado su territorio jurisdiccional. Con todo, no se puede olvidar que se está frente a un procedimiento cautelar, en que el tiempo corre en contra del contribuyente, quien precisa a la brevedad un remedio jurídico por parte de estos tribunales especiales.

III. B) Visión global de los cuatro TTA de la Región Metropolitana

El total de reclamos ingresados a los TTA desde el 1 de febrero de 2013 hasta el 1 de septiembre de 2017 concluyó de la siguiente forma:

Como se aprecia en el cuadro N° 6, solo el 9,1% de los reclamos ingresados terminó favoreciendo las pretensiones de los contribuyentes. El 90,9% restante no concluyó en su satisfacción, ya sea debido a tenerse por no presentados, haber sido declarados inadmisibles, el desistimiento por parte del reclamante o, bien, el rechazo por parte del TTA en aspectos de fondo.

Cuadro N° 6
Resultados de reclamos ingresados a los TTA

T.T.A. R.M.	Por no Presentados (P.N.P.)	% P.N.P.	Inadmisibles	% Inadmisibles	Desistidas	% Desistidas	Falladas				TOTAL INGRESADOS
							Acogidas	% Acogidas	Rechazadas	% Rechazadas	
TOTAL	3	5,5%	9	16,4%	6	10,9%	5	9,1%	32	58,2%	55

El cuadro N° 7 abarca el mismo periodo, ofreciendo una mirada general sobre los siguientes datos:

Cuadro N° 7
Cifras generales de reclamos ingresados a los TTA

CIFRAS TOTALES					
TOTAL RECLAMOS INGRESADO	DERECHOS CONTRIBUYENTE OBJETO DEL RECLAMO		SUJETO PASIVO DEL RECLAMO		TIEMPO DE TRAMITACIÓN PROMEDIO
			Servicio de Impuestos Internos	Servicio Nacional de Aduanas	
55	Art. 19 N° 21 C.P.R.	12 de 55	96%	4%	7 meses
	Art. 19 N° 22 C.P.R.	17 de 55			
	Art. 19 N° 24 C.P.R.	33 de 55			
	Art. 8 Bis N°1 C.T.	1 de 55			
	Art. 8 Bis N°2 C.T.	15 de 55			
	Art. 8 Bis N°3 C.T.	6 de 55			
	Art. 8 Bis N°4 C.T.	4 de 55			
	Art. 8 Bis N°5 C.T.	1 de 55			
	Art. 8 Bis N°6 C.T.	2 de 55			
	Art. 8 Bis N°8 C.T.	6 de 55			
	Art. 8 Bis N°9 C.T.	1 de 55			
	Art. 8 Bis N° 10 C.T.	1 de 55			

A la fecha, es notorio que los tres derechos más reclamados por los contribuyentes han sido los siguientes:

- i) el de propiedad del artículo 19 N° 24 de la CPT,
- ii) la garantía a la no discriminación en materia económica por parte del Estado y sus organismos, reconocido en el artículo 19 N° 22 de la CPR y
- iii) el derecho a obtener en forma completa y oportuna las devoluciones previstas en las leyes tributarias, debidamente actualizadas, consagrado en el artículo 8° bis N° 2 del Código Tributario.

El 96% de los reclamos han sido dirigidos en contra de actos u omisiones perpetrados por el SII. De forma anecdótica, solo el 4% tiene co-

mo sujeto pasivo al Servicio Nacional de Aduanas. En concreto, solo dos reclamos se han interpuesto en su contra, ambos ante el 1^{er} TTA⁴³.

Sobre el tiempo de tramitación, se vio que este varía según el TTA de que se trate. Con todo, desde una perspectiva general, el procedimiento ha tenido una duración promedio siete meses.

IV.- Criterios jurisprudenciales de los TTA frente al amparo tributario

El presente apartado, comprende la determinación de los razonamientos jurídicos empleados por los cuatro TTA de la Región Metropolitana.

Con dicho propósito, se analizaron las distintas hipótesis de hecho que se presentaron en los reclamos interpuestos ante estos tribunales especiales, luego se procedió a sistematizar los fundamentos jurídicos conforme a los cuales los TTA resuelven dichas hipótesis de hecho. De este ejercicio fue posible observar la existencia de verdaderos principios jurídicos empleados de forma constante y uniforme por estas magistraturas al momento de resolver los asuntos sometidos a su decisión.

De este modo, se concluye que la existencia de tres criterios jurisprudenciales definidos con claridad, todos los cuales constituyen reales test de juridicidad para determinar si, en los hechos y en el derecho, se ha verificado una vulneración a los derechos de los contribuyentes. Dichos criterios son los que a continuación se señalan:

- 1) Idoneidad del procedimiento.
- 2) Derechos indubitados versus meras expectativas.
- 3) Legalidad del procedimiento de fiscalización.

Como podrá adelantar el lector, la aplicación de estos principios no es exclusiva de los TTA, pues el empleo de estos es posible apreciarlo en magistraturas ordinarias, especiales y de distinta jerarquía. Así y todo, esta investigación ofrece una mirada a la fisonomía de estos tres principios bajo una perspectiva esencialmente tributaria, acompañada de aspectos constitucionales y administrativos. En consecuencia, se ofrece a continuación, algunos comentarios sobre los mismos.

⁴³ 1^{er} TRIBUNAL TRIBUTARIO Y ADUANERO, Región Metropolitana (2013): RITVD-15-00049-2013 y 1^{er} TRIBUNAL TRIBUTARIO Y ADUANERO, Región Metropolitana (2013): RITVD-15.00045-2013.

IV. A) IDONEIDAD DEL PROCEDIMIENTO

IV. A) i) Contenido

Este principio tiene como base la naturaleza jurídica del amparo tributario, esto es, un procedimiento cautelar destinado a prestar tutela jurídica a los derechos de los contribuyentes conculcados por la autoridad tributaria.

De este modo, conforme a este criterio jurisprudencial los TTA, al conocer del amparo tributario, ponderan si el asunto sometido a su decisión obedece a uno que importe la vulneración de tales derechos o, bien, si se trata de cuestiones de fondo, relativos a materias tributarias contables, para las cuales el legislador ha previsto en la ley procesal tributaria otra especie de procedimientos.

En efecto, el *Código Tributario* dispone en el inciso primero del artículo 155:

“Si producto de un acto u omisión del Servicio, un particular considera vulnerados sus derechos contemplados en los numerales 21°, 22° y 24° del artículo 19 de la Constitución Política de la República, podrá recurrir ante el Tribunal Tributario y Aduanero en cuya jurisdicción se haya producido tal acto u omisión (...)”.

Luego, en la parte que interesa a esta investigación, inmediatamente señala:

“(...) Siempre que no se trate de aquellas materias que deban ser conocidas en conformidad a alguno de los procedimientos establecidos en el Título II o en los Párrafos 1° y 3° de este Título o en el Título IV, todos del Libro Tercero de este Código”.

En consecuencia, mal pueden valerse los contribuyentes del amparo tributario para resolver asuntos distintos a la tutela de sus derechos impositivos. La idea en comento es ilustrada de forma impecable por el 4° TTA de la Región Metropolitana, al señalar en uno de sus fallos:

“(...) El reclamo por vulneración de derechos es una acción de naturaleza cautelar, destinada a amparar el ejercicio de ciertos derechos del contribuyente, mediante la adopción de las providencias necesarias para restablecer el imperio del Derecho y asegurar la debida protección del contribuyente frente a un acto u omisión arbitrario o ilegal del Servicio de Impuestos Internos que vulnere tales derechos. En consecuencia, este medio de impugnación no puede ser invocado para resolver un asunto

que deba ser sometido a alguno de los procedimientos establecidos en el Título II o en los Párrafos 1° y 3° de este Título o en el Título IV, todos del Libro Tercero del Código Tributario –vale decir, el procedimiento general de reclamaciones, el procedimiento de reclamo de los avalúos de bienes raíces, el procedimiento de determinación judicial del impuesto de timbres y estampillas y el procedimiento para la aplicación de sanciones–; ni tampoco puede ser transformado o desviado para constituir un recurso subsidiario o supletorio de los recursos ordinarios que la ley ha establecido”⁴⁴.

Del análisis jurisprudencial, se advierte que, por astucia o desconocimiento, algunos contribuyentes pretendían resolver por medio del amparo tributario materias respecto de las cuales se encuentran previstas otras especies de procedimientos tributarios, a modo de ejemplo:

- i) El procedimiento general de reclamaciones⁴⁵;
- ii) el procedimiento de reclamo de los avalúos de bienes raíces⁴⁶;
- iii) el procedimiento para la aplicación de sanciones⁴⁷ y
- iv) el empleo indebido del amparo tributario como recurso subsidiario o supletorio de los recursos ordinarios que la ley ha establecido⁴⁸.

IV. A). ii) Aplicación

Con el fin de mostrar de un modo atractivo y pedagógico el tema en comento, se ofrece al lector un par de experiencias jurisprudenciales:

⁴⁴ 4° TRIBUNAL TRIBUTARIO Y ADUANERO, Región Metropolitana (2016): RIT VD-18-00123-2016, considerando 7°.

⁴⁵ 1^{er} TRIBUNAL TRIBUTARIO Y ADUANERO, Región Metropolitana (2013): RIT VD-15-00077-2013; 2° TRIBUNAL TRIBUTARIO Y ADUANERO, Región Metropolitana (2013): RIT VD-16-00158-2013; 3^{er} TRIBUNAL TRIBUTARIO Y ADUANERO, Región Metropolitana (2013): RIT VD-17-00055-2013; 4° TRIBUNAL TRIBUTARIO Y ADUANERO, Región Metropolitana (2013): RIT VD-18-00275-2013, entre otros.

⁴⁶ 2° TRIBUNAL TRIBUTARIO Y ADUANERO, Región Metropolitana (2014): RIT VD-16-00054-2014; 2° TRIBUNAL TRIBUTARIO Y ADUANERO, Región Metropolitana (2014): RIT VD-16-00082-2014; 4° TRIBUNAL TRIBUTARIO Y ADUANERO, Región Metropolitana (2014): RIT VD-18-00924-2014.

⁴⁷ 1^{er} TRIBUNAL TRIBUTARIO Y ADUANERO, Región Metropolitana (2014): RIT VD-15-00134-2014.

⁴⁸ 4° TRIBUNAL TRIBUTARIO Y ADUANERO, Región Metropolitana (2015): RIT VD-18-00047-2015.

- Justiniano Briones Anita y otro con SII⁴⁹

Planteamiento del problema y pretensión del reclamante

Los contribuyentes interponen un reclamo tributario ante el 4° TTA de la Región Metropolitana, en contra del acto administrativo emitido por la Dirección Regional Santiago Oriente del SII, que modifica el avalúo fiscal del inmueble ubicado en Camino del Pastor N° 1541, comuna de Vitacura, rol de avalúo 3293-033, con vigencia a partir del segundo semestre del año 2010. El acto administrativo en comento concluyó en la emisión de giros y, consecuentemente, con el cobro retroactivo de un impuesto más oneroso del que según los reclamantes correspondía. En razón de esto es que, en la parte petitoria del reclamo, los contribuyentes solicitan al tribunal que deje sin efecto el cobro retroactivo y, para el evento de no acogerse dicha petición, se retrotraiga el estado del procedimiento hasta el momento de la notificación de la modificación individual del avalúo fiscal del inmueble ya referido, por cierto, con expresa condenación en costas.

Razonamiento del TTA

El juzgador parte de la base que los comparecientes han deducido la presente acción cautelar en contra del acto administrativo que modifica el avalúo fiscal del inmueble ya individualizado. Ante lo cual, se pronuncia señalando:

“Que el artículo 150 del Código Tributario –ubicado dentro del Párrafo 1° del Título III del Libro Tercero del Código Tributario, que trata del procedimiento de reclamo de los avalúos de bienes raíces– dispone que se someterán a este procedimiento los reclamos que se dedujeren por los contribuyentes que se consideren perjudicados por las modificaciones individuales de los avalúos de su predio”⁵⁰.

Luego, señala:

“Habiéndose interpuesto el presente reclamo por vulneración de derechos en contra del acto administrativo que modifica el avalúo fiscal del inmueble ya individualizado, materia que por expresa disposición del artículo 150 del Código Tributario se encuentra sometida al procedimiento

⁴⁹ 4° TRIBUNAL TRIBUTARIO Y ADUANERO, Región Metropolitana (2014): RIT VD-18-00924-2014.

⁵⁰ *Op. cit.*, considerando 4°.

de reclamo de los avalúos de bienes raíces establecido en el Párrafo 1° del Título III del Libro Tercero del Código Tributario, quedando por esa misma razón excluida de aquellas materias que deben ser ventiladas a través de esta acción cautelar, conforme a lo dispuesto expresamente por el artículo 155, inciso 1° del Código Tributario, necesariamente se ha de concluir que el presente reclamo por vulneración de derechos no es la vía idónea para impugnar el acto administrativo que modifica el avalúo del inmueble ubicado en Camino del Pastor N°1541, comuna de Vitacura, rol de avalúo 3293-033, debiendo declararse su inadmisibilidad⁵¹.

Como se aprecia, el tribunal –a través del cuidado de las formas– concluye que la pretensión de los contribuyentes no se condice con el procedimiento empleado por estos. Por lo anterior, no pasa el test de idoneidad y, al efecto, se pronuncia declarándolo inadmisibile.

