







**Universidad del Desarrollo**  
Facultad de Derecho

DERECHO PÚBLICO IBEROAMERICANO  
REVISTA DEL CENTRO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL

N.º 16  
ABRIL DE 2020

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

DIRECTOR

*Dr. Julio Alvear Téllez*

SUBDIRECTOR

*Dr. Eduardo Andrades Rivas*

COORDINADOR GENERAL

*Prof. Sr. José Tomás Herrera*

SECRETARIA DE REDACCIÓN

*Dra. Vanessa Cisterna Rojas*

ASISTENTE DE INVESTIGACIÓN

*Mg. Gaspar Jenkins Peña y Lillo*

CONSEJO CIENTÍFICO

*Derecho Público Iberoamericano*

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

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

REPRESENTANTE LEGAL

*Sr. Federico Valdés Lafontaine*

VERSIÓN IMPRESA: ISSN 0719-2959

VERSIÓN ONLINE: ISSN 0719-5354

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

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

DERECHO PÚBLICO IBEROAMERICANO  
REVISTA DEL CENTRO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL  
AÑO 8 • N.º 16 • ABRIL DE 2020  
ISSN 0719-2959

---

PRESENTACIÓN

7

---

ESTUDIOS

DERECHOS FUNDAMENTALES

*Rodrigo Céspedes*

Fragmentación del derecho internacional de los derechos humanos:  
El problema de los símbolos religiosos en Francia

13

*Rodrigo Pablo*

Protegiendo la libertad de emitir opinión en los campus universitarios:  
Una mirada al discurso ofensivo desde la experiencia estadounidense

39

*Alejandro Lagos*

El vilipendiado “principio de subsidiariedad” en Chile:  
Antología de malentendidos

69

TEORÍA CONSTITUCIONAL

*Iván Aróstica*

De la constitución vigente a la constitución viviente

109

*Luis Alejandro Silva y Gustavo Adolfo Díaz*

La política: un límite a la competencia del Poder Judicial.  
A propósito de la sentencia de la Corte Suprema Marelic con Servel y otro,  
de 8 de noviembre de 2017

133

FILOSOFIA POLÍTICA

*Juan Fernando Segovia*

Consenso calvinista, conformidad, intolerancia religiosa  
y disciplinamiento político anglicano.

Desde Enrique VIII al acta de tolerancia de Guillermo  
153

---

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

*Eduardo Soto Kloss*

Responsabilidad de las municipalidades  
269

---

RECENSIONES

*Julio Alvear Téllez*

*La Dignité Humaine. Heurs et malheurs d'un concept maltraité*  
de Bernard Dumont, Miguel Ayuso, Danilo Castellano  
289

---

SIGLAS Y ABREVIATURAS

295

---

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

299

## PRESENTACIÓN

Tenemos el agrado de presentar el décimo sexto número de *Derecho Público Iberoamericano*. En esta oportunidad se reúnen colaboraciones de especialistas chilenos y argentinos.

Distribuimos los estudios científicos en tres áreas: derechos fundamentales, teoría constitucional y filosofía política.

En el ámbito de los derechos fundamentales, destacamos tres estudios sobre la materia. El primero ha sido escrito por el profesor chileno, residente en Alemania, Dr. Rodrigo Céspedes y lleva como título la “Fragmentación del derecho internacional de los derechos humanos. El problema de los símbolos religiosos en Francia”. En él se estudia el tema a partir de las decisiones tomadas por los tribunales galos, la Corte Europea de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Humanos de la ONU.

El segundo artículo pertenece al profesor Rodrigo Pablo y se denomina “Protegiendo la libertad de emitir opinión en los campus universitarios: una mirada al discurso ofensivo desde la experiencia estadounidense”. En él se presenta una visión de la jurisprudencia estadounidense relativa a la libertad de expresión en campus universitarios, algunos de cuyos aspectos ejemplares podrían aplicarse a Chile.

El tercer estudio es de autoría del profesor Alejandro Lagos. Se llama “El vilipendiado “principio de subsidiariedad” en Chile: antología de malentendidos”, donde se analizan los sesgos interpretativos que dicho principio ha tenido en nuestro país, impidiendo sus reales alcances. Se trata de un trabajo de gran actualidad, a propósito del llamado “estallido social” de octubre de 2019.

En el ámbito de la teoría constitucional, se dan a conocer dos estudios. El primero tiene un título sugerente: “De la Constitución vigente a la Constitución viviente”, y es de autoría del profesor Iván Aróstica, ministro del Tribunal Constitucional chileno. En el trabajo se identifican las distintas corrientes político-jurídicas que amenazan las bases de la estabilidad constitucional y del Estado de derecho.

El segundo artículo pertenece al profesor Dr. Luis Alejandro Silva y aborda la política, como límite a la competencia del Poder Judicial. Se trata de un análisis fundado en la sentencia de la Corte Suprema Marelic

con Servel, del 8 de noviembre de 2017, en el que se incluye oportuna doctrina y jurisprudencia.

Finalmente, en el área de la filosofía política, el profesor argentino Dr. Fernando Segovia nos colabora con un estudio de alto calado que lleva como título “Consenso calvinista, conformidad, intolerancia religiosa y disciplinamiento político anglicano. Desde Enrique VIII al acta de tolerancia de Guillermo”. Es un extenso trabajo sobre los presupuestos filosóficos de la política religiosa anglosajona y sus consecuencias durante el periodo marcado por el reinado de ambos gobernantes. Dada la unidad del artículo, hemos tenido que publicarlo en la íntegra, pese a que la extensión excede lo habitual. Pero creemos que ha valido la pena, pues parcelar el texto en varias entregas hubiera perjudicado su intelección.

En la sección dedicada a “Comentarios de jurisprudencia” incluimos el análisis de un fallo en materia de responsabilidad municipal. Se trata de la sentencia Arenera Price con Ilustre Municipalidad de Hualpén, de la Corte Suprema, del 19 de agosto de 2019. Su autor es el profesor Dr. Eduardo Soto Kloss.

Concluimos con las “Recensiones”, donde se revisa una obra de gran actualidad: *La Dignité Humaine. Heurs et malheurs d'un concept maltraité* editada por Bernard Dumont. Incluye la colaboración de siete académicos de Europa y América.

Dr. Julio Alvear Téllez  
Director

# Estudios

---

Derecho Público Iberoamericano

Universidad del Desarrollo

N° 16 | 2020



# Derechos fundamentales

---



FRAGMENTACIÓN  
DEL DERECHO INTERNACIONAL  
DE LOS DERECHOS HUMANOS:  
EL PROBLEMA  
DE LOS SÍMBOLOS RELIGIOSOS EN FRANCIA

FRAGMENTATION OF INTERNATIONAL  
HUMAN RIGHTS LAW:  
THE PROBLEM OF RELIGIOUS SYMBOLS  
IN FRANCE

*Rodrigo Céspedes\**

*Resumen*

Se examinan las decisiones relativas a los símbolos religiosos en el espacio público en Francia, incluyendo la Corte Europea de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Humanos de la ONU. A propósito de este problema, se analiza el fenómeno de la fragmentación del derecho internacional de los derechos humanos, con el cual se combinan aspectos legales sustantivos y procedimentales.

Palabras clave: símbolos religiosos, fragmentación, Corte Europea de Derechos Humanos, Comité de Derechos Humanos de la ONU.

*Abstract*

This work examines decisions concerning religious symbols in the public space in France, including the European Court of Human Rights and the UN Human Rights Committee. At the same time, it examines the phenomenon of fragmentation of international human rights law, combining substantive and procedural legal aspects.

Keywords: religious symbols, fragmentation, European Court of Human Rights, UN Human Rights Committee.

\* Researcher, Max Planck Institute for Social Anthropology (Halle), CURED. Artículo recibido el 12 de diciembre de 2019 y aceptado para su publicación el 3 de marzo de 2020. Correo electrónico: rodcespedes@yahoo.com

*I. Introducción:  
El problema de los símbolos religiosos  
y la fragmentación del derecho internacional*

El asunto de los símbolos religiosos en Europa es un tema candente. Ha habido un extenso debate sobre los crucifijos en lugares públicos y las diferentes formas del velo islámico. El carácter interdisciplinario y complejo de la discusión implica la cultura, el género y la dicotomía público/privado. Ha habido varias iniciativas legislativas en algunos países europeos que pretenden prohibir el uso de símbolos religiosos en general y esconder el rostro en particular<sup>1</sup>. La mayoría de las veces esta prohibición repercute las prácticas religiosas islámicas. La Ley francesa de 2010 que prohíbe el velo integral, *burka* o *nikab*<sup>2</sup> (loi n. 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public) se considera ampliamente como la prohibición más severa de Europa, la que fue considerada legítima por los tribunales franceses<sup>3</sup>. En otros Estados, tales prohibiciones solo se aplican en el contexto de asambleas públicas, protestas y manifestaciones (por ejemplo, Noruega, Suecia, Austria y Dinamarca) o en casos en los que la identificación es esencial (Alemania). En la mayoría de estos países, se trata de meras infracciones castigadas con una multa baja<sup>4</sup>.

El derecho internacional de los derechos humanos es una rama vasta, relativamente moderna, que incluye una infinidad de aspectos. Se puede distinguir una parte general (constituida por el Bill of Rights Internacional como la Declaración Internacional de Derechos Humanos (1948), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) y el Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966). El segundo, es competencia del Comité de Derechos Humanos (en adelante, el Comité) y el tercero del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,

---

<sup>1</sup> Sobre el asunto véase Emmanuelle BRIBOSIA, and Isabelle RORIVE, "Le voile à l'école: une Europe divisée", pp. 941-973 y Dominic MCGOLDRICK, *Human rights and religion: The Islamic headscarf debate in Europe*.

<sup>2</sup> El *burka* es una prenda islámica que cubre el cuerpo y la cara por completo, con una rejilla para los ojos, mayormente utilizado en Afganistán. El *nikab* es un velo que cubre el rostro y se usa por algunas mujeres musulmanas en países del golfo Pérsico y el norte de África.

<sup>3</sup> Bélgica aprobó un proyecto de ley similar al de Francia en 2011. En 2012, el Tribunal de Casación belga declaró que la prohibición no violaba los derechos humanos, lo que fue confirmada por la Corte Europea de Derechos Humanos en el 2017 en Dakir con Bélgica, App. 4619/12 y Belcemi & Oussar con Bélgica, App. 37798/13.

<sup>4</sup> Desde antiguo han existido normas antienmascaramiento, sin embargo, actualmente ha habido muchas iniciativas legislativas que buscan impedir que las personas oculten sus rostros, para no ser identificados, al margen de las prácticas religiosa, gatillado por las protestas masivas en todo el globo.

ambos de la ONU (que tienen competencia para resolver peticiones individuales por la ratificaciones de protocolos adicionales). Además, el derecho internacional de los derechos humanos está constituido por subramas especializadas, como los derechos de la mujer (supervisados por el Comité ONU para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de la ONU), del niño (supervisado por el Comité de los Derechos del Niño de la ONU), etc. Estos comités, a través de protocolos facultativos, pueden decidir peticiones individuales de ciudadanos de los Estados miembros. Asimismo, coexisten con tribunales regionales para la protección de los derechos humanos como la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos y la Corte Europea de Derechos Humanos (en adelante, la Corte o el Tribunal). Se vive en una sociedad global y, como consecuencia, existe interacción entre los niveles internacional, regional y nacional. Las diferentes áreas en derecho internacional se intercalan (por ejemplo, derecho penal internacional y derecho humanitario), los regímenes regionales de derechos humanos coexisten con los internacionales y, por ende, las competencias de los tribunales internacionales y regionales se superponen. El problema asociado a esta interacción se denomina fragmentación: muchos regímenes pretenden regular la misma situación. Si esos regímenes jurídicos son aplicados por diversos organismos internacionales o regionales, es posible que se llegue a decisiones contradictorias, ya que, potencialmente, son varios los entes encargados de decidir las controversias. Este fenómeno puede generar problemas de cosa juzgada y litispendencia.

Este asunto no solo es teórico, y ya se ha dado en la práctica. El problema de los símbolos religiosos, en particular los islámicos, ha sido abordado por los tribunales regionales (la Corte Europea de Derechos Humanos) y los órganos cuasijudiciales internacionales (el Comité de Derechos Humanos de la ONU). Ambos entes han decidido controversias con resultados contradictorios relativas a la Ley sobre Laicidad y Prohibición de Símbolos Religiosos Visibles en las Escuelas (Loi n. 2004-228 du 15 mars 2004 encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics) y la Ley que Prohíbe el Uso del Velo Integral en los Espacios Públicos (Loi n. 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public). El caso francés es interesante porque su ordenamiento jurídico tiene una característica notoria: la laicidad<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> Es un término francés sinónimo de 'secularismo'. Según este, se veta la participación de entes religiosos en asuntos de Estado, especialmente la influencia religiosa en la determinación de las políticas públicas. También prohíbe la participación del gobierno en

Esto, unido a la doctrina del margen de apreciación de la Corte Europea de Derechos Humanos dará una perspectiva única del resultado de la fragmentación y de los distintos efectos que puede originar la aplicación del test de proporcionalidad. Si bien este trabajo se centra en Francia, se ilustrarán algunos puntos con jurisprudencia europea comparada.

## *II. Los símbolos religiosos en la escuela*

La Ley Francesa sobre Laicidad y Símbolos Religiosos Visibles en las Escuelas (en adelante Ley n.º 2004-228), prohíbe llevar símbolos religiosos ostensibles en las escuelas públicas francesas. Esta norma se aprobó, después de un extenso debate, por el Parlamento francés en 2004. La Ley no menciona ningún símbolo religioso en particular y, por lo tanto, prohíbe los signos cristianos (cruces), musulmanes (velo), sikhs (turbante), judíos (*kippah*) y otros signos religiosos. Para muchos esta ley estaba, no sin cierta malicia, destinada más a prohibir el uso del velo, considerado por muchos musulmanes como una prenda de vestir obligatoria de la fe islámica. Es decir, una suerte de facto-discriminación indirecta. En efecto, la ley estadísticamente afecta de modo desproporcionado a las mujeres musulmanas, ya que los cristianos, por ejemplo, rara vez usan cruces de gran tamaño (y siempre pueden esconderse bajo la ropa). Esta prohibición legal ha sido impugnada ante la Corte Europea de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Humanos de la ONU con resultados dispares. Se expondrán los hechos, la decisión con un comentario de los aspectos más relevantes, poniendo énfasis en aspectos procesales, a veces descuidados por la doctrina en este tipo de casos.

### *1. AKTAS CON FRANCIA (2009)<sup>6</sup>:*

#### *LA TRADICIÓN JURÍDICA Y LAS NORMAS LEGISLATIVAS EMANADAS DE LOS ENTES DE REPRESENTACIÓN POPULAR*

Los demandantes eran los padres de varias niñas musulmanas, que vestían el velo islámico y varios niños sikh, que portaban turbantes<sup>7</sup>. Los

---

los asuntos religiosos, y prohíbe además la influencia del gobierno en la determinación de una religión de Estado, permitiendo una amplia libertad religiosa. La norma fundamental es la ley francesa de 1905 sobre la separación de las Iglesias y el Estado.

<sup>6</sup> App. 43563/08. Véase también Tekin (2003), App. 41556/98; Sahin (2005), App. 44774/98; Köse (2006), App. 26625/02; Dogru & Kervanci (2008), Apps. 27058/05 y Osmanoglu & Kocabas (2017), App. 29086/12.

<sup>7</sup> El sijismo es una religión monoteísta de la India que se originó en la región del Punjab alrededor del siglo xv. Para esta fe, cortar el vello de cualquier parte del cuerpo

directores de la escuela consideraron que las vestimentas religiosas en cuestión vulneraban la prohibición legal de los símbolos religiosos claramente visibles. Cuando los estudiantes se negaron a cumplir la orden de las autoridades escolares, los profesores les negaron el acceso al aula. Después de un periodo de diálogo con las familias, las juntas disciplinarias de las escuelas decidieron expulsarlos por incumplimiento del *Código de Educación*, modificado por la ley en cuestión. Los estudiantes impugnaron la decisión en los tribunales administrativos, pero fueron declarados inadmisibles incluso ante el Consejo de Estado. Levaron su caso a la Corte Europea de Derechos Humanos reclamando la violación de la libertad de religión, su derecho a la educación y el derecho a no ser discriminados.

La Corte declaró la inadmisibilidad de las peticiones, ya que la ley francesa es, en opinión del tribunal, una interferencia legítima con la libertad religiosa de los estudiantes; por lo tanto, no había violación del artículo 9 de la Convención. La prohibición era, según la Corte, proporcionada y acorde con el objetivo perseguido por la legislación: protección del orden público y los derechos de los demás. Por lo tanto, diferentes puntos de vista sobre los símbolos religiosos en el plano público, como el laicismo francés, son igualmente razonables dentro de los límites que una sociedad democrática puede prescribir. Desde una mirada histórica, Francia ha sido secular y vinculada por tradición al laicismo, uno de sus fundamentales principios constitucionales (artículo 2.1) y un principio compatible con los valores del Convenio Europeo de Derechos Humanos. A pesar de la expulsión de los estudiantes, que también se consideró proporcional por el tribunal, el derecho a la educación no fue conculcado porque los expulsados tenían acceso razonable a escuelas privadas, aprendizaje a distancia y educación en el hogar. Según la Corte, sus convicciones religiosas fueron respetadas y la interferencia estatal en sus derechos fue incidental, no afectó el núcleo de su derecho a la educación. Este caso sigue las decisiones relacionadas con Turquía<sup>8</sup> en la medida en que

---

está prohibido. Los creyentes llevan el pelo sin cortar, generalmente atado y envuelto en un turbante. Además, portan un *kirpan*, una daga ceremonial. Estos dos últimos aspectos han generado problemas legales en varios países.

<sup>8</sup> Leyla Sahin con Turquía, *op. cit.*, es el caso más emblemático. Una estudiante de medicina que impugnó una ley turca que prohíbe llevar el velo islámico en universidades y otras instituciones educativas y estatales. El tribunal confirmó la ley turca por dieciséis votos contra uno. El tribunal estuvo de acuerdo con el gobierno turco en que la medida impugnada persigue principalmente objetivos legítimos para proteger los derechos y libertades de los demás y para mantener el orden público. En las sociedades democráticas en las que coexisten varias religiones, se deben imponer restricciones a la manifestación de la religión para conciliar los intereses de los diferentes grupos y garantizar que se respeten las creencias de todos. También resalta el hecho de que Turquía tiene una larga tradición de secularismo que permea todo su sistema jurídico.

los hechos y el razonamiento jurídico son bastante similares. El tribunal destacó que existe un amplio margen de apreciación en los enfoques estatales de este tipo de asuntos.

Como se afirmaba en la introducción, ha habido un largo debate sobre la indumentaria islámica en Europa. El carácter interdisciplinario y complejo del debate se relaciona con la cultura, el género y la dicotomía público/privado. Este caso incluye la indumentaria islámica, pero las mujeres musulmanas no son las únicas afectadas por la prohibición. De hecho, hay estudiantes sikh masculinos entre los reclamantes.

La jurisprudencia nacional sobre los símbolos religiosos y la discriminación en la escuela está bastante extendida en Europa, no solo entre los estudiantes, sino, también, entre los profesores<sup>9</sup>. La Corte Europea de Derechos Humanos se ha pronunciado sobre algunos casos de símbolos religiosos y códigos de vestimenta escolar que involucran a dos países seculares: Francia y Turquía. *Aktas* es una de las sentencias más controvertidas al respecto. El laicismo, como tradición jurídica característica de Francia, parece alterar el equilibrio de la balanza dando diferente “peso” a los diversos intereses en conflicto. Este caso es también un muy buen ejemplo sobre cómo funciona la doctrina del margen de apreciación en Europa. El tribunal apreció en su decisión la tradición jurídica interna, el principio del laicismo francés, con el fin de otorgar deferencia a la legislación y las decisiones de los tribunales de Francia. En el caso de Turquía y Francia, el laicismo es un principio esencial que impregna todo su sistema jurídico. Es natural, entonces, que este principio permee la legislación y las decisiones de sus tribunales. La Corte Europea de Derechos Humanos estimó, entonces, que era aceptable una prohibición de esa magnitud considerando la cultura jurídica francesa. Para declarar la inadmisibilidad de las reclamaciones, el tribunal recurrió al margen de apreciación como forma de otorgar a los Estados miembros la facultad discrecional de elegir un espectro relativamente amplio de medidas posibles, que restringen los derechos convencionales. En estos casos se aplica la doctrina antes mencionada; la Corte decide que las autoridades nacionales están en mejores condiciones de tomar una decisión (debido a su contacto con la situación y el conocimiento de los hechos) y se le concede lata deferencia. La proporcionalidad entre las medidas adoptadas, el objetivo legítimo perseguido,

---

<sup>9</sup> En *Dahlab con Suiza* (2001), App. 42393/98, la Corte Europea de Derechos Humanos confirmó la potestad de la administración escolar a exigir a una profesora de escuela pública, que se había convertido recientemente al Islam, que se quitara el velo musulmán, dado que se trataba de un “poderoso símbolo externo” que podía “influir” en los niños (párrafo 1).

la protección de los derechos de los demás y la intensidad de la injerencia en el derecho constituyen la parte principal del razonamiento. Además, las restricciones tenían como fundamentos jurídicos la protección del orden público y los derechos de los demás, categorías válidas para limitar las libertades convencionales. El tribunal no solo estaba decidiendo sobre la “convencionalidad” de una decisión judicial o administrativa, sino que, también, se pronunciaba sobre la compatibilidad del convenio con una ley de la república, emanada de un Parlamento formado por representantes elegidos de forma democrática que encarnan la “general voluntad” (la voluntad générale). La Corte se enfrenta con el dilema antimayoritario: la revisión judicial de actos legislativos que cuentan con amplio apoyo popular. Como sugiere el concepto, algunos ven un problema respecto a la potestad de los tribunales, más aún una Corte de carácter internacional, para invalidar leyes que reflejen la voluntad de la mayoría, socavando la soberanía popular y la división de poderes. Para muchos, los tribunales protegen contra la tiranía de la mayoría. El punto es si una Corte internacional tiene la legitimidad y el poder para hacer una declaración de esa magnitud<sup>10</sup>.

Uno de los primeros casos que aplicó esta doctrina fue *Handyside* con el Reino Unido (1976)<sup>11</sup>. En esta decisión, el tribunal explicó que la naturaleza del convenio es algo subordinado a los mecanismos nacionales de protección de los derechos humanos. En consecuencia, el margen de apreciación se considera como un reconocimiento de la soberanía de los

---

<sup>10</sup> Quizá el caso más paradigmático es el de los minaretes en Suiza. Frente a prohibiciones urbanísticas locales, organizaciones islámicas impugnaron con éxito en los tribunales suizos, incluyendo la Corte Constitucional Federal. Una prohibición legislativa en el ámbito nacional fue desechada por el Parlamento. Frente a esto, utilizando herramientas de democracia directa, los ciudadanos juntaron firmas para prohibir constitucionalmente la construcción de minaretes. Contra todo pronóstico, la prohibición alcanzó la doble mayoría requerida, popular y cantonal, y se introdujo una enmienda en la carta fundamental federal. La Corte Europea de Derechos Humanos, en 2011, en los casos *Ouardiri* (2011), App. 65840/09 y *Ligue des musulmans de Suisse* (2011), App. 66274/09, declaró inadmisibles las reclamaciones sólo por aspectos formales (falta de legitimación procesal) sin analizar el mérito.

<sup>11</sup> App. 5493/72, conocido también como *The Little Red Schoolbook case*, sobre la prohibición de un libro danés de educación sexual para alumnos de primaria, que era bastante explícito. El hecho de que el libro haya sido bien recibido en otros países europeos constituyó una base para la impugnación. Sin embargo, la Corte permitió la limitación a la libertad de expresión. Sostuvo que no era posible encontrar en el derecho interno de los Estados partes una concepción uniforme de la moral social. Las leyes respectivas, varían legítimamente según tiempo y espacio. Las autoridades nacionales están en principio “en una mejor posición que el juez internacional para opinar” sobre la necesidad de una restricción a un derecho fundamental o la sanción en caso de infracción (párrafo 48).

Estados (en especial si la medida es tomada por un Parlamento nacional electo a través de los mecanismos democráticos). Sin embargo, la Corte tiende a intervenir solo en casos de clara intrusión en el núcleo irreductible de los derechos en los que la soberanía nacional es abusiva de forma manifiesta. El artículo 17 de la convención reconoce la teoría del abuso del derecho de manera general como una restricción amplia del ejercicio injusto de los derechos individuales y del poder estatal. La mayoría de los sistemas jurídicos reconocen poderes y privilegios estatales, algunos de ellos con considerable discreción. La idea del abuso del poder público también está presente en los casos en que se enseñan doctrinas religiosas específicas en las escuelas estatales (Folgero con Noruega (2008)<sup>12</sup>, por ejemplo). En esas sentencias, el abuso de poder está representado por la prohibición del adoctrinamiento del Estado.

## 2. SINGH CON FRANCIA (2012)<sup>13</sup>:

### *LA ILEGITIMIDAD DE LAS PROHIBICIONES GENERALES Y ABSTRACTAS*

El mismo caso fue llevado al Comité de Derechos de la ONU, el que falló lo opuesto, declarando que Francia violó el Pacto de Derechos Civiles y Políticos. A un estudiante de origen indio de la fe sikh se le permitió vestir turbante dentro del recinto escolar. El uso del turbante es un precepto religioso obligatorio en el sijismo y estaba ligado a la identidad de un creyente. Después de un diálogo entre la comunidad sikh, el demandante llegó a la escuela con un pequeño turbante, el *keski*, como una solución de compromiso. No obstante, el director de su escuela prohibió formalmente al demandante entrar en el aula y pasó el caso a la junta disciplinaria, que expulsó al estudiante porque violó la ley al “manifestar su afiliación religiosa de una manera visible”. La decisión del director fue confirmada por el rector de la autoridad educativa regional. El demandante solicitó una revisión judicial de la decisión hasta llegar al Consejo de Estado, el tribunal administrativo más alto del país. El Consejo confirmó su expulsión basada en el principio constitucional del laicismo y sostuvo que la restricción a la libertad religiosa en este caso era proporcional al objetivo de la norma. El estudiante continuó su educación a través del aprendizaje

---

<sup>12</sup> App. 15472/02. La Corte declara ilegítima la enseñanza estatal de un curso de cultura religiosa que, aunque planteado en términos neutrales, se focalizaba en gran medida en el cristianismo. El Estado debe transmitir este tipo de conocimiento de manera objetiva, crítica y plural. Por consiguiente, tiene prohibido adoctrinar y debe respetar las convicciones religiosas y filosóficas de los padres.

<sup>13</sup> Comunicación n.º 1852/2008. Véase, también, Hudoyberganova con Uzbekistan (2005), comunicación n.º 931/2000

a distancia e impugnó la decisión en el Comité de Derechos Humanos de la ONU. Alegó que había sido objeto de un trato discriminatorio debido a su religión y origen étnico, violando los artículos 2, 17, 18 y 26 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos. Las restricciones a sus libertades eran, en su opinión, desproporcionadas, afectando a su núcleo, y no estaban justificadas en hechos objetivos, ya que no había pruebas de que estuviera afectando los derechos de otros estudiantes o generando tensión social. El demandante se sentía degradado sin su turbante con una sensación de deshonor y traición a su fe. En su opinión, la prohibición ha tenido el efecto de humillar y alienar a ciertas minorías. Finalmente, la infracción de sus derechos tuvo consecuencias en extremo graves: su expulsión.

El gobierno alegó que la separación entre la Iglesia y el Estado (el laicismo francés) permitió históricamente que personas de diversas religiones coexistieran de forma pacífica, preservando al mismo tiempo la neutralidad del dominio público. Todas las creencias estaban protegidas, porque las únicas restricciones a las prácticas religiosas son las impuestas por las leyes que se aplican por igual a todos. La Ley 2004-228 fue aprobada por el Parlamento tras un debate democrático nacional, como medio para poner fin a las tensiones y salvaguardar la neutralidad de la educación pública, que es un objetivo legítimo. Además, la prohibición no era absoluta, ya que solo se aplica a los estudiantes de entre seis y dieciocho años, que están inscritos en escuelas estatales, y exclusivamente en las instalaciones de la escuela. La prohibición no se extiende, sin embargo, a símbolos religiosos discretos, como una pequeña cruz, medallones, Estrellas de David o una mano de Fátima. Solo se aplica a los símbolos y prendas de vestir que se usan por una razón religiosa y que muestran esta afiliación como el velo islámico, el *kippah*, cruces de tamaño claramente excesivo y símbolos cuyo carácter religioso se puede deducir del comportamiento del estudiante. La ley no estigmatiza ni favorece a ninguna religión en particular y no contiene listas de símbolos religiosos prohibidos según el gobierno. A los estudiantes suspendidos en virtud de esta ley no se les negó el acceso a la educación porque pueden inscribirse en una escuela privada (se permiten escuelas religiosas en Francia, las que están exentas de la prohibición) o centros de enseñanza a distancia. Por último, la Corte Europea de Derechos Humanos permitió a cada país un margen de apreciación de acuerdo con su tradición cultural y legal.

El Comité de la ONU confirmó la petición del demandante y declaró que Francia infringió el Pacto. Francia, en opinión del Comité, tenía la doble obligación de reparar la injusticia cometida, incluida la compensación adecuada, y de prevenir similares violaciones a los derechos del Pacto en el futuro. El Comité decidió que el gobierno francés no había aportado

evidencia concluyente de que el uso del turbante afectaba a los derechos de otros estudiantes, el orden y la seguridad pública o perturbaba el funcionamiento efectivo de su establecimiento. Entonces, la expulsión no era necesaria porque no había un riesgo real que justificara la restricción de los derechos. Además, el estudiante se vio comprometido y eso no se tuvo debidamente en cuenta. Por otro lado, era evidente que el Estado francés no estaba dispuesto a comprometerse en un diálogo real. El Comité también sostuvo que la expulsión del demandante de una escuela pública era un castigo draconiano, innecesario y desproporcionado, con posibles efectos graves en el derecho a la educación. A diferencia del sikhismo (o el judaísmo o el islam), el cristianismo (la religión mayoritaria en Francia) no requería que se usaran símbolos. Por lo tanto, la ley francesa solo perjudicaba a los sikhs y a los seguidores de otras religiones no cristianas, que requieren que se usen símbolos que la administración escolar y los tribunales administrativos califican de “conspicuos”. Entonces, esa Ley 2004-228, aunque aparente neutralidad, es neutral, de hecho, indirectamente discriminatoria. Este trato diferente no es ni objetivo ni razonable, en opinión del ente de la ONU<sup>14</sup>.

La convivencia en una sociedad conlleva una rica interacción entre los ámbitos internacional, regional y nacional. El problema de los símbolos religiosos, en particular los islámicos, ha sido abordado, como se vio, por los tribunales nacionales, regionales y, también, por los órganos cuasijudiciales internacionales como el Comité de Derechos Humanos de la ONU. El problema asociado a esta interacción es la fragmentación que se produce porque, como ya se ha señalado en la introducción, muchos regímenes jurídicos regulan la misma situación. Si esos regímenes jurídicos son aplicados por organismos internacionales o regionales, es posible tomar decisiones contradictorias: un ejemplo. Algunos países europeos tienen religiones estatales (como Inglaterra) y otros son estrictamente seculares como Turquía y Francia (que acuñó el término ‘*laïcité*’), todos ellos bajo el paraguas del sistema de la Convención Europea de Derechos Humanos. El laicismo francés es un concepto que denota la separación completa de la Iglesia y el Estado. Francia ha creado cierta tensión religiosa cuando han aplicado con rigurosidad el “muro de separación entre iglesia y Estado”. Todos estos enfoques se hacen eco de la particular tradición cultural y jurídica de esos Estados y de su desarrollo histórico específico. Europa

---

<sup>14</sup> Sobre el caso, véase Emmanuelle BRIBOSIA, Gabrielle CACERES & Isabelle RORIVE, “Les signes religieux au coeur d’un bras de fer entre Genève et Paris; la saga Singh”, pp 495-513 y Titia LOENEN, “In search of an EU approach to headscarf bans: where to go after Achbita and Bougnaoui?”, pp. 47-73.

es multicultural y esos enfoques seculares pueden crear tensión entre las comunidades musulmana, judía y sikh. La Corte Europea de Derechos Humanos ha creado la doctrina del margen de apreciación, que se ha definido como una “esfera de discreción”, “latitud de la deferencia” o como “margen de maniobra” otorgada a los Estados miembros. Esta doctrina permite que países tan diferentes como Italia y Francia se mantengan bajo el mismo sistema regional de derechos humanos. El Comité de Derechos Humanos de la ONU no considera esa doctrina. Entonces, es bastante natural que ambas decisiones equilibren los derechos en conflicto de una manera diversa. En esta decisión, prevaleció el derecho a la educación y a la libertad religiosa sobre el laicismo francés. Asimismo, destacó la ausencia de pruebas concluyentes que evidenciaran un riesgo o tensión social para restringir de modo válido los derechos del reclamante. No basta, según el Comité, con apelar al orden público para limitar una libertad, el Estado tiene que proporcionar pruebas convincentes de que el orden público está, en efecto, en peligro. El acto administrativo tiene que fundarse en una motivación real. Al mismo tiempo, señaló que las consecuencias eran demasiado graves en relación con la infracción; por lo tanto, había una clara desproporción.

### 3. LA PROHIBICIÓN DEL VELO INTEGRAL

En 2011, entró en vigor la prohibición del velo integral en Francia (Loi n. 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public), la primera en su clase. La ley fue aprobada por una abrumadora mayoría en el Parlamento. Todo el debate legislativo y público giró sobre asuntos como la inmigración, el nacionalismo, el laicismo, la seguridad pública y la igualdad de género. Los argumentos en favor de la ley incluían los problemas identificación y riesgos de seguridad; además, constituían un obstáculo dentro de una sociedad que se basa en el reconocimiento facial y la expresión para comunicarse. También se estimaba que el mandato religioso de cubrirse los rostros era sexista, ya que solo se impone a las mujeres. Por último, muchos pensaban que los musulmanes deberían asimilarse a las normas sociales francesas. La sanción por contravención consistía en una multa o asistir a la educación de ciudadanía. También sanciona con multa y un año de prisión a cualquiera que obligue (por violencia, amenazas o abuso de poder) a otro a usar velo integral. Estos castigos pueden duplicarse si la víctima es menor de dieciocho años. Una vez más, se tienen dos pronunciamientos contradictorios<sup>15</sup>.

---

<sup>15</sup> En 2013, el cantón suizo de Ticino votó a favor de la prohibición de los velos faciales en las zonas públicas en un referéndum local. En 2016, Bulgaria y Letonia

### 3.1. S.A.S. con Francia (2014)<sup>16</sup>: Una prohibición válida para poder “vivir juntos”

Una mujer francesa de origen pakistani (S.A.S.), musulmana devota, fue sancionada por violar la prohibición legal. La decisión la obligaba a asistir a un curso de ciudadanía de dos semanas por portar el velo integral fuera del palacio del Elíseo, lo que hizo como una forma de protesta contra una ley que consideraba injusta. En su opinión, usar el *niqab* era su manera de vivir de acuerdo con sus creencias religiosas, cultura y convicciones personales. La demandante señaló que su objetivo no era molestar a los demás, sino sentirse en paz interior consigo misma. Por último, la litigante también destacó que ni su marido ni ningún otro miembro de su familia la presionaba para que se vistiera de esa manera. El Tribunal de Casación desestimó su petición señalando que la libertad religiosa no es absoluta y puede ser restringida. La limitación de su derecho estaba prescrita por ley, y se consideraba necesaria en una sociedad democrática, ya que esta ley tenía por objetivo garantizar el orden y la seguridad exigiendo a todos, en lugares públicos, que muestren su rostro.

La demandante llevó el asunto a la Corte Europea de Derechos Humanos y alegó que la ley infringía los artículos 3, 9-11 y 14 de la Convención (prohibición contra tratos o penas degradantes; libertad religiosa; libertad de expresión; libertad de reunión e igualdad/no discriminación). El gobierno francés alegó que los derechos de la demandante estaban restringidos de conformidad con los artículos 8-9: prescritos por la ley, necesarios en una sociedad democrática en aras de la seguridad y el orden

---

proscribieron el *burqa* en lugares públicos. En 2017, el uso de un velo integral se declaró ilegal en Austria. En 2018, el Parlamento danés aprobó un proyecto de ley que proscribía el velo integral en lugares públicos. En 2017, la Corte Europea de Justicia decidió que las empresas privadas podían, en justicia, impedir por regulación interna que sus empleados usaran símbolos religiosos visibles, incluido el *hiyab* (Achbita y otro con G4S Secure Solutions [2017] IRLR 466 ECJ). Sin embargo, si la empresa no tiene ninguna política al respecto, un cliente no puede exigir a los empleados que se quiten la prenda religiosa y, consecuentemente, la empresa no debe despedir al trabajador (Bougnaoui y otro con Micropole SA [2017] IRLR 447 ECJ). En 2016, más de veinte municipios franceses prohibieron el uso del *burkini*, un modelo “islámico” de traje de baño.

<sup>16</sup> App. 43835/11. Antes de la promulgación de la ley, el gobierno solicitó la opinión consultiva del Consejo de Estado (decisión de 7 de octubre de 2010, n.º 2010-613 DC) y del Consejo Constitucional (sentencia de 7 de octubre de 2010, n.º 2010-613 DC). El Consejo de Estado publicó un informe sobre la prohibición del velo integral. Destacó que la prohibición del velo integral en general debe limitarse a circunstancias en las que la identificación sea esencial por razones de seguridad u otros objetivos específicos y justificados. El Consejo Constitucional declaró que el proyecto de ley estaba, en general, en consonancia con la Constitución francesa con algunas pocas reservas.

público. Además, Francia reclamó tres motivos adicionales para restringir el derecho a llevar un velo integral:

- 1) igualdad entre hombres y mujeres;
- 2) el respeto de la dignidad humana y
- 3) el respeto de los requisitos mínimos para vivir en sociedad.

El gobierno francés también alegó que la demandante no podía ser considerada una “víctima” en el sentido del artículo 34 de la Convención: la demandante nunca había sido arrestada por la policía. Por consiguiente, no tenía legitimación procesal: no existe *actio popularis* para llevar un caso a la Corte con arreglo al artículo 34 de la Convención.

La Corte decidió por gran mayoría que la prohibición francesa del velo integral no violaba las disposiciones de la Convención sobre el derecho a la intimidad o a la libertad de religión (15/2). La mayoría hizo hincapié en que los Estados tenían un amplio margen de apreciación en casos como este, por lo que las aproximaciones en los diversos Estados democráticos miembros de la Convención pueden diferir de un modo válido. La Corte también estuvo de acuerdo con el argumento de que era necesaria una prohibición del velo integral bajo el argumento de “vivir juntos”<sup>17</sup>. El tribunal desestimó las alegaciones de que la prohibición violaba los artículos 3 y 11 debido a que eran “manifiestamente infundadas”<sup>18</sup>. El tribunal consideró que un reclamante puede ser considerado una víctima si alguien debe modificar su comportamiento para evitar el riesgo de ser imputado, o pertenecía a un grupo en riesgo de ser de lleno afectado por la ley. Entonces, S.A.S. fue una víctima en el sentido del artículo 34 de la Convención y, después, tuvo legitimación procesal para litigar. La prohibición del velo integral representaba una intromisión en la libertad religiosa y la privacidad (el tribunal hizo hincapié en el artículo 9, ya que era el núcleo del caso). La prohibición no podía basarse en la seguridad pública, ya que podría abordarse mediante limitaciones más restringidas; por ejemplo, el deber de mostrar la cara para fines de identificación en algunos casos. Además, la Corte constató que el “respeto a la igualdad entre hombres y mujeres” y el “respeto a la dignidad humana” no podían considerarse “protección de los derechos de los demás”<sup>19</sup>. En primer lugar, un Estado miembro no puede hacer un llamamiento a la igualdad de género para prohibir una práctica que es defendida, precisamente, por las mujeres (una suerte de teoría de actos propios). Sin embargo, el tribunal destacó que el “respeto de los requisitos mínimos de vida en la sociedad”, en determinadas circunstancias,

---

<sup>17</sup> Párrafos 56 y 58.

<sup>18</sup> Párrafos 32-33.

<sup>19</sup> Párrafo 48.

puede considerarse la protección “de los derechos de los demás”. Debido a la flexibilidad del concepto de “vivir juntos” (y al riesgo de abuso), la Corte tuvo que examinar con prudencia la necesidad de la restricción. La prohibición tenía graves consecuencias para las mujeres y restringía sus decisiones individuales y su libertad para expresar sus creencias. Además, la prohibición también podría llevar a las mujeres a aislarse, un efecto colateral que, en realidad, la legislación pretendía remediar. Sin embargo, el castigo considerado por la ley fue el más leve posible: una multa menor o un curso de ciudadanía. Por consiguiente, el tribunal concluyó que la prohibición era proporcionada al objetivo perseguido (“vivir juntos”) como elemento de la protección de los derechos de los demás. La restricción impugnada era necesaria en una sociedad democrática<sup>20</sup>.

Ha habido varias iniciativas legislativas en algunos países europeos que pretenden prohibir el velo integral, la mayoría de las veces que la prohibición está vinculada a las prácticas religiosas islámicas. En casi todos los Estados, tales prohibiciones solo se aplican en el contexto de asambleas públicas, protestas y manifestaciones (por ejemplo, Noruega, Suecia, Austria y Dinamarca) o en casos en los que la identificación es esencial, como en los aeropuertos (Alemania). En la mayoría de estos países, las infracciones son castigadas con una multa baja. En 2018, el Parlamento holandés aprobó una prohibición legal parcial (en el transporte público y los edificios, las instituciones educativas, sanitarias y gubernamentales) del velo integral, con un número relativo de excepciones. Hasta ahora, no hay controversia en los tribunales holandeses. Siguiendo el ejemplo de Francia, Bélgica aprobó un proyecto de ley similar en 2011. En 2012, el Tribunal de Casación belga declaró que la prohibición no violaba los dere-

---

<sup>20</sup> Según los disidentes, la prohibición violó los artículos 8 y 9 de la Convención. Los derechos individuales concretos protegidos por la Corte no pueden sacrificarse con la excusa de proteger principios abstractos. Según la minoría, la razón decisiva de la proscripción del velo integral se basó en la suposición de que representa la sumisión y el autoconfinamiento de las mujeres. En realidad, las posibles consecuencias de una prohibición podrían ser peores para las mujeres que visten ese tipo de velo, ya que podrían tener que elegir entre ser confinadas a su hogar o violar su propia fe religiosa. Además, las mujeres musulmanas podían correr el riesgo de múltiples multas con efecto acumulativo. Los disidentes destacaron que poder comunicarse con otro individuo no era un derecho fundamental. Aunque “vivir juntos” se considerara un objetivo válido, en el sentido de los artículos 8.2 y 9.2, la prohibición sigue siendo desproporcionada. En realidad, hubo un amplio consenso contra la prohibición de velos integrales por parte de organizaciones de derechos humanos. El margen de apreciación de los Estados debería ser menos amplio en estos asuntos, según los disidentes. En conclusión, la proscripción del uso de un velo completo era una medida desproporcionada que no puede conciliarse con el catálogo restrictivo de motivos de injerencia concedidos por la Corte.

chos fundamentales. La prohibición fue confirmada en 2017 por la Corte Europea de Derechos Humanos después de haber sido impugnada por dos mujeres musulmanas (Dakir con Bélgica, App. 4619/12 y Belcacemi & Oussar con Bélgica, App. 37798/13). La Corte repitió la línea de razonamiento de “vivir juntos” y reconoció un amplio margen de apreciación a las autoridades nacionales sobre estas cuestiones. El tribunal caracterizó la prohibición como una elección de la sociedad belga fruto del proceso democrático. La Corte incorporó de nuevo en su decisión la idea de la tradición jurídica interna, el principio del laicismo francés, con el fin de apoyar el margen de apreciación. La proporcionalidad entre las medidas adoptadas, el objetivo legítimo perseguido, la protección de los derechos de los demás y la intensidad de la injerencia en el derecho constituían la parte principal del razonamiento. El tribunal no solo estaba decidiendo sobre la “convencionalidad” de una decisión judicial o administrativa, sino que, también, se pronunciaba sobre la compatibilidad de la Convención con una ley emanada del Parlamento constituido de representantes elegidos democráticamente que encarnan al pueblo, o su *volonté générale*<sup>21</sup>.

### 3.2. Yaker y Hebbadj con Francia (2018):

#### La insuficiencia de la justicia formal y del *malum prohibitum*

En 2018, el Comité de Derechos Humanos de la ONU, en dos decisiones pioneras, determinó que Francia violaba los derechos de dos mujeres por sancionar multas el uso del *niqab*, un velo islámico de cuerpo entero<sup>22</sup>. El Comité declaró que la prohibición de Francia restringía fuera de toda proporción la libertad de las mujeres de manifestar sus creencias religiosas, y podía tener los efectos potenciales de “confinarlas en sus hogares, impedir su acceso a los servicios públicos y marginarlas”<sup>23</sup>. Esta decisión contrasta con el enfoque formal adoptado por la Corte Europea de Derechos Humanos. El Comité reconoció que los Estados pueden exigir que las personas muestren sus rostros solo en casos específicos con fines de identificación. Una prohibición general del *niqab* era demasiado trascendental para este objetivo. Se analizarán los hechos y el razonamiento del Comité en detalle. Dado que los casos son muy similares este análisis se centrará solo en Yaker.

---

<sup>21</sup> MCGOLDRICK, *op. cit.*, p 287). Destaca que los tribunales conceden más deferencia a las normas legislativas democráticamente generadas que, por ejemplo, las regulaciones locales o las decisiones de los tribunales nacionales.

<sup>22</sup> Hebbadj con France (2018), comunicación n.º 2807/2016 CCPR/C/123/D/2807/2016; Yaker con France (2018), comunicación n.º 2747/2016, CCPR/C/123/D/2747/2016.

<sup>23</sup> Párrafo 8.15.

Sonia Yaker es una musulmana francesa que porta el velo integral. En 2011, se detiene para un control de identidad mientras viste su *niqab* en la calle. Por la infracción es sancionada con una pequeña multa y obligada a asistir a un curso sobre educación para la ciudadanía. Lleva su caso a los tribunales argumentando la violación del artículo 9 del Convención Europea de Derechos Humanos y la discriminación de la minoría musulmana. Añade que la prohibición socavó el pluralismo religioso y los derechos de las minorías. La demandante pierde todas las instancias internas, y también la casación, que rechaza su demanda por cuestiones de procedimiento. La demandante acude a la Corte Europea de Derechos Humanos, pero su caso es desestimado en 2013. Luego, lo lleva al Comité de Derechos Humanos de la ONU. En su opinión, su condena por llevar el *niqab* viola sus derechos en virtud de los artículos 12, 18 y 26 del Pacto. Argumenta que usar el *niqab* o el *burqa* es una costumbre para un segmento de los fieles musulmanes, motivada por sus creencias religiosas. La prohibición discrimina a las mujeres y afecta su libertad de circulación. Alega que la Corte Suprema francesa no se pronunció sobre el fondo y solo falló sobre la base de consideraciones formales. La demandante cita las reservas al proyecto de ley emitidas por el Consejo de Estado francés. Según ella, la prohibición no tiene ningún objetivo legítimo en el sentido previsto en el artículo 18.3 del Pacto, ya que solo encarna el deseo político de prohibir, en principio, el uso del velo integral. Tal limitación no podría considerarse necesaria y proporcionada. Agrega que, en *S.A.S. con Francia* (2014), la Corte Europea de Derechos Humanos aplicó erróneamente el criterio de proporcionalidad, ya que “vivir juntos” no es un motivo válido para restringir la libertad religiosa. Solo más tarde Francia declaró que el proyecto de ley perseguía dos objetivos principales: la igualdad de género y la protección del orden público. En opinión del solicitante, esos objetivos no tienen espacio en el Pacto.

El gobierno francés alega que el caso ya fue decidido por sus méritos por la Corte Europea de Derechos Humanos, por lo que hubo *res iudicata*. El tribunal constató que la prohibición estaba justificada para el objetivo de “vivir juntos”: los requisitos mínimos de vida en la sociedad. Francia también había introducido una reserva excluyendo la competencia del Comité en relación con los casos examinados en el marco de otro procedimiento judicial internacional. En consecuencia; el Comité de Derechos Humanos de la ONU no tiene jurisdicción en este caso. Además, destaca que la ley fue aprobada por el Parlamento nacional francés con una gran mayoría después de un largo debate democrático. La ley fue aprobada con el fin de prohibir las prácticas radicales contra los valores de la república francesa socavando la dignidad y la igualdad de género, y protegiendo a

las mujeres, que se ven obligadas a vestir un velo integral. La restricción fue prescrita por la ley, tiene un objetivo legítimo y fue proporcionada en la búsqueda de ese objetivo legítimo según el gobierno francés.

El caso es admisible según el Comité y hay infracción a los derechos de la solicitante a la igualdad y a su libertad religiosa, una violación de los artículos 18 y 26 del Pacto por parte del Estado francés. Según el Comité, del carácter sucinto del razonamiento de la Corte Europea de Derechos Humanos, no se desprende ninguna explicación de fondo para justificar el rechazo de la solicitud de Sonia Yaker. Entonces, los méritos del caso no se decidieron. En consecuencia, el Comité es competente para decidir sobre el fondo. De hecho, por primera vez, pudo alegar una infracción a sus derechos fundamentales y tiene la oportunidad de una decisión del mérito, ya que la Corte Suprema francesa y la Corte Europea de Derechos Humanos desestimaron el caso en cuestiones de procedimiento. Sobre el fondo, el Comité sostiene que el artículo 18.3 del Pacto solo permite restricciones a la libertad de manifestación de la religión si las limitaciones están prescritas por la ley y son necesarias para proteger la seguridad pública, el orden, la salud o la moral, o los derechos y libertades fundamentales de los demás. Además, las limitaciones a las libertades deben ser no discriminatorias, proporcionadas a la necesidad específica sobre la que se crearon. De hecho, la práctica de la religión cubre un amplio espectro, que puede incluir no solo rituales, sino, también, costumbres como el uso del velo. La prohibición francesa se aplica principalmente contra las mujeres que llevan el velo integral. Por lo tanto, del texto de la ley francesa, el debate anterior a su adopción y su aplicación en la práctica, es evidente que la prohibición tiene como objetivo el velo islámico integral, que es una forma de práctica religiosa para una minoría de mujeres musulmanas. La prohibición tiene un impacto desproporcionado en los miembros de una religión específica y en su esencia, repercute solo en las mujeres. La prohibición constituye, entonces, una forma de discriminación interseccional basada en el género y en la religión, infringiendo el artículo 26 del Pacto. El artículo 18.3 contiene algunas excepciones en las que pueden restringirse los derechos. Sin embargo, estas excepciones deben interpretarse estrictamente y no aplicarse en abstracto. En el presente caso, el Comité observa que el concepto de “vivir juntos” es muy vago y abstracto<sup>24</sup>. El Comité reconoce la necesidad de los Estados de exigir que las personas muestren sus rostros, en circunstancias específicas de riesgo para la seguridad pública o con fines de identificación. Sin embargo, la ley francesa no se limita a tales contextos, sino que es una prohibición

---

<sup>24</sup> Párrafo 8.10.

general y abstracta. Francia, en su defensa, no describió ningún contexto en la que exista una amenaza específica y pertinente para el orden público y la seguridad que justifique tal prohibición general del velo integral. El Estado parte tampoco proporcionó ninguna justificación o explicación de la seguridad pública sobre por qué está en concreto prohibido cubrir el rostro con fines religiosos (es decir, el *niqab*), mientras que no se sanciona a quienes se cubren la cara para otros fines, como eventos deportivos, artísticos y otras tradiciones religiosas (por ejemplo, procesiones). La sanción penal constituye una restricción significativa de los derechos de la demandante como mujer musulmana y el gobierno francés no ha justificado con pruebas que la prohibición sea proporcionada a ese objetivo o que es el medio menos restrictivo para alcanzar sus objetivos. Algunos comisionados concurren al voto de mayoría. En su opinión, el velo integral es discriminatorio y ha permitido a los hombres, en nombre de la religión, someter a las mujeres. Entonces, Francia podría perfectamente prohibir esas prácticas como protección a las mujeres, pero caso por caso. Ese es un objetivo legítimo de conformidad con el artículo 26 del Pacto y el artículo 5(a) de la Convención de la ONU sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979). Sin embargo, una sanción penal no es apropiada según las pruebas aportadas por el Estado miembro, es de hecho, demasiado extrema. Una sanción no penal y una prohibición limitada en algún contexto específico habrían sido mejores alternativas (por ejemplo, en la escuela, en los aeropuertos o cuando una mujer se ve obligada por un tercero a usar el *niqab*). La Corte Europea de Derechos Humanos estableció un estándar demasiado bajo en S.A.S (2014).

La opinión de los comisionados disidentes es muy interesante por la frontal defensa de la prohibición del velo integral. Para ellos es evidente que el velo integral constituye un riesgo para la seguridad pública, no se necesitan pruebas (una suerte de hecho notorio). Los ataques terroristas en Francia por hombres enmascarados son un hecho de la causa, lo que hace entendible y razonable la decisión del Parlamento francés. Francia es un país republicano, secular y democrático sin ninguna duda; la igualdad de género es uno de sus principios más fundamentales y también uno de los principios más esenciales del Pacto. El *niqab* en sí mismo es un símbolo de la estigmatización y degradación de las mujeres, según los disidentes. Los partidarios del *niqab*, en opinión de los disidentes, reducen a las mujeres a la condición de objetos sexuales, a un objeto sin mente ni razón, “potencialmente culpables de un desorden cósmico y moral”<sup>25</sup>. Desde este punto

---

<sup>25</sup> Párrafo 3.

de vista, las mujeres son, así, desterradas del espacio público. Un Estado democrático no puede permitir esa estigmatización, que, asimismo, las segrega de las demás mujeres. La prohibición francesa no es contraria al Pacto, ya que está en afinidad con el espíritu de su artículo 26. El uso del *niqab* o el *burka* es una costumbre que solo se sigue en algunos “países musulmanes” bajo la influencia del islamismo político y un creciente puritanismo. No todas las interpretaciones del *Corán* son iguales a los ojos de una sociedad democrática que ha fundado su sistema jurídico sobre los principios de la Declaración Universal de Derechos Humanos y del Pacto. Ciertas interpretaciones de los mandamientos religiosos (como la poligamia, la desigualdad en la herencia y el derecho del esposo a castigar físicamente a su esposa), que socavan la igualdad de género y la dignidad de la mujer, en suma, no pueden ser toleradas. Además, el orden constitucional francés se basa en el principio del laicismo, una característica relevante de sus tradiciones histórica y jurídica. El concepto de “vivir juntos” no es vago ni abstracto, sino preciso y específico. La sociedad en su conjunto tiene derecho a reconocer a sus miembros por sus rostros, que también son una muestra de su naturaleza social y humana. De hecho, la comunicación humana más básica es transmitida por el rostro. Al ocultar total y permanentemente los rostros humanos en público, se renuncia a la propia naturaleza social y se cortan los vínculos con sus compañeros, según los disidentes. Prohibir el uso del velo integral y penalizarlo con una pequeña multa no es desproporcionado. En este sentido, no puede haber comparación entre el *hiyab* (el velo parcial) y el *niqab*. Por último, esta cuestión es, en su esencia, política, ya que el Parlamento nacional aprobó una ley por una gran mayoría y el Comité no puede inmiscuirse. El procedimiento legislativo fue transparente y permitió el testimonio de muchas organizaciones, incluidas las mujeres musulmanas. Francia tiene buenas credenciales democráticas y buenos estándares en derechos fundamentales. Las mujeres podrían optar por llevar un velo menos extremo, que es legal en Francia.

Hay muchos aspectos que podrían discutirse a propósito de esta decisión: el abuso de la facultad de legislar, la interpretación restrictiva de la limitación de los derechos, el principio del mínimo daño, etc. Es claro que la gran mayoría de la población francesa desaprueba el uso del *burka* o del *niqab* y eso se tradujo en una ley de la república. Históricamente, las prohibiciones legales han incluido, por ejemplo, los juegos de azar, las drogas, el alcohol y el tabaco. En este caso, algunos tipos de vestimenta están prohibidos. En consecuencia, los Estados tienen facultades discrecionales para prohibir o no algún tipo de vestimenta religiosa y crear un delito de *malum prohibitum*. En efecto, la sentencia de la Corte parece indicar que la prohibición es justa solo porque está comandada por la

ley (*iustum quia iussum*: es justo porque es legal, porque se ordena), esto, con independencia de si el atuendo prohibido es incorrecto o malo en sí mismo (*malum in se*). La norma pasa el examen de convencionalidad pese a ser por completo fungible. En cambio, para la mayoría del Comité de Derechos Humanos de la ONU, una prohibición amplia, abstracta y general no es suficiente para satisfacer el estándar del Pacto. En su opinión, Francia debería haber aportado pruebas de que la prohibición estaba justificada por el contexto, por la existencia de un peligro real. Para los comisionados disidentes, el velo integral es *malum in se*, una práctica extrema que, por supuesto, afecta las libertades y la dignidad de las mujeres. Esta práctica, en su opinión, perversa en su esencia (como la mutilación genital femenina), independiente de las regulaciones estatales. La ley francesa n.º 2010-1192 solo se limitó a prohibir y sancionar levemente una costumbre radical que ni siquiera es un mandamiento esencial de la fe islámica, sino que está vinculada con el extremismo religioso, según los disidentes. Las autoridades francesas solo aplicaron la máxima *iustum quia iustum*: la prohibición se ordena porque es justa. Por consiguiente, las pruebas no eran necesarias porque la naturaleza de la práctica de la cobertura integral habla por sí misma (*res ipsa loquitur*). La legitimidad de la prohibición podría deducirse, con facilidad, de la propia naturaleza de la práctica fundamentalista en ausencia de pruebas directas. Por lo tanto, la carga de la prueba recae sobre el solicitante, no sobre el Estado. Además, Francia no tenía que aportar motivos detallados para justificar la prohibición, todos los motivos autorizados por el Pacto están en el espíritu de la ley. El Comité aborda cuestiones sustantivas, incluso las opiniones discrepantes que están en consonancia con la Corte Europea de Derechos Humanos.

El Comité profundiza y rechaza la excepción de cosa juzgada que afirma su jurisdicción, en efecto, porque la Corte no falló sobre la base del mérito ni justificó de manera suficiente su sentencia. Existe el deber de emitir sentencias motivadas, ya que es esencial para la legitimidad de los entes que ejercen jurisdicción. Proporcionar razones significativas que fundamentan una decisión es una función del debido proceso legal y, por lo tanto, de la justicia. Otro aspecto interesante es la reserva al Pacto planteada por Francia, según la cual una reclamación individual presentada excluye la competencia de otro organismo internacional, por ejemplo, en la Corte Europea de Derechos Humanos o la Corte Europea de Justicia (una suerte de principio de prevención). Por consiguiente, varios Estados han formulado una reserva al procedimiento de reclamación individual, según el cual no debería presentarse también la misma reclamación a otro organismo internacional. La idea es evitar decisiones

contradictorias debido a la fragmentación del derecho internacional de los derechos humanos. Dichas reservas evitan una segunda sentencia sobre la misma materia con las excepciones de cosa juzgada y *litis pendencia*. La decisión es muy pertinente desde el punto de vista procesal, ya que el Comité soslayó la reserva francesa, confirmó su competencia y relegó el asunto ya juzgado por la Corte Europea de Derechos Humanos en S.A.S. con Francia (2014). Ambas decisiones se contradicen entre sí y son una prueba de los problemas derivados de la fragmentación del derecho de los derechos humanos. En realidad, la proliferación y superposición de tratados, regímenes y órganos o tribunales de derechos humanos puede crear problemas prácticos. A continuación se revisará cómo Francia lo ha resuelto.

#### *IV. La posición francesa frente a las decisiones contradictorias de los entes internacionales*

La postura de los tribunales franceses frente a decisiones contradictorias puede verse claramente a través de dos casos relacionados sobre la objeción de conciencia: uno del Comité de Derechos Humanos de la ONU y otro resuelto por un tribunal francés.

En *Venier y Nicolas con Francia* (2000)<sup>26</sup>, dos objetores de conciencia al servicio militar se unieron al servicio civil alternativo. Los demandantes argumentaron que las normas de la administración pública eran discriminatorias, ya que los objetores de conciencia estaban obligados a desempeñar funciones de servicio nacional civil durante un periodo de dos años, mientras que el servicio militar no superaba un año. La Corte de Casación dictaminó que el diferente trato no era discriminatorio y no violaba los artículos 9-10 y 14 de la Convención. Los reclamantes llevaron el caso al Comité de Derechos Humanos de la ONU. En su opinión, la doble duración del servicio civil alternativo comparado al militar era una violación de los artículos 8, 18-19 y 26 del Pacto. La legislación impugnada era discriminatoria y no se basaba en criterios razonables ni objetivos. El gobierno de Francia sostuvo que la controversia estaba fuera de la jurisdicción del Comité de Derechos Humanos de la ONU, ya que la condición de objetor de conciencia no está comprendida en el ámbito de aplicación del Pacto y sí que es una cuestión de legislación nacional. Francia sostuvo

<sup>26</sup> Comunicaciones n.ºs 690/1996; 691/1996, UN Doc CCPR/C/69/D/690/1996; 691/1996, 1 de agosto de 2000.

que la situación de los reclutas que prestaban servicios civiles alternativos difería en su esencia de la de quienes prestaban servicio militar, mucho más severo. El periodo más largo de servicio civil alternativo es, además, una “prueba de sinceridad”, diseñada para evitar que los reclutas reclamen la condición de objetor de conciencia por razones de comodidad, lo que no es irrazonable ni punitivo.

El Comité declaró admisible la petición y una violación del artículo 26 (igualdad), ya que los autores fueron discriminados sobre la base de sus convicciones personales. Además, se consideró competente, ya que las reclamaciones no versaban sobre el derecho a la objeción de conciencia como tal (que pertenece a la jurisdicción del Estado), sino sobre el carácter discriminatorio de la duración del servicio para los objetores de conciencia. La cuestión esencial es si las condiciones específicas en las que los autores debían realizar un servicio alternativo constituyen una violación del Pacto. De conformidad con el artículo 8, los Estados pueden establecer diferencias entre el servicio militar y el servicio civil alternativo y que tales diferencias pueden, en un caso particular, justificar un periodo más largo. Sin embargo, en este caso, las razones expuestas se basan en que duplicar la duración del servicio como única manera de poner a prueba la sinceridad de un individuo. Tal argumento no satisface el requisito de que la diferencia de trato se base en criterios razonables y objetivos.

El mismo año, Stéphane Hauchemaille<sup>27</sup>, otro objetor de conciencia, estaba haciendo su servicio civil alternativo y tomó nota de la decisión en el caso Venier. El litigante llevó su caso al Tribunal Administrativo de París para reducir tiempo de servicio, lo que fue denegado. En su opinión, la diferencia seguía siendo discriminatoria. Según el Tribunal Administrativo, el Comité de Derechos Humanos de la ONU no era un órgano judicial; por consiguiente, su decisión no era vinculante. Este caso define la relación entre Francia y los entes cuasijudiciales de la ONU.

## V. Conclusiones

Estos dos últimos casos no solo tratan de objeción de conciencia, de hecho, van mucho más allá. Varios países han promulgado leyes que crean un servicio civil alternativo al militar, como el caso de Francia. La verdadera cuestión aquí son las condiciones discriminatorias en las que ambos

---

<sup>27</sup> Decisión de 11 de octubre de 2001 n.º 238849. Puede verse en inglés en Oxford Reports on International Law [ORIL] ILDC 767 (FR 2001), Consejo de Estado Francés, comentado y traducido por Julien Bonnet.

servicios deben realizarse. Otro aspecto relevante de lo aquí comentado, es la sinceridad de la objeción de conciencia y la forma en que Francia la controla. La verdadera importancia de estas decisiones es que ayudan a comprender la actitud francesa frente a la jurisprudencia contradictoria relacionada con los símbolos religiosos, en particular la controversia sobre la vestimenta islámica. El enfoque de las autoridades francesas explica su actitud hacia otros casos, como la prohibición del velo integral en Yaker (2018), y la prohibición de símbolos religiosos en las escuelas estatales en Singh (2012). En ambos casos, el Comité de Derechos Humanos de la ONU dictó decisiones contra Francia, aceptando las reclamaciones contra ambas prohibiciones. Al mismo tiempo, la Corte Europea de Derechos Humanos confirmó la convencionalidad de ambas prohibiciones en S.A.S. (2014), y Aktas (2009). La doctrina del margen de apreciación otorga más deferencia y discreción a la jurisdicción de los Estados. El Comité no ha desarrollado una doctrina similar, lo que explica la diferencia. Ese enfoque disímil ha llevado a una especie de *forum shopping* o foro de conveniencia. En realidad, los litigantes prefieren que su caso sea escuchado en el órgano judicial que probablemente proporcione una decisión en su favor. El mismo fenómeno se puede ver en el caso Leirvag con Noruega (2004)<sup>28</sup>, decidido por el Comité en relación con Folgero con Noruega (2007)<sup>29</sup>, fallado por la Corte, acerca de la enseñanza de religión en colegios estatales. De hecho, el Comité parece ser más favorable a los individuos que la Corte Europea de Derechos Humanos, que da más deferencia a los Estados.

Francia ha dejado claro que el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas es el foro inapropiado para discutir este tipo de materias; la Corte Europea de Derechos Humanos, en cambio, es más adecuada para este tipo de controversias, ya que es una “verdadera corte de justicia”. Al mismo tiempo, es posible que la mayor conexión geográfica sea un factor relevante. Más aun, los diversos sistemas jurídicos internacionales pueden funcionar en una relación de *lex generalis* opuesta a la *lex specialis*, representada por el sistema regional de derechos humanos, que podría aplicarse con preferencia. Con la fragmentación del derecho internacional de los derechos humanos, es un hecho de la causa que más de un organismo internacional puede reclamar competencia, ya que existe una superposición jurisdiccional. La litigación estratégica para aprovechar las discrepancias entre las jurisdicciones en concurrencia es cada vez más

---

<sup>28</sup> Comité de Derechos Humanos de la ONU, 2004, comunicación n.º 1155/2003, ICCPR, A/60/40 vol. II.

<sup>29</sup> App. 15472/02.

común. Esto es particularmente problemático en el derecho internacional de los derechos humanos, pues no existen principios claros como en el derecho internacional privado. Lo más probable es que sea la jurisprudencia y la práctica de los Estados la que decante reglas más claras en el futuro.

### *Bibliografía*

- BRIBOSIA, Emmanuelle and Isabelle RORIVE, “Le voile à l’école: une Europe divisée”, in *Revue Trimestrielle des droits de l’homme*, vol. 60, Bruselas, 2004.
- BRIBOSIA, Emmanuelle, Gabrielle CACERES & Isabelle RORIVE, “Les signes religieux au coeur d’un bras de fer entre Genève et Paris; la saga *Singh*”, in *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, vol. 98, Bruselas, 2014.
- LOENEN, Titia, “In search of an EU approach to headscarf bans: where to go after *Achbita* and *Bouagnaoui*?”, in *Review of European Administrative Law*, vol. 10, n.º 2, Groningen-Utrecht, 2017.
- MCGOLDRICK, Dominic, *Human rights and religion: The Islamic headscarf debate in Europe*, Oxford, Hart Publishing, 2006.

### *JURISPRUDENCIA*

#### Corte Europea de Derechos Humanos

- Aktas con Francia (2009), App. 43563/08
- Belcacemi & Oussar con Bélgica (2017), App. 37798/13
- Dahlab con Suiza (2001), App. 42393/98
- Dakir con Bélgica (2017), App. 4619/12
- Dogru & Kervanci con Francia (2008), Apps. 27058/05
- Folgero con Noruega (2008), App. 15472/02
- Handyside con el Reino Unido (1976), App. 5493/72
- Köse con Turquía (2006), App. 26625/02
- Leyla Sahin con Turquía (2005), App. 44774/98
- Ligue des musulmans de Suisse con Suiza (2011), App. 66274/09
- Osmanoglu & Kocabas (2017), App. 29086/12
- Ouardiri con Suiza (2011), App. 65840/09
- S.A.S. con France (2014), App. 43835/11
- Singh con Francia (2012), App. 15472/02
- Tekin con Turquía (2003), App. 41556/98

### Comité de Derechos Humanos de la ONU

Hebbadj con France (2018), comunicación n.º 2807/2016 CCPR/C/123/D/2807/2016

Hudoyberganova con Uzbekistan (2005), comunicación n.º 931/2000 CCPR/C/82/D/931/2000

Leirvag con Noruega (2004), comunicación n.º 1155/2003, ICCPR, A/60/40, vol. II

Singh con Francia (2012), comunicación n.º 1852/2008, CCPR/C/106/D/1852/2008

Venier y Nicolas con Francia (2000), Comunicaciones n.ºs 690/1996 y 691/1996, UN Doc CCPR/C/69/D/690/1996; 691/1996

Yaker con France (2018), comunicación n.º 2747/2016, CCPR/C/123/D/2747/2016

### Corte Europea de Justicia

Achbita y otro con G4S Secure Solutions [2017] IRLR 466 ECJ

Bouagnaoui y otro con Micropole SA [2017] IRLR 447 ECJ

### Consejo de Estado Francés

Decisión de 7 de octubre de 2010, n.º 2010-613 DC

Decisión de 11 de octubre de 2001 n.º 238849 DC

### Consejo Constitucional Francés

Sentencia de 7 de octubre de 2010, n.º 2010-613 DC

### Tribunal Administrativo de París

Decisión de 11 de octubre de 2001 n.º 238849



PROTEGIENDO LA LIBERTAD  
DE EMITIR OPINIÓN  
EN LOS CAMPUS UNIVERSITARIOS:  
UNA MIRADA AL DISCURSO OFENSIVO  
DESDE LA EXPERIENCIA ESTADOUNIDENSE

PROTECTING THE FREEDOM  
OF SPEECH IN UNIVERSITY CAMPUSES:  
A SIGHT AT THE OFFENSIVE SPEECH  
FROM THE AMERICAN EXPERIENCE

*Rodrigo Pablo Pérez\**

*Resumen*

En el presente artículo se presenta una visión de la jurisprudencia estadounidense relativa a la de la libertad de expresión en campus universitarios. Esta es una materia que se vuelve cada vez más conflictiva en Chile. Se argumenta que la experiencia estadounidense, fuertemente protectora de esta libertad, es un insumo valioso para analizar los pasos que debería seguir la jurisprudencia chilena.

Palabras claves: libertad de expresión, universidades, libertad de cátedra.

*Abstract*

The present article exposes an insight of the American case law about freedom of speech in universities and colleges. It is a topic that is becoming contested in Chile. The experience, where the freedom of speech has been strongly protected, is a relevant source for analyzing the route that Chilean Courts must follow.

Key words: freedom of speech, universities, academic freedom.

---

\* Profesor Pontificia Universidad Católica de Chile, LLM University of Edinburgh. Artículo recibido el 25 de noviembre de 2019 y aceptado para su publicación el 1 de marzo de 2020. Correo electrónico: rjpablop@gmail.com

*Introducción:*  
*Una libertad cuestionada*

La libertad de emitir opinión, la libertad religiosa y la libertad de cátedra son fundamentales para la existencia de una democracia robusta y para el control del poder. Además, para quienes nos dedicamos a la docencia universitaria, constituyen una garantía para pensar con autonomía y ayudar a nuestros estudiantes a desarrollar un pensamiento crítico que sirva de base al desarrollo moral y científico de la sociedad. Esta idea estuvo presente en la formación de la American Association of University Professors<sup>1</sup>, y así, también, lo han visto las Cortes estadounidenses al señalar:

“el futuro de nuestra nación depende de líderes educados con gran exposición a robustos intercambios de ideas, que descubra la verdad desde múltiples lenguas, en lugar de a través de una selección autorizada”<sup>2</sup>,

o que

“imponer cualquier camisa de fuerza sobre líderes intelectuales en nuestros *colleges* o universidades pondría en peligro el futuro de nuestra nación”<sup>3</sup>.

Estados Unidos es uno de los países que con mayor fuerza defiende la libertad de cátedra, la de los proyectos universitarios y las expresiones al interior de los campus. En este país, la libertad de cátedra<sup>4</sup>, de asociación<sup>5</sup> y de los alumnos para manifestarse es considerada una forma de la libertad de expresión protegida por la Primera Enmienda, y cuenta con la protección que la jurisprudencia de dicho país ha dado a esta garantía, la que es amplísima y única al compararla con otros países del mundo<sup>6</sup>. En este sentido, la jurisprudencia estadounidense ha mantenido una tradición de la libertad de expresión basada en el liberalismo, frente a otras sustentadas en una idea de dignidad<sup>7</sup> o de justicia<sup>8</sup>, que, en ciertos

---

<sup>1</sup> Raúl MADRID, *Libertad de cátedra moderna y antigua*, p. 16.

<sup>2</sup> U.S. SUPREME COURT (1967), *Keyishian v. Board of Regents of the University of New York*, 385 US 589, 603.

<sup>3</sup> U.S. SUPREME COURT (1957), *Sweezy v New Hampshire*, 354 US 234, 250.

<sup>4</sup> Matthew HERTZOG, *Protections of Tenure and Academic Freedom in the United States*, p. 168.

<sup>5</sup> U.S. SUPREME COURT (2000), *Boy Scouts of America et al v. Dale*, 530, US, 640, 648.

<sup>6</sup> Rafael ALCÁ CER, “Víctimas y disidentes. El discurso del odio en EE.UU. y Europa”, p. 50.

<sup>7</sup> ALCÁ CER, *op. cit.*, p. 51.

<sup>8</sup> Sandra KORN, “The Doctrine of Academic Freedom”.

casos, permitirían limitar algunos tipos de discursos o formas de expresar los mismos. Estas otras tradiciones han permeado en Europa y en parte importante de la misma sociedad estadounidense.

Así, los tribunales europeos sancionan discursos académicos que puedan ser ofensivos para minorías, y tal fue el caso de una profesora austriaca condenada a pagar una multa de 480€ por exponer en un seminario que Mahoma no era digno de ser venerado porque su relación con Aisha (niña de seis años con la que se casó cuando tenía 56 años) daba cuenta de él como un pedófilo. Los tribunales austriacos y luego el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, consideraron que estas expresiones eran simplemente derogatorias del profeta y resultaban ofensivas para personas que las escucharon por dañar sentimientos religiosos<sup>9</sup>.

Por su parte, los *millennials* estadounidenses parecen creer más que las generaciones anteriores en que el Estado puede imponer limitaciones a discursos que puedan resultar “ofensivos” para “minorías”. Así, mientras un 27% de los *gen xers*, un 24% de los *boomers* y un 12% de los *silents* creen que el gobierno debería poder impedir discursos ofensivos, en los *millennials* esta proporción es de un 40%. Asimismo, en diversas universidades de Estados Unidos se cancelan las visitas de expositores que parecen ofensivos para los alumnos por lo que han dicho o hecho, y tales pueden ser los casos de la exsecretaria de Estado Condoleezza Rice, la actual secretaria de Educación Betsy DeVos, el exsenador demócrata Jim Webb o de la presidenta del Banco Central Europeo Christine Lagarde –y la tendencia va en aumento<sup>10</sup>. Más aún, un 37% de los estudiantes considera que está bien silenciar personas con las que no concuerdan y un 10% justifica el uso de la violencia en esos casos<sup>11</sup>.

Esto ha tenido repercusiones en el ámbito académico. De este modo, de acuerdo con Gallup el año 2016 un 54% de los estudiantes estadounidenses creía “que el clima de sus campus impide a muchos expresar su opinión porque otros pueden encontrarlo ofensivo”<sup>12</sup>, número que aumentó a 61% en 2017<sup>13</sup>. Por su parte, desde el mundo académico y de los medios estadounidenses se señalan similares preocupaciones, que permiten visualizar que las ideas de tolerancia y multiculturalismo siguen agendas políticas que redundan en censurar a quienes piensan

---

<sup>9</sup> EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS (2018), case of E.S. v. Austria, Application no. 38450/12, August 25, 2018.

<sup>10</sup> Alex MOREY, “Campus Disinvitations Set Record in 2016”.

<sup>11</sup> “The Global Gag on Free Speech is Tightening”.

<sup>12</sup> GALLUP, *Free Expression on Campus: A Survey of U.S. College Students and U.S. Adults*, p. 4.

<sup>13</sup> Jeffrey M. JONES, “More U.S. College Students Say Campus Climate Deters Speech”.

diferente<sup>14</sup>. Se agrega que las normas que buscan terminar con el acoso, golpean tanto genuinas conductas inapropiadas como discursos que no causan daño real, así

“enfrentados a la incertidumbre legal, muchos profesores evitarán cualquier comentario que pueda ser remotamente interpretado como creador de un ambiente hostil”<sup>15</sup>.

Este concepto de lo ofensivo y las limitaciones que él puede imponer a la libertad de expresión, cátedra y discusión al interior de las universidades ha llegado a Chile, como se da cuenta en diversos seminarios<sup>16</sup>, columnas de opinión<sup>17</sup> y conflictos suscitados al interior de universidades<sup>18</sup>. En este sentido, el exdiputado y candidato presidencial José Antonio Kast fue “funado” en la Universidad Católica de Temuco y en la Universidad Arturo Prat de Iquique, siendo necesaria la participación de la policía para asegurar su integridad física. Además, fue desinvitado por la Universidad de Concepción, la que reaccionó a una carta de alumnos que manifestaban que su presencia les parecía inapropiada, pues él era un tipo que promovía un discurso violento<sup>19</sup>. Una alumna señaló que su discurso violento se probaba en el hecho de que se oponía al aborto y por lo mismo lo tildó de “misógino”<sup>20</sup>. Asimismo, en la Universidad de Chile alumnos y profesores son agredidos por sus opiniones políticas siendo impedidos de impartir o asistir a clases, sin haber respuestas contundentes ni de las autoridades universitarias ni estatales<sup>21</sup>. Por su parte, en la Universidad Católica, a petición de la Federación de Estudiantes, dicha casa de estudios abrió un proceso disciplinario contra dos alumnos que colgaron un cartel que decía “los niños tienen derecho a tener un papá (xy) y una mamá (xx)” y publicaron en una página de *facebook* una carta en la que daban cuenta de su postura frente a los debates concernientes a la composición

---

<sup>14</sup> Kenneth LASSON, “The Decline of Free Speech on the Postmodern Campus: The Troubling Evolution of the Keckler’s Veto”, pp. 89-90.