- Sociedad Metalúrgica Torres y Ocaranza Ltda con SII⁵²

Planteamiento del problema y pretensión del reclamante

El contribuyente argumenta que el SII vulneró sus garantías constitucionales, en particular los numerales 21°, 22° y 24° del artículo 19 de la CPR, al haber emitido un acto denominado “Ordinario DJU 14.00 N° 125”, de fecha 29 de agosto de 2013, en el cual, además de negarle su calidad de agente de negocios, señala que las prestaciones de que dan cuenta las facturas N° 40675 y N° 40676, corresponden a un servicio gravado con IVA, de aquellos consagrado en el artículo 2 N° 2 y 4 de la ley del IVA en relación con el artículo 3 N° 7 del *Código de Comercio*.

A partir de lo anterior, se solicita al TTA que este deje sin efecto el “Ordinario DJU 14.00 N° 125” y declare la existencia de la aplicación de un cambio de criterio en la interpretación de la norma.

Razonamiento del TTA

Primero, analiza los antecedentes de hecho y de derecho para efectos de determinar si en la especie concurre una vulneración de derechos. Al efecto, señala, en cuanto al artículo 19 N° 21 que no se ha conculcado su ejercicio, pues la supuesta vulneración a sus derechos de propiedad se ha generado con ocasión del ejercicio de su libertad económica. Luego, respecto del

⁵¹ 4° TRIBUNAL TRIBUTARIO Y ADUANERO, Región Metropolitana (2014): RIT VD-18-00924-2014, considerando 6°.

⁵² 2° TRIBUNAL TRIBUTARIO Y ADUANERO, Región Metropolitana (2013): RIT VD-16-00158-2013.

artículo 19 N° 22, no se ha incurrido en una discriminación arbitraria, precisamente por la aplicación objetiva de los criterios que fundan el “Ordinario DJU 14.00 N° 125”. En última instancia, respecto del artículo 19 N° 24, mal puede tener un derecho de dominio sobre las mismas, si estas fueron rechazadas por el SII mediante resolución N° 63679⁵³.

Con posterioridad, sentencia el tribunal que el amparo tributario no es la vía idónea para sus pretensiones, puesto que:

“(…) De estimar el contribuyente que de la actuación del Servicio de Impuestos Internos se ha llegado a afectar su devolución proveniente de un Crédito Fiscal IVA, la vía idónea para tal pretensión es la consagrada en el artículo 123 y ss. del Código Tributario y no la intentada en autos, dada la necesidad de tratar estas materias en un procedimiento de lato conocimiento. Ello por cuanto el mencionado acto que hoy se reclama, si bien ha sido calificado como ordinario, en esencia es de naturaleza resolutive, pudiendo ser impugnado a través del Procedimiento General de Reclamaciones de darse los presupuestos para ello (...) Que, la norma transcrita se debe vincular con el artículo 124 del Código Tributario, el cual permite la reclamación por el procedimiento general, de aquellas Resoluciones que incidan en el pago de un impuesto o en los elementos que sirvan de base para determinarlo, debiendo tener el recurrente un interés actual comprometido en la materia”⁵⁴.

De lo analizado, se aprecia que el TTA, luego de cerciorarse que ningún derecho del contribuyente haya sido vulnerado, atiende sus demás pretensiones, las cuales escapan de los remedios jurídicos a los que está llamado a proveer el amparo tributario, pues los requerimientos del contribuyente suponen un juicio de lato conocimiento, para lo cual el legislador ha previsto el procedimiento general de reclamos, y no esta acción tributaria de naturaleza cautelar. Por lo anterior, falla rechazando el reclamo.

A modo de cierre, el criterio de idoneidad del procedimiento supone que los TTA sujetan a una prueba de forma los asuntos sometidos a su decisión. En caso de reprobación del test, resolverán declarando el reclamo inadmisibles o, bien, fallarán rechazándolo. Por el contrario, de aprobarlo, es decir, de estimar el tribunal que el asunto reclamado tiene coherencia con el procedimiento del amparo tributario, procederá, en consecuencia, a conocer aspectos de fondo. Por todo, se deriva que el principio en estudio es de carácter formalista, a diferencia del siguiente.

⁵³ 2° TRIBUNAL TRIBUTARIO Y ADUANERO, Región Metropolitana (2013): RIT VD-16-00158-2013, considerando 10°.

⁵⁴ *Op. cit.*, considerando 11°.

IV. B) DERECHOS INDUBITADOS VERSUS MERAS EXPECTATIVAS

IV. B). i) Contenido

Este criterio jurisprudencial supone para el juzgador tributario resolver una cuestión de fondo, esto es, si el derecho respecto del cual el contribuyente reclama tutela jurídica es de carácter indubitado o no. En otras palabras, si aquel tiene a su respecto un verdadero derecho adquirido integrado en su patrimonio o, bien, si se trata de una mera expectativa, la cual, mediante el correcto ejercicio de las facultades legales previstas por el legislador tributario, se robustecerá y evolucionará en un derecho adquirido.

Al efecto, estos tribunales han señalado categóricamente que el amparo tributario no puede ser entendido como una instancia para obtener la declaración de pretensiones tributarias, sino que debe ser concebido como una instancia de protección a derechos ya antes declarados, en este sentido:

“Que, entre otros requisitos, este procedimiento cautelar supone la existencia de un acto u omisión ilegal o arbitrario y, además, que el derecho o garantía afectado sea claro, indubitado y no sujeto a discusión, no siendo éste la vía idónea para plantear una acción que persiga obtener la declaración de un derecho ni para resolver una contienda entre la administración tributaria y un contribuyente”⁵⁵.

“(…) Ésta no constituye una instancia de declaración de derechos, sino que de protección de aquellos, atendido que la reclamante no tiene un derecho preexistente e indubitado sobre su petición, sino que una mera ‘expectativa’, y por ello no consta que la ya aludida Resolución N° 50 reclamada en autos afecte por alguna acción u omisión este derecho de propiedad”⁵⁶.

La utilización por parte de los TTA del principio de los derechos indubitados versus las meras expectativas, tiene lugar al momento de requerir los contribuyentes remedios jurídicos frente a la vulneración, por parte de la autoridad tributaria, de su derecho de propiedad reconocido en el artículo 19 N° 24 de la CPR.

⁵⁵ 4° TRIBUNAL TRIBUTARIO Y ADUANERO, Región Metropolitana (2013): RIT VD-18-00057-2013, considerando 5°.

⁵⁶ 1er TRIBUNAL TRIBUTARIO Y ADUANERO, Región Metropolitana (2016): RIT VD-15-00172-2015, considerando 23°.

Tal como se advierte al comentar las cifras, la protección de este derecho constituye la pretensión más reclamada en los cuatro TTA de la Región Metropolitana, de ahí la importancia del presente test⁵⁷.

IV. B). ii) Aplicación

- Salmenes Aysen S.a. con SII⁵⁸

Planteamiento del problema y pretensión del reclamante

Con fecha 9 de mayo de 2013, el contribuyente presentó ante el SII su declaración de impuestos a la renta mediante formulario N° 22, a través del cual solicitó para el año tributario 2013 una devolución por la suma de 2.039.113,51 USD. Lo anterior fue fundado en que se encuentra expresamente autorizado para llevar contabilidad y declarar impuestos en dólares de Estados Unidos. Enseguida, con fecha 17 de julio de 2013, el SII procedió a fiscalizar al reclamante, requiriendo documentación correspondiente al año comercial 2012, la cual fue proporcionada. Con posterioridad, Tesorería General de la República, con fecha 6 de diciembre de 2013, efectuó devolución de impuestos parcial por la suma de 1.875.156,26 USD, quedando, en consecuencia, un saldo retenido de 163.975,25 USD. Finalmente, con fecha 11 de abril de 2014, el director regional de la Dirección Regional Metropolitana Santiago Norte, dictó la resolución exenta N° 280, la cual señala que de la documentación aportada se concluye la existencia de diferencia de impuesto a la renta de 293.639,64 USD derivados de la existencia de un gasto que el SII califica como rechazado. En consecuencia, debería proceder a juicio del reclamante, la sanción del impuesto único del artículo 21 de la Ley de la Renta, esto es, multa del 35% sobre el valor del gasto rechazado 102.773,87 USD y no la retención total de la devolución, cuyo saldo corresponde a 163.975,25 USD.

Así, el contribuyente, por medio del procedimiento de amparo tributario, reclama en contra de la comentada resolución exenta N° 280, por vulnerar sus derechos de propiedad del artículo 19 N° 24 de la CPR y artículo 8° bis N° 2 del *Código Tributario*, esto es, el derecho a obtener en forma completa y oportuna las devoluciones previstas en las leyes

⁵⁷ 3^{er} TRIBUNAL TRIBUTARIO Y ADUANERO, Región Metropolitana (2016): RIT VD-17-00227-2015; 3^{er} TRIBUNAL TRIBUTARIO Y ADUANERO, Región Metropolitana (2016): RIT VD-17-00030-2015; 3^o TRIBUNAL TRIBUTARIO Y ADUANERO, Región Metropolitana (2017): RIT VD-17-00098-2015, entre muchos otros.

⁵⁸ 2^o TRIBUNAL TRIBUTARIO Y ADUANERO, Región Metropolitana (2014): RIT VD-16-00090-2014.

tributarias, actualizadas en la forma debida. El fundamento es la –a su juicio– arbitraria retención de impuestos correspondiente a 61.183,38 USD.

Razonamiento del TTA

El juzgador analiza, a partir de la naturaleza jurídica de las devoluciones de impuestos, si se verifica respecto de la resolución exenta N° 280 vulneración a los artículos 8° bis N° 2 del *Código Tributario* y al artículo 19 N° 24 de la *CPR*, respectivamente:

“Qué, en cuanto a la vulneración del derecho consagrado en el artículo 8 N° 2 del Código Tributario, alegada por el reclamante, se debe entender, según lo establecido en el artículo 59 y siguientes del Código Tributario, que las sumas cuya devolución se solicita han sido determinadas en base a las declaraciones de impuestos realizadas por el contribuyente, lo que constituye una mera expectativa, y no un derecho indubitado, ya que las declaraciones son de carácter provisorias mientras no transcurran los plazos de prescripción establecidos en la ley. En este mismo sentido se ha pronunciado la Ilustrísima Corte de Apelaciones. Es así como, tratándose de una mera expectativa y no de un derecho indubitado, la retención de los dineros no ha vulnerado la norma señalada”⁵⁹.

“Que en relación a la vulneración del derecho de propiedad alegado, establecido en el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política de la República, se debe estar a lo expresado en el considerando anterior, entendiendo que respecto a los montos retenidos, la reclamante no tiene un derecho indubitado, sino una mera expectativa por lo que no se puede considerar vulnerado dicho derecho”⁶⁰.

De los argumentos del tribunal, se concluye que no se configura en la especie vulneración a los derechos reclamados, por lo cual, el tribunal se pronuncia fallando no ha lugar al reclamo.

- Guzmán Giesen, Juan Pablo con SII⁶¹

Planteamiento del problema y pretensión del reclamante

El contribuyente, para el año tributario 2013, solicitó mediante su declaración anual de impuestos, la devolución de un saldo a favor ascendente

⁵⁹ 2° TRIBUNAL TRIBUTARIO Y ADUANERO, Región Metropolitana (2014): RIT VD-16-00090-2014, considerando 10°.

⁶⁰ *Op. cit.*, considerando 11°.

⁶¹ 1er TRIBUNAL TRIBUTARIO Y ADUANERO, Región Metropolitana (2013): RIT VD-15-00077-2013.

a la suma de 2.365.162 CLP por concepto del remanente del crédito de impuesto de primera categoría. Luego, el SII resolvió retener la devolución de dinero solicitada en su declaración de impuesto a la renta folio N° 227852113, correspondiente al mismo año tributario, el monto de la devolución reclamada asciende a la suma de 2.365.162 CLP, más reajustes pertinentes.

Señala que el acto del ente administrativo vulnera sus derechos del artículo 19 N° 21 de la *CPR* a través de una retención ilegítima, por cuanto esta norma preceptúa que el Estado no debe limitar el derecho a desarrollar cualquier actividad económica, lo cual se habría vulnerado por el SII al negarle la suma de dinero por concepto de devolución de impuesto a la renta del año tributario 2013. También existiría una vulneración al artículo 19 N° 24 de la *CPR*, en cuanto la retención de impuestos habría afectado el derecho de propiedad en sus diversas especies, sobre todo tipo de bienes, corporales e incorporales.

Con todo, el fundamento de la retención serían observaciones previas hechas al contribuyente a partir de los años tributarios 2012 y 2013.

Con posterioridad a la supuesta vulneración, el contribuyente solicita al TTA que se restablezca el imperio del Derecho y se le asegure la debida protección, decretando y ordenando todas las providencias que sean del caso a fin de que se proceda con la entrega de 2.365.162 CLP, y cuya devolución fue solicitada al tiempo de efectuar la declaración de renta correspondiente al año tributario 2013.