<sup>15</sup> *Op. cit.*, p. 90.

<sup>16</sup> Véanse opiniones de Fernando Montes, Cristóbal Orrego, Carlos Peña, Eduardo Valenzuela y Ángela Vivanco en MADRID, *Libetad...*, *op. cit.*, pp. 75-152

<sup>17</sup> Gonzalo ROJAS, “Aula universitaria segura”.

<sup>18</sup> Manuel CABRERA, “Sigue polémica entre Kast y UdeC: protagonizó altercado con alumna que lo trató de misógino”; Marcelo CASTRO, “José Antonio Kast protagoniza impasse en la U de C”; Ramón REYES y Leslie AYALA, “Estudiantes de Derecho de la U. de Chile funan en clases a profesor que defendió el golpe”; Carlos SAID, “Alumna de la Universidad de Chile vuelve a sufrir agresión: Sus compañeros la expulsaron de la sala de clases”

<sup>19</sup> CASTRO, *op. cit.*

<sup>20</sup> CABRERA, *op. cit.*

<sup>21</sup> REYES Y AYALA, *op. cit.*; SAID, *op. cit.*

de la familia y al camino que estos debates habían tomado en la misma universidad<sup>22-23</sup>.

La jurisprudencia estadounidense ha reaccionado contra esta tendencia y, especialmente, contra el concepto de lo ofensivo como parámetro de la limitación a la libertad de expresión. Se considera a este concepto de lo ofensivo como algo más bien preocupante por cuanto la definición tiende a ser subjetiva e ir más allá de ofensas bien establecidas, a veces involucrándose con asuntos a menudo debatidos<sup>24</sup>. Más aún, se afirma que cualquier materia de desacuerdo parece ser tenida como ofensiva<sup>25</sup>. En este sentido, se puede señalar:

“el canon de lo ofensivo que se utiliza [...] no es el contemplado en el derecho tradicional, en términos de injurias y calumnias. La idea de la agresión lingüística parece encontrarse vinculada con la pretensión de (a) afirmar algo como hipotético o verdadero desde el punto de vista político, social, jurídico o moral, y (b) que dicha afirmación sea entendida como contraria a alguna minoría. La teoría de la victimización [...] consiste en dividir la sociedad en [...] víctimas y victimarios”<sup>26</sup>.

Así, esta investigación pretende dar cuenta de ciertos aspectos de la jurisprudencia estadounidense relacionados con la libertad de expresión en universidades y *colleges*, mismo que es un insumo importante para la realidad chilena, y especialmente relevante por cuanto es en aquel país donde surge la idea de lo “políticamente correcto”, que es la base del cuestionamiento actual a la libertad de expresión, especialmente en las universidades<sup>27</sup>. Además, esta jurisprudencia ha logrado mantener la diversidad de opiniones y la estabilidad del sistema universitario más grande y diverso del mundo.

De este modo, se hace necesario dar cuenta de los bienes jurídicos que la jurisprudencia americana ha buscado proteger con la garantía de la libertad de expresión (II); la base constitucional de la protección de la libertad de expresión y su aplicación general a las universidades (III); la aplicación concretas de estas doctrinas en instituciones privadas (IV); su aplicación en universidades públicas y los límites generales de la libertad

<sup>22</sup> Formulación de Cargos a la alumna Magdalena Moncada Zúñiga, 4 de diciembre de 2018, considerando 9°.

<sup>23</sup> ASOCIACIÓN DE ESTUDIANTES SAN ALBERTO HURTADO, “Carta a los estudiantes de la PUC”.

<sup>24</sup> Erwin CHEMERINSKY, “The Challenge of Free Speech on Campus”, p. 592, 597-598.

<sup>25</sup> “The Global Gag...”, *op. cit.*

<sup>26</sup> Raúl MADRID, “¿Existe todavía libertad de cátedra? Dos corrientes polémicas en la academia norteamericana contemporánea”, p. 37.

<sup>27</sup> *Op. cit.*, pp. 39-40.

de expresión (V); por último, se plantean algunos principios generales de contraste de la línea estadounidense con las de otros países del mundo y se señala qué aportes brinda esta visión a la jurisprudencia chilena (VI).

Es importante hacer presente al lector que este trabajo se enfocará en hacer un sumario de los grandes principios, dejándose fuera distintos detalles como, por ejemplo, la regulación aplicable a universidades privadas cuando ellas reciben fondos públicos o las leyes y disposiciones constitucionales que mandan a las universidades privadas a respetar la Primera Enmienda. Tampoco se tratará de los principios en que se sustentan aquellos que llaman a censurar ciertos discursos considerados como ofensivos, ni se ahondará mayormente en la relación entre las regulaciones del discurso y las del acoso, sobre las cuales la jurisprudencia de Estados Unidos ha tenido oportunidad de pronunciarse. Cosas como esta, serán objeto de trabajos posteriores.

### *I. ¿Por qué se debe proteger la libertad de expresión en las universidades y ver con recelo el discurso ofensivo?*

La mayoría de autores y publicaciones<sup>28</sup>, así como la jurisprudencia estadounidense se han referido en reiteradas ocasiones a la necesidad de proteger la libertad de expresión. En este sentido, una sentencia reciente resume los argumentos que tradicionalmente se han dado al señalar que ella permite mantener la pluralidad cultural de Estados Unidos y la expresión de ideas sin temor a ninguna sanción, liberando a los hombres de la esclavitud de miedos irracionales, permitiendo un mejor entendimiento de las ideas de los otros, muchas veces rechazadas sobre la base de prejuicios. Agrega que la protección de los discursos de las minorías es una garantía de la democracia, siendo el disenso parte esencial del proceso político. También que ella promueve que las ideas que disgustan sean combatidas a través de más ideas<sup>29</sup>. Concluye señalando:

“el discurso es usualmente provocativo y desafiante. Él puede golpear los prejuicios y concepciones previas de nuestra sociedad y tener efectos profundamente perturbadores cuando él lucha por la aceptación de alguna idea. Excluir puntos de vista del mercado de las mismas nos daña al ponernos en el riesgo de ponernos a nosotros mismos al servicio de las tiranías de las mayorías gobernantes y, por ende, impedir el avance

<sup>28</sup> John GOULD, *Speak no Evil: The Triumph of Hate Speech Regulations*, pp. 37-39.

<sup>29</sup> 6TH U.S. CIRCUIT COURT OF APPEALS (2015), *Bible Believers v. Wayne County*, 805 F. 3d 228, 230-231.

de la verdad, las ciencias, la moralidad y las artes. Estas son algunas de las razones por las que la Primera Enmienda es parte integral de la vitalidad y longevidad de una sociedad libre. Estas son las razones por las que nosotros debemos aceptar nuestras diferencias y permitir a nuestros conciudadanos expresar sus puntos de vista sin importar nuestro disgusto por lo que ellos tienen que decir<sup>30</sup>.

Asimismo, en el primer *landmark* de la libertad de cátedra, los jueces hicieron presente que más allá de los valores antes reseñados en el párrafo anterior, para que las ciencias avancen es necesaria la libre expresión de ideas y que las universidades tienen como fin el conocimiento, el cual no pueden producir sin que sus profesores la utilicen para investigar y enseñar<sup>31</sup>. Más aún, hicieron hincapié en la necesidad de universidades libres para la existencia de sociedades libres<sup>32</sup>.

Por su parte, un conocido autor señala que las universidades no deben adoptar códigos de conducta que puedan atentar contra la libertad de expresión. Ello porque, en primer lugar, esos códigos son, en extremo, vagos, lo que redundaría en el castigo basado no en conductas concretas, sino, más bien, en ideas políticas o visiones de mundo. Lo que provoca, en muchos, temor de decir lo que piensan si se trata de un asunto controvertido<sup>33</sup>. Agrega que conceptos como ‘estigmatizante’, ‘degradatorio’ o ‘insultante’ son vagos y, en esencia, cargados en el ámbito político. Así, las regulaciones del discurso pueden llevar a castigar a numerosas personas que no pueden siquiera sospechar que su conducta ofende a alguien. Así, señala “que personas serán castigadas por sus visiones políticas siendo el resultado arbitrario y usualmente sorpresivo”<sup>34</sup>. Desde aquí se avanza a un segundo argumento contra estas regulaciones:

“ellas son usualmente usadas para castigar la libertad de expresión de minorías y otros que no fueron los objetivos entendidos por las regulaciones”<sup>35</sup>.

En tercer lugar, señala que de la sanción del lenguaje y la expresión hay un paso pequeño a la sanción de las ideas<sup>36</sup>. Finalmente, indica que estas prohibiciones llevan tanto a crear mártires de ciertas causas como a impedir el intercambio de ideas que lleva a un mejor entendimiento<sup>37</sup>.

<sup>30</sup> 6TH U.S. CIRCUIT COURT OF APPEALS (2015), *op. cit.*, 261-262.

<sup>31</sup> U.S. SUPREME COURT (1957), *op. cit.*, 250, 261.

<sup>32</sup> *Op. cit.*, 250, 262.

<sup>33</sup> CHEMERINSKY, “The Challenge...”, *op. cit.*, p. 595.

<sup>34</sup> *Op. cit.*, p. 596.

<sup>35</sup> *Op. cit.*, p. 597.

<sup>36</sup> *Op. cit.*, p. 599.

<sup>37</sup> *Op. cit.*, p. 598.

En este último sentido, se ha sostenido que sancionar los discursos ofensivos no solo no reduce las inclinaciones que se pretende desincentivar, sino que, además, puede dañar ese objetivo<sup>38-39</sup>. En efecto, no hay evidencia de que censurar los discursos desaliente las ideas en que se basan. Por el contrario, la evidencia muestra que el discurso censurado, por el hecho de serlo se vuelve más atractivo. Asimismo, tampoco hay evidencia de que esto ocurra en los países donde los discursos ofensivos son sancionados<sup>40-41</sup>. Al revés, se advierte que la penalización de los discursos de odio u ofensivos solo mueve el área de la discusión a lugares donde la posibilidad de un debate es más difícil. En este sentido, existe copiosa evidencia de que la sociedad se moviliza para mostrar con claridad su punto de vista frente a situaciones que le parecen ofensivas, lo que es entorpecido por la penalización de las mismas<sup>42</sup>. Además, las políticas contra el discurso de odio entorpecen el diálogo entre distintos grupos, lo que constituye una condición esencial para reducir la discriminación. En efecto, educación, discusión libre, malentendidos y faltas de sensibilidad son mejores promoviendo relaciones positivas entre grupos que las batallas legales. Así, las normas que castigan el discurso ofensivo solo aumentan la tensión entre grupos<sup>43</sup>.

Se señala que el concepto de lo políticamente correcto golpea el corazón de la educación universitaria, al transformar las universidades en kindergártenes para adultos, pues no permiten la exposición a otras concepciones de mundo por suponer que estas podrían despertar traumas en los estudiantes<sup>44</sup>. Además, politiza el discurso académico<sup>45</sup>. Todo lo cual representa un retroceso, siendo la elevación de la seguridad sobre el rigor académico la representación de la muerte de la universidad como ha sido entendida en tiempos modernos<sup>46</sup>. Aquí se daña la promoción de la lectura, del debate académico, la posibilidad de los profesores de comprometerse con el desarrollo de sus alumnos, la seguridad de los profesores para enseñar y las mismas ideas de autonomía y subjetividad<sup>47</sup>. Lo último, por cuanto estas restricciones niegan que los seres humanos puedan evaluar la realidad por ellos mismos y así reconocer lo que está

---

<sup>38</sup> Nadine STROSSEN, "Regulating Racist Speech on Campus: A Modest Proposal", p. 554.

<sup>39</sup> "The global gag...", *op. cit.*

<sup>40</sup> STROSSEN, *op. cit.*, p. 554.

<sup>41</sup> "The global gag...", *op. cit.*

<sup>42</sup> STROSSEN, *op. cit.*, p. 560.

<sup>43</sup> *Op. cit.*, p. 561.

<sup>44</sup> Brenda O'NEILL, "From No Platform to Safe Space: A Crisis of Enlightenment", p. 5.

<sup>45</sup> *Op. cit.*, pp. 5-6.

<sup>46</sup> O'NEILL, *op. cit.*, p. 6.

<sup>47</sup> *Op. cit.*, pp. 7-8.

bien y mal, así como su capacidad para expresar su subjetividad en la sociedad<sup>48</sup>. Otros señalan que el peor daño se hace al debate político, al educar a una generación de líderes intolerantes<sup>49</sup>.

Sobre la forma de proteger estos valores, la jurisprudencia de Estados Unidos ha sabido distinguir la protección de la libertad de expresión en la sociedad en general y al interior de las instituciones educacionales. Así, por un lado, ha trazado una clara división entre instituciones públicas y privadas que tiene por fin proteger la libertad de asociación, que se considera una de las bases de la expresión<sup>50</sup>. Por otro, ha determinado que no se puede limitar el discurso sobre asuntos públicos en lugares públicos<sup>51</sup> y ha señalado que el Estado no puede preferir ciertos puntos de vista, debiendo mantener la neutralidad en la sociedad<sup>52-53</sup>. A continuación se revisarán estos asuntos.

## *II. La protección de la libertad de expresión en la Constitución de Estados Unidos y la división entre universidades públicas y privadas*

La protección de la libertad de expresión en las universidades de Estados Unidos se ha basado principalmente en la Primera Enmienda de la Constitución, la que garantiza el *free speech*<sup>54</sup> –lo que según los tribunales va más allá de los meros discursos y aborda otras manifestaciones expresivas<sup>55</sup>. Hay, sin embargo, profesores que han desafiado esta tesis por sostener que la Enmienda se dirige a proteger el debate público de la acción del gobierno, y que las universidades cumplen una función distinta: educar, materia en la cual no pueden respetar la neutralidad de discursos debiendo seleccionar y enseñar acerca del valor de los mismos conforme con su respectiva misión<sup>56</sup>.

---

<sup>48</sup> O'NEILL, *op. cit.*, pp. 16.

<sup>49</sup> Robert POST, "There is no 1<sup>st</sup> Amendment right to speak on a college campus".

<sup>50</sup> U.S. SUPREME COURT (2000), *op. cit.*, 642.

<sup>51</sup> U.S. SUPREME COURT (1995), *Rosenberg et al. v. Rector and Visitors of University of Virginia et al.*, 515 US, 819, 819-820.

<sup>52</sup> U.S. SUPREME COURT (1992), *RAV v. City of Saint Paul, Minnesota*, 505 US, 377.

<sup>53</sup> U.S. SUPREME COURT (1995), *Rosenberg et al.*, *op. cit.*, 819-820.

<sup>54</sup> Primera Enmienda de la Constitución de Estados Unidos: *Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.*

<sup>55</sup> Victoria L. KILLION, "The First Amendment: Categories of Speech".

<sup>56</sup> POST, *op. cit.*

Estas opiniones son controvertidas<sup>57</sup> y en los hechos no parecen ir con lo que ha sido la interpretación de la mayoría de los autores y tribunales. En efecto, la Corte Suprema ha señalado:

“nuestras decisiones no dejan duda alguna sobre el hecho de que los derechos de expresión y asociación de la Primera Enmienda se extienden a los campus de las universidades estatales”<sup>58</sup>.

Sin perjuicio de ello, se establecen excepciones que derivan de la función propia de la universidad o de la colisión de la libertad de expresión con la de asociación.

En el primero de estos grupos, las Cortes son renuentes a intervenir en la autonomía universitaria<sup>59</sup>. Un resumen de esta doctrina se encuentra en Axson-Flynn, donde una estudiante de teatro mormona demandó a la Universidad de Utah por cuanto en las representaciones se le pedía decir palabras groseras que ella se negaba a pronunciar (*e.g.* ‘*fuck*’) o a tomar el nombre de Dios en vano<sup>60</sup>. Al respecto la Corte señaló que por no ser el auditorio un foro público, los funcionarios estatales (profesores) podían “de una manera razonable” regular el discurso dentro de él<sup>61</sup>. Agregó que el discurso que se daba en la clase era uno auspiciado por la universidad, por lo que ella ejerce control editorial sobre el mismo<sup>62</sup> –se ha fallado que las escuelas pueden ejercer control editorial de los discursos que ellas promocionen dentro de límites razonables relacionados con sus fines pedagógicos<sup>63</sup>. Además, sostuvo que por darse dentro de la sala de clases y por ser parte del discurso propio del modelo educacional de la escuela, entonces no se viola la libertad de expresión<sup>64</sup>. Asimismo, hizo notar que existe gran deferencia con los profesores para tratar con alumnos disruptivos del orden de las clases y que ellos les pueden imponer la obligación de expresar un punto de vista que no es el suyo en orden a hacerlos pensar críticamente<sup>65</sup>. Lo anterior, por cuanto un estándar distinto daría a los estudiantes poder de veto sobre el currículo<sup>66</sup>. En suma, concluye que el

---

<sup>57</sup> LASSON, *op. cit.*, pp. 84-85.

<sup>58</sup> U.S. SUPREME COURT (1981), *Widmar v. Vincent*, 454 U.S. 263.

<sup>59</sup> Kelly SARABYN, “Free Speech at Private Universities”, p. 161.

<sup>60</sup> 10TH U.S. CIRCUIT COURT OF APPEALS (2004), *Axson-Flynn v. Johnson*, 356 F. 3d 1277, 1281.

<sup>61</sup> *Op. cit.*, 1285.

<sup>62</sup> *Ibid.*

<sup>63</sup> U.S. SUPREME COURT (1988), *Hazelwood School Dist. v. Kuhlmeier*, 484 US 260, 273.

<sup>64</sup> 10TH U.S. CIRCUIT COURT OF APPEALS (2004), *op. cit.* 1277, 1290.

<sup>65</sup> *Op. cit.*, 1290-1291.

<sup>66</sup> *Op. cit.*, 1292.

papel de los tribunales se encuentra en esclarecer si las limitaciones a la libertad de expresión impuestas en un ambiente académico son propias del mismo o este es solo un pretexto<sup>67</sup>.

Otra sentencia referida a discusiones acerca de la aceptación y evaluación de un trabajo dispuso:

“los estudiante no pierden enteramente su derecho a expresarse como individuos en la sala de clase, pero las cortes federales deben moderarse particularmente en conflictos de salas de clases entre alumnos y profesores sobre materias que se encuentran dentro de la autoridad ordinaria del profesor sobre el currículo y el contenido del curso [...] mientras el profesor no viole la ley o las políticas del establecimiento tiene amplia autoridad para basar las notas del alumno en su visión acerca del mérito del estudiante [...] donde el aprendizaje es el foco, como en la sala de clases, la expresión de los estudiante puede ser más limitada que en un periódico escolar o en un foro abierto. Mientras el profesor limite el discurso o evalúe el discurso en el mismo aprendizaje y no como pretexto para castigar al estudiante por su raza, género, estrato social, religión o visión política, las Cortes federales no deben interferir”<sup>68</sup>.

El segundo de los puntos reseñados se refiere a las limitaciones que nacen del conflicto entre libertad de expresión y de asociación<sup>69</sup>. Las universidades privadas, por no ser organismos estatales, no son regidas por la Primera Enmienda y pueden imponer restricciones a la expresión de sus alumnos y profesores<sup>70-71</sup>. Se rigen principalmente por sus estatutos y su relación con estudiantes, profesores y demás *stakeholders*, relación que es de naturaleza contractual, rigiéndose los derechos de los implicados por la ley del contrato<sup>72</sup>.

En este sentido, lo que se protege no es el derecho a la libertad de expresión del individuo, sino de la asociación<sup>73</sup>. Se sostiene que esto es mejor para el desarrollo de esa libre expresión en el país, ya que al ser la mayoría de las instituciones reguladas por la Primera Enmienda, que algunos puedan tener regulaciones alternativas aumenta la disponibilidad de ideas y libertad en general<sup>74</sup>.

<sup>67</sup> 10TH U.S. CIRCUIT COURT OF APPEALS (2004), *op. cit.*, 1293.

<sup>68</sup> 6TH U.S. CIRCUIT COURT OF APPEALS (1995), *Settle v. Dickson County School Bd.*, 53 F. 3d 152, 155.

<sup>69</sup> SARABYN, *op. cit.*, p. 146.

<sup>70</sup> *Op. cit.*, p. 145.

<sup>71</sup> U.S. SUPREME COURT (1995), *Hurley v. Irish-American Gay, Lesbian and Bisexual Group of Boston, Inc.*, 515, US, 557, 566.

<sup>72</sup> SARABYN, *op. cit.*, p. 146.

<sup>73</sup> *Op. cit.*, p. 155.

<sup>74</sup> Ben TRACHTENBERG, “Private Universities and the First Amendment”, p. 85.

*III. La libertad de expresión al interior  
de las universidades privadas se subordina  
a la libertad de asociación y a la autonomía de los fundadores*

El derecho protege la libertad de expresión de las asociaciones privadas. Más aún, considera que la de asociación es inseparable de la primera y uno de sus más fuertes fundamentos. Así, la Corte Suprema ha decidido:

“implícito en los derechos para involucrarse en las actividades protegidas por la Primera Enmienda está el derecho a asociarse con otros para perseguir gran variedad de fines políticos, sociales, económicos, educacionales, religiosos y culturales. Este derecho es crucial para impedir a la mayoría imponer sus visiones a grupos que expresan otras ideas, quizás, impopulares”<sup>75</sup>.

Desde aquí, la autonomía de las universidades privadas es protegida de las interferencias de la autoridad estatal<sup>76</sup>, y las instituciones educacionales privadas pueden limitar y regular la libertad de expresión de sus miembros<sup>77</sup>.

En este sentido, se ha determinado que las organizaciones pueden excluir a personas que tengan un estilo de vida u opiniones incompatibles con los valores que ellas quieren promover<sup>78</sup>, que se puede excluir de una *parade* una presentación que manifiesta un mensaje que los organizadores no desean compartir<sup>79</sup>, que pueden expulsarse alumnos que no cumplan con los principios y la conducta religiosa exigida por el establecimiento<sup>80</sup>, que puede negarse el grado académico a un estudiante de un seminario cristiano que es abiertamente homosexual<sup>81</sup>, que una universidad católica no tiene el deber de reconocer a una organización de estudiantes gay<sup>82</sup>, que una universidad puede expulsar un alumno por violar sus códigos de conducta<sup>83</sup>.

Sin perjuicio de ello, la libertad de los cuerpos intermedios no es absoluta y está sujeta a limitaciones<sup>84</sup>. En la determinación de estas, los

<sup>75</sup> U.S. SUPREME COURT (2000), *op. cit.*, 648.

<sup>76</sup> FIRE, *Guide to Free Speech on Campus*, p. 60.

<sup>77</sup> *Op. cit.*, p. 57.

<sup>78</sup> U.S. SUPREME COURT (2000), *op. cit.*, 642.

<sup>79</sup> U.S. SUPREME COURT (1995), *Hurley v. Irish-American Gay...*, *op. cit.* 557.

<sup>80</sup> NEW YORK APPELLATE DIV., 2ND DEPT. (1962), *Matter of Carr v. St. John's Univ.*, New York, 17 AD 2d 634.

<sup>81</sup> KENTUCKY COURT OF APPEALS (1979), *Lexington Theological Seminary v. Vance*, 596 SW 2d 14.

<sup>82</sup> DISTRICT OF COLUMBIA COURT OF APPEALS (1987), *Gay Rights Coalition of Georgetown University Law Center et al. v. Georgetown University*, 536 A.2d 1, 5.

<sup>83</sup> COURT, ED VIRGINIA (2009), *Key v. Robertson*, 626 F. Supp. 2d 566.

<sup>84</sup> FIRE, *op. cit.*, p. 61.

tribunales se preguntan si la limitación en concreto afecta el mensaje que la organización quiere entregar y los fines de la organización en general<sup>85</sup>. Asimismo, observan el nivel de afectación que la limitación significa para los fines de la organización<sup>86</sup>. Así, se ha fallado que Rotary International debe tolerar la imposición de la admisión de mujeres en uno de sus clubes, pues ello no afecta sus fines y va en línea con la preocupación estatal por eliminar la discriminación contra la mujer<sup>87</sup>; que una ley que impone a universidades privadas, como Stanford, la obligación de respetar la Primera Enmienda, puede significar que sus códigos de conducta no puedan limitar los discursos ofensivos de sus estudiantes por cuanto esta restricción no representa un obstáculo para los fines de estas universidades<sup>88</sup> —en particular se discute el caso de la Leonard Law, que ordena aplicar la Primera Enmienda a establecimientos privados, siempre que no sean controladas por grupos religiosos y que dicha aplicación afecte los principios religiosos de tales grupos<sup>89</sup>; que, si bien una universidad católica no tiene porqué reconocer a un grupo de estudiantes gay, debe otorgarles igual acceso a sus instalaciones<sup>90</sup>; o que, si bien los campus universitarios pueden oponerse al reclutamiento militar de sus alumnos, no se opone a su libertad de expresión el hecho de que este reclutamiento tenga lugar en sus dependencias<sup>91</sup>.

Adicionalmente, las instituciones deben comportarse con sus miembros de buena fe, respetando sus propios estándares y reglas, proscribiéndose las decisiones arbitrarias y caprichosas<sup>92</sup>. En este sentido, deben respetar los contratos suscritos con quienes participen en ellas y honrar las expectativas que su conducta institucional haya generado en sus miembros y contrapartes.

Un caso emblemático es *McAdams v Marquette*. Aquí, el profesor John McAdams, comentó en su blog un intercambio entre un alumno y la profesora Cheryl Abbate, en el que ella manifestó al estudiante que en su clase de Teoría Ética no se discutirían asuntos tales como los derechos de los homosexuales en los que “todos están de acuerdo”, por ser esas discusiones

---

<sup>85</sup> U.S. SUPREME COURT (2000), *op. cit.*

<sup>86</sup> U.S. SUPREME COURT (1987), Board of Director of Rotary International *et al.* v. Rotary Club of Duarte *et al.*, 481 US 544-545.

<sup>87</sup> *Op. cit.* 548-549.

<sup>88</sup> CALIFORNIA SUPREME COURT (1995), Corry v. Leland Stanford Jr. University, case No. 740309.

<sup>89</sup> *California Education Code*, § 94367.

<sup>90</sup> DISTRICT OF COLUMBIA COURT OF APPEALS (1987), *op. cit.*, 5.

<sup>91</sup> U.S. SUPREME COURT (2006), *Rumsfeld v. Forum for Academic and Institutional Rights, Inc.*, 547 US 70.

<sup>92</sup> FIRE, *op. cit.*, p. 61.

ofensivas. Luego, lo invitó a dejar el curso si esto no le parecía<sup>93</sup>. John McAdams señaló en su blog que esta era una “táctica típica entre los liberales hoy”: señalar que las ideas con las que ellos discrepan no solo son errores contra los que se debe contrargumentar, sino ofensas que no requieren contrargumentos<sup>94</sup>. Ante esto, Cheryl Abbate presentó un reclamo a la universidad, la que procesó al profesor, quien fue inmediatamente suspendido<sup>95</sup>.

El proceso tuvo diversas irregularidades, entre las que destaca el hecho de que algunos miembros del Comité de Audiencia de la Facultad, encargado de hacer la propuesta de resolución del caso al presidente de la universidad, con antelación habían manifestado sus opiniones sobre el asunto, siendo ellas contrarias a John McAdams, y no se recusaron a pesar de haberse presentado una solicitud al respecto<sup>96</sup>.

Finalmente, John McAdams fue suspendido sin sueldo por un semestre y se le señaló que para reincorporarse debía enviar una carta a la Facultad reconociendo y aceptando la decisión; señalando que en el futuro se comportaría de acuerdo con los estándares de la Universidad Marquette; que el artículo en su blog era incompatible con la misión y valores de dicha universidad, y su profundo arrepentimiento por el daño sufrido por Cheryl Abbate<sup>97</sup>.

John McAdams recurrió a los tribunales señalando que la Universidad Marquette violaba su contrato con él. Contrato en el que se le reconocía su libertad de cátedra y el respeto de su derecho de libertad de expresión de acuerdo con la Constitución de Estados Unidos; ganó<sup>98</sup>.

La Corte señaló que no daría deferencia a la decisión universitaria, pues del contrato entre la universidad y el profesor no se desprendía que este último renunciase a litigar ante los tribunales<sup>99</sup>. Asimismo, afirmó que el procedimiento tenía vicios fundamentales que lo ponían fuera de los límites del debido proceso –“parcialidades inaceptables”, “discreción del presidente”<sup>100</sup>. Concluye a este respecto que no hay evidencia de que la decisión haya derivado de algún proceso<sup>101</sup>. Agregó que la falta de deferencia no puede ser vista como una intromisión en el gobierno de

---

<sup>93</sup> WISCONSIN SUPREME COURT (2018), *McAdams v. Marquette University*, No. 2017AP1240, 4-5.

<sup>94</sup> *Op. cit.*, 5.

<sup>95</sup> *Op. cit.*, 6.

<sup>96</sup> *Op. cit.*, 7-8.

<sup>97</sup> *Op. cit.*, 9-10.

<sup>98</sup> *Op. cit.*, 1-2.

<sup>99</sup> *Op. cit.*, 14-16.

<sup>100</sup> *Op. cit.*, 22.

<sup>101</sup> *Op. cit.*, 34.

la universidad, toda vez que este deviene de sus estatutos, en los que la Corte basó su decisión<sup>102</sup>.

Luego, la Corte fue al fondo del asunto, señalando que efectivamente existe una relación contractual entre las partes<sup>103</sup>. Que este contrato reconoce y protege la libertad académica del profesor, la que puede expresarse al enseñar, investigar o hacer comentarios de *extramuro*; encontrándose el comentario del blog dentro de esta última categoría<sup>104</sup>. Este tipo de libertad académica pierde su protección cuando se usa de una manera que demuestra que el profesor es claramente inadecuado para su posición de tal<sup>105</sup>. Si esto se da, entonces se debe juzgar el historial del miembro de la facultad antes de sancionarlo<sup>106</sup>. La Corte determinó que la universidad no cumplió con estos pasos y que se centró solo en su parecer sobre el comentario y lo contrastó con valores difíciles de mensurar, lo que de aceptarse dejaría a los profesores en la indefensión<sup>107</sup>. Concluye que de la publicación no se puede extraer ninguna conclusión sobre la adecuación del profesor John McAdams<sup>108</sup>. De aquí se sigue que la Universidad Marquette incumplió su contrato con el académico y debe reincorporarlo<sup>109</sup>.

El caso representa un claro ejemplo del análisis contractual y de la compatibilidad entre la libertad de expresión de los miembros de la comunidad universitaria y ella misma. Así, se respeta la autonomía de las instituciones y de quienes participan de ellas.

#### *IV. La protección de la libertad de expresión en universidades públicas: la aplicación de la Primera Enmienda*

##### 1. LIMITES A LIBERTAD DE EXPRESIÓN DE ACUERDO CON LA PRIMERA ENMIENDA:

##### *LAS PROVOCACIONES Y PALABRAS COMBATIVAS COMO DISCURSOS NO PROTEGIDOS*

Las universidades públicas son consideradas organismos estatales y, por ende, en ellas se aplica la Primera Enmienda. Esto significa que las expre-

<sup>102</sup> WISCONSIN SUPREME COURT (2018), *op. cit.*, 39-40.

<sup>103</sup> *Op. cit.*, 40.

<sup>104</sup> *Op. cit.*, 43.

<sup>105</sup> *Op. cit.*, 45.

<sup>106</sup> *Ibid.*

<sup>107</sup> *Op. cit.*, 46-47.

<sup>108</sup> *Op. cit.*, 53.

<sup>109</sup> *Op. cit.*, 63.

siones que sean consideradas ofensivas, sean realizadas por medio de actos o expresiones verbales no pueden ser limitadas o sancionadas en virtud de lo que expresan<sup>110</sup>.

La Primera Enmienda va más allá de los discursos políticos y protege “expresiones puramente emocionales, expresiones religiosas, vulgaridades, pornografía, parodias y sátiras” (...) las expresiones “para gozar de protección constitucional no tienen que ser razonadas, articuladas, racionales ni mucho menos educadas”<sup>111</sup>.

Estas descripciones son muy amplias y, por ello, una manera de estudiar el fenómeno es conocer sus contornos a través del análisis de sus límites. En este sentido, la jurisprudencia estadounidense tiende a dividir las expresiones en discursos protegidos y no protegidos. En los primeros, la libertad de expresión puede ser regulada para promover un interés apremiante y siempre que sea el medio menos restrictivo para alcanzar ese fin<sup>112</sup>. Por su parte, en el caso de las expresiones no protegidas, se distinguen ocho categorías: “obscenidades”, “difamación”, “fraudes”, “incitaciones a la violencia”, “palabras combativas”, “amenazas reales”, “expresiones integrantes de una conducta criminal” y “pornografía infantil”, y la Corte Suprema se ha negado a ampliar estas categorías en casos recientes<sup>113</sup>. Debido a los objetivos de este trabajo, se centrará en las y palabras combativas e incitaciones.

Algunos autores y fallos judiciales tratan estas dos categorías como una sola, pues ambas exigen que las expresiones causen un daño directo o constituyan un llamado directo, real e inminente a quebrantar la paz<sup>114</sup>. La jurisprudencia les ha dado un alcance del todo restrictivo, no habiendo casos en los que la Corte Suprema haya aceptado estas categorías desde 1942<sup>115</sup>. Adicionalmente, la jurisprudencia reciente ha fallado que las “expresiones no pueden ser restringidas simplemente porque son molestas o levantan desprecio”<sup>116</sup>.

Ahora, en particular, sobre las palabras combativas la Corte Suprema sostuvo que “el derecho a la libertad de expresión no es absoluto en

---

<sup>110</sup> FIRE, *op. cit.*, pp. 28-29.

<sup>111</sup> *Op. cit.*, pp. 29-30.

<sup>112</sup> Kathleen Ann RUANE, “Freedom of Speech and Press: Exceptions to the First Amendment”, p. 1.

<sup>113</sup> KILLION, *op. cit.*

<sup>114</sup> RUANE, *op. cit.*, pp. 3-4.

<sup>115</sup> KILLION, *op. cit.* Véase U.S. SUPREME COURT (1942), *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 US, 568.

<sup>116</sup> U.S. SUPREME COURT (2011), *Snyder v. Phelps*, 562 US, 443.

todo tiempo y bajo toda circunstancia”<sup>117</sup>. Este límite incluye las palabras combativas, es decir, “aquellas cuya mero pronunciamiento hiera o tiende a incitar un inmediato quiebre de la paz”<sup>118</sup>. Se observó que estas palabras no se consideran parte de ninguna exposición de ideas y sus beneficios son en realidad, sobrepasados por los daños que provocan<sup>119</sup>. La determinación de una palabra combativa es referida a aquellas que la lengua inglesa (en nuestro caso sería el español) y las personas de inteligencia común entienden como tales; aquellas que pueden hacer a una persona promedio pelear<sup>120</sup>.

Lo prohibido son las palabras que quebrantan la paz al ser dirigidas por una persona que agita la paz directamente contra otra que puede responder<sup>121</sup>. Así, se determinó que sancionar a alguien por tildar a un policía de “maldito estafador” o “maldito fascista” no se opone a la Constitución estadounidense<sup>122</sup>. Como se puede ver, no basta que el lenguaje se considere ofensivo, sino que debe consistir en un ataque directo que pueda, en verdad, quebrantar la paz.

Por su parte, las incitaciones a la violencia solo son sancionables cuando ellas llaman a actos inminentes de violencia y es, en efecto, previsible que produzcan dicha violencia. Así se ha fallado

“las garantías de la libertad de expresión y de prensa no permiten a un Estado prohibir o proscribir el abogar por el uso de la fuerza o de la violación de la ley excepto cuando tal expresión es dirigida para causar una acción ilegal inminente siendo altamente probable que incite o produzca esa acción”<sup>123</sup>.

Se agrega que:

“la mera enseñanza abstracta [...] de la propiedad moral o, incluso, de la necesidad moral de la violencia, no es lo mismo que preparar a un grupo para acciones violentas e impulsarlo a esas acciones”<sup>124</sup>.

De este modo, se dejó sin efecto una sentencia criminal para miembros del Ku Klux Klan, que eran perseguidos en Ohio por llamar a la violencia, crimen, sabotaje, el uso de métodos ilegales de debate político, y el reunirse con tales fines.

<sup>117</sup> U.S. SUPREME COURT (2011), *op. cit.*, 571.

<sup>118</sup> *Op. cit.*, 572.

<sup>119</sup> *Ibid.*

<sup>120</sup> *Op. cit.*, 573.

<sup>121</sup> *Ibid.*

<sup>122</sup> *Op. cit.*, 574.

<sup>123</sup> U.S. SUPREME COURT (1969), *Brandenburg v. Ohio*, 395, US, 444, 444.

<sup>124</sup> *Op. cit.*, 445.

Se puede apreciar que los estándares son altos, o imposibles<sup>125</sup>, lo que explica la reducida aplicación de estas limitaciones. En este sentido, en un caso reciente la Corte Suprema dejó sin efecto la condena a pagar daños dictada contra el pastor Fred Phelps por el desorden emocional que una protesta dirigida por él causó a Albert Snyder<sup>126</sup>. El pastor cree firmemente que “Dios castiga a los Estados Unidos por su tolerancia con la homosexualidad, particularmente en el ejército”. Manifiesta su opinión interviniendo en funerales de militares<sup>127</sup>.

Su congregación viajó para protestar durante el funeral de Matthew Snyder, quien había muerto en Irak y era velado en una iglesia católica. Solicitaron autorización a las autoridades locales, quienes les permitieron instalarse a unos mil pies del funeral, dentro de un área controlada y levantar ahí sus pancartas que decían cosas tales como: “*God hates the USA/Thank God for 9/11*”, “*Thank God for death soldiers*”, “*Pope in Hell*”, “*Priests rape boys*”, “*God hates fags*”<sup>128</sup>. En la noche Albert Snyder, padre del difunto soldado, se enteró por la prensa de los hechos (no vio más que un pequeño grupo de personas y pancartas a unos doscientos cincuenta pies de la procesión durante el funeral), esto le provocó gran dolor y lo llevó a presentar acciones legales<sup>129</sup>.

La Corte Suprema al analizar el caso se preguntó si expresiones como esta eran de interés público o privado<sup>130</sup>. Señalando que las expresiones de interés público cuentan con una protección especial de la Primera Enmienda<sup>131</sup>. En este sentido, afirmó que las materias de interés público eran todas aquellas que se “considerarán relacionadas a cualquier materia política, social o de otro interés de la comunidad” o que “sea sujeto de un interés legítimo de noticias, objeto de interés general y de valor e interés del público”<sup>132</sup>. Aquí “lo inapropiado o controversial de la manifestación es irrelevante para la pregunta de si ella trata materias de interés público”<sup>133</sup>. Determinando que las pancartas estaban con certeza relacionadas con materias de interés público;

“la conducta política y moral de Estados Unidos y sus ciudadanos, el destino de nuestra nación, la homosexualidad en las fuerzas armadas, y escándalos del clero católico son materias de interés público”<sup>134</sup>.

<sup>125</sup> ALCÁ CER, *op. cit.*, p. 63.

<sup>126</sup> U.S. SUPREME COURT (2011), *op. cit.* 443.

<sup>127</sup> *Ibid.*

<sup>128</sup> *Op. cit.*, 444.

<sup>129</sup> *Op. cit.*, 446.

<sup>130</sup> *Op. cit.*, 448.

<sup>131</sup> *Op. cit.*, 449.

<sup>132</sup> *Op. cit.*, 449-450.

<sup>133</sup> *Op. cit.*, 450.

<sup>134</sup> *Op. cit.*, 451.

Finalmente, señala que la comunidad de Fred Phelps

“se refirió a materias de interés público en propiedad pública, de forma pacífica, cumpliendo cabalmente con las órdenes de los oficiales locales. La manifestación fue efectivamente planeada para coincidir con el funeral de Matthew Snyder, pero no lo interrumpió [...] como nación, hemos decidido [...] proteger incluso las expresiones dolorosas referidas a asuntos públicos, para asegurarnos de no sofocar el debate público”<sup>135</sup>.

Así, las doctrinas de las palabras combativas o de las incitaciones son del todo limitadas, pero en ellas se han basado los códigos de conducta de varias universidades públicas, las que han tendido a darles una aplicación mucho más amplia de la aceptada por los tribunales<sup>136</sup>. Esta aplicación de las restricciones consiste en intentar introducir en ellas, sobre todo dentro del concepto de palabras combativas, aquellas expresiones que por su mero pronunciamiento causen dolor. Se dice que esta categoría fue en su origen reconocida por la Corte Suprema en *Chaplinsky*<sup>137</sup>, pero decisiones posteriores han señalado que ello solo tiene lugar cuando son dirigidas a otra persona en un contexto privado en el que de manera cierta pueden quebrantar la paz. Así, ya no se aceptarían contra policías que, se supone, están entrenados para resistir este tipo de comentarios<sup>138</sup>.

## 2. LA BATALLA LEGAL SOBRE LOS CÓDIGOS QUE REGULAN LA EXPRESIÓN EN LAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS

Todos los *speech codes* de las universidades públicas que han llegado a las Cortes han sido declarados inconstitucionales<sup>139</sup>. Los tribunales se han enfocado en poner fuera de la ley políticas excesivamente amplias y poco determinadas –de modo que es difícil prever qué conductas son las reguladas o sancionadas– o que proscriben determinados puntos de vista<sup>140</sup>.

Los casos relacionados con universidades más destacados son *Doe v. University of Michigan*, *UWM Post v. University of Wisconsin*, *Dambrot v. Central Michigan University* y *Corry v. Stanford*<sup>141</sup> –aunque Stanford es una universidad privada, la aplicación de la *Leonard Law* hace que para estos efectos sea considerada pública. Sin embargo, la ley se explica

<sup>135</sup> U.S. SUPREME COURT (2011), *op. cit.*, 457-458.

<sup>136</sup> FIRE, *op. cit.*, p. 34

<sup>137</sup> Al parecer es una frase aislada del fallo que se toma fuera de contexto.

<sup>138</sup> GOULD, *op. cit.*, p. 19.

<sup>139</sup> LASSON, *op. cit.*, p. 3

<sup>140</sup> GOULD, *op. cit.*, p. 125.

<sup>141</sup> *Op. cit.*, pp. 124-125.

mejor, primero, en un caso relativo a un reglamento municipal, *RAV v. City of Saint Paul, Minnesota*<sup>142</sup>, que según varios comentaristas fue un caso escogido por los jueces para pronunciarse acerca de los *speech codes* de las universidades<sup>143</sup>. Segundo, un caso relativo a una escuela, *Gillman v. School Board for Holmes County, Florida*<sup>144</sup>, en el que se aplica la doctrina de los tribunales a un ambiente que tradicionalmente acepte normas más limitadas en la expresión.

En el primer caso, un grupo de adolescentes quemaron una cruz al interior de la propiedad de una familia negra, y fueron sancionados en virtud de una ordenanza de la ciudad de Saint Paul, que castigaba a aquellos que expusieran símbolos, tales como cruces quemadas, que fuera sabido por el perpetrador o debiera ser sabido por él “que levantan ira, alarma o resentimiento en otros en base a problemas de raza, color, credo, religión o género”<sup>145</sup>. La Corte determinó que esta ordenanza era inconstitucional porque ella

“prohíbe y por otro lado permite expresiones solo en base al objeto de la expresión proferida [...]. La Primera Enmienda generalmente impide al gobierno de proscribir expresiones en base a su desaprobación de las ideas expresadas”<sup>146</sup>.

Así,

“la proposición de que un caso particular de expresión pueda ser proscrito en base a una característica del mismo (*e.g.* obscenidad), pero no en base a otros (*e.g.* oposición al gobierno de la ciudad) es un lugar común que encuentra aplicación en muchos casos”.

De esta forma, “expresiones no verbales pueden ser prohibidas por las acciones que implican, pero no por las ideas”<sup>147</sup>. Asimismo, se permiten “limitaciones razonables por tiempo, lugar y manera, pero solo si son justificadas sin referencia al contenido”<sup>148</sup>. Lo que se encuentra detrás del impedir al gobierno discriminar sobre la base de contenido, es el hecho de que le permitiría a la autoridad “eliminar ciertas ideas o puntos de vista del mercado [de ideas]”<sup>149</sup>. En suma, concluye:

<sup>142</sup> U.S. SUPREME COURT (1992), *op. cit.*.

<sup>143</sup> GOULD, *op. cit.*, p. 127.

<sup>144</sup> DIST. COURT, ND FLORIDA (2008), *Gillman v. School Board for Holmes County, Florida, Fl.*, 567 F. Supp. 2d 1359.

<sup>145</sup> U.S. SUPREME COURT (1992), *op. cit.*, 380.

<sup>146</sup> *Op. cit.*, 381-382.

<sup>147</sup> *Op. cit.*, 377, 385.

<sup>148</sup> *Op. cit.*, 386.

<sup>149</sup> *Op. cit.*, 387.

“la Primera Enmienda no permite a Saint Paul imponer limitaciones especiales a los manifestantes que expresen sus puntos de vistas sobre asuntos desfavorecidos”<sup>150</sup>.

De esta manera, la Corte insiste en que las limitaciones a la expresión no pueden afectar ideas, ni un único punto de vista. Así, desecha el argumento de la ciudad, que señala que tales prohibiciones son para proteger grupos tradicionalmente marginados<sup>151</sup>. Agrega que el efecto emotivo que pueda tener una manifestación en una audiencia no es razón para regularlo<sup>152</sup>.

Ello tiene directa aplicación en los códigos universitarios que buscan limitar los discursos ofensivos, los que, tras esta decisión, quedaron en un área en extremo vulnerable.

En Gillman, la Corte de Florida debió pronunciarse sobre una prohibición de un distrito escolar que impedía a los alumnos usar atuendos o desplegar símbolos que apoyaran la causa gay, por cuanto ellas indicaban la membresía de los estudiantes a una organización prohibida por el directorio escolar y por ser disruptivas del proceso educacional<sup>153</sup>.

Se señaló que aquí se trataba de la protección de la libertad de expresión de los estudiantes, la que cuenta con un sólido precedente en Tinker, el que decidió aplicar, haciendo suya la idea de que las salas de clases eran un lugar preponderante para el intercambio de ideas<sup>154</sup>. Indica, además, el problema surge cuando en el uso de su libertad de expresión los alumnos chocan con las reglas y políticas de la dirección de la escuela<sup>155</sup>. A este respecto, menciona que esta colisión se resuelve permitiendo a los directivos de la escuela limitar el discurso de los estudiantes solo cuando

“material y substantivamente interfiera con los requerimientos de la disciplina apropiada para el funcionamiento de la escuela o choque con el derecho de otros”<sup>156</sup>.

Agrega que los tribunales han dado fuerte protección a las expresiones relacionadas con el debate relativo a los derechos de los homosexuales. Así, han protegido a un estudiante que portaba una polera que decía “*straight pride*”, aunque lo hiciese en un contexto de conflicto; a un estudiante gay que fue impedido de decir que era homosexual, y a otro que quería ir junto con su pareja del mismo sexo a una fiesta escolar –en este último

<sup>150</sup> U.S. SUPREME COURT (1992), *op. cit.*, 391.

<sup>151</sup> *Op. cit.*, 394-395.

<sup>152</sup> *Op. cit.*, 394.

<sup>153</sup> DIST. COURT, ND FLORIDA (2008), *op. cit.*, 1364.

<sup>154</sup> *Op. cit.*, 1365.

<sup>155</sup> *Op. cit.*, 1366.

<sup>156</sup> *Op. cit.*, 1366.

caso el colegio tuvo que gastar en seguridad para impedir problemas<sup>157</sup>. Concluye que en este caso la protesta no es suficiente como para afectar el clima escolar, sobre todo en un asunto de tal interés y que, por tanto, la prohibición no puede ser llevada adelante<sup>158</sup>. Por otro lado, determinó que la restricción de la libertad de expresión era arbitraria y basada en las preferencias de la autoridad<sup>159</sup>.

### 3. LA IMPOSIBILIDAD DE DISCRIMINAR SOBRE LA BASE DEL PUNTO DE VISTA

La libertad de expresión puede ser limitada por las necesidades del proceso educativo, por caer la expresión proferida dentro de alguna categoría de discursos no protegidos o por regulaciones de tiempo y lugar. En este último sentido, es muy importante que la regulación no se haga de forma tal que discrimine conforme a la opinión de la autoridad regulatoria.

De esta manera, si bien las universidades estatales no están obligadas a dar plataforma a todos aquellos que lo soliciten, no pueden discriminar en virtud del solo mérito del punto de vista. En este sentido, se ha fallado que, si bien no están obligadas a proveer fondos a publicaciones estudiantiles, si los otorgan no pueden dejar de dar fondos a una publicación estudiantil solo por el hecho de que ella promueva los valores cristianos<sup>160</sup>. Asimismo, tampoco puede impedir el acceso a sus instalaciones a grupos que deseen usarlas para fines religiosos solo en virtud de los fines con los que ellos buscan utilizarlas<sup>161</sup>. También, si con frecuencia autoriza a los estudiantes a rentar o reservar espacios dentro de ella para invitar charlistas, no puede negar estos recursos o desinvitar al charlista en consideración a sus puntos de vista, así, por ejemplo, un juez federal ha impedido a Auburn University de desinvitar a un polémico supremasista blanco<sup>162</sup>.

Más aún, una universidad pública está impedida de limitar discursos por el mero temor a una oposición violenta. Es decir, no puede aceptarse *a priori* el denominado *heckler's veto* o veto del objetor. Esto puede demandar que las universidades públicas incurran en costos elevados para proteger discursos que son impopulares, y tal fue el caso de Beckley, que debió gastar cerca de un millón de dólares para permitir a Milo Yiannopoulos hablar y

<sup>157</sup> DIST. COURT, ND FLORIDA (2008), *op. cit.*, 1369-1370.

<sup>158</sup> *Op. cit.*, 1375.

<sup>159</sup> *Op. cit.*, 1379.

<sup>160</sup> U.S. SUPREME COURT (1995), *Rosenberg et al....*, *op. cit.*, 819-820.

<sup>161</sup> *Op. cit.*, 843-844.

<sup>162</sup> Erwin CHEMERINSKY, "My Students Trust Colleges to Control Offensive Speech. They Shouldn't".

casi seiscientos mil para dar tribuna a Ben Shapiro<sup>163</sup>. Con todo, puede ser que sujetos a condiciones extremas, las autoridades universitarias, como último recurso y nunca basados en su parecer sobre los puntos de vista que se expresarán, podrían ceder al veto de los objetores y desinvitar o disolver una reunión<sup>164</sup>.

#### 4. LIBERTAD DE CÁTEDRA

Línea similar ha seguido la protección de la libertad de cátedra en las universidades públicas; la jurisprudencia podría resumirse en “que la libertad para presentar temas impopulares en la investigación y clases [...] son derechos protegidos por la Constitución”<sup>165</sup>.

El primer caso donde se discutió sobre esta, como un derecho fue *Sweezy v. New Hampshire*<sup>166</sup>. En él se reversó una decisión de la Corte Suprema de New Hampshire por la cual se puso en prisión al profesor Paul Sweezy por negarse a responder preguntas sobre su afiliación política y si en sus clases hacía o no apología del comunismo. La Corte estatal había determinado que las actividades políticas y académicas del profesor podían ser cuestionadas y limitadas por el Estado. Por su parte, la Corte Suprema Federal resolvió que las preguntas realizadas afectaban el derecho a la libertad de cátedra y política del profesor<sup>167</sup>.

Asimismo, se ha fallado que no se puede condicionar el empleo de un profesor a la firma de un documento en el que declare no haber estado afiliado al Partido Comunista<sup>168</sup>. En esta ocasión la Corte hizo presente que “la Primera Enmienda no tolera leyes que lancen un palio de ortodoxia sobre las salas de clases”<sup>169</sup>.

También se ha fallado que no se puede despedir a un profesor por criticar las decisiones de sus superiores acerca de las políticas institucionales<sup>170</sup>, y que un profesor no puede ser sancionado bajo políticas que pretenden prevenir el abuso sexual, cuando estas son aplicadas de forma vaga y en referencia a métodos de enseñanza usados por muchos años<sup>171</sup>.

---

<sup>163</sup> LASSON, *op. cit.*, p. 77.

<sup>164</sup> *Op. cit.*, p. 78.

<sup>165</sup> HERTZOG, *op. cit.*, p. 170.

<sup>166</sup> HERTZOG, *op. cit.*, p. 142.

<sup>167</sup> U.S. SUPREME COURT (1957), *op. cit.*, 249-251.

<sup>168</sup> U.S. SUPREME COURT (1967), *op. cit.*

<sup>169</sup> *Op. cit.*, 603.

<sup>170</sup> U.S. SUPREME COURT (1972), *Perry v. Syndermann*, 408 US 593, 598.

<sup>171</sup> 9TH U.S. CIRCUIT COURT OF APPEALS (1996), *Dean Cohen, plaintiff-appellant v. San Bernardino Valley College*, 92 F.3d 968, 971-972.

*V. A modo de conclusión:  
Relevancia para el caso chileno y las ventajas del modelo*

A lo largo de este artículo, se ha mostrado que la jurisprudencia estadounidense se ha enfocado en mantener los campus universitarios y a la sociedad abierta a toda clase de ideas sin importar qué tan disruptivas sean. Para ello, protege la libertad de asociación; los discursos que abordan asuntos de interés público sin importar los sentimientos que puedan generar; un trato igualitario a toda clase de puntos de vista por parte de la autoridad, e impide que, alegando razones de seguridad, la autoridad prohíba una manifestación. Únicamente permite las limitaciones a la libertad de expresión que sean funcionales a las necesidades del trabajo al interior de las universidades y aquellas que caigan dentro de alguna categoría de discurso no protegido.

El modelo estadounidense es de los más libres del mundo y es evidente su contraste con otras democracias occidentales donde se acepta la sanción del discurso de odio *per se*<sup>172</sup>. Por ejemplo, en Europa, donde predomina el modelo de democracia militante, se ha ido haciendo cada vez más común el permitir censurar discursos que atenten contra los “valores europeos”. Lo que, según algunos, los acerca, a pasos agigantados, a regímenes totalitarios<sup>173</sup>. Por su parte, en 2016 y 2017 en Canadá se promulgaron leyes que castigan la islamofobia y el uso de pronombres inapropiados<sup>174</sup>. En estos países se han dictado sentencias contra una profesora que ha sostenido que hoy Mahoma sería tenido por un pedófilo<sup>175</sup>; contra un grupo de adolescentes propalestina, que usaban poleras que abogaban por un boicot contra Israel<sup>176</sup>; un activista sueco por repartir panfletos que representaban a la homosexualidad como una “desviación”<sup>177</sup>; un parlamentario belga por repartir panfletos llamando a detener la islamificación de Bélgica; una revista católica polaca por comparar un aborto con un procedimiento de Auschwitz<sup>178</sup>; la actriz francesa Brigitte Bardot por quejarse públicamente en referencia a prácticas musulmanas sobre muerte de animales<sup>179</sup>. Asimismo, un adolescente musulmán fue arrestado por hacer notar en su *facebook* el número de afganos inocentes

<sup>172</sup> GOULD, *op. cit.*, p. 17-18.

<sup>173</sup> JACOB MCHANGAMA, “Europe’s Freedom of Speech Fail”.

<sup>174</sup> LASSON, *op. cit.*, p. 36.

<sup>175</sup> EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS (2018), *op. cit.*

<sup>176</sup> LASSON, *op. cit.*, p. 39.

<sup>177</sup> CHERMERINSKY, “The Challenge...”, *op. cit.*, p. 597

<sup>178</sup> *Op. cit.*, p. 598.

<sup>179</sup> *Ibid.*

asesinados por soldados británicos<sup>180</sup>, y partidos políticos tildados de nazis y comunistas han sido proscritos en Alemania<sup>181</sup>.

Por su parte, el movimiento británico No Platform, ha llevado a prohibir el ingreso a las federaciones estudiantiles a los, según su criterio, “extremistas” religiosos, al Partido Socialista de los Trabajadores británicos, a grupos feministas que se oponen a reconocer a transexuales como mujeres y a grupos musulmanes considerados como homofóbicos y misóginos<sup>182</sup>.

Así, estas políticas han sido usadas para eliminar o restringir del debate público diversos puntos de vista que pueden ser molestos para algunos grupos<sup>183</sup>. Lo anterior, amparándose en la protección de valores tales como la democracia o los derechos humanos, en lo cual, sin embargo, no han sido efectivas. Así, el número de entidades de extrema derecha creció en Alemania durante 2015; en Francia los crímenes antisemitas se duplicaron entre 2014 y 2015; investigaciones actuales revelan que el filtro a las ideas aumenta los episodios de violencia, y estas medidas han debilitado la autoridad moral de las democracias europeas para oponerse a la censura llevada a cabo por diversas dictaduras<sup>184</sup>.

Lo anterior, muestra su ineffectividad para los fines que se han propuesto y la violencia que ellas implican para quienes las sufren, quienes son, en última instancia, sancionados por no pensar como aquellos que detentan el poder.

En otras palabras, Chile debe acercarse más al modelo estadounidense que al europeo, y las Cortes deben tomar un papel decisivo en abrir las universidades al debate de ideas, en estos tiempos en que movimientos violentos se las toman “funando” a quienes no piensan como ellos y exigiendo castigos para quienes no defiendan el discurso oficial.

La única forma de que la sociedad progrese y evitemos quedar bajo el control de grupos que de tanto en tanto se apoderan de la opinión pública, es a través de un mayor debate y apertura. En esto la universidad tiene un papel fundamental tanto por su función como generadora de conocimiento como de una vida comunitaria en la que se aprenda a dialogar y a aceptar al que piensa distinto.

---

<sup>180</sup> LASSON, *op. cit.*, p. 39.

<sup>181</sup> MCHANGAMA, *op. cit.*

<sup>182</sup> O'NEILL, *op. cit.*, pp. 9-11.

<sup>183</sup> *Op. cit.*, p. 10.

<sup>184</sup> MCHANGAMA, *op. cit.*

### *Bibliografía citada*

- ALCÁCER, Rafael, “Víctimas y disidentes. El discurso del odio en EE.UU. y Europa”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 35, número 103, Madrid, 2015.
- ASOCIACIÓN DE ESTUDIANTES SAN ALBERTO HURTADO, “Carta a los estudiantes de la PUC (23 de agosto de 2018)”. Disponible en [www.facebook.com/notes/asociaci%C3%B3n-de-estudiantes-san-alberto-hurtado/carta-a-los-estudiantes-de-la-puc/321892825022989/](http://www.facebook.com/notes/asociaci%C3%B3n-de-estudiantes-san-alberto-hurtado/carta-a-los-estudiantes-de-la-puc/321892825022989/) [fecha de consulta: 11 de agosto de 2019].
- “Blasphemy bans are struck out in Ireland and reinforced in Austria”, August 29,. Disponible en [www.economist.com/erasmus/2018/10/29/blasphemy-bans-are-struck-out-in-ireland-and-reinforced-in-austria](http://www.economist.com/erasmus/2018/10/29/blasphemy-bans-are-struck-out-in-ireland-and-reinforced-in-austria) [fecha de consulta: 11 de agosto de 2019].
- CABRERA, Manuel, “Sigue polémica entre Kast y UdeC: protagonizó altercado con alumna que lo trató de misógino”, 15 de marzo de 2018. Disponible en [www.biobiochile.cl/noticias/nacional/region-del-bio-bio/2018/03/15/sigue-polemica-entre-kast-y-udec-protagonizo-altercado-con-alumna-que-lo-trato-de-misogino.shtml](http://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/region-del-bio-bio/2018/03/15/sigue-polemica-entre-kast-y-udec-protagonizo-altercado-con-alumna-que-lo-trato-de-misogino.shtml) [fecha de consulta: 16 de agosto de 2019].
- CASTRO, Marcelo, “José Antonio Kast protagoniza impasse en la UdeC”, 16 de marzo de 2018. Disponible en [www.diarioconcepcion.cl/politica/2018/03/16/jose-antonio-kast-protagoniza-impasse-en-la-udec.html](http://www.diarioconcepcion.cl/politica/2018/03/16/jose-antonio-kast-protagoniza-impasse-en-la-udec.html) [fecha de consulta: 11 de agosto de 2019].
- CHEMERINSKY, Erwin, “My Students Trust Colleges to Control Offensive Speech. They Shouldn’t”, in Berkeley Blog, October 26, 2017. Disponible en [https://news.berkeley.edu/berkeley\\_blog/my-students-trust-colleges-to-control-offensive-speech-they-shouldnt/](https://news.berkeley.edu/berkeley_blog/my-students-trust-colleges-to-control-offensive-speech-they-shouldnt/) [fecha de consulta: 27 de agosto de 2019].
- CHEMERINSKY, Erwin, “The Challenge of Free Speech on Campus”, in *Howard Law Journal*, vol. 61, Washington, 2018.
- FIRE, *Guide to Free Speech on Campus*, 2ª ed., Philadelphia, Pennsylvania, Foundation for Individual Rights in Education, 2015.
- GALLUP, *Free Expression on Campus: A Survey of U.S. College Students and U.S. Adults*, Washington, Gallup, 2016.
- GOULD, John, *Speak no Evil: The Triumph of Hate Speech Regulations*, Chicago and London, The University of Chicago Press, 2005.
- HERTZOG, Matthew J., *Protections of Tenure and Academic Freedom in the United States: Evolution and Interpretation*, Peoria, Illinois, Palgrave Macmillan, 2017.
- JONES, Jeffrey M., “More U.S. College Students Say Campus Climate Deters Speech”, in *Gallup News*, March 12, 2018. Disponible en <https://news.gallup.com/poll/229085/college-students-say-campus-climate-deters-speech.aspx> [fecha de consulta: 27 de agosto de 2019].
- KILLION, Victoria L., “The First Amendment: Categories of Speech” in *Congressional Research Service*, 2019. Disponible en <https://fas.org/sgp/crs/misc/IF11072.pdf> [fecha de consulta: 28 de agosto de 2019].

- KORN, Sandra, "The Doctrine of Academic Freedom", in *The Harvard Crimson*, February 18, 2014. Disponible en [www.thecrimson.com/column/the-red-line/article/2014/2/18/academic-freedom-justice/](http://www.thecrimson.com/column/the-red-line/article/2014/2/18/academic-freedom-justice/) [fecha de consulta: 18 de septiembre de 2019].
- LASSON, Kenneth, "The Decline of Free Speech on the Postmodern Campus: The Troubling Evolution of the Keckler's Veto". Disponible en [https://scholarworks.law.ubalt.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2069&context=all\\_fac](https://scholarworks.law.ubalt.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2069&context=all_fac) [fecha de consulta: 13 de septiembre de 2018].
- MCHANGAMA, Jacob, "Europe's Freedom of Speech Fail", in *Foreign Policy*, July 7, 2016. Disponible en <https://foreignpolicy.com/2016/07/07/europes-freedom-of-speech-fail/> [fecha de consulta: 1 de septiembre de 2019].
- MADRID, Raúl, "¿Existe todavía libertad de cátedra? Dos corrientes polémicas en la academia norteamericana contemporánea", en *Revista de Derecho*, vol. XXXI, n.º 1, Valdivia, 2018.
- MADRID, Raúl, *Libertad de cátedra moderna y antigua*, Santiago, Instituto ResPública, 2018.
- MOREY, Alex, "Campus Disinvitations Set Record in 2016", in *The Fire*, December 26 2016. Disponible en [www.thefire.org/campus-disinvitations-set-record-in-2016/](http://www.thefire.org/campus-disinvitations-set-record-in-2016/) [fecha de consulta: 11 de agosto de 2019].
- O'NEILL, Brendan, "From No Platform to Safe Space: A Crisis of Enlightenment", in Tom SLATER (ed.), *Unsafe Space: The Crisis of Free Speech on Campus*, London, Palgrave Macmillan, 2016.
- POST, Robert, "There is no 1<sup>st</sup> Amendment right to speak on a college campus", in *Vox*, December 31, 2017. Disponible en [www.vox.com/the-big-idea/2017/10/25/16526442/first-amendment-college-campuses-milo-spencer-protests](http://www.vox.com/the-big-idea/2017/10/25/16526442/first-amendment-college-campuses-milo-spencer-protests) [fecha de consulta: 16 de agosto de 2019].
- POUSHTER, Jacob, "40% of Millennials OK with Limiting Speech Offensive to Minorities", November 20, 2015. Disponible en [www.pewresearch.org/fact-tank/2015/11/20/40-of-millennials-ok-with-limiting-speech-offensive-to-minorities/](http://www.pewresearch.org/fact-tank/2015/11/20/40-of-millennials-ok-with-limiting-speech-offensive-to-minorities/) [fecha de consulta: 11 de agosto de 2019].
- REYES, Ramón y AYALA Leslie, "Estudiantes de Derecho de la U. de Chile funan en clases a profesor que defendió el Golpe", 12 de septiembre de 2019. Disponible en [www.latercera.com/nacional/noticia/estudiantes-derecho-la-u-chile-funan-clases-profesor-defendio-golpe-militar/821858/](http://www.latercera.com/nacional/noticia/estudiantes-derecho-la-u-chile-funan-clases-profesor-defendio-golpe-militar/821858/) [fecha de consulta: 12 de septiembre de 2019].
- ROJAS, Gonzalo, "Aula universitaria segura", en *El Mercurio*, Santiago, 17 de octubre de 2018.
- RUANE, Kathleen Ann, "Freedom of Speech and Press: Exceptions to the First Amendment", in Congressional Research Center, CRS Report for Congress Prepared for Members and Committees of Congress, informe en derecho, 2016. Disponible en <https://fas.org/sgp/crs/misc/95-815.pdf> [fecha de consulta: 13 de noviembre de 2019].
- SAID, Carlos, "Alumna de la Universidad de Chile vuelve a sufrir agresión: Sus compañeros la expulsaron de la sala de clases", 9 de octubre de 2019. Dispo-

nible en [www.latercera.com/la-tercera-pm/noticia/alumna-de-la-universidad-de-chile-vuelve-a-sufrir-agresion-sus-companeros-expulsaron-de-la-sala-de-clases/853947](http://www.latercera.com/la-tercera-pm/noticia/alumna-de-la-universidad-de-chile-vuelve-a-sufrir-agresion-sus-companeros-expulsaron-de-la-sala-de-clases/853947) [fecha de consulta: 10 de octubre de 2019].

SARABYN, Kelly, “Free Speech at Private Universities”, in *Journal of Law and Education*, vol. 39, issue 2, Columbia, South Carolina, 2010.

STROSSEN, Nadine, “Regulating Racist Speech on Campus: A Modest Proposal”, in *Duke Law Journal*, vol. 39, issue 3, Duke, 1990.

The global gag on free speech is tightening”, August 17, 2019. Disponible en [www.economist.com/international/2019/08/17/the-global-gag-on-free-speech-is-tightening](http://www.economist.com/international/2019/08/17/the-global-gag-on-free-speech-is-tightening) [fecha de consulta: 27 de agosto de 2019].

TRACHTENBERG, Ben, “Private Universities and the First Amendment”, in *Journal of Dispute Resolution*, vol. 2018, issue 2, Columbia, Missouri, 2018.

WIKE, Richard & Katie SIMMONS, *Global Support for Principle of Free Expression, but Opposition to Some Forms of Speech*, Washington, Pew Research Center, 2015.

#### JURISPRUDENCIA CITADA

6TH U.S. CIRCUIT COURT OF APPEALS (1995), *Settle v. Dickson County School Bd.*, 53 F. 3d 152, 155.

6TH U.S. CIRCUIT COURT OF APPEALS (2015), *Bible Believers v. Wayne County*, 805 F. 3d 228.

9TH U.S. CIRCUIT COURT OF APPEALS (1996), *Dean Cohen, plaintiff-appellant v. San Bernardino Valley College*, 92 F.3d 968.

10TH U.S. CIRCUIT COURT OF APPEALS (2004), *Axson-Flynn v. Johnson*, 356 F. 3d 1277, 1281.

CALIFORNIA SUPREME COURT (1995), *Corry v. Leland Stanford Jr. University*, Case No. 740309.

DIST. COURT, ED VIRGINIA (2009), *Key v. Robertson*, 626 F. Supp. 2d, 566.

DIST. COURT, ND FLORIDA (2008), *Gillman v. School Board for Holmes County, Florida, Fl.*, 567 F. Supp. 2d 1359.

DISTRICT OF COLUMBIA COURT OF APPEALS (1987), *Gay Rights Coalition of Georgetown University Law Center et al. v. Georgetown University*, 536 A.2d 1.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS (2018), case of *E.S. v. Austria*, Application n°. 38450/12, August 25, 2018.

KENTUKY COURT OF APPEALS (1979), *Lexington Theological Seminary v. Vance*, 596 SW 2d, 14.

NEW YORK APPELLATE DIV., 2ND DEPT. (1962), *Matter of Carr v. St. John’s Univ.*, New York, 17 AD 2d 634.

U.S. SUPREME COURT (1942), *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 US, 571.

U.S. SUPREME COURT (1957), *Sweezy v New Hampshire*, 354 US, 234.

U.S. SUPREME COURT (1967), *Keyishian v. Board of Regents of the University of New York*, 385 US, 589.

- U.S. SUPREME COURT (1969), *Brandenburg v. Ohio*, 395, US, 444.
- U.S. SUPREME COURT (1972), *Perry v. Syndermann*, 408 U.S. 593, 598.
- U.S. SUPREME COURT (1981), *Widmar v. Vincent*, 454 US, 263.
- U.S. SUPREME COURT (1987), *Board of Director of Rotary International et al. v. Rotary Club of Duarte et al.*, 481 US, 537.
- U.S. SUPREME COURT (1988), *Hazelwood School Dist. v. Kuhlmeier*, 484 US, 260.
- U.S. SUPREME COURT (1992), *RAV v. City of Saint Paul, Minnesota*, 505 US, 377.
- U.S. SUPREME COURT (1995), *Hurley v. Irish-American Gay, Lesbian and Bisexual Group of Boston, Inc.*, 515, US, 566.
- U.S. SUPREME COURT (1995), *Rosenberg et al. v. Rector and Visitors of University of Virginia et al.*, 515 US, 819.
- U.S. SUPREME COURT (2000), *Boy Scouts of America et al v. Dale*, 530, US, 640.
- U.S. SUPREME COURT (2006), *Rumsfeld v. Forum for Academic and Institutional Rights, Inc.*, 547 US 70.
- U.S. SUPREME COURT (2011), *Snyder v. Phelps*, 562 US, 443.
- WISCONSIN SUPREME COURT (2018), *McAdams v. Marquette University*, No. 2017AP1240.

#### NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Primera Enmienda de la *Constitución de Estados Unidos*.  
*California Education Code*, § 94367.



# EL VILIPENDIADO “PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD” EN CHILE: ANTOLOGÍA DE MALENTENDIDOS

## THE VILIPENDED “PRINCIPLE OF SUBSIDIARITY” IN CHILE: ANTHOLOGY OF MISUNDERSTANDING

*Alejandro Lagos Torres\**

### *Resumen*

Se analiza la veracidad de la muy difundida aseveración de que el principio de subsidiariedad contenido en la Constitución de 1980 es responsable de los problemas sociales que actualmente sufre Chile, provocando el llamado “estallido social” de octubre de 2019. Para ello, se estudia el origen histórico y dogmático de la subsidiariedad, su relación con el bien común y el papel que la Carta de 1980 le atribuye al Estado de Chile analizando, también, un conjunto de sesgos interpretativos que mucho han influido en el asentamiento de la citada aseveración.

Palabras clave: Constitución, subsidiariedad, bien común, papel del Estado, sesgo interpretativo.

### *Abstract*

This paper analyzes the veracity of the very widespread assertion that the principle of subsidiarity contained in the Constitution of 1980 is responsible for the social problems that Chile currently suffers, causing the so-called “social outbreak” of October 2019. The historical and dogmatic origin of the subsidiarity, its relationship with the common good, and the role that the Charter of 1980 attributes to the State of Chile are studied, also analyzing a set of interpretative biases that have greatly influenced the settlement of the aforementioned assertion.

---

\* Profesor de Derechos Fundamentales, Universidad del Desarrollo, sede Concepción. Magíster en Derecho de la Empresa mención en derecho tributario, Universidad del Desarrollo. Máster Universitario en Análisis Económico del Derecho y las Políticas Públicas, Universidad de Salamanca, España. Artículo recibido el 13 de diciembre de 2019 y aceptado para su publicación el 28 de febrero de 2020. Correo electrónico: af.lagos@udd.cl.

Key words: Constitution, subsidiarity, common good, role of the State, interpretative bias.

## I. Introducción

La principal motivación de este trabajo es realizar un análisis estrictamente jurídico y de sentido común sobre el principio de subsidiariedad en Chile como consecuencia del llamado “estallido social” que se ha desarrollado desde el 18 de octubre de 2019. En él muchas personas, de diversas sensibilidades políticas, han responsabilizado a dicho principio de los males que afectan al país, y en especial de ser una de las causas de la desigualdad en Chile. Sin embargo, se analizará también este principio no solo desde la arista jurídica, sino que, también, teniendo en cuenta lo que al respecto puede aportar el estudio de la economía, y del papel que según los economistas debiera representar el Estado en beneficio de toda la sociedad. Se tratará, por tanto, de realizar un análisis de rigor científico, sin sesgos políticos, ni argumentaciones dadas al efecto desde perspectivas religiosas, ni invocar lo que en su momento dijo o no dijo el exsenador Jaime Guzmán, actitud que, es de lamentar, polariza aún más el debate y no contribuye a aclarar los principios y conceptos involucrados.

En primer lugar, se enfatiza que el origen histórico del principio de subsidiariedad se encuentra en la doctrina social de la Iglesia católica, en concreto, en la encíclica *Quadragesimo Anno* del papa Pío XI del año 1931, es decir, se trata de un principio formulado hace ya cerca de un siglo, y que nada tiene que ver con teorías capitalistas o vinculadas a sectores de la derecha política, sino que, por el contrario, se trata de un principio elaborado pensando específicamente en promover la primacía del ser humano y de la familia por sobre el Estado, pero con la finalidad de alcanzar el bien común. Como consecuencia, este principio tuvo amplia recepción en muchos sistemas jurídicos del mundo, no solo en Constituciones nacionales<sup>1</sup>, sino que, como se verá más adelante, sobre la base de este principio se construyó y funciona la Unión Europea.

Por el contrario, mucho sorprende que en Chile la doctrina analizó este principio de subsidiariedad en la década de 1980 como consecuencia de la dictación de la nueva Constitución, y de los trabajos que realizara

---

<sup>1</sup> Ejemplos de países cuyas Constituciones expresamente señalan el principio de subsidiariedad: Alemania (artículo 23), Francia (artículo 88-6), Portugal (artículos 6 y 7), Túnez (artículo 134), Panamá (artículo 233), Ecuador (artículos 269 y 270), Perú (artículo 60) y República Dominicana (artículo 219).

al efecto la Comisión Ortúzar<sup>2</sup>, pero sin llegar a desarrollar las connotaciones y alcances que a este principio se le atribuyen en el derecho comparado. Así las cosas, con el paso de los años resulta curioso, dicho principio no pareció recibir mayor atención doctrinaria, es más, quedó estático, y hasta la actualidad los estudios de derecho constitucional se limitan, en apariencia, a repetir lo que quedó asentado como dogma en aquellos primeros años de vigencia de la nueva Carta Fundamental. Y aquí empiezan los problemas.

En los últimos tiempos han corrido ríos de tinta sobre el principio de subsidiaridad, no siempre con connotaciones positivas, pero elucubrando más sobre la forma en que está redactado el artículo 1° de la Constitución<sup>3</sup>, que sobre el contenido de fondo del principio, y prescindiendo en absoluto de indagar en sus orígenes históricos y dogmáticos, que es la forma que desde el ámbito jurídico, interpretaría correctamente el texto de la Carta Fundamental. A mayor abundamiento, estas nuevas interpretaciones no solo han alejado al principio en Chile de las doctrinas que le sirvieron de inspiración, sino que han producido el efecto de arrinconar al Estado, separándolo con fuerza de las diversas actividades económicas que contribuyen a la creación de la riqueza chilena, generando con ello un sesgo desproporcionado en cuanto al papel que, es de suponer, debieran o no asumir los poderes públicos según el diseño institucional contenido en la Constitución.

Sin embargo, la situación antes descrita resulta del todo incomprensible, sobre todo al constatar que en la actualidad, transcurridos ya las dos guerras mundiales, la Guerra Fría, la caída del comunismo, el surgimiento de múltiples organizaciones internacionales, incluidos fenómenos *sui generis* como la Unión Europea, toda la integración que ha generado el

---

<sup>2</sup> CENC, 1973-1979.

<sup>3</sup> Artículo 1°.- "Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos.

La familia es el núcleo fundamental de la sociedad.

El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos.

El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece.

Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional".

fenómeno de la globalización, el cambio climático, la crisis hídrica, el terrorismo, los derechos de las minorías y un largo etcétera, la gran mayoría de las Constituciones del mundo afirman en su parte dogmática más o menos lo mismo, reconociéndose en todas casi los mismos derechos fundamentales. ¿Cómo se explica, entonces, el rumbo que en Chile fue tomando el principio de subsidiariedad? Las grandes diferencias entre los distintos ordenamientos jurídicos suele hallarse no en el texto de las normas, sino en la forma en que se implementan las normas, en “cómo bajan”, es decir, en cómo interpretan los tribunales los principios constitucionales, y en cómo se establecen las normas de desarrollo de dichos principios. Para realizar ambas tareas correctamente resulta indispensable tener presente el contexto histórico y dogmático en el que surgen aquellos principios.

Hechas las aclaraciones anteriores, en las páginas siguientes se analizará la forma en la cual se ha asentado en el Chile en nuestros días el tan vilipendiado principio de subsidiariedad, tratando de entender las causas de este fenómeno e intentando proponer al respecto algún tipo de solución.