Razonamiento del TTA

Igual que en el caso anterior, el juzgado, basándose en la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia, toma como elemento base la naturaleza de la devolución de impuestos, señalando que esta constituye una mera expectativa y no un derecho adquirido como supone la premisa del reclamante:

“(…) Así se ha resuelto en múltiples sentencias emanadas de los tribunales superiores de justicia, en recurso o acciones de protección, en que se ha establecido que en este tipo de reclamaciones existe un derecho discutido y en su mérito basan el rechazo de este tipo de acciones, atendida la naturaleza, principios y finalidad del procedimiento (Itma. Cortes de Apelaciones y Excma. Corte Suprema). Tesis que este sentenciador comparte como se ha señalado de modo fundado (...). Ilustrativo resulta en esta materia lo señalado en sentencia Rol N° 85-2012 de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción, la que expresa que la declaración de impuestos constituye una mera expectativa para el recurrente no siendo, en caso alguno, titular de un derecho indubitado, ya que esas

declaraciones tienen el carácter de provisorias debido a que el Servicio de Impuestos Internos tiene facultades para examinar y revisar las declaraciones presentadas por los contribuyentes. (...) '7. Que, acorde con lo expresado en los motivos que anteceden, teniendo el contribuyente sólo una mera expectativa respecto de los dineros cuya devolución solicito, forzoso resulta concluir que la presente acción, por la que se pretende la protección de ese germen de derecho y no de un derecho indubitado debe ser declarada inadmisibles'. (Sentencia de fecha 12 de noviembre de 2008, Rol N° 4093-2008, CA. de Santiago)"⁶².

Luego, profundiza el juzgador tributario con la idea de que mal puede vulnerarse un derecho que no existe, pues al momento de reclamar, la devolución de impuestos constituye una mera expectativa y no un derecho adquirido:

"En concreto y referido a la presunta vulneración a sus derechos constitucionales que el reclamante alega, este sentenciador es de la opinión que tal vulneración en este caso no existe, puesto que, para que un acto sea considerado de tal entidad que vulnera en concreto un derecho. Esto supone, que el derecho en cuanto conculcado exista. Si existe duda o falta de acreditación suficiente al menos de modo preliminar, este sentenciador no puede arribar a la convicción en este sentido. En la especie, existe una mera expectativa a la devolución, la que supone para sea que tal, que sea validada o acreditada de modo fehaciente"⁶³.

Se hace presente que el tribunal no argumentó respecto de la eventual vulneración del artículo 19 N° 21 de la CPR, por lo cual, no se tiene jurisprudencia que compartir a este respecto.

Finalmente, el TTA falla resolviendo no ha lugar al reclamo interpuesto por las razones ya comentadas.

De todo lo anterior, se advierte en forma reiterada la premisa errónea o, tal vez, astuta, por parte de los contribuyentes de que estos tienen un derecho adquirido respecto de sus devoluciones de impuestos, llevando la problemática a una dimensión de naturaleza constitucional, ignorando así que el fenómeno obedece a una materia que en el fondo es de patente naturaleza tributaria contable⁶⁴. Las devoluciones de impuestos deben entenderse en este contexto como una mera expectativa, cuyo robustecimiento en derecho adquirido depende del correcto ejercicio de las

⁶² 1^{er} TRIBUNAL TRIBUTARIO Y ADUANERO, Región Metropolitana (2013): RIT VD-15-00077-2013, considerando 9°.

⁶³ *Op. cit.*, considerando 10°.

⁶⁴ *Op. cit.*, considerando 7°.

facultades legales en materia tributaria contable. Luego, de no ejercer estas prerrogativas o de hacerlo en forma errónea, mal puede el contribuyente entender como derecho adquirido algo que no ha ingresado a su patrimonio.

Se cree que la premisa basal de los contribuyentes reclamantes no es sino una manifestación de la deformación del derecho de propiedad conocida como la propietarización de los derechos expresada en sede tributaria. En consecuencia, el test de derechos indubitados versus meras expectativas se constituye como un acierto por parte de los TTA de la Región Metropolitana.

IV. C) LEGALIDAD DEL PROCEDIMIENTO DE FISCALIZACIÓN

IV. C). i) Contenido

Fundados en el principio constitucional de legalidad, reconocido en el artículo 7° de la CPR, el Estado y sus organismos deben sujetarse tanto en su ser como en su actuar, a derecho. En consecuencia, los actos terminales que emanan de los organismos fiscalizadores, SII y SNA, deben someterse en forma estricta a los procedimientos previstos por la ley tributaria, aduanera y a la ley N° 19880.

En efecto, es mediante este test que el juzgador tributario examina detalladamente cada una de las etapas en los procedimientos de fiscalización, para verificar, si en los hechos, la autoridad tributaria o aduanera ha incurrido en una desprolijidad en el cumplimiento de las normas que regulan la gestación del acto administrativo o, por el contrario, si estas han cumplido con celo, el mandato legal y constitucional en la tramitación de este.

En caso de observar el TTA un cumplimiento férreo de las normas de procedimiento, el acto impugnado por los administrados habrá pasado satisfactoriamente el test, en cambio, de incumplir con la normativa procedimental aludida, el TTA procederá a constatar la vulneración a los derechos del contribuyente, al mismo tiempo que proveerá un remedio jurídico para restablecer el imperio del Derecho y asegurar la debida protección del reclamante.

Para efectos de ratificar el criterio frente al lector, a continuación se cita al 1^{er} TTA de la Región Metropolitana:

“Corresponde analizar si el procedimiento de fiscalización llevado a cabo por ADUANAS, a través del cual se procedió con la incautación de la especie motivo del reclamo, se ajusta a las disposiciones legales y reglamentarias vigentes a la fecha del acto reclamado (...). Que para abordar esta interrogante, corresponde antes analizar los presupuestos legales bajo los cuales ADUANAS debe enmarcarse para realizar este tipo de actuaciones (...)”⁶⁵.

⁶⁵ 1^{er} TRIBUNAL TRIBUTARIO Y ADUANERO, Región Metropolitana (2013): RIT VD-15-00049-2013, considerado 19°.

IV. B). ii) Aplicación

Si bien, el principio es utilizado en más de una oportunidad por los TTA⁶⁶, en esta ocasión se ha seleccionado una experiencia que termina por ser favorable para el contribuyente.

- Mancilla Velázquez María Ana con Aduanas⁶⁷

Planteamiento del problema y pretensión del reclamante

El caso planteado tiene su origen en la impugnación, mediante el amparo tributario, que hace el contribuyente a la resolución exenta N° 2786 de fecha 15 de marzo de 2013, emanada del director regional Aduana Metropolitana. En virtud de este acto administrativo, se dispuso la incautación de las llaves y documentación del vehículo, marca Ford, placa patente DCYD69-0. El fundamento, sería el mal uso de la franquicia aduanera "00.33" por parte de la reclamante⁶⁸.

Al efecto, señala el reclamante, que al no ceñirse el acto administrativo al procedimiento de fiscalización se ha conculcado su derecho de propiedad reconocido en el artículo 19 N° 24 de la CPR, solicitando, en consecuencia, que se restablezca el imperio del Derecho ante la actuación arbitraria del ente fiscalizador, restituyéndole las especies incautadas y se condene en costas al SNA.

Razonamiento del TTA

El juzgador, para determinar si se ha conculcado o no el derecho de propiedad, atiende, en primer lugar, a la existencia del Derecho y las limitaciones que tiene la actora respecto del bien importado. En segundo lugar, busca cerciorarse de la legalidad del acto administrativo emanado de Aduanas, resolución exenta N° 2786.

⁶⁶ 1^{er} TRIBUNAL TRIBUTARIO Y ADUANERO, Región Metropolitana (2013): RIT VD-15-00049-2013, considerado 19°; 4° TRIBUNAL TRIBUTARIO Y ADUANERO, Región Metropolitana (2014): RIT VD-18-00325-2013; 4° TRIBUNAL TRIBUTARIO Y ADUANERO, Región Metropolitana (2015): RIT VD-18-00048-2014; entre otros.

⁶⁷ 1^{er} TRIBUNAL TRIBUTARIO Y ADUANERO, Región Metropolitana (2013): RIT VD-15-00049-2013.

⁶⁸ Los vehículos usados, importados por chilenos bajo esta franquicia, quedan afectos a limitaciones, consistentes en que el vehículo objeto del beneficio no puede ser asunto de negociaciones de ninguna especie, tales como compraventa, arrendamiento, comodato o cualquier otro acto jurídico que signifique la tenencia, posesión o dominio por persona extraña al beneficiario de la franquicia, antes de transcurrido el plazo de tres años, contado desde la fecha de importación al país.

De ahí que los hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos fijados por el tribunal sean:

- 1) Los derechos que le asisten y las limitaciones que afectan a la re-clamante, respecto del vehículo marca Ford, placa patente DCYD69-0 y
- 2) El acreditar que el procedimiento de fiscalización llevado por el SNA en razón del cual se procedió con la incautación de las especies motivo del reclamo, se ajusta a las disposiciones legales y reglamentarias vigentes a la fecha del acto reclamado⁶⁹.

Probado el primer punto, esto es, que el reclamante tiene los derechos que invoca respecto del vehículo marca Ford, placa patente DCYD69-0. T.⁷⁰, toca referirse al segundo, lo que, en definitiva, importa aplicar el criterio jurisprudencial en comento, esto es, la legalidad del acto de fiscalización, en este entendido:

“(…) De acuerdo a lo dispuesto en la parte resolutive de la citada resolución, aparece de manifiesto que efectivamente el DIRECTOR REGIONAL DE ADUANAS cumplió con los requisitos de emitir una orden para fiscalizar y de incautar, en la caso que procediera, pero no respecto al reclamante de este proceso, sino de persona diversa; Asimismo, consta en el mismo acto administrativo (resolución), que el DIRECTOR REGIONAL DE ADUANAS, designa a funcionarios de su dependencia para que “fiscalicen y verifiquen el correcto uso de la franquicia aduanera denominada partida ‘00.33’ del Arancel Aduanero respecto del vehículo marca HUMMER, H2, COLOR NEGRO CON RAYAS BLANCAS, AÑO 2004, 6000 CC, SOLICITANTE BENEFICIARIO MARIA ANA MANSILLA VELASQUEZ, RUT 4.273.922-7, CON DIRECCIÓN EN PASAJE ADONAY N° 3112, COMUNA DE MAIPÚ”⁷¹.

En primer lugar, el acto tiene como destinatario a María Ana Mansilla Velásquez, pero en los hechos se afecta a Gustavo Floridor Rojas Varas, luego:

“(…) los funcionarios designados al efecto, procedieron con el mandato de su superior, incautando el vehículo a que hacía referencia la resolución N° 2786, como también el vehículo tipo limusina marca Ford Lincoln, color blanco, PPU DCYD-69, de propiedad del reclamante de autos, en razón de presumir una incorrecta utilización de la franquicia aduanera amparada bajo la partida “00.33” del Arancel Aduanero, no obstante, careciendo de la ORDEN que establece el artículo 25 de su propia ley orgánica”⁷².

⁶⁹ 1^{er} TRIBUNAL TRIBUTARIO Y ADUANERO, Región Metropolitana (2013): RIT VD-15-00049-2013, considerando 13°.

⁷⁰ *Op. cit.*, considerando 16°.

⁷¹ *Op. cit.*, considerando 20°.

⁷² *Op. cit.*, considerando 21°.

El sentenciador observa que, en la especie, se incumple con la orden exigida por el artículo 25 de la Ley Orgánica de Aduanas, en virtud del cual:

“Para el cumplimiento de las facultades a que se refiere el presente párrafo, los empleados deberán dar a conocer su investidura oficial, exhibiendo, además, la competente orden, cuando dichas facultades se ejerzan fuera de las zonas primarias de competencia o de los perímetros de vigilancia especial”⁷³.

La orden a que alude el artículo fue omitida por el fiscalizador. Luego:

“La normativa legal y reglamentaria vigente, le ha impuesto una exigencia imperativa al SERVICIO NACIONAL DE ADUANAS, para actuar como lo hizo, esto es, que previo a una fiscalización que involucre ‘a entrada, registro e incautaciones’, lo deberá hacer por medio de un ‘Acto Administrativo’, previo al acto de fiscalización. (...) Pues bien, en el presente caso el actor, impugna la actuación llevada a cabo por los funcionarios de aduanas, quienes procedieron sin ORDEN PREVIA, a fiscalizar e incautar los documentos que dan cuenta del dominio de su vehículo (...). Por otro lado, ciertamente resulta sensato dirimir que la incautación de la cual fue objeto parte de la propiedad del reclamante, se construyó a base de una ‘omisión’ imprudente por ADUANAS, es decir, de un ‘dejar de hacer’ en aquellos casos en que la Administración se encontraba obligada a obrar, vulnerando de paso, un derecho fundamental, como lo es el ‘derecho de propiedad’, garantía cautelada por el presente procedimiento (...)”⁷⁴.

El TTA advierte, a partir de las pruebas rendidas en el término probatorio, que el ente fiscalizador no observó las normas del procedimiento preestablecidas por el legislador. A mayor abundamiento:

“Que, como sustento de lo anterior, la vulneración se origina en este caso, en que ADUANAS procede en virtud de un actuar ilegal y arbitrario, carente de un acto administrativo que sustente su legítima función que la ley le ha encomendado, sino que solo a base de supuestos y amparada en el ejercicio de su potestad fiscalizadora, pero en este caso, no ajustado a derecho, tal como lo prescribe nuestro ordenamiento jurídico”⁷⁵.

Finalmente, constata: “ADUANAS no se ajustó en el procedimiento de fiscalización que reclama el Señor ROJAS VARAS, a la normativa legal y reglamentaria vigente”⁷⁶.

⁷³ Artículo 25 de la Ley Orgánica del Servicio Nacional de Aduanas.

⁷⁴ 1^{er} TRIBUNAL TRIBUTARIO Y ADUANERO, Región Metropolitana (2013): RIT VD-15-00049-2013, considerando 22°.

⁷⁵ *Op. cit.*, considerando 23°.

⁷⁶ *Op. cit.*, considerando 24°.