## II. Planteamiento del problema

Hace ya varios años que han surgido en Chile voces que denuncian un excesivo sesgo “neoliberal”<sup>4</sup> contenido en la Constitución, que progresivamente ha ido arrinconando al Estado, separándolo de las demandas de la sociedad<sup>5</sup>. Postulan que el origen de esta situación se hallaría en

---

<sup>4</sup> El problema de esta afirmación es que, al igual como ocurre con las voces ‘pueblo’ o ‘fascista’, en el uso corriente el sentido de la palabra ‘neoliberal’ no es claro, sino que, más bien, se le utiliza en forma peyorativa como sinónimo de ‘mercado’ o de ‘capitalismo’, aun cuando en rigor estos tres conceptos significan cosas distintas: a) Neoliberalismo es una corriente económica y política inspirada en el liberalismo clásico surgida de la “escuela monetarista” que privilegia la baja inflación, para lo cual apoya una amplia liberalización de la economía, el libre comercio, la reducción del gasto público, la reducción de impuestos y la disminución de la intervención del Estado en la economía en favor del sector privado; b) Mercado es una herramienta económica que permite la asignación de la producción y el consumo de bienes y servicios sobre la base del juego entre la oferta y la demanda y c) Capitalismo en sentido estricto es el liberalismo del “dejar hacer” propio de la Revolución industrial, en tanto que en sentido amplio es un gran género que engloba a todo sistema económico basado en la propiedad privada de los medios de producción, comprendiendo con connotaciones peyorativas todos los conceptos anteriores.

<sup>5</sup> Sin embargo, la historia parece indicar que el *peak* neoliberal se produjo entre los gobiernos de Eduardo Frei Ruiz-Tagle y de Ricardo Lagos Escobar, época en que ocurrieron las grandes privatizaciones de empresas estatales y de servicios públicos asociados a monopolios naturales, comenzaron las concesiones para la construcción de obras públicas, se firmaron muchos tratados de libre comercio, y en materia previsional se implementó

el diseño que la Carta de 1980 estableció en cuanto al papel que ha de representar el Estado en el desarrollo del país, esto es, un papel de mero coadyuvante de los particulares, consecuencia de haberse elevado a la categoría de derecho fundamental la libertad de empresa, consagrada en el artículo 19 n.º 21 de la Constitución. Este diseño es, a su vez, el resultado de haberse adoptado en el sistema constitucional el ya mencionado principio de subsidiariedad.

Sobre este principio, que la mayoría de la doctrina reconoce como no expresamente señalado en el texto constitucional, se dice también de modo general que se desprende de la lectura del inciso 3 del artículo 1º de dicha Carta Magna, el cual señala lo siguiente:

“El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos”.

En efecto, la generalidad de los estudios de derecho constitucional se refiere al principio de subsidiariedad a propósito del inciso 3 del artículo 1º<sup>6</sup>, que consagra el denominado principio de las autonomías sociales. Para dicho principio, una agrupación de personas inferior no puede ser absorbida o desbordada por una entidad superior si la inferior es capaz de alcanzar con éxito sus propios fines específicos. Lo anterior, sin perjuicio de que, como ya se señaló, existe también una doctrina que rechaza la existencia del principio de subsidiariedad por no estar señalado de modo explícito<sup>7</sup>. A su vez, consecuencia del principio de subsidiariedad establecido en el inciso 3, sería la libertad de empresa consagrada en el artículo 19 n.º 21 inciso 1, en tanto que la intervención subsidiaria del Estado en actividades económicas se hallaría en el inciso 2 del mismo artículo, que

---

el “multifondo” y el traspaso de la pérdida al cotizante, entre otras muchas grandes transformaciones, esto es entre los años 1994 y 2006, es decir, varios años después de la entrada en vigencia la Carta de 1980 (1981) y de haber retornado la democracia (1990). Por el contrario, a partir de 2006 se ha observado en Chile más regulación a la economía, más políticas públicas basadas en mayor solidaridad y sucesivas alzas de impuestos (una especie de “desneoliberalización”).

<sup>6</sup> A modo de ejemplos: José Luis CEA EGAÑA, *Derecho constitucional chileno*, p. 215; Alejandro SILVA BASCUÑÁN, *Tratado de derecho constitucional*, p. 45 y ss.; Ángela VIVANCO MARTÍNEZ, *Curso de derecho constitucional*, p. 60; Fernando JIMÉNEZ LARRAÍN y Fernando JIMÉNEZ LOOSLI, *Derecho constitucional*, p. 103 y ss.; Humberto NOGUEIRA ALCALÁ, *Derecho constitucional chileno*, p. 572 y ss.; Arturo FERMANDOIS VÖHRINGER, *Derecho constitucional económico*, p. 88 y ss.

<sup>7</sup> Elio SEGOVIA OLAVE, “Acerca de la vigencia del principio de subsidiaridad en la actividad económica del Estado” cita en tal sentido a Renato Cristi y Pablo Ruiz-Tagle y a Miguel Schumann en p. 105, a Rodrigo Vallejo y Diego Pardow en pp. 106 y 107, y a Eduardo Niño Parada en p. 107.

contiene el estatuto del “Estado empresario”. Así, el texto completo del artículo 19 n.º 21 reza lo siguiente:

“Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas:

21º.- El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen.

El Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado los autoriza. En tal caso, esas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que por motivos justificados establezca la ley, la que deberá ser, asimismo, de quórum calificado”.

En consecuencia, se señala que el diseño constitucional chileno sitúa al Estado relegado a un lugar secundario en lo referente a su intervención en actividades económicas, generándose así, como efecto, una verdadera “privatización de lo social”, que impide establecer en la sociedad chilena más redistribución, más solidaridad y, en definitiva, un piso mínimo común que garantice una vida digna para todos los chilenos<sup>8</sup>. Esta privatización de lo social se extendería a todos los ámbitos, incluidos la educación, la salud y el sistema previsional.

En cuanto al inciso 4 del artículo 1º de la Constitución, se señala que establece para el Estado tan solo una obligación de medios, un mero “tratar”. La norma señala lo siguiente:

“El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”.

Se argumenta que el vocablo ‘contribuir’ resalta el puro papel de coadyuvante del Estado a la actividad del privado, en tanto que la expresión “crear las condiciones sociales” se refiere a crear un entorno que permita al privado llegar tan lejos como le sea posible, pero sin establecer un estándar mínimo de calidad que permita eliminar las severas desigualdades que hoy se observan en la población chilena, y que, en definitiva, garanticen a todos los chilenos una vida digna. Se dice que el “crear las condiciones sociales”

---

<sup>8</sup> A modo de ejemplos de quienes sostienen las críticas señaladas en este apartado: Fernando ATRIA, Guillermo LARRAÍN, José Miguel BENAVENTE, Javier COUSO y Alfredo JOIGNANT, *El otro modelo. Del orden neoliberal al régimen de lo público* y José Luis GUERRERO BECAR, *La Constitución económica chilena*.

no se encamina a un objetivo en concreto, como sería, por ejemplo, una vida digna, al contrario de lo que por ejemplo reza el preámbulo de la Constitución española de 1978 señalando:

“La Nación española, deseando establecer la justicia, la libertad y la seguridad y promover el bien de cuantos la integran, en uso de su soberanía, proclama su voluntad de:

Promover el progreso de la cultura y de la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida”.

A su vez, el artículo 1º inciso 1 de la misma Constitución española señala lo siguiente:

“España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”.

De la lectura conjunta de ambas normas, fluiría de modo evidente que en el caso español la Carta Fundamental establece un Estado “social y democrático de derecho” que tiene entre sus objetivos “asegurar a todos una digna calidad de vida”. Se trataría de un Estado “social” (solidario), en contraposición al Estado chileno que sería simplemente “subsidiario”.

Se aboga por la imperiosa necesidad de modificar el diseño constitucional chileno en términos tales que haga posible una mayor intensidad en la participación del Estado en las actividades económicas, teniendo como fundamento este nuevo Estado social el “interés general”, el bien común, lo cual a la larga decantaría en el establecimiento de un nuevo régimen de “lo público” por sobre lo privado, ya que en el esquema actual el papel del Estado queda en efecto reducido a realizar los malos negocios que el particular rechaza por no considerarlos rentables.

Se denuncia que el estatuto del Estado empresario del artículo 19 n.º 21 constituiría una camisa de fuerza que impediría mayor participación estatal, como consecuencia de la exigencia de una ley de quórum calificado que autorizara la respectiva participación estatal que deseara establecerse, norma respecto de la cual, además del recurso de protección del artículo 20 de la Constitución, procede el amparo económico de la Ley n.º 18971 de 1990 para denunciar las infracciones a la garantía constitucional que protege el derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional.

En suma, se señala que la expresión del inciso 4 “con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”, haría alusión a que el Estado deberá contribuir a crear condiciones sociales que permitan a la persona su mayor realización posible, pero respetando los derechos tan

propios del llamado modelo neoliberal como son: la propiedad privada, la libertad de empresa y la no discriminación arbitraria en materia económica que el Estado y sus organismos deben dar a las personas.

### III. *¿Y si replanteáramos el problema?*

El problema que se acaba de plantear presenta con claridad un inconveniente que se desprende también de la simple lectura del artículo 1° de la Constitución. En efecto, la generalidad de la doctrina, al tiempo que reconoce en el inciso 3 el principio de las autonomías sociales, el cual se suele identificar con el principio de subsidiariedad, reconoce también en el inciso 4 del mismo artículo el llamado principio de la servicialidad del Estado, esto es, que el Estado está al servicio de la persona y su finalidad es promover el bien común. Si se leen ambos incisos juntos, se tiene que:

“(Inciso 3: principio de las autonomías sociales) El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos.

(Inciso 4: principio de la servicialidad del Estado) El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”.

De lo anterior, se desprende una evidente contradicción: primero se reconoce la autonomía de los grupos intermedios para alcanzar sus propios fines específicos, pero a continuación se señala que el Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común. Entonces, ¿cuál es, e realidad, el papel del Estado?, o más bien dicho, ¿cuán activo es el papel que el diseño constitucional establece para el Estado de Chile? Porque evidentemente un Estado demasiado pasivo no puede pretender estar “al servicio” de la persona humana, ni menos promover el bien común<sup>9</sup>. La contradicción entre ambos principios es clara, a menos que se interprete de una forma equivocada, pues no es posible que dos principios constitucionales se anulen entre sí en términos de que si se aplica uno se deja sin efecto el otro, y con mayor razón si están señalados

---

<sup>9</sup> Patricio AYLWIN AZÓCAR y Eduardo AZÓCAR BRUNNER, *Derecho administrativo*, p. 21: La extensión de los quehaceres que el Estado toma a su cargo “dependerá de las ideas que en cada país y época predominen acerca de la esfera propia de la acción estatal”.

en el mismo artículo y en incisos contiguos. Vale, en consecuencia, la interrogante: ¿estamos interpretando correctamente?

Para superar el señalado problema interpretativo, es necesario realizar dos precisiones previas: primero, reconocer que muchas veces el legislador, o el constituyente en este caso, pueden no usar las palabras adecuadas para expresar las ideas que desea transmitir, y segundo, que para establecer el verdadero sentido y alcance de las normas jurídicas es necesario considerar el origen de las instituciones que la norma está regulando, y en definitiva, el contexto.

En todas las ciencias sociales un elemento clave en la labor interpretativa lo constituye el contexto, por lo que el estudio de los fenómenos descontextualizados, forzarán al investigador a conclusiones erradas. En este sentido, se manifiesta no sin cierta provocación, el destacado economista Jean Tirole<sup>10</sup>, al señalar:

“la antropología, el derecho, la economía, la historia, la filosofía, la psicología, la ciencia política y la sociología no constituyen más que una única disciplina, pues tienen los mismos objetos de estudio: las mismas personas, los mismos grupos y las mismas organizaciones”<sup>11</sup>,

es decir, en estas disciplinas es imprescindible conocer el contexto.

Surge, así, la razonable sospecha de que “algo se está haciendo mal”, quizá se está frente a una interpretación errónea que, en estricto rigor, hace necesaria la búsqueda de una solución. Esto, pues el problema que suscita es de la mayor importancia constitucional. Al respecto cabe, también, recordar las palabras de otro destacado estudioso del comportamiento humano, el psicólogo Daniel Kahnemann<sup>12</sup>, pionero en el análisis de la forma en que se integran la psicología con la economía, quién afirma:

“la investigación conductual demuestra que una vez que se implanta una narrativa, es difícil desterrarla, sobre todo si, aun siendo incorrecta, es coherente”<sup>13</sup>,

aseveración que no hace sino reflejar aquella célebre frase del siniestro Joseph Goebbels<sup>14</sup> “una mentira repetida mil veces se convierte en una verdad”.

En efecto, pareciera que la interpretación que desde hace algún tiempo flota en el aire, de que el Estado no puede intervenir de manera más

<sup>10</sup> Premio Nobel de Economía año 2014.

<sup>11</sup> Jean TIROLE, *La economía del bien común*, pp. 138-139.

<sup>12</sup> Premio Nobel de Economía año 2002.

<sup>13</sup> Véase Ángel UBIDE, *La paradoja del riesgo*, p. 32.

<sup>14</sup> Ministro encargado de la propaganda de la Alemania Nazi.

activa en materia económica es incorrecta, pues como se ha mencionado, llevar esta interpretación a tal extremo genera la inconsistencia de que sería imposible materializar el mandato constitucional de que el Estado está al servicio de la persona humana para promover el bien común. Para llegar a esta conclusión debe considerarse, además, que el capítulo I de la Constitución, y en particular el artículo 1°, señalan principios generales para el funcionamiento del sistema constitucional, siendo, por tanto, la norma llamada a dar la orientación general de la interpretación de la Constitución, circunstancia que se hace patente toda vez que fue la misma Comisión Ortúzar quien estimó que el artículo 1° sería el equivalente a un preámbulo de la nueva Carta Fundamental, el cual finalmente no fue incorporado al texto definitivo por considerarse que repetía lo que iba a establecer el artículo 1°<sup>15</sup>.

Pareciera, además, que el error de interpretación que se ha generalizado respecto del principio de subsidiaridad se debe en gran medida a los siguientes factores:

- a) Hacer la interpretación fijándose solo en lo que dice o no dice el tenor literal del texto: en efecto parece que es un mal de la idiosincrasia latina, el ser demasiado literalistas al momento de interpretar las normas jurídicas. Sería así, esta característica la que daría pie para mal interpretar principios y conceptos que al ser distorsionados producen severas consecuencias jurídicas. En general, no son pocos los autores que señalan que en gran medida los problemas del derecho continental se originan en un abuso de la legalidad y un apego al tenor literal de los textos<sup>16</sup>. Y es este excesivo apego a los textos lo que origina, por ejemplo, la ya señalada interpretación de que el inciso 4 del artículo 1° prescribe para el Estado una obligación de medios al afirmar que corresponde al Estado “contribuir a crear condiciones” que permitan la mayor realización material y espiritual posible de la persona, en circunstancias que, como se mostrará más adelante, este no es el sentido que a dicha expresión le atribuyó la Comisión Ortúzar. Se debe recordar, además, que existe acuerdo en la doctrina de que la Constitución no establece derechos, como señala la parte final del inciso 4 (“...con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”), sino que se limita a reconocer derechos fundamentales que emanan de la naturaleza humana y que son anteriores a su vigencia. Por

---

<sup>15</sup> CEA, *op. cit.*, p. 197 y ss.; VIVANCO, *op. cit.*, p. 31 y ss.

<sup>16</sup> Tomás J. ALISTE SANTOS, *Sistema de Common Law*, p. 56.

consiguiente, resulta evidente que la interpretación literal sin mayor cuidado lleva a errores y malentendidos. Debe recordarse que el artículo 19 del *Código Civil*, al señalar la regla general de interpretación de la ley<sup>17</sup>, prescribe que ante alguna oscuridad que pudiere surgir del tenor literal de la norma, puede recurrirse "a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma, o en la historia fidedigna de su establecimiento", es decir, no es lícito superar alguna oscuridad del texto reinterpretando el texto mismo con prescindencia del espíritu de la norma, de su historia fidedigna y del contexto en el cual ella fue dictada<sup>18</sup>.

- b) Sesgo hacia lo económico: de la simple lectura del inciso 3 del artículo 1° se desprende que el principio de las autonomías sociales está redactado en términos generales con el sentido de "autogobierno" para lograr sus propios fines, sin hacer una alusión específica a las actividades económicas que pudieren desempeñar los grupos intermedios, y así también lo ha reconocido la doctrina<sup>19</sup>. Por consiguiente, si bien es correcto ver en el artículo 19 n.° 21 el derecho fundamental de la libertad de empresa como un reflejo del principio de las autonomías sociales, no es correcto aseverar que esto es así porque el principio contenido en el inciso 3 del artículo 1° esté concebido con la intención de establecer dicha autonomía pensando exclusivamente en el desarrollo de actividades económicas. A su vez, cabe hacer presente que también parte importante de la doctrina<sup>20</sup> entiende que cuando el inciso 3 se refiere a los "grupos intermedios" se está haciendo alusión a "todo grupo entre la persona y el Estado", vale decir: gremios, clubes, sindicatos, sociedades, mutualidades, etcétera, lo cual es concordante con la interpretación señalada de que el principio de las autonomías sociales no se limita al ámbito económico.
- c) No leer la Constitución completa: en efecto, como todo cuerpo normativo, debe ser leído en su conjunto para comprender su

<sup>17</sup> Artículo 19. "Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu.

Pero bien se puede, para interpretar una expresión obscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma, o en la historia fidedigna de su establecimiento".

<sup>18</sup> Considerar el inciso 1 del artículo 22 del *Código Civil*: "El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía".

<sup>19</sup> CEA, *op. cit.*, p. 217.

<sup>20</sup> CEA, *op. cit.*, p. 216; SILVA, *op. cit.*, p. 45; NOGUEIRA, *op. cit.*, p. 572; VIVANCO, *op. cit.*, p. 60.

verdadero sentido y alcance, por lo cual la conclusión es evidente, tal como señala un destacado profesor de derecho público español comentando la Constitución de su país:

“para comprender nuestra Constitución económica es preciso leerla de forma integral y objetiva (ni parcial ni tendenciosa), sin prescindir del análisis de ningún artículo”<sup>21, 22</sup>.

En consecuencia, cuando se considera el texto en su completitud, se hace necesario concluir que la expresión “...con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece (reconoce)” efectivamente hace alusión a la propiedad privada, a la libertad de empresa, y a la no discriminación arbitraria que el Estado debe dar en materia económica, pero también se refiere a la vida, la igualdad, la dignidad, la integridad física y psíquica, la honra, entre muchos otros derechos fundamentales reconocidos en ella. Resulta, pues, evidente que la lectura parcial del texto constitucional genera variadas interpretaciones torcidas que se alejan de las ideas que sus redactores, todos connotados constitucionalistas, quisieron plasmar en la Carta de 1980.

- d) Olvidar que las normas fundamentales deben ser neutras: en general también hay acuerdo en la doctrina en cuanto a que las normas fundamentales de un ordenamiento jurídico, por ejemplo, el derecho civil, el derecho de familia, el derecho penal, las normas procesales y, desde luego, las Constituciones, deben ser normas jurídicas neutras, sin orientaciones específicas hacia determinadas concepciones políticas, sociales o económicas de la sociedad que rigen, en tanto que la equidad se logra mediante la implementación de las políticas públicas que resulten adecuadas para lograr los fines que la sociedad considere que deben ser alcanzados en un momento determinado<sup>23</sup>. El mismo

<sup>21</sup> Ricardo RIVERO ORTEGA, *Derecho administrativo económico*, p. 56.

<sup>22</sup> En el mismo sentido NOGUEIRA, *op. cit.*, p. 574: “este inciso tercero no constituye una disposición aislada dentro del artículo 1° ni dentro del marco constitucional, por lo cual requiere armonizarse en una perspectiva interpretativa sistemática y finalista con las demás disposiciones del mismo artículo 1°, de los demás artículos de las Bases de la Institucionalidad, como asimismo del conjunto del texto constitucional”.

<sup>23</sup> El derecho debe permitir que las personas puedan utilizar bien sus derechos, lo cual requiere que las reglas básicas de comportamiento sean inmutables para no crear incertidumbre, libres de sesgos y de ideologías, es decir, las reglas básicas de conducta deben ser diseñadas procurando la eficiencia. Por el contrario, las normas que regulan demasiado suelen generar incentivos negativos precisamente por resultar ineficientes. La equidad, en tanto, debe perseguirse por medio de la implementación de políticas públicas

razonamiento ha sido apoyado desde el análisis económico del derecho: las normas fundamentales deben ser neutras, en tanto que la equidad se logra por medio de las políticas públicas<sup>24</sup>. De esta manera, un texto constitucional eficiente debe ser capaz de permitir que el ordenamiento jurídico se vaya amoldando a los cambios que va experimentando la sociedad a la cual rige. De no cumplirse este diseño institucional, el costo social de mantenerlo sería tan elevado que se vuelve del todo inadecuado para cumplir los fines que la sociedad le demanda. Dicho lo anterior, se pueden explicar con mediana claridad los efectos nocivos que genera para la sociedad una interpretación extrema y demasiado sesgada de la Constitución, que la hace incapaz de responder a las nuevas demandas sociales que van surgiendo de los nuevos tiempos. Si el texto chileno se interpretara de una forma menos rígida, o sea, sin el sesgo de que el Estado no puede intervenir, sino en términos extremadamente residuales, no solo podrían aplicarse de manera más equilibrada ambos principios del artículo 1° (autonomías sociales y servicialidad del Estado), sino que, además, generaría un marco jurídico mucho más eficiente desde el punto de vista del coste social para emprender nuevas y más eficaces políticas públicas para alcanzar el bien común.

Cabe reiterar en este punto que, lo que en verdad modela un sistema jurídico, social y económico no son las normas constitucionales en sí mismas, sino que es la forma en que "bajan" a través del ordenamiento jurídico las normas de la Constitución, ya sea por la interpretación que de ellas efectúan los tribunales de justicia, como también por el sentido con el cual se van dictando las normas de desarrollo de los principios constitucionales. Esta es la importancia de evitar que en Chile se termine imponiendo una interpretación errada o muy restrictiva de las normas constitucionales. Y es también motivo más que suficiente para contar con un tribunal constitucional que sea capaz de ser un eficaz guardián de la Carta Fundamental.

---

eficientes, evitando despilfarros, pero no a través de las normas básicas del ordenamiento jurídico, pues en tal caso lo único que se logra es la distorsión del mercado (la sociedad pierde eficiencia).

<sup>24</sup> Richard POSNER, *El análisis económico del derecho*, p. 979, hace entender, además, la importancia de que las normas fundamentales reciban interpretaciones flexibles, pues así se reduce el coste social de modificar dichas normas.

#### IV. ¿Para qué se formuló el principio de subsidiariedad?

En primer término, cabe señalar que la palabra ‘subsidiar’ significa “suplir o completar una carencia”, y es precisamente con este sentido que surge el principio. En efecto, su origen histórico se halla en la encíclica *Quadragesimo Anno* del papa Pío XI de 1931, que lleva por subtítulo “Sobre la restauración del orden social en perfecta conformidad con la ley evangélica al celebrarse el 40° aniversario de la encíclica ‘*Rerum Novarum*’ de León XIII”<sup>25</sup>, en la cual en su párrafo número 79 el papa Pío XI señala lo siguiente:

“79. Pues aun siendo verdad, y la historia lo demuestra claramente, que, por el cambio operado en las condiciones sociales, muchas cosas que en otros tiempos podían realizar incluso las asociaciones pequeñas, hoy son posibles sólo a las grandes corporaciones, sigue, no obstante, en pie y firme en la filosofía social aquel gravísimo principio inamovible e inmutable: como no se puede quitar a los individuos y dar a la comunidad lo que ellos pueden realizar con su propio esfuerzo e industria, así tampoco es justo, constituyendo un grave perjuicio y perturbación del recto orden, quitar a las comunidades menores e inferiores lo que ellas pueden hacer y proporcionar y dárselo a una sociedad mayor y más elevada, ya que toda acción de la sociedad, por su propia fuerza y naturaleza, debe prestar ayuda a los miembros del cuerpo social, pero no destruirlos y absorberlos”.

Del texto transcrito se desprende que la subsidiariedad desde el comienzo fue concebida por Pío XI como el establecimiento de “niveles” de intervención entre entidades superiores e inferiores desde la persona humana hasta el Estado. Así, las entidades superiores deben ayudar a las inferiores a cumplir sus propios fines, pero sin destruirlos y absorberlos. En definitiva, el principio de subsidiariedad consiste en que debe prevalecer la persona humana (y la familia) por sobre el Estado<sup>26</sup>, pero sin que ello signifique una exclusión del Estado, toda vez que este debe contribuir a alcanzar el bien común, supliendo aquellas actividades que los particulares no puedan desempeñar con plena satisfacción. Aquí se aprecia claramente

<sup>25</sup> Se dice que la encíclica *Rerum Novarum* del papa León XIII de 1891 inicia la Doctrina Social de la Iglesia católica.

<sup>26</sup> De nuevo, la importancia del contexto: debe tenerse presente que cuando se publica esta encíclica, año 1931, recién ha triunfado la Revolución rusa, al tiempo que el mundo sufre la gran depresión, con lo cual el comunismo se está expandiendo con rapidez por Europa, y es en este contexto en que el papa Pío XI defiende el que deba prevalecer la persona humana por sobre el Estado, pero al mismo tiempo el Estado debe prestar ayuda a los grupos inferiores a satisfacer aquellas actividades que no puedan desempeñar por sí mismos, para así alcanzar el bien común.

el sentido de la voz ‘subsidiar’ con el significado ya apuntado de “suplir o completar una carencia”. En consecuencia, el principio de subsidiariedad se establece para alcanzar el bien común, y es por esta razón que no puede entenderse como una restricción extrema, casi prohibitiva, de la actividad estatal. Entender el principio en un sentido contrario significaría de plano, que el Estado jamás podrá intervenir para alcanzar el bien común.

Y es con este mismo sentido de “suplir una carencia” con el que se ha utilizado el principio de subsidiariedad para la construcción de la Unión Europea. En efecto, sin perjuicio de que existen materias que son competencia exclusiva de la Unión como, por ejemplo, la defensa de la libre competencia, la política monetaria y el derecho del consumidor, materias respecto de las cuales los Estados miembros expresamente han delegado su soberanía a la Unión, la regla general es que toda competencia no atribuida a la Unión en los tratados corresponde a los Estados miembros, en tanto que toda intervención subsidiaria de la Unión debe efectuarse de manera proporcional a la necesidad que se busca satisfacer. De esta forma, el actual artículo 5° del Tratado del Unión Europea establece para modelar sus actuaciones en aquellas materias que no son de su competencia exclusiva, dos principios: “subsidiariedad” y “proporcionalidad”<sup>27</sup>.

En cuanto al principio de subsidiariedad señala dicho artículo en lo pertinente lo siguiente:

“Artículo 5° TUE.- 3. “...La Unión intervendrá solo si los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros..., sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión”<sup>28</sup>.

<sup>27</sup> Josep María JORDÁN GLADUF y Cecilio TAMARIT ESCALONA, *Economía de la Unión Europea*, p. 43.

<sup>28</sup> El texto completo del artículo 5° del Tratado de la Unión Europea o “Tratado de Maastricht” (antiguo artículo 5° del Tratado de la Comunidad Europea) es el siguiente:

“Artículo 5°.- 1. La delimitación de las competencias de la Unión se rige por el principio de atribución. El ejercicio de las competencias de la Unión se rige por los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.

2. En virtud del principio de atribución, la Unión actúa dentro de los límites de las competencias que le atribuyen los Estados miembros en los Tratados para lograr los objetivos que éstos determinan. Toda competencia no atribuida a la Unión en los Tratados corresponde a los Estados miembros.

3. En virtud del principio de subsidiariedad, en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Unión intervendrá sólo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local, sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión.

Las instituciones de la Unión aplicarán el principio de subsidiariedad de conformidad con el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.

Es necesario hacer notar que la Unión está llamada a intervenir solo si los objetivos de la acción pretendida puedan alcanzarse mejor, considerando la dimensión o los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión, es decir, ella solo va a actuar cuando el Estado miembro no pueda alcanzar por sí solo y de una manera suficiente un determinado objetivo dentro de su propia esfera de competencia. En consecuencia, de este diseño institucional resulta que no se presume que frente a una determinada contingencia la entidad deba intervenir, no puede actuar de oficio, sino que el Estado miembro que se halle en dificultades debe invocar su intervención, en tanto que el TJUE es competente para realizar el control judicial de la aplicación del principio de subsidiaridad<sup>29</sup> a fin de evitar que el poder de la Unión desborde las potestades de los Estados miembros<sup>30</sup>.<sup>31</sup> Entonces, dicha intervención sobre el Estado miembro debe justificarse, correspondiendo eventualmente esta calificación de los motivos al TJUE, en términos equivalentes a lo que dispone el artículo 19 n.º 21 de la Constitución chilena. De esta forma, al exigir que la necesidad de que el Estado o sus organismos intervengan en actividades empresariales sea establecida (o calificada) a través de una ley de quórum calificado, donde

---

Los Parlamentos nacionales velarán por el respeto del principio de subsidiariedad con arreglo al procedimiento establecido en el mencionado Protocolo.

4. En virtud del principio de proporcionalidad, el contenido y la forma de la acción de la Unión no excederán de lo necesario para alcanzar los objetivos de los Tratados.

Las instituciones de la Unión aplicarán el principio de proporcionalidad de conformidad con el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad”.

<sup>29</sup> Esta competencia de control del TJUE se desprende de la lectura conjunta de los artículos 5 y 19 del Tratado de la Unión Europea y 256 y 263 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en cuanto entregan a dicho tribunal el control de la legalidad de los actos de la Unión.

<sup>30</sup> Joaquín ALCAIDE FERNÁNDEZ y Rafael CASADO RAIGÓN, *Curso de derecho de la Unión Europea*, p. 67.

<sup>31</sup> A modo de ejemplo, considérese que la Constitución francesa consagra expresamente esta acción en defensa del principio de subsidiaridad:

“Artículo 88-6.- La Asamblea Nacional o el Senado podrán emitir un dictamen razonado sobre la conformidad de un proyecto de acto legislativo europeo con el principio de subsidiariedad. Dicho dictamen, del que se dará cuenta al Gobierno, será remitido por el Presidente de la Cámara correspondiente a los Presidentes del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión Europea.

Cada Cámara podrá interponer un recurso ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea contra un acto legislativo europeo por violación del principio de subsidiariedad. El recurso será trasladado por el Gobierno al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

A estos fines se podrán aprobar resoluciones, incluso fuera de los períodos de sesiones, según modalidades de iniciativa y discusión fijadas por el reglamento de cada Cámara. A petición de sesenta diputados o sesenta senadores, el recurso será de derecho”.

el mérito de dicha intervención no puede ser otro que la imposibilidad de alcanzarse el bien común sin dicha intervención estatal.

En cuanto al principio de proporcionalidad señala el mismo artículo lo siguiente:

"Artículo 5° TJUE.- 4. En virtud del principio de proporcionalidad, el contenido y la forma de la acción de la Unión no excederán de lo necesario para alcanzar los objetivos de los Tratados".

Se observa que este principio de proporcionalidad en el diseño institucional de la Unión Europea concuerda a la perfección con lo señalado en el párrafo n.º 79 de la encíclica *Quadragesimo Anno* del papa Pío XI, en cuanto a que las entidades superiores deben ayudar a las inferiores a cumplir sus propios fines, pero sin destruirlos y absorberlos, es decir, el principio de proporcionalidad sirve para moderar la intensidad con la cual la Unión va a intervenir en el Estado miembro para alcanzar el objetivo esperado, que este último no es capaz de lograr eficientemente actuando por sí solo. En otras palabras, en la Unión Europea la magnitud de la intervención subsidiaria de esta sobre los Estados miembros da la proporcionalidad. Y haciendo una razonable analogía entre el sistema europeo y el sistema constitucional chileno, la magnitud de la intervención subsidiaria del Estado debiera ser el bien común, de acuerdo con las exigencias que la sociedad chilena considere necesarias en cada tiempo. Será dicho bien el que modere la intervención del Estado para ayudar a los grupos intermedios a cumplir sus propios fines específicos, pero sin destruirlos ni absorberlos.

Solo aplicando el principio de subsidiariedad en el sentido de la encíclica *Quadragesimo Anno* de 1931, que es la misma forma en la cual se aplica en la Unión Europea, resulta de una coherencia plena, la aseveración de que el principio de subsidiariedad fue concebido para alcanzar el bien común. Por el contrario, de entenderlo en la forma en que se ha venido aplicando en Chile, con el sentido de que el Estado debe, en la práctica, abstenerse de participar en actividades económicas, cualesquiera sean las circunstancias, termina siendo imposible materializar el principio de la servicialidad del Estado contenido en el inciso 4 del artículo 1º de la Constitución, esto es, que el Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común.

Luego, es posible definir el principio de subsidiariedad como el adecuado equilibrio entre el principio de las autonomías sociales y el principio de la servicialidad del Estado, donde dicho equilibrio debe ser evaluado de manera constante con la finalidad de alcanzar el bien común.

La primera consecuencia que deriva de esta reformulada interpretación del principio de subsidiariedad –concordante con la doctrina social

e la Iglesia católica y con la interpretación dada en la Unión Europea— es que desaparece la supuesta contradicción que se desprendería de una interpretación literal de los incisos 3 y 4 del artículo 1° de la Constitución, a saber, que interpretar en forma tan extrema el principio de las autonomías sociales anula el principio de la servicialidad del Estado, con lo que, además, se concluye que el texto constitucional está bien escrito y en plena concordancia con los orígenes históricos y dogmáticos del principio de subsidiariedad.

La segunda consecuencia que fácilmente fluye de esta reformulada interpretación es que se consigue, de inmediato, un texto constitucional con un perfil mucho más social que el que en estos últimos tiempos se ha pretendido imponer en la opinión pública. Lo anterior, en cuanto a que la Constitución sustentaría un supuesto neoliberalismo extremo y descontrolado, que, en definitiva, ha arrinconado al Estado, quedando su papel reducido a realizar los malos negocios que el privado no considera rentables. Por el contrario, con la reinterpretación que se propone desaparece la antítesis Estado subsidiario versus Estado social que, desagrada decir, se ha asentado en la sociedad chilena, como se desprende de este trabajo, sin un real fundamento, ya que, como se ha demostrado, la señalada oposición de concepciones del Estado se funda, en realidad, en una equivocada interpretación de los principios y conceptos en juego.

Reafirmando la interpretación que se viene apuntando, cabe destacar que la profesora Ángela Vivanco<sup>32</sup> señala, además, que la subsidiariedad, entendida como la primacía de la persona humana por sobre el Estado, lleva por fuerza a la servicialidad del Estado, y a entender la libre iniciativa privada en términos generales, no solo económicos. Con ello se comprende dentro de esta libre iniciativa toda actividad de participación<sup>33</sup>, incluida, por cierto, la participación ciudadana en la gestión pública en los términos de la Ley n.° 20500 de 2011.

Y en cuanto al requisito de la ley de quórum calificado del artículo 19 n.° 21 inciso 2 de la Constitución, solo hay que agregar que dicho requisito de “calificación de la conveniencia” de que el Estado intervenga para alcanzar el bien común no es para nada un “súper quórum” imposible de alcanzar, es simplemente la mayoría absoluta de los diputados y senadores en ejercicio<sup>34</sup>. Dicha conformación se funda en el simple hecho de que en nuestro sistema constitucional, cada vez que la Constitución señala una regla general que sea susceptible de ser dejada sin efecto, es decir, de

---

<sup>32</sup> Actual ministra de la Corte Suprema.

<sup>33</sup> VIVANCO, *op. cit.*, p. 63.

<sup>34</sup> Artículo 66 de la Constitución.

establecerse una excepción a dicha regla general, el mecanismo instaurado para activar dicha excepción es mediante una ley aprobada con un quórum reforzado de mayoría absoluta. A modo de ejemplo, téngase en cuenta que el monopolio de las armas recae en las Fuerzas Armadas y de Orden, a menos que una ley de quórum calificado autorice a los particulares poseer o tener armas u otros elementos similares (artículo 103); la pena de muerte solo puede ser establecida por una ley de quórum calificado (artículo 19 n.º 1); los actos de los órganos del Estado son públicos, a menos que una ley de quórum calificado establezca el secreto (artículo 8); o el ya señalado derecho fundamental de la libertad de empresa, salvo que una ley de quórum calificado autorice actividades empresariales del Estado (artículo 19 n.º 21).

En resumen, para cerrar este apartado, se apunta que el principio de subsidiaridad está también presente en varias actuales Constituciones del mundo, donde en la mayoría predomina el sentido histórico y dogmático del principio ya señalado a lo largo de este trabajo<sup>35</sup>.

Recapitulando, existen tres maneras distintas de "concebir" el principio de subsidiariedad:

Concepción 1ª: debe primar la persona humana (y la familia) por sobre el Estado, que es el sentido original del papa Pío XI.

Concepción 2ª: en términos más generales, que la antítesis "persona-Estado", trata de estructurar la sociedad en grupos intermedios ordenados en "niveles de acción", de forma tal que solo deberá actuar una entidad de nivel superior cuando la de nivel inferior no pueda cumplir satisfactoriamente sus propios fines específicos, para así alcanzar el bien común. Esta es la manera en que funciona la Unión Europea, de forma tal que ante una situación problemática primero interviene quien esté más cerca del problema, y solo entonces –y en caso de ser necesario– se irá escalando a niveles superiores.

Concepción 3ª: entender que el Estado no debe realizar actividades económicas, sino que de una forma muy marginal y en casos extremos, con una postura muy desventajosa como es la de asumir los "malos negocios", interpretación que se ha asentado en el último tiempo en Chile.

---

<sup>35</sup> De los ejemplos señalados en la nota 2 de este trabajo, el principio de subsidiariedad es mencionado con el sentido de "niveles de acción" en las Constituciones de Alemania (artículo 23), Francia (artículo 88-6), Portugal (artículos 6 y 7), Túnez (artículo 134), Panamá (artículo 233), y Ecuador (artículos 269 y 270), en tanto que se le menciona con un claro sentido económico en las Constituciones de Perú (artículo 60) y República Dominicana (artículo 219).

De esta forma, se pueden delinear las siguientes conclusiones:

- a) La Concepción 3<sup>a</sup>, actualmente imperante en Chile, es una interpretación demasiado extrema, que no se condice con los orígenes del principio de subsidiariedad, y que, además, se aparta de modo manifiesto, de la Concepción 1 y la Concepción 2, que sí son concordantes entre sí.
- b) El inciso 3 del artículo 1° de la Constitución no menciona de manera explícita el ámbito económico, sino que el principio de las autonomías sociales está formulado en términos generales, razón por la cual no hay motivo alguno que justifique llevar al principio de subsidiariedad al extremo circunscribiendo su ámbito de aplicación al área económica.
- c) El artículo 19 n.° 21 de la Constitución tampoco señala en forma perentoria al Estado una prohibición de intervenir en actividades económicas, sino que solo señala como restricción un requisito formal para activar la excepción a la regla general de la libertad de empresa, que es dictar al efecto una ley de quórum calificado que justifique la necesidad de dicha intervención para alcanzar el bien común. Y al menos en teoría el sector político que demanda más acción estatal siempre ha tenido los votos necesarios en el Congreso (la mayoría absoluta).

Resta ahora determinar qué es lo que correctamente debería entenderse por el “bien común”, de modo tal que haya una correcta armonía entre este concepto y el sentido que ya se ha manifestado que debe darse al principio de subsidiariedad.

### *V. ¿Qué se entiende por “bien común” en la Carta de 1980?*

Parte importante de la doctrina constitucional chilena, en especial quienes escribieron en la época en que la actual Carta Fundamental fue redactada, ha hecho alusión o cita explícita de las actas de la Comisión Ortúzar haciendo notar que los comisionados siempre dejaban constancia de que, al utilizar conceptos como “bien común” y “contribuir a crear condiciones sociales” –ambas expresiones contenidas en el inciso 4 del artículo 1° que establece el principio de la servicialidad del Estado– lo hacían dando a dichos conceptos el significado que les atribuía la doctrina social de la Iglesia católica en varios documentos oficiales, por ejemplo, las encíclicas *Quadragesimo Anno* del papa Pío XI de 1931 y *Mater et Magistra* del papa Juan XXIII de 1961; así como también la constitución pastoral del

Concilio Vaticano II *Gaudium et Spes* del papa Paulo VI de 1965<sup>36</sup>. En consecuencia, la importancia de consultar dichos documentos en nuestro sistema constitucional no es pretender interpretar los conceptos apelando a la autoridad moral de la Iglesia católica o de los papas, sino que la relevancia de considerar estos documentos es estrictamente jurídica: en dichos documentos está el verdadero sentido de las palabras que los constituyentes tuvieron en mente al redactar la Carta Fundamental, con lo cual la correcta interpretación de los preceptos constitucionales debe efectuarse sin dejar de lado el sentido que en aquellos documentos se les atribuye a los conceptos que la norma emplea.

Por ejemplo, son extremo interesantes los párrafos n.º 53 y n.º 65 de la encíclica *Mater et Magistra* del papa Juan XXIII:

"53. Esta acción del Estado, que fomenta, estimula, ordena, suple y completa, está fundamentada en el principio de la función subsidiaria, formulado por Pío XI en la encíclica *Quadragesimo anno*: «Sigue en pie en la filosofía social un gravísimo principio, inamovible e inmutable: así como no es lícito quitar a los individuos y traspasar a la comunidad lo que ellos pueden realizar con su propio esfuerzo e iniciativa, así tampoco es justo, porque daña y perturba gravemente el recto orden social, quitar a las comunidades menores e inferiores lo que ellas pueden realizar y ofrecer por sí mismas, y atribuirlo a una comunidad mayor y más elevada, ya que toda acción de la sociedad, en virtud de su propia naturaleza, debe prestar ayuda a los miembros del cuerpo social, pero nunca destruirlos ni absorberlos.

65. Para dar cima a esta tarea con mayor facilidad, se requiere, sin embargo, que los gobernantes profesen un sano concepto del bien común. Este concepto abarca todo un conjunto de condiciones sociales que permitan a los ciudadanos el desarrollo expedito y pleno de su propia perfección<sup>37</sup>.

Juzgamos además necesario que los organismos o cuerpos y las múltiples asociaciones privadas, que integran principalmente este incremento de las relaciones sociales, sean en realidad autónomos y tiendan a sus fines específicos con relaciones de leal colaboración mutua y de subordinación a las exigencias del bien común.

Es igualmente necesario que dichos organismos tengan la forma externa y la sustancia interna de auténticas comunidades, lo cual sólo podrá lograrse cuando sus respectivos miembros sean considerados en ellos como personas y llamados a participar activamente en las tareas comunes".

<sup>36</sup> CEA, *op. cit.*, p. 223; SILVA, *op. cit.*, p. 53 y. 67-68; NOGUEIRA, *op. cit.*, pp. 571 y 575; JIMÉNEZ y JIMÉNEZ, *op. cit.*, p. 107; VIVANCO, *op. cit.*, p. 64; FERMANDOIS, *op. cit.*, p. 89.

<sup>37</sup> Es necesario hacer notar que en esta oración de la encíclica se utiliza la expresión "conjunto de condiciones sociales" que alude con claridad a un resultado esperado, y con idéntico sentido que el del inciso 4 del artículo 1º de la Constitución, como si hubiese sido transcrito de aquel documento.

En el mismo sentido, resulta de especial interés el párrafo n.º 75 de la constitución pastoral *Gaudium et Spes* del papa Paulo VI<sup>38</sup>.

---

<sup>38</sup> 75. Es perfectamente conforme con la naturaleza humana que se constituyan estructuras político-jurídicas que ofrezcan a todos los ciudadanos, sin discriminación alguna y con perfección creciente, posibilidades efectivas de tomar parte libre y activamente en la fijación de los fundamentos jurídicos de la comunidad política, en el gobierno de la cosa pública, en la determinación de los campos de acción y de los límites de las diferentes instituciones y en la elección de los gobernantes. Recuerden, por tanto, todos los ciudadanos el derecho y al mismo tiempo el deber que tienen de votar con libertad para promover el bien común. La Iglesia alaba y estima la labor de quienes, al servicio del hombre, se consagran al bien de la cosa pública y aceptan las cargas de este oficio.

Para que la cooperación ciudadana responsable pueda lograr resultados felices en el curso diario de la vida pública, es necesario un orden jurídico positivo que establezca la adecuada división de las funciones institucionales de la autoridad política, así como también la protección eficaz e independiente de los derechos. Reconózanse, respétese y promuévanse los derechos de las personas, de las familias y de las asociaciones, así como su ejercicio, no menos que los deberes cívicos de cada uno. Entre estos últimos es necesario mencionar el deber de aportar a la vida pública el concurso material y personal requerido por el bien común. Cuiden los gobernantes de no entorpecer las asociaciones familiares, sociales o culturales, los cuerpos o las instituciones intermedias, y de no privarlos de su legítima y constructiva acción, que más bien deben promover con libertad y de manera ordenada. Los ciudadanos por su parte, individual o colectivamente, eviten atribuir a la autoridad política todo poder excesivo y no pidan al Estado de manera inoportuna ventajas o favores excesivos, con riesgo de disminuir la responsabilidad de las personas, de las familias y de las agrupaciones sociales.

A consecuencia de la complejidad de nuestra época, los poderes públicos se ven obligados a intervenir con más frecuencia en materia social, económica y cultural para crear condiciones más favorables, que ayuden con mayor eficacia a los ciudadanos y a los grupos en la búsqueda libre del bien completo del hombre. Según las diversas regiones y la evolución de los pueblos, pueden entenderse de diverso modo las relaciones entre la socialización y la autonomía y el desarrollo de la persona. Esto no obstante, allí donde por razones de bien común se restrinja temporalmente el ejercicio de los derechos, restablézcase la libertad cuanto antes una vez que hayan cambiado las circunstancias. De todos modos, es inhumano que la autoridad política caiga en formas totalitarias o en formas dictatoriales que lesionen los derechos de la persona o de los grupos sociales.

Cultiven los ciudadanos con magnanimidad y lealtad el amor a la patria, pero sin estrechez de espíritu, de suerte que miren siempre al mismo tiempo por el bien de toda la familia humana, unida por toda clase de vínculos entre las razas, pueblos y naciones.

Los cristianos todos deben tener conciencia de la vocación particular y propia que tienen en la comunidad política; en virtud de esta vocación están obligados a dar ejemplo de sentido de responsabilidad y de servicio al bien común, así demostrarán también con los hechos cómo pueden armonizarse la autoridad y la libertad, la iniciativa personal y la necesaria solidaridad del cuerpo social, las ventajas de la unidad combinada con la provechosa diversidad. El cristiano debe reconocer la legítima pluralidad de opiniones temporales discrepantes y debe respetar a los ciudadanos que, aun agrupados, defienden lealmente su manera de ver. Los partidos políticos deben promover todo lo que a su juicio exige el bien común; nunca, sin embargo, está permitido anteponer intereses propios al bien común.

De la lectura de estos documentos, lo primero que salta a la vista es constatar que en todos ellos efectivamente se hace constante alusión a los conceptos que aquí se han revisado: "subsidiariedad", "cuerpos privados", "cuerpo social", "ayuda mutua", "bien común", "propios fines específicos", "contribuir a crear condiciones sociales", etcétera.

En segundo lugar llama con fuerza la atención que cuando se habla de "bien común", de "propios fines específicos", o de "contribuir a crear condiciones sociales", es claro que se hace referencia a un resultado esperado, a metas concretas que deben lograr las sociedades, tanto los particulares como los gobiernos. En este punto cabe hacer notar que la expresión "contribuir a crear condiciones sociales" del inciso 4 del artículo 1° de la Constitución está transcrito de los señalados documentos de la doctrina social de la Iglesia católica a la luz de las constancias dejadas por la Comisión Ortúzar, es errada la crítica que se le suele hacer a esta norma en cuanto a que consagraría para el Estado una obligación de medios, o sea, "solo" contribuir a crear condiciones sociales, en vez de resultados como sería, por ejemplo, una vida digna. Resulta claro que la crítica apuntada, tal como ya se ha señalado con anterioridad surge por interpretar el texto constitucional desde el texto mismo, pero de un modo restrictivo, prescindiendo del contexto, de la historia fidedigna del establecimiento de la norma, y de las fuentes originales de los conceptos que son los señalados documentos emanados de la Iglesia católica.

Por el contrario, en los documentos transcritos se entiende, sin equívocos, el bien común como "el bien de todos y cada uno", el bien de cada individuo y, a la vez, el bien de la sociedad, todo lo anterior entendido como un resultado<sup>39</sup>. No es ni el bien del colectivo (por sobre la perso-

---

Hay que prestar gran atención a la educación cívica y política, que hoy día es particularmente necesaria para el pueblo, y, sobre todo para la juventud, a fin de que todos los ciudadanos puedan cumplir su misión en la vida de la comunidad política. Quienes son o pueden llegar a ser capaces de ejercer este arte tan difícil y tan noble que es la política, prepárense para ella y procuren ejercitarla con olvido del propio interés y de toda ganancia venal. Luchen con integridad moral y con prudencia contra la injusticia y la opresión, contra la intolerancia y el absolutismo de un solo hombre o de un solo partido político; conságnense con sinceridad y rectitud, más aún, con caridad y fortaleza política, al servicio de todos.

<sup>39</sup> Además NOGUEIRA, *op. cit.*, p. 578, cita una sentencia del Tribunal Constitucional chileno de fecha 13 de septiembre de 1983, rol n.º 19, en el cual dicho tribunal estimó que el inciso 4 del artículo 1º de la Constitución define el bien común como "el conjunto 'de las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece'", es decir, reconoce que dicho inciso establece qué debe entenderse por bien común.

na), ni la suma de bienes individuales de los miembros de la sociedad, ni tampoco puede personificarse el bien común en el Estado (la pretendida noción de “lo público”).

De acuerdo con lo expuesto, cabe también hacer presente que la expresión del inciso 5 del artículo 1° de la Constitución

“Es deber del Estado... promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”

está tomada del artículo 3° de la Constitución Italiana<sup>40, 41</sup>, cuyo inciso 2 señala lo siguiente:

“Constituye obligación de la República suprimir los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la participación efectiva de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país”.

Pues bien, al confrontar ambas normas (inciso 5 del artículo 1° de la Carta chilena e inciso 2 del artículo 3° de la italiana), no solo se hace evidente la similitud, sino que, además, en ambos textos se observa la obligación de resultado, impuesta al Estado: “remover todos los obstáculos que se opongan a la igualdad de oportunidades”, con lo cual se termina de refutar la tesis de que “contribuir a crear condiciones sociales” solo obligaría al Estado a “intentarlo”.

Por otra parte, y volviendo sobre la antítesis de un Estado subsidiario o solidario, son varios los profesores que han entendido que el “bien común” por fuerza implica “solidaridad”<sup>42</sup>. Quienes hoy reclaman que Chile debiera ser un Estado “social y democrático de derecho” en vez de un estado “subsidiario” fundamentan su demanda señalando que lo característico del Estado social es la solidaridad, una solidaridad que hoy le faltaría al Estado de Chile. Sin embargo, siguiendo con el silogismo, si el bien común implica necesariamente solidaridad, y la solidaridad es

<sup>40</sup> NOGUEIRA, *op. cit.*, p. 580.

<sup>41</sup> “Artículo 3°.- Todos los ciudadanos tendrán la misma dignidad social y serán iguales ante la ley, sin distinción de sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas ni circunstancias personales y sociales.

Constituye obligación de la República suprimir los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la participación efectiva de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país”.

<sup>42</sup> CEA, *op. cit.*, p. 223. Además FERNANDOIS, *op. cit.*, pp. 92-93 cita en tal sentido a Álvaro D’Ors y Alejandro San Francisco Reyes.

lo que caracteriza al Estado social, por ende, se tiene que si el Estado de Chile debe promover el bien común (léase solidaridad), el Estado de Chile es un Estado social, con lo cual se refuta otra de las críticas que en la actualidad se le hace a la Carta de 1980.

Una vez más, es posible constatar la artificialidad de la controversia, creada por interpretar las normas en forma aislada y desde el texto mismo, en vez de leer la Constitución completa, sin sesgos, y considerando la historia fidedigna de su establecimiento y el origen histórico y dogmático de los principios y conceptos que la componen. Por consiguiente, es falso que el texto actual de la Constitución no permita mayor solidaridad si en efecto, el bien común requiere de solidaridad, especialmente, si se considera dicho bien común como una obligación de resultado. Es de notar, que en la gran reforma constitucional de 2005 no se aprobó incorporar al texto la referencia a que Chile sería un "Estado social", en concreto, porque no hubo acuerdo en cuanto a qué sentido nuevo le aportaba dicho concepto al texto que fuera diferente a lo que señala el texto vigente (el bien común solidario como resultado). Cabe recordar también que el "pilar solidario" fue incorporado al sistema previsional chileno por la presidenta Michelle Bachelet mediante la Ley n.º 20255 de 2008 sin cambiarle ni una coma a la Constitución, solo apelando al bien común.

Es del caso también recordar palabras de la profesora Ángela Vivanco, quien señala que el principio de subsidiariedad configura un "Estado neutro"<sup>43</sup>, pues solo así se coordina de un modo adecuado la subsidiariedad con la servicialidad y el bien común, ya que un "Estado muy mínimo" no es solidario. Se trata, en realidad, el mismo razonamiento ya planteado. Además, se puede encuadrar dentro del bien común, interpretando de una manera aún más amplia, por ejemplo, los deberes regulatorios del Estado sobre el mercado con la finalidad de proteger a los consumidores o la libre competencia, pues, en definitiva, todas son manifestaciones de la servicialidad del Estado, a saber, de su deber de promover el bien común.

Se concluye reiterando el siguiente parecer: con el tiempo la subsidiariedad se ha interpretado en Chile de una forma bastante restrictiva, casi como prohibición absoluta para el Estado de intervenir en las actividades económicas, interpretación, puede, en efecto, "anular" el principio de la servicialidad. No es posible que dos principios constitucionales se anulen entre sí, y con mayor razón si están en el mismo artículo y en incisos contiguos. Por el contrario, la subsidiariedad bien entendida es una preferencia por la persona humana, más no una inhibición a la actividad económica estatal.

---

<sup>43</sup> VIVANCO, *op. cit.*, p. 34.

## VI. ¿Qué pasaría si el inciso 4 realmente señalara una “obligación de medios”?

No obstante haber demostrado que las expresiones del inciso 4 del artículo 1° de la Constitución “promover el bien común” y “contribuir a crear condiciones sociales” hacen clara alusión a una obligación de resultado que se le impone al Estado de Chile; se asumirá, por un momento, la doctrina contraria. Ahora, se razonará qué ocurriría si, en verdad, se tratara de una obligación de medios (solo “intentar” alcanzar el bien común): ¿se produciría realmente algún efecto práctico distinto?

Sin adentrarse en la clásica discusión acerca de cuál es la naturaleza de la responsabilidad del Estado<sup>44</sup>, que es propia del derecho administrativo, se recurrirá al derecho civil para indagar en qué consiste la obligación de medios, a fin de poder dilucidar los efectos que, en determinada eventualidad, podría ocasionar el acoger la hipótesis alternativa de que el inciso 4 del artículo 1° contenga, de veras, una mera obligación de medios para el Estado. Para cumplir este fin, se sustentará la reflexión en la obra del profesor Daniel Peñailillo<sup>45</sup>.

En la obligación de resultado, la regla general es la buena fe, en tanto que el dolo equivale a mala fe, por lo que quien lo alega debe probarlo mientras que la culpa contractual se presume por el solo hecho del incumplimiento, según el artículo 1547 del *Código Civil*. En la obligación de medios, en cambio, “la diligencia” integra la prestación, aun cuando no es un elemento de la obligación. La importancia de caracterizar la obligación de medios es precisar qué se entiende por incumplimiento o, más bien dicho, cuándo esta obligación “se incumple”.

Las obligaciones de medios corresponden generalmente a una obligación de “hacer”, entretanto, las obligaciones de resultado se tratan, sin duda, de obligaciones de dar y de no hacer. La obligación de medios, por ende, corresponde a un modo de comportarse, no es una prestación en sí misma, y por esto es llamada también “obligación de prudencia y diligencia”. Se suele criticar a esta denominación “obligación de medios” que toda obligación, en definitiva, se encamina a un resultado, pues no se concibe un medio que se dirija a “nada”. En consecuencia, en las obligaciones de medios el resultado se restringe al intento, pero con la debida diligencia para tratar de llegar a “algo”, es decir, no es solo intentar un resultado (no es “intentar no más”).

<sup>44</sup> Si es objetiva o subjetiva, y el problema de la “falta de servicio”.

<sup>45</sup> Daniel PEÑAILILLO ARÉVALO, *Obligaciones*, p. 222 y ss.

Para determinar el momento en que la obligación de medios se incumple es necesario distinguir el incumplimiento de la culpa. Así, conforme al artículo 1698 del *Código Civil*<sup>46</sup>, en la obligación de medios si el deudor alega la extinción de la obligación (es decir que cumplió), debe probar la diligencia (que no hubo culpa), y como en la obligación de medios el incumplimiento y la culpa casi pasan a identificarse, el deudor queda liberado de culpa. Por el contrario, conforme a la misma regla del artículo 1698, en la obligación de resultado si el deudor alega la extinción de la obligación (que cumplió), también debe probarlo, pero la culpa se presume por el artículo 1547, con lo cual no queda liberado a menos que además pruebe caso fortuito o ausencia de culpa.

En consecuencia, la obligación de medios no es simplemente "tratar" de llegar a un resultado, sino que implica hacer lo posible para alcanzar ese resultado "pero con diligencia", pues en caso de no haberlo intentado con diligencia la obligación se entiende incumplida (habrá culpa). Lo importante es entender que en la obligación de medios la culpa es el incumplimiento mismo, por lo cual el acreedor debe probar la falta de diligencia (que la obligación no se ha cumplido, es decir, que hubo culpa), con lo cual se invierte el peso de la prueba (no se presume la culpa) para así armonizar el 1547 con el 1698.

De lo dicho, se pueden obtener dos conclusiones:

Primero, la obligación de medios no es "solo intentar" un resultado, sino que es intentarlo con diligencia, lo cual demuestra que quienes critican el inciso 4 del artículo 1° en términos de que "promover el bien común" y "contribuir a crear condiciones sociales" sería una mera obligación de medios no están entendiendo, en realidad, en qué consiste una obligación de medios, pues la diligencia integra la prestación. Otra vez cometen el error de interpretar desde el texto.

Y segundo, aun cuando el inciso 4 estableciera una obligación de medios para el Estado de Chile, como todo medio se encamina a un resultado que debe ser intentado con diligencia, y en estas obligaciones la culpa debe probarse, no puede aseverarse que el Estado no deba emplear diligencia en la promoción del bien común.

En consecuencia, solo cabe concluir que la crítica al inciso 4 en el sentido de que solo contendría una obligación de medios, queriendo significar que el Estado no está obligado a llegar a algo concreto, no se

---

<sup>46</sup> "Artículo 1698, inciso primero.- Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta".

sostiene, pues, si bien el resultado aquí se reduce al intento, este ha de efectuarse empleando la debida diligencia. Y, por ello, aun cuando el inciso 4 estableciese una obligación de medios, no cambiaría en nada todo lo que hasta aquí se ha venido postulando en cuanto al deber del Estado de promover el bien común.

### VII. *¿Cómo interpretar la causal “que el particular no pueda actuar”?*

Siguiendo al profesor Arturo Fermandois<sup>47</sup>, para la aplicación del principio de subsidiariedad es necesario distinguir entre actividades indelegables o “no subsidiables”, de aquellas “subsidiables”. El primer caso se trata de aquellas que corresponden naturalmente al Estado, y que por ello nunca podrán ser entregadas a los grupos intermedios, por ejemplo, la diplomacia, la defensa nacional o la administración de justicia, que, en definitiva, se suelen identificar con la superación de lo que en economía se denomina “fallos de mercado”<sup>48</sup>. En el segundo caso, se entenderán como actividades subsidiarias o “subsidiables” a aquellas actividades que, por su naturaleza, en principio sí pueden ser desempeñadas por los particulares, y es respecto de este tipo de actividades que el Estado deberá subsidiar o “suplir” a los privados cuando estos no puedan desempeñar dichas actividades a entera satisfacción y el bien común exija la intervención estatal como consecuencia de su deber de promover este bien fundamental.

Se dice, por tanto que, en virtud del principio de subsidiariedad, el Estado está llamado a intervenir cuando el particular “no quiere” o “no puede” desempeñar una determinada actividad, pero siempre mirando el problema bajo el criterio de que es deber del Estado promover el bien común. Se destaca que siempre el criterio que va a desencadenar la intervención estatal es la búsqueda del bien común.

Continúa Arturo Fermandois<sup>49</sup> señalando tres condiciones ineludibles para que se produzca una intervención del Estado en materias subsidiables:

<sup>47</sup> FERMANDOIS, *op. cit.*, p. 91.

<sup>48</sup> Según el profesor Paul Krugman, Premio Nobel de Economía año 2008, un fallo de mercado “se refiere a la forma en la que la prosecución individual del propio interés genera malos resultados para la sociedad en su conjunto”, Paul KRUGMAN, Robin WELLS y Kathryn GRADY, *Fundamentos de economía*, Glosario p. G-5. En definitiva, se trata de situaciones en que el mercado actuando solo no logra llegar a un resultado eficiente para alcanzar el bien común, por ejemplo, surgen monopolios, colusiones, externalidades negativas, etcétera.

<sup>49</sup> FERMANDOIS, *op. cit.*, pp. 90-91.

1. "Que se trate de actividades, fines o bienes particulares claramente convenientes para el bien común general";

2. "Que los particulares no estén logrando en un nivel adecuado dichos fines o bienes particulares, o no exista en dicha área presencia alguna de particulares que, vía ejercicio de los derechos emanados del principio de las autonomías sociales, se hayan propuesto alcanzar dichos fines" y

3. "Que el Estado haya agotado legalmente todo su esfuerzo para que los particulares asuman tales actividades. El Estado debe siempre propender a que sean los particulares los que asuman las actividades que se pretende subsidiar, porque lo contrario revela un vacío y una falta de vitalidad del cuerpo social que naturalmente tiende a subsanarse por obra de la naturaleza humana".

Y una vez producida la intervención requerida, el Estado adquiere dos obligaciones:

- a) Ejercer las funciones estimulando siempre a los particulares a que suplan el vacío social cuanto antes y en la mayor medida posible y
- b) El Estado debe retirarse y cesar su intervención en el momento mismo en que los particulares asuman las actividades subsidiadas en un nivel compatible y aceptable para el bien común general<sup>50</sup>.

¿Y si por un instante se dejase la norma y se observara la intervención del Estado ya no como juristas, sino desde la perspectiva de la economía? Es que, con sorpresa, se vería que el resultado sería casi el mismo, respetando, como es de suponer, los lógicos matices que postulan las diversas escuelas de pensamiento. En efecto, se dice en economía que la justificación para que el Estado intervenga a través de una política pública siempre se va a hallar en alguna de las siguientes dos causales, no necesariamente excluyentes: eficiencia y equidad.

Se entiende por eficiencia la *maximización del excedente*, es decir, que el fin propuesto se logre con la *mayor diferencia entre el beneficio y el coste*. No es obtener "más por menos", pues en tal caso se tienen dos incógnitas y con ello un problema insoluble. Se trata de entender que si dicho coste es tan alto que impide a los particulares alcanzar soluciones que maximicen el excedente (que sean eficientes), entonces el Estado

---

<sup>50</sup> SEGOVIA, *op. cit.*, pp. 105 y 109 señala que se critica a Arturo Ferandois por ser demasiado "libertario", y que solo pretendería constitucionalizar sus ideas. Sin embargo, es factible pensar que dicha crítica no procede sí y solo sí se entiende el "bien común" en el sentido ya antes apuntado, esto es, como un resultado, y entendiendo, además, que el estándar con que se mide dicho resultado va variando a través del tiempo según cómo evoluciona la sociedad.

deberá intervenir. Se trata, en definitiva, de desempeñar una determinada actividad maximizando el excedente, y considerando en la medida de lo posible la minimización del gasto social, es decir, tratar de sacar el mayor provecho posible a la utilización de los recursos para obtener un objetivo que está ya “determinado”<sup>51</sup>. Y en esto consisten las políticas públicas tendientes a corregir los fallos de mercado, como son el poder de mercado<sup>52</sup>, la información asimétrica<sup>53</sup>, los bienes públicos<sup>54</sup> y las externalidades<sup>55</sup>. Se debe recordar que, en definitiva, una economía de “libre mercado” significa una economía “libre de fallos de mercado” o en condiciones de “competencia perfecta”, donde ningún agente es capaz de influir por sí solo en el comportamiento del mercado (se dice que todos los agentes son “precioaceptantes”), y para que un mercado se encuentre, en efecto, en condiciones de competencia perfecta es indispensable la regulación<sup>56, 57</sup>.

<sup>51</sup> Si el objetivo no está claramente determinado se caerá en la trampa del “más por menos”, con lo cual se habrá diseñado una política pública que no conduce a nada en concreto.

<sup>52</sup> Por ejemplo los monopolios, oligopolios, monopsonios, etcétera, que fundamentan las normas de protección de la libre competencia (antimonopolio y competencia desleal).

<sup>53</sup> Una parte del intercambio económico tiene mejor información que la otra, lo cual se corrige, por ejemplo, con las normas de protección al consumidor.

<sup>54</sup> Aquellos en que no se puede excluir de un servicio al que no paga y, por consiguiente, si se deja al mercado actuar solo se genera una demanda que no corresponde a la real disposición de pago de las personas, por ejemplo, la defensa, la justicia, el alumbrado público.

<sup>55</sup> Los efectos sobre terceros sin que haya para ellos una compensación, por ejemplo la contaminación.

<sup>56</sup> Hay que considerar que la “competencia perfecta” no existe en el mundo real, sino que es una abstracción académica elaborada con fines pedagógicos, por consiguiente, lo normal es que los mercados tengan fallos, de hecho lo normal es que a la larga las empresas tienden a no competir. Un mercado libre de errores requiere regulación, por ende, es falsa la tan difundida aseveración de que el libre mercado es dejar que el mercado “se regule solo”, pues, como se ha dicho, el mercado actuando solo no se regula solo (no es eficiente, falla). Por esto se dice que “un capitalismo sin control produce pocos capitalistas”, pues surgen monopolios, concentraciones, colusiones, externalidades, etcétera, todas estas conductas que perjudican la competencia, a los consumidores y, en definitiva, al bien común.

<sup>57</sup> Cabe señalar también que, si bien en el lenguaje corriente las nociones de “capitalismo” y “libre mercado” suelen entenderse como sinónimos, esto es incorrecto. Cuando se habla de “capitalismo” generalmente se hace con connotaciones negativas tomando como base la teoría marxista, pero sin reparar en que Karl Marx (1818-1883), sin duda, escribió sobre los procesos y comportamientos sociales que él veía en su tiempo, en plena Revolución industrial, la época del “dejar hacer” (el *laissez faire*), el capitalismo puro y duro sin ningún tipo de regulación. Hoy, en cambio, el mercado “libre de fallos” exige la existencia del orden público económico (por ejemplo, la protección de la propiedad, la competencia, el consumidor, etcétera), las leyes laborales, la seguridad social, todo lo anterior fuertemente vinculado a organizaciones y tratados internacionales, todo con la finalidad de garantizar el bien común. Por consiguiente, las nociones de “capitalismo” y “libre mercado” no solo son distintas, sino que de plano ilustran situaciones contrarias,

A su vez, se entiende por equidad el que la sociedad, en su mayoría, desee un objetivo o resultado específico en un momento determinado, el cual deberá ser libremente manifestado por esta por medio de encuestas o, bien, a través del mecanismo que por excelencia permite que los ciudadanos manifiesten sus legítimas preferencias: las elecciones. Piénsese, entonces, en un momento determinado, es del todo razonable que el Estado implemente una política pública respondiendo al sentir de una mayoría de la población que se ha manifestado por medios legítimos<sup>58</sup>. Por consiguiente, es erróneo aseverar que el Estado solo debe intervenir para corregir fallos de mercado (ineficiencias), y que, por tanto, solo serían actividades subsidiables las que el privado rechaza por no ser rentables, sino que al contrario, toda intervención estatal encontrará su fundamento en la eficiencia o en la equidad. Solo así se explica la "desneoliberalización" de Chile desde 2006<sup>59</sup>.

Y entonces, ¡sorpresa! ¿Qué significa que el Estado deba intervenir por eficiencia o por equidad? Respuesta: ¡promover el bien común entendiéndolo como un resultado!

En caso de que el Estado deba intervenir, hay dos modelos de actuación para organizar las políticas públicas con la finalidad de alcanzar el bien común:

- a) Restaurar el mercado, en que el Estado va a adoptar medidas para eliminar la ineficiencia que padece el mercado, es decir, va a intervenir por medio de la regulación o
- b) Sustituir el mercado, situación en la cual el Estado derechamente va a asumir aquella actividad que el privado no puede desempeñar con eficiencia, en pos del bien común.

Pero de todas formas se debe considerar que el Estado también yerra, por ejemplo, por intereses partidistas, ideologías, sesgos cognitivos del regulador, corrupción, etcétera. Estos son los llamados "fallos del Estado", por lo que es erróneo asumir que estatizar todo es la panacea. Además, se debe considerar que la intervención del Estado siempre va a tener como limitación la disponibilidad presupuestaria, por lo que siempre será necesario establecer un orden de prelación para implementar las políticas públicas. Lo anterior en todo caso no cambia en nada la conclusión de que el bien común debe entenderse como un resultado. Simplemente se

---

pues mientras para el capitalismo la regulación es un obstáculo, el libre mercado en tanto no puede existir sin regulación.

<sup>58</sup> Por "legítimamente manifestada" entiéndase respetando las vías institucionales y el ordenamiento jurídico vigente.

<sup>59</sup> Véase nota 6.

trata de establecer prioridades, separar lo urgente de lo importante, así como también aceptar y fomentar la cooperación público-privada cuando esta modalidad permita una mejor gestión de los recursos o, bien, con rectitud, permitir que determinadas actividades sean desempeñadas por particulares, pero sometidas a una regulación que garantice valores como la excelencia y la transparencia.

Dicho todo lo anterior es fácil concluir que el principio de subsidiariedad bien entendido corresponde a un “adecuado equilibrio” entre el principio de las autonomías sociales y el principio de la servicialidad del Estado. Surge, así, la interrogante de cómo entender la causal de intervención del Estado “que el privado no pueda actuar”. Pareciera ser que, como dicha interpretación debe realizarse teniendo a la vista el deber del Estado de promover el bien común, puede, entonces, concluirse que un particular estaría imposibilitado de actuar no solo cuando él considere que no es capaz de realizar una acción determinada (la interpretación intuitiva), sino que, también, cuando “su libre actuación impida a la sociedad alcanzar el bien común”. En todo caso, esta nueva interpretación, que es más amplia que la intuitiva, deberá ser moderada por medio de la calificación de la necesidad de que el Estado intervenga a través de la autorización que exige el artículo 19 n.º 21 inciso 2 mediante una ley de quórum calificado, para así activar esta excepción a la regla general de la libertad de empresa. Con este supuesto de intervención estatal entendido de una manera más flexible, y desde una perspectiva más económica que aquella sujeta a la literalidad del texto, se obtiene una Carta Fundamental plenamente acorde con el principio económico de que las políticas públicas, sea que restauren o sustituyan al mercado, han de implementarse siempre por eficiencia o por equidad para alcanzar el bien común. Lo importante es entender que en una “economía social de mercado” el centro de la actividad económica es la persona<sup>60, 61</sup>, en tanto que el mercado y el Estado son meros instrumentos

---

<sup>60</sup> Santiago GARCÍA ECHEVARRÍA, “Necesidad de un orden económico-social para hacer frente a los problemas actuales”, p. 15 y ss.: La “economía social de mercado” pone al ser humano en el centro de la economía, no es solo superar fallos de mercado, sino que en esta concepción la actividad económica está sustentada en un sistema de valores que son considerados fundamentales para la sociedad. Así se reconstruyó primero la Alemania Federal tras el fin de la Segunda Guerra Mundial, y luego así se materializó la reunificación de Alemania tras caer el Muro de Berlín.

<sup>61</sup> Resulta interesante el artículo 20 de la Constitución de Polonia, el cual señala que la economía social de mercado se basa, entre otros valores, en la solidaridad:

“Artículo 20.- La economía social de mercado, basada en la libertad de la actividad económica, la propiedad privada, y la solidaridad, el diálogo y la cooperación entre los agentes sociales, es la base del sistema económico de la República de Polonia”.

para alcanzar objetivos (el bien común), no son fines en sí mismos, y como ya se ha mostrado, ambos fallan<sup>62</sup>.

Tampoco debe perderse de vista que todo particular que emprende una actividad económica espera obtener un retorno, pero hay casos en que es cierto, muy a largo plazo. También habrá situaciones tan inciertas, que el riesgo de emprender es muy elevado. Por ejemplo, la construcción de una carretera implica grandes inversiones, pero el retorno siempre es cierto, aunque a largo plazo, razón por la cual hay particulares dispuestos a invertir, procediendo el Estado a concesionar estas grandes obras públicas, pero al contrario la I + D + i (investigación, desarrollo e innovación) requiere de grandes inversiones con un retorno tan incierto que los particulares suelen ser reacios a invertir, por lo que en estos casos suele ser el sector público quien va a asumir el costo de la actividad. En efecto, en la I + D + i el Estado es el principal inversor en investigación básica al crear el conocimiento inicial, situación que corresponde a la superación de un típico fallo de mercado<sup>63</sup>, en tanto los inversores de riesgo (los privados) suelen financiar más la investigación aplicada por ser mucho menos riesgosa, pues se dirige a algo concreto. Se dice que los inversores de riesgo "surfean la ola" en vez de crearla, mientras que el Estado, por el contrario, no minimiza el riesgo, sino que "hace que ocurra" (invierte donde nadie lo hace)<sup>64</sup>.

Hay que recordar que grandes marcas mundiales como Apple y Google, la carrera espacial<sup>65</sup>, Internet, la biotecnología, la nanotecnología, las farmacéuticas, etcétera, han surgido financiadas en gran medida por el gobierno de Estados Unidos como parte de proyectos militares. Nótese siquiera todo lo que debió previamente crearse financiado por el gobierno estadounidense (investigación básica) para que sobre la base de ello Apple pudiera crear el iPhone (investigación aplicada): el compresor de señales, el microprocesador de datos, las baterías de iones de litio, la rueda clicable, la pantalla de cristal líquido, la pantalla multitáctil, la memoria caché, los HTTP y HTML, Internet, el GPS, Siri, etcétera<sup>66</sup>. Resulta imposible no recordar las palabras de Isaac Newton<sup>67</sup> "Si he visto más lejos es porque estoy sentado sobre los hombros de gigantes" refiriéndose a los científicos

---

<sup>62</sup> GARCÍA, *op. cit.*, p. 10.

<sup>63</sup> El Estado al tener que invertir en investigación básica genera una externalidad positiva de producción.

<sup>64</sup> Mariana MAZZUCATO, *El Estado emprendedor*, p. 121 y ss.

<sup>65</sup> De ella surgió toda la electrónica que hoy es indispensable en nuestras vidas.

<sup>66</sup> MAZZUCATO, *op. cit.*, p. 196.

<sup>67</sup> Quien formuló la ley de la gravitación universal y estableció las bases de la mecánica clásica mediante las tres leyes que llevan su nombre.

que lo precedieron, Galileo Galilei<sup>68</sup>, Nicolás Copérnico<sup>69</sup> y Johannes Kepler<sup>70</sup>, quienes serían los que desarrollaron la investigación básica que permitió después a Isaac Newton aplicarla a un nivel superior. Lo dicho precedentemente ejemplifica, de modo concreto, tareas indispensables para alcanzar el bien común que el Estado debe emprender en virtud del principio de subsidiariedad, pues en este caso la singular relación entre el riesgo y el retorno inhibe a los privados de invertir (se produce un fallo).

Se observa que la subsidiariedad bien entendida, como un adecuado equilibrio entre autonomía y servicialidad para el bien común, sí genera incentivos a los particulares para innovar, con lo cual el papel del Estado para incentivar la innovación resulta fundamental. Por el contrario, la historia muestra que aquellos Estados que no invierten en fomentar la innovación no pueden generar un cambio tecnológico sostenido por dos razones: la falta de incentivos económicos y la resistencia por parte de las élites<sup>71</sup>. En efecto, el miedo de las élites (de todo tipo) a lo que el gran economista Joseph Schumpeter llamó la “destrucción creativa”<sup>72</sup>, esto es, la importancia de la innovación para la economía, ante la posibilidad de que la innovación ponga fin a sus privilegios, lleva irremediablemente a que las instituciones que no promueven la destrucción creativa hacen que las sociedades entren en decadencia, a modo de ejemplo: Roma, Venecia, los mayas, la Unión Soviética<sup>73</sup>, y en general los imperios coloniales de los siglos XVI a XX.

Recapitulando, esta forma más amplia y flexible de interpretar la causal de intervención del Estado “que el privado no pueda”, fundada, además, desde la economía en la eficiencia y la equidad para alcanzar el bien común, evidentemente contribuye a tener una Carta Fundamental que responde mejor a las nuevas demandas sociales, con un perfil mucho más solidario que el que se ha asentado en los últimos tiempos en Chile.

### VIII. Conclusiones

El principio de subsidiariedad es ideológicamente neutro, y su origen histórico y dogmático se funda en la necesidad de que entidades de ni-

<sup>68</sup> El padre de la astronomía y de la física moderna.

<sup>69</sup> Quien postuló el modelo heliocéntrico del universo.

<sup>70</sup> Quien estableció las tres leyes sobre el movimiento de los planetas en órbita alrededor del Sol que llevan su nombre.

<sup>71</sup> Daron ACEMOGLU y James A. ROBINSON, *Por qué fracasan los países*, p. 157.

<sup>72</sup> Para Joseph Schumpeter lo que caracteriza al emprendimiento es la innovación, al contrario de la asentada práctica de llamar “emprendimiento” al mero hecho de iniciar un negocio.

<sup>73</sup> ACEMOGLU y ROBINSON, *op. cit.*, p. 206.

veles superiores ayuden a las inferiores cuando estas por sí solas no sean capaces de alcanzar sus propios fines específicos de manera eficiente, para así lograr el bien común, pero concibiendo este último como un resultado a alcanzar en concreto.

El Estado es importante, no obstante, es solo una herramienta al servicio de la persona para alcanzar el bien común, como reza el artículo 1° de la Carta de 1980, en plena armonía con el contenido fundamental de la subsidiariedad. En tanto el mercado también es solo otra herramienta para lograr el mismo fin, y ambos, Estado y mercado, experimentan fallos, no son infalibles.