A partir de lo anterior, el tribunal falla a favor del reclamo por vulneración de derechos, ordenando al director regional de la Aduana Metropolitana hacer entrega de las especies incautadas, propiedad del reclamante de autos, cesando toda medida arbitraria e ilegal dispuesta con motivo de la fiscalización efectuada con fecha 22 de marzo de 2013 respecto de Gustavo Floridor Rojas Varas.

No es ocioso enfatizar que cuando el Estado y sus organismos se exceden en sus facultades, conculcando así los derechos de los administrados, la entelequia pública se ubica en un terreno oscuro, donde no es, no existe, ni obra. Pues el límite de su ejercicio es el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana.

Como concreción de esta idea, se aprecia que, en el caso de estudio, el proceso de fiscalización en que se fundó el acto administrativo del SNA reprobó el test de legalidad del procedimiento, debido a la omisión de elementos propios del proceso de gestación del acto administrativo, lo que concluyó en la vulneración del derecho de propiedad de un administrado. Posteriormente, es el propio ordenamiento jurídico, mediante el establecimiento del amparo tributario, que habilita a un tercero imparcial llamado TTA para restablecer el imperio del Derecho y asegurar la debida protección del reclamante.

IV. D) IMPACTO DE CADA UNO DE LOS CRITERIOS EN LA JURISPRUDENCIA DE LOS TTA

Con el ánimo de mostrarle al lector el empleo global de estos principios por parte de los TTA de la Región Metropolitana, se elaboró el siguiente cuadro (N° 8):

Cuadro N° 8
Uso de los principios jurisprudenciales en los TTA

Cifras Criterios Jurisprudenciales				
T.T.A. R.M.	Total Reclamos Fallados e Inadmisibles	Idoneidad del Procedimiento	Derechos Indubitados V/S Meras Expectativas	Legalidad del Procedimiento de Fiscalización
1° T.T.A.	6	2 de 6	2 de 6	2 de 6
2° T.T.A.	6	4 de 6	1 de 6	0 de 6
3° T.T.A.	6	4 de 6	5 de 6	0 de 6
4° T.T.A.	24	12 de 24	6 de 24	5 de 24
TOTAL	42	22 de 42	14 de 42	7 de 42

De esta manera, el principio más utilizado por estos tribunales ha sido el principio de idoneidad del procedimiento. Luego, le sigue el principio derechos indubitados versus meras expectativas. En tercer y último lugar, el criterio jurisprudencia de legalidad del procedimiento de fiscalización.

Conclusiones

- 1) Mediante la creación del amparo tributario, se torna más técnica la tutela de los derechos fundamentales de naturaleza tributaria, al encargar el legislador su conocimiento a órganos jurisdiccionales independientes y altamente especializados, cuya finalidad será restablecer el imperio del Derecho y asegurar la debida protección del reclamante en los casos en que, frente a una acción u omisión del SII o del SNA, los derechos de los contribuyentes resulten conculcados.
- 2) Los derechos tutelados por la acción son de rango constitucional, en específico, los derechos fundamentales reconocidos en los numerales 21°, 22° y 24° de la carta fundamental. Al mismo tiempo, la acción cautelar protege los derechos del contribuyente, individualizados de forma no taxativa en el artículo 8° bis del *Código Tributario*.
- 3) El número total de reclamos ingresados a los cuatro TTA de la Región Metropolitana durante el periodo que va desde el 1 de febrero de 2013, época de su creación, hasta el 1 de septiembre de 2017, corresponde a un total de cincuenta y cinco.
- 4) Desde una perspectiva global, tan solo el 9,1% de los reclamos ingresados terminó favoreciendo a los contribuyentes reclamantes. El 90,9% restante no concluyó en su satisfacción, ya sea debido a tenerse por no presentados, haber sido declarados inadmisibles, al desistimiento por parte del reclamante o, bien, al rechazo, por parte del TTA, en aspectos de fondo.
- 5) En la misma línea, los derechos de los contribuyentes más reclamados son: el derecho de propiedad; el derecho de igualdad ante las cargas públicas, ambos de la *CPR* y, finalmente, el derecho a obtener las devoluciones previstas en las leyes tributarias.
- 6) Se infiere la existencia de tres criterios jurisprudenciales bastante bien definidos, todos los cuales constituyen reales test de juridicidad para determinar si, en los hechos y en el derecho, se ha verificado una vulneración a los derechos de los contribuyentes. Dichos criterios son: idoneidad del procedimiento;

- derechos indubitados versus meras expectativas y legalidad del procedimiento de fiscalización.
- 7) Conforme al principio de idoneidad del procedimiento, los TTA, al conocer del amparo tributario, ponderan si el asunto obedece a la vulneración de derechos del contribuyente o, bien, si se trata de cuestiones de fondo, relativos a materias tributarias contables, para las cuales el legislador ha previsto en la ley procesal tributaria otra especie de procedimientos.
 - 8) El criterio de derechos indubitados versus meras expectativas supone para el juzgador tributario resolver una cuestión de fondo. Esto es, si el derecho respecto del cual el contribuyente reclama tutela jurídica es de carácter indubitado o no. En otras palabras, si aquel tiene a su respecto un verdadero derecho adquirido integrado en su patrimonio o, bien, si se trata de una mera expectativa, la cual, mediante el correcto ejercicio de las facultades legales previstas por el legislador tributario, se robustecerá y evolucionará en un derecho adquirido.
 - 9) En cuanto al principio de legalidad del procedimiento de fiscalización, es mediante este test que el juzgador tributario examina con detalle cada una de las etapas en los procedimientos de fiscalización para verificar si, en los hechos, la autoridad tributaria o aduanera ha incurrido en una desprolijidad en el cumplimiento de las normas que regulan la gestación del acto administrativo o, por el contrario, si estas han cumplido con celo, el mandato legal y constitucional en la tramitación del mismo.

Bibliografía

- ALAMOS VERA, Eduardo, *La nueva justicia tributaria chilena*, Santiago, Editorial Edimatri, 2009.
- ALAMOS VERA, Eduardo, *Los derechos del contribuyente chileno procedimiento de reclamo, un análisis de la ley N° 20420 de 2010*, Santiago, Thompson Reuters, 2011.
- ASTE MEJÍAS, Christian, *Curso sobre Derecho y Código Tributario*, Santiago, Publishing Chile, 2009, tomo I.
- GARCÍA ESCOBAR, Jaime, “Análisis de sentencias dictadas por los tribunales tributarios y aduaneros”, en *Revista de Derecho*, segunda época, vol. I, N° 2, Santiago, 2013.
- MASSONE PARODI, Pedro, *Infracciones tributarias*, Santiago, Legal Publishing Chile, 2009.
- NAVARRO BELTRÁN, Enrique, “El nuevo contencioso tributario”, en *Revista de Derecho*, segunda época, vol. I, N° 2, Santiago, 2013.

- NAVARRO BELTRÁN, Enrique, "35 años del recurso de protección notas sobre su alcance y regulación normativa", en *Estudios Constitucionales*, vol. 10, N° 2, Santiago, 2012.
- SILVA GALLINATO, María, *Acciones protectoras de derechos fundamentales*, Santiago, Editorial Thomson Reuters, 2012.
- SOTO KLOSS, Eduardo, *Derecho Administrativo. Temas fundamentales*, Santiago, Legal Publishing Chile, 2012.
- UGALDE, Rodrigo y Jaime GARCÍA, *Curso sobre delitos e infracciones tributarias*, Santiago, Legal Publishing Chile, 2008.
- UGALDE, Rodrigo, Jaime GARCÍA y Alfredo UGARTE, *Tribunales tributarios y aduaneros*, 4ª ed, Santiago, Legal Publishing, 2011.
- UGALDE, Rodrigo y Jaime GARCÍA, *Elusión, planificación y evasión tributaria*, Santiago, Legal Publishing Chile, 2010.

NORMAS

- Circular N° 41 de fecha 26 de julio de 2006, "Materia: Derechos de los contribuyentes en sus relaciones y procedimientos ante el Servicio de Impuestos Internos".
- Constitución Política de la República*, decreto N° 100 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, 22 de septiembre de 2005.
- Decreto con fuerza de ley N° 213 sobre Ordenanza de Aduanas, *Diario Oficial*, 4 de junio de 2015.
- Decreto de Hacienda N° 329 sobre Ley Orgánica del Servicio Nacional de Aduanas, *Diario Oficial*, 20 de junio de 1979.
- Decreto ley N° 824 sobre Ley de Impuesto a la Renta, *Diario Oficial*, 31 de diciembre de 1974.
- Decreto ley N° 825 sobre Ley de Impuestos a las Ventas y Servicios, *Diario Oficial*, 3 de diciembre de 1976.
- Decreto ley N° 830 sobre *Código Tributario*, *Diario Oficial*, 31 de diciembre de 1974.
- Ley N° 20322 Fortalece y perfecciona la jurisdicción tributaria y aduanera, *Diario Oficial*, 27 de enero de 2009.
- Ley N° 20420 Modifica el *Código Tributario* para Explicitar Derechos de los Contribuyentes, *Diario Oficial*, 19 de febrero de 2010.
- Ley N° 21039 Perfecciona la Justicia Tributaria y Aduanera, *Diario Oficial*, 20 de octubre de 2017.

JURISPRUDENCIA

- 1^{er} TRIBUNAL TRIBUTARIO Y ADUANERO, Región Metropolitana (2013a): RIT VD-15-00049-201, Mancilla Velázquez María Ana Con Dirección Regional de Aduana Metropolitana, 1 de julio de 2013.

- 1^{er} TRIBUNAL TRIBUTARIO Y ADUANERO, Región Metropolitana (2013b): RIT VD-15-00045-2013, Gustavo Floridor Rojas Vargas con Dirección Regional de Aduana Metropolitana, 1 de julio de 2013.
- 1^{er} TRIBUNAL TRIBUTARIO Y ADUANERO, Región Metropolitana (2013c): RIT VD-15-00068-2013, Forestal Bureo S.A. con SII Dirección Regional Santiago Centro, 22 de julio de 2013.
- 1^{er} TRIBUNAL TRIBUTARIO Y ADUANERO, Región Metropolitana (2013d): RIT VD-15-00070-2013, Forestal O'Higgins S.A. con SII Dirección Regional Santiago Centro, 22 de julio de 2013.
- 1^{er} TRIBUNAL TRIBUTARIO Y ADUANERO, Región Metropolitana (2013e): RIT VD-15-00069-2013, Inmobiliaria Bureo S.A. con SII Dirección Regional Santiago Centro, 22 de julio de 2013.
- 1^{er} TRIBUNAL TRIBUTARIO Y ADUANERO, Región Metropolitana (2013f): RIT VD-15-00077-2013, Guzmán Giesen Juan Pablo con SII Dirección Regional Santiago Centro, 2 de agosto de 2013.
- 2^o TRIBUNAL TRIBUTARIO Y ADUANERO, Región Metropolitana (2013a): RIT VD-16-00157-2013, Carolina del Carmen Bravo Silva con SII Dirección Regional Metropolitana Santiago Poniente, 30 de octubre de 2013.
- 2^o TRIBUNAL TRIBUTARIO Y ADUANERO, Región Metropolitana (2013b): RIT VD-16-00158-2013, Sociedad Metalúrgica Torres y Ocaranza Ltda. con SII Dirección Regional Metropolitana Santiago Poniente, 27 de diciembre de 2013.
- 3^{er} TRIBUNAL TRIBUTARIO Y ADUANERO, Región Metropolitana (2013): RIT VD-17-00055-2013, Klaassen Pettenati, Anna María con SII Dirección Regional Metropolitana Santiago Sur, 5 de noviembre de 2013.
- 4^o TRIBUNAL TRIBUTARIO Y ADUANERO, Región Metropolitana (2013a): RIT VD-18-00057-2013, Inversión Productiva (Chile) S.A. Con SII Dirección Regional Metropolitana Santiago Oriente, 27 de marzo de 2013.
- 4^o TRIBUNAL TRIBUTARIO Y ADUANERO, Región Metropolitana (2013b): RIT VD-18-00015-2013, Blasmar S.A. con SII Dirección Regional Metropolitana Santiago Oriente, 3 de abril de 2013.
- 4^o TRIBUNAL TRIBUTARIO Y ADUANERO, Región Metropolitana (2013c): RIT GR-18-00298-2013, Froimovich Hes, Stephanie Noemi con SII Dirección Regional Metropolitana Santiago Oriente, 13 de noviembre de 2013.
- 4^o TRIBUNAL TRIBUTARIO Y ADUANERO, Región Metropolitana (2013d): RIT VD-18-00309-2013, Froimovich Hes, Carolyn Deborah con SII Dirección Regional Metropolitana Santiago Oriente, 26 de noviembre de 2013.
- 4^o TRIBUNAL TRIBUTARIO Y ADUANERO, Región Metropolitana (2013e): RIT VD-18-00290-2013, Froimovich Hes, Jocelyn Helen con SII Dirección Regional Metropolitana Santiago Oriente, 29 de noviembre de 2013.
- 4^o TRIBUNAL TRIBUTARIO Y ADUANERO, Región Metropolitana (2013f): RIT VD-18-00275-2013, Hes Noe, Claire Rose con SII Dirección Regional Metropolitana Santiago Oriente, 2 de diciembre de 2013.