En Chile se fue imponiendo una interpretación demasiado restrictiva de la subsidiariedad, que es fruto de un sesgo interpretativo, no de la redacción del artículo 1°. Como consecuencia, muchos de los actuales problemas sociales que experimenta el país son efectos de políticas públicas fundadas en esta interpretación extrema, falsa y con un sesgo ideológico claro, que no corresponde ni a la literalidad del texto constitucional, ni a los orígenes del principio ni a su aplicación en otras latitudes.

En la actualidad, en que cada vez se exige más solidaridad y redistribución, y progresivamente la regulación va aumentando, se puede concluir que el capitalismo puro y el neoliberalismo puro no existen, y es muy difícil que vuelvan a existir. Así, en Chile se observa más o menos desde 2006 un sostenido proceso de "desneoliberalización", a través de más regulación, más solidaridad, más redistribución, alzas de impuestos, etcétera, y todo ello sin moverle una coma a la Constitución, lo cual lleva a concluir que es falso que "el modelo" sea la fuente de los problemas que hoy padece Chile, y, además, demuestra que "el modelo" está en las leyes, no en la Constitución.

"El cojo le echa la culpa al empedrado": la pugna sobre el papel subsidiario o solidario del Estado en Chile, fundada en que este termina asumiendo los malos negocios que el privado rechaza, es artificial, pues la solución siempre ha estado en el texto constitucional: "social" es "bien común" y bien común implica "solidaridad". Aquí más que fracasar el modelo lo que fracasó es una praxis política fundada en el cortoplacismo, una falta de voluntad de resolver problemas que se soluciona interpretando y legislando bien. Sin esta voluntad, una nueva Constitución no va a cambiar nada.

Por el contrario, el artículo 1° de la Constitución tiene una redacción bastante neutra como para permitir una amplia gama de políticas públicas más solidarias y redistributivas dentro del marco de una "economía social de mercado" centrada en la persona, y así, al interpretar la norma en línea con las fuentes históricas y dogmáticas del principio de subsidiariedad,

de inmediato, la Carta de 1980 adquiere un perfil mucho más social del que en la actualidad se le suele atribuir.

### *Bibliografía citada*

- ACEMOGLU, Daron y James A. ROBINSON, *Por qué fracasan los países*, Barcelona, Deusto, 2014.
- ALCAIDE FERNÁNDEZ, Joaquín y Rafael CASADO RAIGÓN (coords.), *Curso de derecho de la Unión Europea*, 3ª ed., Madrid, Editorial Tecnos, 2018.
- ALISTE SANTOS, Tomás J., *Sistema de Common Law*, Salamanca, Ratio Legis Librería Jurídica, 2013.
- ATRIA, Fernando, Guillermo LARRAÍN, José Miguel BENAVENTE, Javier COUSO, Alfredo JOIGNANT, *El otro modelo. Del orden neoliberal al régimen de lo público*, Santiago, Editorial Debate, 2013.
- AYLWIN AZÓCAR, Patricio y Eduardo AZÓCAR BRUNNER, *Derecho administrativo*, Santiago, Universidad Nacional Andrés Bello, Dirección de Investigación y Extensión, 1996, vol. I.
- CEA EGAÑA, José Luis, *Derecho constitucional chileno*, 3ª ed., Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2015, vol. I.
- FERMANDOIS VÖHRINGER, Arturo, *Derecho constitucional económico*, 2ª ed., Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2006, vol. I.
- GARCÍA ECHEVARRÍA, Santiago, "Necesidad de un orden económico-social para hacer frente a los problemas actuales", en *Conferencias y trabajos de investigación del Instituto de Dirección y Organización de Empresas*, Universidad de Alcalá, IDOE, n.º 344, 2012.
- GUERRERO BÉCAR, José Luis, *La Constitución económica chilena*, Santiago, DER Ediciones, 2018.
- JIMÉNEZ LARRAÍN, Fernando y Fernando JIMÉNEZ LOOSLI, *Derecho constitucional*, Concepción, Editorial Universidad Católica de la Santísima Concepción, 2014, vol. I.
- JORDÁN GLADUF, Josep María y Cecilio TAMARIT ESCALONA (coords.), *Economía de la Unión Europea*, 7ª ed., Pamplona, Thomson Reuters, 2013.
- KRUGMAN, Paul, Robin WELLS y Kathryn GRADY, *Fundamentos de economía*, 3ª ed., Barcelona, Editorial Reverté S.A., 2017.
- MAZZUCATO, Mariana, *El Estado emprendedor*, Barcelona, RBA Libros S.A., 2019.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Derecho constitucional chileno*, Santiago, Legal Publishing Chile, 2012, vol. I.
- PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, *Obligaciones*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003.
- POSNER, Richard, *El análisis económico del derecho*, 2ª ed., México D.F., Fondo de Cultura Económica, 2013.

- RIVERO ORTEGA, Ricardo, *Derecho administrativo económico*, 8ª ed., Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2018.
- SEGOVIA OLAVE, Elio, "Acerca de la vigencia del principio de subsidiaridad en la actividad económica del Estado", en *Derecho Público Iberoamericano*, año v, n.º 10, Santiago, 2017.
- SILVA BASCUÑAN, Alejandro, *Tratado de derecho constitucional*, 2ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997, vol. iv.
- TIROLE, Jean, *La economía del bien común*, Barcelona, Penguin Random House Grupo Editorial, 2018.
- UBIDE, Ángel, *La paradoja del riesgo*, Barcelona, Editorial Planeta S.A., 2019.
- VIVANCO MARTINEZ, Ángela, *Curso de derecho constitucional*, 2ª ed., Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2006, vol. II.

#### NORMAS JURÍDICAS CITADA

- Código Civil de Chile*, 1855.
- Constitución de Alemania*, 1949.
- Constitución de Chile*, 1980.
- Constitución de Ecuador*, 2008.
- Constitución de Francia*, 1958.
- Constitución de Panamá*, 1972.
- Constitución de Perú*, 1993.
- Constitución de Polonia*, 1997.
- Constitución de Portugal*, 1976.
- Constitución de República Dominicana*, 2015.
- Constitución de Túnez*, 2014.
- Constitución Pastoral del Concilio Vaticano II *Gaudium et Spes* del papa Paulo VI, 1965.
- Encíclica *Mater et Magistra* del papa Juan XXIII, 1961.
- Encíclica *Quadragesimo Anno* del papa Pío XI, 1931.
- Tratado de funcionamiento de la Unión Europea*, última versión dada por el Tratado de Lisboa de 2007.
- Tratado de la Unión Europea*, última versión dada por el Tratado de Lisboa de 2007.



# Teoría constitucional

---



## DE LA CONSTITUCIÓN VIGENTE A LA CONSTITUCIÓN VIVIENTE

## FROM THE VALID CONSTITUTION TO THE LIVING CONSTITUTION

*Iván Aróstica Maldonado\**

“Para los amigos la ley se interpreta,  
para los enemigos se aplica”.  
Giovanni Giolitti  
(1842-1928)

### *Resumen*

En este trabajo se identifican las distintas corrientes político-jurídicas que amenazan las bases de la estabilidad constitucional y del Estado de derecho. Se trata de corrientes que no se presentan con dicho objetivo, pero cuyas consecuencias lógicas originan tensiones al interior del Estado moderno, que apuntan a dicha desestabilización.

Palabras clave: Constitución, Estado de derecho, progresismo jurídico, democracia radical.

### *Abstract*

This article identifies the different political-legal trends that threaten the foundations of constitutional stability and the rule of law, although not explicitly. The author claims that compromising constitutional stability and the rule of law is their logical consequence by producing tensions within the modern state.

Keywords: Constitution, Rule of law, legal progressivism, radical democracy

Esta o una futura Carta Constitucional están expuestas a cambios radicales por vía simplemente legal o judicial. Sucesivas transducciones por

---

\* Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de Chile. Ministro y expresidente del Tribunal Constitucional de Chile. Artículo recibido el 3 de diciembre de 2019 y aceptado para su publicación el 4 de marzo de 2020. Correo electrónico: iarostica@vtr.net

jueces y legisladores del texto fundamental, en especial allí donde este es de textura abierta o emplea conceptos indeterminados, abre espacio a las adaptaciones tanto como a las revoluciones. Sobre todo, esto último, cuando se dice que el derecho puede ser objeto de creación y de recreación *ex nihilo*, al correr de los tiempos, y no ya susceptible de ser descubierto o develado a través de la razón, a partir de la naturaleza objetiva de las cosas y los griegos llamaron *alétheia* por la especulación (*Alicia a través del espejo* fue una obra que escribió el lógico y matemático Lewis Carroll en 1872).

### *Premisas*

Progresismo legislativo y progresismo judicial, en su vertiente actual, son dos grandes antagonistas de la estabilidad constitucional.

1. Un fenómeno global que no apela a la reforma por el constituyente derivado, sino que se connota por el relajamiento axiológico de la Constitución, a fin de dar cabida en ella a derechos, figuras o situaciones ajenos a su previsión. Dinámica que, además, se caracteriza por ser implementada por unos legisladores o jueces proactivos, invocando para ello una nueva realidad –el advenimiento de la sociedad pluralista– y merced a la transducción del texto constitucional.

Se denotan aquí sentencias como la del 28 de abril de 2016, donde la Corte Constitucional colombiana aprobó el matrimonio homosexual o igualitario, aduciendo que, si bien la Constitución de 1991 solo alude al matrimonio “entre un hombre y una mujer” (artículo 42), esto no excluye la posibilidad de que lo contraigan personas del mismo sexo, dado que la ley suprema ni viene redactada en lenguaje prohibitivo ni acoge el principio *inclusio unius est exclusio alterius*. O como la ley chilena n.º 21120, del año 2018, que reconoce el “derecho a la identidad de género”, sin paramientos en los conflictos que su entronización puede acarrear con otros derechos fundamentales, que deberán abrirle paso a aquel.

Si el apotegma *tu derecho termina donde empieza el mío* se repite por doquier, lejos de una pacificación de las relaciones intersubjetivas o de contribuir a consolidar alguna cierta unidad reconocible como comunidad nacional, entonces los aludidos derechos de última generación resultan difícilmente conciliables con los derechos preexistentes, al enfrentar un juego de suma cero. O son la dignidad y los derechos reproductivos de la mujer, o es el derecho a la vida del que está por nacer.

2. De forma que, así conceptualizado el progresismo que interesa delinear, su aceptación no podría dejar de asumir esta consecuencia: que

ello implica retroceder al gobierno de los hombres por sobre el gobierno de las leyes. Como si en el mundo clásico se estuviese siguiendo al primer Platón (anterior a *Las Leyes*), para quien el monarca perfecto sería preferible a la mejor legislación, “puesto que la rígida ley escrita no puede acoplarse con bastante rapidez a los cambios constantes de las situaciones”<sup>1</sup>.

En efecto, puesto el Estado a dirimir *ad libitum* entre los derechos en liza, a fin de no dar pábulo a la autotutela de uno sobre el otro, sin embargo, ¿no significa esto permitir al juez o al legislador redefinir o sacrificar uno de ellos en beneficio del otro, según su propia y discrecional ponderación? O más radicalmente expuesto: ¿no se desatiende también la función integradora de la Constitución, cuando se interpone la fuerza coactiva del Estado para preterir o anular el ejercicio concreto de un derecho en provecho del otro ganador, al azar del balanceo personal que estimen “hacer” jueces o legisladores?

Destacando que estos jueces y legisladores aparecen actuando aquí en el campo operatorio del “hacer”, y no del simple “obrar”. La distinción –puntualiza Gerhart Niemeyer– es de Aristóteles: el “hacer” trae a la existencia algo que no existía antes y que, por lo tanto, podía o no podía ser; como las cosas que crea un artesano, siguiendo su propio plan y propósito. En tanto que el “obrar” significa que uno elige entre las “posibilidades reales” de conducta que permite una situación determinada, si se ajustan a la naturaleza de las cosas y del hombre; como habría de actuar el político cabal, que no hacedor de cosas ni de nuevos hombres<sup>2</sup>.

3. Conviene, pues, profundizar en este fenómeno –cuyo concepto y consecuencias se ha reseñado– a fin de examinar cómo se compagina (si es que) con los criterios materiales y de rigidez que informan el derecho constitucional posterior a la Segunda Guerra Mundial. ¿Qué tan dúctil o maleable puede ser una ley fundamental articulada sobre la base de principios y valores inmutables a los cuales deberían conformarse en el futuro jueces y legisladores? ¿Siempre la Constitución puede ser objeto de un proceso inacabable de interpretación?

<sup>1</sup> Werner JAEGER, *Paideia: Los ideales de la cultura griega*, p. 1016. En contra, desde los prolegómenos del Estado de derecho se impuso la voz de Aristóteles, para quien aplicar las leyes generales a casos particulares, si bien requiere gente sabia, gobernantes competentes y no corruptos, por lo que parecería mejor fiarse de ellos, en todo caso y dado que incluso los mejores hombres, en cuanto hombres y no dioses, no están a salvo de pasiones y a la propensión de caer en abusos o discriminaciones, por eso, ha de optarse por la más completa y acabada legislación: ARISTÓTELES, *Política III*, p. 1289.

<sup>2</sup> Gerhart NIEMEYER, *El precio de la verdad en tiempos de ideología*, pp. 54-55.

### *Algunas correlaciones políticas e históricas<sup>3</sup>*

§ 1. Un tópico recurrente mueve a parafrasear la idea de que detrás de esta cuestión subyace un cierto aspecto teológico<sup>4</sup>.

Por de pronto, en lo relativo a la interpretación de los textos legales, de nuevo asoma aquí, por una parte, la influencia de la religión cristiana que –sobre la base de experiencia hebrea– reconoce un valor central al “Libro de la ley” como manifestación de la Palabra de Dios, escrita *ad aeternum* y jerárquicamente fijada por el magisterio de la Iglesia<sup>5</sup>. Adherencia estricta al texto que viene discutida desde Martín Lutero, para quien la palabra de Dios es una realidad dinámica y activa, cuya interpretación no puede darse por terminada atendido el carácter vivo de su obra<sup>6</sup>.

En la *Cautividad babilónica de la Iglesia* (1520), escribirá Martín Lutero:

“Sé que ninguna república se administra prósperamente por medio de leyes. Si el magistrado es prudente, administrará con mayor éxito si se deja guiar por la naturaleza y no por las leyes; si no es prudente, con las leyes solo promoverá el mal, pues no sabe usarlas ni adaptarlas a la época. Por ello, los estados deben procurarse que presidan hombres buenos y prudentes, pues ellos mismos serán las mejores leyes si están dispuestos a juzgar los casos diversos con vigorosa equidad”<sup>7</sup>

(o “con equidad viviente los casos más variados”, en otra traducción<sup>8</sup>).

Como se ve, tratase acá de una nueva versión, reformulada, de una vieja disputa que, sin embargo, no representa el formato poliédrico con que a menudo se escribe toda Constitución, al contener normas que quieren

<sup>3</sup> *Cum hoc ergo propter hoc*: correlación no implica causalidad. La selección de cuestiones significantes que se describe a continuación, traza una mera sucesión de ideas con algún posible vínculo entre sí, pero sin pretensiones de establecer entre ellas relaciones de causa-efecto, por escapar a los límites del presente trabajo. Cfr. Charles R. EPP, *La revolución de los derechos. Abogados, activistas y cortes supremas en perspectiva comparada*.

<sup>4</sup> Juan DONOSO CORTÉS tituló así el capítulo I de su *Ensayo sobre el catolicismo, el liberalismo y el socialismo*, p. 39: “De cómo en toda cuestión política va envuelta siempre una gran cuestión teológica”. Ejemplo superlativo en este sentido (en relación con este trabajo) es Eric VOEGELIN, *Las religiones políticas*.

<sup>5</sup> Gian Savino PENE VIDARI, *Storia del diritto. Èta medievale e moderna*, p. 7.

<sup>6</sup> Thomas KAUFMANN, *Martín Lutero. Vida, mundo, palabra*, pp. 62-63. Una visión crítica general, en Miguel AYUSO (ed.), *Consecuencias político-jurídicas del protestantismo. A los 500 años de Lutero*.

<sup>7</sup> Pablo TORIBIO (ed.), *Martín Lutero. Obras reunidas*, p. 287.

<sup>8</sup> Hernán CORRAL TALCIANI, “500 años de la Reforma Protestante. Su incidencia en la religión, la ética y la política. Lutero y su influencia en el pensamiento jurídico”, p. 80.

ser, unas vinculantes hacia el futuro, otras abiertas al porvenir. Saberlas distinguir salva a la Constitución de ser confundida con un grimorio.

§ 2. Y hay que saberlas ubicar dentro de un devenir, puesto que el tema sobre la rigidez de los textos concierne muy directamente, nada menos, que a la historia contemporánea del derecho constitucional.

En efecto, desde que a inicios del siglo xx se impone la idea de que la ley puede ser objeto de tantos cambios como mutaciones experimente la voluntad soberana, el consiguiente estado de incerteza o de eventualidad de cambios va a adquirir su máxima importancia política con el advenimiento de los partidos políticos de masas. De una ley obedeciendo con sumisión a los intereses de la burguesía y de la nobleza enquistadas en los Parlamentos, el término del voto censitario es lo que permite acceder al poder a dichos partidos radicales, amenazando instrumentalizar la ley para acometer progresivos cambios radicales.

Siendo en este escenario donde adquiere sentido la necesidad de contar con una Constitución, que por su superioridad sobre esas leyes ofrezca una mayor estabilidad al régimen jurídico, así como también con unos tribunales constitucionales que fungieran como guardianes de aquella frente a estas. Los nuevos sectores progresistas, empero, resentirán siempre esta suerte de camisa de fuerza, en especial, teniendo en consideración la experiencia con la Corte Suprema estadounidense, a quien buscaron desacreditar con el epíteto de “tercera cámara” o gestora del “gobierno de los jueces” o de “contra mayoritaria”, en específico, por declarar inconstitucionales sendas leyes sociales de corte estatista propiciadas por el Partido Demócrata de Franklin Delano Roosevelt. Misma matriz de animadversión que desde esa época añora resucitar cuanto prescribiera la Constitución francesa de 1793:

“Un pueblo tiene siempre el derecho a revisar, a reformar y a cambiar su Constitución. Una generación no tiene derecho a someter a sus leyes a las generaciones futuras” (artículo 28).

La polémica, cien años después, todavía no se agota.

§ 3. Dos acontecimientos, ocurridos tras el término de la Segunda Guerra Mundial, aparecieron abonando la intangibilidad para el “ganador democrático” de ciertos principios sustanciales respecto a los cuales “no se vota”<sup>9</sup>.

Uno es la aprobación, en 1948, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la ONU, cuyo preámbulo destaca la “dignidad

---

<sup>9</sup> Copiando expresiones de Gustavo ZAGREBELSKY, *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política*, p. 29.

intrínseca” de las personas como el crisol donde se aceran los derechos fundamentales y que impiden que “el ser humano pueda ser absorbido por la sociedad”. Sobre todo frente al “estatismo” y al “socialismo en expansión”, como quería precaver a través de este documento culmen el libanés Charles Malik, de confesión ortodoxa griega y reconocido pensador de convicciones tomistas<sup>10</sup>. Es obvio que en el fundamento de los modernos derechos humanos subyace el liberalismo, de manera que no cabe sostener la existencia de una evolución estrictamente lineal entre el viejo derecho natural y esta ideología contemporánea<sup>11</sup>, que arranca recién del siglo XVIII<sup>12</sup>. Como tampoco se sostiene lo contrario, de que –a la sazón– el derecho natural haya perdido toda presencia o élan vital.

El otro evento trascendente es la Constitución alemana de 1949, de cuño iusnaturalista y texto valórico. Y que por consagrar un acto de voluntad, una decisión que dispone para lo futuro, ora manda que el mañana sea de una determinada manera y no de otra, realizando el legislador los contenidos de la Constitución, ora liberaliza otras normas para lo que se determine en el porvenir, modernizando su aplicación. Su “actualización” –expresión anfibológica necesitada de aclaración– comprende así tanto *poner en acto* como *poner al día* la Constitución, sabiendo diferenciar cada una de las respectivas normas sobre el particular.

*Mutatis mutandis*, según distinguía Juan XXIII en la época conciliar, es la diferencia que dista entre las normas capitales e inalterables de una comunidad, en comparación con su “reforma”, que significa devolver a su forma original algo que ha sido potencialmente desposeído de ella o deformado, y su “aggiornamento” o puesta al día, que implica el discernimiento por parte de la autoridad de nuevas ideas o prácticas en un entorno cultural cambiante para, después, incorporar los elementos que se consideren legítimos<sup>13</sup>.

§ 4. De la “rigidez” o “movilidad”, dirá Konrad Hesse:

“ambos son necesarios para que la Constitución pueda cumplir su cometido, los caracteres de apertura y amplitud porque sólo ellos permiten responder al cambio histórico así como a la diversidad de las situaciones vitales, las disposiciones vinculantes porque su virtud estabilizadora posibilita esa relativa constancia, única capaz de preservar a la vida de

<sup>10</sup> John KEANE, *Vida y muerte de la democracia*, pp. 720-724.

<sup>11</sup> Cfr. Carlos F. AMUNÁTEGUI PERELLÓ, “La prehistoria de los principios de Derecho Natural. La racionalización del concepto de Derecho en el mundo griego desde Hesíodo a Aristóteles”, pp. 287-297; Cristián BORGONO, *Cristianismo y derechos humanos. Influencias recíprocas, desafíos comunes*.

<sup>12</sup> Julio ALVEAR TÉLLEZ, *La crítica al discurso de los derechos humanos. El origen*.

<sup>13</sup> Philip TROWER, *Confusión y verdad. Raíces históricas de la crisis de la Iglesia en el siglo XX*, p. 24.

la Comunidad de su disolución en cambio continuo, inabarcable e incontrolable”<sup>14</sup>.

No es, entonces, que la unanimidad de la Constitución constituya un campo maleable, en que todas y cada una de sus normas puedan ser entendidas según la sedicente realidad del tiempo en que han de ser aplicadas, de modo que las haga tan flexibles como siempre abiertas y potencialmente conflictivas. El Fuero Juzgo en España, estuvo vigente desde Fernando III el año 1241 hasta el *Código Civil* de 1889. La *Common Law* propia de los pueblos de habla inglesa –donde el juez más que crear la ley, la descubre–

“no solo existe hace miles de años y cuenta con precedentes en el siglo XII que todavía hoy se pueden alegar ante los tribunales. Se ha desarrollado además según una lógica interna propia, que ha asegurado su continuidad a pesar de los cambios y que ha servido para aunar a la sociedad inglesa en los momentos de necesidad nacional e internacional”<sup>15</sup>.

§ 5. Cuando fue escrita la VIII Enmienda de la Constitución estadounidense (1791) que prohibió infligir “penas crueles e inusuales”, no consideró los azotes aplicables a los fugitivos. Hoy, en cambio, como destaca Gustavo Zagrebelsky, la garantía se extendería a la pena de muerte y hasta a la demora excesiva en dictar sentencia en contra de un condenado<sup>16</sup>.

Se trata, claro es, de una nueva interpretación por completo plausible, en efecto, por ser lógico que el constituyente no quiso petrificar allí la realidad existente en aquel tiempo, al consagrar una norma con clara vocación pro futuro. Empero, de esto no se sigue que cuando la Constitución alude, por ejemplo, al “matrimonio entre un hombre y una mujer”, con ello solo haya querido pintar un retrato de época, *tout court*, sin riesgo de transformar la Constitución en un palimpsesto: en un manuscrito antiguo que conserva huellas de una escritura anterior borrada con artificio, literalmente hablando.

§ 6. Es que no es lo mismo ser intérprete de un texto jurídico que erigirse en transductor de él.

Transductor se predica de aquel “sujeto operatorio dotado por los medios de un poder para imponer a los demás sujetos las transformaciones de aquello que transmite”, de modo que serán los transductores –a diferencia de los lectores o destinatarios del texto– quienes

<sup>14</sup> Konrad HESSE, *Escritos de derecho constitucional*, pp. 49-51.

<sup>15</sup> Roger SCRUTON, *Pensadores de la nueva izquierda*, p. 55.

<sup>16</sup> Mario BRUNELLO e Gustavo ZAGREBELSKY, *Interpretare. Dialogo tra un musicista e un giurista*, pp. 37-64.

“usan el lenguaje como una tecnología cuyo destino es imponerse ante el resto de los hablantes, con el fin de que éstos últimos consuman ese lenguaje conforme a las transmisiones y transformaciones establecidas por los propios transductores, que siempre actúan con los medios políticos, institucionales, sociales, psicológicos [...], administrados y organizados desde el poder del Estado”<sup>17</sup>.

En el campo jurídico, algo análogo parece haber sucedido con el papel transformador de la Constitución asumido por algunos jueces y legisladores, que se entrecruza o intersecciona con la deriva ideológica del progresismo actual. El cual, en reemplazo del proletariado como sujeto histórico del cambio, en una especie de *deux ex machina*, pone en su lugar a las minorías oprimidas –culturales, raciales, estudiantiles, familiares o sexuales– y su demanda por nuevos “derechos de identidad”, como *modus operandi* para cuestionar el orden establecido en su totalidad<sup>18</sup>.

§ 7. Contemporáneamente, se trata de un progresismo ideológico-cultural –de una reformulación del socialismo– que convoca a una “revolución democrática”, en todas aquellas sedes de antagonismo donde aparezcan relaciones de jerarquía o vínculos de subordinación, para ser develadas como formas de dominación u opresión que ameritan su completa transformación:

“Nuestra tesis es que sólo a partir del momento en que el discurso democrático va a estar disponible para articular las diversas formas de resistencia a la subordinación, que existirán las condiciones que harán posible la lucha contra los diferentes tipos de desigualdad”<sup>19</sup>.

La emergencia de los nuevos sujetos políticos (minorías urbanas, ecológicas, antiautoritarias, antiinstitucionales, feministas, antirracistas, étnicas, regionales o sexuales), conduciría de modo inexorable a la proliferación de los antagonismos fundamentales. Por lo que, sin cuestionarla, sino que profundizando la propia ideología liberal, el designio sería radicalizar esa pluralidad y darle una dirección al momento de enfrentarse con sus antagonistas u oponentes (las fuerzas contrarrevolucionarias): la defensa de los derechos adquiridos y el pensamiento conservador basado en las ideas de nación, familia, tradiciones y antiestatismo<sup>20</sup>.

<sup>17</sup> Jesús G. MAESTRO, *El origen de la literatura*, p. 35.

<sup>18</sup> Herbert MARCUSE, *Un ensayo sobre la liberación*, pp. 54-81.

<sup>19</sup> Ernesto LACLAU y Chantal MAUFFE, *Hegemonía y estrategia socialista. Hacia una radicalización de la democracia*, p. 197. Para esto y lo que viene, pp. 194-239.

<sup>20</sup> Miguel ABENSOUR, *La democracia contra el Estado. Marx y el pensamiento maquiaveliano*, p. 22.

## *Revolución democrática o Estado de derecho constitucional*

§ 1. La disyuntiva enunciada adquiere especial relevancia si es que el derecho público toma ese cariz adaptativo, plástico si se quiere, que busca asignarle la mentada “revolución democrática permanente” que suele, asimismo, adoptar el nombre de democracia deliberativa<sup>21</sup>.

Conforme a una praxis centrada en el fluir del “acuerdo comunicativo” que se produciría a cada momento de manera espontánea, es que –teoriza Jürgen Habermas– actualmente discurriría el verdadero “consenso” ciudadano, que tendrían que absorber legisladores y jueces. En línea pareja,

“Alexy intenta aducir que junto con la representación popular o democrática de carácter electivo que revisten los legisladores y gobernantes, los jueces deben legitimarse democráticamente por vía de una ‘representación argumentativa’ en tanto que las razones que respaldan sus decisiones serían compartidas por los ciudadanos en una comunidad ideal de diálogo racional y con conciencia constitucional”<sup>22</sup>.

§ 2. Motivo por el cual, para imprimirle plena eficacia a este poder constituyente abierto, a este –mejor dicho– poder instituyente permanente, es exigido interpretar la Carta Fundamental “en tiempo real”, esto es, aceptar o resignarse a que hasta sus normas más sagradas no escapen al continuo devenir constituyente<sup>23</sup>. Consenso o diálogo inclusivo este que pasa por

“la exigencia de remover todos los obstáculos que impidan garantizar, a través de los medios adecuados y las condiciones intersubjetivas necesarias, la autonomía de reconocimiento recíproco”<sup>24</sup>.

En otras palabras, en la medida que son depauperados como sesgos o prejuicios, para empezar a conversar y poder sentarse en la mesa democrática, todos deberían deponer sus propias convicciones, aún si son los

---

<sup>21</sup> Juan Fernando SEGOVIA, “Evolución de la democracia moderna: de Rousseau a Habermas y más allá”, pp. 51-78.

<sup>22</sup> Rodolfo Luis VIGO, *Interpretación (argumentación) jurídica en el Estado de Derecho constitucional*, p. 41.

<sup>23</sup> Antes, en *The nature of the judicial process* (1921), Benjamín Cardozo ya venía proclamando a este respecto que “nada es estable. Todo fluye y cambia. Existe una conversación impercedera”, véase T. Alexander ALEINIKOFF, *El derecho constitucional en la era de la ponderación*, p. 45.

<sup>24</sup> Gustavo PEREIRA, “Teoría crítica de la justicia. Una guía normativa para transformar las sociedades”, pp. 269-289, véase lo citado en p. 282.

ideales más acendrados<sup>25</sup>. “Los jueces tenemos que erradicar ahora los estereotipos y fallar con perspectiva de género”, es uno de los precipitados de esta posición<sup>26</sup>.

Resulta obvio que detrás de esta propuesta de aplanamiento en las creencias, subyace una premisa implícita, aunque asaz trascendental: dar por sentado que el legislador tiene competencia para inmiscuirse de alguna forma en materia de credos, fe e ideales; que la ley puede determinar lo que es verdadero, justo y bueno.

Siendo en este marco de cosas donde está fermentando una inadvertida tensión, difícilmente soluble, entre democracia, por un lado, y Estado de derecho, por otro.

### *Irrupción de nuevos derechos*

§ 3. En efecto, como la expansión de esta democracia inclusiva va acompañada del establecimiento de unos derechos de última generación, creados *ex nihilo* o inferidos de otros derechos antiguos como la igualdad, cuyos titulares habrían de ser aquellos nuevos sujetos políticos a que se hiciera referencia, el paso siguiente es adquirir conciencia de tres singulares problemas que esto trae aparejado.

No se negará que en el pasado han existido otros episodios donde se han abolido viejos derechos para introducir otros nuevos en su lugar, como aconteció con el alivio progresivo de cargas que beneficiaron al derecho de propiedad y la libertad de comercio, hacia el bajo medioevo europeo y la aparición del Estado moderno en el siglo XVI<sup>27</sup>. La abolición de la esclavitud, la imposición de la libertad por sobre una espuria propiedad, no es un ejemplo menor. Pero sí se cree que de ello no parecen haberse derivado estas tres problemáticas actuales:

---

<sup>25</sup> Sobre esa “comunidad de comunicación sin restricciones” (o autónoma) en la sociedad multicultural ideada por Jürgen HABERMAS, véase de su discípula Adela CORTINA, *La Escuela de Fráncfort. Crítica y utopía*, pp. 165-177. Otra historia en Stuart JEFFRIES, *Gran Hotel Abismo. Biografía coral de la Escuela de Frankfurt*, pp. 407-424 especialmente.

<sup>26</sup> Presidenta de la Asociación Nacional de Magistrados (Chile): entrevista en el diario *La Tercera*, sección Reportajes, Santiago, domingo 10 de marzo de 2019, pp. 12-13. Para el caso de España: Isidro MORENO DE MIGUEL, ¿Formar a los jueces en “perspectiva de género”? : entrevista en *Confilegal*, 10 de marzo de 2019. Disponible en <https://confilegal.com/20190310-por-que-formar-a-los-jueces-en-perspectiva-de-genero/> [fecha de consulta: 12 de diciembre de 2019].

<sup>27</sup> Michael OAKESHOTT, *Lecciones de historia del pensamiento político. Desde Grecia a la Edad Media*, pp. 54-56.

### 3.1) La primera:

“es fácil ver por qué un libertario objetaría a que se amplíe la lista de derechos humanos para introducir derechos con estrictos deberes correlativos”,

sostiene el filósofo inglés Roger Scruton,

“pues, a falta de una responsabilidad concreta que especifique quién ha de satisfacer esas reclamaciones, inevitablemente señalan al Estado como único prestador posible. Y las reclamaciones amplias y vagas exigen una masiva expansión del poder estatal, entregar al Estado toda clase de responsabilidades que antes asumían los individuos y centralizar la vida social en la maquinaria estatal”.

Además de conducir todo esto en

“una dirección diametralmente opuesta a la que se quería tomar cuando se introdujo originalmente la idea de derechos (naturales) humanos, pues lleva a aumentar el poder del Estado, en vez de limitarlo”<sup>28</sup>.

### 3.2) La segunda problemática es esta: si todo derecho implica una obligación correlativa, el deber de respetarlo también grava a todas las demás personas y sujetos, a quienes en este contexto no solo se le prohíbe vulnerarlo, abstenerse de violarlo, sino que, además, se les manda actuar positivamente en consecuencia.

“Aquí hay algo que debes hacer o dar, aunque tu deber de hacerlo no derive de nada que hayas hecho o de lo que seas responsable; es simplemente una exigencia que debes satisfacer. Lo que a su vez parece una invasión de los derechos del otro”,

sentencia Roger Scruton<sup>29</sup>.

El derecho a la identidad de género, por ejemplo, no es otra cosa que imponer la autocomprensión sexual de un individuo como algo exigible a los demás,

“puesto que en todas las relaciones intersubjetivas de contenido jurídico, al titular de este derecho le serán debidas ingentes conductas ajenas, consistentes en abstenciones y prestaciones (obligaciones negativas y positivas), por parte de sujetos individuales, grupos, asociaciones, la entera sociedad, etc.”<sup>30</sup>.

<sup>28</sup> Roger SCRUTON, *El alma del mundo*, pp. 135-136.

<sup>29</sup> *Op. cit.*, p. 139. De igual modo, Ernst FORSTHOFF, *El Estado de la sociedad industrial*, pp. 112-113.

<sup>30</sup> Voto de minoría en TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2018), rol 5385-18, 13 de noviembre de 2018 (recaída en la citada ley n.º 21120).

3.3) La tercera problemática es esta otra: a la pregunta *quid iuris?*, cuál es el límite de mi derecho y el ajeno, ya no se responde –como lo haría la vieja ortodoxia procesal– diagnosticando una pura y simple disputa entre pretensiones contrapuestas. O sea, tal como se ha enseñado tradicionalmente desde la justicia y la lógica, de que en estos casos de aparente concurrencia de derechos, hay que “determinar cuál de ellos comparece en el caso y cuál no, o si existen en parte uno y en parte otro”. O diagnosticando que

“también se podría dar que ninguno de los litigantes tuviera razón. Se trata, pues de encontrar el *ius* del caso, lo justo entre las contrapuestas pretensiones de los justiciables, justo que a veces pertenecerá a uno, a veces al otro, y a veces será una composición equitativa de aquellas partes de legitimidad que corresponda a cada contendiente. Lo que no es posible es que puedan existir ambos derechos al mismo tiempo y bajo el mismo punto de vista avalando pretensiones contrapuestas”<sup>31</sup>.

En el neoconstitucionalismo, en cambio, gracias a la eficacia horizontal de los derechos, el balanceo y la teoría de la ponderación se convierten en la solución ante una “colisión entre derechos fundamentales”.

Dentro de los límites fijados para el presente trabajo, se ahondará en esta última cuestión.

### *Colisión de derechos y test de ponderación*

§ 1. Básicamente, la teoría de la proporcionalidad –en su vertiente europea– parte por separar las normas en dos especies: las reglas y los principios<sup>32</sup>. Las reglas serían aquellas que por su estructura binaria pueden ser cumplidas o no, siendo objeto de subsunción; por contraposición con los principios que serían “mandatos de optimización” y objeto de ponderación: esto es, “normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes”; que:

“pueden cumplirse en diferente grado y en la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las

<sup>31</sup> Pedro SERNA y Fernando TOLLER, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos entre derechos*, pp. 30-31.

<sup>32</sup> Ronald DWORKIN (comp.), *La Filosofía del Derecho*, p. 117 y ss. David MARTÍNEZ ZORRILLA, *Metodología jurídica y argumentación*, pp. 129-179. Manuel ATIENZA, *Curso de argumentación jurídica*, pp. 86-88, 183-184, 301-304, 528, entre otras.

jurídicas”. Ámbito de posibilidades jurídicas que, a su vez, “se determina por los principios y reglas opuestas”<sup>33</sup>.

Los derechos, atendida la textura abierta con que son reconocidos, adoptarían la forma de principios: aquellos que:

“ordenan que algo debe ser realizado en la mayor medida posible, teniendo en cuenta las posibilidades jurídicas y fácticas. Por lo tanto, no contienen mandatos definitivos sino sólo *prima facie*. Que un principio valga para un caso no significa que lo que el principio exige para este caso tenga validez como resultado definitivo. Los principios presentan razones que pueden ser desplazadas por otras razones opuestas”<sup>34</sup>.

De suerte que los derechos pasan de ser inviolables a ser algo ponderable: en caso de conflicto, tras una ponderación judicial *ad hoc* (para este caso) o legislativa *ad omnes* (para todos los casos), uno de ellos tendrá que ceder ante el otro<sup>35</sup>. Preterición hecha con el solo resguardo de la plantilla que ofrece la susodicha teoría de la proporcionalidad de Robert Alexy, no pocas veces criticada como puramente subjetiva e impresionista metáfora<sup>36</sup>. O como dice el juez constitucional español Andrés Ollero, se actúa al alero de una ponderación

“sin importarle mucho las reticencias de Forsthoff o Böckenförde, que temían que la Constitución dejara así de ser portadora de un contenido determinado, para convertirse en mero material disponible para una incierta ponderación”<sup>37</sup>.

Esto es, si no se cuenta con una báscula para pesar, una de dos: o se idea una a ojo de buen cubero, o apenas será dado sopesar; en ambos casos tanteando según la impresión u opinión subjetiva de cada cual. Y si no se tienen dos cosas conmensurables para contrabalancear, o se urde de antemano una jerarquización, o se les asigna discrecionalmente una cualquiera gravitación<sup>38</sup>.

§ 2. En este ambiente de carencia metodológica, la interrogante no es tanto cómo se hace para justificar que allí está operando con objetividad la

<sup>33</sup> Robert ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, pp. 67-68.

<sup>34</sup> ALEXY, *op. cit.*, p. 80.

<sup>35</sup> *Op. cit.*, pp. 70-71.

<sup>36</sup> ALEINIKIOFF, *op. cit.*; Manuel ATIENZA y Juan A. GARCÍA AMADO, *Un debate sobre la ponderación*; Carlos ISLER SOTO, “Una crítica finnisiana al principio de proporcionalidad”; Santiago SÁNCHEZ GONZÁLEZ, “De la imponderable ponderación y otras artes del Tribunal Constitucional”. Ignacio COVARRUBIAS CUEVAS, “La desproporción del test de proporcionalidad: aspectos problemáticos en su formulación y aplicación”.

<sup>37</sup> Andrés OLLERO TASSARA, *Filosofía del Derecho y Constitución*, p. 33.

<sup>38</sup> FRANCISCO J. URBINA, *A critique of proportionality and balancing*.

balanza de la justicia, sino cómo esto calza o disloca con la Constitución. Tomando de referencia a la Ley Fundamental de Bonn de 1949 y a la Constitución de España de 1978, dado que si bien se emparentan en un sinnúmero de aspectos, ambas tendrían que responder de manera diferente a la cuestión, habida cuenta que en su génesis buscaron marcar distancia o ser reactivas con dos pasados muy disímiles entre sí; una –la alemana– queriendo alejarse de un totalitarismo advenido por vías democráticas y canales legales; la otra –la española– tratando de apartarse de una dictadura o autocracia anterior<sup>39</sup>.

Ello determinó la centralidad que ocupa el resguardo del Estado de derecho en el texto de 1949, en contrapunto con el protagonismo que posee la democracia en el texto de 1978. El revulsivo contra el totalitarismo es el imperio del Estado de derecho, así como a la dictadura sirve de antídoto la democracia. No siendo la idea que una fórmula excluya la otra, las distintas prioridades o énfasis se explican de cara a las peripecias históricas que a ambas Constituciones preceden y que, de importante manera, las condicionan.

§ 3. En la Carta alemana, el artículo 28.1 es decidor:

“El orden constitucional de los Länder debe responder a los principios del Estado de Derecho republicano, democrático y social en el sentido de la presente Ley Fundamental”.

Vale decir, ubicados en esa sugestiva línea de sucesión, el Estado de derecho es el que posibilitaría la democracia, y no al revés.

En el Preámbulo de la Constitución española, de distintos modos, se menciona en primerísimo lugar la necesidad de “garantizar la convivencia democrática dentro de la Constitución y las leyes conforme a un orden económico y social justo”, y después –solo después– la de “Consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular”. Consecuentemente, el artículo 1.1 expresa: “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho”.

§ 4. La invocación a Dios, en el Preámbulo, no menos que la solemne manifestación de que la “dignidad humana” es intangible en el inicio de la Ley Fundamental de Bonn (artículo 1.1), delatan la impronta que en ella han dejado algunas nociones provenientes del iusnaturalismo cristiano-católico, lo que entraña también la asunción de un orden dado del universo, que no depende del arbitrio insito en el artificio de los hombres

---

<sup>39</sup> Manuel ARAGÓN REYES, *Estudios de derecho constitucional*, p. 152: “el establecimiento de la democracia frente a la autocracia anterior” es la clave de bóveda de esta Constitución; de su significación no solo política, sino también jurídica.

para ser lo que es<sup>40</sup>. La conformidad con este orden, en tanto obligatorio, sería, entonces, el punto de partida y de llegada –el alfa y el omega– de todo desarrollo legislativo o jurisprudencial de dicha carta fundamental.

Gustavo Zagrebelsky capta enseguida que esto malogra con mucho la idea de un “derecho dúctil”, e intenta descolorar dicha impronta afirmando que “tales nociones constituyen, si acaso, una contribución particular en un proyecto político-constitucional más amplio”, pasando a continuación a revelar el meollo del asunto: el retorno definitivo del iusnaturalismo

“lo habría impedido otro gran e irrenunciable componente del constitucionalismo actual: la democracia, que impide la afirmación total y absoluta de cualquier concepción ‘natural’ del derecho”.

No pudiendo, sino conocer los antecedentes que condujeron a la Ley Fundamental de Bonn de 1949, donde aquella Ley Habilitante de 1933 (*Ermächtigungsgesetz*) marcó un hito inolvidable a no repetir, aun así, el prestigioso jurista italiano suscribe:

“El derecho [se refiere a la ley], producto de la voluntad mayoritaria, no se puede predeterminar en sus contenidos, como no se pueden predeterminar las mayorías que lo producen, sino que es expresión de imprevisibles y no predeterminables orientaciones políticas”<sup>41</sup>.

Olvidando lo acontecido en la Alemania de 1933, el autor parece aquí abreviar de cuanto escribiera Hans Kelsen en 1920: “la concepción filosófica que presupone la democracia es el relativismo”; puesto que son inaccesibles al conocimiento humano y las verdades absolutas no pueden ser objeto de votación, se necesita el retiro de las metafísicas religiosas a fin de hacer posible las transacciones en democracia<sup>42</sup>. Sin vislumbrar este académico austriaco que los totalitarismos por venir no lo harían precisamente invocando la “gracia de Dios”. Ni tampoco reparar en que el peligro no radicaría de suyo en la fe, como vía de acceso a la verdad, sino en quienes abrazan el idealismo irracional o la ideología o el mero fideísmo protestante, cuando ambicionan capturar para sí el poder transformador de la ley.

Como los filósofos griegos, que sin abjurar de “la religión”, *in totum*, sino solo, mediante uso de razón, se emanciparon de aquellos dioses caprichosos que jugaban con el destino de los hombres, sigue esta dirección Joseph Ratzinger, el santo padre Benedicto XVI, en su discurso al

<sup>40</sup> Gustavo ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil*, p. 67.

<sup>41</sup> ZAGREBELSKY, *El derecho...*, p. 67.

<sup>42</sup> Hans KELSEN, *Esencia y valor de la democracia*, pp. 131-136.

Parlamento Federal Alemán, del 22 de septiembre de 2011, al marcar la diferencia en estas materias con otras religiones: “el cristianismo nunca ha impuesto al Estado y a la sociedad un derecho revelado”, sino que “se ha remitido a la naturaleza y a la razón como verdaderas fuentes del derecho”<sup>43</sup>.

§ 5. Bien es cierto que la doctrina anterior –la de Gustavo Zagrebelsky– si no cuadra con los objetivos que se tuvo en vista al escriturar la Constitución alemana, podría compaginar o calzar mejor con el texto español de 1978 y sus orígenes: sin tiempo ni posibilidades para plasmar algunos principios inalterables definidos desde la propia Constitución, y buscando –en su lugar– una salida rápida de consenso entre las distintas cosmovisiones que separaban al pueblo español, fue por eso que los padres constituyentes optaron por esbozar una obra llena de matices de procedencia diferente. Con otros tantos puntos abiertos o materias apenas insinuadas, cuando no desdibujadas, amén de un buen número de cláusulas abiertas, remitidas todas a un desarrollo legislativo-democrático posterior.

Dado que este “modelo democrático –se afirma– sólo determina *quién* manda, *cómo* manda y, en parte, hasta *dónde* puede mandar –por lo tanto– *qué* haya de mandarse es algo que, dentro de los límites de la elasticidad que tal contexto permite, se deja al legislador”<sup>44</sup>.

En otras palabras, es esta una “constitución abierta” a las más dispares variantes políticas, ya que

“los preceptos que contiene son compatibles con diversas regulaciones legislativas que no están regidas por la necesidad de complementar o desarrollar la norma constitucional, sino por el *imperativo de no contradecirla*. Ley constitucionalmente correcta no es ley conforme con la Constitución –por lo que no cabe hablar de mayor o menor conformidad– sino que es *ley no contraria*”<sup>45</sup>.

§ 6. Como era de esperar, el uso intensivo de la ley por parte de sucesivos gobiernos socialistas, para introducir cambios radicales en España, especialmente en los campos educacional, cultural y social, no ha estado exento de críticas:

---

<sup>43</sup> En Joseph A. RATZINGER, *Discursos del Papa Benedicto XVI al mundo académico y de la cultura (un homenaje a la inteligencia)*, pp. 71-75.

<sup>44</sup> Marina GASCÓN ABELLÁN, “Particularidades de la interpretación constitucional”, pp. 285-316, véase lo citado en p. 287. Cfr. Víctor FERRERES COMELLA, *Justicia constitucional y democracia*, pp. 76-77.

<sup>45</sup> Ignacio DE OTTO, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, pp. 47-48 (las cursivas son del autor).

“una vez iniciado el desarrollo normativo de la democracia, la fuerza de la ley se demostró por su capacidad de transformar las conciencias y hábitos, haciendo ‘normal’, lo que hasta poco antes era ‘anormal’”<sup>46</sup>.

Ilustrativa, en este sentido, es la sentencia del Tribunal Constitucional español 198/2012, que aprobó el matrimonio homosexual. No porque el artículo 32 de la Constitución de 1978 no precisa si el matrimonio es entre parejas de distinto o del mismo sexo, sino porque

“se verifica una tendencia creciente a reconocer que el hecho de que el matrimonio entre personas del mismo sexo se integre en la institución matrimonial, es una realidad susceptible de ser asumida en nuestra cultura jurídica”.

Argumentación que ha sido blanco de reparos precisamente por reflejar una “interpretación evolutiva” de la Constitución, que vuelve a entronizar la voluntad de los hombres por sobre las leyes, cuyas

“reglas nazcan de la racionalidad y alejen de las decisiones del poder cualquier atisbo de factor humano que las haga arbitrarias, caprichosas o desnudos usos incontrolados de la fuerza física para torcer la voluntad y conducta del otro”,

según critica el catedrático español Ignacio Villaverde Menéndez<sup>47</sup>. Concluyendo:

“de este modo la Constitución se convierte en una simple norma orientativa, en un mero pretexto argumental en la ponderación judicial entre distintos principios, bienes y derechos en conflicto”<sup>48</sup>.

Pudiendo apuntarse, al pasar, que el señalado fallo, al admitir que la noción de matrimonio no cuenta con una posición unánime en la cultura jurídica española, es obvio que no se está basando en la recepción de la costumbre, en “el antiguo legislador que llaman vulgo” de que hablara Miguel de Cervantes, como fuente material para la adopción de nuevas leyes o sentencias. Con un respaldo social cuestionable, en lugar de la neutralidad, acá se ve cómo el juez representa un papel promocional anticipándose a los cambios.

§ 7. Merece la pena adentrarse todavía más en este asunto, agregando que estos nuevos contra-derechos o conflictividad entre derechos, aún si

<sup>46</sup> Javier BARRAYCOA MARTÍNEZ, *La Constitución incumplida*, p. 55 (entre varios, desde el sector más tradicional).

<sup>47</sup> Ignacio VILLAVERDE MENÉNDEZ, “El constitucionalismo líquido. La dogmática constitucional de los derechos fundamentales en el siglo XXI tras 40 años de Constitución Española de 1978”, p. 43.

<sup>48</sup> *Op. cit.*, p. 50.

son modulados en sede legislativa o jurisdiccional, menos que contribuir al mutuo respeto dentro de una sociedad plural, acaso tienden a socavar la convivencia dentro de una determinada comunidad nacional.

Cuestión que implica despejar antes un problema epistemológico. Si a la Constitución se le ha de atribuir una función integradora, al implicar esta la existencia de una “comunidad nacional”, lo mismo que de una “colectividad inclusiva”, ¿no se estará abusando del universal? En países con millones y millones de personas, cada una vindicando un pensamiento particular, aun sin entrar en la querrela medieval de los universales, es sensato aceptar que dichos conceptos abstractos representan alguna unidad común, si no se encuentran excesivamente divorciados de los hechos; tal como hasta hoy –más de dos mil quinientos años después– se puede seguir reflexionando acerca de un “pensamiento griego”, para significar a todo un pueblo que –en un tiempo y un momento dados– participó de ciertas ideas, sentimientos y concepciones globales del universo<sup>49</sup>.

Asunto en el que ponen mayor o menor énfasis la mayoría de las Constituciones actuales, por ejemplo, la alemana, que concibe al pueblo alemán como una “comunidad humana” (artículo 1.2); como la española, alusiva a la nación española única e indisoluble (artículo 2) en sus relaciones con las demás naciones de “su comunidad histórica” (artículo 56); o como la chilena de 1980, que insta por la armonía de los derechos fundamentales con el bien común, dentro de una “comunidad nacional” (artículo 1° inciso cuarto) nutrida de los “valores esenciales de la tradición chilena” (artículo 22). Lo anterior, permite constatar la evidente búsqueda de determinada armonía entre todos y cada uno de los integrantes de tales comunidades, que –por pertenencia al patrimonio cultural greco-cristiano– se asentaría en la observancia de un orden natural de las cosas y en una escala de valores preexistente a descubrir (mediante un “obrar”), y no a crear (a través de un “hacer”).

Y si ese orden natural presupone un logos o razón, por lo tanto, su vigencia habría de resistir cualquier acto creativo –legal o judicial– que, por espontáneas predilecciones, venga a crear derechos o estados opuestos, contrarios o aún distintos a él.

## Conclusiones

1. No es dudoso que la dinámica de los cambios, consustancial a la democracia y, por lo demás, tan propia de la inquietud creativa

---

<sup>49</sup> Crane BRINTON, *Las ideas y los hombres. Historia del pensamiento en Occidente*, pp. 65-68.

de Occidente, puede desplegarse de forma amplia, si y solo si las decisiones estatales –adoptadas tras procesos justos y racionales– propendan al bien común con pleno respeto a la dignidad de las personas y los derechos fundamentales. Que, a contrario, excluye el abuso de la democracia para entronizar ideologías totalitarias, puesto que precisamente, para amagar esta posible subversión, es que se hallan las salvaguardas del Estado de derecho.

El problema es que este postulado se ha reflejado de manera tan amplia e imprecisa por algunas normas constitucionales, que por ello terminan dando pábulo para su transducción por jueces y legisladores; como temía el propio Hans Kelsen, casi toda regla de derecho puede encontrar justificación en ellas<sup>50</sup>.

2. La profundización de la nueva democracia implica una tal Constitución moldeable, a objeto de facilitar la entrada a nuevos derechos o estatus de identidad; en tanto que la conservación del Estado de derecho amerita una Constitución estable, a fin de preservar unos principios y derechos anteriores como inviolables.

La inveterada idea acariciada por el progresismo, de una democracia transformadora y vital, ahora ya no con las masas, sino que comprometida con la reivindicación de minorías rezagadas o sin atención, ha arremetido, entonces, para desafiar la idea de una Constitución vigente con un Estado de derecho estable; con validez universal y permanente, sostenido sobre la base de la razón o la naturaleza de las cosas, la libertad y los derechos preexistentes, a modo de pilares que mantenían unidas las fuerzas y los impulsos divergentes.

3. Se diría, pues, que se trata de una gremialización de los derechos, de una suerte de feudalismo posmoderno que fragmenta la sociedad política y atomiza las normas generales<sup>51</sup>; pero ahora sin el orden de esa secreta, pero presente constitución jurídica basada en un valor inmanente, la naturaleza de las cosas, y en un valor trascendente, el dios nomoteta, que dio armonía al *ordo iuris* medieval<sup>52</sup>.

Por ello, es el conflicto de los viejos derechos con los nuevos contra-derechos, unos cobijados por el Estado de derecho, otros advenidos con la democracia radical, fuente de irreductible tensión, cuando no de fagocitación. Y que no deja de ser tal, una aniquilación de unos por otros, por

<sup>50</sup> Hans Kelsen, *La garantía jurisdiccional de la Constitución*, pp. 73-82.

<sup>51</sup> MAESTRO, *op. cit.*, p. 189.

<sup>52</sup> Paolo Grossi, *El orden jurídico medieval*, p. 35 y ss.

el hecho de contar con la aprobación del Estado<sup>53</sup>, después de un test de ponderación.

Nada muy seguro, todo muy azaroso.

### Bibliografía

- ABENSOUR, Miguel, *La democracia contra el Estado. Marx y el pensamiento maquiaveliano*, traducción de Jordi Riba, Madrid, Catarata, 2017.
- ALEINIKOFF, T. Alexander, *El derecho constitucional en la era de la ponderación*, Lima, Palestra Editores, 2015.
- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª ed., Madrid, Centro Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *La crítica al discurso de los derechos humanos. El origen*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2018.
- AMUNÁTEGUI PERELLÓ, Carlos F., “La prehistoria de los principios de Derecho Natural. La racionalización del concepto de Derecho en el mundo griego desde Hesíodo a Aristóteles, en la obra colectiva”, en Fernando REINOSO BARBERO (coord.), *Principios generales del derecho. Antecedentes históricos y horizonte actual*, Madrid, Thomson Reuters Aranzadi, 2014.
- ARAGÓN REYES, Manuel, *Estudios de derecho constitucional*, 3ª ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2013.
- ARISTÓTELES, *Política III*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.
- ATIENZA, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Editorial Trotta, 2013.
- ATIENZA, Manuel y Juan A. GARCÍA AMADO, *Un debate sobre la ponderación*, Lima-Bogotá, Palestra Temis, 2016.
- AYUSO, Miguel (ed.), *Consecuencias político-jurídicas del protestantismo. A los 500 años de Lutero*, Madrid, Marcial Pons, 2016.
- BARRAYCOA MARTÍNEZ, Javier, *La Constitución incumplida*, Madrid, Sierra Norte Digital, 2018.
- BORGOÑO, Cristián, *Cristianismo y derechos humanos. Influencias recíprocas, desafíos comunes*, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2018.
- BRINTON, Crane, *Las ideas y los hombres. Historia del pensamiento en Occidente*, Madrid, Editorial Aguilar, 1952.
- BRUNELLO, Mario e Gustavo ZAGREBELSKY, *Interpretare. Dialogo tra un musicista e un giurista*, Bologna, Societa editrice il Mulino, 2016.
- CORRAL TALCIANI, Hernán, “500 años de la Reforma Protestante. Su incidencia en la religión, la ética y la política. Lutero y su influencia en el pensamiento jurídico”, en *Societas*, n.º 20, Santiago, 2018.

---

<sup>53</sup> ABENSOUR, *op. cit.*, pp. 22-23.

- CORTINA, Adela, *La Escuela de Fráncfort. Crítica y utopía*, Madrid, Editorial Síntesis, 2019.
- COVARRUBIAS CUEVAS, Ignacio, “La desproporción del test de proporcionalidad: aspectos problemáticos en su formulación y aplicación”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 39, n.º 2, Santiago, 2012.
- DONOSO CORTÉS, Juan, *Ensayo sobre el catolicismo, el liberalismo y el socialismo*, Madrid, Biblioteca Homologens, 2012.
- DWORKIN, Ronald (comp.), *La Filosofía del Derecho*, 2ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2014.
- EPP, Charles R., *La revolución de los derechos. Abogados, activistas y cortes supremas en perspectiva comparada*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2013.
- FERRERES COMELLA, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.
- FORSTHOFF, Ernst, *El Estado de la sociedad industrial*, 2ª ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2013.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina, “Particularidades de la interpretación constitucional”, en AA.VV., *Argumentación Jurídica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.
- GROSSI, Paolo, *El orden jurídico medieval*, Madrid, Marcial Pons, 1996.
- HESSE, Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1992.
- ISLER SOTO, Carlos, “Una crítica finnisiense al principio de proporcionalidad”, en *Ius Publicum*, n.º 26, Santiago, 2011.
- JAEGER, Werner, *Paideia: los ideales de la cultura griega*, 2ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2016.
- JEFFRIES, Stuart, *Gran Hotel Abismo. Biografía coral de la Escuela de Frankfurt*, Madrid, Turner Noema, 2018.
- KAUFMANN, Thomas, *Martín Lutero. Vida, mundo, palabra*, Madrid, Editorial Trotta, 2017. 2ª ed., 2018.
- KEANE, John, *Vida y muerte de la democracia*, México, Fondo Cultura Económica, 2018.
- KELSEN, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, Granada, Editorial Comares, 2002.
- KELSEN, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016.
- LACLAU, Ernesto y Chantal MAUFFE, *Hegemonía y estrategia socialista. Hacia una radicalización de la democracia*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2015.
- MAESTRO, Jesús G., *El origen de la Literatura*, Barcelona, Anthopos Editorial, 2017.
- MARCUSE, Herbert, *Un ensayo sobre la liberación*, México, Editorial Joaquín Mortiz, 1969.
- MARTÍNEZ ZORRILLA, David, *Metodología jurídica y argumentación*, Madrid, Marcial Pons, 2010.

- NIEMEYER, Gerhart, *El precio de la verdad en tiempos de ideología*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2016.
- OAKESHOTT, Michael, *Lecciones de historia del pensamiento político. Desde Grecia a la Edad Media*, traducción de Francisco J. López Atanes, Madrid, Unión Editorial, 2013, volumen I.
- OLLERO TASSARA, Andrés, *Filosofía del Derecho y Constitución*, Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2019.
- OTTO, Ignacio de, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Editorial Ariel, 1987.
- PENE VIDARI, Gian Savino, *Storia del diritto. Éta medievale e moderna*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2014.
- PEREIRA, Gustavo, “Teoría crítica de la justicia. Una guía normativa para transformar las sociedades”, en Nicolás DEL VALLE (ed.), *La actualidad de la crítica. Ensayos sobre la Escuela de Frankfurt*, Santiago, Ediciones Metales Pesados, 2010.
- RATZINGER, Joseph A., *Discursos del Papa Benedicto XVI al mundo académico y de la cultura (un homenaje a la inteligencia)*, Santiago, Cuadernos Ius Publicum, 2013.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Santiago, “De la imponderable ponderación y otras artes del Tribunal Constitucional”, en *Teoría y realidad constitucional*, n.ºs 12-13, Santiago, 2003.
- SCRUTON, Roger, *Pensadores de la nueva izquierda*, Madrid, Ediciones Rialp, 2017.
- SCRUTON, Roger, *El alma del mundo*, Madrid, Ediciones Rialp, 2016.
- SEGOVIA, Juan Fernando, “Evolución de la democracia moderna: de Rousseau a Habermas y más allá”, en Miguel AYUSO (ed.), *De la democracia avanzada a la democracia declamada*, Madrid, Marcial Pons, 2018.
- SERNA, Pedro y Fernando TOLLER, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos entre derechos*, Buenos Aires, La Ley, 2000.
- TORIBIO, Pablo (ed.), *Martín Lutero. Obras reunidas*, Madrid, Editorial Trotta, 2018.
- TROWER, Philip, *Confusión y verdad. Raíces históricas de la crisis de la Iglesia en el siglo XX*, Madrid, El Buey Mudo, 2010.
- URBINA, Francisco J., *A critique of proportionality and balancing*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017.
- VIGO, Rodolfo Luis, *Interpretación (argumentación) jurídica en el Estado de derecho constitucional*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2015.
- VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio, “El constitucionalismo líquido. La dogmática constitucional de los derechos fundamentales en el siglo XXI tras 40 años de Constitución Española de 1978”, en Ramón PUNSET BLANCO y Leonardo ÁLVAREZ (coords.), *Cuatro décadas de una Constitución normativa (1978-2018)*, Madrid, Civitas-Thomson Reuters, 2018.
- VOEGELIN, Eric, *Las religiones políticas*, Madrid, Editorial Trotta, 1938.

ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil*, 7ª ed., Madrid, Editorial Trotta, 1992.

ZAGREBELSKY, Gustavo, *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política*, Madrid, Editorial Trotta, 2008.

*JURISPRUDENCIA*

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, rol 5385-18, 13 de noviembre de 2018.



LA POLÍTICA:  
UN LÍMITE A LA COMPETENCIA  
DEL PODER JUDICIAL.  
A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA  
DE LA CORTE SUPREMA  
MARELIC CON SERVEL Y OTRO,  
DE 8 DE NOVIEMBRE DE 2017

POLITICS:  
A LIMIT TO THE COMPETENCE  
OF JUDICIAL POWER.  
A PURPOSE OF THE JUDGMENT  
OF THE SUPREME COURT MARELIC  
WITH SERVEL AND OTHER,  
OF NOVEMBER 8, 2017

*Luis Alejandro Silva Irarrázaval\**  
*Gustavo Adolfo Díaz\*\**

*Resumen*

La sentencia *Marelic con Servel y otros* supone una rareza en la jurisprudencia de la Corte Suprema, porque declara la incompetencia del Poder Judicial para resolver un conflicto, arguyendo que, por su naturaleza, corresponde sea solucionado por los poderes colegisladores. El propósito de este comentario es extraer las premisas que sustentan la decisión de la Corte Suprema y proyectar sus alcances. Particularmente, interesa destacar la existencia de problemas cuya naturaleza es sobre todo política y que, por lo tanto, corresponde que sean solventados por los órganos *ad hoc*, que son el Congreso y el Ejecutivo, no el Judicial.

Palabras claves: Separación de poderes, derecho de sufragio, política.

---

\* Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional, Universidad de los Andes, Chile. Artículo recibido el 5 de noviembre de 2019 y aceptado para su publicación el 3 de marzo de 2020. Correo electrónico: lsilva@uandes.cl.

\*\* Ayudante de Investigación. Egresado de derecho. Correo electrónico: gustavodiaz-saez@gmail.com.

### *Abstract*

The case of *Marelic con Servel y otros* is quite unique within the caselaw of the Chilean Supreme Court, because it declares a certain matter (i.e. the right to vote of inmates) as beyond the purview of judicial power. Correspondingly, it hands the solution on the political branches. The purpose of this commentary is to develop the premises on which the case rests, and to envisage its scope. Particularly, we intend to underscore how there are problems which are political in nature, and consequently they should be handled by the political branches, namely Congress and the Executive Power, not the Judiciary.

Key words: Separation of powers, right to vote, politics.

### *Introducción*

Abruptamente, la Corte Suprema cambió su criterio respecto del ejercicio del derecho a sufragio de las personas privadas de libertad. El 8 de noviembre de 2017, después de una seguidilla de sentencias en que acogió sendos recursos de protección en contra del Servel y Gendarmería, ordenando que se tomaran las medidas necesarias para que pudieran votar allí donde se encontraban detenidos o presos, la Corte rechazó un nuevo recurso interpuesto por el INDH, cuando todo hacía presagiar que sería acogido<sup>1</sup>.

Lo interesante de este vuelco jurisprudencial no es tanto su radicalidad como el fundamento de la nueva línea adoptada por el tribunal. Desafiando los términos del discurso a que los jueces nos tienen acostumbrados en el ámbito de los derechos humanos, la Corte Suprema fundó el rechazo del recurso en su incompetencia para resolver la materia, que por su naturaleza correspondería al poder legislador.

La sentencia honra el principio de separación de los poderes, pero lo hace sin recurrir a norma expresa alguna, sino a la naturaleza misma de la decisión que se le pide pronunciar. En este sentido, el caso ofrece una excelente oportunidad para profundizar en una de las razones que explican dicho principio, que es la correspondencia entre el tipo de decisión y el marco institucional de su adopción. En otras palabras, esta sentencia manifiesta la lógica implícita en la distribución de materias según las distintas funciones estatales (*i.e.* juzgar, gobernar, legislar).

---

<sup>1</sup> CORTE SUPREMA (2017), rol 41361-2017.

## I. Descripción

La sentencia de protección Marelic con Servel y otro, rol 41361-2017, abrió un nuevo capítulo en la discusión que hace años se arrastra entre el INDH, por una parte, y el Servel y Gendarmería, por otra, en materia de derechos políticos de las personas privadas de libertad.

Esta sentencia se pronunció sobre la acusación del INDH contra el Servel y Gendarmería, de haber incurrido en actuaciones arbitrarias e ilegales al no permitir que los presos con derecho a voto sufragaran en las elecciones del año 2017. En concreto, el INDH las acusó de “falta de actualización de los registros de domicilios”, e

“inexistencia de coordinación pertinente [...] para constituir mesas al interior del recinto penitenciario o disponer las medidas de traslado necesarias hacia los centros de votación”<sup>2</sup>.

Esto, según dijo, vulneraba el derecho de opinión, sufragio e igualdad ante la ley de los reclusos.

El Servel respondió que su actuar fue plenamente ajustado a derecho, ya que la ley no le permitía establecer circunscripciones electorales *ad hoc*, es decir, en relación con un determinado establecimiento o recinto. Acceder a lo solicitado implicaba extralimitarse en sus facultades, debido a que las normas que los rigen son de orden público y, por lo mismo, “de interpretación y aplicación estricta y restrictiva”<sup>3</sup>. Por último, agregó que lo pretendido ameritaba una “modificación legal”<sup>4</sup>.

Por su parte, Gendarmería también solicitó el rechazo de la acción por no existir ninguna ilegalidad en su actuar. Según explicó, el domicilio electoral posee un vínculo objetivo cuyos elementos (residencia y ánimo) no se modifican por el solo hecho de permanecer en un recinto penitenciario. Para tal cambio, se requeriría una declaración del propio interesado ante la autoridad competente. Luego, la institución no tiene obligación alguna de informar un cambio de domicilio, pues “por esa sola circunstancia [estar recluso] no se produce el cambio, al no existir los elementos que lo constituyen”<sup>5</sup>.

También alegó “una imposibilidad legal para constituir una mesa receptora de sufragio en el Complejo Penitenciario y proceder a resguardarlo”, porque dicha decisión, conforme a la Ley n.º 18700, es competencia

<sup>3</sup> CORTE SUPREMA (2017), rol 41361-2017, considerando 2º.

<sup>4</sup> *Ibid.*

<sup>5</sup> *Op. cit.*, considerando 3º.

de otras instituciones<sup>6</sup>. En conclusión, agregó estar impedida de autorizar una salida para fines de votación, puesto que estas son dispuestas únicamente por orden de tribunales o autoridad administrativa<sup>7</sup>.

¿Qué resolvió el máximo tribunal? Rechazó la acción interpuesta, declarando que el conflicto superaba los márgenes de la decisión jurisdiccional:

“[la satisfacción de] la pretensión hecha valer [en este juicio] hace indispensable la dictación de normas legales que son de iniciativa exclusiva de los órganos colegisladores”<sup>8</sup>.

En definitiva, declaró su falta de idoneidad para resolver el problema.

Esta sentencia produjo un quiebre en la jurisprudencia de la Corte. En años anteriores, había conocido de idénticas pretensiones, formulada por los mismos intervinientes. Sin embargo, en aquel entonces falló de una manera distinta: sostuvo que el actuar de las instituciones había sido ilegal y arbitrario y ordenó que estas realizaran lo necesario para que las personas privadas de libertad ejercieran su derecho a voto<sup>9</sup>.

## II. Precedentes de la sentencia

La sentencia que es objeto de este estudio tiene entre sus precedentes los informes anuales de derechos humanos elaborados por el INDH en los años 2013<sup>10</sup> y 2014<sup>11</sup>. Los estudios, que versaban sobre las condiciones penitenciarias de los privados de libertad, sugerían al Estado adoptar medidas para permitir la participación política de estas personas.

Sin embargo, el problema solo se hizo patente durante las elecciones municipales del año 2016. En aquella oportunidad, distintas sedes regionales del INDH comenzaron a interponer acciones de protección, afirmando que ni el Servel ni Gendarmería habían hecho lo necesario para

<sup>6</sup> CORTE SUPREMA (2017), rol 41361-2017, considerando 3°.

<sup>7</sup> *Op. cit.*, considerando 4°.

<sup>8</sup> *Ibid.*

<sup>9</sup> Véase CORTE SUPREMA (2017), rol 87743-2016, 2 de febrero de 2017; CORTE SUPREMA (2017), rol 87748-2016, 2 de febrero de 2017; CORTE SUPREMA (2017), rol 38742-2017, 26 de octubre de 2017; CORTE SUPREMA (2017), rol 39.698-2017, 26 de octubre de 2017; CORTE SUPREMA (2017), rol 39989-2017, 26 de octubre de 2017 y CORTE SUPREMA (2017), rol 39970-2017, 26 de octubre de 2017.

<sup>10</sup> INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, *Situación de los Derechos Humanos en Chile, Informe Anual 2013*, pp. 111-115 y p. 268.

<sup>11</sup> INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, *Situación de los Derechos Humanos en Chile, Informe Anual 2014*, p. 37.

que estas personas pudieran ejercer su derecho. Las acusaciones, desde un comienzo, fueron dos: falta de actualización de los registros de domicilio de los afectados y ausencia de coordinación interinstitucional para constituir mesas de sufragio al interior de los recintos o, bien, disponer salidas autorizadas para efectos de votación<sup>12</sup>.

En los distintos juicios, las defensas de cada institución no siempre fueron idénticas, aunque sí compartieron un mismo fundamento. En el caso del Servel, a veces afirmó haber actuado conforme a derecho en virtud de cumplir con todas las obligaciones mandatadas por ley. En otras, en cambio, el argumento se remitió a las condiciones legales para establecer una circunscripción electoral.

Gendarmería, adujo no poder constituir mesas de sufragio en sus dependencias ni poder autorizar salidas con fines de votación por razones logísticas e impedimentos legales. En cambio, solo en ocasiones sostuvo no tener la obligación de informar un cambio de domicilio electoral, dada sus características y forma de determinación.

¿El fundamento común de las defensas? La afirmación de que lo solicitado excedía las facultades que la ley les confería.

La Corte Suprema acogió todos los recursos interpuestos durante el año 2016 y hasta noviembre del año 2017. Lo curioso es que en las sentencias no se dedicó palabra alguna a refutar lo sostenido por el Servel y Gendarmería. En cambio, el tribunal optó por recurrir a normativa nacional e internacional que, conjugadas, permitían concluir que el Estado tenía la obligación de disponer el ejercicio del derecho<sup>13</sup>. Sobre el punto concluyó que se debía privilegiar el derecho a sufragio de las personas “sin atender a restricciones materiales o reglamentarias para impedir o prohibir su ejercicio”<sup>14</sup>, aunque omitió toda referencia a las acciones concretas que las instituciones debían llevar a cabo para permitir el derecho a voto de los reclusos.

Lamentable, pero previsiblemente, ninguna de estas sentencias pudo cumplirse.

---

<sup>12</sup> CORTE SUPREMA (2017), rol 87743-2016, 2 de febrero de 2017 y CORTE SUPREMA (2017), rol 87748-2016, 2 de febrero de 2017.

<sup>13</sup> Es el caso del art. 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el art. 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el art. 1° de la *Constitución Política de la República* y los artículos 2° y 5° del decreto supremo n.° 518.

<sup>14</sup> CORTE SUPREMA (2017), rol 39698-2017, 26 de octubre de 2017, considerando 10°.

### III. El problema

Existe un cambio evidente del criterio con que la Corte Suprema concibe su competencia respecto del ejercicio del derecho de sufragio de las personas privadas de libertad. Hasta la sentencia de 8 de noviembre de 2017, el tribunal entendió que el problema era eminentemente jurídico: una infracción ilegal que vulneraba la igualdad de trato que debe existir entre las personas con derecho a votar. Por lo tanto, era una materia propia del Poder Judicial. En la sentencia de noviembre de 2017, la aproximación al problema es distinta: aquí entiende que este excede la competencia del Poder Judicial y que toca al poder político (*i.e.* el legislador) resolverlo. ¿Por qué?

El considerando 4 de la sentencia responde:

“el conflicto planteado en autos excede con creces los márgenes, en general de una acción netamente jurisdiccional, lo que desde luego conducirá a desestimar la acción constitucional incoada, siendo de advertir que la pretensión hecha valer hace indispensable la dictación de normas legales que son de iniciativa exclusiva de los órganos colegisladores, todo ello sin perjuicio del derecho de los actores para instar ante la, o las autoridades competentes para que se provea de la regulación que, de acuerdo a lo expuesto, requieren”.

Esta justificación del cambio de criterio es problemática al menos en un punto: ¿qué explica la incompetencia de los tribunales de justicia para resolver este problema? En otras palabras, y parafraseando la sentencia: ¿qué elemento establece lo que puede esperarse, en general, de una acción en esencia, jurisdiccional? O también, ¿qué condición determina la necesidad de resolver un problema mediante la dictación de normas legales?

Esta consideración de la Corte Suprema es problemática porque contraría la tendencia del Poder Judicial –y, en particular, dentro del marco del recurso de protección– hacia la ampliación de su ámbito decisional. En efecto, la trama tejida por una determinada concepción de los derechos fundamentales y su justiciabilidad, la eficacia de los tratados internacionales sobre derechos humanos, y el carácter supremo y normativo de la Constitución, han servido de sostén para el desarrollo de unos criterios cada vez más favorables a la intervención de los jueces en todo orden de materias.

Es realmente interesante descubrir las premisas que están operando en la base de esta decisión y que estarían sirviendo para contener este movimiento expansivo de la jurisdicción judicial. En primer lugar, por la nueva perspectiva que pueden ofrecer respecto de la justiciabilidad de los derechos fundamentales, la eficacia de los tratados sobre derechos

humanos y la aplicación judicial directa de la Constitución como norma suprema. En segundo lugar, por los alcances que podrían tener en el debate acerca del lugar de la justicia judicial en el concierto de las funciones estatales, desde la perspectiva de la garantía de los derechos fundamentales.

#### IV. El argumento

Se entiende que cuando la Corte Suprema declara la insuficiencia del recurso de protección y, en general, de cualquier acción “netamente jurisdiccional”, para resolver el conflicto suscitado por la imposibilidad práctica de que ciudadanos con derecho a voto ejerzan su derecho por estar privados de libertad, está reconociendo que enfrenta un problema de naturaleza política, que demanda una solución política (sección 5.3).

Este reconocimiento implica la afirmación de que existen, al menos, dos órdenes de problemas: unos para los que los tribunales de justicia son competentes –llamémoslos jurídicos– y otros para los que no, políticos (sección 5.1). Con ello, estaría admitiendo que existe una correspondencia entre la naturaleza del problema y el órgano llamado a ofrecer una solución. Los problemas jurídicos demandan una respuesta jurídica desde un órgano diseñado para dar ese tipo de respuestas, que para el caso son los tribunales de justicia. Por su parte, los problemas políticos demandan una respuesta política de parte de un órgano diseñado para ello. Para el caso se dirá que este es el Congreso Nacional (sección 5.2).

Esta distribución de competencias en razón de la naturaleza de los problemas/necesidades tiene una expresión institucional/constitucional que da cuerpo al principio de separación de los poderes/funciones. Aquí nos interesa el límite que de ello resulta para la actividad del Poder Judicial, y el efecto que tiene transgredirlo, que se ha conceptualizado como judicialización de la política (sección 5.4)<sup>15</sup>.

A la par, esta distribución de competencias significa que el Congreso tiene un ámbito que le es propio; un ámbito que comprende, por ejemplo, el problema de las personas con derecho a voto que no pueden ejercerlo porque se hallan privadas de libertad. La competencia del Congreso en esta materia y otras análogas remite a una idea antigua que esta sentencia redescubre, aunque no le ponga un nombre. se refiere a la *determinatio*, esto es, la concreción positiva que el legislador hace de exigencias de justicia natural (sección 5.5).

---

<sup>15</sup> Para un panorama de la discusión y bibliografía véase Fernando CONTRERAS, “Judicialización de la política: algunas notas sobre el concepto y origen”.

*IV. 1. LA EXISTENCIA DE UNOS PROBLEMAS DE NATURALEZA JURÍDICA  
Y OTROS DE NATURALEZA POLÍTICA*

Si se tiene acuerdo en lo siguiente: que el problema de si un conductor que superó la velocidad máxima permitida en la ruta debe ser sancionado o no, es de naturaleza distinta al de establecer si la velocidad máxima permitida en la ruta debe ser de 100 km/hr o de 120 km/hr, entonces, vale la pena que se prosiga en el argumento siguiente. El primer tipo de problema en este ejemplo es calificable como jurídico y el segundo, como político.

La diferencia entre un tipo de problema y otro se puede caracterizar de la siguiente manera: el problema jurídico gira en torno a la aplicación de una regla para un caso particular, mientras que el político en torno a la creación/modificación de una regla para la generalidad de los casos. Esta diferencia se proyecta hacia las tareas auxiliares que acompañan a una y otra. En el caso del problema jurídico: esclarecer las circunstancias de hecho para reconocer la regla aplicable; lidiar con las dificultades hermenéuticas que ofrece la aplicación de la regla; determinar si hubo responsabilidad, y en qué grado; escoger y justificar la consecuencia asociada al hecho jurídico de entre las opciones posibles. En el caso del problema político, en cambio, se trata de identificar las circunstancias que justifican la creación/modificación de una regla (con todo lo que esto implica desde el punto de vista técnico y de la opinión pública); definir las palabras con que se expresará esa regla; acotar el alcance de la regla (geográfico, temporal y subjetivo)<sup>16</sup>.

La frontera que separa los problemas jurídicos de los políticos es porosa; la polémica sobre la naturaleza de un determinado problema puede extenderse indefinidamente, asistiéndole buenas razones a una y otra parte. Pero esto no impide defender la existencia de problemas de distinta naturaleza, como no impide distinguir el día de la noche la dificultad que se enfrenta para definir cuándo termina el día y empieza la noche (o al revés).

En el caso del ejercicio del derecho a voto de las personas privadas de libertad, se está, en realidad, frente a uno de esos casos difíciles. De hecho, la Corte Suprema entendió, en un primer momento, que se trataba de un problema político<sup>17</sup>; luego, cambió de opinión y defendió la naturaleza jurídica del problema. Al fin, en la sentencia *Marelic con Servel*

---

<sup>16</sup> Cabría objetar que los jueces también crean reglas, puesto que están obligados a resolver los casos aun en ausencia de ley. Pero a esto habría que responder con el artículo 5 del *Código Civil*: la ausencia de reglas es una anomalía que obliga a los jueces a denunciar el caso al legislador para que subsane la omisión.

<sup>17</sup> CORTE DE APELACIONES (2016), rol 1812-2016, informe.

y otro, volvió a su posición original, reconociendo la naturaleza política del problema.

#### IV. 2. LA CORRESPONDENCIA ENTRE EL DISEÑO DEL ÓRGANO Y LA NATURALEZA DEL PROBLEMA

Al remitir la solución del problema del voto de las personas privadas de libertad al Poder Legislativo, la sentencia Marelic con Servel y otro estaría admitiendo que existe una correspondencia entre el problema y el órgano competente para solucionarlo. Esta correspondencia, desde la perspectiva del órgano (o instrumento, que eso significa órgano) puede formularse en términos de función y diseño, en cuanto que para cumplir con una determinada función el instrumento requiere un diseño *ad hoc*.

Desde la perspectiva del problema que demanda una solución, la sentencia Marelic con Servel y otro estaría concediendo que su naturaleza orienta o determina de qué manera ha de resolverse, lo que, en definitiva, conduce a la pregunta, ¿quién debe resolverlo? En el caso específico de esta sentencia, la naturaleza del problema demanda que sea el legislador quien se haga cargo de él.

Esta correspondencia entre la naturaleza del problema y el órgano adecuado para resolverlo (función y diseño), explica la distribución de responsabilidades entre órganos distintos, según si la necesidad es juzgar, legislar o gobernar/administrar. La misma razón da cuenta de los límites que enmarcan los respectivos ámbitos de competencia. Así, el reclamo para que un tribunal de justicia se abstenga de legislar, puede motivarse en que es un órgano que no está diseñado para cumplir adecuadamente esa función, que es distinta a la de juzgar.

La naturaleza de los problemas que corresponde al legislador encarar es diferente de la que corresponde al juez. *Grosso modo*, el legislador trabaja con problema de naturaleza política mientras que el juez con problemas de naturaleza jurídica. En su sentencia Marelic con Servel y otro, la Corte Suprema está indicando que el problema del voto de las personas privadas de libertad es político.

#### IV. 3. LA NATURALEZA POLÍTICA DEL PROBLEMA DEL VOTO DE LOS PRESOS

En este apartado se intenta explicar por qué el ejercicio del derecho a sufragio de las personas privadas de libertad es un problema político. Una primera respuesta –la más obvia– es que la solución pasa por modificar la legislación electoral vigente y, para ello, es preciso que se dicte una nueva.

Esto solo puede hacerlo, en principio, el Congreso Nacional, que es un órgano político; luego, la naturaleza del problema es política.

Sin embargo, esta primera respuesta es insuficiente desde distintos puntos de vista. Significaría, para muchos, condicionar la garantía de los derechos fundamentales a su desarrollo legislativo y, por lo mismo, desconocer la supremacía normativa de la Constitución y su aplicación directa, especialmente en el marco del recurso de protección. Por otra parte, son varios los precedentes en que la ley ha sido ignorada por el Poder Judicial con el fin de satisfacer a cabalidad su deber de protección de los derechos fundamentales. En suma, porque en casos que en la práctica son idénticos al de la sentencia *Marelic con Servel* y otro, la Corte Suprema desestimó el argumento acerca de la necesidad de una reforma legal para que los presos pudieran ejercer su derecho a voto.

¿Por qué, entonces, puede afirmarse que el problema es político? Una segunda respuesta nace del artículo 18 de la Constitución, al disponer que la organización y funcionamiento del sistema electoral es propio de una LOC. Al ser un órgano político, el Congreso, el único autorizado para dictar esta clase de leyes (las materias propias de LOC son indelegables, artículo 64 de la Constitución), no cabe más que concluir que se trata de un problema político. Cualidad que vendría reforzada por el quórum supramayoritario de las LOC<sup>18</sup>. En concreto, el artículo 18 de la Constitución estaría sancionando el carácter político del problema del voto de las personas privadas de libertad porque, en definitiva, este revelaría una falla en la organización y funcionamiento del sistema electoral, que solo puede ser enmendada por el Congreso.

Esta segunda respuesta es, a juicio de este estudio, también insatisfactoria, por su carácter exclusivamente formal. Contentarse con ella significaría admitir que, si el artículo 18 no hubiera existido o llegara a dejar de existir, el problema dejaría de ser político y la Corte Suprema sería competente para resolverlo al margen de cualquier intervención legislativa. Pero no se está en disposición de admitir esto, pues aquí se sostiene que el motivo es más profundo; de hecho, se rechaza este argumento por su contrario, es decir, la organización y funcionamiento del sistema electoral es materia de ley –de LOC, para ser más precisos– porque su naturaleza es política.

La tercera respuesta, entonces, sería que el problema es político porque la organización y funcionamiento del sistema electoral (y sus fallas) es una materia intrínsecamente política. Para fundamentar esta respuesta, se

---

<sup>18</sup> Sergio VERDUGO, “Las justificaciones de la regla de quórum supra-mayoritaria de las leyes orgánicas constitucionales”.

examinarán los alcances que tiene para el sistema electoral la hipotética obligación del SERVEL de determinar un recinto penitenciario como local de votación y, en particular, la importancia del domicilio electoral para el conjunto del sistema.

En la sentencia Bahamondes con Servel y otro<sup>19</sup>, la Corte Suprema desestimó la defensa del Servel sobre la imposibilidad legal de satisfacer la demanda de los presos para votar, concluyendo que del artículo 52 inciso 3 de la Ley n.º 18700

“[el Servel] está facultado para determinar la instalación de locales de votación en un recinto penitenciario, toda vez que la norma no contiene una enumeración taxativa y excluyente de recintos” (considerando 5).

Con este argumento, la Corte Suprema estaría revelando una concepción tan sencilla de la organización del sistema electoral, que el problema del voto de las personas privadas de libertad se resolvería con sencillez, determinando que las cárceles funcionarían como locales de votación. Pero la realidad es bastante más compleja.

El ejercicio del derecho a sufragio está configurado por un entramado de cuatro elementos: mesas receptoras de sufragio, locales de votación, circunscripciones electorales y domicilio electoral. El artículo 11 inciso 1 de la Ley n.º 18556 dice:

“Todo elector con derecho a sufragio deberá estar inscrito en una mesa receptora de sufragios que pertenezca a la circunscripción electoral correspondiente a su domicilio electoral”.

El tejido que forman estos cuatro elementos responde tan directamente al diseño/organización del sistema electoral, que cualquiera de ellos que se modifique demanda una revisión completa del sistema, desde sus premisas estructurantes hasta los detalles operativos más prácticos.

La solución que la Corte Suprema creyó haber encontrado en el artículo 52 inciso 3 de la Ley n.º 18700 ignora, en realidad, la función que el domicilio electoral tiene en la correcta ejecución del proceso electoral. Así como el domicilio es un atributo de la personalidad –una condición que el derecho considera indispensable para el desenvolvimiento jurídico de un sujeto<sup>20</sup>–, puede decirse que el domicilio electoral es una condición para el despliegue de los derechos políticos y, en efecto, del derecho a sufragio.

El domicilio electoral es un concepto legal específico (véase artículo 10 de la Ley n.º 18556), del que depende una serie de relaciones y efec-

<sup>19</sup> CORTE SUPREMA (2017), rol 38.742-2017, 26 de octubre de 2017.

<sup>20</sup> Arturo ALESSANDRI *et al.*, *Tratado de derecho civil. Partes preliminar y general*, p. 409.

tos jurídicos<sup>21</sup>. La inscripción en el Registro Electoral comprende, entre otros datos del elector, el domicilio electoral (artículo 8 Ley n.° 18556), exigencia que corre también para los chilenos que viven en el extranjero. La circunscripción electoral del votante queda determinada por su domicilio comisial. Y esta circunstancia es de importancia capital en un sistema electoral de representación organizado sobre la división territorial<sup>22</sup>.

El número de electores de cada circunscripción es un factor determinante del número de representantes en el Congreso. De allí que: “la distribución de las circunscripciones electorales es de importancia vital para las oportunidades electorales de los partidos políticos”<sup>23</sup>. Esto permite vislumbrar el valor que el domicilio electoral tiene en la organización y funcionamiento del sistema electoral.

Las dificultades prácticas que deben superarse para que efectivamente las personas privadas de libertad puedan ejercer su derecho a sufragio no deben ser minusvaloradas. Pero más allá de todas ellas, pervive la cuestión del domicilio electoral como una limitación que se impone desde la base teórica del sistema electoral, que, a su vez, es funcional al régimen político<sup>24</sup>. Esto es del todo visible en el caso de senadores y diputados y la estructura bicameral del Congreso: según sea la región donde tenga su domicilio electoral, los senadores por los que podrá votarse; según el distrito, los diputados. El mismo criterio definirá el número de representantes, que puede variar según la circunscripción.

Puede decirse que la legislación chilena considera el domicilio, al mismo tiempo, como una categoría social y de ejercicio de poder (o política)<sup>25</sup>,

---

<sup>21</sup> En un plano funcional, el domicilio condiciona la operación del sistema electoral, puesto que de él depende la configuración de los padrones electorales y, en algunos casos, las circunscripciones, según disponen los títulos II y IV de la Ley n.° 18556, respectivamente. Además, en el caso de elecciones parlamentarias, viabiliza la proporcionalidad de la representación y la igualdad del voto, según se lee en el *Mensaje* que dio origen a la Ley n.° 20840.

<sup>22</sup> Esto es particularmente claro en el caso del sistema proporcional que rige las elecciones de diputados y senadores. Así, en la historia de la Ley n.° 20840 se lee: “El territorio nacional se divide en distritos plurinominales que eligen un número variable de diputados que se determina en atención al número de electores, propendiendo al mayor logro posible del principio de igualdad de voto...”. Y también uno de los objetivos del proyecto de ley que indica: “Se establece, finalmente, un mecanismo de actualización de la distribución de escaños que opere cada 12 años, en función de las variaciones en el número de electores de cada territorio”. CÁMARA DE DIPUTADOS, *Primer Informe de Comisión de Constitución, Legislación y Justicia en Proyecto de Ley 9326-07*, pp. 8-9

<sup>23</sup> Dieter NOHLEN, *Sistemas electorales y partidos políticos*, p. 52.

<sup>24</sup> Mario FERNÁNDEZ, “Congreso Nacional y Sistema Electoral”, p. 23.

<sup>25</sup> Para una mejor comprensión de estas categorías véase Horacio CAPEL, “Las ciencias sociales y el estudio del territorio”.

en una relación de mutua dependencia entre ciudadano y territorio. Lo dicho significa que el sufragio comprometería su razón de ser si se ejerciera en un territorio con el cual el votante no tiene vínculo alguno.

En cuanto categoría social, el domicilio es concebido como la pertenencia de una persona a un lugar en virtud de elementos históricos, sociales, culturales y productivos. Es así, por ejemplo, que la autoridad, al presentar el proyecto de ley que creó la Región del Ñuble, fundó su propuesta en esta identidad territorialmente compartida, acotando que tal propósito contribuiría a alcanzar las metas políticas y administrativas del mismo<sup>26</sup>. Similar argumento puede extraerse de la iniciativa que creó la Región de Los Ríos<sup>27</sup>.

En cuanto categoría política, el domicilio se entiende como el vínculo que habilita a un individuo a participar en las instancias políticas del territorio donde, al menos, guarda algún vínculo objetivo, según reza la propia definición de la Ley n.º 18556. Esta concepción del domicilio fue de hecho cuestionada en el proyecto de ley que reguló el sufragio de chilenos en el extranjero y en las iniciativas que le precedieron<sup>28</sup>. El legislador, al fin y al cabo no la modificó y, por ello, no admitió su voto en elecciones parlamentarias.

La base conceptual del domicilio es, a juicio de este trabajo, lo que determina su principal característica, esta es, que solo pueda modificarse a petición del propio interesado. Lo contrario (que Gendarmería o el Servel modifiquen de oficio el domicilio electoral de los reclusos) supondría desconocer el sentido que el legislador ha reconocido al domicilio como elemento articulador del ejercicio de los derechos políticos.

El legislador conceptualiza el domicilio electoral como un mecanismo que viabiliza la participación de las instancias democráticas. De allí que modificarlo implique, en la práctica, alterar las concepciones teóricas que el legislador ha plasmado en la legislación, amenazar las finalidades del sistema político e incidir en la determinación de las instancias políticas en las que cada persona podrá participar.

Es evidente, por lo dicho, que el poder político –el Congreso, especialmente– se interese por cualquier cambio que pueda alterar la función que cumple el domicilio electoral, en la misma medida que se interesará por la forma como se eligen los representantes políticos<sup>29</sup>. El sentido común,

---

<sup>26</sup> Proyecto de ley, en *Boletín* 10.277-06.

<sup>27</sup> Proyecto de ley, en *Boletín* 4.049-06.

<sup>28</sup> Proyecto de ley, en *Boletín* 10.344-06.

<sup>29</sup> Como bien dice Joan Araujo: “Las normas electorales son cualquier cosa menos inocentes. De hecho, un cambio insignificante en cualquier elemento puede favorecer a unas fuerzas políticas y perjudicar a otras, y de ello son muy conscientes los partidos

por su parte, enseña que la competencia para introducir cualquier cambio al sistema electoral, tanto en su organización como en su funcionamiento, debe radicarse en los órganos políticos; en el Congreso, idealmente<sup>30</sup>.

#### IV. 4. EL EFECTO DE ESTA SENTENCIA EN EL CONTEXTO DE LA JUDICIALIZACIÓN DE LA POLÍTICA

La sentencia *Marelic con Servel* y otro constituye una rareza en el conjunto de la jurisprudencia de los últimos años de la Tercera Sala de la Corte Suprema. Dicha sala, en sus fallos, acostumbraba o daba a entender que nada escapa a la competencia de un tribunal de justicia cuando se trata de proteger los derechos humanos. Sirvan como ejemplos paradigmáticos la sentencia *López y Ceballos*, que acogió un recurso de protección en favor de unos venezolanos prisioneros en Venezuela<sup>31</sup>; *Díaz Hernández con Fondo Nacional de Salud* y otros, donde ordenó, *contra legem*, al Servicio de Salud el desembolso de más de \$600 000 000 para tratar la enfermedad de un menor de edad<sup>32</sup>, y; la sentencia *Casillas Salas con JUNJI*, en que declaró, *contra constitutionem*, que una mujer peruana “es ciudadana [chilena] aun cuando no ostente la nacionalidad chilena”<sup>33</sup>.

Al traspasar al legislador el problema del voto de los presos, la Corte Suprema reconoció un límite a su competencia; un límite impuesto por la naturaleza misma del problema, que excedía las capacidades institucionales de un tribunal de justicia. Con esto, la Corte Suprema está declarando que no todas las injusticias encuentran solución en el foro judicial; que también el foro político es un lugar apto para hacerse cargo de ellas.

Vista desde esta perspectiva, la sentencia ilumina el sentido del artículo 5 del *Código Civil*<sup>34</sup>. Esta disposición estaría reflejando las distintas

---

políticos. Por ello, la mayoría de las reformas electorales esconden, bajo argumentos de técnica jurídica o de mejora democrática, motivaciones políticas a veces poco confesables”. Joan Oliver ARAUJO, *Las barreras electorales: gobernabilidad versus representatividad*, p. 35.

<sup>30</sup> Aquí es de justicia señalar el contraargumento que representa la línea jurisprudencial abierta en Estados Unidos por la sentencia *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186, en la que se declaró que la (re)definición de distritos electorales o *gerrymandering*—hasta entonces una cuestión política—era una materia que caía dentro de la competencia del Poder Judicial. Sin embargo, la Corte Suprema acaba de volver a declarar que el *gerrymandering* es una cuestión política y, por lo tanto, está fuera de su competencia, en la sentencia *Rucho et al. V. Common Cause et al.*, 27 de junio de 2019.

<sup>31</sup> CORTE SUPREMA (2015), rol 17393-2015, 18 de noviembre de 2015.

<sup>32</sup> CORTE SUPREMA (2018), rol 17043-2018, 6 de noviembre de 2018.

<sup>33</sup> CORTE SUPREMA (2018), rol 43005-2017, 18 de abril de 2018, considerando 5°.

<sup>34</sup> “La Corte Suprema de Justicia y las Cortes de Alzada, en el mes de marzo de cada año, darán cuenta al Presidente de la República de las dudas y dificultades que les hayan ocurrido en la inteligencia y aplicación de las leyes, y de los vacíos que noten en ellas”.

maneras de satisfacer la necesidad de hacer justicia, atribuyendo al legislador aquellas que requieran la creación/modificación de reglas. Y esto porque existe un ámbito en que la justicia es indiferente a la solución que se adopte dentro de un cierto rango de opciones y la determinación de una u otra es una cuestión política que debe hacerse por un órgano *ad hoc*.

#### IV. 5. *EL RESPALDO QUE ESTA SENTENCIA TIENE EN LA DOCTRINA DE LA DETERMINATIO*

La gama de respuestas posibles para cada uno de los flancos abiertos –teóricos y prácticos– por el problema del voto de los presos, más los ajustes al sistema electoral que cualquier de ellas implica, es un buen motivo para convencerse de que la respuesta excede las posibilidades de un tribunal de justicia. Al mismo tiempo, esta circunstancia es precisamente la que amerita la intervención del legislador (*i.e.* Congreso), porque es este quien está diseñado para determinar la forma, entre las muchas posibles, en que se ejercen los derechos en general.

La *determinatio* legislativa del contenido de los derechos –o de las exigencias de la justicia natural, si se prefiere– es una idea antigua que se actualiza en el fallo *Marelic con Servel* y otro<sup>35</sup>. Nadie discute la injusticia que resulta de que personas con derecho a voto no puedan ejercerlo porque se encuentran privadas de libertad. Pero la forma en que deba subsanarse esta injusticia sí está sujeta a discusión: ¿habrá un padrón especial?, ¿el padrón se configurará con plazos especiales?, ¿el domicilio electoral dejará de ser un elemento relevante para definir la circunscripción en que se vota?, ¿de qué forma accederán los presos a la publicidad electoral?, ¿podrán los candidatos hacer campaña en los recintos penitenciarios?, ¿quién velará por el orden y seguridad el proceso electoral?<sup>36</sup>. Las interrogantes podrían multiplicarse, pero basta con estas para destacar la indeterminación que resulta de una premisa por tantos compartida, que es el derecho de los presos a votar.

Al deferir al legislador la solución del problema planteado en el recurso de protección, la Corte Suprema está admitiendo que la respuesta

<sup>35</sup> Con antecedentes en ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, V, 7 1134b. La idea es desarrollada por Tomás de AQUINO, *Summa Theologiae*, I-II, q. 95 art. 2.

<sup>36</sup> Piénsese en los eventuales peligros de reunir en un solo acto de campaña a personas de pabellones distintos (*v.gr.* LGBT y Evangélicos), o distribuir material de propaganda prohibido por las normas internas de los recintos, como un lápiz o un llavero. Por otra parte, sería difícil (si no imposible) determinar cómo votará aquel que ingresa a la cárcel en el periodo que media entre el establecimiento del padrón definitivo y las elecciones o, al revés, donde votará aquel cuyo domicilio electoral se fijó en la cárcel, pero en el mismo periodo sale de ella. Finalmente, el resguardo de las elecciones: ¿a quién correspondería: a Carabineros y Fuerzas Armadas o a Gendarmería? Y luego, ¿cómo armonizar sus facultades?

jurisdiccional no es la única posible para resolver un problema de justicia. Cabe, al lado de aquella, una respuesta política ofrecida por el Congreso a través de la ley. Esta irreductibilidad de la satisfacción de las exigencias de la justicia al método judicial de adjudicación implica la existencia de un ámbito de indeterminación en que lo justo es indiferente a una u otra solución. Es este el terreno propio de la actividad legislativa<sup>37</sup>.

## V. Conclusión

La sentencia Marelic con Servel y otro enseña que la política es un límite a la competencia del Poder Judicial. Por política se debe entender aquí la cualidad de ciertas problemáticas cuya solución no depende tanto de criterios jurídicos como de criterios de conveniencia y oportunidad (*i.e.* políticos). El reconocimiento que la sentencia hace de la existencia de este tipo de problemas confirmaría que la distribución de las funciones de gobernar, legislar y juzgar entre órganos diferenciados entre sí –Presidente de la República, Congreso y Tribunales de Justicia, respectivamente– obedece a la necesidad de que haya una correspondencia entre función e institución. En este caso, la Corte Suprema se dio cuenta de que estaba frente a un problema de naturaleza política y que, por lo tanto, no le tocaba solucionarlo a ella porque su institucionalidad no está diseñada para hacerlo.

## Bibliografía

- ALESSANDRI, Arturo, *et al.*, *Tratado de derecho civil. Partes preliminar y general*, 8ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2015, tomo I.
- AQUINO, Tomás de, *Summa Theologiae*, U.S., Emmaus Academic, 2012, tomes I-II.
- ARAUJO, Joan Oliver, *Las barreras electorales: gobernabilidad versus representatividad*, Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, 2017.
- ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, España, Editorial Gredos, 2014.
- CAPEL, Horacio, “Las ciencias sociales y el estudio del territorio”, en *Revista Bibliográfica de Geografía y Ciencias Sociales*, vol. XXI, n.º 1149, Barcelona, 2016.
- CONTRERAS, Fernando, “Judicialización de la política: algunas notas sobre el concepto y origen”, en *Revista de Derecho Público*, número especial, Santiago, 2018.

---

<sup>37</sup> Para una ampliación de los fundamentos y alcances de la *determinatio* legislativa, John FINNIS, *Aquinas: Moral, Political and Legal Theory*, pp. 266-274.

- FERNÁNDEZ, Mario, "Congreso Nacional y sistema electoral, en *Revista de Derecho Público*, vol. 75, Santiago, 2001.
- FINNIS, John, *Aquinas: Moral, Political and Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1998.
- INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, *Situación de los Derechos Humanos en Chile, Informe Anual 2013*. Disponible en <https://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/605/INFORME%20ANUAL%202013.pdf?sequence=4&isAllowed=y>. [fecha de consulta: 1 de septiembre de 2019].
- INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, *Situación de los Derechos Humanos en Chile, Informe Anual 2014*, Santiago, Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2014.
- NOHLEN, Dieter, *Sistemas electorales y partidos políticos*, 3ª ed., México D.F, Fondo de Cultura Económica de España, 2004.
- VERDUGO, Sergio, "Las justificaciones de la regla de quórum supra-mayoritaria de las leyes orgánicas constitucionales", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XXXIX, 2º semestre, Valparaíso, 2012.

#### NORMAS

- Código Civil*, 1857.
- Constitución Política de la República de Chile*, 1980.
- Ley n.º 18556, 1986.
- Ley n.º 18700, 1988.
- Ley n.º 20840, 2015.

#### JURISPRUDENCIA CITADA

- CORTE SUPREMA, rol 17393-2015, 18 de noviembre de 2015.
- CORTE SUPREMA, rol 87743-2016, 2 de febrero de 2017.
- CORTE SUPREMA, rol 87748-2016, 2 de febrero de 2017.
- CORTE SUPREMA, rol 38742-2017, 26 de octubre de 2017.
- CORTE SUPREMA, rol 39698-2017, 26 de octubre de 2017.
- CORTE SUPREMA, rol 39970-2017, 26 de octubre de 2017.
- CORTE SUPREMA, rol 39989-2017, 26 de octubre de 2017.
- CORTE SUPREMA, rol 41361-2017, 8 de noviembre de 2017.
- CORTE SUPREMA, rol 43005-2017, 18 de abril de 2018.
- CORTE SUPREMA, rol 17043-2018, 6 de noviembre de 2018.
- U.S. SUPREME COURT, *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186, 26 de marzo de 1962.
- U.S. SUPREME COURT, *Rucho et al. V. Common Cause et al.*, 27 de junio de 2019.

OTRAS REFERENCIAS CITADAS

CÁMARA DE DIPUTADOS, *Primer Informe de Comisión de Constitución, Legislación y Justicia en proyecto de ley 9326-07.*

CORTE DE APELACIONES, Informe en causa rol 1812-2016.

Proyecto de ley, en *Boletín* 4.049-06.

Proyecto de ley, en *Boletín* 10.277-06.

Proyecto de ley, en *Boletín* 10.344-06.

Filosofía política

---



CONSENSO CALVINISTA, CONFORMIDAD,  
INTOLERANCIA RELIGIOSA  
Y DISCIPLINAMIENTO POLÍTICO ANGLICANO.  
DESDE ENRIQUE VIII  
AL ACTA DE TOLERANCIA DE GUILLERMO

CALVINIST CONSENSUS, CONFORMITY,  
RELIGIOUS INTOLERANCE  
AND ANGLICAN POLICY DISCIPLINE.  
FROM HENRY VIII TO WILLIAM'S  
TOLERATION ACT

*Juan Fernando Segovia\**

*Resumen*

En el siglo y medio que va desde el reinado de Enrique VIII al rey Guillermo, la política religiosa anglosajona se movió entre la intolerancia, la comprensión y la tolerancia; son tres momentos no necesariamente cronológicos, pero que describen una secuencia reiterada en la historia del protestantismo anglicano. No se concedió libertad religiosa, porque la tolerancia no importaba la libertad de religión, y la libertad de conciencia para los disidentes era restringida al ámbito privado. Por eso la Iglesia nacional de los ingleses es otro caso de tolerancia religiosa fundada en la razón de Estado. Como en otros lugares, fue la religión la que acabó más herida en todas estas pendencias, que dejaron un Estado fortalecido, esto es, un gobiernos de hombres y no de Dios, asentado en la soberanía humana antes que en la primacía de las leyes divinas; un gobierno de derechos de los hombres a creer en Dios y adorarlo según su conciencia y voluntad, de un Dios servido al modo humano.

Palabras clave: Anglicanismo, tolerancia religiosa, conformidad, razón de Estado, consenso calvinista

---

\* Doctor en derecho y Doctor en historia. Profesor de historia de las ideas políticas de la Universidad de Mendoza. Investigador del Conicet (Argentina). Miembro del Consejo de Estudios Hispánicos Felipe II (España). Artículo recibido el 23 de diciembre de 2019 y aceptado para su publicación el 5 de marzo de 2020. Correo electrónico: segojuan@gmail.com

## *Abstract*

In the century and a half from King Henry to King William, Anglo-Saxon religious politics moved between intolerance, comprehension and tolerance; these are not necessarily chronological moments but describing a recurrent sequence in the history of Anglican Protestantism. Religious freedom was not granted, because toleration did not implied freedom of religion, and freedom of conscience for non-conformists was only in the private sphere. That is why the national church of the English is another case of religious tolerance based on the reason of state. As elsewhere, it was religion that ended most wounded in all these pendencies, which left a strengthened State, that is, a government of men and not of God, settled in human sovereignty rather than in the primacy of divine laws; a government of men's rights to believe in God and worship Him according to his conscience and will, of a God served in the human way.

Keywords: Anglicanism, Religious Tolerance, Conformity, Reason of State, Calvinist Consensus

## *I. Justificación*

Es probable que algunos se pregunten si es necesario un nuevo estudio sobre la tolerancia religiosa en Inglaterra durante los siglos XVI y XVII siendo un asunto investigado ya hasta el cansancio y contando con buenas historias a las que siempre se puede recurrir. Respondo: es posible y necesario revisar siempre la historia cuando se cuenta con nuevas fuentes o con nuevos puntos de mira. En este caso, no he recurrido a fuentes novedosas porque, que se sepa, ninguna nueva se ha descubierto; sí, en cambio, creo poder ofrecer una mirada diferente a la acostumbrada. Esta nueva mirada se centra en dos argumentos. El primero de ellos es que la tolerancia religiosa, como se vivió en aquellos tiempos, es una medida adoptada en “razón de Estado” y, por lo tanto, no debe confundirse con la libertad religiosa ni con la tolerancia desbordada de nuestros días. El segundo argumento proviene de estudios históricos centrados en la política disciplinaria de los Estados calvinistas como medio esencial para preservar la confesionalidad estatal, que es lo mismo que la unidad de Estado e Iglesia.

Asumo que el primer argumento es sabido y que carece de sentido explicarlo aquí<sup>1</sup>. El segundo, siendo como es una consecuencia del primero, en cambio, no siempre ha sido considerado con el peso que se debería

---

<sup>1</sup> Si fuere necesario, remito a Juan Fernando SEGOVIA, “De la razón de Estado a la razón de los derechos. Tolerancia religiosa, libertad de conciencia y libertad de religión”, pp. 13-74.

haberlo hecho y, por ello, resultan valoraciones y juicios que desvirtúan incluso el sentido de la tolerancia religiosa. Quiero decir que, si el concepto de esta es bastante claro entre los especialistas, son los juicios personales del historiador, fundados en los hechos objetivos del primer argumento, los que tienden a iluminar toda la escena y a darle una apreciación que se quiere objetiva. Y al decir esto no entro en las polémicas sobre el significado de “la objetividad en la historia” ni hago un alegato en pro del “relativismo de los valores”. Simplemente destaco la importancia del punto de vista del historiador, de la perspectiva o del horizonte –para emplear un término caro a la nueva hermenéutica– desde el cual los hechos se observan y se estudian las ideas que los presiden<sup>2</sup>.

Además, verter esta historia al español tiene una utilidad aneja, la de esclarecer aspectos de la religión de los ingleses que no suele hacerse (o, por lo menos, yo no he advertido). Ocurre que en no pocas ocasiones el lector o historiador se topa con conceptos, problemas o lisa y llanamente, desarrollos que tienen elementos tácitos, en los que se advierte algún dato implícito. Pues bien, me parece importante hacerlo explícito, aunque se trate de una perogrullada.

Dicho lo cual, debo indicar que la labor (del historiador y también del lector) será fatigosa, pues se trata de narrar e interpretar aspectos de la política religiosa inglesa nada menos que de un siglo y medio. Además, se hace necesario precisar al comienzo ciertas coordenadas para que entendamos de qué se trata en este trabajo, esto es: unas constantes de la religión nacional inglesa que explicitan los acontecimientos a largo de ese periodo que, por fuerza, tratarán de esclarecer qué es el anglicanismo. Pertrechados con estas herramientas, puedo examinar el avance del protestantismo en Inglaterra desde Enrique VIII hasta la ley de tolerancia de Guillermo, lo que se hará en pasos sucesivos: los inicios de la Reforma anglosajona y su intrincado panorama religioso; los planteamientos toleracionistas hasta la guerra y la revolución de 1648; el nuevo panorama que se advierte con el gobierno de Oliver Cromwell y luego con la Restauración de 1660; para acabar con las nuevas ideas de tolerancia religiosa ventiladas con los segundos Estuardo hasta el Estatuto Guillermino. En el medio del peregrinar propongo un descanso que permita trazar un balance que enlazará con la culminación del estudio.

---

<sup>2</sup> Para ser más claro, mi horizonte de católico argentino del siglo XXI no es el mismo que el de un inglés o estadounidense protestante (puritano, cuáquero o anglicano, racionalista o fideísta) de los siglos XIX o XX, porque no solo miro desde lugares distintos y distantes, sino que lo hago con ojos también distintos. Y conste que, viendo los mismos hechos en su mismo sitio, lo que puede cambiar (y de hecho cambia) es “cómo los vemos”, esto es, el juicio que de ellos hago.

## II. Cuatro coordenadas históricas

La Inglaterra moderna nace del cisma de Enrique VIII y se identifica con el peculiar protestantismo que, desde entonces, le imprime su sello. Por lo tanto, en sus orígenes la cuestión religiosa viene adherida a los problemas políticos.

“La religión era un asunto mucho más importante que la cuestión de si Inglaterra debía tener un rey, más importante tal vez incluso que la idea que ningún gobernante debía ser absoluto, y la religión fue la que desempeñó el papel crucial de socavar la fe de los hombres en la antigua constitución”<sup>3</sup>.

Esto significa que el tema que aquí examino es la llave para comprender estos siglos, porque las cuestiones constitucionales vienen detrás de las religiosas, de modo que la decadencia de la antigua constitución –con todas las innovaciones político-institucionales que aparecen en 1688– viene de las pependencias religiosas más que de las ideologías políticas o, bien, que estas tienen como eje aquellas. La obediencia o la resistencia estaban ligadas a la política religiosa del gobierno y dependían del tipo de cristianismo que se creyera y profesara<sup>4</sup>. El fracaso de los gobiernos para imponer una estricta uniformidad religiosa,

“lejos de hacer apolítica la religión, como podría ser en una sociedad liberal o en una sociedad secularizada indiferente a la religión, hace de ella la más caliente de todas las papas políticas”<sup>5</sup>.

La religión constituye *la más caliente de todas las papas políticas*, porque las divisiones religiosas centradas en disputas teológicas, que es una característica de los siglos reformistas XVI y XVII, cobran en Inglaterra una dimensión mayor a la de otros países que abrazaron la religión reformada. De modo que, como acontecía en esos otros lugares, las discusiones sobre la tolerancia religiosa están encerradas en esas disputas, que los ingleses supieron extender a cosas más menudas que la teología: los altares, las vestimentas, las oraciones, la jerarquía eclesiástica, etcétera.

La Reforma en Inglaterra se despliega como telón de fondo por estos siglos, al punto que es permanente objeto de revisión por los historiadores. De acuerdo con los especialistas, la aparición en 1992 del libro de Eamon Duffy *The stripping of the altars*, constituyó un punto de inflexión y dio

---

<sup>4</sup> El maquiavelismo religioso embargaba las opciones políticas, pues en tiempos de la Reforma “las herramientas físicas de puñal, el veneno o el arma de fuego se convirtieron en medios adecuados para lograr fines políticos espiritualizados”, afirma Jacqueline ROSE, “The Godly magistrate”, p. 118.

vigor a una corriente de renovación en la comprensión tanto del vigoroso catolicismo tradicional inglés como de la Reforma protestante encarada por la casa de los Tudor<sup>6</sup>; es algo así como el catalizador de la historia revisionista –católica en su caso– que venía impulsada de tiempo atrás por otros pares, como Christopher Haigh o John Joseph Scarisbrick<sup>7</sup>. Las historias clásicas de la Reforma inglesa, escritas por protestantes, como las de Arthur G. Dickens o Geoffrey R. Elton<sup>8</sup>, suelen presentarla como una revolución espiritual que pretendió reavivar la verdadera fe que moría en manos del anquilosado clero romano.

No me compete detenerme ni terciar en las reyertas historiográficas, que tienen aristas y prolongaciones interminables<sup>9</sup>; lo que sí me cabe es partir del incontrovertible hecho histórico de la Reforma inglesa, que introduce el protestantismo no solo en la Iglesia, sino, además, en el gobierno político, es decir, la Reforma como hecho político-eclesiástico dotada de un componente ideológico, que como todo proceso histórico estuvo sujeto a avances y retrocesos y poseyó una diversa intensidad según el lugar y la época. La Reforma protestante en Inglaterra es un hecho que no merece discutirse, más allá de la continuidad de costumbres litúrgicas o de razonamientos teológicos propios de la tradición católica o de la pervivencia en el pueblo de hábitos piadosos arraigados en la cultura religiosa católica; y también, más acá de si la Reforma fue deseada o justificada, de si el protestantismo de los Tudor fue una fuerza popular avasallante o si el catolicismo era una religión minoritaria que se iba extinguiendo<sup>10</sup>.

Si la Reforma protestante inglesa es un hecho incontrovertible, no puede negarse, en consecuencia, que su origen y desarrollo estará marcado por ese pecado original, que se traduce en un anticatolicismo visceral. A tal punto es así que Christopher Hill afirmó que el anticatolicismo era parte de la herencia revolucionaria inglesa, y que a la mentalidad anglosajona le resulta más fácil entender por qué, incluso, la mayor parte de los toleracionistas protestantes ingleses son intolerantes con los católicos, que

<sup>6</sup> Eamon DUFFY, *The stripping of the altars. Traditional religion in England c.1400-c.1580*.

<sup>7</sup> Cfr. Christopher HAIGH (ed.), *The English Reformation revised*.

<sup>8</sup> De ellos dice Christopher HAIGH, "The recent historiography of the English Reformation", pp. 30-33, que representan la historiografía *whig* en el sentido de Herbert Butterfield.

<sup>9</sup> Cf. Christopher HAIGH, "Revisionism, the Reformation and the history of English Catholicism", pp. 394-405; Peter MARSHALL, "(Re)defining the English Reformation", pp. 564-586 y Nicholas TYACKE, "Introduction: re-thinking the English Reformation", pp. 1-32.

<sup>10</sup> Una obra de referencia esencial, por ecuaníme, es la de Peter MARSHALL, *Reformation England 1480-1642*, editada originariamente en 2003. Un libro en el que las visiones contrapuestas son presentadas con acierto, es el de Margot TODD (ed.), *Reformation to Revolution. Politics and religion in early modern England*.

comprender excepciones como la de Roger Williams. Según Christopher Hill, un revolucionario de ideas diferentes (es decir, favorable a la tolerancia religiosa) corría el riesgo de desaparecer<sup>11</sup>. El protestantismo y la vacilante tolerancia entre los disidentes protestantes es un elemento definitorio del nacionalismo inglés que, por definición, excluye el catolicismo; y en estos siglos, se fuese republicano o monárquico, conformista o no conformista, en todos los casos era un deber nacional oponerse al “papismo”, como puede verse en textos capitales de John Milton o Andrew Marvell<sup>12</sup>.

El anticatolicismo anglicano es tan incontrovertible como la Reforma misma. Benjamin Kaplan ha explicado que a comienzos del siglo XVII el anticatolicismo inglés se convirtió en una definición de la identidad espiritual y política de Inglaterra y los ingleses: catolicismo se decía con el despectivo apelativo de papismo, que resumía un poder sangriento, supersticioso y tiránico:

“‘El papismo’ era el enemigo imaginado respecto del cual Inglaterra se definía a sí misma como una nación. ‘Sangriento’, porque perseguía con crueldad inhumana; ‘supersticioso’, porque mantenía a sus adherentes en la ignorancia y los menospreciaba; ‘tiránico’, porque sujetaba al pueblo al despotismo espiritual de papas y sacerdotes”<sup>13</sup>.

El historiador Colin Haydon ha llegado a sostener que la ideología del anticatolicismo acentuaba ya en el siglo XVIII el significado de “ser inglés”, porque era capaz de promover la cohesión nacional a contrapelo de las divisiones y tensiones políticas del reino, aunque sin postergarlas<sup>14</sup>. El temor y el odio a los papistas fueron la energía conductora de la política inglesa que, desde el comienzo de la Reforma, prefirió la unidad de la nación a la unidad de la cristiandad<sup>15</sup>.

<sup>11</sup> Christopher HILL, *The English Bible and the seventeenth-century revolution*, pp. 295-296.

<sup>12</sup> Cfr. John MILTON, “Of True Religion, Heresy, Schism, Toleration; and What Best Means May Be Used Against the Growth of Popery”, pp. 342-348 y Andrew MARVELL, “An Account of the Growth of Popery, and Arbitrary Government in England”.

<sup>13</sup> Benjamin J. KAPLAN, *Divided by faith. Religious conflict and the practice of toleration in early modern Europe*, p. 116.

<sup>14</sup> Colin HAYDON, “‘I love my King and my Country, but a Roman Catholic I hate’: anti-Catholicism, xenophobia, and national identity in 18th century England”, p. 49. Todas las colaboraciones del libro acentúan la relación entre protestantismo y nacionalismo británicos.

<sup>15</sup> Christopher HAIGH, “Introduction”, p. 14. Una radiografía de la mentalidad anticatólica inglesa, en Peter LAKE, “Anti-Popery: the structure of a prejudice”, pp. 72-106. Sostiene que el antipapismo no es una religión, es una antirreligión que expresa la identidad anglicana o inglesa protestante. No veo sentido en ampliar la bibliografía sobre el anticatolicismo inglés, pues es una constante en toda la literatura, como la que se cita en adelante, y en especial durante los periodos revolucionarios de las décadas de 1640 y 1680.

Todo esto queda sintetizado por una definición teológica “negativa”, es decir, por la oposición al catolicismo, de acuerdo con el juicio de Anthony Milton:

“la Iglesia de Roma y su religión fueron a menudo presentadas como la antítesis de los valores y doctrinas del protestantismo y de la iglesia de Inglaterra. El catolicismo romano era una contra religión, su fe una forma de paganismo, sus doctrinas una forma de blasfemia y el pecado de idolatría la esencia de su religión. [...] La posición católica romana era el extremo erróneo que ayudó a exponer al pueblo el centro y la estructura de la teología protestante inglesa”<sup>16</sup>.

Podría colegirse que si los católicos no fueron tolerados, en cambio sí lo fueron las diversas denominaciones protestantes. ¿Fue así? En verdad, así como existe una historia *whig* de la Reforma, hay otra historia *whig* de la tolerancia. El siglo XVII inglés ha sido narrado como el ascenso de la tolerancia religiosa (“dramático movimiento”, dice John Coffey, “de la persecución a la tolerancia y de la uniformidad religiosa al pluralismo”<sup>17</sup>), hasta su triunfo final con la gloriosa revolución y la Ley Guillermina; progreso que de la mano de la bancarrota del absolutismo político acabó con la intolerancia religiosa, pues es el siglo de la victoria de la libertad de conciencia y de los derechos del hombre; aunque el triunfo sea también la confirmación del escepticismo que rodea a la verdad religiosa, esto es, la decadencia de toda autoridad tradicional y el advenimiento del nuevo poder asociado a la libertad religiosa y política; en suma, el liberalismo.

Empero los historiadores parecen estar de acuerdo recientemente en otra lectura de ese siglo crucial: en el plano de los hechos, es decir, de la práctica oficial, la tolerancia religiosa fue una *rara avis* que desplegó su vuelo pocas y contadas veces; y en el ámbito de doctrinas e ideas, los toleracionistas fueron siempre minoritarios, ligados a los disidentes del calvinismo anglicano ortodoxo, pues este –muy mayoritario– rechazaba la tolerancia de cultos inclinado hacia el predominio de la Iglesia nacional y la uniformidad religiosa, al igual que en Holanda. De ahí que la ley de 1689 de Guillermo y María sea considerada con bastante cuidado y recelo en cuanto al alcance de la tolerancia. Así, el libro de John Coffey o el de Alexandra Walsham<sup>18</sup> constituyen meritorios progresos historiográficos, si bien la obra de John Coffey se resiente, a pesar de no compartirla, de la misma perspectiva progresista o *whig* que es notable en Wilbur Kitch-

<sup>16</sup> Anthony MILTON, “Attitudes towards the Protestant and Catholic Churches”, p. 345.

<sup>17</sup> John COFFEY, *Persecution and toleration in Protestant England, 1558-1689*, p. 5.

<sup>18</sup> Alexandra WALSHAM, *Charitable hatred. Tolerance and intolerance in England, 1500-1700*.

ner Jordan<sup>19</sup>; es todavía muy inglés, aunque John Coffey ofrece un mejor análisis y está libre de las exageraciones habituales<sup>20</sup>.

Estas son las cuatro coordenadas que han de enmarcar el estudio: protestantismo, iglesia nacional, anticatolicismo e intolerancia. Pero con ellas no he encontrado nada peculiar a los ingleses desde que las mismas se repiten en otros lugares ganados por la Reforma protestante, como los Países Bajos. Necesito de un segundo esfuerzo introductorio que me lleve a especificar la singularidad del anglicanismo en el cuadro de las denominaciones protestantes.

### *III. Qué es el anglicanismo o la naturaleza del protestantismo inglés*

Inquirir acerca de la naturaleza misma de la religión anglicana constituye una dificultad no menor. Por lo pronto, parece haber acuerdo que ‘anglicanismo’ es un término genérico y tardío que se aplica a la “religión reformada de los ingleses”. ¿En qué consiste esa religión reformada de los ingleses? Confieso que no he encontrado el mismo consenso en los especialistas. Hay algunos que destacan en el anglicanismo la virtud de no ceñir la creencia religiosa en términos teológicos vinculados a las denominaciones protestantes y también la capacidad de no circunscribirla territorialmente. Es, en efecto, esta indefinición, si se quiere, el rasgo único del anglicanismo que lo convertiría en una suerte de vía media entre el catolicismo del que se separa y las denominaciones del protestantismo continental de las que se distingue e, inclusive, solución intermedia entre estas. Tal ambigüedad resaltaría el carácter excepcional de la religión nacional inglesa con énfasis en su impronta nacional<sup>21</sup>.

Siendo eso el anglicanismo, es posible desentrañar los componentes esenciales de la religión nacional de los ingleses. Primero, es una religión “protestante”, especialmente por adherir a la Reforma y por mantenerse

---

<sup>19</sup> La historia general de la tolerancia en este periodo, es la de W. K. JORDAN, *The development of religious toleration in England*, 4 vols..

<sup>20</sup> El interesante libro de Alexandra Walsham parte, sin embargo, de un error conceptual: la convertibilidad (como dijera Thomas Payne) de tolerancia e intolerancia, pues, a su juicio, toda tolerancia supone intolerancia. Explicar el error llevaría a repetir lo dicho con antelación, en el artículo citado en la nota 1.

<sup>21</sup> De gran utilidad es la reciente obra colectiva sobre la iglesia anglicana, en cinco volúmenes: Rowan STRONG (ed.), *The Oxford history of Anglicanism*, véase especialmente el vol. I: Anthony MILTON (ed.), *Reformation and identity, c. 1520-1662*, ya citado; y el vol. II: Jeremy GREGORY (ed.), *Establishment and Empire, 1662-1829*.

anticatólica. Segundo, es una religión “nacional”, en el sentido de establecida por ley, lo que los anglosajones llaman *establishment* y que puede verse como régimen (político-eclesiástico), el sistema de la iglesia nacional anglicana. Como escribe Ethan Shagan:

“Es impensable la Iglesia de Inglaterra sin establishment: la unidad Estado-iglesia o el régimen político-eclesiástico no solo estructuró las condiciones bajo las cuales creció la Iglesia de Inglaterra sino que redefinió, además, qué *era* una Iglesia alrededor de los ideales del derecho y de la constitución”<sup>22</sup>.

Tercero, religión e iglesia están sometidas al principio de la “soberanía del Monarca” definida en 1533 por la Ley de Apelaciones de Enrique VIII: la supremacía del Monarca es plena (*plenary*), completa (*whole*) e integral (*entire*), esto es, sin resquicio, absoluta por ende. El Rey estaba munido de un poder que se asemejaba –en la mentalidad de los rebeldes– al del Papa mismo<sup>23</sup>.

Los dos últimos componentes definen la naturaleza “erastiana” del anglicanismo: la ley de supremacía de 1534 afirma que los reyes de Inglaterra han sido siempre la cabeza suprema de la Iglesia, por lo que la ley no hace más que corroborarlo y confirmarlo<sup>24</sup>. Por ello, el anglicanismo es un régimen de Estado-Iglesia, con abstracción de las discusiones en torno al gobierno eclesiástico y a la extensión de la supremacía del Monarca. Dicha supremacía sobre la Iglesia no es incompatible con los preceptos de la Reforma radical, porque,

“de hecho, fue la única forma de gobierno eclesiástico que podría haber realizado una reforma genuinamente radical practicable a larga escala. La tiranía estaba llena de posibilidades”<sup>25</sup>.

En cambio, el primero de los elementos le da su perfil más reformista, como se aprecia en la adopción de doctrinas calvinistas, según denunciara en 1613 el jesuita español Francisco Suárez en la *Defensio fidei catholicae et apostolicae adversus anglicanae sectae errores*; o también en el violento repudio a las reformas litúrgicas del arzobispo William Laud; e incluso en esa negativa a definirse en el terreno teológico.

<sup>22</sup> Ethan H. SHAGAN, “The emergence of the Church of England, c.1520-1553”, p. 43

<sup>23</sup> La ley, en Henry GEE and William John HARDY (comp.), *Documents illustrative of English Church history*, p. 187 and next.

<sup>24</sup> En *op. cit.*, pp. 243-244.

<sup>25</sup> SHAGAN, “The emergence...”, *op. cit.*, p. 39, que podría pensarse que es el dato singular, original, del régimen reformado inglés, que también destaca Peter MARSHALL, *Reformation England 1480-1642*, p. 60.

“Tal vez uno de los rasgos más resistentes de la identidad anglicana sea la concepción de que la Iglesia de Inglaterra es naturalmente adversa a las definiciones doctrinales y a la teología sistemática”<sup>26</sup>.

Sin embargo, Stephen Hampton desafía esta interpretación basándose en la adhesión a las doctrinas protestantes desde Eduardo e Isabel, y específicamente en la continuidad de los Treinta y Nueve Artículos que definen la *Confessio Anglicana*<sup>27</sup>. Ambos extremos son ciertos, aunque la Iglesia anglicana no haya querido quedar sujeta a un marco doctrinal estrecho, es protestante y, según el modelo eclesiológico calvinista, definió un credo mínimo por el que se dice evangélica en el sentido de adherir a la protesta luterana, fundando su religión en la sola fe y la sola Escritura. Dice Ethan Shagan que la Iglesia de Inglaterra es

“impensable sin el protestantismo evangélico: ningún paso en la emergencia de la Iglesia hubiera sido posible sin el apoyo de revolucionarios ideológicamente comprometidos dispuestos a arriesgar sus vidas por sus creencias”<sup>28</sup>.

Siendo vástago del protestantismo, su anticatolicismo se expresa con fuerza en la aceptación de la doctrina luterana sobre la eucaristía exclusivamente espiritual, negando la presencia real<sup>29</sup>, y en el rechazo de la autoridad del Pontífice romano sobre la Iglesia nacional y sus fieles.

No son otros los pilares del anglicanismo como religión nacional de los ingleses, esto es, como iglesia y religión que fungen de sustento de la identidad nacional, sin la cual resulta incomprensible la formación del moderno Estado británico. El acendrado nacionalismo inglés viene formado e imbuido de esa semilla protestante que excede la esfera propia religiosa y reformista<sup>30</sup>. Como en otras naciones de Europa, también en Inglaterra la ruptura de la comunión con Roma –que es signo definidor de un protestantismo elemental capaz de abarcar numerosas denominaciones– permitió adoptar la nueva religión como base de la nacionalidad.

<sup>26</sup> Anthony MILTON, “Introduction: Reformation, identity, and ‘Anglicanism’, c.1520-1662”, p. 14.

<sup>27</sup> Stephen HAMPTON, “Confessional identity”, pp. 210-227.

<sup>28</sup> SHAGAN, “The emergence...”, *op. cit.*, p. 43.

<sup>29</sup> Punto en el que insisten HAMPTON, “Confessional identity”, *op. cit.* p. 215 and next y Diarmaid MACCULLOCH, “The Church of England and international Protestantism, 1530-1570”, pp. 316-332, quien resalta la adhesión anglicana al *Consensus Tigurinus* alcanzado en 1549 por Ginebra y Zúrich respecto de la presencia espiritual de Jesucristo en la eucaristía.

<sup>30</sup> Cfr. J. C. D. CLARK, “Protestantism, nationalism and national identity, 1660-1832”, pp. 249-276. El artículo es una crítica al libro de Linda COLLEY, *Britons. Forging the nation, 1707-1837* y da pie a un examen de la relación entre protestantismo, nacionalismo y la formación del Estado en Inglaterra, de la que brinda una visión general.

En consecuencia, el anglicanismo se presenta como una institución en esencia protestante, que posee la singularidad de una cierta parquedad a la hora de adoptar definiciones teológicas, porque de haberlo hecho hubiera ahondado el distanciamiento de las fragmentadas corrientes protestantes continentales, y también profundizado la grieta con el catolicismo, cuando menos en los tiempos del rey Enrique. De cara al catolicismo, bastó la decisión política de no admitir en Inglaterra el poder del Papa; y en cuanto a las denominaciones protestantes, fue suficiente la adopción de un credo básico mínimo con declaraciones compatibles con la teología reformada, en cuya amplitud o vaguedad podían cobijarse diferentes tendencias. Todo lo cual supone una iglesia protestante modelada sobre un consenso<sup>31</sup>, bastante frágil, pues los deseos de uniformidad chocaban con un infranqueable pluralismo<sup>32</sup>. La historiografía afirma que Enrique VIII intentó una vía intermedia con su iglesia nacional, dejando a los extremos el papismo y los luteranos; al mismo tiempo hay una notable discusión sobre cuán calvinista devino la Iglesia anglicana con el correr de los años<sup>33</sup>.

Hubo una inicial influencia de Martín Lutero rápidamente descartada, a la que siguió una preferencia por definir la fe anglicana en trabazón con el calvinismo<sup>34</sup>, porque era este el que señalaba el modelo de la Iglesia nacional. Lo que se ha dado en llamar la conexión Suiza (fuese con la Ginebra calvinista, con la Zúrich de Heinrich Bullinger o con la Estrasburgo de Martin Bucer) nunca fue acabada, es decir, completa, a pesar de que así lo quisieron Thomas Cranmer y los puritanos en tiempos de Isabel I. Por el contrario, los Treinta y Nueve Artículos establecidos en la ley de 1571<sup>35</sup>, que definen la profesión de fe anglicana, denotan la influencia de los reformistas de Zúrich antes que los ginebrinos. Pues en el anglicanismo hay elementos anticalvinistas en la doctrina de la gracia e, incluso, el derecho divino de los obispos de las primeras décadas. Sin duda que este ingrediente puede interpretarse también de otra forma, pues no solo apuntala el anticatolicismo anglicano, sino que, además, perfila una definición dogmática de la Iglesia nacional que se refleja en la iconoclasia, la doctrina de la predestinación, la definición de los sacramentos, particularmente la cena del Señor y la eucaristía, etcétera.

---

<sup>31</sup> Como afirma MARSHALL, *Reformation England...*, *op. cit.*, p. 240.

<sup>32</sup> *Op. cit.*, p. 242.

<sup>33</sup> Cf. Diarmaid MACCULLOCH, "Putting the English Reformation on the map", pp. 75-95.

<sup>34</sup> Sobre la relación entre los luteranos y los anglicanos en los años iniciales de la Reforma, cfr. J. Wayne BAKER, "*Sola fide, sola gratia*: the battle for Luther in seventeenth-century England", pp. 115-133 y Alec RYRIE, "The strange death of Lutheran England", pp. 64-92.

<sup>35</sup> En GEE and HARDY, *op. cit.*, pp. 477-481.

Pero todo consenso es cambiante por estar sujeto a la variabilidad de los humores. Con los primeros Estuardo, en concreto, con Carlos I, hubo un giro conservador en la Iglesia por la preeminencia concedida a los laudianos y sus reformas en la liturgia; giro resistido por la orientación calvinista de los puritanos que objetaban tanto la inclinación católica (papismo) como el absolutismo real. La resistencia llevó a la abolición de la Iglesia anglicana: en 1645 es decapitado el arzobispo William Laud y después es abolido el obispado; y también de la monarquía: en 1649 es decapitado el rey Carlos e instaurada la república. La Restauración de 1660 produjo el restablecimiento de las instituciones isabelinas: la iglesia oficial, el *Book of Common Prayer* y la ordenación episcopal de los ministros, con la expulsión de los que no adhirieron a ella. Pero una nueva división entre evangélicos y anglo-católicos sobreviene en torno al rito de la pública devoción y los hábitos litúrgicos, acrecentada la sospecha de papismo en los segundos Estuardo. La revolución de 1688 debe entenderse como la confirmación de la orientación protestante de la Iglesia nacional, purgada de los elementos católicos.

Este consenso fluctuante del proceso de la reforma, desde Enrique VIII a la ascensión de Carlos II, da al anglicanismo un matiz caótico, un aspecto confuso, que desafía la idea de una religión de orden y moderación, esa excepcional vía media, en una fiel continuidad consigo misma, el *semper eadem* de Isabel I. De acuerdo con la observación de Anthony Milton<sup>36</sup>, a lo largo de estos ciento treinta años no hubo ningún fundamento estable de las fórmulas; es un proceso plagado de oscilantes reformas y revisiones que produjeron tres diferentes biblias vernáculas oficiales, cuatro disímiles libros de oración (junto con un directorio para la adoración pública), tres versiones del *Ordinario*, nueve diversos sistemas de cánones, un extraordinario número de declaraciones doctrinales diferentes (incluyendo los Diez, los Trece, los Seis, los Cuarenta y Dos, los Treinta y Ocho y los Treinta y Nueve Artículos) y dos libros de homilias oficiales de variado carácter.

Si el *semper eadem* se asemeja más a un *semper reformanda*, debería reabrirse la discusión sobre la naturaleza del anglicanismo. ¿Es el primero, el de Enrique, esa suerte de anglo-catolicismo, un brazo independiente de la Iglesia universal, como lo entendió Moore? ¿Es el de Isabel, que haría del puritanismo la esencia del anglicanismo, según James Collinson? ¿Son ambos, el del siglo XVI y el del XVII, esto es, una conjunción de lo anglicano y lo puritano, no tanto una doctrina, sino un temperamento, esa vía media de “estudiada ambigüedad”, mezcla de continuidad y evolución, que en algunos autores lleva a asumir que es de la esencia anglicana la

---

<sup>36</sup> MILTON, “Introduction: Reformation...”, *op. cit.*, pp. 2-3.

tolerancia de las divisiones en su seno?<sup>37</sup>. Y ese compromiso entre extremos en competencia, la loada vía media, ¿es la definición de una perenne ortodoxia identitaria o, como cree Ethan Shagan, un compuesto inestable que explotó inevitablemente en varias direcciones?<sup>38</sup>.

A la vista de la cambiante realidad, hay historiadores que niegan la existencia de una identidad ortodoxa en el anglicanismo. Anthony Milton, de cara a la paradójica evolución, entiende que al historiador le compete observar y comprender el conflicto, reflejar la lucha entre esas corrientes enfrentadas<sup>39</sup>. Sin embargo, el exagerado relativismo de cuño historicista es insostenible por una sencilla razón: el objeto sigue siendo el mismo, el anglicanismo como religión nacional de los ingleses. Hay una identidad anglicana, si bien ella es híbrida, producto de un consenso político-religioso que en su flexibilidad o en su rigidez, permitía incorporar más sectores disidentes o menos<sup>40</sup>. Ese consenso no parece haber sido prioritariamente teológico o dogmático –salvo, tal vez, por la doctrina calvinista de la predestinación–, sino un paraguas que de acuerdo con el tiempo podía ser más abierto o estar más cerrado, porque la apertura o la cerrazón ponía un límite político a tendencias dogmáticas o teológicas toleradas en su seno. Al fin y al cabo, a mediados del siglo XVII, el anglicanismo admitía anglicanos netos, calvinistas en variadas expresiones, jacobitas o anglo-católicos, y muchos otros; todos ellos, según la apreciación de Kenneth Fincham, eran y son miembros de la inclusiva Iglesia nacional<sup>41</sup>. Y en lo que refiere al tema de este trabajo, debe decirse que buena parte de las definiciones en torno a la tolerancia o intolerancia de los disidentes religiosos pasarán por la previa determinación de lo que se entienda por la religión nacional de los ingleses.

#### 4. Los primeros años de la Reforma y los inicios de la intolerancia

##### EL GOBIERNO DE LA IGLESIA

Enrique VIII (1509-1547) provocó la separación de Roma y el cisma (1529) al que siguió la pronta instalación de la Iglesia nacional sostenida

<sup>37</sup> MILTON, "Introduction: Reformation...", *op. cit.*, pp. 4-7.

<sup>38</sup> SHAGAN, "The emergence...", *op. cit.*, p. 29. Véanse también las preguntas sobre la identidad de la Iglesia que se hacían después de la Restauración y que presenta Grant TAPSELL, "The Church of England, 1662-1714", p. 40 and next.

<sup>39</sup> MILTON, "Introduction: Reformation...", *op. cit.*, pp. 7-8.

<sup>40</sup> Véase el buen estudio de MARSHALL, *Reformation England...*, *op. cit.*, p. 137 and next.

<sup>41</sup> Kenneth FINCHAM, "Introduction", pp. 3-4.

en la supremacía del propio Monarca, como se ha visto con la ley de 1534; medidas iniciales que van seguidas de la represión del catolicismo –opositores a la supremacía regia–, del enfático antipapismo, de las discusiones en torno a los sacramentos y la apostolicidad de la Iglesia, de la intolerancia para con los opositores religiosos<sup>42</sup>. La definición de la autoridad en la Iglesia nacional fue decisiva desde los primeros años, incluso por encima de los problemas doctrinarios o teológicos.

De acuerdo con Jacqueline Rose<sup>43</sup>, que la supremacía regia sobre la Iglesia, causa o efecto del gobierno soberano del Rey sobre su reino, importaba la potestad de determinar todo aquello que se consideraba *adiaphora* o materia indiferente en el culto, estableciendo o forzando la conformidad de los disidentes en torno a la decisión de la autoridad civil. El mismo gobierno de la Iglesia, no habiendo sido fijado por las Escrituras, era parte de la *adiaphora*, por lo cual la elección de un régimen episcopal o presbiteriano dependía de la autoridad del Monarca. Empero, algunos afirmaban que el sistema presbiteriano era de derecho divino simplemente como protesta contra el erastianismo de la Iglesia de Inglaterra; lo que produjo la reacción contraria: el derecho divino del episcopado. Cuando a fines del siglo XVI se advierte la alternativa de un rey escocés, la discusión se volvió urgente, pues estaba criado en el presbiterianismo. Ahora bien, la mayoría de los clérigos parecían indiferentes a este enfrentamiento y confiaban en la reina Isabel la elección del gobierno de la Iglesia siguiendo las reglas seculares de la practicidad<sup>44</sup>. Era la doctrina más común<sup>45</sup>.

A medida que fue ganando arraigo la doctrina que afirmaba que el gobierno de los obispos era de derecho divino, se entendió que la atribución del Monarca estaba limitada y que el régimen episcopal era inalterable, dejando el gobierno eclesiástico de ser materia indiferente. Esto importaba, entre otros muchos puntos de conflicto, desconocer que la supremacía regia tuviera naturaleza sacerdotal y reconocérsela solo jurisdiccional, teniendo los obispos autoridad espiritual sobre el Rey mismo. Así todo, el régimen funcionó con notable flexibilidad hasta 1640. El problema parece

---

<sup>42</sup> Véase Diarmaid MACCULLOCH, “Archbishop Cranmer: concord and tolerance in a changing Church”, pp. 199-215.

<sup>43</sup> ROSE, “The Godly...”, *op. cit.*, p. 106 and next.

<sup>44</sup> John SOMMERVILLE, *The secularization of early modern England. From religious culture to religious faith*, p. 117.

<sup>45</sup> John WHITGIFT, *The Defense of the Aunswere to the Admonition*, pp. 210-211, 304, y el tract 8. También Edward STILLINGFLEET, *Irenicum, A weapon-salve for the churches wounds...*, 1662, pp. 3, 44-48, quien dice que la determinación del gobierno eclesiástico está librada a la prudencia del gobernante que puede imponerlo como obligatorio y, en tal caso, merece la obediencia de los súbditos.

secundario, pero no es ajeno a la materia: el litigio acerca del sistema de gobierno mismo de la Iglesia y los debates sobre la titularidad de la supremacía, tienen incrustada la cuestión de la amplitud de la comprensión (¿quiénes son los anglicanos?) y, por tanto, la extensión de una tolerancia o admisión de los disidentes dentro de la misma Iglesia nacional.

### LA IGLESIA NACIONAL

Uno de los principales objetivos de las autoridades de la Iglesia anglicana –es decir, del Rey y de los obispos– fue alcanzar un grado de uniformidad (llamado Conformidad) que, no siendo posible en el plano de las conciencias individuales, debía serlo, al menos, en lo relativo a lo externo del culto (ritos, ceremonias, vestimentas, lecturas, ordenaciones, etc.), porque los diferentes sectores y los varios elementos, antiguos y nuevos, que conformaban la religión oficial obligaban a ello. La base teológica de este sistema de obediencia al exterior (intolerancia) y relativa tolerancia al interior, puede encontrarse en la obra de Richard Hooker (1554-1600), que hacía parte de su concepción irenista que pretendía reunir así las diferentes religiones protestantes. La teología de este autor remataba en una propuesta erastiana de regulación de diversos aspectos de la religión (la constitución externa de la Iglesia, los ritos y ceremonias, etc.) por la autoridad civil para evitar innecesarias controversias, si bien lo relativo a los artículos de fe era competencia de la Iglesia oficial<sup>46</sup>. En esta concepción de la Iglesia nacional inglesa el carácter de súbdito de la Corona se entremezclaba con la condición de fiel del anglicanismo<sup>47</sup>.

Luego de la ruptura con Roma y del reconocimiento legal de la supremacía político-eclesiástica a favor de Enrique VIII<sup>48</sup>, no hubo cambios doctrinarios importantes, pues la Iglesia de Inglaterra se había opuesto ya a Martín Lutero<sup>49</sup> y conservaba del catolicismo el régimen episcopal y buena parte de la liturgia. Por una parte, el régimen erastiano de la política Tudor provenía de la influencia calvinista de Heinrich Bullinger y Francisco Turrentino<sup>50</sup>, pero también era una decisión práctica acerca de

<sup>46</sup> Richard HOOKER, *Of the Laws of Ecclesiastical Polity*, especialmente los libros III y VIII.

<sup>47</sup> El modelo se repetirá en varios intelectuales, entre otros, James HARRINGTON, "The Commonwealth of Oceana".

<sup>48</sup> El Acta de Supremacía, de 1534, en George Burton ADAMS and H. Morse STEPHENS (eds.), *Select documents of English constitutional history*, pp. 239-240.

<sup>49</sup> Enrique VIII había defendido la Iglesia católica contra Martín Lutero, lo que le valió el reconocimiento pontificio antes de la ruptura con Roma; y producida esta, doctrinalmente no se apartó de las enseñanzas romanas, como se expresa en la Ley de Seis Artículos (1539), reproducida en ADAMS and STEPHENS, *op. cit.*, pp. 253-259.

<sup>50</sup> Estudiado por W.J. Torrance KIRBY, *The Zurich connection and Tudor political theology*.

lo que estaba en juego desde el cisma: quién era la autoridad máxima de la Iglesia en Inglaterra, esto es, el supremo poder del reino<sup>51</sup>.

Eduardo VI (1547-1553) introdujo en 1549 el primer *Book of Common Prayer* y en 1552 sancionó el Acta de Uniformidad, que disponía la obligación de los seglares de frecuentar el servicio dominical; el asistir a servicios religiosos no ortodoxos podía suponer la condena a prisión<sup>52</sup>. En 1559, luego del interregno de María Tudor (1552-1558) y la efímera Contrarreforma para la restauración del catolicismo, Isabel impuso nuevamente el Acta de Uniformidad, restableciendo las penas para quienes no asistieran al culto oficial y renovada el Acta de Supremacía, todo el clero y los oficiales públicos debían prestar juramento de fidelidad a la Corona como cabeza de la Iglesia<sup>53</sup>. La Iglesia nacional, defensora y difusora de la fe reformada de los anglicanos en los diversos reinos, quedó conformada: por un lado, la autosuficiencia del reino inglés declarada por Enrique y, por el otro, el erastianismo que terminó de moldear Isabel. A veces acentuado y otras atenuado, el erastianismo fue una constante del pensamiento inglés, en ocasiones exasperante como el *Leviathan* (1651) de Thomas Hobbes, otras maquillado como John Locke en su *Letter concerning toleration* (1689)<sup>54</sup>.

Isabel I (1558-1603) consolidó la unidad de la Iglesia nacional estableciéndola sobre cuatro columnas: primero, la supremacía regia (*Royal supremacy*) en vista de la unidad política; segundo, los Treinta y Nueve Artículos (*the Thirty Nine Articles*) que daban la unidad doctrinaria; tercero, el libro de oración común (*the Book of Common Prayer*)<sup>55</sup> para la unidad litúrgica y cuarto, la Prelatura o régimen episcopal para la unidad y disciplina eclesiásticas<sup>56</sup>. Estas cuatro bases se establecieron firmemente en Inglaterra durante los más de cuarenta años del gobierno isabelino, con

---

<sup>51</sup> Cfr., entre otros, Daniel EPPLEY, *Defending royal supremacy and discerning God's will in Tudor England*; Jonathan Michael GRAY, *Oaths and the English Reformation* y Ethan H. SHAGAN, *Popular politics and the English Reformation*, pp. 29-60.

<sup>52</sup> Según COFFEY, *Persecution...*, *op. cit.*, p. 79, estos documentos marcan el comienzo de la reforma compulsiva.

<sup>53</sup> Eduardo VI sancionó dos leyes de uniformidad, la primera en 1549 y la segunda es de 1552. Ambas en ADAMS and STEPHENS, *op. cit.*, pp. 272-280. La leyes de supremacía y de uniformidad de Isabel, de 1559, en *op. cit.*, pp. 296-305.

<sup>54</sup> Es conveniente distinguir la doctrina de Erasto de lo que los ingleses posteriormente entendieron por erastianismo; así, John Neville FIGGIS, "Erasto y el erastianismo", pp. 224-257.

<sup>55</sup> Las diferentes versiones del *Book* en Brian CUMMINGS (ed.), *The Book of Common Prayer. The texts of 1549, 1559 and 1562*.

<sup>56</sup> El Acta que sanciona los Treinta y Nueve Artículos es de 1571 y se consulta en GEE and HARDY, *op. cit.*, pp. 477-480.

el auxilio teológico de eruditos como el ya mentado Robert Hooker. A quienes apoyaban este sistema (es decir, los más tarde llamados anglicanos) suele identificárselos con el rótulo de “conformistas”<sup>57</sup>.

En este ambiente comienzan a tener relevancia los puritanos, un conjunto difícil de precisar. Ciertos historiadores, siguiendo a Patrick Collinson, sostienen que la época de Isabel encarna el momento protestante por excelencia de la reforma inglesa, de modo que el puritanismo que entonces florece es el auténtico anglicanismo. Por el contrario, otros especialistas, como Peter Lake, afirman que el reinado de Isabel es de la división interna de los reformados ingleses y que el puritanismo fue un modo del anglicanismo, aunque no sea porque este ve en aquel una forma desviada o errónea. La vinculación entre anglicanos o puritanos depende de la adhesión de estos a la Conformidad. En principio, bajo la denominación de puritanos se agrupan quienes no aceptan la Conformidad y pretenden la reforma de la Iglesia (no conformistas); cuestionan su gobierno, incluso la liturgia, pero por entonces, salvo ciertos sectores radicales, no son separatistas y se conservan dentro de la Iglesia nacional, que los comprende. El reclamo puritano era de mayor fidelidad a las Escrituras en lo doctrinal y un control más efectivo en especial en la dispensación de los sacramentos y la vestimenta eclesiástica; de aquí las mayores disputas sobre el gobierno de la Iglesia: las polémicas sobre las vestiduras y luego sobre las advertencias o admoniciones.

Los términos ‘puritanos’ y ‘puritanismo’ surgen en la controversia del invierno de 1567-1568 en torno a la vestimenta que debían usar los ministros en las ceremonias rituales. Los escrupulosos que se opusieron al empleo de la sobrepelliz por ser un vestido papista, abogando por una religión inmaculada, fueron llamados puritanos por sus rivales<sup>58</sup>. Un panfleto calificaba a los puritanos de ser el tipo o especie más picante o caliente de los protestantes: *the hotter sort of protestants are called puritans*<sup>59</sup>. El argumento puritano es que lo relativo a las vestimentas de los ministros era materia indiferente (*adiaphora*) que no podía ser impuesta

<sup>57</sup> Por caso, Peter LAKE, *Anglicans and Puritans? Presbyterianism and English conformists thought from Whitgift to Hooker*, p. 7.

<sup>58</sup> Véase “An admonition to the Parliament”, documento puritano de 1572 debido principalmente a John Field y Thomas Wilcox, en Walter Howard FRERE and Charles Edward DOUGLASS (eds.), *Puritan manifestoes*, pp. 1-40. De las muchas respuestas de Isabel y sus funcionarios persiguiendo y condenando a los puritanos, destaca la ley de 1593, en GEE and HARDY, *op. cit.*, pp. 492-498.

<sup>59</sup> Cf. Kaspar von GREYERZ, *Religion and culture in early modern Europe, 1500-1800*, p. 88. Y en su vindicación, John LEY, *A Discourse Concerning Puritans. A Vindication of Those, Who Unjustly Suffer by the Mistake, Abuse, and Misapplication of that Name*, p. 41, confirma el aserto al escribir: “Quien no es moderado en religión es un Puritano”.

por el magistrado, sino que estaba librada a las conciencias individuales. De esta confrontación nace el apelativo que los identifica<sup>60</sup>.

Hay que tener en cuenta que en el reinado de Isabel se acentuó la persecución contra los católicos<sup>61</sup> y otros disidentes; pero la violenta respuesta oficial a las manifestaciones de los disidentes, en lugar de traerlos a la Conformidad, provocó que surgieran entre los protestantes sectores discrepantes de la Iglesia oficial, en un abanico que abarca anabaptistas y baptistas, separatistas, también los puritanos más recalcitrantes. En respuesta a la Bula de Pío V, *Regnans in excelsis* (1570)<sup>62</sup>, que desligaba a los católicos de la obediencia a la reina excomulgada, se sancionó una ley en 1571 imponiendo los Treinta y Nueve Artículos que definían el credo anglicano, estableciendo que la lealtad a un príncipe extranjero –esto es, la defensa de la Santa Sede– era delito de alta traición<sup>63</sup>.

Puesto el foco en la tolerancia religiosa, no hay nada mejor que el contrastante e irónico balance de John Coffey:

“La muerte en la hoguera de Hamont y Cole, Lewes y Kett, son poco conocidas, incluso entre los historiadores de la Inglaterra isabelina. Por el contrario, la ejecución de Miguel Servet en la Ginebra de Calvino es notoria y ayudó a formar la imagen de Calvino como despiadado dictador de la ciudad. En los Estados Unidos, los libros de historia del siglo XIX presentan un Calvino culpable de actividades antiamericanas, un teócrata autoritario carente de amabilidad o inteligencia. Sin embargo, la Inglaterra isabelina ha disfrutado generalmente de una excelente prensa (protestante). Esta fue la vívida Edad de Shakespeare, cuando Inglaterra floreció bajo su Reina Virgen”<sup>64</sup>.

En este largo periodo comenzó una incipiente literatura toleracionista; algunos textos se debían a los sectores católicos, como las obras de William Allen –una defensa de la Iglesia contra la injerencia del Estado en las cuestiones religiosas– o de Robert Persons –un llamado a la convivencia pacífica–, etc. y otros eran de las sectas disidentes, como el baptista Thomas

<sup>60</sup> El conflicto prosiguió con una escalada de desencuentros. Cfr. LAKE, *Anglicans...*, *op. cit.*, chap. 1.

<sup>61</sup> Las persecuciones y ejecuciones habían sido iniciadas por Enrique VIII, con sustento en la citada Ley de Supremacía –que autorizaba a reprimir errores, abusos y herejías–, y también en Ley de Traición (1534), en ADAMS and STEPHENS, *op. cit.*, pp. 240-243. En este tiempo se exigía el juramento de supremacía y fidelidad que era el fundamento legal de las persecuciones, como ha estudiado GRAY, *op. cit.*, p. 170 and next.

<sup>62</sup> El conflicto, en John Hungerford POLLEN, *The English Catholics in the reign of Queen Elizabeth. A study of their politics, civil life and government*, chap. v, p. 142 and next, quien también traduce la Bula.

<sup>63</sup> MARSHALL, *Reformation England...*, *op. cit.*, pp. 159-160.

<sup>64</sup> COFFEY, *Persecution...*, *op. cit.*, p. 102.

Helwys (luego John Smith) –promotor de la libertad religiosa contra el erastianismo–, el congregacionista John Goodwin, el latitudinario William Chillingworth o el arminiano John Hales, entre otros.

### BALANCE

Pero todavía no es momento de presentar este debate, porque previamente hay que compendiar en lo que ha resultado de estos setenta años de protestantismo. Inglaterra, al concluir el reinado de Isabel, era

“un país protestante cuyas leyes afirmaban la supremacía real sobre la iglesia anglicana –afirma Perez Zagorin-. El régimen protestante inglés era erastiano, con una iglesia y una religión subordinadas al control político y los intereses del Estado en la persona del monarca, a quien Dios había confiado el poder sobre los asuntos seculares y religiosos. Era también completamente intolerante”.

Esta última afirmación es exacta y el juicio se funda, como explica a renglón seguido el autor, en el monopolio religioso del culto anglicano que era el oficial del régimen Estado-Iglesia.

“La iglesia anglicana, gobernada por obispos nombrados por la corona, era la única institución religiosa de existencia permitida; la sola forma lícita de culto era la prescrita en el *Book of Common Prayer*, libro oficial del servicio anglicano. Las doctrinas de la iglesia fueron formuladas en los Treinta y Nueve Artículos, que todos los religiosos estaban obligados a reconocer como fieles a la palabra de Dios. La ley ordenó que todo el mundo asistiera a los servicios anglicanos los domingos y días de precepto, con sanciones por su incumplimiento. Aunque el gobierno no investigó las conciencias de los sujetos para determinar su ortodoxia, exigió la conformidad para con el Estado-iglesia y la religión. El catolicismo fue prohibido y los católicos sufrieron variadas incapacidades”<sup>65</sup>.