- 4° TRIBUNAL TRIBUTARIO Y ADUANERO, Región Metropolitana (2013g): RIT VD-18-00277-2013, Froimovich Libedinsky, Eduardo Moisés con SII Dirección Regional Metropolitana Santiago Oriente, 3 de diciembre de 2013.
- 1^{er} TRIBUNAL TRIBUTARIO Y ADUANERO, Región Metropolitana (2014a): RIT VD-15-00430-2013, Fabiola Aravena León EIRL con SII Dirección Regional Santiago Centro, 31 de enero de 2014.
- 1^{er} TRIBUNAL TRIBUTARIO Y ADUANERO, Región Metropolitana (2014b): RIT VD-15-00134-2014, José Nelson Arriagada Jiménez Comercial EIRL con SII Dirección Regional Santiago Centro, 1 de julio de 2014
- 2° TRIBUNAL TRIBUTARIO Y ADUANERO, Región Metropolitana (2014a): RIT VD-16-00054-2014, Juan Alejandro Lucar Figueroa con SII Dirección Regional Metropolitana Santiago Norte, 15 mayo de 2014.
- 2° TRIBUNAL TRIBUTARIO Y ADUANERO, Región Metropolitana (2014b): RIT VD-16-00090-2014, Salmones Aysén S.A. con SII Dirección Regional Metropolitana Santiago Norte, 11 de julio de 2014.
- 2° TRIBUNAL TRIBUTARIO Y ADUANERO, Región Metropolitana (2014c): RIT VD-16-00082-2014, Patricio Andrés Valenzuela Gamboa Con SII Dirección Regional Metropolitana Santiago Norte, 11 de julio de 2014.
- 2° TRIBUNAL TRIBUTARIO Y ADUANERO, Región Metropolitana (2014d): RIT VD-16-00087-2014, Transportes Via Tur Ltda. con SII Dirección Regional Metropolitana Santiago Poniente, 1 de agosto de 2014.
- 3^{er} TRIBUNAL TRIBUTARIO Y ADUANERO, Región Metropolitana (2014a): RIT VD-17-00035-2014, Luminosos Acriluz Limitada con SII Dirección Regional Metropolitana Santiago Sur, 26 de mayo de 2014.
- 3^{er} TRIBUNAL TRIBUTARIO Y ADUANERO, Región Metropolitana (2014b): RIT VD-17-00147-2014, Metales Excedentes Industriales y otros M&M LTDA con SII Dirección Regional Metropolitana Santiago Sur, 4 de diciembre de 2014.
- 4° TRIBUNAL TRIBUTARIO Y ADUANERO, Región Metropolitana (2014f): RIT VD-18-00325-2013, Inersa S.A. con SII Dirección Regional Metropolitana Santiago Oriente, 31 de enero de 2014.
- 4° TRIBUNAL TRIBUTARIO Y ADUANERO, Región Metropolitana (2014a): RIT VD-18-00033-2014, Covarrubias Correa, Pelayo con SII Dirección Regional Metropolitana Santiago Oriente, 14 de febrero de 2014.
- 4° TRIBUNAL TRIBUTARIO Y ADUANERO, Región Metropolitana (2014b): RIT VD-18-00566-2013, Aerocontinente Chile S.A. En Quiebra con SII Dirección Regional Metropolitana Santiago Oriente, 20 de febrero de 2014.
- 4° TRIBUNAL TRIBUTARIO Y ADUANERO, Región Metropolitana (2014c): RIT VD-18-00405-2013, Carl Rudolf Schmitz Buckn con SII Dirección Regional Metropolitana Santiago Oriente, 22 de mayo de 2014.
- 4° TRIBUNAL TRIBUTARIO Y ADUANERO , Región Metropolitana (2014d): RIT VD-18-00924-2014, Justiniano Briones Anita y otros con SII Dirección Regional Metropolitana Santiago Oriente, 5 de junio de 2014.

- 4° TRIBUNAL TRIBUTARIO Y ADUANERO, Región Metropolitana (2014e): RIT VD-18-00406-2013, Methanex USA LLS Establecimiento Permanente con SII Dirección Regional Metropolitana Santiago Oriente, 10 de octubre de 2014.
- 1^{er} TRIBUNAL TRIBUTARIO Y ADUANERO, Región Metropolitana (2015): RIT VD-15-00075-2015, Polifusión S.A. con SII Dirección Regional Metropolitana Santiago Norte, 10 octubre de 2015.
- 3^{er} TRIBUNAL TRIBUTARIO Y ADUANERO, Región Metropolitana (2015): RIT VD-31-00031-2015, Carolina Aguayo Paredes con SII Dirección Regional Metropolitana Santiago oriente, 15 de abril de 2015.
- 4° TRIBUNAL TRIBUTARIO Y ADUANERO, Región Metropolitana (2015a): RIT VD-18-00063-2015, Moreira Barros, Iván Alejandro con SII Dirección Nacional, 18 de junio de 2015.
- 4° TRIBUNAL TRIBUTARIO Y ADUANERO, Región Metropolitana (2015b): RIT VD-18-00048-2014, Inmobiliaria Sucre Limitada con SII Dirección Regional Metropolitana Santiago Oriente, 24 de junio de 2015.
- 4° TRIBUNAL TRIBUTARIO Y ADUANERO, Región Metropolitana (2015c): RIT VD-18-00052-2014, Inmobiliaria Sucre Limitada con SII Dirección Regional Metropolitana Santiago Oriente, 24 de julio de 2015.
- 4° TRIBUNAL TRIBUTARIO Y ADUANERO, Región Metropolitana (2015d): RIT VD-18-00047-2015, Vergara Gonzalez con SII Dirección Regional Metropolitana Santiago Sur, 21 de septiembre de 2015.
- 1^{er} Tribunal Tributario y Aduanero, Región Metropolitana (2016): RIT VD-15-00172-2015, Luis Felipe Abbott Matus con SII Dirección Regional Metropolitana Santiago Centro, 29 de febrero de 2016.
- 3^{er} TRIBUNAL TRIBUTARIO Y ADUANERO, Región Metropolitana (2016a): RIT VD-17-00155-2015, Tripode S.A. con SII Dirección Regional Metropolitana Oriente, 7 de enero de 2016.
- 3^{er} TRIBUNAL TRIBUTARIO Y ADUANERO, Región Metropolitana (2016b): RIT VD-17-00030-2015, EF Securitizadora S.A. con SII Dirección Regional Metropolitana Santiago Oriente, 2 de marzo de 2016.
- 3^{er} TRIBUNAL TRIBUTARIO Y ADUANERO, Región Metropolitana (2016c): RIT VD-17-00030-2016, Inmobiliaria y Asesorías Santa Lucía Limitada con SII Dirección Regional Metropolitana Santiago Oriente, 20 de mayo de 2016.
- 3^{er} TRIBUNAL TRIBUTARIO Y ADUANERO, Región Metropolitana (2016d): RIT VD-17-00035-2016, Jorge Ivan Canessa León De La Barra y Otros con SII Dirección Regional Metropolitana Santiago Oriente, 23 de mayo de 2016.
- 3^{er} TRIBUNAL TRIBUTARIO Y ADUANERO, Región Metropolitana (2016e): RIT VD-17-00227-2015, Sociedad Importadora y Exportadora IMEX Ltda. con SII Dirección Regional Metropolitana Oriente, 29 de julio de 2016.
- 3^{er} TRIBUNAL TRIBUTARIO Y ADUANERO, Región Metropolitana (2016f): RIT VD-17-00117-2016, Inmobiliaria y Asesorías Santa Lucía Limitada con SII Dirección Regional Metropolitana Santiago Oriente, 31 de agosto de 2016.

- 4° TRIBUNAL TRIBUTARIO Y ADUANERO, Región Metropolitana (2016a): RIT VD-18-00075-2015, Servicios Informáticos Movix CHILE Limitada con SII Dirección Regional Metropolitana Santiago Oriente, 26 de febrero de 2016.
- 4° TRIBUNAL TRIBUTARIO Y ADUANERO, Región Metropolitana (2016b): RIT VD-18-00064-2015, Recursos Humanos Outsourcing CHILE S.A. con SII Dirección Regional Metropolitana Santiago Oriente, 15 de marzo de 2016.
- 4° TRIBUNAL TRIBUTARIO Y ADUANERO, Región Metropolitana (2016c): RIT VD-18-00018-2016, Calderón Olguín con SII Dirección Regional Metropolitana Santiago Oriente, 9 de mayo de 2016.
- 4° TRIBUNAL TRIBUTARIO Y ADUANERO, Región Metropolitana (2016d): RIT VD-18-00034-2016, Retetra S.A. con SII Dirección Regional Metropolitana Santiago Sur, 30 de mayo de 2016.
- 4° TRIBUNAL TRIBUTARIO Y ADUANERO, Región Metropolitana (2016e): RIT VD-18-00052-2015, Froimovich Hes Stephanie y otra con SII Dirección Regional Metropolitana Santiago Oriente, 23 de septiembre de 2016.
- 4° TRIBUNAL TRIBUTARIO Y ADUANERO, Región Metropolitana (2016f): RIT VD-18-00096-2015, Froimovich Libedinsky, Eduardo con SII Dirección Regional Metropolitana Santiago Oriente, 27 de septiembre de 2016.
- 4° TRIBUNAL TRIBUTARIO Y ADUANERO, Región Metropolitana (2016g): RIT VD-18-00095-2015, Hes Noe, Claire Rose con SII Dirección Regional Metropolitana Santiago Oriente, 29 de septiembre de 2016.
- 4° TRIBUNAL TRIBUTARIO Y ADUANERO, Región Metropolitana (2016h): RIT VD-18-00046-2016, Alimentos y Restaurantes El Limón limitada con SII Dirección Regional Metropolitana Santiago Oriente, 14 de noviembre de 2016.
- 4° TRIBUNAL TRIBUTARIO Y ADUANERO, Región Metropolitana (2016i): RIT VD-18-00038-2016, Fis Card Processing Services S.A. con SII Dirección Regional Metropolitana Santiago Oriente, 18 de noviembre de 2016.
- 4° TRIBUNAL TRIBUTARIO Y ADUANERO, Región Metropolitana (2016j): RIT VD-18-00123-2016, Fis Card Processing Services .A. SII Dirección Regional Metropolitana Santiago Oriente, 21 de diciembre de 2016.
- 3^{er} TRIBUNAL TRIBUTARIO Y ADUANERO, Región Metropolitana (2017): RIT VD-17-00098-2015, Recursos Humanos EST Chile S.A. con SII Dirección Regional Metropolitana Santiago Oriente, 5 de abril de 2017.
- 4° TRIBUNAL TRIBUTARIO Y ADUANERO, Región Metropolitana (2017) RIT VD-18-00053-2017, Sociedad de Inversiones Roani Limitada con SII Dirección Regional Metropolitana Santiago Oriente, 15 de julio de 2017.

OTROS DOCUMENTOS

“Modifica el Código Tributario en lo relativo a los derechos de los contribuyentes”, en *Boletín* N° 138445-05.

Comentarios de jurisprudencia

Derecho Público Iberoamericano
Universidad del Desarrollo
N° 13 | 2018

LA FUNDAMENTACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO EN LA JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES ORDINARIOS DE JUSTICIA

*Eduardo Soto Kloss**

Atendido que el tema que abordamos supone el conocimiento de lo que es un acto administrativo en el Derecho chileno, sus requisitos de existencia, sus elementos y, entre ellos, el de la debida fundamentación, nos parece necesario dar, aunque de forma breve, la *noción* de acto administrativo que hemos elaborado sobre la base de la Constitución –y no sobre textos o doctrina extranjera–¹ y la de *fundamentación* del mismo, desarrollada con amplitud desde antiguo por la Contraloría General de la República.

Tenemos en consideración una *noción* “sustancial” de acto administrativo, esto es, atendiendo a su contenido, ya que se trata de una noción jurídica y, por tanto, que trata de concretar *lo justo* en las relaciones entre la Administración del Estado y los particulares en la función que a aquella le ha sido entregada por la propia Constitución como es promover el bien común con pleno respeto de los derechos de las personas (artículo 1° inciso 4°), y no solo formal, que prescinde de su contenido. De allí que decimos que es

“una ordenación racional emitida unilateralmente por un sujeto dotado de potestades administrativas para satisfacer una necesidad pública concreta y que produce efectos jurídicos directos”².

* Doctor en Derecho, Universidad de París (Panthéon Sorbonne), doctor H. C. Universidad de los Andes. Profesor titular de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Correo electrónico: sotokloss@gmail.com

¹ Como lo ha hecho la ley N° 19880/2003, sobre procedimientos administrativos, artículo 3° incisos 2° y 6°, tomados de la doctrina italiana de la mitad del siglo pasado, *v.gr.* Guido ZANOBINI, cuya quinta edición de su *Corso di diritto amministrativo*, iniciado en 1949, fue traducida al castellano en su tomo 1°, por Editorial Arayú el año 1954. En el capítulo VII trata de “Los actos administrativos”, y su definición, formal, en pp. 310-313.

² Hemos planteado esta noción sustancial, derivada de la propia Constitución, ya en 1995, y publicada en Juan Pablo CASSAGNE (coord.), *Libro homenaje al profesor Miguel S. Mareinhoff*, pp. 723-733, ampliada en Eduardo SOTO KLOSS, *Derecho Administrativo. Temas fundamentales*, pp. 281-291.

Respecto a la noción de “fundamentación”, este elemento esencial del acto administrativo no es sino “la justificación normativa, fáctica y racional de la decisión que la autoridad administrativa adopta para satisfacer una necesidad pública concreta”, es decir, es la expresión escrita en el documento en que se traduce esa decisión administrativa (por lo general, decreto o resolución, pero también cualquiera sea otra) de la justificación de adoptarla, hechos, derecho y raciocinio seguido para ello³.