## 5. La composición religiosa del anglicanismo. Ortodoxos y disidentes

### LA CONFORMIDAD PROTESTANTE, ENTRE LA INCLUSIÓN Y LA EXCLUSIÓN

No pocos historiadores, entre ellos J. C. Davis o Alexandra Walsham, destacan la inconveniencia de recurrir a las denominaciones protestantes para estu-

<sup>65</sup> Perez ZAGORIN, *How the idea of religious toleration came to the West*, pp. 188-189.

diar las diversas posiciones adoptadas en las discusiones sobre la tolerancia/intolerancia religiosa, porque, dicen, suelen ser etiquetas decimonónicas o contemporáneas para individualizar lo que por entonces era más esquivo. Puede que así sea y que en casos resulte conveniente omitir las convenciones historiográficas al uso, pero no siempre puede ser la regla. En primer lugar, porque no es cierto que solamente sean códigos actuales para corrientes del pasado, desde que muchos de estos grupos se diferenciaron en aquel tiempo y adoptaron nombres propios para identificarse. Además, porque en una cuestión tan trascendente para esos grupos, como era la tolerancia religiosa, las pequeñas disidencias tenían en muchos casos enorme significación y deberían conservarlas también para nosotros. Puritanos y cuáqueros, anabaptistas e independientes, se conocían como tales por entonces; no resulta conveniente eliminar lo distintivo y ponerlos a todos en la bolsa de los no conformistas (o la que fuere) sin saber que son frutos diferentes.

El hecho es que la fragmentación interna del protestantismo inglés –legado del rey Enrique<sup>66</sup>– ya es perceptible a mediados del siglo XVI, dada la naturaleza misma de la religión nacional, que admitía una gama de posiciones diversas en materia doctrinaria y litúrgica. En el reinado de Isabel se ha apreciado, más allá de la tendencia a la uniformidad, la existencia en los hechos de al menos cuatro prácticas religiosas: la anglicana oficial o conformista, la protestante no conformista, la católica y la de las sectas disidentes<sup>67</sup>. Las corrientes religiosas entran en un proceso de radicalización fruto tanto de su anticatolicismo como del regreso de emigrantes de Ginebra y Alemania, disidentes calvinistas de la Conformidad establecida por la reina Isabel I, que formarán los grupos presbiterianos en Escocia y los congregacionistas en Inglaterra, vinculados a los puritanos<sup>68</sup>. Comensaré por estos.

### LOS PURITANOS

La mayoría de los estudiosos parecen acordar en que los puritanos no fueron un grupo homogéneo en lo doctrinal; que lo que los unificaba era una experiencia religiosa o modo de vida, más que una ideología; fermento espiritual en evolución, por ende, ambiguo, en aspectos doctrinarios y en

<sup>66</sup> MARSHALL, *Reformation England...*, *op. cit.*, p. 60.

<sup>67</sup> Cfr. Christopher HAIGH, "The Church of England, the Catholics and the people", pp. 195-219. El mismo autor ha extendido la observación al Protectorado, en *The plain man's pathways to heaven. Kinds of Christianity in post-Reformation England, 1570-1640*.

<sup>68</sup> Véanse las siempre atinadas consideraciones de MARSHALL, *Reformation England...*, *op. cit.*, p. 146 and next.

su relación con la Iglesia nacional<sup>69</sup>. Los estudios de Patrick Collinson agregan algo más: el puritanismo es legatario del reformismo calvinista que forma su columna vertebral teológica, siendo en tiempos de Isabel y Jacobo la “mayoría moral” que da el tono a la Iglesia nacional; es decir, los puritanos “son” los protestantes. Ese núcleo doctrinal básico se dispara en diferentes tendencias en su seno: casi todos los historiadores incluyen a los presbiterianos, los congregacionistas e independientes, y los anglicanos no separatistas; algunos aceptan, incluso, a los baptistas y otros no conformistas y disidentes radicales de raíz calvinista<sup>70</sup>.

Sin embargo, su identidad no puede ser tan borrosa por subjetiva o extremadamente espiritualista. Hay, a mi juicio, un elemento objetivo que identifica a los puritanos como tales: su fervor calvinista de reforma de la Iglesia, purificándola de los vestigios romanos, sujetándola al solo juicio de las Escrituras, es decir, un protestantismo elemental, aunque más intenso o caliente. El grupo heterogéneo de los puritanos se caracteriza por un reformismo más marcado y celoso, radical si se quiere, en la dirección anticatólica de la Iglesia anglicana. Esto explicaría que el puritanismo se convirtiera en una expresión del nacionalismo protestante inglés, como una cruzada contra la corrupción (católica)<sup>71</sup>.

Los puritanos eran miembros de la Iglesia anglicana, incluso, ocupaban bancas en el Parlamento; la historiografía reciente, siguiendo los trabajos de Patrick Collinson, ha superado la visión dicotómica anterior que oponía puritanismo a anglicanismo, y entiende al puritanismo como una tendencia (la más importante) dentro de la corriente principal del protestantismo inglés, incluso a pesar de que una fracción puritana veía improbable la reforma eclesiástica y pregonaba la separación. Todos estos sectores creían en la doctrina calvinista de la predestinación absoluta

<sup>69</sup> Cfr. Francis J. BREMER, *Puritanism. A very short introduction*, pp. 1-33; Christopher DURSTON and Jacqueline EALES, “Introduction: the Puritan ethos, 1560-1700”, pp. 1-31 y John SPURR, *English Puritanism 1603-1689*, pp. 1-14.

<sup>70</sup> Cfr. Patrick COLLINSON, *The Elizabethan Puritan movement y The religion of Protestants. The Church in English society 1559-1625*. La tesis de este autor es compartida por la mayor parte de la historiografía contemporánea, por caso Peter LAKE, *Moderate Puritans and the Elizabethan Church*, chap. 8, que identifica los puritanos también con la expresión “no conformistas” y Nicholas TYACKE, *Anti-Calvinists. The rise of English Arminianism 1590-1640*, que engloba a episcopalianos y presbiterianos, conformistas y no conformistas. Para las diferentes perspectivas de estudio de los puritanos, véase la compilación de John COFFEY and Paul C. H. LIM (eds.), *The Cambridge companion to Puritanism*. Para la historiografía, véase Richard GREAVES, “The Puritan-nonconformist tradition in England, 1560-1700: historiographical reflections”, pp. 449-486.

<sup>71</sup> Véase David ZARET, *The heavenly contract. Ideology and organization in pre-revolutionary Puritanism*, chap. 3.

—al igual que la Iglesia anglicana<sup>72</sup>— y eran partidarios de la Iglesia nacional; pero mientras los puritanos (presbiterianos o congregacionistas) preconizaban una reforma de la Iglesia desde adentro, los separatistas, influenciados por las ideas de los anabaptistas o de los baptistas sobre el *covenant*, el carácter asociativo de la Iglesia<sup>73</sup> (el congregacionalismo de Robert Browne<sup>74</sup> y Robert Harrison), renunciaron a la reforma ante la imposibilidad de un magistrado piadoso que la realizara y tomaron una actitud de franca ruptura.

El punto es importante y merece ser resaltado, pues como hace tiempo advirtió Georg Jellinek, los pactos fundacionales de las iglesias, trasplantados al ámbito político, son el origen de la constitución moderna<sup>75</sup>. Además, porque la racionalización del *covenant* explicaría el origen puritano del individualismo liberal democrático de Estados Unidos de América<sup>76</sup> y de nuestros días. Si el mundo religioso y moral moderno es hijo de la Reforma protestante, las instituciones políticas y económicas, modernas también, entroncan con la Reforma a través de los puritanos.

La fluidez marca la evolución del puritanismo. Así, de la unión de congregacionistas y otros grupos disidentes, resultará el sector religioso-político *Independency* (independientes), cuya figura central fuera John Goodwin, que proponía una libertad de las comunidades eclesíásticas fundada en la ley divina y natural, y la consiguiente limitación del poder político sobre ellas<sup>77</sup>. Se suele identificar a los independientes con los congregacionistas, pues el uso del término '*independency*' originariamente en el siglo XVII, se aplicaba a los partidarios de una organización eclesíástica menos rígida, más laxa, basada en las congregaciones locales formadas por la voluntad de sus miembros, con potestad para definir su doctrina teológica y elegir sus ministros. La Iglesia/Estado central podía controlar estas

---

<sup>72</sup> El anglicanismo enseñaba oficialmente la doble predestinación (de justos y de réprobos) tomada de Juan Calvino, pero de modo más enfático en Teodoro de Beza y Martín Bucer, tal como ratificó la Asamblea de Westminster en el *Catecismo* de 1647. HAMPTON, "Confessional...", *op. cit.*, p. 217 and next.

<sup>73</sup> Cfr. Champlin BURRAGE, *The church covenant idea. Its origin and its development*. El autor ha escrito también sobre los disidentes ingleses y Robert Browne. Véase sobre los baptistas, Pascal DENAULT, *The distinctiveness of Baptist covenant theology. A comparison between seventeenth-century particular Baptist and Paedobaptist federalism*.

<sup>74</sup> Robert BROWNE es el autor de *A Treatise of Reformation without Tarrying for Any*, en el que condena la supremacía regia.

<sup>75</sup> Georg JELLINEK, *Teoría general del Estado*, pp. 384-385.

<sup>76</sup> Cfr. Perry MILLER, *The New England mind. The seventeenth century*.

<sup>77</sup> El documento representativo de esta tendencia es la Declaración de Savoy, *A Declaration of the Faith and Order Owned and practised in the Congregational Churches in England*, especialmente el apéndice "Sobre la institución de las iglesias y el orden en ellas establecido por Jesucristo", pp. 23-27.

actividades, pero no exigir o imponer una determinada postura en teología ni forzar la conformidad. Sin embargo, los congregacionistas ligados a los puritanos, como John Cotton o John Owen, rechazaban todo vínculo con los separatistas, si bien aceptaban la autonomía de las congregaciones<sup>78</sup>.

Los presbiterianos, el sector de los puritanos conocido por sus tendencias presbiterianas –el modelo calvinista de Ginebra–, hicieron aparición hacia 1570 y fueron opuestos a los conformistas que sostenían la disciplina jerárquica de la Iglesia nacional –el régimen de obispados y diócesis heredados del catolicismo–, de donde viene la denominación de episcopalianos<sup>79</sup>. Thomas Cartwright (1535-1603), John Field (1545-1588), Thomas Wilcox (c. 1549-1608) o William Perkins (1558-1602), los voceros puritanos por entonces, proponían un gobierno de la Iglesia sustentado en una organización más igualitaria de ministros o presbíteros y la naturaleza electiva de la jerarquía eclesiástica, concediendo al Rey y al sínodo nacional una competencia de suyo, moderadora. Pregonaban, además, una purificación de la Iglesia en sus formas y contenidos que la alejara del papismo y cuyo único fundamento fuesen las Escrituras.

Esto último –la pureza de la religión– era a ojos contemporáneos lo decisivo: vivir piadosamente, conservar una sana devoción interior, era la causa de la urticante crítica de la ignorancia religiosa, de la superstición y del cripto-catolicismo de muchos ingleses. Como explica Patrick Collinson, por “reforma” entendieron los puritanos la búsqueda de una religiosidad o una conducta moral más puras, no tan atenta a las formas externas o a los símbolos de la Iglesia reformada. Por ello, todo proyecto de reparación de la estructura eclesiástica, tal el presbiterianismo, se volvía irrelevante frente a las exigencias de una teología práctica<sup>80</sup>. Tal vez ello explique por qué los puritanos podían proponer diferentes modo de gobierno eclesiástico, pero no acaba de dar cuenta de la fiereza del enfrentamiento entre ellos (y con los anglicanos) por una tema en apariencia indiferente. Sin embargo, como se muestra en el libro de Peter Lake ya citado, la visión de un puritanismo exclusivamente piadoso y desinteresado de las asuntos políticos no resulta sostenible desde que la cuestión del gobierno de la Iglesia estaba siempre demandada, sea por los conformistas sea por los separatistas<sup>81</sup>.

---

<sup>78</sup> Sobre la eclesiología de los Independientes y Henry Jacob, véase Polly HA, “Ecclesiastical independence and the freedom of consent”, pp. 57-76.

<sup>79</sup> El conflicto entre anglicanos episcopalianos y puritanos presbiterianos, en Peter LAKE, “Calvinism and the English Church 1570-1635”, pp. 32-76.

<sup>80</sup> COLLINSON, *The Elizabethan...*, *op. cit.*, p. 465.

<sup>81</sup> LAKE, *Moderate Puritans...*, *op. cit.*, chap. 7.

*EN TORNO AL CONSENSO ANGLICANO*

El panorama político-religioso es complicado por la presencia de numerosas tendencias religiosas, pero ello no imposibilita que trace ciertos ejes de lo que estaba en juego por entonces, puntos de conflicto que tensionan la identidad anglicana y entre los que queda encerrada la disputa por una tolerancia religiosa.

Una primera cuestión es la de la Iglesia nacional, que dividía a adeptos y opositores; los primeros (anglicanos conformistas, puritanos congregacionistas y presbiterianos), tenían diversos tonos de fidelidad y en la medida que esta decrecía era probable que se argumentara por una política más tolerante. Pero están también los opositores separatistas, que, por lo general, abogaban por una tolerancia más amplia, que extendían a las confesiones ajenas a la Iglesia oficial. La línea distintiva entre puritanos congregacionistas y separatistas es, si se quiere, delgada: aquellos adherían a la Iglesia nacional y estos no. Por lo tanto, no debe extrañar que los congregacionistas viendo impedido el anhelo de reforma de la Iglesia, se pasaran al bando separatista o, por el contrario, que los separatistas quedaran absorbidos por los congregacionistas independientes, como sucedió bajo el protectorado de Cromwell.

Hilando fino, lo delgado se vuelve grueso, una vez que se comprende que la adhesión a la Iglesia nacional era condición de aceptación y, por lo tanto, de tolerancia o comprensión *ad intra* de ella. Así funcionaba la Conformidad. Por regla general, el cismático no era tolerado, de modo que los que disentían de la Iglesia nacional defendían su posición alegando no ser cismáticos. Este último matiz no era secundario, pues en el siglo XVI y también en el siglo XVII, la discusión estaba inevitablemente ligada a lo que estos grupos entendieran por cisma o separación de la verdadera Iglesia, un problema teológico de primer nivel y una acusación que se lanzaban unos a otros por entonces<sup>82</sup>.

Un segundo eje que ayuda a comprender la disputa versa sobre la materia del gobierno de la Iglesia, que corría por dos carriles: por una parte, el estrictamente religioso, que dividía a presbiterianos y episcopalianos, y como cuña entre ellos ubica a los congregacionistas. No falta quien afirme que los presbiterianos (como el escocés Samuel Rutherford y Robert Baillie o Daniel Cawdrey) son una vía intermedia entre congregacionistas y episcopalianos. Sin embargo, desde otro punto de vista podría decirse

---

<sup>82</sup> Cfr. el texto relevante de John HALES, *A tract concerning schism and schismatiques wherein is briefly discovered the originall causes of all schisme*. Herejía y cisma dominan la literatura de la época, como ha estudiado David LOEWENSTEIN, *Treacherous faith. The specter of heresy in Early Modern English literature and culture*.

que la cuña son los separatistas, eso creo, porque su teoría de la Iglesia como *covenant* influirá tanto en los presbiterianos (como William Ames) cuanto en los congregacionistas (como John Owen)<sup>83</sup>.

Pero el gobierno de la Iglesia corría también por el andarivel político, que revertía sobre el titular de la soberanía, problema no menos fundamental en las controversias, como se verá a partir de 1630. Y el eje de la soberanía enfrentaba a los partidarios del Rey con los del Parlamento, dejando fuera del esquema constitucional a los congregacionistas otra vez. Desde este ángulo, mientras episcopalianos y partidarios de la soberanía regia eran antitoleracionistas en su mayoría, los presbiterianos animaban una tolerancia religiosa al interior de la Iglesia anglicana, sugiriendo la adopción de medidas más comprensivas de las diversas corrientes. En cambio, los congregacionistas –si bien no todos– ampliaban esa tolerancia a las denominaciones y tendencias que estaban fuera de la Iglesia oficial, como pretendían también los separatistas<sup>84</sup>. Para ellos no había verdadera unidad sin la voluntad libremente expresada, lo que importaba el repudio de toda disposición forzada en favor de la Conformidad.

Todo esto revierte en el problema de fondo del “consenso anglicano”, que me fuerza a anticipar algo de lo que pronto revisaré. Siguiendo la síntesis de Peter Marshall<sup>85</sup>, podría decirse que hasta Jacobo I y quizá más allá, en el seno del anglicanismo conviven la tendencia de la vieja Iglesia (la de Enrique, Eduardo e Isabel), con sus ritos y ceremonias, y la nueva Iglesia (impulsada por los puritanos) mucho menos católica o antigua en usos y más calvinista o reformada en doctrina. Lo que tiene un gran significado, porque en el corazón del problema está la definición de lo que es específico del ser anglicano. El conflicto en sus líneas principales, por una parte, ayuda a entender el alcance o extensión de la comprensión o inclusión en el seno de la Iglesia nacional (así, cabe preguntarse, ¿son laudianos y arminianos auténticos anglicanos?), y, por la otra, pone de cara a las dificultades de una tolerancia religiosa para los que no adhieren al consenso, es decir, los no conformistas, tanto en cuestiones doctrinarias como en asuntos prácticos o litúrgicos, lo que genera el verdadero problema práctico: ¿cómo conservar la unidad religiosa sin defecionar o destruir las bases de la Iglesia reformada?

<sup>83</sup> Durante Oliver Cromwell los presbiterianos acusarán a los independientes congregacionistas de cismáticos, por ejemplo, Daniel CAWDREY, *Independencie a great schism. Proved against Dr. Owen his apology in his tract of Schism*. Véase ZARET, *op. cit.*, *passim*, quien sostiene que los puritanos hicieron más accesible al pueblo la doctrina de la predestinación calvinista apoyándose en la teología del *covenant*.

<sup>84</sup> Cfr. Avihu ZAKAI, “Orthodoxy in England and New England: Puritans and the issue of religious toleration, 1640-1650”, pp. 401-441.

<sup>85</sup> MARSHALL, *Reformation England...*, *op. cit.*, p. 137 and next.

En todo caso, a modo de síntesis, podría decirse que el consenso calvinista –acentuado desde Isabel– permitía cierta flexibilidad de las prácticas devotas, hasta su endurecimiento bajo Carlos I por el claro repudio de las costumbres de la vieja Iglesia restablecidas por el arzobispo William Laud y sus seguidores. El predominio cada vez más evidente de los puritanos marcaría así un deslizamiento hacia un calvinismo más neto en la Iglesia anglicana, aunque siempre a modo suyo. Los puritanos, parte de la Iglesia nacional en un comienzo, se convierten en la corriente más vigorosa de ella; ya no integran el consenso, lo definen o, si se quiere, “ellos son el consenso”. El punto es vital para comprender la identidad religiosa del anglicanismo: si el consenso es fluido o político (como creen Patrick Marshall, Peter Lake o Diarmaid MacCulloch), la identidad anglicana también lo será; por el contrario, si el consenso se alcanza a fines del gobierno isabelino con el predominio puritano (Patrick Collinson o Nicholas Tyacke), la identidad anglicana es la puritana y todo lo que intente modificar el consenso es no anglicano.

Como lo dicho en este punto es de gran trascendencia para el tema, me permito concluir el asunto con una cita del propio Peter Marshall:

“Hablar de ‘consenso’ requiere de una considerable capacitación y sutileza en la definición. La iglesia Jacobea no era el jardín del Edén eclesiástico, sino que más bien estaba ‘fragmentada por fricciones y desacuerdos’ [Kenneth Fincham]. Los historiadores, prestando mayor atención a la progresión de las invectivas que llevaron a que ‘puritanos’, ‘papistas’ o ‘arminianos’ se identificaran, alcanzamos a entender cómo el faccionalismo y la polarización en la iglesia fue, en un grado considerable, una profecía autocumplida. Los espacios en los que tal rencor podría comenzar a apestar fueron proporcionados por las ambigüedades del mismo establecimiento de 1559 [que ofrece], un conjunto de preguntas *sin resolver* claramente acerca de lo que la iglesia de Inglaterra era, había sido y debía ser. Según Peter Lake no hubo verdaderamente tal cosa como un establecimiento unitario isabelino, ‘sino simplemente un número de lecturas enfrentadas de una serie de ‘textos’ legales, sociales, institucionales y teológicos, en sí mismos ambiguos, incluso inseguros’. Conrad Russell, de modo más hogareño, ha descrito los años entre 1559 y 1625 como la constante preparación de ‘una batalla por la custodia’ de las posesiones de la Iglesia. Esa batalla se intensificaría agudamente después de 1625, con el valor añadido y el factor grandemente complicado, que la corona misma parece haberse convertido en una parte del conflicto, en vez del juez que decide sobre el caso”<sup>86</sup>.

---

<sup>86</sup> MARSHALL, *Reformation England...*, *op. cit.*, p. 152.

EL ESTADO-IGLESIA DE LOS REYES ESTUARDO  
Y EL NO CONFORMISMO

Por lo dicho, parece que cuando a Isabel la sucedan los reyes Estuardo, ocurrirán dos cosas: primero, el *establishment*, el régimen de la Iglesia-Estado, verá cómo empieza a pulverizarse por la demolición de sus bases; segundo, los nuevos reyes, en lugar de practicar un juego imparcial, se hacen parte del conflicto mismo. Observaré más de cerca estas aristas del problema.

Con la llegada de Jacobo I (1603-1625)<sup>87</sup>, cuyo régimen eclesiástico suele calificarse de más moderado que el de su predecesora, todas las corrientes protestantes hasta aquí estudiadas perduran, incluso, con más vigor. Es cierto que las esperanzas puritanas de una mayor comprensión fueron arruinadas desde un comienzo, en especial por la incorporación de los arminianos a la Corona y presentarse el Rey como contemporizador con los católicos<sup>88</sup>. Pero eso no quiere decir que los sectores disidentes renunciaran a sus pretensiones políticas y religiosas.

Con los Estuardo el régimen de la Iglesia nacional se mantiene, no obstante los intentos de los reyes de ampliar los términos de la Conformidad agrandando el consenso. “No bishops, no king” será lema de Jacobo y la fórmula que mejor ejemplificará esa interrelación de Iglesia y Estado, al tiempo que una ratificación de la línea histórica del protestantismo inglés. Para contrarrestar la popularidad de la *Biblia* calvinista de Ginebra, dando prueba de su fe reformada, el Rey propagó su famosa *Biblia del Rey Jacobo* (*King's James Bible*). Al mismo tiempo, propició innovaciones que no fueron bien vistas por el Parlamento, que se opuso a las reformas –como la de las leyes eclesiásticas–, demandando el reconocimiento de su autoridad en la materia e iniciando un secular conflicto, que tiene su punto más saliente en el gobierno de la Iglesia, cuestión que hace al titular de la soberanía en el reino.

La política del Monarca, a juicio de Wilbur Kitchener Jordan, produjo una concentración de las corrientes no conformistas y radicales dentro y fuera de la Iglesia, aumentando el poder de los congregacionistas y de los separatistas<sup>89</sup>. En efecto, el aumento de las tensiones alimentó la resistencia

---

<sup>87</sup> Sobre los primeros Estuardo, véase Kenneth FINCHAM, *The early Stuart Church, 1603-1642*.

<sup>88</sup> Antes de Jacobo I y bajo su reinado, hubo serios intentos de convertir a los católicos al protestantismo, lo que molestaba a los más reluctantes entre los últimos. Cfr. Michael QUESTIER, “The politics of religion conformity and the accession of James I”, pp. 14-30. Jacobo, que había sido escarnecido por el presbiterianismo escocés, tenía preferencias por el episcopalismo y sostenía el derecho divino de los reyes. Se aventuraron también simpatías por los católicos, ya que su madre, la reina María de Escocia, lo era.

<sup>89</sup> JORDAN, *op. cit.*, pp. 157-165, 223-228.

puritana parlamentaria y religiosa que, entre otras cosas, se reflejó en el crecimiento de las congregaciones separatistas. Entre estas cobran fuerza los baptistas, que al comienzo estuvieron vinculados a los puritanos, pero se separaron de estos para conservar la pureza de las creencias<sup>90</sup>, en particular por su no aceptación del bautismo de los infantes fundado en una concepción de la Iglesia cristiana solo de los regenerados que proclaman su fe para acceder al bautismo.

Por convicción, no solamente por su condición, los baptistas fueron favorables a la libertad religiosa más allá de la tolerancia de cultos<sup>91</sup>. Bajo Jacobo I reclamaron se les concediera similares libertades que a los papistas y cesaran las persecuciones que los ponían bajo la garra de los obispos anglicanos<sup>92</sup>. Pero una vez que el Rey cerró toda posibilidad de acuerdo con la ley de conformidad de Jacobo I (1604), los baptistas respondieron con la fundación de iglesias clandestinas separadas de la oficial; y más tarde, muchos de ellos emigrarían a las Provincias Unidas y Nueva Inglaterra<sup>93</sup>.

Para los baptistas, siendo la Iglesia la congregación de los santos, una sociedad de verdaderos creyentes, debía separarse de toda institución oficial al igual que se separan los justos, los santos visibles, del mundo corrupto. El mundo secular y el mundo espiritual distan tanto uno del otro que la Iglesia y la religión deben conservarse separadas del Estado y los negocios temporales. Esta tesis –que se reiterará hasta el cansancio– constituye un argumento central al debate sobre la tolerancia religiosa porque se dispara en dos direcciones: desde que la relación del creyente con Dios, para los baptistas, no está mediada, por una parte se deslegitima, la Iglesia nacional como verdadera Iglesia y, por la otra, se recusa toda injerencia del Estado en la vida eclesiástica y los asuntos de la fe, haciendo de la conciencia individual la sola autoridad religiosa. Contrario a todo tipo de coerción en materia espiritual (persecución, compulsión forzada para ser miembro de la Iglesia), el baptista Leonard Busher preconizaba un generalizado permiso de conciencia para los disidentes como el mejor instrumento de la paz civil<sup>94</sup>.

---

<sup>90</sup> Se suelen distinguir dos corrientes según la idea teológica de la redención que profesaran: los primeros baptistas “generales” de inclinación arminiana, y los “particulares” calvinistas surgidos hacia 1640, distanciados de los puritanos separatistas. COFFEY, *Persecution and toleration...*, *op. cit.*, p. 113.

<sup>91</sup> Cfr. Thomas WHITE, Jason G. DUESING and Malcolm B. YARNELL (eds.), *The Baptist perspective on religious liberty*. Véase Edward Bean UNDERHILL, *Tracts on liberty of conscience and persecution, 1614-1661*, una colección de documentos baptistas.

<sup>92</sup> Véase “A most humble supplication of divers poor prisoners”, atribuida a Thomas Helwys, pp. 215-216.

<sup>93</sup> COFFEY, *Persecution and toleration...*, *op. cit.*, p. 112.

<sup>94</sup> Leonard BUSER, “Religions peace: or, A plea for liberty of conscience. Long since presented to King James, and the High Court of Parliament then sitting”, pp. 1-81.

Casi nada cambió con el acceso al trono de Carlos I en 1625, aunque el Rey buscó mejorar sus relaciones con los calvinistas puritanos prometiendo combatir al catolicismo; hizo lo contrario. De sentimientos antipuritanos<sup>95</sup>, Carlos incorporó católicos a la Corte y apoyó las iniciativas antipuritanas del arzobispo William Laud (1573-1645), una intromisión más que acentuó los rasgos erastianos de su gobierno y alimentó enconadas críticas que llevarían a la guerra civil. Las tendencias arminianas y conservadoras del arzobispo de Canterbury, a juicio de los puritanos, daban a la Corte una tonalidad católica. El repudio a esta vuelta atrás en la marcha de la Reforma se expresó en el incremento de las corrientes separatistas o no conformistas<sup>96</sup>. Con el nuevo Rey, se hizo más evidente que la disidencia religiosa se traspasaba al terreno institucional, enfrentándose el absolutismo del Monarca con un Parlamento que reclamaba la soberanía, al menos la que le correspondía en un sistema mixto de gobierno. El entrelazamiento de las corrientes políticas y religiosas queda evidenciado en el juicio de Benjamin Kaplan, quien dice que por entonces

“en la propaganda puritana, todos los laudianos eran papistas; en la propaganda parlamentaria, lo eran todos los realistas; en la propaganda Whig, todos los Tories eran papistas”<sup>97</sup>.

Los cuáqueros –que serán muy influyentes en las tendencias favorables a la tolerancia religiosa– aparecen con vigor en los años finales del reinado de Carlos I, durante la década de 1640, al acelerarse la refriega entre todos los sectores antes apuntados. Sus definiciones teológico-religiosas erizaron la disputa porque eran unitarios y negaban la Trinidad (motivo por el cual se los asociaba a los socinianos); creían en una vida espiritual animada por la luz interior (un intimismo psicologista de la fe que sus críticos decían llevaba a la anarquía de las creencias); rechazaban los juramentos de lealtad (lo que los hizo sospechosos de aliados de los católicos); influían y movilizaban los sectores socioeconómicos más bajos y despreciaban la reverencia a las jerarquías (por lo que los acusaban de igualitaristas), etc. Ninguna de estas ideas y actitudes encuadraba en el concepto que los ingleses tenían de la religión; por eso los cuáqueros o no la tenían o era peligrosa, peligro que se amplificaba por sus afinidades políticas<sup>98</sup>.

<sup>95</sup> MARSHALL, *Reformation England...*, *op. cit.*, p. 219, cita al biógrafo de Carlos I, Richard Cust, quien afirma que el Rey tenía alergia al puritanismo en todas sus formas.

<sup>96</sup> Por ejemplo, la Iglesia fundada en Londres por Henry Jacob, quien luego pasaría a América adhiriendo a los baptistas. Cfr. HA, “Ecclesiastical independence...”, *op. cit.*

<sup>97</sup> KAPLAN, *op. cit.*, p. 118.

<sup>98</sup> Véase Rosemary MOORE, *The light in their conscience. Early Quakers in Britain 1646-1666*.

*LAUDIANOS, ARMINIANOS Y RACIONALISTAS:  
EL RESQUEBRAJAMIENTO DEL CONSENSO*

El espectro de las divisiones religiosas durante el reinado de Carlos I y aproximándose la guerra civil, la fragmentación religiosa, decía, excede el enfrentamiento entre puritanos y conformistas; de hecho Peter White cree que ningún grupo por entonces tuvo hegemonía<sup>99</sup>. Algunos autores afirman que las tensiones se exacerbaron por el influjo creciente de los arminianos, cuyo progresivo ascenso habría roto el acuerdo o consenso teológico entre los bandos calvinistas<sup>100</sup>. Sin embargo, no faltan historiadores que hayan desafiado el papel de laudianos y arminianos en el conflicto. Abreviando lo que todavía se disputa, el abanico de dificultades que inquieta a los historiadores surge de las relaciones que puedan establecerse entre: arminianismo y anglicanismo, laudianos y anglicanos, arminianismo y laudianos, arminianismo, catolicismo y laudianos, arminianismo y racionalismo, arminianismo y socinianismo, etc. No se me pida desentrañar la madeja de entuertos que los ingleses hasta hoy no han sido capaces de desenredar. Lo mejor que puedo hacer es presentar las partes en conflicto.

Tanto los discípulos ingleses de Jacobus Arminius<sup>101</sup> como los seguidores del arzobispo William Laud<sup>102</sup>, parecen haber sido anticipados en sus argumentos por aquellos que Peter Lake denominó *avant-garde conformists*, un grupo de teólogos y doctrinarios conformistas cuyas figuras relevantes fueron Lancelot Andrewes, John Buckeridge, John Overall y Richard Montagu. Este sector cobra relevancia en las controversias teológicas a fines del gobierno de Isabel y fue ganando un lugar cada vez más cercano al monarca Jacobo porque expresaban una tendencia conservadora en cuanto a los sacramentos, el culto y la liturgia, claramente antipuritana en diversas materias<sup>103</sup>. Se comprende, entonces, que hayan preparado las

---

<sup>99</sup> Peter WHITE, *Predestination, policy and polemic. Conflict and consensus in the English Church from the Reformation to the Civil War*, p. 203 and next.

<sup>100</sup> Nicholas TYACKE, "Puritanism, Arminianism and counter-revolution", pp. 53-60 y LAKE, "Calvinism...", *op. cit.*

<sup>101</sup> Sobre la importancia del arminianismo y su gran influencia en diversas tendencias reformadas, Th. Marius VAN LEEUWEN, Keith D. STANGLIN and Marijke TOLSMA (eds.), *Arminius, Arminianism, and Europe. Jacobus Arminius (1559/60-1609)*.

<sup>102</sup> Cf. Nicholas TYACKE, "Archbishop Laud", pp. 51-70. Este libro editado por Kenneth Fincham contiene importantes contribuciones para conocer la marcha de la política eclesiástica de Jacobo y Carlos.

<sup>103</sup> Cf. Peter LAKE, "Lancelot Andrewes, John Buckeridge and avant-garde conformity at the Court of James I", pp. 113-133; Jill Phillips INGRAM, "Avant-garde conformists and student revels at Oxford, 1607-08", pp. 349-372; Kenneth FINCHAM and Nicholas TYACKE, *The altars restored. The changing face of English religious worship, 1547-c.1700*, chap. 3 y Peter McCULLOUGH, "Avant-Garde conformity' in the 1590s", pp. 380-394.

tesis restauradoras de los laudianos y que para los puritanos se tratara de católicos disfrazados, unos papistas, incrustados en el poder a través de las grietas del régimen oficial.

La resistencia a los laudianos por los calvinistas se debía, entre otras cosas, al restablecimiento de los altares y al gusto por un culto más tradicional semejante al católico en muchos aspectos<sup>104</sup>. Conservadores en materia litúrgica, para algunos historiadores su conducta y sus ideas fueron radicales y revolucionarias respecto del consenso isabelino-jacobita, siendo la puritana una definición conservadora y contrarrevolucionaria por su defensa del consenso<sup>105</sup>. Sea como fuere, la síntesis de Anthony Milton expresa bien los intereses de los bandos enfrentados:

“Si los laudianos eran nostálgicos de la iglesia anterior a la Reforma, sus oponentes [puritanos] tenían nostalgia del rigor doctrinal de los obispos calvinistas y el clero de las Iglesias isabelina y jacobita”<sup>106</sup>.

Para los historiadores el nexo doctrinario entre estos sectores –aparte de los derroteros personales coincidentes– está dado por el arminianismo. Según parece, los discípulos de Jacobus Arminius no constituyeron un grupo homogéneo en lo teológico-religioso por lo que se los considera un conglomerado de opositores al calvinismo oficial<sup>107</sup>. Sin entrar en la

<sup>104</sup> Para Wiliam Laud y sus seguidores, véase, entre otros, David CRESSY, “Conflict, consensus, and the willingness to wink: the erosion of community in Charles I’s England”, pp. 131-149; del mismo, *England on edge. Crisis and revolution 1640-1642*, especialmente la parte II, p. 129 y next; Kenneth FINCHAM, “The restoration of altars in the 1630s”, pp. 919-940; FINCHAM and TYACKE, *op. cit.*, *passim*; Peter LAKE, “The Laudian style: order, uniformity and the pursuit of the beauty of holiness in the 1630’s”, pp. 161-185; Michael QUESTIER, *Catholicism and community in early modern England*, pp. 479-498; del mismo, “Arminianism, Catholicism, and Puritanism in England during the 1630s”, pp. 53-78.

<sup>105</sup> TYACKE, *Anti-Calvinists...*, *op. cit.*, *passim*.

<sup>106</sup> Anthony MILTON, “Unsettled Reformations, 1603-1662”, p. 74.

<sup>107</sup> TYACKE, *Anti-Calvinists...*, *op. cit.*, pp. 244-245, entiende que era un sector bastante coherente caracterizado por ser escépticos en cuanto al calvinismo (puritanismo), contrarios al dogmatismo de la Reforma y defensores de la jerarquía eclesiástica inglesa contra los igualitarios y populistas puritanos, razones por las cuales, bajo Carlos I, se los asoció a los defensores de la monarquía, en tanto los parlamentarios permanecían ligados a la tradición calvinista inglesa. Empero, William LAMONT, “Arminianism: the controversy that never was”, pp. 45- 66, relativiza la importancia de los arminianos durante los primeros Estuardo, pues entiende que recién comenzaron a ser considerados un problema en los debates de la década de 1650, ya con Oliver Cromwell; antes fueron no más que una coartada, un error. Otra crítica a Nicholas Tyacke, en Peter WHITE, “The *via media* in the early Stuart Church”, pp. 211-230, quien describe cierto acuerdo entre ambas tendencias y centra el problema en la defensa de la Iglesia nacional por la monarquía y en las cuestiones del culto, denegando que el arminianismo fuera un problema. Una justa apreciación del aporte de Nicholas Tyacke y el debate que produjo en la historiografía, en Peter LAKE,

controversia, lo que interesa es que también en Inglaterra los arminianos, al igual que los holandeses, rechazaban la doctrina calvinista de la predestinación<sup>108</sup>, que se convirtió en argumento central del enfrentamiento con los ortodoxos<sup>109</sup>. Formaban parte de este grupo el propio William Laud y Richard Neile, futuros arzobispos de Canterbury y York<sup>110</sup>. Sin embargo, laudianismo y arminianismo no se pueden asimilar: aquel estaba más interesado en la recuperación del culto público y la disciplina eclesiástica anteriores a la reforma isabelina; este, en cambio, cuestionaba la predestinación calvinista y propiciaba una disciplina religiosa más laxa. Los arminianos tuvieron enorme influencia con Carlos I, pero el mal manejo del problema religioso en Escocia, la revuelta católica irlandesa de 1641 y luego la guerra civil, comportó la pérdida de toda autoridad en la Iglesia establecida.

Al igual que en los Países Bajos<sup>111</sup>, el argumento arminiano a favor de la racionalidad y libertad humanas presidió el debate con los calvinistas en torno a la predestinación y la cooperación individual a la propia salvación (la doctrina de la gracia universal). La oposición teológica tenía consecuencias prácticas porque la tesis arminiana afirmaba que la paz entre las religiones cristianas podía ser alcanzada reconociendo la centralidad de las Escrituras para la fe y admitiendo disidencias razonables en las interpretaciones, salvo lo referido a los dogmas centrales que quedaban fuera de toda disputa, pues más que otros sectores reformados confiaban en la conciencia individual y limitaban la intromisión de la Iglesia nacional en esas cuestiones indiferentes y no dogmáticas. El calvinista William Prynne creía que la teología arminiana al sostener la libre voluntad, la resistencia y la elección condicional, era una completa apostasía del estado de gracia<sup>112</sup>. Era previsible que el conflicto entre arminianos y puritanos fuera acentuándose, tal como sucedía ya en Holanda. El Rey debió prohibir los debates. Wilbur Kitchener Jordan entiende que el puño del Rey fue más duro con los puritanos que con los católicos o arminianos, porque amenazaban la supremacía regia sobre la Iglesia al minar la base de poder de los obispos<sup>113</sup>. Pero en verdad, esto podría decirse más de Carlos I que de Jacobo<sup>114</sup>.

---

“Introduction: Puritanism, Arminianism and Nicholas Tyacke”, pp. 2-15 y MARSHALL, *Reformation England op. cit.*, p. 220 and next.

<sup>109</sup> Para las controversias sobre la predestinación en la historia anglicana, véase WHITE, *Predestination, policy... passim*.

<sup>111</sup> Remito a Juan Fernando SEGOVIA, “El paraíso republicano de la tolerancia religiosa: los Países Bajos en el siglo XVII”, pp. 557-595.

<sup>112</sup> WILLIAM PRYNNE, *The Church of Englands old antithesis to new Arminianisme*.

<sup>113</sup> JORDAN, *op. cit.*, pp. 87-114.

<sup>114</sup> Como percibe WHITE, “The *via media...*”, *op. cit.*

Con independencia de la solidez del elenco arminiano o laudiano, estas corrientes son acusadas de racionalistas y chocan con el fideísmo protestante. Ambas tendencias exponen una grieta que se produce dentro de la Iglesia oficial caracterizada por una mayor laxitud doctrinaria que llevará a futuros reclamos de tolerancia y a una posición más comprensiva de las diferencias a su interior. Junto a los arminianos aparecen –muchas veces confundidos– los socinianos, partidarios de un racionalismo disolvente de la fe<sup>115</sup>. Los apologistas de la Iglesia oficial siempre estuvieron atentos a los deslices racionalistas, por lo que los seguidores de Fausto Socino quedaron fuera de toda Conformidad.

Como se puede apreciar, el anticalvinismo o antipuritanismo se ha disparado ya en una considerable variedad de críticos que erosionan el consenso calvinista. En particular, la teología arminiana tuvo enorme repercusión en diversos grupos protestante (cuáqueros, metodistas y otros disidentes del calvinismo). Entre ellos, de importancia para la época, el influjo se percibe en los teólogos latitudinarios, de los que ya comentaré, y a través de estos alcanzó a los platónicos de Cambridge (Henry More, Ralph Cudworth, Benjamin Whichcote y Nathaniel Culverwell) que también eran partidarios de una religión no dogmática, racional o filosófica, conciliadora. Entre los latitudinarios –antidogmáticos, pues solo aceptaban, como buenos protestantes, la palabra de la *Biblia* entendida a la luz de la razón individual– destacan John Hales (1584-1656), participante del holandés sínodo de Dordt en el que apoyó a los remonstrantes (arminianos); William Chillingworth (1602-1644), autor de *The religion of Protestants* (1638); y lord Falkland (Lucius Cary). Se afirma que todos eran opuestos a la política religiosa del arzobispo William Laud<sup>116</sup>. También lo era un grupo de anglicanos moderados reunidos en torno a lord Falkland, conocidos como el Great Tew Circle, que inició el proyecto de identificar ese núcleo de creencias elementales que todo inglés podía sostener, pues una vasta iglesia nacional no debía excluir ni perseguir a los que pensarán o practican de manera distinta en materias indiferentes<sup>117</sup>. Nuevamente, pero con argumentos diferentes, el problema revierte sobre la definición protestante de la Iglesia nacional inglesa y el arco de tendencias que ella

---

<sup>115</sup> Véase Sarah MORTIMER, *Reason and religion in the English revolution. The challenge of Socinianism*. La vinculación entre socinianismo y tolerancia religiosa, en SEGOVIA, “El paraíso republicano...” *op. cit.*

<sup>116</sup> Sobre el racionalismo teológico y el latitudinarismo religioso, cfr. Edward Augustus GEORGE, *Seventeenth century men of latitude. Forerunners of the new theology*; John TULLOCH, *Rational theology and Christian philosophy in England in the seventeenth century*, vol. II y James Deotis ROBERTS SR., *From Puritanism to Platonism in seventeenth century England*.

<sup>117</sup> Cfr. TULLOCH, *op. cit.*, chap. 3, p. 63 and next.

comprende. La fluctuante identidad anglicana acaba por precisarse por un consenso que se vuelve cada vez más rígido.

## 6. Intolerancia y tolerancia o el alcance de la comprensión

### EL PROYECTO PURITANO DE REFORMA DE LA IGLESIA

El corazón del consenso anglicano, sea teológico (la doctrina calvinista de la predestinación), sea litúrgico (la mesa de la cena del Señor), estaba ya en tela de juicio a fines del gobierno de Jacobo I. En 1628 el Rey firmó la petición de derechos tratando de apaciguar los ánimos<sup>118</sup>, pero los bandos estaban bien definidos y cuando Carlos I, en su afán de unidad, quiso imponer el gobierno episcopal a los presbiterianos escoceses, estalló la guerra civil. Y como las divisiones religiosas arrastraban otras políticas, la guerra civil encontró, por un lado, a arminianos, episcopalianos y partidarios del derecho divino de los reyes, es decir, los antipuritanos, enfrentados a presbiterianos, independientes, erastianos y republicanos, todos opositores agrupados bajo la amplia etiqueta de puritanos, los anglicanos de pura cepa.

El conflicto que se desata entre el rey Carlos I y el Parlamento Largo que desemboca en la guerra civil de 1642, enfrentó parlamentarios y realistas, en un clima de gran efervescencia ideológica, agitado por cuestiones religiosas y políticas en un avispero de sectas y tendencias diversas<sup>119</sup>, exageradamente calentadas por la recurrencia del complot papista<sup>120</sup>.

Desde antes de 1640 el grupo protestante mayoritario y preponderante en el calvinismo oficial era el de los puritanos, que rechazaban la

---

<sup>118</sup> En ADAMS and STEPHENS, *op. cit.*, pp. 339-343. El reclamo de los parlamentarios en la petición al Rey está enlazado con la interpretación de la antigua Constitución inglesa, que los comunes puritanos esgrimían favorable a la soberanía del Parlamento. Cfr. J. G. A. POCKOCK, *The ancient constitution and the feudal law. A study of English historical thought in the seventeenth century*, p. 289 and next.

<sup>119</sup> El escrito más representativo de esta situación es quizá el del ministro presbiteriano Thomas EDWARDS, *Gangraena: Or A Catalogue and Discovery of Many of the Errours, Heresies, Blasphemies and Pernicious Practices of the Sectaries of This Time*, una denuncia contra los independientes y las sectas que proliferaban en un ambiente tolerante, minando la unidad de la Iglesia protestante. Thomas Edwards ataca los errores, herejías, blasfemias y prácticas de las perniciosas sectas, es decir, el radicalismo, opuesto a la teología calvinista ortodoxa y al conservatismo oficial. Véase Ann HUGHES, *Gangraena and the struggle for the English Revolution*, sobre la influencia en la reacción presbiteriana. También CRESSY, *England on Edge...*, *op. cit.*, chap. 10, p. 211 and next, sobre el “enjambre de sectarios”.

<sup>120</sup> La denuncia del papismo tenía un propósito especialmente político, como resalta Michael BRADDICK, *God's fury, England's fire. A new history of the English civil wars*, p. 199.

dirección que William Laud había impreso a la Iglesia nacional inglesa. Comenzando esa década, los puritanos aguzaron sus ataques a la iglesia del rey Carlos y al Arzobispo, a la que consideraban papista y tiránica, perturbadora del régimen episcopal. A pesar de ser perseguidos en diversos momentos<sup>121</sup>, fueron consolidándose en su anticonformismo calvinista ortodoxo. Mientras fuera de la Iglesia los no conformistas arremetían contra el *establishment* que violaba la libertad de conciencia religiosa, los puritanos censuraban la política del Monarca por apartarse de la religión verdadera y del régimen de gobierno del reino. Una de las cuestiones planteadas por el Parlamento contra el gobierno fue la abolición de la estructura episcopal de la Iglesia anglicana –lo que interesaba particularmente a los puritanos.

Los reformadores parlamentarios, además de un gobierno presbiteriano, procuraban el sometimiento de la Iglesia reformada al control del Parlamento, una unidad doctrinaria compulsiva, como ya ocurría con la Iglesia presbiteriana escocesa. Proyectaron una reforma de la Iglesia nacional que fuera más abarcadora y unida, bajo el Parlamento, evitando, al mismo tiempo, las tendencias de los separatistas que veían caóticas. ¿Qué significaba esa reforma de la Iglesia anglicana?<sup>122</sup>.

El primer escalón de la reforma era doctrinario para erradicar los errores de los arminianos apañados por William Laud, lo que significaba una vuelta a la teología calvinista ortodoxa. Si bien el rótulo de arminianos era un arma política que poseía muchos significados, el ataque puritano podía dirigirse contra el “papismo”, esto es, por ser idólatras o por conservar ceremonias opuestas al calvinismo o presbiterianismo, aunque existía un punto que todo lo resumía: rechazar la tesis episcopalista atada al poder del Rey que significaba la vuelta al catolicismo y con él, la sumisión al Papa romano y la consiguiente pérdida de la soberanía nacional. Ni qué decir que Carlos I no les resultaba confiable porque no solo estaba casado con una católica, sino que, apoyándose en William Laud, llevaba una política de sutil catolicismo que expulsaba a los puritanos de su ministerio.

---

<sup>121</sup> El arzobispo William Laud insistía al Rey sobre la necesidad de establecer la uniformidad del culto en toda la isla, lo que llevó a que en 1636 quisiera imponer el anglicano *Book of Common Prayer* a los presbiterianos de Escocia, desatando la llamada Guerra de los Obispos entre escoceses e ingleses (1639-1640), a resultas de la cual fueron perseguidos en Inglaterra los ministros puritanos, los baptistas y otros seguidores. JORDAN, *op. cit.*, pp. 157-165.

<sup>122</sup> Una síntesis en Andrew R. MURPHY, *Conscience and community. Revisiting toleration and religious dissent in early modern England and America*, chap. 3. Cfr. los clásicos de Samuel Rawson GARDINER (ed.), *The constitutional documents of the Puritan revolution*; A. S. P. WOODHOUSE (ed.), *Puritanism and liberty. Being the Army Debates (1647-9) from the Clarke Manuscripts with supplementary documents*.

Un segundo aspecto de la reforma de la Iglesia consistía en un cambio de la estructura y gobierno de ella, abandonando el episcopalismo y modificando el papel de los obispos (y su influencia en la Cámara de los Lores, por supuesto). Los puritanos negaban que la autoridad episcopal fuera de derecho divino, como afirmaban los seguidores de William Laud. Este aspecto de la reforma contenía antiguos elementos del anticlericalismo de los lolardos y reforzaba la tendencia presbiteriana y congregacionista que estaba en el corazón del puritanismo.

Está claro que los puritanos no defendían la tolerancia religiosa, sino que pretendían la reforma de la Iglesia sin caer en el separatismo. El Parlamento dominado por los puritanos pretendía una iglesia nacional reformada, no la libertad religiosa o un pluralismo protestante, esto es, desmontar las innovaciones cuasipapistas asociadas con Carlos I y avanzar en una reforma eclesiástica que, a sus ojos, no era sino parcialmente reformada. Una reforma verdadera importaba moderar el gobierno episcopal jerárquico de la Iglesia; asegurar la inflexible doctrina calvinista y la purificación del culto con la predicación celosa; y, además, la creación de una estructura que permitiera garantizar la disciplina religiosa y moral del pueblo<sup>123</sup>. Con otros sectores de las élites gobernantes e intelectuales entendían que la tolerancia minaba la unidad de los cristianos, amenazaba la homogeneidad de la Iglesia nacional y descomponía su base social. Bien ha dicho Conrad Russell que el mayor temor puritano era el de “una sociedad de irrestrictos consumidores en la elección de la religión”<sup>124</sup>.

Pero como era habitual los argumentos religiosos se entremezclaban con los políticos: los opositores a Carlos (los parlamentarios, los escoceses y la Asamblea de Teólogos de Westminster) eran partidarios de un retorno a la antigua Constitución que, en su interpretación, establecía la soberanía compartida de Rey y Parlamento. Oponerse al derecho divino episcopal significaba abonar la tesis de la supremacía eclesiástica del Parlamento y adherir a las doctrinas presbiterianas y congregacionistas. Frente a ellos, un heterogéneo sector conservador protestaba ante el desmantelamiento de las instituciones centrales de la Iglesia nacional, que solamente podían salvaguardarse en el régimen episcopal. Al estallar la rebelión de los presbiterianos escoceses, Carlos I se avino a un arreglo con el Parlamento dominado por los puritanos, que presentaron numerosas demandas y reclamos a la Corona.

Esta época, la del Parlamento Largo (que durará hasta su disolución en 1660) marca los primeros debates en torno a la tolerancia religiosa.

---

<sup>123</sup> Ann HUGHES, “The Cromwellian Church”, p. 446.

<sup>124</sup> Conrad RUSSELL, *The causes of the English civil war*, p. 70.

### LA ASAMBLEA DE TEÓLOGOS DE WESTMINSTER DE 1643

En diciembre de 1640 se presentó al Parlamento la “petición de raíz y rama”, firmada por unos quince mil reclamantes, pidiendo la reforma de la Iglesia según los principios de la Escritura<sup>125</sup>. No se definía qué gobierno reemplazaría al episcopado, pero estaba claro que el sistema episcopal y las reformas de William Laud debían ser abolidos. Dada la división existente en el Parlamento, lores y comunes no alcanzaron un acuerdo para resolver la cuestión, decidiendo, entonces, convocar a los teólogos a una asamblea a reunirse en Westminster para que recomendara un gobierno y una liturgia nuevos para la Iglesia<sup>126</sup>. Los temas propuestos eran capitales y desataron una belicosa campaña de panfletos y escritos enmarcados por la guerra civil (1642-1649), que solo se apaciguó con la llegada al poder de Oliver Cromwell.

No hubo entre los miembros de la Asamblea quienes dudaran de la necesidad de una iglesia nacional. En efecto, los sectarios y separatistas (como Roger Williams o William Walwyn, a los que pronto me remitiré), se negaron a concurrir a la Asamblea porque anticipaban su negativa a la tolerancia religiosa o prefiguraban que la aceptarían con grandes restricciones. El tema central a debate en la Asamblea fue la autoridad de o sobre la Iglesia nacional en dos grandes materias, la disciplina y la jefatura, esto es: quién tenía autoridad para tomar medidas disciplinarias, incluso para excomulgar, y quién la tenía para nombrar la jerarquía de la Iglesia y sus ministros. Había en teoría cuatro alternativas: que la autoridad recayera en las congregaciones, en los presbíteros, en los obispos o en un magistrado civil (el Monarca o el Parlamento). Dos de ellas fueron de inmediato rechazadas: la autoridad no podía pertenecer ni al poder civil ni a los obispos. El mandato que convocaba la Asamblea tomaba ya posición a favor de las opciones puritanas, puesto que decía:

“En qué términos podría constituirse una Iglesia Nacional, que no viole la libertad civil, como han hecho las iglesias del Papa y los Obispos, ni ceda los derechos espirituales, los privilegios y las libertades inherentes, que son esenciales a una iglesia de Cristo”<sup>127</sup>.

Así y todo el acuerdo no fue posible por las irreductibles posiciones de presbiterianos y congregacionistas<sup>128</sup>.

<sup>125</sup> Cfr. GEE and HARDY, *op. cit.*, pp. 537-545.

<sup>126</sup> Véase William Maxwell HETHERINGTON, *History of the Westminster Assembly of Divines* y Alexander F. MITCHELL, *The Westminster Assembly. Its history and standards*.

<sup>127</sup> *Apud* HETHERINGTON, *op. cit.*, p. 108.

<sup>128</sup> Véase Rosemary BRADLEY, “The failure of accommodation: religious conflicts between Presbyterians and Independents in the Westminster Assembly 1643-1646”, pp. 23-47.

Como los puritanos defendían el gobierno presbiteriano de la Iglesia establecida, eran conscientes que debían redefinir las relaciones entre la Iglesia y el Estado. La reforma del gobierno de la Iglesia no importaba para ellos la separación ni el rechazo a la monarquía; *sí* era una condena del personalismo absolutista y una confirmación de la soberanía parlamentaria. Pero los puritanos eran intolerantes para con los disidentes, no solo por la necesidad de reforzar el consenso calvinista, también porque el modelo israelita de iglesia del Antiguo Testamento (*the old covenant*), que muchos de ellos tenían en mente, hacía del Monarca o Soberano un defensor de la religión verdadera, en coincidencia con la doctrina de Juan Calvino<sup>129</sup>.

Los independientes no aceptaban el régimen presbiteriano y proponían el de unas congregaciones independientes que se gobernarían a sí mismas sin la intromisión de una autoridad espiritual superior, si bien admitían el poder del magistrado para reprimir a los herejes y preservar la paz, pero pretendían que el poder disciplinario estuviera en manos de las congregaciones locales, evitando así las sanciones a los disidentes que el Rey y sus ministros aplicaban por entonces. Los presbiterianos veían en este planteo un ataque a la Iglesia oficial puesto que se privaba del poder disciplinario al sínodo nacional, argüían que sus efectos serían la división y la insurrección, misma acusación que los conformistas venían haciendo a los presbiterianos.

Pero esto no quiere decir que los independientes hayan sido los abogados de la tolerancia religiosa, como sostuvo Wilbur Kitchener Jordan<sup>130</sup>. Con razón afirma Avihu Zakai que no se puede simplificar la historia aduciendo que los independientes eran toleracionistas y los puritanos presbiterianos no, porque aquellos también favorecían una iglesia nacional; y como estudiara John Coffey, no había tanta diferencia entre presbiterianos e Independientes en este punto<sup>131</sup>. Las diferencias son eclesiológicas: la

---

<sup>129</sup> El autor más representativo de esta tendencia es el escocés Samuel RUTHERFORD, autor de *Lex, Rex, Or The Law And The Prince: A Dispute For The Just Prerogative Of King And People*, que en obra posterior criticó la tolerancia y la libertad religiosa, por ser una libertad sin ley, una licencia a las sectas y herejías. Samuel RUTHERFORD, *A Free Disputation Against Pretended Liberty of Conscience: Tending to Resolve Doubts Moved*. Sobre el fundamento calvinista, véase Juan CALVINO, *Institución de la religión cristiana*, p. 1167 y ss.

<sup>130</sup> JORDAN, *op. cit.*, vol. 3: "From the Convention of the Long Parliament to the Restoration (1640-1660)", pp. 369-370. Pero el propio Wilbur K. Jordan de inmediato se contradice, pues afirma (*op. cit.*, p. 371) que los Independientes "específicamente renunciaron a todo apoyo a cualquier principio general de tolerancia religiosa y con fervor ortodoxo hablaron contra la creciente amenaza del sectarismo".

<sup>131</sup> Cfr. Avihu ZAKAI, "Religious toleration and its enemies: the Independent divines and the issue of toleration during the English Civil War", pp. 1-33 y John COFFEY, "Puritanism and liberty revisited: the case for toleration in the English Revolution", p. 971,

idea de iglesia de los independientes (el congregacionismo) también está apoyada en Juan Calvino<sup>132</sup>, por lo que el consenso teológico de Westminster debía dirimir una controversia típica de los puritanos reformados.

Por otro lado, sectarios y separatistas sí rechazaban la Iglesia oficial en un todo, y veían que estas diferencias entre los puritanos eran solo de grado, nada sustancial. Como sentenciara Roger Williams, los independientes

“andan a los saltos con los Prelados y, si no más plenamente, más explícitamente todavía que los Presbiterianos, arrojando la corona del Señor Jesús a los pies del magistrado civil”<sup>133</sup>.

Los separatistas impugnaban la Iglesia anglicana porque no tenía como cabeza o rey a Cristo, sino al Monarca o al Parlamento, lo que significaba que la reforma de vida (por la que bregaban y que destacaba el carácter fundamental de la disciplina interior de la Iglesia libre) era más importante que la predicación y los sacramentos. En estos razonamientos se fundaba la separación de la iglesia oficial.

La teología federal o convencional, que en cierta forma minaba la doctrina de la predestinación calvinista, popular entre los separatistas y también en sectores puritanos (entre ellos, los congregacionistas de John Owen) se fundaba en la tesis de un pacto o alianza (*covenant*) entre Dios y el fiel creyente, el individuo o la congregación, una relación tan llana e igualitaria como si Dios fuera un socio de los hombres (en los términos de Heinrich Bullinger). Evidentemente, debía colisionar con la concepción calvinista de la predestinación que afirma que las decisiones divinas no son cognoscibles por el hombre, pues la majestad de Dios está más allá de la experiencia humana cotidiana. La imagen de un Dios más próximo al creyente se divulgó entre los puritanos y también en diversos sectores de teólogos y laicos. Además, los baptistas se aproximaban al antinomianismo al argüir que el viejo pacto de Dios con Israel no obligaba desde que había sido sustituido por el *covenant of grace* o alianza de la gracia; por lo tanto, no podía ser modelo de las relaciones Iglesia-Estado, como los puritanos creían<sup>134</sup>.

<sup>132</sup> Cfr. CALVINO, *op. cit.*, IV, XX. El ministro de Nueva Inglaterra John COTTON, autor de *Keyes Of The Kingdom Of Heaven*, era un independiente que defendió la potestad del gobernante secular de establecer la pureza de la religión, su doctrina, culto y gobierno. En 1644 aparecieron otros dos escritos de los independientes en el mismo sentido: el de Thomas GOODWIN, *Theomachia: or The Grand Imprudence of Men Running the Hazard of Fighting against God*, vol. II, pp. 118-149 y el de Henry ROBINSON, *Liberty of Conscience, or the Sole Means to Obtaine Peace and Truth*, vol. II, pp. 49-96. Goodwin es considerado también un arminiano y tanto él como Robinson simpatizaban con el movimiento radical de los *Levellers*.

<sup>133</sup> Roger WILLIAMS, *The Bloudy Tenent, Of Persecution, For Cause Of Conscience*, p. 301,

<sup>134</sup> Además de los libros ya citados de Champlin BURRAGE, *The early English dissenters in the light of recent research (1550-1641)* y de DENAULT, *op. cit.* –especialmente

Sin embargo, baptistas y separatistas, que rechazaban la concepción calvinista de una iglesia nacional y negaban la legitimidad de un poder secular con competencia en materias eclesiásticas, podían aproximarse a los independientes, salvo en un aspecto importante: el reclamo de una amplia tolerancia de las conciencias religiosas y la separación de Iglesia y Estado<sup>135</sup>. La posición de los baptistas favorable a la tolerancia proviene de entender que el viejo *covenant* de la ley había cedido en el tiempo su lugar al nuevo *covenant* del Evangelio o la gracia<sup>136</sup>.

En este contexto, la alianza que de inmediato se traba entre los escoceses y el Parlamento (1643), fortalece a los puritanos y sus tesis presbiterianas (que era también la de los escoceses) como forma unificada de gobierno de la Iglesia. Pero poco y nada sobre tolerancia religiosa. Quizá algo de ella había en el término ‘acomodamiento’ o ‘acuerdo’ (*accommodation*) con el que se pretendía balancear la autonomía de las congregaciones de los independientes y la centralización de los presbiterianos, esto es, “la autonomía permitida dentro de la estructura de la iglesia nacional y no las libertades de las congregaciones fuera de la iglesia establecida”, según aclara Andrew Murphy<sup>137</sup>.

La Asamblea de Westminster aprobó el gobierno de los presbíteros en la Iglesia, pero la escalada de la guerra civil impidió que se implementara de inmediato; pero sí tuvo una consecuencia: los congregacionistas acabaron por inclinarse a favor de una tolerancia religiosa o de una comprensión más abarcadora de los disidentes<sup>138</sup>. Los presbiterianos, en cambio, proponían una política más amplia en el seno de la única iglesia reconocida, una política de comprensión o inclusión de sus diversos sectores y tendencias<sup>139</sup>. Es cierto que la diferencia vuelve a ser de grado y que solo afecta a los protestantes. Las divisiones del clero puritano minaron las reformas.

La Asamblea de Westminster estaba supeditada al Parlamento, porque no contaba con una base de poder propia. El Parlamento, contra escoceses y congregacionistas –que podían sospechar que tras las reformas pretendidas se escondieran intentos de implementar una tolerancia religiosa a

---

este que destaca las diferencias entre presbiterianos y baptistas como resultantes de las divergentes interpretaciones de las alianzas (*covenants*) bíblicas y el bautismo de los niños (*paedobaptists*)–, véase Glenn A. MOOTS, *Politics reformed. The Anglo-American legacy of covenant theology*, part II, p. 33 and next.

<sup>135</sup> Su figura más estimada es Roger Williams, autor cuyo pensamiento trataré más adelante.

<sup>136</sup> DENAULT, *op. cit.*, p. 54 and next.

<sup>137</sup> MURPHY, *Conscience and community...*, *op. cit.*..., pp. 88-89.

<sup>138</sup> Como John OWEN expone en “Of Toleration: and the Duty of the Magistrate about Religion”, vol. III, pp. 163-206.

<sup>139</sup> Roger THOMAS, “Comprehension and indulgence”, pp. 191-287.

contrapelo de la Iglesia oficial–, confirmó el gobierno de la Iglesia establecida, aunque, frente a los progresos de la guerra civil, estuvo dispuesto a aplicar el sistema presbiteriano, permitiendo la elección de los ministros. El argumento parlamentario no se salió de los márgenes de la *sola scriptura*: no habiendo establecido la *Biblia* un sistema de gobierno de la Iglesia, correspondía al magistrado civil determinar el gobierno eclesiástico para sostener la fe verdadera y reprimir la herejía<sup>140</sup>.

ROGER WILLIAMS,  
LOS LEVELLERS Y LA TOLERANCIA RELIGIOSA

Todo hasta aquí ha resultado un extenso prolegómeno, indispensable a mi entender, a la aparición de los primeros escritos toleracionistas. Previo a la reunión de teólogos en Westminster y la discusión sobre el gobierno de la Iglesia hubo una cantidad de escritos –estudiados por Wilbur Kitchener Jordan o John Coffey, entre otros– que abordan la tolerancia en el marco de la llamada comprensión, es decir, la extensión de los beneficios de la Conformidad a grupos o sectores protestantes que habían quedado fuera de ella. Sin duda que se trataba de una tolerancia religiosa en sentido estricto, pero estrecha o reducida, fundada en una mentalidad calvinista casi impermeable.

En 1644 vio la luz en Londres el libro de Roger Williams *The Bloudy Tenent* (c. 1603-1683)<sup>141</sup>, en medio de las disputas entre anglicanos y los varios sectores puritanos y las sectas, que constituye el primer texto que sostiene la idea de la tolerancia religiosa fuera de los cánones hasta entonces admitidos. Es Roger Williams un puritano disidente, convertido en defensor de las tesis baptistas, especialmente la completa separación de los dominios religioso-espiritual y político-secular, que cree establecida por el mismo Cristo, de lo que resultaba que el magistrado civil no tenía poder alguno sobre la Iglesia y la religión. Tal el fundamento protestante de su doctrina a favor de una amplia tolerancia:

*“Es la voluntad y el mandato de Dios que, desde la venida de su Hijo el Señor Jesús, sean permitidos los Paganos, Judíos, Turcos o las conciencias Anticristianas y que la libertad de los cultos sea garantizada a todos los hombres en todas las Naciones y Países; y sólo se debe pelear con esta*

---

<sup>140</sup> MILTON, “Unsettled...”, *op. cit.*, p. 78, afirma que el resultado es un régimen erasiano dominado por el Parlamento que podía cambiar lo resuelto por la Asamblea; el presbiterianismo no se aplicó; las asambleas provinciales fueron operativas únicamente en Londres y Lancashire.

<sup>141</sup> Casi todos los manuales sobre la tolerancia religiosa tratan de Roger Williams como su mayor abogado; el que mejor lo hace es ZAGORIN, *op. cit.*, pp. 196-208.

Espada que es la única (en materias espirituales) capaz de conquistar, a saber, la Espada del Espíritu de Dios, la Palabra de Dios”<sup>142</sup>.

La tolerancia de las creencias religiosas es, en sus palabras, un “permiso” a las creencias no oficiales, permisión propia de las religiones y que no depende de los gobernantes. En el jardín de la iglesia de Dios crece no solo la planta de la buena semilla, sino, también, la cizaña, y así será hasta el fin del mundo sin que el Estado o la Iglesia establecida deban preocuparse por ello, pues

“una religión falsa fuera de la iglesia no hiere a la iglesia, no más que la cizaña en zonas salvajes hiere el Jardín cerrado, o el veneno el cuerpo cuando se lo toca o toma, y se reciben los antidotos contra él”<sup>143</sup>.

La tolerancia es tan ilimitada que incluye a los paganos (es decir, los indios americanos en las colonias inglesas), y también las conciencias anticristianas, que, en principio, son los papistas (porque puede incluir a turcos y judíos).

Siguiendo con la parábola evangélica, dice Roger Williams que la tolerancia es un bien para el pueblo de Dios, aunque parezca que la mala semilla interfiere el plan divino, porque los que hoy combaten contra los cristianos podrán ser salvos mañana, es decir, miembros de la iglesia de Cristo<sup>144</sup>. Lo que el Estado tiene que hacer es defender a las personas, sus posesiones y libertades, y reprimir con sanciones también civiles a las personas y acciones inciviles o injuriosas; y no más allá de eso, pues ya no vivimos en el régimen de Israel, como ocurre con las iglesias nacionales, y las autoridades no entienden en materia espiritual (*soul-causes*)<sup>145</sup>. Viejo argumento baptista contra los puritanos: todos los *covenants* veterotestamentarios han caducado desde el establecimiento del *covenant of grace*.

Para Roger Williams, si la Iglesia no cuenta con un poder secular para interferir con la competencia del magistrado civil, este tampoco está dotado de poder espiritual para entremeterse en las cuestiones religiosas<sup>146</sup>. De esta completa incomunicación entre ambos reinos –al mejor estilo luterano y protestante– emerge la más absoluta libertad de conciencia y culto.

Permítaseme un breve inciso. Se ha dicho que Roger Williams concebía que la tolerancia era esencial para una verdadera conversión, que

---

<sup>142</sup> WILLIAMS, *op. cit.*, p. 2.

<sup>143</sup> *Op. cit.*, p. 167.

<sup>144</sup> WILLIAMS, *op. cit.*, p. 178.

<sup>145</sup> *Op. cit.*, p. 131.

<sup>146</sup> WILLIAMS, *op. cit.*, p. 194.

ya no dependía del proselitismo eclesiástico, sino del evangelismo, rasgo que se considera distintivo de su doctrina:

“la tolerancia exigía que creyentes y no creyentes fueran incluidos plenamente, de ahí que la libertad evangélica de predicar y propagar la propia doctrina se extendía a todos”<sup>147</sup>.

Así se explicaría que la Carta de Rhode Island de 1663 redactada por el propio Roger Williams, encareciera la conversión de los pobres ignorantes indios nativos “a la santa fe y culto cristiano, como puedan ser persuadidos”, disposición que no contrariaba la declaración de una igual protección para todos los individuos en el goce de sus libertades civiles y religiosas, principio que vedaba el establecimiento de una religión oficial. Para algunos se trata de una verdadera paradoja<sup>148</sup>. Pero no es así.

Y no lo es porque tolerar la diversidad de creencias religiosas no necesariamente significa –como los liberales suponen– excluirlas de la vida negándoles toda influencia más allá de la educación familiar, escolar o parroquial. La idea de religiones que se neutralizan unas a otras hasta relativizarse no estaba en la cabeza de Roger Williams ni de ningún hombre religioso con algo de sensatez por entonces; todavía falta un siglo para James Madison. Tolerar puede importar en los hechos el permiso al proselitismo religioso. Esto no quita que la doctrina de Roger Williams sea evangélica y liberal, como que la harán suya, entre otros, los liberales ingleses de esos días y luego los liberales católicos: la separación de los reinos es para estos, como lo fue para aquellos, una enseñanza evangélica que garantiza la libertad religiosa. Este dualismo, típicamente liberal se ha visto ya en John Locke<sup>149</sup>.

El pesado alegato de Roger Williams, ampliado con un segundo acto, *The bloody tenet yet more bloody* (1652), tuvo enorme trascendencia, pues apareció en el momento oportuno, cuando la escalada del conflicto civil tensaba y extremaba las posiciones. Pero sería injusto constreñir el impacto de su obra solo a esos años, pues hasta hoy se lo celebra como uno de los padres de la libertad de conciencia en camino a la libertad religiosa<sup>150</sup>.

<sup>147</sup> Teresa M. BEJAN, “Evangelical toleration”, p. 1108.

<sup>148</sup> Rainer FORST, *Toleration in conflict: past and present*, p. 183.

<sup>149</sup> Véase: Juan Fernando SEGOVIA, “Tolerancia y las religiones de bonsái en John Locke”, pp. 234-275. Es la conclusión de Gordon J. SCHOCHET, “Toleration, revolution, and judgment in the development of Locke’s political thought”, pp. 84-96.

<sup>150</sup> Baste solo un ejemplo: el *Symposium: Religious Liberty in America and Beyond: Celebrating the Legacy of Roger Williams on the 400<sup>th</sup> Anniversary of his Birth*, publicado por la *Roger Williams University Law Review* en 2005.

Después del fracaso de Westminster, la revuelta católica en Irlanda hizo temer una nueva conspiración papista, de modo que el Parlamento entró abiertamente en la guerra y en 1645 creó su propio ejército para oponerse al de la Corona. Los debates que hubo con ese motivo –dentro y fuera del Parlamento, pero sobre todo entre los miembros del Ejército– tuvieron como uno de sus ejes la tolerancia religiosa<sup>151</sup>. Desde el punto de vista militar, el Nuevo Ejército Modelo fue instituido como fuerza independiente o autónoma; una vez establecido disputó la conducción de la guerra al propio Parlamento, y produjo inmediatas victorias que acabaron, al final, en la ejecución de Carlos I. Pero no interesa acá el aspecto bélico, sino el ideológico y religioso<sup>152</sup>, porque ya su conformación era síntoma de las nuevas ideas: estaba integrado por los sectores religiosos más radicales, entre ellos los *Levellers* o niveladores, siendo un baluarte armado de la tolerancia religiosa y la libertad de conciencia.

Parlamentarios, presbíteros, soldados y otros integrantes de la fuerza eran contrarios a la política compulsiva de la Iglesia oficial que apoyaban los presbiterianos; a resultas de ello, pregonaban una más generalizada libertad religiosa para todos los protestantes. Sin embargo, no se trataba de un parche en viejo traje, pues sus planteos eran realizados en un marco amplio: el de una nueva Constitución para Inglaterra<sup>153</sup>. Lo que no debe juzgarse mera anécdota, sino un singular elemento de juicio, pues la libertad religiosa, que nace del derecho primario de la conciencia libre, es la espina dorsal del constitucionalismo moderno<sup>154</sup>.

Todos los especialistas coinciden en destacar a los niveladores como a los intelectuales de más claridad y mayor influencia, a pesar de que sus doctrinas son un enjambre de sectarismo, racionalismo, utilitarismo, escepticismo y la tesis protestante de la salvación universal (*free grace*)<sup>155</sup>. Entre sus militantes más destacados figuran John Lilburne (1614-1657), un se-

---

<sup>151</sup> En general, COFFEY, *Persecution and toleration...*, *op. cit.*, chap. 6, p. 134 and next. Los principales documentos están recogidos en GARDINER, *op. cit.* y WOODHOUSE, *op. cit.* La más detallada colección es la de HART and KENYON (ed.), *Tracts on liberty by the Levellers and their critics (1638-1660)*.

<sup>152</sup> El mejor estudio es el de Mark A. KISHLANSKY, *The rise of the New Model Army*.

<sup>153</sup> Ilustrativa es la declaración del Ejército llamada *Heads of Proposals* (1647), en GARDINER, *op. cit.*, p. 316 and next y WOODHOUSE, *op. cit.*, p. 422 and next, en las que se reclama una amplia libertad de conciencia.

<sup>154</sup> Remito a Juan Fernando SEGOVIA, “La libertad de conciencia como fundamento del constitucionalismo”, pp. 145-175 y “El derecho (y la ley) natural católicos de cara al protestantismo y la constitución moderna”, pp. 151-166.

<sup>155</sup> WOOTTON, *op. cit.*, pp. 434-442. La discusión de la salvación universal preconizada por los antinomianistas contra los calvinistas ortodoxos es de suma importancia, pero ajena a este trabajo.

paratista opuesto a los presbiterianos; Richard Overton (†1664), quien se hizo separatista después de haber sido baptista y escribió en 1645, bajo un seudónimo, la sátira *An Araignment of Mr. Persecution* y William Walwyn (1600-1680), que había sido calvinista para convertirse en un protestante ajeno a toda denominación, de cuya pluma son: *A New Petition of the Papists* (1641), *The Power of Love* (1643), *The Compassionate Samaritane* (1644), *Tolleration Justified* (1646). Las ideas sobre libertad religiosa de los *Levellers*<sup>156</sup> están expuestas en *An Agreement of the People*, documento que apareció en 1647, se amplió en 1648 y cuya versión definitiva es de 1649<sup>157</sup>.

El compromiso nivelador con la tolerancia era el eje central de una plataforma preocupada por igual en extender los derechos civiles, liberando a comerciantes y artesanos de los monopolios gremiales, y que abarcaba la reforma de la representación parlamentaria y del sistema legal. Por supuesto, los propagandistas *Levellers* vieron estos diferentes objetivos como estrechamente relacionados, desde que pretendían preservar las libertades populares frente a la amenaza de la tiranía del Rey o el Parlamento. Esta es la cuestión: más allá del terreno teológico y eclesiástico en el que hasta ahora había sido planteado, los *Levellers* veían la tolerancia en el arco de una política más liberal en todo sentido, por lo tanto, como un engranaje dentro de una ideología liberacionista económico-social, política y religioso-moral. Para los niveladores el fundamento del gobierno no se hallaba en la religión, sino en el consenso del pueblo, ya que los hombres habían sido creados en condición de libertad, y porque Dios y las creencias religiosas (como el monoteísmo) no eran racionales.

El paso inicial y esencial en aras de esa liberación consistiría en recluir las creencias religiosas en el recinto de la conciencia particular, arrancándola del poder de los magistrados, tal como afirmaban ya los baptistas. En el primer artículo de la versión original del *Agreement of people*, la de 1647, se afirma como momento cardinal del nuevo orden constitucional a darse por los ingleses:

“Que los asuntos de la religión y los modos de la adoración de Dios, no son en absoluto confiados por nosotros a ningún poder humano, porque en ello no podemos disminuir o exceder una pizca de lo que nuestras

<sup>156</sup> Casi todas las historias generales de la tolerancia recogen las tesis de los *Levellers*, como entre otros hacen las citadas de Rainer Forst y Perez Zagorin. Véase, además, y en especial, Philip BAKER and Elliot VERNON (eds.), *The Agreements of the People, the Levellers and the constitutional crisis of the English Revolution* y Gary S. DE KREY, *Following the Levellers*.

<sup>157</sup> El texto de 1647 de “The Agreement of the people”, en GARDINER, *op. cit.*, p. 359 and next y WOODHOUSE, *op. cit.*, p. 443 and next. Todas las versiones en HART and KENYON, *op. cit.*, vol. 4, N° 14, 1647, vol. 5, N° 25, 1648, atribuido a John Lilburne y vol. 6, N° 2, 1649, atribuido a John Rushworth.

conciencias dictan que sea la razón de Dios, sin cometer un pecado de liberado; sin embargo, la forma pública de instruir a la nación (que no debe ser compulsiva) está confiada a su discreción”<sup>158</sup>.

Nótese que la libertad religiosa o de conciencia es un derecho “retenido” porque no ha habido consenso que permita entenderla como delegada a la potestad civil, lo que supone no solamente la idea de un pacto traslaticio (que a partir de entonces será vulgarizado por los filósofos modernos), sino, además, la separación de los ámbitos religioso y político y, por consiguiente, del Estado y la Iglesia. Además, en un todo de acuerdo con las doctrinas protestantes, la religión se reduce a la interioridad de las conciencias, los individuos son libres de determinar todo lo atinente a las creencias y el culto. La libertad de conciencia era, por paradójal que parezca, el modo de afirmar su sometimiento a Dios, porque la conciencia sumisa a Dios no está disponible al magistrado. Y en garantía de esa libertad, William Walwyn o John Goodwin desarrollan el argumento de la ley natural que contiene las libertades luego civiles y que funda la idea de la soberanía popular que hace del consenso la piedra de toque de la legitimidad del gobierno<sup>159</sup>.

Los intervinientes en las largas discusiones políticas, religiosas y castrenses –de los Putney Debates de 1647 a los Whitehall Debates de 1648– eran contrarios de las medidas compulsorias en materia religiosa, pero mientras los independientes no negaban del todo la competencia del poder civil en materia de fe para combatir la herejía y erradicar la idolatría, los baptistas y radicales abogaban por la separación neta de lo civil y lo religioso<sup>160</sup>. La religión era la de los cristianos, pero con independencia de la doctrina, el culto o la disciplina, ratificando la libertad de la conciencia, restringida solo por los daños a terceros y la perturbación de la paz pública. Papistas y episcopalianos no gozarían de esta franquicia. Henry Ireton rechazó esta licencia por ser una invitación a practicar la idolatría y el ateísmo y “todo lo que está en contra de la luz de Dios”<sup>161</sup>. Contra la persecución religiosa y a favor de una amplia tolerancia militaban, además, los socinianos; los espiritualistas radicales de Gerrard Winstanley<sup>162</sup>; los cuáqueros de George

<sup>158</sup> En HART and KENYON, *op. cit.*, vol. 4, p. 472.

<sup>159</sup> Los extremos han sido bien estudiados por J. C. DAVIS, “Religion and the struggle for freedom in the English Revolution”, pp. 507-530; del mismo, “Living with the living God: radical religion and the English Revolution”, pp. 19-41.

<sup>160</sup> Rachel FOXLEY, “Freedom of conscience and the ‘Agreements of the People’”, chap. 5.

<sup>161</sup> En WOODHOUSE, *op. cit.*, p. 143.

<sup>162</sup> Gerrard Winstanley era el líder de un grupo radical conocido como *diggers* (cavadores) que preconizaba la idea de la salvación interior opuesta al culto exterior, la

Fox; diversos sectores republicanos y algunas personalidades singulares como el espiritualista y latitudinario sir Henry Vane, Jr., que rechazaba todo poder de las autoridades seculares en materia religiosa y espiritual; o el clérigo realista y latitudinario Jeremy Taylor; y un largo etcétera<sup>163</sup>.

Los toleracionistas radicales argumentaban ya en términos netamente modernos, basados en la distinción entre lo privado de la conciencia y lo público propio de lo civil, y colegían de modo correcto la separación de Iglesia y Estado. Todos estaban de acuerdo que el magistrado civil carecía de poder en materia espiritual, siguiendo la doctrina que pregonaba Roger Williams: “Todos los Estados civiles con sus oficiales de justicia en sus respectivas constituciones y administraciones son esencialmente civiles, y en consecuencia no son jueces, gobernadores o defensores del Estado cristiano o espiritual ni del culto”<sup>164</sup>. Esta idea importaba el abandono de las tesis de un gobierno divino de los asuntos seculares tanto como de una regencia secular de los asuntos divinos; concluía en el rechazo de una iglesia nacional e, incluso, de la metáfora del pueblo elegido, tan cara por entonces a los ingleses.

La coincidencia de los toleracionistas es notable. Todos entienden que la privatización de la religión y de las iglesias es firme garantía constitucional de las libertades civiles; que la no interferencia entre lo secular y lo religioso se concreta en el no establecimiento de una iglesia oficial y en la igualdad civil de las creencias ahora privadas. Como dirá Roger Williams, anticipándose a John Locke, las iglesias son asociaciones privadas que deben permanecer libres en la sociedad civil, cuyos intereses son prioritarios porque el Estado es permanente y las iglesias voluntarias o accidentales<sup>165</sup>. La tolerancia religiosa acaba sepultando las religiones

---

separación de Iglesia y Estado, la amplia libertad religiosa, una profunda reforma económico-social, etc. Sus ideas religiosas lo ubican próximo a los cuáqueros. A mi propósito es suficientemente esclarecedora la recapitulación que hace Christopher HILL, “The religion of Gerrard Winstanley: a rejoinder”, pp. 147-151.

<sup>163</sup> Cfr. Norah CARLIN, “Toleration for Catholics in the Puritan revolution”, pp. 216-230; John COFFEY, “European multiconfessionalism and the English toleration controversy, 1640-1660”, pp. 341-365; del mismo, “The toleration controversy”; MURPHY, *Conscience and Community...*, op. cit., chap. 3; ZAGORIN, op. cit., chap. 6.

<sup>164</sup> WILLIAMS, op. cit., p. 1, quinta proposición.

<sup>165</sup> Escribe WILLIAMS, op. cit., pp. 46-47: “la iglesia, o la compañía de fieles, sea verdadera o falsa, es semejante a un cuerpo o colegio de médicos en una ciudad, a una corporación, sociedad o la compañía de la India Oriental o de comerciantes de Turquía, o a cualquier sociedad o empresa en London; tales compañías pueden mantener sus tribunales, guardar sus registros, sostener discusiones, y en materias relativas a su sociedad pueden disentir, dividirse, producir cismas y facciones, pleitear y demandarse unos a otros legalmente, sí, romperse totalmente y disolverse en pedazos y en nada, sin que la paz de la ciudad sea en ninguna medida deteriorada o perturbada; porque la esencia o ser de la ciudad, y por tanto el bienestar y la paz, es esencialmente distinta de la de las sociedades

y dando al poder secular el control del camposanto; pero todavía, pues John Milton hace del gobierno el curador de las herejías.

*PROTESTANTISMO, TOLERANCIA Y HEREJÍA  
EN JOHN MILTON*

Republicano y protestante, regicida y puritano, escéptico y fideísta, divino y endemoniado<sup>166</sup>, sus escritos condensan casi todo el universo de las ideas y las pasiones –la mentalidad– de los ingleses radicalizados desde fines del reinado de Carlos I. Tal vez se pueda comenzar por un problema central: ¿puede la falible naturaleza humana conocer la verdad?, ¿pueden los protestantes redescubrir la verdad religiosa que ha sido encubierta y tergiversada por Roma y la teología medieval? Su planteo es de su *Areopagitica* (1644): la verdad ha sido descuartizada y sus restos arrojados a los cuatro vientos, pero a pesar de ello las piezas pueden montarse nuevamente<sup>167</sup>, siempre que existan las libertades de pensamiento y de prensa. A los ojos de los hombres modernos y protestantes, la verdadera herejía no está en el error sostenido con pertinacia, sino en la porfía a no usar la propia razón.

No hay que proceder como la Iglesia católica. Los países deben formar la conciencia de los hombres, no con los “fantásticos terrores de sectas y cismas”, porque con ello se anula “el grave, el celoso afán de conocimiento y entendimiento, que Dios despertara en esta ciudad”<sup>168</sup>. Hay que dejar libre las opiniones, porque de la variedad de creencias desemejantes nacerá “la excelente, graciosa simetría que aventaja a todo el volumen y estructura”<sup>169</sup>. La verdad no es más que la búsqueda de ella, el progresivo andar juntando las piezas desperdigadas en todos los escritos y todas las opiniones:

“todos los pareceres, más aún, todos los errores, conocidos, leídos y co-  
tejados, son de capital servicio y valía para la expedita ganancia de la  
mayor verdad”,

---

particulares; los tribunales de la ciudad, las leyes de la ciudad, los castigos de la ciudad son distintos de aquéllos. La ciudad fue antes que ellas y permanece completa e íntegra cuando tal corporación o sociedad se desmonta”.

<sup>166</sup> John Milton es mucho más que un hereje porque pertenecía al partido de Satán, como William Blake dijese. Cfr. Neil FORSYTH, *The Satanic epic*. Sobre John Milton y la herejía, cfr. Stephen B. DOBRANSKI and John RUMRICH (eds.), *Milton and heresy*.

<sup>167</sup> John MILTON, *Areopagitica*, p. 48.

<sup>168</sup> *Op. cit.*, p. 52.

<sup>169</sup> *Op. cit.*, p. 53.

asegura<sup>170</sup>. Nadie puede delimitar lo verdadero de lo falso y lo bueno de lo malo; sus lindes suelen estar tan próximos o ser tan confusos que alcanzar la distinción solo está en poder de quien se aplique a la experiencia de la lectura, “la promiscua lectura de los libros”<sup>171</sup>, que hará de la propia convicción el criterio rector.

La virtud nace en el terreno de la libertad; toda imposición la anula; toda autoridad la aniquila; poder y libertad no se asocian. Liberar la lectura es liberar la verdad de los dogmas, es dejar libre el entendimiento individual, es afirmar la libre interpretación luterana; es emanciparse de la tiranía de la tradición y de la Iglesia católica<sup>172</sup>. Porque, para John Milton, el catolicismo fue siempre sinónimo de barbarie, como que los irlandeses eran unos bárbaros que amenazaban con hundir a los ingleses en el barbarismo de su fe. Por eso apoyó la conquista de Irlanda por Oliver Cromwell, de quien era funcionario e ideólogo<sup>173</sup>. Sin esta maniquea toma de posición todas las palabras sobre la tolerancia religiosa, salidas de la pluma del poeta, se prestan a ser malinterpretadas<sup>174</sup>.

La religión católica para John Milton, como para muchos contemporáneos suyos y nuestros, no es una religión, sino una institución política que pretende sujetar a la tiranía del Papa todas las naciones. Razón de Estado, pues, para la intolerancia. Pero razón de Estado que se vale de la religión reformada para repetir el archisabido argumento protestante: el catolicismo todo es una idolatría, la más impía de todas. Y una nación que tiene espanto a las herejías no puede tolerar a la más idolátrica de ellas.

“En cuanto a tolerar el ejercicio de su religión, suponiendo que sus actividades en el Estado no sean peligrosas, respondo, que la tolerancia es pública o privada; y que el ejercicio de su religión, en tanto que es idólatra, no puede tolerarse de ningún modo: no públicamente, sin graves e insufribles escándalo para los espectadores con consciencia; no privadamente, sin gran ofensa a Dios, manifestado contra todo tipo de idolatría, aunque sea secreta”<sup>175</sup>.

<sup>170</sup> MILTON, *Areopagítica*, *op. cit.*, p. 18.

<sup>171</sup> *Op. cit.*, p. 21.

<sup>172</sup> *Op. cit.*, p. 57: “¿Quién será tan iletrado o tan mal enseñado por la historia que no haya oído de muchas sectas que rehusaron los libros como estorbo, y conservaron por edades inalterada su doctrina, sólo [valiéndose] de la tradición oral?”

<sup>173</sup> Nicholas MCDOWELL, “John Milton and religious tolerance: the origins and contradictions of the Western tradition”, pp. 134-148.

<sup>174</sup> El más completo análisis es el de la compilación de Sharon ACHINSTEIN and Elizabeth SAUER (eds.), *Milton on toleration*.

<sup>175</sup> MILTON, “Of True Religion...”, *op. cit.*, p. 345. Por eso, entre los que enseñan semejanzas, no hay lugar para los católicos, cuya ilicitud viene de enseñar “lo absolutamente impío y reprobado contra la fe y las costumbres”, afirma en *Areopagítica*, p. 60.

En sus escritos defiende la libertad individual a la práctica de la religión de un modo radical, conteste con su adhesión a la imagen protestante de la fe<sup>176</sup>. ¿Quiere decir ello que la tolerancia de la creencia personal es favorecer las herejías? No, contesta, porque la única herejía es la papista<sup>177</sup>, que debe ser expulsada de la Iglesia nacional, no por la potestad civil, sino por la autoridad eclesiástica. La conclusión cae por su peso propio: si hay tolerancia religiosa, si debe haber libertad de religión, es, en exclusivo, para los protestantes, pues solo ellos se han liberado de la infame tutoría del pensamiento de la Iglesia católica. En *De Doctrina Christiana*, texto descubierto tardíamente, esta libertad es defendida contra toda forma de persecución y coacción:

“Sin esta libertad no hay religión ni Evangelio –prevalece la fuerza sola–, y es una vergüenza para la religión cristiana apoyarse en la fuerza. Sin esta libertad somos todavía esclavos, no como antes, bajo la ley divina, sino, qué es lo más vil de todo, bajo la ley del hombre, o para hablar más exactamente, bajo una tiranía brutal”<sup>178</sup>.

El librepensamiento en religión anula la herejía, que solamente es atribuible a quienes no razonan en la fe, a quienes se apegan a una autoridad y a una tradición que anula los derechos de la razón individual<sup>179</sup>. “Sigo sólo la Sagrada Escritura, no sigo ninguna otra secta o herejía”, afirma John Milton<sup>180</sup>. *Sola Scriptura* y libre interpretación –pilares de la dogmática protestante– emancipan la razón al extremo que la verdad religiosa puede ser herética en el sentido de ser fruto de la libre elección racional del individuo<sup>181</sup>. La religión es asunto de elección personal, por lo mismo debe ser libre. Entonces, la herejía se vuelve para John Milton un imperativo religioso, como afirma Benjamin Myers:

<sup>176</sup> Cfr. Benjamin MYERS, “Following the way which is called heresy’: Milton and the heretical imperative”, pp. 375-393.

<sup>177</sup> John MILTON, “A treatise of civil power in ecclesiastical causes; showing that it is not lawful for any power on earth to compel in matters of religion”, p. 132: “ningún hombre en religión es propiamente un hereje en este día, sino el que mantiene tradiciones u opiniones no probables según la Escritura; el cual, por lo que sé, es únicamente el papista; él es el único hereje, quien toma a todos por herejes salvo él mismo”. Se sabe del odio demoníaco para con la Iglesia de Roma.

<sup>178</sup> John MILTON, *A treatise of Christian doctrine, compiled from the Holy Scriptures*, p. 6.

<sup>179</sup> MILTON, *Areopagítica*, *op. cit.*, p. 43: “Podrá un hombre ser herético en la verdad; que si creyere cosas únicamente porque su pastor se las dice, o la asamblea así lo determina, sin conocer otra razón, a pesar que su creencia sea verdadera, la misma verdad que mantiene se convierte en su herejía”.

<sup>180</sup> MILTON, *A treatise of Christian...*, *op. cit.*, p. 7.

<sup>181</sup> Janel MUELLER, “Milton on Heresy”, pp. 32-33.

“La fe es herejía; la herejía (entendida como opción) es lo que nos incluye en la comunidad cristiana, y además nos da el derecho a la tolerancia por el Estado”<sup>182</sup>.

## 7. Balance preliminar

¿Es posible hacer un recuento del capital adquirido en este siglo y medio de historia religiosa inglesa? ¿Existe alguna cuenta que hacer desde el cisma de Enrique hasta la guerra civil que desemboca en la república puritana de Oliver Cromwell? ¿Hay ciertos elementos comunes o constantes que se manifiestan con regularidad o persistencia más allá de los vaivenes políticos? Creo que sí, y que tiene relevancia el destacarlos antes proseguir en la aventura.

Un primer elemento a ponderar es la fuerte Iglesia nacional convertida en patrón de uniformidad y ortodoxia de la religión nacional de los ingleses, con independencia de su gobierno episcopal o presbiteriano, anglicano o puritano, realista o parlamentario; Iglesia oficial que fue escudo contra disidentes y herejes; bastión de la nacionalidad inglesa; instrumento del Estado naciente que sirviéndose de ella pudo consolidarse. Ella fue el centro del consenso y del conflicto.

Un segundo elemento es el obstinado anticatolicismo que es rasgo definitorio de la identidad nacional inglesa. Hay una simple explicación de ello: el calvinismo inglés en su variada composición necesitó siempre del enemigo romano para afirmarse y acentuarse; enemigo real muchas veces y fantasmal otras, puesto que si las diferencias teológicas eran ciertas y fundamentales, quedaban apañadas y domesticadas por el predominio de un interés político-estatal, que tenía ya un componente definitivo y negativo de su consenso: no era católico, no los incluía.

El tercer elemento se encuentra en el anárquico divisionismo protestante, que es factor relevante de la historia de las religiones reformadas desde sus orígenes, que posee enormes repercusiones en el campo religioso estricto y también las tiene en la arena política. El Estado-Iglesia anglosajón debió vérselas con una enorme cantidad de creencias religiosas, de iglesias y conventículos, de sectas y congregaciones a lo largo de estos ciento treinta años, desarrollo que tiene un resultado inequívoco: la puja por imponer la uniformidad resultaba en su contrario, en una creciente, compleja e ingobernable diversidad.

---

<sup>182</sup> MYERS, *op. cit.*, p. 389.

Otro elemento, el cuarto, gira en torno al consenso calvinista, pues más allá del mínimo requerido para la Conformidad, el anterior factor parecería quebrarlo. La necesidad de precisar el grado de ese consenso lleva a Peter Lake, entre otros, a una distinción que toma de Robert Tillman Kendall: hay calvinistas de credo (*credal calvinist*) y calvinistas experimentales (*experimental calvinist*)<sup>183</sup>, aquellos centrados en la doctrina y la Iglesia, estos en la piedad particular, es decir, no tanto en lo teórico como en la práctica de la santificación. Estos últimos tienen una potencial consecuencia política porque su espiritualismo se traduce en la crítica a la tiranía del Estado-Iglesia<sup>184</sup>.

Al final nos encontramos con la tolerancia religiosa. Aceptando que no se trata de libertad de religión, sino de tolerancia estatal de la religión, la resolución que los ingleses por entonces dieron a la diversidad de credos e iglesias queda dentro de los cánones de la razón de Estado. Lo que se permitió y lo que se prohibió; lo que se admitió y lo que se condenó, siempre estuvo guiado por el interés del Estado más que por la pureza de la religión, o por la religión en la pureza tal como la concebía el Estado-Iglesia; la línea divisoria no la trazaba la teología, sino el criterio del gobernante (Monarca, Corte, Parlamento) que decidía sobre la ortodoxia anglicana. Hubo tolerancia, sí, pero entre protestantes y paraprotestantes.

Las cuestiones disputadas sobre el gobierno de la Iglesia oficial que dividieron a anglicanos conformistas y puritanos no conformistas, en sus variantes presbiterianas y congregacionistas, desde la óptica de la tolerancia religiosa, son secundarias y relativas, desde que los argumentos apuntan más al arco de profesiones de fe comprendidas en la Iglesia nacional que a la impugnación lisa y llana de esta. Recién con la aparición de las sectas baptistas y cuáqueras, entre otras, que planteaban la separación de la Iglesia y el Estado, comienza a percibirse una política más allá del toleracionismo. Pero hay que decir que esto no ocurrió. El calvinismo británico, al igual que el de los Países Bajos, confió siempre en la disciplina político-religiosa del Estado-Iglesia y descreyó que los problemas políticos, sociales y religiosos pudieran solucionarse concediendo una tolerancia extensa. Lo más que se avanzó fue en la inclusión de disidentes a su interior, en lo que llamaron “comprensión”. Pero no más.

---

<sup>183</sup> LAKE, “Calvinism...”, *op. cit.*, pp. 32-76. Véase el agudo análisis de MARSHALL, *Reformation England...*, *op. cit.*, p. 139 and next.

<sup>184</sup> Cfr. Nicholas TYACKE, “The Puritan paradigm in English politics, 1558–1642”, pp. 527-550 y David R. COMO, “Radical Puritanism, c. 1558-1660”, pp. 241-258.

## 8. El protectorado, las sectas y la tolerancia religiosa

### LA REVOLUCIÓN PURITANA Y LA REPÚBLICA

La tensión entre Parlamento y realaleza fue en aumento durante toda la década de 1640, aunque ya por entonces, como afirma John Coffey<sup>185</sup>, el consenso acerca de la persecución como medio de disciplinamiento de los disidentes, estaba quebrado. En 1645 el Parlamento dio un paso más en la escalada del conflicto al abolir el régimen del episcopado de gobierno eclesiástico e instituir el sistema presbiteriano; sin embargo, ante el decidido avance de los independientes, comandados por Oliverio Cromwell, los parlamentarios buscaron fortalecer al Monarca ofreciéndole un compromiso que incluyera el consentimiento regio para con la nueva Iglesia presbiteriana con el descarte de los sectarios que eran una “gangrena” en Inglaterra. Pero siendo la cuestión religiosa más urticante que la constitucional –como he dicho al comienzo con una frase de David Wootton–, no había solución política posible con la exclusión de las partes del conflicto religioso, incluidos los que estaban fuera de la Conformidad. Este hecho –la no inclusión de los disidentes en el acuerdo– reanimó el conflicto y los parlamentarios se dividieron en su lealtad al Monarca o al Nuevo Ejército Modelo, que había desplazado al Parlamento que ya no tenía autoridad.

En 1647 sucede la Gran Rebelión. Los independientes, por las armas y la política, bloquearon la decisión constitucional, asaltaron el Parlamento y concluyeron con el gobierno. Un años después, iniciaron una operación de limpieza, las llamadas *Pride's Purge*, que acentuó la división y volvió imposible toda transacción, quedando en suspenso la reforma de la Iglesia y la aplicación del régimen presbiteriano<sup>186</sup>. Era evidente que la resolución de la guerra civil había traspasado el poder al interior de los vencedores y a favor de los independientes, haciéndose inevitable la fragmentación del frente antimonárquico, como se evidencia ya en los Putney Debates de 1647 sobre la extensión del sufragio y los debates en Whitehall de 1648-1649 sobre la tolerancia religiosa. Finalmente, los presbiterianos fueron expulsados del Parlamento; el Rey fue ejecutado a comienzos de 1649; la monarquía fue abolida, los lores suprimidos y la república proclamada<sup>187</sup>.

<sup>185</sup> COFFEY, *Persecution and toleration...*, *op. cit.*, p. 147.

<sup>186</sup> KISHLANSKY, *op. cit.*, part II, chap. 5-8, sobre el fracaso de la política parlamentaria y el predominio del Nuevo Ejército.

<sup>187</sup> Los documentos constan en ADAMS and STEPHENS, *op. cit.*, pp. 394-400.

Los independientes, de ideas congregacionistas, se hicieron poderosos en el gobierno de Oliver Cromwell que combatió duramente a los puritanos escoceses hasta derrotarlos. Ya dijimos que los congregacionistas no eran partidarios de la separación de Iglesia y Estado, sino que propiciaban una relación más laxa para evitar la excesiva injerencia del gobierno en los asuntos eclesiásticos. En su oportunidad, afirmé que, según fuese la situación, los independientes podían aproximarse a los no conformistas o viceversa. Y lo último fue lo que ocurrió: los independientes recibieron el apoyo de los espirituales, los baptistas y otras sectas –por entonces visibles y con voz por la ineficiencia de la censura de la prensa<sup>188</sup>– que se formaron en este ambiente convulsionado y defendían el derecho a practicar libremente la fe. Podría decirse que en estos sectores militaban las corrientes toleracionistas en diverso grado<sup>189</sup>.

La abolición de la monarquía llevó a la instauración de una república, inspirada en las ideas radicales que habían fermentado en los últimos años de la guerra civil. Una relativa tolerancia religiosa fue garantizada en la carta constitucional de la república y el Parlamento derogó las leyes de uniformidad y las que penalizaban a los que no adhirieran a la Iglesia establecida. Los pilares de la Iglesia anglicana fueron sacudidos: el Rey, su jefe supremo, fue decapitado; los Treinta y Nueve Artículos, reemplazados por la Confesión de Westminster; el *Book of Common Prayer*, sustituido por reglas de servicio religioso y el episcopado fue abolido. La misma Iglesia anglicana fue cancelada.

Los *Instrumentos de gobierno*, la nueva Constitución de 1653, declaraba que la religión cristiana tal como estaba contenida en las Escrituras constituía la profesión pública de las naciones británicas; conservaba la Iglesia nacional, pero sin implementar un régimen compulsivo (artículo XXXV); y garantizaba la libertad de culto a los diferentes sectores (artículo XXXVI), con exclusión de los papistas –el catolicismo fue brutalmente reprimido en Irlanda– y episcopalianos o anglicanos (artículo XXXVII)<sup>190</sup>. El régimen fue confirmado en el documento conocido como *The Humble Petition and Advice* de 1657, que añadió la garantía a los no conformistas de ser aceptados a empleos y cargos civiles y expresó que serían castigados los que perturbaran los servicios parroquiales, táctica de los cuáqueros<sup>191</sup>.

---

<sup>188</sup> COFFEY, *Persecution and toleration...*, *op. cit.*, p. 143.

<sup>189</sup> Remito a los ya citados COFFEY, “Puritanism and liberty...”, *op. cit.*, pp. 961-985 y ZAKAI, “Religious toleration...”, *op. cit.*, pp. 1-33. Véase también Sarah Gibbard COOK, “The congregational Independents and the Cromwellian constitutions”, pp. 335-357.

<sup>190</sup> ADAMS and STEPHENS, *op. cit.*, pp. 407-416.

<sup>191</sup> GEE and HARDY, *op. cit.*, pp. 583-585.

### LA POLÍTICA RELIGIOSA DE OLIVER CROMWELL

Siendo un puritano congregacionista o independiente, no tenía por la tolerancia religiosa una convicción fervorosa como las de los inconformistas que integraban el bando vencedor<sup>192</sup>; incluso puede alegarse que sus creencias religiosas no lo hacían un hombre de tomar partido por iglesia alguna<sup>193</sup>. Es cierto que no veía con malos ojos el establecimiento de la Iglesia nacional, bastión religioso y moral también de su gobierno, pero creía, en cambio, que las diferencias religiosas no debían afectar los derechos civiles, opinión compartida por otras personalidades como el poeta John Milton. Se afirma que un factor de gravitación en la política religiosa del Interregno fue el Ejército que estaba formado, como se vio, por disidentes, al punto que un autor anónimo atribuyó su poder y la victoria al hecho de ser “a praying army”.

En él, las causas políticas de la guerra se asocian a las razones religiosas, tanto como su providencialismo está unido a su constitucionalismo. El gran debate que existe aún hoy entre los historiadores ingleses, y que no puedo repetir, que gira en torno a las causas de la revolución, si religiosas o civiles, a mi entender, se zanja si se comprende que ambas causas están entrelazadas en un trasfondo puritano que prioriza la cuestión religiosa<sup>194</sup>.

Él mismo estableció como base de la unidad de las confesiones cristianas –y, por tanto, de la tolerancia religiosa– una creencia básica en el poder transformador de la fe, que alumbraba la esperanza de una nueva nación con una Iglesia también nueva. Esa esperanzada fe, nacida de las conciencias religiosas, había sido el factor determinante de la revolución y así lo dijo al Parlamento del Protectorado en 1654:

“¿No es acaso esencial la libertad de conciencia en la religión? Si hay libertad de conciencia para el supremo magistrado de ejercer su conciencia para erigir la forma de gobierno de la iglesia que está convencido debe establecer, ¿por qué no debería dársela a los demás? La libertad

<sup>192</sup> Sobre Oliver Cromwell y el Protectorado, véase Gerald E. AYLMER (ed.), *The interregnum. The quest for settlement 1646-1660*; Andrew BRADSTOCK, *Radical religion in Cromwell's England. A concise history from the English Civil War to the end of the Commonwealth*, sobre los diferentes grupos religiosos y DURSTON and MALTBY, *op. cit.*

<sup>193</sup> Colin DAVIS, “Cromwell's religion”.

<sup>194</sup> RUSSELL, *op. cit.*, atribuye la causa principal a la debilidad de la monarquía, antes que a las ideas encontradas sobre la libertad. Para John MORRILL, “Religious context of the English Civil War”, pp. 155-178, la revolución puritana no fue la primera revolución moderna, sino la última de las guerras de religión. Cfr. la discusión de esta tesis en Rachel FOXLEY, “Oliver Cromwell on religion and resistance”, pp. 209-230 y Blair WORDEN, “Oliver Cromwell and the cause of civil and religious liberty”, pp. 231-251.

de conciencia es un derecho natural [...]. Todo el dinero de esta nación no habría tentado a los hombres a combatir bajo esa cuenta, como han estado comprometidos, si no hubieran tenido esperanzas de libertad, mejores de las que tenían bajo el Episcopado, o que les hubiera brindado un Presbiterianismo escocés, o uno inglés [...]"<sup>195</sup>.

Sin embargo, esa libertad de conciencia no estaba habilitada al extremo de “patrocinar villanías”, como lo advirtió en su discurso del 4 del mismo mes<sup>196</sup>. Según explica el gran historiador de este periodo, Blair Worden, para Oliver Cromwell y John Owen –su capellán y el arquitecto de la Iglesia del Interregno, vicescanciller de la Universidad de Oxford y decano del colegio Christ Church– la libertad de conciencia era relativa a los protestantes, no a las falsas religiones. Se trataba de la “unidad del partido de los santos en todas sus varias formas”<sup>197</sup>.

En el discurso político de la época, con la palabra ‘libertad’ se hacía referencia tanto las civiles (las tradicionales libertades de los ingleses) como la religiosa (la pureza de la religión protestante inglesa); también la libertad civil del pueblo de darse un gobierno (como en los *Levellers*) y la libertad religiosa o de conciencia que es sumisión a la voluntad divina y no a la humana del magistrado (así en los puritanos)<sup>198</sup>. Calvinista puritano, no puede pensar la una separada de la otra; de modo que por más libertad que diera a las iglesias no podía dejar de contenerlas en la nacional, esto es, en un marco disciplinario.

Para los ingleses la herejía comportaba un error intolerable y todos los sectores de la Iglesia oficial (conformistas, presbiterianos, congregacionistas, etc.) estaban de acuerdo en que algún poder debía tener la autoridad civil para corregir los errores religiosos. John Owen no es una excepción: tolerancia no significa que la herejía es libre para propagarse, de modo que debía prohibirse la difusión de las ideas de los socinianos, por ejemplo, que desconocían a la Santísima Trinidad. Sin embargo, corregir no se asimila a perseguir. La herejía –como medida primera– debía ser controlada, pero el hereje no debía ser castigado salvo que alterara la paz pública. En esta segunda instancia, es la doctrina disolvente la que no debía ser tolerada, alegato dirigido contra los jesuitas y los anabaptistas. Tampoco debía tolerarse la difusión o comunicación de males que corrompieran las buenas costumbres, esto es, en un tercer peldaño, las doctrinas inmorales

---

<sup>195</sup> Discurso del 12 de septiembre de 1654 al Parlamento, en Thomas CARLYLE, *Oliver Cromwell's letters and speeches: with elucidations*, vol. IV, pp. 61-62.

<sup>196</sup> *Op. cit.*, p. 26.

<sup>197</sup> Blair WORDEN, “Toleration and the Cromwellian Protectorate”, p. 210.

<sup>198</sup> DAVIS, “Religion and the struggle...”, *op. cit.*, pp. 507-530.

y la idolatría (como la misa católica) debían ser castigadas y suprimidas por el poder civil<sup>199</sup>.

A resultas de esto, católicos, socinianos, anabaptistas y cuáqueros tienen restringido, sino prohibido, el acceso al escenario de la vida religiosa inglesa. Ahora bien, en tanto que los ministros de la religión y las autoridades políticas son ambos servidores de Dios, la religión autorizada por el magistrado no debía resistirse y los ministros debían ser protegidos y respetados por todos los ciudadanos. En este cuarto nivel, John Owen expresa la necesidad de un culto público respecto del cual no hay libertad alguna para oponerse, lo que en buen romance importa la negación de una tajante separación entre la Iglesia y el Estado<sup>200</sup>.

Los congregacionistas, como el propio John Owen, estaban en general de acuerdo con el *establishment* anglicano, según se dijo ya, y lo que los distinguía de los presbiterianos era la determinación del grado en el cual se debía protección estatal a la Iglesia y la religión oficial –es decir, hasta dónde se extendía la potestad del gobernante secular– antes que la necesidad misma de esa protección. Como se sabe, la disidencia se concentraba en el gobierno de la Iglesia, que para los presbiterianos competía establecer por el magistrado civil, cosa que los congregacionistas rechazaban. Para aquellos, era tarea del gobierno mantener la paz y la unidad de la Iglesia, por lo que el magistrado estaba autorizado para suprimir las blasfemias y herejías, como se formuló en la Confesión de Westminster (XXIII.3)<sup>201</sup>; en cambio, la Declaración de Savoy (1658), a la que adhieren los congregacionistas, niega que el magistrado en su cometido pueda lesionar la libertad de conciencia de rendir culto a Dios de una manera diversa, pero no ofensiva (XXIV.3)<sup>202</sup>.

A la luz de las ideas, pero también de los conflictos internos del Protectorado –como el de Oliver Cromwell y el Parlamento en torno a las franquicias religiosas<sup>203</sup>–, es una exageración afirmar que la tolerante república cromwelliana apoyó el multiconfesionalismo<sup>204</sup> o tendió hacia

<sup>199</sup> John OWEN, “A Country Essay for the Practice of Church Government there”, vol. VIII, pp. 49-69. Véase John COFFEY, “John Owen and the Puritan toleration controversy, 1646-59”, p. 227 and next.

<sup>200</sup> John OWEN, “A Short Defensative about Church Government, Toleration, and Petitions about these things”, vol. VIII, pp. 43-48. Es el prefacio al tratadito antes citado.

<sup>201</sup> Cfr. ALONZO RAMÍREZ, *Los estándares de Westminster*, p. 89.

<sup>202</sup> *A Declaration of the Faith and Order...*, *op. cit.*

<sup>203</sup> David L. SMITH, “Oliver Cromwell, the first Protectorate Parliament and the religious reform”, pp. 167-181.

<sup>204</sup> Bernard CAPP, “Multiconfessionalism in early modern Britain”, pp. 297-298, lo dice así porque la tolerancia excedió el círculo de apoyo a Oliver Cromwell y se amplió a los presbiterianos, los baptistas, los cuáqueros pacíficos y los judíos.

el ecumenismo religioso<sup>205</sup>. Y ello por la simple razón de que la tolerancia, como se dijo, se restringía a los protestantes. Como aconteciera en épocas anteriores, el Estado reformado tenía a su cargo la Iglesia oficial y establecía la ortodoxia de las creencias con la amplitud que dispusiera, no obstante las dificultades del Estado para hacer efectivo el control sobre los disidentes<sup>206</sup>.

Hubo también una persistente intolerancia especialmente para con los católicos, porque a su juicio y el de otros calvinistas, la misa constituía una herejía más que un error<sup>207</sup>, juicio a tono con el anticatolicismo, que era ya parte esencial de la mentalidad nacionalista inglesa. Es cierto que algunos escritores del sector no conformista se pronunciaron por la tolerancia de los católicos con límites<sup>208</sup>, pero la mayoría se oponía; entre estos, el presbiteriano y virulento erastiano William Prynne, quien abogaba por que el gobierno suprimiera a los disidentes de la Iglesia nacional. Es el momento de Thomas Hobbes y su *Leviathan* (1651), cuyo estatismo totalitario no admite disidencia religiosa ni de pensamiento; y también de Samuel Rutherford, *Free Disputation Against Pretended Liberty of Conscience* (1649), un presbiteriano calvinista ortodoxo opuesto a la libertad de conciencia<sup>209</sup>.

Tampoco se toleraba a los unitarios o antitrinitarios<sup>210</sup>. La exigencia de creer en Jesucristo se entendió como un implícito rechazo a los racionalistas socinianos. En 1650 el Parlamento aprobó una ley contra ateos, blasfemos y otras personas o grupos de opiniones execrables contrarias al honor debido a Dios y destructivas de la sociedad, prohibición dirigida

---

<sup>205</sup> Carol CROSS, "The Church of England, 1646-1660", p. 113, aludiendo al gran número de iglesias separadas e incorporadas a la iglesia de Oliver Cromwell (independientes, presbiterianas, baptistas, etcétera).

<sup>206</sup> Blair WORDEN, *Literature and politics in Cromwellian England. John Milton, Andrew Marvell, Marchamont Nedham*, p. 247.

<sup>207</sup> Decía Oliver Cromwell a los irlandeses: "Si por libertad de conciencia quieren decir 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". Citado en MURPHY, *op. cit.*, p. 118. Informa WALSHAM, *op. cit.*, p. 62, que en 1657 se obligó a los recusantes a abjurar del Papa, a rechazar la transubstanciación, el purgatorio y el culto de las imágenes.

<sup>208</sup> CARLIN, *op. cit.*, pp. 216-230, pone los casos de Roger Williams, Henry Robinson, Henry Danvers, Richard Overton y otros inconformistas de tendencias radicales, *Levellers*, opositores a Oliver Cromwell. Según Norah Carlin, es un error de los historiadores pretender que casi exclusivamente la tolerancia era apoyada por los arminianos y no por los calvinistas, pues estos calvinistas tenían una concepción de la conciencia que impedía fuese forzada por la autoridad civil o religiosa, lo que los separaba de la corriente papista arminiana.

<sup>209</sup> Thomas HOBBS, *Leviathan* y Samuel RUTHERFORD, *Free Disputation...*, *op. cit.*

<sup>210</sup> Es tema del artículo de WORDEN, "Toleration...", *op. cit.*

en principio contra las sectas antinomistas que decían estar libres de la ley moral y del pecado.

También tenía inquietud por evitar el desquiciamiento religioso que era preanunciado por el crecimiento incesante de sectas heréticas y corrientes cismáticas<sup>211</sup>. En línea con las prohibiciones mencionadas, el problema principal que enfrentaban ahora los puritanos era la amenaza de los racionalistas arminianos y socinianos<sup>212</sup>, la variedad de deístas<sup>213</sup> y de sectas milenaristas<sup>214</sup>. Asimismo, no quería perder el control de la Iglesia y para reforzarlo introdujo dos nuevas instituciones de vigilancia al clero: los llamados “*Triers*”, miembros de unas comisiones que tenían la tarea de aprobar a los predicadores públicos; y los “*Ejectors*”, integrantes de los comités encargados de expulsarlos<sup>215</sup>. No obstante, el funcionamiento del régimen fue bastante laxo y permitió la incorporación de diversos sectores del protestantismo inglés con la sola exigencia de un básico calvinismo como el definido en el *Breve Catecismo* de Westminster<sup>216</sup>.

Lo cierto es que los puritanos, en especial los congregacionistas, recibieron de su gobierno una libertad de la que hasta entonces no habían gozado, pues fue una causa que llevó contra un Parlamento hasta entonces recalcitrante<sup>217</sup>; pero el hecho de que estos puritanos fuesen admitidos, no puede encubrir la intolerancia para con diversos sectores que se consideraban contrarios a la paz civil, como los cuáqueros o los ya citados papistas. Y esta experiencia de tolerancia religiosa, observa Wilbur Kitchen Jordan, lejos de desestabilizar al gobierno, permitió una aceptable paz al prevenir las tentativas sectarias<sup>218</sup>.

Pero resulta excesivo sostener, como hace el historiador estadounidense<sup>219</sup>, que a fines del Protectorado y comienzos de la Restauración

<sup>211</sup> John COFFEY, “A ticklish business: defining heresy and orthodoxy in the Puritan revolution”, chap. 5, pp. 108-136.

<sup>212</sup> Ann HUGHES, “‘The public profession of these nations’: the National Church in Interregnum England”, chap. 4.

<sup>213</sup> Richard H. POPKIN, “The deist challenge”, pp. 195-215.

<sup>214</sup> BRADSTOCK, *op. cit.*, estudia a los grupos radicalizados: baptistas, niveladores, cavadores, charlatanes (*Ranters*), cuáqueros, los hombres de la quinta monarquía y los muggletonianos, seguidores del exótico Ludowick Muggleton.

<sup>215</sup> HUGHES, “The Cromwellian...”, *op. cit.*, pp. 444-456.

<sup>216</sup> La Confesión de Fe de Westminster, establecida por los puritanos tras los debates con independientes y erastianos, en reemplazo de los Treinta y Nueve Artículos, quedó plasmada en 1648 tras la revisión del Parlamento. En ella se basan los dos catecismos, el mayor y el menor o breve. Cfr. MITCHELL, *op. cit.*, chap. X a XII. RAMÍREZ, *op. cit.*, trae el catecismo menor en pp. 119-157.

<sup>217</sup> JORDAN, *op. cit.*, pp. 160-175.

<sup>218</sup> *Op. cit.*, p. 171.

<sup>219</sup> *Op. cit.*, p. 469.

la batalla por la tolerancia estaba decidida a favor de esta, faltando solo algunos ajustes institucionales, que se alcanzarían con el Acta de 1689. Porque si se trata de mensurar la tolerancia, hay al menos dos métodos: en relación con los periodos y gobiernos precedentes, su política fue más inclusiva y también más relajada en la disciplina, pero siempre en el abanico de las denominaciones protestantes; en cambio, si midiera la tolerancia del Interregno en relación con la posterior a 1688, no parece que esta haya sido una ley superadora. Al contrario, en muchos aspectos la ley Guillermina generó un retroceso.

A la luz de las investigaciones históricas parece indudable la mayor amplitud de las tendencias aceptadas por la Iglesia nacional del Protectorado, del todo compatible con la intención de combatir las más extremas, religiosas y políticas. Sin embargo debe insistirse en un aspecto: los tolerados fueron siempre protestantes amigos o inofensivos a ojos del gobierno.

### 9. *Las dificultades de la política religiosa bajo la Restauración*

#### LA NUEVA INSTAURACIÓN DE LA IGLESIA ANGLICANA

Con el restablecimiento de la monarquía se produce también el retorno de la Iglesia oficial anglicana, junto a instituciones fundamentales como el régimen episcopal de gobierno<sup>220</sup> y el *Book of Common Prayer*<sup>221</sup>. Sin embargo, lejos de apaciguarse los ánimos, el religioso litigio fue concentrándose en el ejercicio de la supremacía regia y la política comprensiva de los segundos Estuardo, como si los puritanos se negaran a dar un paso atrás y retrotraer la situación a tiempos de Isabel. Lo cierto es que Carlos II y Jacobo II fueron más generosos en cuanto a la tolerancia religiosa que el Parlamento, siempre más hostil a los disidentes y más celosos de la supremacía de la Iglesia anglicana, si bien sus actos se deben más a la magnanimidad de los reyes que a una estricta tolerancia<sup>222</sup>.

<sup>220</sup> Kenneth FINCHAM and Stephen TAYLOR, "Episcopalian identity, 1640-1662", p. 476 and next, estudian las nuevas modalidades del episcopalismo en este periodo.

<sup>221</sup> Cfr. la ley de 1662 An Act for the Uniformity en GEE and HARDY, *op. cit.*, pp. 600-619.

<sup>222</sup> Sobre la Restauración, véase Lionel K. J. GLASSEY (ed.), *The reigns of Charles II and James VII & II*; Tim HARRIS, *Restoration. Charles II and his Kingdoms 1660-1685* y Paul SEAWARD, *The Restoration 1660-1688*. Un buen estudio en español sobre los debates religiosos en las primeras décadas, es el de Daniel MIELGO BREGAZZI, "Introducción", pp. 17-225, especialmente a partir de p. 136 y ss.

El Parlamento, que pretendía el restablecimiento de la soberanía compartida según la antigua Constitución, reaccionaba contra el hecho que los reyes tomaran las medidas por sí propios, sin consulta legislativa ni ley que los avalara, actos que a su juicio eran ilegales, aunque los monarcas lo hicieran en ejercicio de la supremacía o prerrogativa, y como medio de defensa –dirá Samuel Parker– contra los enemigos exteriores (es decir, los papistas) e interiores (esto es, los no conformistas).

Todavía no entronizado, Carlos II prometió libertad de religión. En la Declaración de Breda (1660), hecha pública semanas antes de su regreso, el Rey deploró la poca generosidad religiosas de años anteriores, declarándose a favor de la “libertad para las conciencias sensibles”. En esta manifestación, Carlos II proclamó que ningún hombre debería ser inquietado o cuestionado por tener opiniones diferentes en materia de religión siempre “que no perturbaran la paz del Reino”. Estaba dispuesto a consentir una ley del Parlamento que, tras madura deliberación, ofreciera “la plena concesión de esa indulgencia”<sup>223</sup>. Sin embargo, el Parlamento, que sospechaba que el Rey tuviera tendencias favorables al catolicismo, con el apoyo de los obispos, tenía ideas diferentes: el fortalecimiento del anglicanismo establecido nuevamente como Iglesia nacional, con el monopolio de la religión. A esta tensión político-religiosa se sumará otra, originada en el desarrollo cada vez más vigoroso de un racionalismo teológico y religioso de sesgo individualista, que alegaba por los derechos de la razón o la conciencia enfrentadas a la Iglesia nacional y al Estado, es decir, a la imposición forzada de las creencias y el culto.

Los historiadores entienden que Carlos II buscaba constituir un amplio frente de sectores religiosos (constituidos por anglicanos, puritanos y presbiterianos moderados, incluso por cuáqueros y católicos) con un fin estrictamente político: el interés y la seguridad del Estado y la monarquía. Se trataba de una política amistosa en el plano religioso que era expresión de la “razón de Estado” orientada a una iglesia nacional más flexible o menos rígida, comprensiva si se quiere, para incluir sectores minoritarios. Tal el sentido que los latitudinarios daban a la “comprensión”.

La política religiosa del Monarca, entonces, aunque no apoyada por la mayoría del clero, sí coincidía con el planteamiento teológico de los latitudinarios. Era este un sector partidario de la doctrina de tradición anglicana, opuesto, por lo tanto, a los puritanos reformistas y a los defensores de una amplia libertad de conciencia; pero que entendían que las circunstancias aconsejaban conceder ciertas libertades religiosas en las materias indiferentes (adiáfora) al amparo de la Iglesia nacional; es decir, si

---

<sup>223</sup> En ADAMS and STEPHENS, *op. cit.*, pp. 420-422.

entreveían una conveniencia política, eran proclives a ceder en el terreno religioso y aceptar esas diferencias en la Iglesia. La “comprensión” no los hacía enemigos del *establishment*<sup>224</sup>.

Los anglicanos episcopalistas se oponían a esta inclusión. La consolidación de la Iglesia nacional demandaba de una política intransigente para con las sectas y los disidentes, que a su vez estaba justificada por los recuerdos de la reciente guerra civil y la anarquía que habían aparejado los experimentos de diversidad religiosa acodados en la libertad de conciencia<sup>225</sup>. Los latitudinarios estaban dispuestos a una concesión limitada de la libertad religiosa y los defensores de la libertad de conciencia (Henry Stubbe o Edward Bagshaw) eran favorables a una amplia franquicia para todas las sectas no amparadas por la Iglesia oficial. Los no conformistas vacilaban entre una amplia comprensión dentro de la Iglesia (Richard Baxter) o la tolerancia en nombre de la libertad de conciencia (John Owen)<sup>226</sup>.

Lo dicho hasta aquí implica, entre otras cosas, que en tiempos de la Restauración se producen nuevos alineamientos en la Iglesia nacional y, como efecto o consecuencia, renovadas dificultades terminológicas para identificar y ubicar a los puritanos y los otros grupos, como ya he señalado<sup>227</sup>. La mayoría de los “puritanos presbiterianos” son agrupados ahora bajo el rótulo de “no conformistas”, pues aquella vieja denominación (los viejos buenos puritanos) parecía pasada de moda, poco actual, y la nueva no estaba cargada de significado negativo como otrora. Por ejemplo, el ministro presbiteriano John Corbet, en 1667, al principio de *A Discourse of the Religion of England Asserting*, distingue tres grupos religiosos en Inglaterra: los protestantes que adhieren a la Iglesia nacional, los puritanos

---

<sup>224</sup> Dentro de este amplio grupo –por demás ubicuo, su nombre así lo dice– se ubicaban, entre otros, Edward Fowler, Edward Stillingfleet, Joseph Glanvil y John Wilkins. Cfr. Richard ASHCRAFT, “Latitudinarianism and toleration: historical myth versus political history”, pp. 151-177; John MARSHALL, “*The ecclesiology of the latitude-men 1660-1688: Stillingfleet, Tillotson and ‘Hobbism’*”, pp. 407-427; Barbara J. SHAPIRO, “Latitudinarianism and science in seventeenth-century England”, pp. 16-41 y John SPURR, “Latitudinarianism and the Restoration Church”, pp. 61-82.

<sup>225</sup> Según Mark GOLDIE, “The theory of religious intolerance in Restoration England”, p. 333, las mejores apologías de los conformistas, desde la Restauración hasta la Revolución, se encuentran en los escritos de Samuel PARKER, *A Discourse on Ecclesiastical Polite* y Edward STILLINGFLEET, *The unreasonableness of separation, or, An impartial account of the history, nature, and pleas of the present separation from the communion of the Church of England to which, several late letters are annexed, of eminent Protestant divines abroad, concerning the nature of our differences, and the way to compose them*.

<sup>226</sup> Los estudios sobre John Owen y Richard Baxter son copiosos, pero véase Tim COOPER, *John Owen, Richard Baxter and the formation of nonconformity*, que expone las diferencias y el conflicto entrambos.

<sup>227</sup> Recuérdese el trabajo de GREAVES, *op. cit.*, pp. 449-486.

que son no conformistas porque adhieren a los artículos de fe, pero no les place el sistema de gobierno de la Iglesia, y los católicos que rechazan la Reforma y no adhieren sino a la Iglesia de Roma<sup>228</sup>.

A resulta de este cambio en las posiciones, con abstracción de las etiquetas de los historiadores, se dice que los puritanos son ahora más conservadores o moderados, aunque se consideren no conformistas por mantener las ideas sobre el gobierno de la Iglesia y disputen contra el Monarca por sus derechos parlamentarios, todo el cual llevaba a que la amplia gama de los anglicanos (o conformistas) los consideraran parte de los disidentes de la Iglesia nacional<sup>229</sup>. Pero esto fuerza a mover el linde entre no conformistas y disidentes, pues los puritanos presbiterianos no gustaban que se los identificara con tal mote; así, el extremo de los “disidentes” será ocupado por todos los no reconciliados con la Iglesia, esto es, los separatistas: cuáqueros, baptistas y congregacionistas<sup>230</sup>.

Es evidente que conformistas e inconformistas estaban separados por una porosa línea<sup>231</sup>. Por momentos se tiene la impresión de que el interregno de Oliver Cromwell dejó las cosas como estaban antes: no ha desaparecido el conflicto entre el Rey y el Parlamento por el gobierno de la Iglesia, tampoco se ha delimitado el alcance de la comprensión dentro de la Iglesia oficial (conformidad), la mayoría de los puritanos mantiene la tesis presbiteriana contra el régimen episcopal, persiste y se incrementa el amplio y nebuloso sector de los separatistas, etc. Todo vuelve a repetirse<sup>232</sup>.

Bajo la Restauración se renueva, entonces, el conflictivo panorama en materia religiosa de décadas anteriores, pero ahora con una neta traducción política, porque el Parlamento es contrario a la tolerancia de confesiones que no sean las de la Iglesia nacional, prohibiendo a los clérigos disidentes predicar y suministrar los sacramentos<sup>233</sup>. Aunque algunos disidentes y

<sup>228</sup> John CORBET, *A Discourse of the Religion of England: Asserting, That Reformed Christianity Setled in Its Due Latitude, Is the Stability and Advancement of This Kingdom*.

<sup>229</sup> Roger L'ESTRANGE, *Toleration Discuss'd*, 1663, p. 74, simplifica o clarifica las cosas, al afirmar que los episcopalianos estaban de parte del Rey y la Iglesia, y los no conformistas militaban contra el Rey siendo responsables de la destrucción de la Iglesia y el Estado.

<sup>230</sup> Véase COOPER, *op. cit.*; Geoffrey N. NUTTALL *et al.*, *The beginnings of nonconformity*; John SPURR, “Religion in Restoration England”, pp. 90-124; David L. WYKES, “Introduction: Parliament and dissent from the Restoration to the twentieth century”, pp. 1-9.

<sup>231</sup> David L. WYKES, “Introduction: Parliament and dissent from the Restoration to the twentieth century”, p. 3.

<sup>232</sup> Cfr. Jacqueline ROSE, *Godly kingship in Restoration England. The politics of the royal supremacy, 1660-1688*.

<sup>233</sup> La ley de uniformidad de 1662 estableció que todos los clérigos debían prestar su “sincero consentimiento y asentimiento” a todo el *Book of Common Prayer*. En ADAMS and STEPHENS, *op. cit.*, p. 427 and next.

no conformistas adhirieron a la Iglesia nacional contra su voluntad, un grueso sector optó por no hacerlo y conservar la pureza de la fe. El uso de la prerrogativa regia –ampliamente cuestionado<sup>234</sup>– en una dirección más comprensiva, ponía a los *whig* en una incómoda situación: por una parte, no podían desconocer esa atribución constitucional del Monarca; por la otra, al mismo tiempo, trataban de oponerse a la política toleracionista. La defensa de la religión los impulsará a combatir la monarquía. Por caso, John Locke y el conde de Shaftesbury (Anthony Ashley Cooper), junto a sus aliados, argumentaron que las disposiciones de la Corona eran parte de una conspiración para reivindicar el derecho divino de los reyes, restablecer el absolutismo regio y abolir el Parlamento<sup>235</sup>.

#### UNIFORMIDAD, SECTARISMO E INTOLERANCIA

En este punto el proceso de la Restauración, se verá repetido –en cierto modo– el cuadro de los actores del conflicto en un cuadro similar al tiempos de Carlos I: el Monarca, buena parte de los episcopalianos, los puritanos moderados, los lores, por un lado, como sostenedores de la Iglesia nacional, es decir, el abanico conformista; por el otro, los parlamentarios *whig*, algunos episcopalianos, los presbiterianos y congregacionistas, cuáqueros, racionalistas y los disidentes de la Iglesia nacional, esto es, el arco de los no conformistas.

El alineamiento en uno u otro bando tenía resonancias prácticas para la tolerancia religiosa. Por lo pronto, el Parlamento –que no olvidaba los años de la guerra civil– se opuso a la propuesta inicial del rey Carlos II de una mayor flexibilidad litúrgica y trató de enfrentar la supremacía regia en la Iglesia con la doctrina del derecho divino de los obispos, vieja tesis anglicana resistida por los puritanos<sup>236</sup>, que se hiciera valer tan pronto como Carlos II anunciara las indulgencias religiosas. Mark Goldie señala que el planteamiento de la “uniformidad” podía argumentarse de varias maneras: en primer término, asociando a los disidentes con tendencias políticas sediciosas; en segundo lugar, apoyando la coerción para que los inconformes aceptaran la verdad religiosa; o, finalmente, aduciendo la conveniencia práctica de que la Iglesia nacional estuviese sujeta a la autoridad política y no a los obispos<sup>237</sup>. No siendo posible lograr la uniformidad de

<sup>234</sup> ROSE, *Godly kingship...*, *op. cit.*, a partir del capítulo 2.

<sup>235</sup> Cfr. JOHN LOCKE, *A Letter from a Person of Quality to His Friend in the Country*, p. 200 and next.

<sup>236</sup> Cf. ROSE, *Godly kingship...*, *op. cit.*, chap. 3 y el viejo ensayo de John Neville FIGGIS, “El florecer de la vara de Aaron o jus divinum en 1646”, pp. 205-223.

<sup>237</sup> GOLDIE, “The theory...”, *op. cit.*, pp. 331-368. El último razonamiento era desechado por el sector *Whig* porque fortalecía el poder del Monarca.

las conciencias en su contenido, era conveniente homogenizar las conductas regulando, incluso, las materias indiferentes (como por entonces preconizaba John Locke en el *Primer Tracto*), esto es, conformarse con una adecuación exterior<sup>238</sup>.

Una primera lectura de los argumentos refuerza la concepción de la tolerancia religiosa como “razón de Estado”, pues es evidente que los argumentos son cada vez más políticos que religiosos, que lo religioso se hace inescindible de lo político. Una segunda lectura muestra que el razonamiento apoyado en la razón de Estado –el énfasis en la paz pública– es también propiedad de los disidentes, no solo de los conformistas. Recuérdese que en los años finales del reinado de Carlos I, las discusiones sostenidas por los *Levellers* y otros radicales habían mostrado que la razón de Estado podía convertirse en un arma de doble filo que hiriera a los conformistas. La diferencia está en que, ahora, el legado de los momentos febriles de la Revolución viene prendido de “la conciencia”, que en tiempos de la Restauración se fundará en las tesis de “la ley natural”<sup>239</sup>. El punto es de sumo interés porque la ley de la naturaleza está por sobre la conciencia individual e, incluso, como en los niveladores, por encima de la soberanía que se funda en ella. Dígase al modo racionalista o al escolástico, en ambos casos se establece un tribunal (ya la razón, ya la divinidad) por encima de la conciencia a la que esta debe someterse y las autoridades respetar. Salvo que esa ley natural se convierta en la ley de los derechos naturales, argumento lockeano que lleva a la exaltación del individuo en religión y en política, cuyo triunfo será después de 1689<sup>240</sup>.

<sup>238</sup> John Locke afirma que en toda sociedad el poder supremo “ha de tener un poder pleno e ilimitado sobre todas las cuestiones y acciones indiferentes dentro de los confines de esa sociedad”. John LOCKE, *Dos tractos sobre el gobierno y otros escritos*, p. 343. El modo de razonar era bastante común en la época. Véase John MARSHALL, *John Locke, toleration and early Enlightenment culture*, pp. 440-466.

<sup>239</sup> Ya unos años antes el argumento había sido empleado por los niveladores. Cfr. Richard A. GLEISSNER, “The Levellers and natural law: The Putney Debates of 1647”, pp. 74-89. John Locke lo explotará. Véase MARSHALL, *John Locke...*, *op. cit.*, part III, pp. 536-679.

<sup>240</sup> Sin embargo, no fue la única manera de presentar el problema, pues la conciencia y la ley natural conviven con los razonamientos pragmáticos y utilitaristas, o los ya conocidos basados en los Evangelios. Véase ROSE, *Godly kingship...*, *op. cit.*, chap. 4 y el minucioso análisis de Gary S. DE KREY, “Rethinking the Restoration: dissenting cases for conscience, 1667-1672”, pp. 53-83. El autor estudia a Slingsby Bethel, John Humfrey, Philip Nye, John Owen, William Penn y Charles Wolseyley, entre otros, mostrando que la libertad (interior) de conciencia en ocasiones daba lugar a la comprensión o la indulgencia, unas veces conciliable con la autoridad (exterior) secular y la Iglesia nacional, otras reclamando la separación plena de los reinos espiritual y temporal; podía secundar el interés individual o del gobierno o de Inglaterra; podía sostenerse en la ley natural o en la constitución histórica; etcétera.

El argumento de la conciencia individual, tanto como el de la ley natural, tienden a minar el bastión anglicano y a relajar el disciplinamiento religioso estatal, convirtiéndose en pieza central del alegato de los disidentes a favor de la tolerancia religiosa. El clima en los frentes religioso y político devino entonces más tormentoso. Para muchos inconformistas, las libertades espirituales eran inseparables de las políticas, formaban parte de las antiguas libertades constitucionales de los ingleses; y su principal amenaza era la supremacía regia<sup>241</sup>. Los historiadores están contestes que, al amparo de las disidencias políticas entre el Rey y el Parlamento, la radicalización sectaria del escenario religioso fue en aumento. Tim Harris, por caso, ha investigado de qué manera bajo la Restauración se manifiestan las mismas pasiones religiosas que en tiempos del Protectorado, con auge de sectas y crecimiento de las corrientes disidentes de profunda resonancia en la vida política. Por su parte, Gary de Krey ha mostrado detalladamente hasta qué punto Londres era un hervidero de estas tendencias contrarias a la monarquía absoluta y a la religión establecida, una combinación de reclamos de libertad de conciencia, antipapismo, derecho de resistencia, parlamentarismo y republicanism<sup>242</sup>.

El Parlamento comenzó, a partir de 1661, una agresiva política contra el sectarismo y la tolerancia religiosa, sancionando varias leyes (conocidas como *Código Clarendon*) y adoptando diversas medidas contra los no conformistas dentro y fuera de la Iglesia anglicana. Las leyes –entre estas, una nueva ley de uniformidad sancionada en 1662– establecieron la obligación de los ingleses de asistir al culto oficial, con excepción de católicos y disidentes (Corporation Act 1661); restablecieron el juramento de conformidad anglicana de Isabel; restauraron los derechos sagrados de los obispos; dispusieron la restitución del *Book of Common Prayer* en todos los servicios; ordenaron la persecución de cuáqueros, baptistas y otros disidentes (The Conventicle Act 1664, renovada en 1669 y The Five Mile Act 1665); mandaron la expulsión de los presbiterianos que hubieran tenido parroquias durante la revolución (cerca de dos mil pastores puritanos); establecieron la censura de la prensa; ordenaron la exclusión de los disidentes de los cargos municipales; etcétera<sup>243</sup>.

---

<sup>241</sup> Por caso, Peter PETT, *A Discourse Concerning Liberty of Conscience: In which are Contain'd Proposals, about what Liberty in this Kind is Now Politically Expedient to be Given, and Severall Reasons to Shew how Much the Peace and Welfare of the Nation is Concern'd Therein*. Es también la posición de los cuáqueros como William Penn.

<sup>242</sup> Tim HARRIS, *Politics under the later Stuarts. Party conflict in a divided society, 1660-1715*; del mismo, *Restoration...*, *op. cit.*, *passim* y Gary S. DE KREY, *London and the Restoration, 1659-1683*.

<sup>243</sup> Cf. ADAMS and STEPHENS, *op. cit.*, p. 425 and next.

Se trataba de una suerte de restauración del viejo anglicanismo que contaba con la anuencia del Rey; el retorno a los métodos represivos importaba reconocer, implícitamente, la imposibilidad de una nueva Conformidad. A todos era evidente que el motivo de la legislación represiva no era religioso (perseguir al hereje) sino político (castigar al no conformista). John Sommerville lo ha visto con agudeza:

“No aspiraban a la rehabilitación espiritual o la corrección doctrinal. Simplemente castigaban los delitos políticos del pasado y la negativa a aceptar el poder del Parlamento sobre la religión. Es incorrecto nombrarlas con el término de ‘legislación religiosa’; nadie habría relacionado estas materias a la salvación. Así Inglaterra se movió del exterminio de la herejía a la persecución de la inconformidad”<sup>244</sup>.

La voz de los actores no difiere del juicio histórico. Matthew Hale, entonces Chief Justice, declaró que la ley era contra las asambleas sediciosas y no contra las reuniones religiosas, admitiendo la finalidad política<sup>245</sup>. En este contexto Carlos II procuró morigerar las penalidades a los disidentes, de ahí las declaraciones de indulgencia de 1662 y 1672 que suspendían la aplicación de las leyes penales<sup>246</sup>. Pero, a pesar de ello, los disidentes fueron poco favorecidos y la persecución de católicos e inconformistas recrudeció –coinciden los escritores– hasta alcanzar niveles más altos que en épocas anteriores.

Pero, incluso, los beneficiados por las indulgencias vivían en una situación insegura, pues el problema de los sectores religiosos beneficiados consistía en que no se trataba de una ley del Parlamento, sino de una licencia o un perdón regio, una gracia en uso de la prerrogativa, que el Parlamento desestimaba porque, en palabras de Andrew Marvell, se trataba de una política tendente al papismo y el gobierno arbitrario<sup>247</sup>. Como en todo momento de alto conflicto, el espantajo del papismo hacía su aparición para nuclear a los buenos ingleses contra el enemigo romano<sup>248</sup>. La reacción del

<sup>244</sup> SOMMERVILLE, *op. cit.*, p. 126.

<sup>245</sup> Charles F. MULLETT, “Toleration and persecution in England, 1660-89”, p. 22.

<sup>246</sup> La franquicia se extendía más allá de los disidentes de la Iglesia nacional a los católicos y cuáqueros. Los historiadores aseguran que estas liberalidades obedecían a que Carlos II era católico *in pectore*, como probaría el hecho de su conversión antes de la muerte. En el secreto tratado de Dover, entre Carlos II y Luis XIV de Francia, el Monarca inglés prometió anunciar su catolicismo y reconciliarse con la Iglesia de Roma tan pronto como lo permitiera el bien del reino. Véase Richard ASHCRAFT, *Revolutionary politics & Locke's Two treatises on government*, pp. 17-18.

<sup>247</sup> MARVELL, *op. cit.*

<sup>248</sup> Sobre el temor al papismo y su tendencia tiránica, véase Jonathan SCOTT, *England's troubles. Seventeenth-century English political instability in European context, passim*. Este

Parlamento se tradujo en la ley de comprobación o prueba (Test Act, de 1673, renovada en 1678) que obligaba a todos los que tuvieran un cargo militar o civil (incluso, también a los comunes) a firmar una declaración contra la transubstanciación, es decir, la fe católica, y a participar de los sacramentos de la Iglesia anglicana; si no lo hacían, debían abandonar sus puestos<sup>249</sup>. El endurecimiento de las medidas en 1678 se debió al temor de una conspiración papista para matar al Rey e incendiar Londres, renovando la persecución de los católicos. Para Andrew Murphy, la ley de 1678, más allá de persecución religiosa y también de la impopularidad de la minoría católica, fue un instrumento de defensa de los ingleses contra los poderes extranjeros o, como sugiere Alexandra Walsham, fue un recurso para asegurar la lealtad política<sup>250</sup>.

#### ERASTIANISMO, ANGLICANISMO Y ECLESIOLOGÍA PROTESTANTE

Las críticas a la supremacía regia pusieron de nuevo sobre el tapete las doctrinas de Thomas Hobbes y su odioso erastianismo. El erastianismo estaba asociado especialmente al gobierno de Oliver Cromwell, de quien se decía tomaba al filósofo inglés por su publicista. Por eso, a la caída del Protectorado, sus seguidores fueron juzgados de hobbismo. Edward Stillingfleet fue condenado por su libro *Irenicum* (1661) y forzado a modificar la doctrina erastiana de la Iglesia como incorporada al Estado, restableciendo la clásica doctrina de la Iglesia como sociedad separada del Estado<sup>251</sup>. John Tillotson también fue acusado de hacer de la religión una herramienta y un engranaje del Estado. Esta campaña *tory*, afirma Mark Goldie, se extendió en el tiempo y se dirigía contra la baja iglesia *whig* defensora de la Iglesia parlamentaria de la Revolución y el Acta de Tolerancia de 1689 contra la alta Iglesia teocrática<sup>252</sup>.

Ahora bien, hay un aspecto en esta reacción que merece ser destacado. Mark Goldie nota que, con independencia de la crítica a Thomas Hobbes

---

autor defiende la hipótesis de que la crisis de la Restauración se debe al papismo; sin embargo, en interesante giro de tuerca, Scott Sowerby propone considerar como causa de la crisis el alarmante antipapismo que despertaron los segundos Estuardo –en especial Jacobo II– con sus campañas a favor de la tolerancia religiosa, de modo que la acusación de papista encerraba una compleja trama de antipatías (catolicismo, extranjerismo, monarquismo, tolerancia religiosa, etc.) Cfr. Scott SOWERBY, “Opposition to anti-Popery in Restoration England”, pp. 26-49.

<sup>249</sup> En ADAMS and STEPHENS, *op. cit.*, pp. 436-439.

<sup>250</sup> MURPHY, *Conscience and community...*, *op. cit.*, pp. 139-140; WALSHAM, *op. cit.*, pp. 60-61.

<sup>251</sup> Cf. TULLOCH, *op. cit.*, chap. VII, pp. 411-463.

<sup>252</sup> Mark GOLDIE, “The reception of Hobbes”, pp. 611-612.

y también, incluso, de la finalidad de defender la Iglesia anglicana, en las teologías anglicana y presbiteriana, en los conformistas y los puritanos, se da con persistencia una concepción escolástica, es decir, católica, de la Iglesia como cuerpo visible, distinta de la sociedad civil y con potestad de autogobierno. Creo, por mi parte, que la apreciación es errónea, pues no se ve dónde está el catolicismo. Es cierto que la visibilidad de la Iglesia ha sido un punto fundamental de la eclesiología católica, tan cierto como que los protestantes han argüido principalmente a favor de la pura espiritualidad de sus iglesias. Pero en las leyes que analizo se trata de un erastianismo protestante que, sin caer en los excesos hobbesianos o del Protectorado, imponía criterios políticos por sobre los espirituales o eclesiásticos.

He mencionado que el erastianismo es fundamental al anglicanismo, aunque llevara a la transformación de las tesis protestantes, en especial las calvinistas, de la espiritualidad de la Iglesia<sup>253</sup>. De modo que en la eclesiología protestante cabe tanto la tesis congregacionista y separatista como la de una iglesia nacional visible y jerárquica; y esta última era una necesidad, como advirtiera Pierre Bayle, en aquellos países en los que el protestantismo necesitaba combatir el catolicismo. Pierre Bayle admite que el Estado restrinja la tolerancia, como en los países protestantes que han expulsado el catolicismo, e imponga una religión oficial como método de defensa<sup>254</sup>. Lo que escapa a Mark Goldie es que se está ante nueva percepción de lo que es una iglesia (protestante), que solo se vincula a la eclesiología católica en la demanda de una exterioridad en su manifestación, pero que de católica no tiene nada en su contenido.

## *10. La demanda de tolerancia religiosa entre los protestantes*

### *EL "CORSI E RICORSI" EN LA HISTORIA DEL ANGLICANISMO*

Es necesario insistir en que el panorama de la Restauración inglesa es por demás enredado, pues a las diversas tendencias y denominaciones religiosas que rivalizaban entre sí, se agrega el enfrentamiento del Rey y el Parlamento, con la pretensión de la supremacía regia sobre la Iglesia nacional cuestionada. El problema de la tolerancia se cuele, entonces, por

<sup>253</sup> Cfr. SEGOVIA, "De la razón de Estado...", *op. cit.*, pp. 21-24.

<sup>254</sup> Pierre BAYLE, *Comentario filosófico sobre las palabras de Jesucristo "obligales a entrar"*, II, IV, pp. 174-176.

estos entresijos, siendo casi siempre un alegato de sectores minoritarios y perseguidos<sup>255</sup>.

Las posiciones pueden sintetizarse: los anglicanos o conformistas, rechazan la tolerancia, defienden la interioridad de la conciencia individual sujeta a los límites gubernamentales en su ejercicio y sostienen la autoridad del Rey sobre la Iglesia con facultad para uniformar el culto, incluso, recurriendo a la fuerza. Los presbiterianos puritanos y anglicanos moderados (Richard Baxter o Samuel Rutheford), entre los que se cuentan los latitudinarios (Edward Stillingfleet y otros), quieren una mayor tolerancia al interior de la Iglesia oficial (comprensión, ampliación de las bases de la Conformidad) sin abogar por una libertad de conciencia absoluta en su ejercicio. Los congregacionistas no conformistas, antiguos independientes, como ocurre con John Owen, aceptan la Iglesia nacional, pero discuten la extensión de la potestad real, recusan el uso de la fuerza para imponer la conformidad, al tiempo que proclaman amplia tolerancia de la conciencia para los no conformistas que respeten las Escrituras. Siempre fuera de este arco, más o menos oficial, las sectas radicales, los cuáqueros y los disidentes, recusan la Iglesia nacional y defienden la tolerancia.

Marc Goldie, Alexandra Walsham y otros historiadores, han recalcado en diversas ocasiones que la persecución era un rasgo de la Restauración, que era parte importante de esa sociedad, lo que explica que la “comprensión” o la “tolerancia” de los no conformistas fuera una pretensión postergada. En su citado trabajo sobre la intolerancia religiosa bajo la Restauración, Marc Goldie entiende que, si bien la legislación represiva en materia de religión no fue tan dura como para machacar la conciencia de los disidentes y no conformistas, conservaba la quimérica perspectiva de que la Iglesia de Inglaterra incluía a todos los súbditos del Rey. Esto es, el anhelo de identificar ciudadanía política con creencia o pertenencia religiosa.

La legislación y los acontecimientos políticos en los que aparece envuelta, leídos con atención, permiten entender todo el proceso como un *corsi e ricorsi* en la historia del anglicanismo: la religión protestante inglesa tuvo siempre la convicción de ser un valladar contra heréticos y cismáticos, y, aunque el consenso eclesiástico-gubernamental fuera todo lo flexible que se quisiera, los que quedaban fuera de él, de la conformidad, eran enemigos de la religión y también del Estado. El hecho de que se recurriera a los Primeros Padres de la Iglesia, especialmente a san Agustín, para combatir a los disidentes no hace de la ortodoxia inglesa una cuestión teológica plena como afirma Marc Goldie, porque la finalidad es siempre

---

<sup>255</sup> WALSHAM, *op. cit.*, p. 236.

o con frecuencia la conservación del Estado y de sus instituciones, que para ello necesita de una religión pura.

En los estudios históricos recientes hay un abuso de la llamada “teología política”, que lleva a verla, incluso, donde no la hay o donde hay su contrario, la antiteología política, porque, bien entendida, la teología política consiste en extraer consecuencias políticas de una concepción religiosa, como expuso Álvaro d’Ors. Por lo tanto, no basta con citar pasajes bíblicos o hablar de la religión o de las religiones, de la Iglesia o las Iglesias y de sus doctrinas, para formar un argumento teológico-político; incluso no es suficiente traer a colación a los Padres de la Iglesia, como Marc Goldie. En la mayoría de los pensadores modernos ocurre lo contrario, lo que Álvaro d’Ors imputara a Erik Peterson, que no hacen teología política porque no derivan consecuencias políticas de una concepción religiosa determinada, sino que, al revés, “tratan de corroborar una determinada concepción política con impregnaciones religiosas”<sup>256</sup>.

Y esto es, en efecto, lo que hacen los ingleses en esta época: toda consideración teológica queda enquistada en el armazón de sus doctrinas políticas, a las que sirven. Si se insiste en llamarla teología, no sería sino una teología política bastardeada –como tantas otras veces en estos siglos–, una antiteología política, esto es: una teología política invertida, desde que la religión y la doctrina sirven al Estado y sus fines, no a la inversa. Bastarda es también la argumentación teológica de los toleracionistas, pues el evangelismo de estos se pone al servicio del individuo, de la conciencia individual que, de fórmula, se afirma no altera la paz del Estado. Es el argumento de la razón de Estado presentado como “razón de los derechos”, derechos compatibles con el Estado.

#### *EL CUAQUERO WILLIAM PENN Y LA LIBERTAD DE CONCIENCIA*

Los defensores de la tolerancia y también de la libertad de conciencia religiosa tienen, por fuerza, que separar la religión del Estado, pero garantizando que la creencia religiosa particular no alterará la tranquilidad pública: el derecho de la conciencia es compatible con la razón de Estado. El alegato a favor de la conciencia inofensiva encierra, pues toda una teoría política como expresamente se observa en William Penn. Y así la razón de Estado empieza a entremezclarse con la razón de los derechos.

Su libro capital: *The Great Case of Liberty of Conscience once more briefly debated and defended* (1670)<sup>257</sup>, fue escrito y publicado en el periodo

<sup>256</sup> Álvaro D’ORS, “Teología política: una revisión del problema”, p. 64.

<sup>257</sup> Reproducido en William PENN, *The political writings of William Penn*, pp. 79-119.

de la Restauración durante la persecución de las sectas, como los cuáqueros a los que pertenecía. Además, defiende la libertad religiosa entendida como un derecho natural y una propiedad de los ingleses<sup>258</sup> y vinculada a las ideas protestantes sobre el origen contractual de la autoridad y el concepto de conciencia. Para él la conciencia es un instinto de la deidad que lleva a la veneración de Dios por medio del juicio racional de cada individuo. La libertad de conciencia es, según sus palabras,

“el libre e ininterrumpido ejercicio de nuestras conciencias en la forma del culto que estemos más claramente persuadidos que Dios nos reclama para servirlo [...] que siendo una cuestión de fe, pecaríamos si lo omitiéramos”<sup>259</sup>.

La libertad de conciencia es la primera de aquellas libertades históricas de los ingleses, quedando así hermanados el argumento de la naturaleza con el de la historia: la libertad natural de la conciencia es también la de los ingleses según su constitución histórica.

La teoría protestante de los dos reinos, que separa el reino exterior de la justicia del reino interior de la gracia, irrumpe en su doctrina como fundamento de la inviolabilidad de los deberes del individuo para con Dios y como ariete contra los tiranos que usurpan el poder divino<sup>260</sup>. Asimismo, define al gobierno como “un orden externo de justicia”<sup>261</sup>; y bajo su amparo se produce la unidad política, que es también unidad de todos los protestantes, como sostiene en *One Project for the Good of England* (1679), de modo que preservar esa unidad exige la sujeción al gobierno, cualquiera fuera su religión, al tiempo que rechaza la supremacía del Papa y la adhesión a un gobierno extranjero<sup>262</sup>.

---

El editor, Andrew R. MURPHY, es quien más ha insistido en la importancia de la doctrina de la tolerancia religiosa de William Penn en asociación con su doctrina política. Le debemos una reciente biografía (*William Penn. A life*), como también un anterior completo estudio: *Liberty, conscience and toleration. The political thought of William Penn*. Es autor de otros textos sobre el particular: Andrew R. MURPHY and Sarah A. MORGAN SMITH, “Law and civil interest: William Penn’s tolerationism”, pp. 111-134; además su libro, *Conscience and community...*, *op. cit.*, p. 168 and next, que aquí sigo.

<sup>258</sup> William PENN, *The Great Case of Liberty of Conscience once more briefly debated and defended*, pp. 79 y 82, se refiere a la libertad religiosa como una de las que pertenecen originariamente a los ingleses, un derecho de nacimiento, es decir, natural.

<sup>259</sup> *Op. cit.*, p. 82. La libertad de conciencia se extiende a “la profesión libre y franca de los deberes para con Dios, tal como el hombre los percibe”, reitera en *A Persuasive to moderation to Church dissenters, in prudence and conscience: humbly submitted to the King and his Great council*, p. 292.

<sup>260</sup> MURPHY, *Conscience and community...*, *op. cit.*, p. 378.

<sup>261</sup> PENN, *The Great Case...*, *op. cit.*, p. 95.

<sup>262</sup> William PENN, *One project for the good of England that is, our civil union is our civil safety: humbly dedicated to the great council, the Parliament of England*, p. 122.

La libertad de conciencia no era libertad para el mal, no era licencia. Aceptaba ciertos estándares morales naturales que debían ser protegidos por el magistrado civil; la tolerancia no amparaba ni la irreligión ni la sedición. Pero no podía forzarse la conciencia: la coerción no es cristiana, afirma, porque Jesús, al separar los reinos, definió la naturaleza espiritual de la religión, de modo que no hay armas que puedan levantarse contra ella y su ejercicio, incluidos los actos exteriores, que debían ser tolerados siendo aun erróneos<sup>263</sup>. Criticaba la persecución como un método que no conseguía los fines que se proponía, inútil para obtener la conversión. A pesar de ello, no separa –como hará John Locke<sup>264</sup>– la creencia de la acción, de modo tal que pueda restringirse esta y no aquella.