Dicho esto, analicemos este tema respecto de lo que han expresado los tribunales ordinarios de justicia sobre la fundamentación referida.

La jurisprudencia de los tribunales ordinarios de justicia, es decir, de la Corte Suprema a partir de la vigencia y aplicación de la ley N° 19880, sobre procedimientos administrativos, ha sido en especial homogénea en el aspecto de exigir para la validez de los actos administrativos la debida fundamentación y la expresión formal de ella en el texto mismo del decreto o resolución de que se trate.

Cierto es, sin embargo, que con ocasión de la aplicación del llamado “recurso de protección”, a partir de abril de 1977, una vez dictado el auto acordado por la Corte Suprema, como disponía al efecto el artículo 2° del Acta Constitucional N° 3⁴, el tema de la validez de los actos administrativos y de su debida fundamentación, discurrió por el cauce de la denominada “arbitrariedad” en que podía incurrir la autoridad administrativa al emitir un acto, “arbitrariedad” que según el artículo 20 inciso 1° de la Constitución, permite la interposición del amparo aludido, en la medida que afecte el ejercicio legítimo de un derecho de los protegidos por dicha disposición en cuanto lo amenaza, perturba o de plano, lo desconozca o prive.

Dentro de este ámbito procesal de amparo, es de particular interés citar, ya al comienzo de la aplicación de esta acción de protección de los derechos fundamentales, y entre otros, dos casos relevantes: “Meza Allende c/Jefe de Zona en Estado de Emergencia”⁵ y “Rosas Díaz c/director de la Policía de Investigaciones de Chile”⁶.

El caso “Meza Allende” concierne a una negativa del jefe de la zona en estado de emergencia para realizar una reunión en un teatro de la capital (teatro Cariola, en específico) cuyo fin era homenajear al presidente Salvador Allende. Como de continuo, esas reuniones terminaban en graves

³ Hemos desarrollado este tema en Eduardo SOTO KLOSS, “La fundamentación del acto administrativo, doctrina y jurisprudencia en el ordenamiento jurídico chileno” (en prensa).

⁴ DL N° 1.573, de 13 de septiembre de 1976).

⁵ Corte Suprema, sentencia del 2 de agosto de 1984, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 81, Santiago, 1984, pp. 113-120.

⁶ Corte Suprema, sentencia del 16 de mayo de 1991, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* tomo 88, Santiago, 1991, pp. 123-134, con comentario nuestro.

alteraciones al orden público, no fue autorizada; recurrida dicha negativa fue reiterada sin que se diera razón alguna de ella; deducido el amparo de protección fue rechazado por la Corte de Apelaciones de Santiago, con el voto en contra del ministro Carlos Cerda Fernández, que sostenía que un acto de la autoridad no fundamentado en razones “merece ser calificada de arbitraria” (considerando 5° del fallo), voto disidente que acogió la Corte Suprema, la cual en un solo y escueto considerando resuelve revocar y acoger la protección en razón “de que el funcionario recurrido no dio razón legal valedera para impedir la celebración del acto de que se trata” lo que transforma su acto en “arbitrario”⁷.

Clarísima la Corte Suprema al respecto: un acto administrativo, aún si se trata de uno emitido por la propia autoridad castrense en zona en estado de emergencia, debe ser fundado, esto es, justificado en razones porque de lo contrario es arbitrario y, por tanto, contrario a Derecho.

“Rosas Díaz y otros”, el caso de los diecisiete detectives exonerados (título que semeja el de un cuento policial) se refiere a que por decisión presidencial (Patricio Aylwin Azócar) fueron alejados de la Policía de Investigaciones en virtud de una atribución con pretensión discrecional, pero sin que se diera razón alguna, de cumplida comprobación, para dictar tal acto. La Corte de Apelaciones rechaza la protección interpuesta, fallo que es revocado *in integrum* (salvo la parte expositiva) por la Corte Suprema que lo acoge y que, de modo ejemplar, sus considerandos 6° y 7° establecen con meridiana claridad una *jurisprudencia que permanece inalterable hasta el día de hoy* y que merece citarse textual:

“6°... aparece de manifiesto que, tanto en los oficios del director recurrido [de la Policía de Investigaciones] como en los decretos supremos que les siguieron, la causa única de los llamados a retiro no sería otra que la facultad discrecional concedida al jefe de Estado, y que dicha facultad, a mayor abundamiento, tendría la dimensión superlativa de relevar a la autoridad de la expresión de la causa real o efectiva consistente en hechos, actos o conductas del sancionado”.

Y

“7°. Que a falta de motivación que sostenga la decisión administrativa, su único apoyo radicaría exclusivamente en la sola voluntad del funcionario que adopta dicha decisión, apoyo que, como es obvio, resulta insuficiente en un estado de Derecho en el que no hay margen –por principio– para

⁷ Ministros José María Eyzaguirre, Israel Bórquez, Ramírez, del Canto y abogado integrante Enrique Urrutia Manzano.

el poder puramente personal. *Lo no motivado es ya, por este solo hecho, arbitrario*" (cursivas nuestras).

Este caso, que es del todo ejemplar, sostiene con franqueza y sin remilgos que hasta en el ejercicio de una atribución en que la ley da un margen de apreciación a la autoridad para actuar, debe esta expresar con la debida forma los hechos y las razones que la han conducido a adoptar una determinada decisión, porque *en un Estado de Derecho no hay cabida alguna para un poder puramente personal* y es que *lo no motivado es por este solo hecho arbitrario* y, por consiguiente, *inconstitucional*⁸.

A fin de no alargar sin necesidad estas líneas, nos referimos a la jurisprudencia de este último lustro de la Corte Suprema, relacionada con este aspecto de la obligación jurídica que tiene la autoridad administrativa de fundamentar sus decisiones, para que sean válidas.

"Herrera Jiménez c/Comisión de Libertad Condicional"⁹, sostiene:

"el acto administrativo debe contener los fundamentos en que se sustenta con el fin de legitimar la decisión de la autoridad, razones que no pueden ser meramente formales toda vez que caerían dentro de la categoría de arbitrarios y, por lo tanto, ilegales" (cursivas nuestras).

Es por ello que si el acto aparece desmotivado o con razones justificativas vagas, imprecisas y que no se avienen al caso concreto, se debe concluir que el acto carece de uno de sus elementos esenciales (considerando 2°).

Aquí, la Corte Suprema reitera la exigencia de la fundamentación de los actos administrativos con el fin de "legitimar la decisión adoptada por la autoridad", fundamentación que *es un elemento esencial* de ellos y que *requiere que se expresen las razones de manera clara, basados en actos hechos o conductas comprobadas debidamente, y no justificaciones vagas o imprecisas*.

Aunque se trata de un fallo de una Corte de Apelaciones (Concepción) que acoge una protección deducida, resulta de interés por tratarse de un tema muy técnico, como es el diagnóstico médico respecto de un paciente, "Junge Soto c/Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez (Compín) Provincial de Concepción"¹⁰, en el cual el tribunal establece con precisión:

⁸ Constitución Política de Chile de 1980, artículo 20 inciso 1° en relación con el 19 N° 2, inciso 2° en particular.

⁹ CORTE SUPREMA, sentencia del 2 de diciembre de 2014, rol 27.467-2014.

¹⁰ CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, sentencia del 25 de junio de 2014, rol 2148-2014.

“si bien el rechazo de la licencia [médica] fue realizada por la autoridad que señala la ley e indica una causa específica –el supuesto reposo no justificado por peritaje– *no se aportan por el órgano de la Administración recurrida, las razones que justifican fácticamente tal parecer, menos aún aporta los antecedentes objetivos en que se sustenta y que sean idóneos para refutar el diagnóstico del médico tratante especialista*” (cursivas nuestras).

Y de la Corte de Apelaciones de Temuco se puede mencionar *Silva Díaz c/Servicio de Vivienda y Urbanismo Temuco*¹¹ protección acogida que recae en un tema que ha tenido abundante jurisprudencia, como es el término de las llamadas “contratas” de los funcionarios públicos, cuando en sus designaciones se incluye la cláusula “mientras sean necesarios sus servicios”. El fallo señala que dado que la ley N° 19880, sobre procedimientos administrativos, dispone la exigencia de fundamentar las decisiones que emita la autoridad, en sus artículos 11, 16 y 41,

“cabe colegir que [en ellas] es un requisito sustancial la expresión del motivo o fundamento, pues la emisión está vinculada a una exigencia que ha sido puesta como condición de mínima racionalidad”,

y sobre todo cuando se afectan derechos de las personas.

“*Aes Gener S.A. c/Municipalidad de Tocopilla*”¹², reclamo de ilegalidad municipal acogido, deducido ante cobro de derechos municipales que no se basan en la realidad actual sino en antecedentes de años anteriores –hoy inexistentes– muestra la suprema jurisdicción una clarísima percepción del tema de la fundamentación de los actos administrativos como exigencia esencial de su validez. Dice el considerando 8° de la sentencia de casación (redacción ministro Manuel Valderrama):

“La causa o motivación es un elemento del acto administrativo que puede ser entendido como *la razón que justifica su dictación por la Administración del Estado*, en la que se encuentran elementos fácticos y de derecho. *Debe expresarse en el acto* y ello deriva precisamente de que el actuar de la misma *debe ser razonable, proporcionado y legalmente habilitado* a fin de posibilitar su comprensión frente a los destinatarios y evitar ser tachada de arbitraria, puesto *que la inexistencia o error en los motivos de hecho determina la existencia de un vicio de abuso o exceso de poder*” (cursivas nuestras).

¹¹ 20 de junio de 2014, rol 195-2014.

¹² CORTE SUPREMA, sentencia del 21 de septiembre de 2017, rol 7025-2017, en *Gaceta Jurídica*, N° 447, Santiago, septiembre 2017, pp. 23-33.

Y se agrega que las determinaciones que pronuncia la autoridad administrativa

“deben ser debidamente fundadas, es decir, el acto administrativo que surja debe encontrarse motivado en consideraciones que no dejen duda alguna sobre la procedencia de la decisión adoptada en razón del interés público involucrado”¹³.

Continúa la enseñanza de este fallo diciendo:

“La fundamentación del acto administrativo no solo debe existir sino que también debe ser adecuada a la finalidad que se persigue con su dictación”¹⁴.

Y concluye el punto:

“tratándose de un acto que afecta a los derechos de los particulares, se encuentra obligada la autoridad administrativa a proveerse de antecedentes actualizados al momento de calcular el cobro de derechos puesto que debe ajustarse a la realidad del administrado, en tanto trae consigo una afectación a su patrimonio”¹⁵.

En “Pérez Aguilar y otra c/Servicio de Salud de Antofagasta”¹⁶, casación de oficio, indemnización de perjuicios/responsabilidad del Estado, la Corte recuerda los requisitos que debe contener una sentencia –lo que es por completo aplicable aquí a los actos administrativos, en especial cuando estos afectan los derechos de las personas– que deben expresarse

“las consideraciones de hecho que les sirven de fundamento, estableciendo con precisión aquellos sobre los que versa la cuestión (...) con distinción entre los que han sido aceptados o reconocidos por las partes y los que han sido objeto de discusión”¹⁷,

agregándose que debe expresarse también los fundamentos que sirven para estimarlos comprobados y la apreciación correspondiente de la prueba de ellos, y al consignarlos debe hacerlo con el orden lógico que el encadenamiento de las proposiciones requiera (ídem). De interés es su

¹³ Considerando 10 fallo citado, cursivas nuestras.

¹⁴ Considerando 12 fallo citado, cursivas nuestras.

¹⁵ Considerando 13 fallo citado.

¹⁶ CORTE SUPREMA, sentencia del 26 de diciembre de 2017, rol 11.526-2017.

¹⁷ Considerando 5°.

considerando 7° que se refiere a la *consideración que debe hacer la autoridad respecto de todos los hechos que concurren debiendo ponderarlos y valorarlos de modo racional y pormenorizado* y es que “considerar implica la idea de reflexionar detenidamente” sobre ello y analizarlo en su totalidad y no contentarse con una expresión en términos generales.

En el presente año 2018 y mediante la acción constitucional de *habeas corpus* (artículo 21), encontramos dos casos en los cuales la Corte Suprema ha revocado dos fallos de la Corte de Apelaciones de Santiago que la denegaba, y las ha acogido en efecto, debido a los vicios en la “fundamentación” de los actos administrativos que afectaban el derecho a residir en nuestro país, a dos extranjeros.

En “Aiman Eskandar Abdullah”¹⁸, ciudadano yemení, la autoridad administrativa del Ministerio de Relaciones Exteriores/Ministro Consejero de Política Consular, había otorgado al amparado una visa de residencia temporal por 164 días, pero aduciendo que no se había acompañado la documentación original requerida, le fue denegada en definitiva. El tribunal *a quo* entendió conforme a Derecho la decisión administrativa recurrida, sin embargo, la Corte Suprema estimó la denegatoria “del todo injustificada” (considerando 3°), puesto que la autoridad administrativa poseía la información al tiempo del ingreso temporal del recurrente. Ello le hace decir:

“la visación es una facultad que se ejerce en forma discrecional por la competente autoridad administrativa, sin embargo dicho ejercicio no queda exento de superar un estándar de *razonabilidad* a la luz del derecho que tiene cualquier persona, independiente de su nacionalidad, de ingresar y permanecer en el territorio nacional sujetándose a las reglas y procedimientos legales que existan al efecto” (cursivas nuestras).

Y agrega de modo muy certero en su considerando 4°:

“Que resulta conveniente resaltar que las atribuciones que detentan los órganos de la Administración del Estado son conferidas por la ley en función directa de la finalidad u objeto de servicio público de que se trate. El ejercicio legítimo de estas atribuciones exige, además, del respeto de los derechos de las personas, *una necesaria razonabilidad en la decisión de la autoridad* –que según lo ya expresado– en este caso no se advierte” (cursivas nuestras).

¹⁸ CORTE SUPREMA, Segunda Sala, sentencia del 26 de abril de 2018, rol 7500-2018, revoca fallo de la CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, sentencia del 19 de abril de 2018, rol 427-2018.

El fallo supremo deja sin efecto el acto denegatorio recurrido y ordena a la autoridad que emita la autorización correspondiente.

El segundo caso es “Kashib Nawab”¹⁹, ciudadano pakistaní, a quien la visa le fue denegada por la autoridad consular “en razón de conveniencia o utilidad nacionales” (considerando 1°). Ello fue considerado por la Corte Suprema como una “fundamentación injustificada” por cuanto no logra motivar la decisión adoptada, toda vez que se centra en razones de conveniencia o utilidad nacionales sin especificar las circunstancias fácticas en que se funda, por lo que las conclusiones de la autoridad administrativa en nada ilustran para sostener la inconveniencia de permitir el ingreso al país en forma transitoria a un individuo (considerando 3°). Se agrega, en su considerando 4°, el mismo texto ya transcrito en fallo recién citado. En tal virtud, se deja igualmente sin efecto el acto denegatorio y se ordena a la autoridad recurrida dictar los actos necesarios para llevar a cabo dicha autorización.

En protección, puede citarse “Cruz Zamora c/ Municipalidad de Pedro Aguirre Cerda”²⁰ asunto que versara sobre término anticipado de contrata del recurrente, quien estimaba que ello era contrario a Derecho por afectar sus derechos fundamentales de igualdad ante la ley, de integridad psíquica, a la honra y al derecho de propiedad.

La razón que daba base para tal término anticipado, según la municipalidad recurrida, era el déficit presupuestario que tenía, explicando el origen de ello. La Corte Suprema recuerda que, en el caso concreto, recibe aplicación la ley N° 19880, artículo 16, que exige la “debida fundamentación”, consistente en motivar de forma explícita, en el mismo acto administrativo, la decisión, los hechos y los fundamentos de derecho que afectan a las personas (citando al efecto fallo anterior rol 11.471-2013). En referencia a la ya conocida frase “mientras sean necesarios sus servicios”, advierte el tribunal (considerando 5°) que “no se comprende con aquel que se esgrime y consta en la resolución del nombramiento del recurrente” desde que se dice que es por motivos presupuestarios, lo que lleva a la conclusión que *la fundamentación no es congruente*, vicio de ilegalidad que afecta a dicho pronunciamiento y que afecta las garantías constitucionales denunciadas como infringidas y que autorizan a acoger el recurso.

¹⁹ CORTE SUPREMA, Segunda Sala, sentencia rol 7501-2018, revoca sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, 18 de abril de 2018, rol 462-2018.

²⁰ CORTE SUPREMA, Tercera Sala, sentencia del 26 de marzo de 2018, rol 43.400-2018, revoca sentencia apelada que la deniega, de 7 de noviembre de 2016.

Su considerando 6° expresa un punto que es de principio:

“[que] la existencia de los motivos esgrimidos en el acto es un requisito exigido por la ley a todo acto administrativo que afecte derechos de los particulares”.

De allí que, declarada la ilegalidad y arbitrariedad del acto administrativo impugnado (que contiene una “diferencia arbitraria” en perjuicio del recurrente, artículo 19 N° 2 de la Constitución), la Corte Suprema acoge la pretensión protectoria, deja sin efecto el acto administrativo contrario a Derecho y ordena a la autoridad municipal pagar al actor las remuneraciones devengadas desde la fecha de su separación de las funciones que desempeñaba a contrata hasta el 31 de diciembre de 2017 (fecha de término de su nombramiento).

Otra protección digna de interés es “Marchant Pereira c/ Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez Subcomisión Aconcagua (Compin) y Superintendencia de Seguridad Social”²¹ cuyo asunto se refiere al rechazo de licencias médicas en razón de que, según dicha Comisión, el informe médico que las respalda no permite establecer una incapacidad laboral más allá del periodo de reposo ya autorizado. El fallo supremo –junto con hacer presente que la decisión recurrida no se ajustó a la normativa legal que en tales casos permite solicitar nuevos exámenes o someter a la paciente a una nueva evaluación, etc., (considerando 8°)– hace presente que *no se ha explicitado las razones que motivaron su decisión denegatoria*, puesto que al no disponer nuevos exámenes *ha dejado la solución entregada a la simple discreción de las respectivas autoridades recurridas*, y su consecuencia de denegar el pago de las licencias respectivas con grave detrimento del derecho de la recurrente (considerando 9°). Hace presente la Corte, al acoger la pretensión deducida, que es preciso exigir un mínimo de diligencia a la autoridad en quien pesa el actuar de oficio y el respeto de los principios de no discriminación en su actuar, con objetividad y exhaustividad (considerando 10°). Y es que “resulta del todo arbitrario” rechazar un permiso médico concedido por un facultativo sin que exista ningún antecedente adicional proporcionado por las autoridades recurridas para la debida ponderación de los antecedentes, que justifique el rechazo aludido (considerando 11°). Por ello, la Corte Suprema revoca la sentencia apelada de 15 de diciembre de 2017 y acoge la protección interpuesta por la recurrente razón por la cual, deja sin efecto las recurridas resoluciones

²¹ CORTE SUPREMA, Tercera Sala, sentencia del 10 de mayo de 2018, rol 841-2018, fallo unánime.

que confirman el rechazo de las licencias médicas impugnadas y dicta en su lugar los actos administrativos correspondientes, a efecto de autorizar y disponer el pago de las licencias médicas que se indican.

En “Arellano Chamorro c/Municipalidad de Hualpén”²², una profesora de educación básica de un colegio municipal de dicha comuna, deduce protección por la no renovación de su nombramiento como docente a contrata, función que como titular desempeñara desde 1992, y que sin perder la calidad de titular pasara a desempeñar por un tiempo funciones a contrata como orientadora y luego encargada de la convivencia escolar, hasta que en febrero del presente año se le notifica dicha no renovación de su contrata, desconociéndosele, además, su titularidad referida. El tribunal *a quo*, señala con acierto que la titularidad le fue reconocida expresamente por acto administrativo (decreto alcaldicio) y “*constituye un derecho adquirido para la actora que no puede ser desconocido*” como lo ha hecho la recurrida (cursivas nuestras). Además, establece que no se señala por la municipalidad ninguna de las causales de pérdida del cargo que, con precisión, se señala en el Estatuto Administrativo y que “justifique” la decisión adoptada, situación que debía ser probada por quien la adopta, lo que no ha ocurrido en el caso. Es en tal virtud que la Corte acoge la protección intentada desde que el acto municipal resulta arbitrario e ilegal; lo primero, *por carecer de fundamento* y, lo segundo, por vulnerar la ley, lo que atenta en contra *del derecho de propiedad de la actora que le asiste respecto del cargo docente de titular que le ha sido reconocido por la propia autoridad municipal* (cursivas nuestras). La recurrida es condenada en costas. Como medida de protección, el tribunal ordena la restitución de sus funciones a la actora como titular según su decreto de nombramiento.

Un caso reciente de interés es “NN c/Colegio Alemán de Puerto Varas”²³. Si bien se trata de un caso entre particulares, nos muestra una aplicación de la ley N° 20609, sobre discriminación arbitraria, deducida por los padres de un niño Down, en razón de que el colegio que lo había recibido en curso de kinder –en una propuesta experimental transitoria de la institución para estos niños– les había comunicado que no estaba en condiciones de promoverlo a primer año básico, dado que en este grado no tenían previsto un tipo de enseñanza especial, lo que estaba en conocimiento de los padres, y el alumno no estaba en condiciones para este primer año. Tanto el tribunal de primera instancia como la Corte de

²² CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN, sentencia del 13 de abril de 2018, que acoge la pretensión deducida, confirmada por unanimidad con un escueto “Se confirma”, por la CORTE SUPREMA, Tercera Sala, sentencia del 31 de mayo de 2018, rol 8185-2018.

²³ CORTE SUPREMA Cuarta Sala, sentencia del 21 de junio de 2018, rol 38.521-2017.

Apelaciones de Puerto Montt rechazaron la demanda (aquel por extemporáneo, esta revocó tal rechazo por entender que no era extemporáneo, pero, de todas formas, desechó la demanda por razones de fondo). La Corte Suprema –con dos votos en contra– acogió la demanda por estimar que *la negativa de la demandada no permite calificarla como “razonable y, por tanto, justificada”* (los votos en contra/cuatro páginas, abundan en razones para estimarla debidamente justificada esa negativa).

En “Santos Venegas c/Universidad de Chile, Facultad de Medicina”²⁴, una estudiante de Medicina recurre de protección a raíz de la medida de suspensión, por tres semestres, de actividades académicas y anotación en su hoja de vida, luego de un procedimiento disciplinario (sumario administrativo) en el cual se comprobaba que había fotografiado una prueba de Bioquímica y difundido entre los alumnos del ramo. La Corte estimó que la sanción resultaba *desproporcionada* porque ocurría que la afectada era sancionada en circunstancias que el resto de los alumnos que se había aprovechado del texto fotografiado y difundido y no había denunciado el ilícito, no había sido investigado. El tribunal señala que esa sanción resulta desprovista de correspondencia con la actitud de los estudiantes en su conjunto, la cual debe estar sujeta tanto a una motivación adecuada como a la proporcionalidad y racionalidad debida, principios orientadores de todo acto sancionador. Acogiéndose la protección deducida se deja sin efecto la sanción de suspensión ordenándose, asimismo, “la restitución de los derechos becarios que la recurrente dejó de percibir mientras la alumna fue suspendida”, pero manteniéndose la sanción de anotación en su hoja de vida, la que sí aparece proporcionada, por lo cual en este punto se rechaza la protección. Se hace presente que hubo un voto en contra del abogado integrante Antonio Barra R., quien estuvo por confirmar el fallo recurrido de la Corte de Apelaciones de Santiago (19 de abril de 2018), que había desechado la protección deducida en cuanto a la sanción de suspensión, pero sí acogido en cuanto a dejar sin efecto la anotación en la hoja de vida de la recurrente.

Como se advierte, la carencia de fundamentación de un acto administrativo lo convierte *ipso iure* en arbitrario, carente de razonabilidad e ilegal desde que la ley exige como requisito esencial esa fundamentación²⁵.

De todo lo expuesto, se concluye muy claramente que, en el ordenamiento chileno, los actos administrativos que emiten las autoridades de la Administración del Estado deben ser “fundamentados”, esto es, “justificados”, y “justificar” significa probar algo con razones, y razones que

²⁴ CORTE SUPREMA, Tercera Sala, sentencia del 9 de julio de 2018, rol 8531-2018.

²⁵ *V.gr.* artículos 11, 16 y 41 de la ley N° 19880.

han de ser coherentes tanto desde el punto de vista lógico como también, desde el punto de vista fáctico y de su finalidad; y de acuerdo y conforme con medios idóneos, proporcionados, que se adecúen a ese fin, que es el que el Derecho ha previsto según la Constitución, que se ordena al bien común, o sea, el bien de las personas y de toda persona, como miembro de la comunidad política, tanto en su aspecto espiritual como material, como lo dispone su artículo 1° inciso 4°.

Bibliografía

- CASSAGNE, Juan Carlos (coord.), *Libro homenaje al profesor Miguel S. Mareinhoff*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998.
- SOTO KLOSS, Eduardo, *Derecho Administrativo. Temas fundamentales*, 3ª ed., Santiago, Legal Publishing-Thomson Reuters, 2012.
- SOTO KLOSS, Eduardo, “La fundamentación del acto administrativo, doctrina y jurisprudencia en el ordenamiento jurídico chileno”, en *Ius Publicum*, N° 41, Santiago, septiembre 2018.
- ZANOBINI, Guido, *Corso di diritto amministrativo*, 5ª ed., Milano, Giuffrè, 1949.
- ZANOBINI, Guido, *Curso de derecho administrativo*, Buenos Aires, Arayú, 1954.

Recensiones

Derecho Público Iberoamericano
Universidad del Desarrollo
N° 13 | 2018

MIGUEL AYUSO, *LA HISPANIDAD COMO PROBLEMA. HISTORIA, CULTURA Y POLÍTICA*, MADRID, CONSEJO DE ESTUDIOS HISPÁNICOS FELIPE II, 2018, ISBN 978-84-948041-1-3.

Julio Alvear Téllez

El Consejo de Estudios Hispánicos Felipe II, en su colección De Regno, ha publicado recientemente el libro *La hispanidad como problema*, del jurista español Miguel Ayuso.

Con el presente, el autor suma más de una veintena de libros en las áreas de la Filosofía Política, el Derecho Constitucional, la Teoría del Derecho y la Filosofía Jurídica.

La hispanidad como problema es una obra que mira hacia el pasado, el presente y el futuro. Hacia el pasado, porque recuerda lo que fueron las Españas durante la Reconquista, la civilización americana y el Antiguo Régimen. Frente al protestantismo, la hispanidad representó una obra política notable en los siglos cristianos: la *christianitas minor*. Una obra que culturalmente decanta en el Barroco.

Pero la cultura hispánica también habla al presente. Consumada la obra de la Revolución, convoca el *ethos* cristiano y popular, donde pervive y se proyecta en espíritu esa *christianitas minor*. Y hacia el futuro, porque dicho concepto, en todas sus vetas sociales, culturales y políticas, representa la contraglobalización.

El libro se divide en cinco capítulos, en una cuidada edición. A lo largo de las páginas se revela una escritura límpida, una redacción pulcra, un lenguaje directo que habla a la inteligencia y al corazón. Por momentos, el autor nos invita a mirar la grandeza de la hispanidad. Diríase que la dibuja con las palabras. Porque los hechos presentes no portan las glorias del pasado. Porque ese pasado ha sido voluntariamente silenciado o traicionado. Entonces, parece decirnos el autor, al menos con las palabras 'toquemos' y 'evoquemos' lo que fue y lo que es la hispanidad. Son páginas inspiradas que, en ocasiones, nos recuerdan a nuestro Jaime Eyzaguirre.

El capítulo primero lleva como título “La hispanidad de hoy: de la historia a la prospectiva”. En él, se estudia el hispanismo en sus dos dimensiones esenciales, que algunos han querido olvidar: la religiosa y la política. A través de las páginas de esta sección se exhibe la “tensión insuperable y magnífica” (p. 17), dice el autor, entre el *corpus politicum* y el *corpus mysticum*, que encuentra feliz solución en la unidad católica hispana. Solución que en los días de hoy se convierte en fórmula de esperanza ante la disgregación democratista de los días que corren.

El capítulo segundo se denomina “Hispanidad, ¿como Europa o contra Europa?”. Contiene originales reflexiones sobre la ejecutoria antieuropea de la hispanidad y la tentación opuesta, a saber, la invitación a diluirse en la Europa laica, puramente tecnocrática y economicista. Tentación-invitación que fue aceptada oficialmente por España con la Constitución de 1978.

El tercer capítulo se titula “Maeztu y Morente, convergentes en la hispanidad”. Figuras malditas para la “intelligentsia democrática” (p. 51), según apunta el autor, se trata de los dos grandes intelectuales que mostraron la encrucijada de la cultura hispánica, para los tiempos convulsos del siglo xx.

El capítulo cuarto lleva una designación evocadora: “La hispanidad: fe sobrenatural y recta filosofía. Un caso ejemplar”. A propósito de la conversión de Manuel García Morente y las tensiones que hubo de resolver, se analiza la “filosofía de la historia” de dicha hispanidad formulada por este filósofo.

El quinto capítulo se titula “Hispanidad y Res Publica Christiana”. Se trata de lo que podríamos considerar una brevísima compilación de la historia política de España en los dos últimos siglos. Una historia vista al revés, si se le compara con la historiografía mendaz del liberalismo. En este contexto, emerge el carlismo como lo más singular y perentorio de la fidelidad multiseccular a la hispanidad.

Invitamos a leer esta obra, cuyas conclusiones son provocadoras.

Siglas y abreviaturas

Derecho Público Iberoamericano
Universidad del Desarrollo
N° 13 | 2018

SIGLAS Y ABREVIATURAS

AA.VV	autores varios
<i>al.</i>	<i>alis</i> (otros)
art.	artículo
arts.	artículos
<i>c/</i>	con
cap.	capítulo
CEPJF	<i>Código de Ética</i> del Poder Judicial de la Federación
Cf.	confróntese
<i>col.</i>	<i>colonne</i>
Compin	Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez
cons. <i>a veces</i>	consid. considerando
coord.	coordinador
Coords.	coordinadores
CPR	Constitución Política de la República
dir.	director
DL	Decreto ley
Dr.	Doctor
ed.	edición, <i>a veces</i> editor
EE.UU.	Estados Unidos
etc.	etcétera
FCE	Fondo de Cultura Económica
<i>H.C.</i>	<i>Honoris Causa</i>
IADH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i> (allí, en ese mismo lugar)
<i>i.e.</i>	<i>id est</i> (esto es)

IEDF	Instituto Electoral del Distrito Federal
IFE	Instituto Federal Electoral
IPPF	International Planned Parenthood Federation
IVA	Impuesto del Valor Agregado
Ltda.	limitada
N°	número
N.A.A.C.P	National Association for the Advancement of Colored People (Asociación Nacional para el Progreso de las Personas de Color)
ONU	Organización de Naciones Unidas
<i>op. cit.</i>	<i>opus citatis</i> (obra citada)
p.	página
PNUD	Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo
pp.	páginas
RAE	Real Academia Española
RIT	Rol Interno del Tribunal.
s.	siguiente
S.A.	Sociedad Anónima
SCJN	Suprema Corte de Justicia de la Nación
SE	Su Excelencia
SII	Servicio de Impuestos Internos
SNA	Servicio Nacional de Aduanas
s/p	sin páginas
ss.	siguientes
TTA	Tribunales Tributarios y Aduaneros
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TEPJF	Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación
UNAM	Universidad Nacional Autónoma de México
UNESCO	Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura
UNSTA	Universidad del Norte Santo Tomás de Aquino

U.P.	University Press
USA	United State of America
USD	dólares estadounidenses
<i>v.gr.</i>	<i>verbi gratia</i> (por ejemplo)
<i>v a veces</i>	vs. versus
vol	volumen
VV.AA.	varios autores

Instrucciones para los autores

Derecho Público Iberoamericano

Universidad del Desarrollo

N° 13 | 2018

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

Derecho Público Iberoamericano es una revista semestral del Centro de Justicia Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo. Se publica los meses de abril y octubre de cada año.

Se propone analizar el derecho público contemporáneo desde una perspectiva problemática, levantando dudas donde hay consensos artificiosos, aportando certezas donde abundan los disensos permanentes, con la convicción de que los principios primarios de toda investigación en este ámbito son los derechos fundamentales de la persona humana y la promoción del bien común. En tal tarea, buscamos vincular a la comunidad científica nacional y extranjera promoviendo con especial empeño el análisis de las dificultades que afronta el derecho iberoamericano, sin merma de la pluralidad y del interés universal que corresponde a toda publicación científica.

Para alcanzar tales objetivos, *Derecho Público Iberoamericano* promueve, cultiva y difunde el estudio del derecho público desde las diversas aproximaciones científicas: dogmática constitucional, derecho internacional de los derechos humanos, teoría constitucional, filosofía jurídica y política, sociología jurídica, historia del derecho y otras disciplinas concurrentes.

La revista cuenta con cuatro secciones permanentes: “estudios”, “ensayos”, “comentarios de jurisprudencia” y “recensiones”.

1. Materias de interés

1. Derechos fundamentales. 2. Justicia constitucional. 3. Organización política. 4. Derecho Administrativo. 5. Regulación económica. Otras disciplinas concurrentes: Derecho Tributario, Derecho Económico, Derecho Ambiental, Derecho Eléctrico, Derecho de Aguas, etcétera.

2. Perspectivas de interés

1. Dogmática jurídica. 2. Teoría del Derecho. 3. Evaluación práctica. 4. Análisis jurisprudencial. 5. Sociología jurídica. 6. Historia del Derecho. 7. Filosofía jurídica y política. 8. Otras ópticas concurrentes.

3. Tipos de colaboración

1. Artículos de doctrina. 2. Monografías. 3. Ensayos. 4. Comentario de jurisprudencia. 5. Comentario de problemas jurídicos. 6. Recensiones o reseñas bibliográficas.

4. Normas para la redacción de los trabajos

1. Los trabajos deben ser inéditos y originales. Serán escritos en español, salvo que la filiación académica del autor sea diversa, en cuyo caso el manuscrito se publicará en el idioma correspondiente. No se considerarán originales las traducciones al español de artículos ya publicados en otro idioma.
2. Los estudios o artículos científicos deberán ir encabezados con un título en español e inglés, un resumen en español e inglés de no más de ciento cincuenta palabras, y de entre tres y cinco palabras claves, en ambos idiomas. Este recurso es obligatorio tratándose de estudios y ensayos.
3. El nombre del autor se indicará bajo el título. A pie de página se mencionarán el título profesional, los grados académicos y la universidad o institución a la que pertenece y correo electrónico. En casos de tener varios grados académicos, se indicará el más alto.
4. Los manuscritos deben ser redactados en tipografía Times New Roman, tamaño 12 con interlineado de 1,5 para el texto y 10 para las notas con interlineado de 1,15, en hoja tamaño carta. La extensión, incluyendo citas, tablas y gráficos, debe oscilar entre las siete mil y diez mil palabras como máximo.

5. Referencias bibliográficas

1. Las referencias bibliográficas a pie de página serán abreviadas, con la finalidad de no abultar en demasía el texto. Se indican sólo

tres elementos: autor –nombre y apellidos (EN VERSALES)–, título de la obra (*cursiva* si es libro, y “entre comillas” si es artículo), y página citada.

Ejemplo: Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, *El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo*, p. 46.

2. Las referencias jurisprudenciales se indicarán del modo que sigue: Tribunal/ (año de dictación); Rol/, considerando o párrafo citado.

Si la identidad de las partes es relevante para la identificación de la sentencia, podrá también ser agregada, a continuación de la identificación del tribunal y antes del año de dictación.

Tratándose de tribunales extranjeros o internacionales, la referencia a pie de página podrá hacerse de acuerdo al uso oficial o común de cada tribunal reconocido en la comunidad científica, como es el caso, por ejemplo, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos o del Tribunal Constitucional español.

3. La referencia completa de las obras citadas se hará al final del trabajo bajo el título Bibliografía.

Si se trata de un *libro*, se sigue el siguiente orden: AUTOR (ES), sea institución o persona (nombre en letra redonda, apellidos en VERSALES), *Título de la publicación (en cursiva)* / (Edición, si no es la primera, Lugar de publicación, Editorial, Año de publicación, vol. o vols. –sin indicar el número de páginas.

Ejemplo: Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, *El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo*, 2ª ed., Madrid, Civitas, 1983, vol. III.

Si es una traducción puede indicarse así:

Ejemplo: Philippe LE TOURNEAU, *La responsabilidad civil*, traducción de Javier Tamayo Jaramillo, Bogotá, Editorial Legis, 2004.

Si se trata de un artículo dentro de un libro: AUTOR(ES) del artículo (nombre en letra redonda, apellidos en VERSALES) / “Título del artículo” (entre comillas) / seguido de la palabra ‘en’ indicación de nombre y APELLIDOS del editor (ed.), coordinador (coord.) o director (dir.)/ *Título del libro (en cursiva)* / Número de edición, si no es la primera, Lugar de publicación, Editorial, Año de publicación.

Ejemplo: Elena VICENTE DOMINGO, “El daño”, en L. Fernando REGLERO CAMPOS (COORD.), *Tratado de responsabilidad civil*, 3ª ed., Madrid, Editorial Aranzadi, 2006.

Si se trata de un artículo de revista: AUTOR(ES) del artículo (nombre en letra redonda, apellidos en VERSALES) /, “Título del artículo” (en redondas y entre comillas) / seguido de la palabra ‘en’ *Nombre de la revista* (en *cursivas*), año, vol. y N° (cuando corresponda) / Ciudad / Año.

Ejemplo: Andrés BERNASCONI RAMIREZ, “El carácter científico de la dogmática jurídica”, en *Revista de Derecho*, año 2, vol. XX, N° 1, Valdivia, 2007.

En cuanto a las referencias ya citadas: por regla general se identifican por apellido del autor (en versales), las dos primeras palabras de la obra, puntos suspensivos (en *cursivas* si es *libro* o entre comillas si es “artículo”), *op. cit.* y página, o simplemente apellido (en versales) y *op. cit.*, cuando corresponda.

Ejemplos: GONZÁLEZ PÉREZ, *El principio...*, *op. cit.*

BERNASCONI RAMIREZ, “El carácter...”, *op. cit.*, p. 35.

LE TOURNEAU, *op. cit.*

En el caso que la obra o documento citado se reitere inmediata y sucesivamente, basta con colocar *ibid.* u *op. cit.* y página, según corresponda.

Si se trata de un documento en formato electrónico: AUTOR(ES) (nombre en letra redonda, apellidos en VERSALES,) / *Título* (en *cursiva* si es *libro* y entre “comillas” si es artículo), año de publicación / Disponible en: Dirección electrónica completa. [Fecha de consulta: ...].

Si se trata de jurisprudencia: Tribunal / (Año de dictación): Rol / Fecha de la sentencia. Sede de edición o publicación y responsable de la misma, o la fuente electrónica donde se ubica.

6. Envío de los trabajos

Los trabajos deben ser enviados a *Derecho Público Iberoamericano*, correo electrónico rdpi@udd.cl, a nombre del director de la revista, Dr. Julio Alvear Téllez, o del coordinador general, Sr. José Tomás Herrera.

7. Proceso de selección de los trabajos

1. Si el trabajo ha cumplido con las normas precedentes, *Derecho Público Iberoamericano* decidirá su publicación previo informe favorable de pares evaluadores externos. La evaluación será anónima.

nima. El autor recibirá oportunamente el resultado de los informes de acuerdo con los criterios de relevancia u oportunidad de la materia tratada, redacción, originalidad, solidez argumentativa y conclusiva, y uso de fuentes bibliográficas, entre otros.

2. Antes de que el comité editorial remita el trabajo a los evaluadores externos, su autor deberá hacer llegar una carta de declaración de originalidad de su contenido.
3. En el mismo proceso de selección del trabajo, el autor deberá enviar una carta que acredite que cumple las normas nacionales e internacionales que prohíben el plagio.

Este número, de quinientos ejemplares,
se terminó de imprimir en el mes de octubre de 2018
por Versión Producciones Gráficas
Santiago de Chile