La persecución religiosa es injusta –viola la conciencia–; es fútil –pues “nunca puede un poder externo coercitivo convencer el entendimiento del más pobre idiota”<sup>265</sup>– y también imprudente, porque sus consecuencias son nefastas tanto en lo económico como en lo político, al trastornar el orden de la naturaleza<sup>266</sup>. De igual modo, insiste en que la persecución es antiprottestante, anticristiana, que demuele al cristianismo, porque la primitiva Iglesia nunca persiguió a sus enemigos, pues el mandato divino condena el uso de la fuerza contra la conciencia. Cristo resume toda su enseñanza al decir que su reino no era de este mundo, que ese reino “era espiritual, no carnal”, dotado de armas celestiales “para el bien y la salvación del alma, y no para herir o destruir el cuerpo”. En síntesis: “la religión cristiana exhorta a todos, pero no obliga a ninguno”<sup>267</sup>.

No hay ninguna sofisticación en la doctrina de este filósofo, salvo quizá esa alianza de naturaleza e historia. Ser inglés es ser un hombre libre<sup>268</sup>.

---

<sup>263</sup> Willian PENN, *A Brief Examination and State of Liberty Spiritual Both with Respect to Persons in Their Private Capacity and in Their Church Society and Communion*, p. 272 and next.

<sup>264</sup> SEGOVIA, “Tolerancia y las religiones...”, *op. cit.*

<sup>265</sup> PENN, *The Great Case...*, *op. cit.*, p. 81. La violencia religiosa, dice más adelante, p. 86, desplaza a Dios, que es el rey de la conciencia personal.

<sup>266</sup> *Op. cit.*, p. 93.

<sup>267</sup> *Op. cit.*, p. 88. John COFFEY, “Restoration Quakers and the theology of tolerance”, pp. 231-239, anota que con esta doctrina los cuáqueros se han plegado a los argumentos de los puritanos radicales.

<sup>268</sup> La teoría del consentimiento en William Penn deriva del carácter singular de la ciudadanía inglesa. Escribió en 1867: “Reclamáis el carácter de ingleses. Ahora bien, ser un inglés es ser un hombre libre, en el sentido del gobierno, seáis Lord o Común, sostener su libertad y posesiones según las leyes que nosotros hemos consentido”. William PENN, *Good Advice to the Church of England, Roman Catholick, and Protestant Dissenter: In Which It Is Endeavoured to Be Made Appear That It Is Their Duty, Principles and Interest to Abolish the Penal Laws and Tests*, p. 372. Y en *England's great interest in the choice of this new Parliament dedicated to all her free-holders and electors*, pp. 385-387, luego de sostener que los comunes de Inglaterra son una parte fundamental de su gobierno, afirma que poseen tres derechos

William Penn es un *whig*, que defiende la antigua Constitución inglesa como garantía de libertad y propiedad, los derechos nativos y naturales, un gobierno equilibrado entre Rey y Parlamento fundado en el consentimiento del pueblo, y que nada dice sobre una iglesia nacional con poder de coerción para establecer un credo uniforme. Durante la Restauración los cuáqueros como él se manifestaron menos por la desarticulación de la Iglesia anglicana que por la mitigación de los castigos aplicados a los disidentes; para él una iglesia nacional en sí misma no era ilegítima; sí lo era la persecución y la política coercitiva<sup>269</sup>.

Su defensa de la libertad de conciencia se deriva de estos argumentos, bien ingleses y protestantes, aunque algo prosaicos: la naturaleza racional de las creencias que resiste el uso de la fuerza; la convicción subjetiva de la necesidad de la salvación; la ejemplaridad de Jesús y de la Iglesia primitiva; la división de las esferas civil y religiosa con la limitación del poder temporal a la primera; el pragmatismo interesado en la prosperidad, en los intereses terrenales<sup>270</sup>.

#### *LOS GRANDES DEBATES SOBRE CONFORMIDAD Y TOLERANCIA EN LA DÉCADA DE 1680*

El complejo espectro de corrientes religiosas en Inglaterra, reducido a conformistas e inconformistas, desde mediados de 1670 y en la década de 1680 se agitó por las disputas sobre la tolerancia religiosa y la comprensión eclesiástica. En general, según adujera el duque de Buckingham (George Villiers), en un discurso de 1675, los participantes tenían presente la indulgencia para con los protestantes disidentes (no conformistas) a los que se había prometido la libertad de los ingleses y de la que no podían ser privados, aunque no acordaran en algunos aspectos de la religión en razón de sus conciencias. La conciencia fue el argumento clave de los no conformistas: obligados por la propia conciencia, los hombres debían ser libres de rendir a Dios el culto que ella les dictara; pero en auxilio de esa libertad primaria se esgrimieron también motivos de prudencia y caridad, como hiciera el propio duque de Buckingham, al igual que la tranquilidad del reino y las ventajas económicas, teniendo a la vista la mejora del comercio y el aumento de la riqueza, “la fuerza y la grandeza de esta nación”<sup>271</sup>.

---

peculiares e inherentes que no pueden ser alterados o abrogados: la propiedad, la legislación y el derecho a ejecutar lo que concierne a la seguridad y la libertad, todo lo cual requiere del consentimiento parlamentario.

<sup>269</sup> MURPHY, *Conscience and community...*, *op. cit.*, p. 173.

<sup>270</sup> *Ibid.*

<sup>271</sup> En MULLETT, *op. cit.*, pp. 30-31.

Los abogados de la tolerancia religiosa contaban a su favor con un gran arsenal de razones<sup>272</sup>. En primer término estaban los habituales argumentos escriturísticos y teológicos, cuando no solamente piadosos. Los toleracionistas afirmaban que la persecución era una política antievangélica (George y Henry Care, duque de Buckingham); otros avanzaban hacia un cristianismo mínimo –tan repetido entre racionalista y preilustrados, de Erasmo a Fausto Socino<sup>273</sup>– al estilo del Tew Circle: la verdadera religión, consistente en la caridad, la piedad, la pureza de los sentimientos, la humildad, por tales virtudes excluye la persecución del disidente (Gilbert Burnet, William Shewen). El ejemplo del samaritano fue también usado: para algunos Cristo había impuesto una nueva ley, la del amor, que abrogaba la mosaica, debiéndose a los disconformes la caridad cristiana. Como telón de fondo se sostenía una concepción de la religión como asunto, en esencia, espiritual sin dimensión temporal o exterior (Gilbert Burnet).

No faltó tampoco el recurso tan típico del protestante a la doctrina luterana de los dos reinos, que traía como corolario la separación de Iglesia y Estado (Richard Burthogge, William Penn) como garantía de la libertad de religión, de una religión espiritualizada. En otros casos se valían del argumento epistemológico-moral de la conciencia incoercible (William Penn, duque de Buckingham), acompañado del escepticismo que se hacía valer ante el catolicismo y su reclamo de infalibilidad (Gilbert Burnet). Por otro lado, persistía la explicación de la prosperidad económica, como hemos visto: Richard Burthogge afirmó que el comercio era el interés de Inglaterra, y la libertad, el interés del comercio, de modo que el aumento de la libertad repercutiría en el bienestar de los ingleses<sup>274</sup>. El ejemplo de Holanda se imponía: la prosperidad venía de la mano de gobiernos preocupados en el exterior de la vida humana, no en la interioridad de las conciencias<sup>275</sup>. Ese tono prudente, que notara Andrew Murphy, especialmente aparece en los límites de la tolerancia: tolerar al disidente no implica el permitir que se hagan maldades o se cause daño, no ampara el ateísmo, la blasfemia, la violación de la ley natural, etc. El argumento de la herejía, como viera Johann P. Sommerville, ha desaparecido y el del “interés” ocupa el centro de la polémica.

---

<sup>272</sup> Véase el buen examen de MURPHY, *Conscience and community...*, *op. cit.*, p. 172 and next y también la pesquisa de los debates parlamentarios de MULLETT, *op. cit.*, pp. 18-43.

<sup>273</sup> Cfr. Manfred SVENSSON, “Fundamental doctrines of the faith, fundamental doctrines of society: seventeenth-century doctrinal minimalism”, pp. 161-181 y “John Owen and John Locke: confessionalism, doctrinal minimalism, and toleration”, pp. 302-316.

<sup>274</sup> “Trade is the interest of England, and liberty of conscience is the interest of trade”, *apud* MURPHY, *Conscience and community...*, *op. cit.*, p. 148.

<sup>275</sup> WALSHAM, *op. cit.*, pp. 246-247. Véase el breve, pero influyente escrito de Slingsby BETHEL, *The present interest of England stated by a lover of his king and country*.

Como era de esperarse, los racionalistas tomaron parte en la controversia, con sus afirmaciones –equivocas o imprecisas– acerca de una religión racional o razonable, que encerraba todo un planteamiento de la naturaleza de la religión, del papel del clero y los laicos, de la Iglesia oficial, etc.<sup>276</sup>. Si bien el tema central era el papel de la razón en materia de fe –que tuvo diversas posturas–, la cuestión de la tolerancia se inscribe para los racionalistas, en el terreno de la libertad de la razón para indagar y expresarse (como había preanunciado John Milton en la *Areopagítica*), derivando a una crítica a la censura por el Estado o la Iglesia de esas libertades. El pasaje de la libertad de la razón a la de la religión era evidente, pues aquella libertad elemental se afirma en la libertad de la conciencia (Charles Wolseley<sup>277</sup>). Lo significativo del planteo está en que, ahora reconocer libertad de conciencia importaba admitir creencias fuera de la unidad religiosa esencial, es decir, no se trataría ya de materias indiferentes, como en los latitudinarios, sino de religiones diferentes a la oficial<sup>278</sup>.

No es de extrañar, por tanto, que los conformistas vieran en la campaña racionalista un peligroso énfasis en el “entusiasmo” o fanatismo, una descarada avanzada en favor de la tolerancia o algo peor, según nota John Spurr<sup>279</sup>. La comprensión de los no conformistas y su pluralidad de creencias religiosas amenazaba resquebrajar la unidad de la Iglesia, y la tolerancia religiosa fragmentaba la cohesión social<sup>280</sup>. Por eso mismo, la experiencia anterior –la de los tiempos de persecución– volvió el argumento de la tolerancia contra los que la rechazaban, pues precisamente la intolerancia no lograba la paz pública, sino que traía el desorden y la guerra. El argumento político y de estabilidad social pasa, entonces, a un primer plano<sup>281</sup>.

Las armas de los antitoleracionistas eran también muchas. Por lo pronto, podían recurrir a la historia reciente para demostrar que la tolerancia había llevado a la guerra civil y la decapitación de Carlos I. Para los opositores a la tolerancia religiosa, los puritanos y otros disidentes radicales estaban a favor de la soberanía popular (Henry Maurice, William Falkner),

---

<sup>276</sup> El poema de John DRYDEN, *Religio laici, or, A laymans faith a poem*, suele citarse como la exposición clave de esta tendencia. Cfr. Christopher HAIGH, “The Church of England, the nonconformists and reason: another Restoration controversy”, pp. 1-26 y John SPURR, “‘Rational religion’ in Restoration England”, pp. 563-585.

<sup>277</sup> Cf. Charles WOLSELEY, *De Christiana libertate, or, Liberty of conscience upon it's [sic] true and proper grounds asserted & vindicated and the mischief of impositions ... Quakers made manifest: in two parts*.

<sup>278</sup> WORDEN, *op. cit.*, p. 210.

<sup>279</sup> SPURR, “‘Rational religion’...”, *op. cit.*, p. 568.

<sup>280</sup> Christopher, HAIGH, “Theological wars’: ‘Socinians’ v. ‘Antinomians’ in Restoration England”, p. 328.

<sup>281</sup> MURPHY, *Conscience and community...*, *op. cit.*, pp. 146-147.

que era la causa de los males padecidos. Incluso, algunos toleracionistas eran malos ingleses, dicho de los cuáqueros, que eran sospechados de papistas encubiertos. El argumento de la unidad de la Iglesia fue parte de su posición, derivando hacia la discusión de los asuntos indiferentes (*adiaphora*)<sup>282</sup>, en especial, dentro de las ya citadas obras de Edward Stillinfleet, quien aducía que una laxa interpretación, en razón de la pureza de la Iglesia y de las prácticas, llevaba al cisma y que uno traería otros nuevos.

Pero las diferencias entre conformistas e inconformistas no eran solo en torno a las cosas indiferentes, ya que de ser así no tendría justificación la separación de la Iglesia nacional y se perpetuaría una grieta religiosa fundada en cosas menores del momento, como ha visto Andrew Murphy<sup>283</sup>. En todo caso, para evitar el agravamiento de las diferencias estaba la autoridad del Monarca, que debía procurar la verdadera religión. Fue el bando antitoleracionista el que insistió en la necesidad de restringir la indulgencia para con los disidentes en vistas de la preservación del Estado y la Iglesia, incluso, admitiendo que esa unidad no fuera fatalmente uniformidad. Por eso, en los años de la controversia, fueron abortados los proyectos de una amplia “comprensión” y se optó con decisión por la “tolerancia”: el enemigo/disidente no debía tener lugar en la Iglesia nacional, baluarte de la unidad; debía permanecer afuera.

Los opositores a la tolerancia criticaban, además, la concepción subjetivista de la conciencia (que se confundía con la opinión y el humor) de sus rivales, recurriendo a la debilidad y la ignorancia humanas –el escepticismo visto desde otro ángulo– para afirmar la unidad de la Iglesia contra el separatismo y el sectarismo. Andrew Murphy sintetiza sus razonamientos:

“Si no puede probarse que la práctica particular de una iglesia es exigida o prohibida por Dios, entonces no se puede argumentar con certeza que esa práctica tenga efectos sobre la salvación de una manera u otra. Así, porque la naturaleza humana caída es no solamente propensa al error, sino que es probable que persista en el egoísmo y la soberbia que acompañan a los errores, la resistencia es ilegítima. Un autor admitió que las imposiciones innecesarias eran indeseables, pero que una tolerancia universal sería peor, sería subversiva de la fe cristiana y el gobierno de la iglesia”<sup>284</sup>.

Los sectarios y no conformistas, entonces, con sus argumentos críticos acerca de la Constitución inglesa, la naturaleza y el origen del gobierno

<sup>282</sup> Abunda en la cuestión el estudio de COFFEY, *Persecution and toleration...*, *op. cit.*, *passim*.

<sup>283</sup> MURPHY, *Conscience and community...*, *op. cit.*, p. 153.

<sup>284</sup> *Op. cit.*, p. 156.

y los límites de la obligación política, eran sin dudas radicales en sus planteamientos porque constituían –como afirma de Gary de Krey– “la antítesis de la ortodoxia política prevaleciente en la Restauración”<sup>285</sup>, esto es, de sus fundamentos intelectuales, eclesiásticos y políticos. Afirmar la primacía de las personas ante Dios, es decir, de las conciencias, en el ámbito de la religión, alentaba al ejercicio de las libertades civiles para resistir a las falsas pretensiones de una autoridad deslegitimada, desde que los magistrados debían estar sujetos al pueblo ante quien eran responsables, pues de él habían recibido su potestad. La radicalización de las posturas toleracionistas abría así la puerta a la resistencia.

Mucho fue lo que se discutió en estas décadas, aunque las urgencias políticas dejaron en suspenso la decisión. Sin embargo, todo lo debatido adquirirá valor pocos años más tarde.

## 11. ¿Una crisis católica en el anglicanismo?

### LA SUCESIÓN DE CARLOS II

La Restauración monárquica involucró el regreso del anglicanismo como iglesia nacional y también de un erastianismo exacerbado. El ministro anglicano John Tillotson, futuro arzobispo de Canterbury, estaba interesado en imponer la obediencia absoluta a la “religión oficial de una nación, aunque sea falsa”<sup>286</sup>. Este erastianismo radical era, una vez más, producto del temor a la inseguridad política que podría derivar de la tolerancia, que llamaba a cerrar filas. Un mal mayor para los disidentes y no conformistas podía ser que un católico llegara a rey, como se especulaba ocurriría con el sucesor de Carlos II. El temor desató la Crisis de la Exclusión.

La propaganda anticatólica tuvo una significativa gravitación en los últimos años de Carlos II y los pocos del reinado de Jacobo II, sobre todo porque al avivarse el temor para con los católicos al mismo tiempo se generaba la desconfianza hacia el Rey. El antipapismo servía de amalgama a los diversos intereses del momento<sup>287</sup>; el miedo coaligaba a los conformistas que reclamaban la seguridad de la Iglesia nacional, los presbiterianos que buscaban ampliar la inclusión en la Iglesia, y los republicanos que

<sup>285</sup> KREY, “Rethinking...”, *op. cit.*, p. 73.

<sup>286</sup> JOHN TILLOTSON, *The Protestant religion vindicated, from the charge of singularity & novelty: in a sermon preached before the King at White-Hall*, pp. 11-12. Con razón se lo sindicaba un seguidor de Hobbes; así, MARSHALL, “The ecclesiology...”, *op. cit.*, p. 421 and next.

<sup>287</sup> Lo advirtió MARVELL, *An Account...*, *op. cit.*, entre otros.

bregaban por limitar los poderes de la Corona. Titus Oates inventó una conspiración de los católicos para adueñarse de Inglaterra; su fantasía encontró eco en la población general y fue repetida como cierta en los comunes, entre estos el conde de Shaftesbury, (Anthony Ashley Cooper) que lideraba la facción de los parlamentarios republicanos. Fue él quien procuró la sanción de ley de exclusión para prohibir al duque de York el acceso al trono.

Los parlamentarios *whig*, bajo el liderazgo del conde de Shaftesbury, plantearon los riesgos que correrían las libertades de los ingleses si llegara a gobernar un rey católico: se iniciaría la persecución de los protestantes y se abrogarían las leyes de independencia de los británicos, sometiéndolos a la autoridad romana<sup>288</sup>. En tal hipótesis, sostenían, el Parlamento debía actuar como garante de los intereses del pueblo, lo que le acordaba el derecho de alterar las leyes sucesorias y excluir a Jacobo. Era también la oportunidad para reformar la Iglesia, no solo la política<sup>289</sup>.

Los torios, por su parte, relacionaron a los *whig* con el radicalismo político-religioso de décadas anteriores, observando que el peligro de anarquía provenía de la soberanía popular que aquellos sostenían. La historia enseñaba que los cuestionamientos al poder del Monarca resultaban directamente en el caos, la guerra civil y la irreligión. Por eso, el miedo de un rey católico no pasaba de ser una máscara de la rebelión política parlamentaria. Muy pocos denunciaron la falsedad del complot, entre ellos Henry Neville, que no solo apoyó el acceso al trono de un rey católico, sino, también, la tolerancia de la religión católica<sup>290</sup>.

Para aplacar los ánimos, Carlos II disolvió el Parlamento en 1681 y los *whig* fueron excluidos de sus cargos en los gobiernos locales. Pero en 1683 se descubrió el complot conocido como Rye House Plot para asesinar al Rey y asegurar un sucesor que fuera protestante, que se resolvió con la ejecución de varios miembros del Partido Whig; algunos (como el conde de Shaftesbury y con él John Locke) se vieron obligados a escapar. El fracaso de la exclusión desató una ola de severa persecución. Dos años después, el rey Carlos quedó afirmado a la Corona luego de vencer la rebelión de Monmouth<sup>291</sup>. Lo que la crisis develó fue la profunda división de los ingleses tanto en religión cuanto en política.

<sup>288</sup> Cf. Grant TAPSELL, *The personal rule of Charles II, 1681-1685*, p. 159 and next.

<sup>289</sup> Cf. Gary S. DE KREY, "Reformation in the Restoration Crisis, 1679-1682", pp. 231-252.

<sup>290</sup> Henry NEVILLE, *Plato redivivus, or, A dialogue concerning government*. Véase Gaby MAHLBERG, "The republican discourse on religious liberty during the Exclusion Crisis", pp. 352-369.

<sup>291</sup> TAPSELL, *The personal...*, *op. cit.*, *passim*.

## JACOBO II

Llegado al trono en 1685, profeso católico, derogó todas las leyes penales contra los disidentes del anglicanismo en la “Declaración de Indulgencia”<sup>292</sup>, promulgada en 1687 –reiterada al año siguiente–, que favoreció tanto protestantes disidentes como católicos, y fue suficiente para realimentar el pavor de una restauración católica y preparar la revolución en su contra. Según el Monarca, constreñir las conciencias y forzar a la gente en materia de religión era contrario a su inclinación personal, además de opuesto a los intereses del gobierno, ya que se vería afectado el comercio, mermaría la actividad económica y disminuiría la población<sup>293</sup>. Los disidentes se organizaron esperanzados en una solución favorable<sup>294</sup>.

Los historiadores ingleses, los abogados de los derechos humanos y los defensores de la libertad de religión están de acuerdo en que, ante este documento de Jacobo II, el Acta de tolerancia de 1689 de Guillermo de Orange implica un retroceso. Efectivamente así es. Por primera vez, desde que Inglaterra se convirtió en protestante, todos los ingleses fueron exceptuados de los *test* y comprobaciones que se exigían con anterioridad, garantizando una amplia tolerancia religiosa a todos los credos diferentes del oficial. Además, el Rey restituyó los derechos políticos de los presbiterianos restableciéndolos incluso en la Corte. En el Parlamento se elaboraron proyectos de ley concediendo una amplia comprensión y tolerancia de los disidentes.

El ambiente, empero, no era del todo propicio a la política del Monarca, más todavía si el catolicismo del Rey se hacía explícito. Jacobo recibió a emisarios papales y restauró la celebración de la misa en la casa real. Su próximo paso fue tratar que la “Declaración” se convirtiera en ley. El Rey buscó y recibió el apoyo de sectores disidentes y de los católicos, confiados en la extinción de la Iglesia establecida. Pero estas medidas le

---

<sup>292</sup> La Declaración, en ADAMS and STEPHENS, *op. cit.*, pp. 451-453. El mismo año recibió la aprobación de William PENN, en su libro *Good Advice...*, *op. cit.*

<sup>293</sup> La campaña de Jacobo II a favor de una más amplia libertad religiosa, en Mark GOLDIE, “James II and the dissenter’s revenge: the Commission of Enquiry of 1688”, pp. 53-88; MURPHY, *Conscience and community...*, *op. cit.*, pp. 134-142 y Scott SOWERBY, “Of different complexions: religious diversity and national identity in James II’s toleration campaign”, pp. 29-52. Del autor citado en último término, véase Scott SOWERBY, *Making toleration. The Repealers and the Glorious Revolution*, un estudio de la oposición a la política de libertad de conciencia de Jacobo II y la formación del movimiento de los *Repealers*, contrario a la Test Act y favorable a una tolerancia religiosa más extensa.

<sup>294</sup> Cfr. David L. WYKES, “James II’s religious indulgence of 1687 and the early organization of dissent: the building of the first nonconformist meeting-house in Birmingham”, pp. 86-102.

enajenaron sus más firmes aliados, los monárquicos anglicanos, visceralmente contrarios a la tolerancia religiosa, fuera católica o protestante<sup>295</sup>. Ni qué decir que los parlamentarios veían autocumplida la profecía de un absolutista monarca católico coronado<sup>296</sup>.

Por otra parte, dejar que Jacobo dispusiera a voluntad contrariaba la soberanía del Parlamento. El enfrentamiento entre este y el Rey pasaba no solo por la abolición de la Test Act sino, además, por la decisión de Jacobo II de conservar un ejército permanente, lo que se asociaba a las pretensiones absolutistas de la corona. Sir Henry Capel decía en los comunes en 1679:

“Del Papado provino la noción de un ejército permanente y del poder arbitrario... Desde antiguo la corona de España, y ahora Francia, apoyan establecer el Papado entre nosotros; pero dejemos al Papado que se desinfe, y allí está el fin del gobierno y el poder arbitrarios, [que] sin el papado es una mera quimera o idea”<sup>297</sup>.

Al final, en 1688 Jacobo fue depuesto y Guillermo de Orange, Estatúder de la República de Holanda, fue instituido rey y su esposa María, hija de Jacobo, reina. Pero lo que aparenta ser, no obstante las formas, rutinaria continuidad tiene consecuencias no siempre advertidas. Se trata, no de un cambio de manos de la Corona, sino de un cambio en los fundamentos del sistema político inglés.

Antes de acceder el trono, fue presentada a Guillermo y María una declaración de trece derechos reservados al pueblo inglés, que se decía estaban afirmados en la tradición, de la Carta Magna a la Petición de derechos de 1628. La declaración se convertiría en el *Bill of rights*<sup>298</sup>. Sostiene Lois Schwoerer que tras más de medio siglo de innovaciones políticas introducidas en la antigua Constitución, los términos del gobierno fueron fijados en un documento legal que limitaba el ejercicio del poder regio y que hacía de la “nación” protestante la fuente de la soberanía. La mayoría

---

<sup>295</sup> El libro de SOWERBY, *Making toleration...*, *op. cit.*, constituye el estudio más detallado de este momento.

<sup>296</sup> Como reiteradas veces afirma Steve PINCUS, *1688: the first modern revolution*, Jacobo fue un rey católico “moderno”; por ejemplo, en p. 478: “El régimen de Jacobo no era simplemente un régimen católico; fue un régimen católico modernizado. Sus premisas ideológicas fueron tomadas de los argumentos católicos franceses dirigidos, no contra los protestantes en primera instancia, sino contra el papa Inocencio XI y sus defensores. La monarquía católica moderna de Jacobo casó la noción de soberanía absoluta con una campaña para volver a catolizar Inglaterra. El Estado burocrático de Jacobo se construyó en el modelo galicano, que enfureció a los católicos ingleses tanto como a los protestantes ingleses”.

<sup>297</sup> *Apud* KAPLAN, *op. cit.*, p. 228.

<sup>298</sup> En GEE and HARDY, *op. cit.*, pp. 645-654.

de esos declarados antiguos derechos eran en verdad nuevos<sup>299</sup>. El juicio de la historiadora –que divide aguas entre los especialistas– es cierto a mi entender. Entonces, la nueva monarquía de los Orange constituye una revolución político-constitucional, que algunos afirman también religiosa. El documento estudiado por Lois Schwoerer es el afianzamiento del moderno constitucionalismo inglés, que otorga al pueblo o a la nación la titularidad originaria de la soberanía y por eso, como entiende la autora, está a tono con las declaraciones de derechos de la Francia o la Norteamérica revolucionarias<sup>300</sup>.

## 12. Constitucionalismo inglés y tolerancia religiosa

### ¿TOLERANCIA RELIGIOSA O LIBERTAD DE RELIGIÓN?

Ocurrida la revolución gloriosa, casi de inmediato se sanciona la ley de tolerancia religiosa. El nombre del documento de 1689 es de por sí revelador: *An Act for Exempting Their Majesteyes Subjects Dissenting from the Church of England from the Penalties of Certain Lawes*<sup>301</sup>. Nótese que expresamente se evitan las palabras ‘tolerancia’ o ‘indulgencia’, y que solo se admiten los otros cultos bajo la forma de una “excepción” político-eclesiástica. La omisión de las palabras claves se advierte, incluso, en el preámbulo de la ley, en el que no hay mención alguna a argumentos teológicos, filosóficos o epistemológicos que antaño habían ocupado el discurso de los toleracionistas. Se alude, en exclusiva, a la intención de facilitar a las conciencias escrupulosas un medio de unirse, en intereses y afectos, a los reyes protestantes. Por lo tanto, mal puede decirse que ella concede la libertad religiosa a las diferentes sectas disidentes, porque no es más que una libertad condicionada, esto es, una tolerancia si se quiere ampliada. Lo cierto es que, al fracasar la comprensión en la Iglesia estatal –como he puesto de manifiesto en los debates precedentes–, los no conformistas y disidentes se vieron forzados a recurrir a la nueva ley, amparándose en la dispensa o gracia del Soberano.

El costado positivo de la ley de Guillermo y María estaba en la exención de las sanciones legales a los disidentes, pero su flanco negativo

<sup>299</sup> Lois G. SCHWOERER, *The declaration of rights, 1689*, pp. 100, 283-284. Véase también de la misma autora: “The Bill of rights, 1689, revisited”, pp. 42-58.

<sup>300</sup> PINCUS, *op. cit.*, propone muchas más razones por las cuales la revolución llamada “gloriosa” ha sido la primera revolución “moderna”. Una síntesis, en sus conclusiones, pp. 474-486.

<sup>301</sup> En GEE and HARDY, *op. cit.*, pp. 654-664.

radicaba en que no extendía la tolerancia a los católicos ni a los unitarios. Los cuáqueros eran aceptados con condiciones y, en todo caso, los cargos públicos quedaban reservados exclusivamente para los anglicanos<sup>302</sup>. Entre las condiciones que se impusieron, algunas limitaban la libertad de culto. Los disidentes tenían que pedir a un obispo anglicano la licencia de culto; debían prestar juramento de fidelidad en la forma prescrita en la Test Act; debían certificar el lugar de sus congregaciones a las autoridades locales; y tenían que dejar abiertas las puertas de sus capillas durante las reuniones. Además, debían suscribir los Artículos de la Religión Anglicana, con excepciones en algunos puntos teológicos controvertidos. Conformándose a estas condiciones, los disidentes demostraban al Estado que no eran ninguna una amenaza para la sociedad o la Corona; si no las cumplían quedaban sujetos a las sanciones del antiguo estatuto.

Es decir, la ley de 1689 quedó muy por debajo de las expectativas que había despertado la nueva época política en Inglaterra, a tal punto que, para el Parlamento, la ley de Guillermo y María sería de corta vida, pues fue reforzada por posteriores leyes restrictivas que entraron en vigor en los años subsiguientes: de Blasfemia (1698), contra el Papado (1700), de conformidad ocasional (1711) y de cismas (1714), aunque estas dos últimas fueron derogadas en 1719. La aplicación del Acta de tolerancia mostró que los conformistas seguían dudando de los disidentes, a los que consideraban separatistas, aunque más no fuera *in pectore*<sup>303</sup>.

¿Cómo se ha valorado la ley Guillermina? Si para los historiadores *whig* significó un gran avance en la libertad religiosa de los ingleses, entre los historiadores contemporáneos la valoración del Acta no es tan positiva. Algunos ven en ella únicamente una suspensión de las penas y castigos, por lo que en sentido técnico la disidencia seguía siendo un crimen<sup>304</sup>; otros, como Benjamin Kaplan, destacan la voluntariedad del culto convertido en asunto de elección individual<sup>305</sup>. Pero bien vale recordar –respecto de esta voluntariedad– que Inglaterra seguía moviéndose, como las naciones

---

<sup>302</sup> Los cuáqueros no aceptaban ninguna autoridad sobre la religión, por lo que no se plegarían del todo al ofrecimiento de tolerancia. Cfr. David L. WYKES, “The Norfolk controversy: Quakers, Parliament and the Church of England in the 1690s”, pp. 27-40; del mismo, “Quaker schoolmasters, toleration and the law, 1689-1714”, pp. 178-192 y también “Friends, Parliament and the Toleration Act”, pp. 42-63. Los cuáqueros no aceptaban ninguna autoridad sobre la religión, por lo que no se plegarían del todo al ofrecimiento de tolerancia.

<sup>303</sup> Véase John SPURR, “The Church of England, comprehension and the Toleration Act of 1689”, pp. 927-946.

<sup>304</sup> Así, Martin FITZPATRICK, “Toleration and the Enlightenment movement”, pp. 30-31. Es también la opinión de MURPHY, *Conscience and community...*, *op. cit.*

<sup>305</sup> KAPLAN, *op. cit.*, p. 348.

protestantes de su tiempo, en la órbita de la tolerancia religiosa por razón de Estado, y que esta no se identifica con la libertad de religión.

Que el culto fuera voluntario no tiene nada de idealismo y sí mucho de pragmatismo, mentalidad oportunista que algunos atribuyen también al temperamento del nuevo Monarca. Guillermo decía a los ingleses que no toleraría a los católicos (como si prosiguiera la guerra de religión) y a los gobiernos europeos que se inclinaba a tolerarlos (poniendo fin a esa guerra). Por eso Jonathan Israel ha comparado la política religiosa de Guillermo con la del partido francés de los *politiques*, es decir, no estaba animado por simpatías para con los disidentes, sino que actuaba pragmáticamente, puesto el Rey que carecía de compromisos o intereses religiosos<sup>306</sup>.

Si, como entiende Andrew Murphy, el debate sobre la tolerancia religiosa en los precedentes no aportó nada nuevo a lo ya dicho desde 1640; entonces, la tolerancia que se estampa en el Acta de 1689 debe verse también como la respuesta a los temores anglicano-protestantes por el avance de la más extensa libertad religiosa con Jacobo II y la oposición al catolicismo. La tesis no es errada si se recuerda la permanente alianza del Partido Tory con las posiciones más ortodoxas de la Iglesia anglicana, que nada tiene de toleracionista en sus ideas y prácticas. Andrew Murphy insiste en este punto: la ley de 1689 es un rechazo de la amplia tolerancia propiciada por Jacobo dentro y fuera de la Iglesia oficial; e, incluso, no fue tan abarcadora como la política de Oliver Cromwell o las indulgencias de Carlos II<sup>307</sup>.

Más todavía. Siguiendo a Gordon Schochet, puede alegarse que la ley de 1689 complementaría, en cierto sentido, la ley de uniformidad de 1662 y la hegemonía de la Iglesia anglicana. Porque debe tenerse presente que la ley está asociada a la exclusión de Jacobo II y al establecimiento de la religión protestante como condición para asumir la Corona, lo que importa, en los hechos, un reconocimiento del fracaso de la política intolerante para garantizar la homogeneidad religiosa y la estabilidad política, como si la mayor amenaza para los ingleses hubiera estado en los ilimitados poderes del Monarca en materia religiosa, y no el potencial subversivo de los disidentes<sup>308</sup>. El conjunto de todas estas medidas, en la interpretación de Gordon Schochet, fortalece al protestantismo inglés anclándolo ahora en la soberanía popular. Fue un plan calculado que permitía a los Tory-anglicanos conservar, en cuanto era posible, la sociedad tradicional y su

---

<sup>306</sup> Jonathan I. ISRAEL, "William III and toleration", pp. 129-170, en concreto pp. 131, 135-140.

<sup>307</sup> MURPHY, *Conscience and community...*, *op. cit.*, chap. 4, p. 157 and next.

<sup>308</sup> Gordon J. SCHOCHET, "The Act of Toleration and the failure of comprehension: persecution, nonconformity, and religious indifference", pp. 165-187.

distribución de poder. Por eso, las condiciones legales para poder practicar un culto no oficial fungen de requisitos para que el disidente se reconozca como ciudadano inglés y súbdito de la Corona sin ser miembro de la iglesia nacional. Afirma Gordon Schochet que al remover las incapacidades, el Acta no establece la tolerancia, sino que reconoce por ley a aquellos que desean la integración o comprensión sin lesión de sus derechos<sup>309</sup>, pero se trata de una comprensión fuera de la Iglesia.

Así pareciera, aunque resulte una paradoja: la comprensión de los que no están comprendidos. Porque, en verdad, no hay tal comprensión, sino solamente tolerancia religiosa, que siempre es restringida o condicionada. La ley de Guillermo y María fue una solución parcial a un agudo conflicto político y en ningún caso el reconocimiento de un derecho; quiero decir que, si bien no puso fin a la intolerancia, en cambio, intentó resolver una situación que los protestantes ingleses vivían con dramatismo. La solución tiene mucho de transacción: los disidentes aceptaban las condiciones excepcionales que imponía el gobierno para practicar su culto, mientras que el gobierno cedía algo de la hegemonía anglicana (eso significaba la tolerancia de los disidentes) para conservar la paz civil, la unidad de la Iglesia/Estado, sin tener que renunciar al Estado confesional<sup>310</sup>. Típico remedio de la “razón de Estado”.

#### *TOLERANCIA RELIGIOSA, RACIONALISMO Y LA POSREFORMA EN INGLATERRA*

¿Consumó la ley de tolerancia de 1689 la reforma protestante inglesa? John Spurr entiende que la Reforma iniciada por Enrique tuvo un segundo momento de consolidación con Isabel I y Jacobo I, que llama pos-Reforma. Según él, este último periodo se caracteriza por ser “una lucha entre diferentes versiones de la religión”, de modo que es pertinente el preguntarse “cómo y cuándo terminó la pos-Reforma”, es decir, en qué momento llegó a su fin la lucha religiosa. También sugiere que tal vez fue en 1689 con la Toleration Act, aunque sabe que no es defendible al menos en Irlanda, porque en ese país la Reforma, según sus palabras, “nunca fue acabada”<sup>311</sup>.

Si es cierto que en un tiempo debió acabar la reforma inglesa –contra el *semper reformanda* de Juan Calvino–, la respuesta debería buscarse en otro lado. El propio John Spurr, siguiendo a Patrick Collinson, afirma que el rasgo definitorio de la Reforma protestante en Inglaterra es el anticatolicismo, tesis

<sup>309</sup> SCHOCHET, “The Act...”, *op. cit.*, p. 183.

<sup>310</sup> WALSHAM, *op. cit.*, p. 52; Cf. Colin JAGER, “Common quiet: tolerance around 1688”, pp. 569-596.

<sup>311</sup> SPURR, *The Post...*, *op. cit.*, pp. 328-330.

en la que concuerdan gran parte de los historiadores de ayer y de hoy. De ser así, habría que preguntarse si ese enemigo se evaporó con Guillermo y María, si fue derrotado definitivamente hasta extinguirlo. La contestación es negativa, porque el calvinismo siguió afirmándose y el catolicismo continuó siendo ilegal e, incluso, cobró nueva vitalidad en los dos últimos siglos. Tal vez haya que decir, con Stephen Hampton, que si en 1689 la pos-Reforma inglesa concluyó en la arena política, en sede teológica y eclesiástica las olas de la Reforma Protestante penetraron todavía en el siglo XVIII<sup>312</sup>. Y quizá más allá, aunque esto escapa al arco temporal propuesto.

En lo que al trabajo compete, ocurre que la situación de los “papistas” no podía modificarse y que continuó invariable hasta bien entrado el siglo XVIII<sup>313</sup>, no sin antes enfrentar una fuerte oposición y provocar reacciones populares (conocidas como *Gordon Riots*). Volviendo a las afirmaciones del comienzo, debe decirse que ahora, tal como afirma Richard Dees, la identidad anticatólica daba a anglicanos, presbiterianos y cuáqueros una meta o propósito compartido de gran importancia: “la derrota de las fuerzas católicas tanto fuera como dentro de Inglaterra”<sup>314</sup>. Pero si también fuera cierto, como aduce el mismo autor<sup>315</sup>, que en 1689 los católicos eran una amenaza real para Inglaterra y que por ello debían ser tolerados (esto es: controlados), se volvería a ver claramente que la justificación de la tolerancia se hallaba en la razón de Estado, en el exclusivo o prioritario interés estatal, no en motivaciones religiosas o piadosas.

Tras la revolución gloriosa vino la eliminación de la censura en 1694, que acarreó el auge del deísmo y otras creencias racionalistas apoyadas en una enorme literatura. ¿Fruto no querido de la tolerancia? El argumento de 1689 contra los socinianos y unitarios había sido precisamente que su deísmo remataba en el ateísmo; por ello, asimilados a los ateos, fueron excluidos de la tolerancia religiosa, ya que la no creencia en Dios era sinónimo de anarquía e inmoralidad. En suma, los deístas eran gente en la que no se podía confiar<sup>316</sup>. Deístas, racionalistas, radicales y otros no conformistas por

---

<sup>312</sup> Es la tesis del libro de Stephen HAMPTON, *Anti-Arminians. The Anglican Reformed tradition from Charles II to George I*, especialmente chaps. 1 and 2, esto es, que el calvinismo no había muerto.

<sup>313</sup> La ley de mitigación de penas a los católicos, sancionada en 1778 (Catholic Relief Act), los autorizó a comprar tierras sin subterfugios legales y redujo los castigos a sacerdotes y profesores católicos detenidos; pero no les permitió votar ni ocupar cargos públicos o tomar carreras universitarias; tampoco les concedió libertad de culto. Cfr. William GIBSON, *The Church of England 1688-1832. Unity and Accord*, chap. 3.

<sup>314</sup> Richard H. DEES, *Trust and toleration*, p. 103.

<sup>315</sup> *Op. cit.* p. 110.

<sup>316</sup> DEES, *op. cit.*, p. 112 and next. Era también la opinión de John Locke, aunque no debe dejarse de lado que tanto en Inglaterra como en los Países Bajos los socinianos eran

el estilo, excluidos de la conformidad guillermina, forman el núcleo de los disidentes, el famoso *Dissent*, al cual pertenecían desde tiempo atrás, pero que, a partir de entonces, se expandió de modo peligroso. Visto el asunto desde el punto de vista de la tolerancia, la exclusión significó un incremento de doctrinas acerca de la tolerancia religiosa, ahora desde la perspectiva de los derechos naturales<sup>317</sup>. Los sectores ilustrados en la Inglaterra pos 1688 no eran legales; antes bien, eran funcionales al régimen, como ha visto Colin Jager, desde que compartían sus fines, intenciones y sentimientos<sup>318</sup>.

La victoria del Partido Whig y la aplicación de la nueva regla de la tolerancia religiosa provocaron también el ascenso del radicalismo<sup>319</sup>, que se tradujo en permanentes conflictos entre el gobierno y las Iglesias, porque los sectores radicales del liberalismo propiciaban una política fuertemente antieclesiástica, contraria a la Iglesia estatal. No obstante, el régimen político-eclesiástico se mostró estable en líneas generales.

### 13. Conclusión o las cavilaciones de Mr. John Locke

#### LAS RELIGIONES REFORMADAS Y LA CONSOLIDACIÓN DEL ESTADO NACIONAL

Si los Países Bajos, en la historiografía liberal, son el modelo moderno de la tolerancia religiosa, Gran Bretaña pasa por ser la nación de las grandes luchas en pos de tal fin, porque aquellos fueron fundados bajo esa condición, mientras que esta debió hacer revoluciones para establecerla. ¿Qué distingue a Inglaterra de Holanda, ambas calvinistas? Yo diría que, en primer término, una iglesia nacional en apariencia mucho más rígida en controles y sanciones a los disidentes, si bien preocupada porque la Conformidad abarcara a los sectores de la Protesta más gravitantes; lo que no impide que se asista, en segundo lugar, a una muy sorprendente pluralidad de sectas siempre en crecimiento y en *polémica relación con la iglesia oficial*; y, por último, un feroz anticatolicismo, que es elemento central de su religión y su nacionalidad.

---

también sospechosos de hacer causa común con los católicos o, al menos, de no unirse a la entente anticatólica como se apreció en las revueltas de 1650.

<sup>317</sup> Su estudio escapa temporalmente a este trabajo, si bien he dicho algo en "Tolerancia y las religiones...", *op. cit.* Con mayor amplitud, Martin Hugh FITZPATRICK, "From natural law to natural rights? Protestant dissent and toleration in the late eighteenth century", pp. 195-221.

<sup>318</sup> JAGER, *op. cit.*, p. 575.

<sup>319</sup> Véase H. T. DICKINSON, *Libertad y propiedad. Ideología política británica en el siglo XVIII*.

El catolicismo, como se ha visto a lo largo del trabajo, fue factor aglutinador en todos estos años, pues prácticamente todas las denominaciones protestantes de la isla hacen de su oposición a la Iglesia católica el blasón que define su pertenencia. Si hubo alguna unidad entre todos estos sectores disidentes, fue el anticatolicismo. Estos protestantes ingleses podían firmar todos ellos, sin importar las diferencias teológicas, la siguiente sentencia del ministro Richard Baxter:

“De todas las sectas que han preocupado a la iglesia de Cristo, no hay ninguna que haya amontonado tal multitud de errores y hecho tan irritante revuelo en el mundo, como han hecho los papistas, por la sutileza, la insistencia, la provocación y el derramamiento de sangre”<sup>320</sup>.

La idea de que la unidad religiosa es indispensable a la unidad del Estado, asociada a la tesis de que ambos extremos están atados a la supremacía del Monarca o del gobernante, nunca se abandonó en Inglaterra, incluso hasta nuestros días. Desde los comienzos de la Reforma en suelo inglés se advierte este hecho: el Estado confesional anglosajón es una sociedad entre gobierno e Iglesia que sirve al sostenimiento del Estado, puesto que el enemigo de este es tomado por enemigo también de su religión. Como una moneda, la relación tiene una doble cara; el Estado sostiene y procura la Iglesia que es bastión de la religión nacional, a la vez que la religión y la Iglesia defienden la monarquía de la que ambas penden. Alexandra Walsham entiende que el fin perseguido en este siglo y medio era la unidad religiosa, ideal que se hacía inalcanzable con el correr de los años<sup>321</sup>; pero es solo una parte de la realidad, porque no podía haber unidad religiosa fuera de la unidad del Estado. La disidencia religiosa es también, y quizá, en primer lugar, disidencia política. La comprensión, inclusión o tolerancia siempre se planteó *ad intra* del Estado confesional y de la confesión estatal, no fuera de él ni de ella.

La mayor o menor comprensión o abarcamiento, esto es, la elasticidad del acomodamiento para fijar los lindes de la Conformidad, devuelve a las políticas de disciplinamiento estatal de las Iglesias, desarrolladas por las experiencias calvinistas en Ginebra y los Países Bajos, que tan bien han tratado Ronnie Po-Chia y Philip Gorski<sup>322</sup>. “La comprensión, el acomodamiento de los disidentes moderados dentro de la iglesia, fue el rostro gentil

---

<sup>320</sup> Richard BAXTER, *A Winding Sheet for Popery*, p. 1.

<sup>321</sup> WALSHAM, *op. cit.*, p. 260.

<sup>322</sup> Philip S. GORSKI, *The disciplinary revolution. Calvinism and the rise of the State in early modern Europe* y R. PO-CHIA HSIA, *Social discipline in the Reformation: Central Europe 1550-1750*.

de la persecución anglicana”, ha escrito Steve Pincus<sup>323</sup>. La subordinación de la Iglesia a la monarquía, que los ingleses reconocieran legalmente en las diferentes leyes estudiadas, resultó en que la Iglesia anglicana fuera controlada por el Estado, de manera que el proceso político hasta la Revolución gloriosa y quizá más allá, puede entenderse en el sentido de la conversión de la Iglesia nacional en un instrumento burocrático y disciplinario al servicio del Estado. La Iglesia disciplinada fue arma vital en estos siglos para introducir y afianzar el protestantismo y promover la revolución en las costumbres o la reforma moral.

La Iglesia sirvió a la consolidación del Estado nacional, es cierto. Empero, tampoco puede dejar de verse que la difusión de las doctrinas protestantes, especialmente de la *sola fide* y la *sola Scriptura*, significaban en los hechos reconocer a los individuos un poder decisivo en materia religiosa, puesto que en cierta medida todos estaban llamados a ser teólogos o expertos en los Evangelios. Y en cuanto ese poder de los individuos como agentes de la Reforma era admitido, la disconformidad y las tendencias anárquicas o desordenadas crecían en proporción –a ojos del Estado-Iglesia. Véase, por ejemplo, lo que escribía el conformista monárquico John Whitgift respecto de los puritanos y su admonición en los años de la reina Isabel:

“proceden no por amor sino por odio [...] no por mentes deseosas de reforma, sino estómagos que buscan deformar y confundir lo que está establecido en orden y debida forma por la autoridad legal”<sup>324</sup>.

Este caso puede generalizarse a otros momentos y actores, porque la oficialista inglesa es una mentalidad herética que tiene repugnancia de las herejías que de ella nacen.

También se ha observado que las disidencias del oficialismo religioso se manifestaban con los pregones de la tolerancia, la libertad de conciencia y de religión, los derechos naturales, a más de las tendencias republicanas y populistas de las ideologías políticas. La conciencia podía tener un valor cambiante; para unos, era el enemigo de la Iglesia y el Estado; para otros, era la piedra de toque de la verdadera religión. Para ilustrar el primer caso, es útil el panfleto de autor anónimo de 1647, que acusaba a las sectas no conformistas de querer matar a Carlos I y destruir la religión en nombre de la conciencia.

“Si sus conciencias les dictaran algo, como matar, robar, cometer adulterio, o por el estilo, [...] están obligados a hacerlo, porque su conciencia se los

<sup>323</sup> PINCUS, *op. cit.*, p. 425.

<sup>324</sup> JOHN WHITGIFT, *An Answere to Certen Libel Intituled, An Admonition to the Parliament*, p. 12.

dicta; es más, pecan deliberadamente contra Dios si lo no hacen, como sus propias lenguas confiesan”<sup>325</sup>.

La tesis guarda semejanza con los similares razonamientos del impío Pierre Bayle, que es ejemplo de la segunda postura<sup>326</sup>. En suelo inglés, el inconformista Paul Best podía desafiar irónicamente a los teólogos puritanos aduciendo que no podían demostrar que su religión bíblica era mejor que la de él, basada en la sola conciencia:

“¿puede un hombre, para ser mejor que otro, probar su propia religión en las Escrituras, si el estar plenamente convencido en el corazón es la regla y guía más segura para uno y otro?”<sup>327</sup>.

Doble juego entonces, que está dentro de las reglas de las religiones reformadas: poder al Estado para disciplinar las creencias y poder a los individuos para anarquizar el Estado. La tolerancia religiosa nunca bastó para resolver la contradicción; a lo sumo, fue un dique temporario que acabaría siendo horadado por las aguas de las creencias libres.

En este siglo y medio la política religiosa anglosajona se movió entre la intolerancia, la comprensión y la tolerancia; son tres momentos que, sin ser por necesidad cronológicos, describen una secuencia reiterada en la historia del protestantismo anglicano. Los británicos que dirigieron la Iglesia establecida tuvieron muy presente que la tolerancia estatal de otros credos exigía la aceptación de un patrón para consentir los disidentes, si bien este criterio se presentó normalmente confundido con los intereses políticos (la monarquía, la seguridad del Estado, la paz y la prosperidad públicas), esto es: el eje divisorio era político y no se estableció sobre la base de la que consideraban verdadera religión. La verdadera religión era la anglicana que en su flexibilidad consensual podía estrecharse o estirarse. Por eso no se concedió libertad religiosa, porque entendieron también que la tolerancia no conllevaba la libertad de religión y que si había libertad de conciencia para los disidentes era solamente en el ámbito privado. Por eso la Iglesia nacional de los ingleses es otro ejemplo de la tolerancia religiosa fundada en la razón de Estado<sup>328</sup>.

Pero el historiador Michael Questier va un poco más allá, dado que ha criticado el hecho de que “la retórica de la unidad de la política del Estado no fue la retórica evangélica de la gracia y la renovación [espiri-

<sup>325</sup> *A Bloody Independent Plot Discovered*.

<sup>326</sup> Según BAYLE, *op. cit.*, II, VIII, “todo lo que se hace contra el dictamen de la conciencia es pecado”.

<sup>327</sup> Paul BEST, *A Letter of Advice unto the Ministers Assembled at Westminster, with severall parcels of Queries, recommended to their saddest considerations*.

<sup>328</sup> Véase JAGER, *op. cit.*

tual] de la Reforma”<sup>329</sup>. ¿Traición a los padres protestantes? ¿Fueron los anglicanos unos falsos protestantes, como si el erastianismo no fuera una de sus herencias? Se podría evitar la discusión diciendo que son solo puntos de vista acerca de la doctrina político-religiosa de los reformados, ya que algunos se afanan en destacar el pietismo fideísta que llama a la vida interior como expresión de la fe, mientras otros creen que el espiritualismo evangélico es del todo compatible con la disciplina religioso-política unitaria del Estado. Mi respuesta sería que es una ambigüedad más de la Reforma. El modelo de Juan Calvino, más que el de Martín Lutero, fue el que dio forma a la religión de los ingleses; el ejemplo está en los puritanos. Y se olvida Michael Questier, además, de la luminosa sentencia de Pierre Bayle que ya se ha citado: en las naciones en las que los protestantes han expulsado a los católicos puede ser necesaria una iglesia oficial que restrinja la tolerancia de las creencias. Porque de ello depende su propia vida.

No puede pasar inadvertido –como he insistido en diversas ocasiones– que es la religión la que acaba más herida en todas estas pependencias y que el Estado es el que sale victorioso. En relación con Inglaterra, es el parecer de John Sommerville, que en su estudio sobre la secularización en ese país resalta que la religión, luego de siglo de reyertas, ha perdido todo acento tradicional, porque se confunde con lo establecido por las leyes partisanas del Parlamento<sup>330</sup>. De ahí su juicio:

“En resumen, la religión dejó de ser un poder en el gobierno inglés; era más bien un tema político. La cuestión era el poder sobre la religión [...]. La frase ‘estado confesional’ indica mejor el estado cambiante de la religión en las nuevas condiciones. ‘Confesión’ sugiere una fe libre y consciente, una lealtad solicitada y no asumida, una lealtad de derecho natural más que una característica de una cultura religiosa”<sup>331</sup>.

#### *LA RELIGIÓN DEL LIBRO Y LA POLÍTICA RELIGIOSA PROTESTANTE*

No es exagerado destacar la raíz protestante de estas consecuencias, porque todas las instancias descritas fueron sustentadas en la *sola Scriptura*, en la *Biblia* como fuente de las más variadas expresiones religiosas y decisiones políticas. Puritanos, anglicanos y separatistas, conformistas y no conformistas, laudianos, cuáqueros y conservadores, racionalistas, disidentes y

<sup>329</sup> *Apud* WALSHAM, *op. cit.*, p. 64.

<sup>330</sup> El cambio en el juramento de coronación de Guillermo y María es significativo, pues juran sostener “la religión protestante establecida por la ley”, SOMMERVILLE, *op. cit.*, p. 122. Nótese la similitud con la tesis defendida por John Whitgift, *supra*.

<sup>331</sup> SOMMERVILLE, *op. cit.*, p. 123.

arminianos, todos se asían a las Escrituras para fundar su teología, apoyar sus creencias religiosas y la libertad de conciencia, y tomar de ellas la guía de las conductas sociales y civiles. La *Biblia* leída todavía con religiosa piedad, con el tiempo se convertirá en texto escrutado racionalmente, no ya como autoridad, sino como argumento usado por la razón y sus decisiones. John Dryden, John Locke y otros ilustrados conciben la *Biblia*

“como un paquete de información acerca de cómo ser salvo: todo lo que debe conocerse es claro, el resto mejor es ignorarlo y el individuo es soberano”<sup>332</sup>.

Por eso es incorrecto hablar de teología política, cuando se trata de ideologías políticas que se valen de principios o razonamientos religiosos para secundar sus posiciones. Los ingleses lo muestran con notable nitidez. La religión podía ser tanto un orden basado en la autoridad superior, secular o clerical, como una creencia de la conciencia individual; podía ser jerárquica o democrática. Las instituciones políticas que se derivaban de la *Biblia* podían ser absolutistas o parlamentarias, monárquicas o republicanas; podían entenderse al modo israelita o hebreo, o, bien, definirse en el estilo liberal.

Todo o casi todo podía fundarse o derribarse según se leyera la Escritura, que es tanto como afirmar que todo o casi todo estaba fundado en la Palabra de Dios, que todo era divino. Lo “*natural*”, lo humano o, bien, ha desaparecido o, bien, se redujo, como en los padres reformados, al pecado. Pero la razón que escruta y especula, la razón que calcula y dirime, trabaja como un lápiz que destaca en las Escrituras lo que sirve a cada posición, pues al igual que en otros lares y tiempos el irracionalismo protestante de la *sola Scriptura* entendida libremente degenera en un utilitarismo racionalista, político, pero también religioso.

Como en otros soles y otras tierras, la promesa protestante de ser menos humanos y más divinos, esto es, de servir menos a los hombres y más a Dios, según la intención de los reformados en su diatriba anticatólica; la promesa, en fin, de un gobierno divino de los asuntos humanos, que es la de un gobierno humano establecido por Dios, al que sirve<sup>333</sup>; la promesa, digo, se revierte en frustración. Gobiernos de hombres y no de Dios, asentados en la soberanía humana antes que en la primacía de las leyes divinas; gobiernos de derechos de los hombres a creer y adorar a

<sup>332</sup> JAGER, *op. cit.*, p. 582.

<sup>333</sup> Afirmaba con esperanza el puritano John GOODWIN, *Anti-Cavalierisme, or, Truth pleading as well the necessity...*, vol. 1, p. 8: “llega el tiempo en que Cristo pondrá todo gobierno y toda autoridad y poder...”.

Dios según su conciencia y voluntad, de un Dios servido al modo humano. Tarde o temprano el derecho humano se superpondrá al divino y la tolerancia religiosa devendrá libertad de religión, como un siglo después ocurrió en Norteamérica. Y una vez reconocido el derecho a la religión libre, ¿qué impide que los hombres reclamen la libertad para salir de la religión, de una religión puramente humana?<sup>334</sup>

*EL PRUDENTE JOHN LOCKE*

En su famosa *Epístola sobre la tolerancia*, repasó las vicisitudes de la religión nacional de los ingleses en estos términos:

“Nuestra historia inglesa moderna, en los reinados de Enrique VIII, Eduardo VI, María e Isabel, nos ofrece ejemplos muy frescos de cuán clara y prontamente el clero cambió sus decretos, sus artículos de fe, sus formas de culto, todo, según las inclinaciones de aquellos reyes y reinas”<sup>335</sup>.

Lo que le inquietaba era el hecho de que la religión dependiese del poder secular, del Estado, pues de varios giros y diversas maniobras, había llegado a la conclusión anticalvinista, que no era cuestión de una iglesia nacional, sino de la conciencia individual. Se plegaba así a la hueste de baptistas, cuáqueros y disidentes separatistas que décadas antes habían sido blanco de sus críticas. Su descontento con esta historia del anglicanismo alcanzaba también a la ley de tolerancia Guillermina, pues, como escribió a su amigo Phillip van Limborch en junio de 1689, no era una concesión tan amplia como lo hubieran deseado ambos.

Pero si algo rescataba de la trayectoria de la Iglesia protestante en Inglaterra era su ferviente oposición al catolicismo, que es lo que rescata de la ley de 1689, como dice a Phillip van Limborch:

“Ningún culto está impedido totalmente o hecho susceptible de sanciones, tampoco los romanos, siempre y cuando estén dispuestos a prestar el juramento de lealtad y renunciar a la transubstanciación y algunos dogmas de la iglesia romana”<sup>336</sup>.

El filósofo y médico inglés no ha advertido que ni tan solo él, tan libre y racional, puede desligarse del fardo de la religión estatal. Elogia que los católicos, para poder celebrar su culto, estén sujetos a condiciones teológicas que los obligan a declinar el contenido dogmático de la religión;

---

<sup>334</sup> Véase en este sentido el brillante capítulo 4 de Brad S. GREGORY, *The unintended Reformation: how a religious revolution secularized society*.

<sup>335</sup> John LOCKE, *A letter concerning toleration*, vol. VI, p. 27.

<sup>336</sup> Reproducida en John Locke, *The Works of Jon Locke*, vol. X, p. 23.

pero aplaude también que se sometan al juramento de fidelidad al Rey y la nación ingleses, todo lo cual contraría su idea de la generosa tolerancia. Asimismo, no ha podido superar la herencia protestante de su patria y, en un solo párrafo, acepta todo aquello que le causaba preocupación: el sometimiento de la religión al Estado, el odioso disciplinamiento estatal. ¡Típicamente inglés!

## 14. Bibliografía

### COLECCIONES DOCUMENTALES

- ADAMS, George Burton and H. Morse STEPHENS (eds.), *Select documents of English constitutional history*, New York, The MacMillan Company, 1920.
- BURRAGE, Champlin, *The early English dissenters in the light of recent research (1550-1641)*, Cambridge, Cambridge University Press 1912, vol. II: *Illustrative documents*.
- CUMMINGS, Brian (ed.), *The Book of Common Prayer. The texts of 1549, 1559 and 1562*, Oxford and New York, Oxford University Press, 2011.
- FRERE, Walter Howard and Charles Edward DOUGLASS (eds.), *Puritan manifestoes*, London, Society for Promoting Christian Knowledge, 1907.
- GARDINER, Samuel Rawson (ed.), *The constitutional documents of the Puritan revolution*, 3<sup>rd</sup> ed., Oxford, Oxford at The Clarendon Press, 1927.
- GEE, Henry and William John HARDY (comps.), *Documents illustrative of English Church history*, London, MacMillan, 1910.
- HART, David M. and Ross KENYON (ed.), *Tracts on liberty by the Levellers and their critics (1638-1660)*, 7 vols, Indianapolis, Liberty Fund, 2014-2018. A los siete volúmenes iniciales ya editados se agregarán dos más en carácter de Addendum. Disponibles en <http://oll.libertyfund.org/titles/2595>
- RAMÍREZ, Alonzo, *Los estándares de Westminster*, San José, Costa Rica, Confraternidad Latinoamericana de Iglesias Reformadas, 2010.
- UNDERHILL, Edward Bean, *Tracts on liberty of conscience and persecution, 1614-1661*, London, edited by The Hanserd Knollys Society, J. Haddon, 1846.
- WOODHOUSE, A. S. P. (ed.), *Puritanism and liberty. Being the Army Debates (1647-9) from the Clarke Manuscripts with supplementary documents*, 2<sup>nd</sup> ed., Chicago, The Chicago University Press, 1951.

### FUENTES

- A Bloody Independent Plot Discovered*, London, 1647. Disponible en <https://quod.lib.umich.edu/cgi/t/text/text-idx?c=eebo2;idno=A76883.0001.001> [fecha de consulta: 27 de noviembre de 2019].

- A Declaration of the Faith and Order Owned and practised in the Congregational Churches in England*, London, 1658. Disponible en <https://quod.lib.umich.edu/e/eebo/A89790.0001.001?rgn=main;view=fulltext> [fecha de consulta: 15 de noviembre de 2019].
- BAXTER, Richard *A Winding Sheet for Popery*, London, Nevil Simons, 1657.
- BAYLE, Pierre, *Comentario filosófico sobre las palabras de Jesucristo "obligales a entrar"*, Madrid, edición de José Luis Colomer, Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, 2006.
- BEST, Paul, *A Letter of Advice unto the Ministers Assembled at Westminster, with severall parcels of Queries, recommended to their saddest considerations*, London, 1646. Disponible en <https://trove.nla.gov.au/work/168921878?q&versionId=184123679> [fecha de consulta: 3 de noviembre de 2019].
- BETHEL, Slingsby, *The present interest of England stated by a lover of his king and country*, London, 1671. Disponible en <https://quod.lib.umich.edu/e/eebo/A27543.0001.001?rgn=main;view=fulltext> [fecha de consulta: 15 de noviembre de 2019].
- BROWNE, Robert, *A Treatise of Reformation without Tarrying for Any*, London, Memorial Hall, 1903.
- BUSHER, Leonard, "Religions peace: or, A plea for liberty of conscience. Long since presented to King James, and the High Court of Parliament then sitting", in Edward Bean UNDERHILL, *Tracts on liberty of conscience and persecution, 1614-1661*, London, edited by The Hanserd Knollys Society, J. Haddon, 1846.
- CALVINO, Juan, *Institución de la religión cristiana*, Buenos Aires/Grand Rapids, Nueva Creación, 1988.
- CARLYLE, Thomas, *Oliver Cromwell's letters and speeches: with elucidations*, London, Chapman and Hall, 1894, 5 vols.
- CAWDREY, Daniel, *Independencie a great schism. Proved against Dr. Owen his apology in his tract of Schism*, London, 1657. Disponible <https://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=mdp.39015064370243;view=1up;seq=7> [fecha de consulta: 13 de septiembre de 2019].
- CORBET, John, *A discourse of the religion of England asserting, that reformed Christianity settled in its due latitude, is the stability and advancement of this kingdom*, London, 1667. Disponible en <https://quod.lib.umich.edu/e/eebo/A34533.0001.001?rgn=main;view=fulltext> [fecha de consulta: 15 de septiembre de 2019].
- COTTON, John, *Keyes Of The Kingdom Of Heaven*, London, M. Simmons for Henry Overton, 1644. Disponible en <https://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=nyp.33433069124281> [fecha de consulta: 15 de septiembre de 2019].
- DRYDEN, John, *Religio laici, or, A laymans faith a poem*, London, Jacob Tonson, 1682. Disponible en <https://quod.lib.umich.edu/e/eebo/A36673.0001.001?rgn=main;view=fulltext> [fecha de consulta: 16 de septiembre de 2019].
- EDWARDS, Thomas *Gangraena: Or A Catalogue and Discovery of Many of the Errors, Heresies, Blasphemies and Pernicious Practices of the Sectaries of This Time*, 3<sup>rd</sup> ed., London, T.R. and E.M. for Ralph Smith, 1646. Disponible en

- <https://quod.lib.umich.edu/e/eebo/A38109.0001.001?rgn=main;view=fulltext> [fecha de consulta: 15 de septiembre de 2019].
- GOODWIN, John, *Anti-Cavalierisme, or, Truth pleading as well the necessity...*, London, 1642, in David M. HART and ROSS KENYON (eds.), *Tracts on liberty by the Levellers and their critics (1638-1660)*, Indianapolis, Liberty Fund, 2014-2018, 7 vols. A los siete volúmenes iniciales ya editados se agregarán dos más en carácter de Addendum. Disponibles en <http://oll.libertyfund.org/titles/2595> [fecha de consulta: 15 de septiembre de 2019].
- GOODWIN, Thomas, *Theomachia: or The Grand Imprudence of Men Running the Hazard of Fighting against God*, London, 1644, in David M. HART and ROSS KENYON (eds.), *Tracts on liberty by the Levellers and their critics (1638-1660)*, Indianapolis, Liberty Fund, 2014-2018, 7 vols. A los siete volúmenes iniciales ya editados se agregarán dos más en carácter de Addendum. Disponibles en <http://oll.libertyfund.org/titles/2595> [fecha de consulta: 18 de septiembre de 2019].
- HALES, John, *A tract concerning schism and schismatiques wherein is briefly discovered the originall causes of all schisme*, Oxford, Printed by Leonard Lichfield for Edward Forrest 1642 and London, Printed for John Blyth, at Mr Playfords Shop in the Temple, 1677. Disponible también en <https://quod.lib.umich.edu/e/eebo/A70260.0001.001?rgn=main;view=fulltext> [fecha de consulta: 15 de septiembre de 2019].
- HARRINGTON, James, “The Commonwealth of Oceana”, in J.G.A. Pocock (ed.), *Harrington: The Commonwealth of Oceana and A System of Politics*, London and New York, Cambridge University Press, 1992.
- HELWYS, Thomas, “A most humble supplication of divers poor prisoners”, in Champlin BURRAGE, *The early English dissenters in the light of recent research (1550-1641)*, Cambridge, Cambridge University Press, 1912, vol. II: Illustrative documents.
- HOBBS, Thomas, *Leviathan*, in Thomas HOBBS, *The English Works of Thomas Hobbes*, London, John Bond, 1839, vol. III.
- HOOKE, Richard, *Of the Laws of Ecclesiastical Polity*, 7<sup>nd</sup> ed., Oxford, ed. John Keble, Clarendon Press, 1888, 3 vols.
- L'ESTRANGE, Roger, *Toleration Discuss'd*, London, Henry Brome, 1663. Disponible en <https://quod.lib.umich.edu/e/eebo/A47927.0001.001?rgn=main;view=fulltext> [fecha de consulta: 15 de septiembre de 2019].
- LEY, John, *A Discourse Concerning Puritans. A Vindication of Those, Who Unjustly Suffer by the Mistake, Abuse, and Misapplication of that Name*, London, Robert Bostock, 1641. Disponible en <https://quod.lib.umich.edu/e/eebo/A88100.0001.001?rgn=main;view=fulltext> [fecha de consulta: 17 de noviembre de 2019].
- LOCKE, John, *A letter concerning toleration* (1690), in John LOCKE, *The works of John Locke*, London, Th. Tegg, W. Sharpe and Son, G. Ofor, G. y J. Robinson y J. Evans and Co., 1823.

- LOCKE, John, "A Letter from a Person of Quality to His Friend in the Country", in John Locke, *The works of John Locke*, London, Th. Tegg, W. Sharpe and Son, G. Offor, G. and J. Robinson and J. Evans and Co., 1823, vol. x.
- LOCKE, John, *Dos tractos sobre el gobierno y otros escritos*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2015.
- LOCKE, John, *The works of John Locke*, London, Th. Tegg, W. Sharpe and Son, G. Offor, G. and J. Robinson and J. Evans and Co., 1823.
- MARVELL, Andrew, "An Account of the Growth of Popery, and Arbitrary Government in England", Amsterdam. Disponible en <https://quod.lib.umich.edu/e/eebo/A52125.0001.001?rgn=main;view=fulltext> [fecha de consulta: 18 de noviembre de 2019].
- MILTON, John, *A treatise of Christian doctrine, compiled from the Holy Scriptures*, edited by Charles R. Sumner, Cambridge, Cambridge University Press, 1825.
- MILTON, John, "A treatise of civil power in ecclesiastical causes; showing that it is not lawful for any power on earth to compel in matters of religion", in John MILTON; James AUGUSTUS ST. JOHN; Charles Richard SUMNER, *The prose works of John Milton*, Indianapolis, Liberty Fund, 2010, vol. 2.
- MILTON, John, *Areopagitica*, Cambridge, Cambridge University Press, 1918.
- MILTON, John, "Of True Religion, Heresy, Schism, Toleration; and What Best Means May Be Used Against the Growth of Popery", in John MILTON; James AUGUSTUS ST. JOHN; Charles Richard SUMNER, *The prose works of John Milton*, Indianapolis, Liberty Fund, 2010, vol. 2.
- NEVILLE, Henry, *Plato redivivus, or, A dialogue concerning government*, London, 1681. Disponible en <https://quod.lib.umich.edu/e/eebo/A52855.0001.001?rgn=main;view=fulltext> [fecha de consulta: 18 de noviembre de 2019].
- OWEN, John, "A Country Essay for the Practice of Church Government there", in William H. GOOLD *et al.* (eds.), *The Works of John Owen, D.D.*, Edinburgh-London-Dublin, T. & T. Clark-Hamilton, Adams and Co.-John Robertson, 1862, vol. VIII.
- OWEN, John, "A Short Defensative about Church Government, Toleration, and Petitions about these things", in William H. GOOLD *et al.* (eds.), *The Works of John Owen, D.D.*, Edinburgh-London-Dublin, T. & T. Clark-Hamilton, Adams and Co.-John Robertson, 1862,
- OWEN, John, "Of Toleration: and the Duty of the Magistrate about Religion", in William H. GOOLD *et al.* (eds.), *The Works of John Owen, D.D.*, Edinburgh-London-Dublin, T. & T. Clark-Hamilton, Adams and Co.-John Robertson, 1862, vol. VIII.
- PARKER, Samuel, *A discourse of ecclesiastical politie wherein the authority of the civil magistrate over the consciences of subjects in matters of external religion is asserted : the mischiefs and inconveniences of toleration are represented, and all pretenses pleaded in behalf of liberty of conscience are fully answered*, London, J. Martyn, 1678. Disponible en <https://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=uc1.31175035146730;view=1up;seq=9> [fecha de consulta: 15 de septiembre de 2019].

- PENN Willian, *A Brief Examination and State of Liberty Spiritual Both with Respect to Persons in Their Private Capacity and in Their Church Society and Communion*, London, Printed by Andrew Sowle and sold at his shop in Devonsnire Buildings whitout Bishops-Gate, 1681.
- PENN, William. *A Persuasive to Moderation to Church Dissenters in Prudence and Conscience*, Oxford, edited by Marie Griffith, Oxford University Press, 2008.
- PENN, WILLIAM, *England's great interest in the choice of this new Parliament dedicated to all her free-holders and electors.1644-1718*, London, 1679
- PENN, William, *Good Advice to the Church of England, Roman Catholick, and Protestant Dissenter : In Which It Is Endeavoured to Be Made Appear That It Is Their Duty, Principles and Interest to Abolish the Penal Laws and Tests*, London, Printed and sold by Andrew Sowle at the Crooked-Billet in Holloway-Lane in Shoreditch, and at the Three Keys in Nags-Head-Court in Grace-Chruch-Street, over againsst the Conduit, 1687.
- PENN, WILLIAM, *One project for the good of England that is, our civil union is our civil safety: humbly dedicated to the great council, the Parliament of England*, London, edited by Andrew Sowle, 1679.
- PENN, William, *The Great Case of Liberty of Conscience Once More Briefly Debated and Scripture, and Antiquity: which may serve the place of a general reply to such late discourse; as have oppos'd a tolerantion*, London, 1670.
- PENN, William, *The political writings of William Penn*, Indianapolis, edited by Andrew Murphy, Liberty Fund, 2002.
- PETT, Peter, *A Discourse Concerning Liberty of Conscience: In which are Contain'd Proposals, about what Liberty in this Kind is Now Politically Expedient to be Given, and Severall Reasons to Shew how Much the Peace and Welfare of the Nation is Concern'd Therein*, London, Nathaniel Brook, 1661. Disponible en <https://quod.lib.umich.edu/e/eebo/A54578.0001.001?rgn=main;view=fulltext> [fecha de consulta: 19 de septiembre de 2019].
- PRYNNE, William, *The Church of Englands old antithesis to new Arminianisme*, London, 1629. Disponible en <http://downloads.it.ox.ac.uk/ota-public/tcp/Texts-HTML/free/A10/A10180.html> [fecha de consulta: 15 de septiembre de 2019].
- ROBINSON, Henry *Liberty of Conscience, or the Sole Means to Obtaine Peace and Truth*, 1644, in David M. HART, and ROSS KENYON (eds.), *Tracts on liberty by the Levellers and their critics (1638-1660)*, 7 vols., Indianapolis, Liberty Fund, 2014-2018. A los siete volúmenes iniciales ya editados se agregarán dos más en carácter de Addendum. Disponibles en <http://oll.libertyfund.org/titles/2595>
- RUTHERFORD, Samuel, *Lex, Rex, Or The Law And The Prince: A Dispute For The Just Prerogative Of King And People*, London, John Field, 1644. Edited by Jon. Roland, 2002. Disponible en [www.constitution.org/sr/lexrex.htm](http://www.constitution.org/sr/lexrex.htm) [fecha de consulta: 17 de octubre de 2019].
- RUTHERFORD, Samuel, *A Free Disputation Against Pretended Liberty of Conscience: Tending to Resolve Doubts Moved*, London, Andrew Crook, 1649. Disponible en <https://quod.lib.umich.edu/e/eebo/A92140.0001.001?rgn=main;view=fulltext> [fecha de consulta: 12 de septiembre de 2019].

- STILLINGFLEET, Edward, *Irenicum, A Weapon-Salve For The Churches Wounds: Or The Divine Right Of Particular Forms Of Church Government*, London, Henry Morlock, 1662. Disponible en <https://quod.lib.umich.edu/e/eebo/A61558.0001.001?rgn=main;view=fulltext> [fecha de consulta: 15 de septiembre de 2019].
- STILLINGFLEET, Edward, *The unreasonableness of separation, or, An impartial account of the history, nature, and pleas of the present separation from the communion of the Church of England to which, several late letters are annexed, of eminent Protestant divines abroad, concerning the nature of our differences, and the way to compose them*, London, Henry Mortlock, 1681. Disponible <https://quod.lib.umich.edu/e/eebo/A61632.0001.001?rgn=main;view=fulltext> [fecha de consulta: 19 de octubre de 2019].
- TILLOTSON, John, *The Protestant religion vindicated, from the charge of singularity & novelty : in a sermon preached before the King at White-Hall*, London, 1680. Disponible en <https://quod.lib.umich.edu/e/eebo/A62578.0001.001?rgn=main;view=fulltext> [fecha de consulta: 7 de octubre de 2019].
- WHITGIFT, John, *An Answer to Certen Libel Intituled, An Admonition to the Parliament*, London, 1572. Disponible en <http://downloads.it.ox.ac.uk/ota-public/tcp/Texts-HTML/free/A15/A15127.html> [18 de octubre de 2019].
- WHITGIFT, John, *The Defense of the Aunswere to the Admonition*, London, Hery Binneman, 1574. Disponible en <https://quod.lib.umich.edu/e/eebo/a15130.0001.001?rgn=main;view=fulltext> [fecha de consulta: 25 de septiembre de 2019].
- WILLIAMS, Roger, *The Bloody Tenent, Of Persecution, For Cause Of Conscience*, London, J. Haddon, 1848.
- WITT, John Richard de, *Jus divinum. The Westminster Assembly and the Divine of Church of government*, Kampen, J. H. Kok, 1969.
- WOLSELEY, Charles, *De Christiana libertate, or, Liberty of conscience upon it's [sic] true and proper grounds asserted & vindicated and the mischief of impositions ... Quakers made manifest: in two parts*, London, 1682. Disponible en <https://quod.lib.umich.edu/e/eebo2/A30026.0001.001?view=toc> [fecha de consulta: 15 de septiembre de 2019].

#### BIBLIOGRAFÍA SECUNDARIA

- ACHINSTEIN, Sharon and Elizabeth SAUER (eds.), *Milton on toleration*, New York, Oxford University Press, 2007.
- ASHCRAFT, Richard, *Revolutionary politics & Locke's Two treatises on government*, Princeton, Princeton University Press, 1986.
- ASHCRAFT, Richard, "Latitudinarianism and toleration: historical myth versus political history", en Richard KROLL, Richard ASHCRAFT and Perez ZAGORIN (eds.), *Philosophy, science, and religion in England 1640-1700*, Cambridge and New York, Cambridge University Press, 2008.

- AYLMER, Gerald E. (ed.), *The interregnum. The quest for settlement 1646-1660*, London, MacMillan, 1987.
- BAKER, J. Wayne, "Sola fide, sola gratia: the battle for Luther in seventeenth-century England", in *The Sixteenth Century Journal*, vol. XVI, núm. 1, Kirksville, 1985.
- BAKER, Philip and Elliot VERNON (eds.), *The Agreements of the People, the Levellers and the constitutional crisis of the English Revolution*, Hampshire and New York, Palgrave MacMillan, 2012.
- BEJAN, Teresa M., "Evangelical toleration", in *The Journal of Politics*, vol. 74, number 4, Chicago, 2015.
- BRADDICK, Michael, *God's fury, England's fire. A new history of the English civil wars*, London, Penguin Books, 2008.
- BRADLEY, Rosemary, "The failure of accommodation: religious conflicts between Presbyterians and Independents in the Westminster Assembly 1643-1646", in *Journal of Religious History*, vol. 12, N° 1, Hoboken, 1982.
- BRADSTOCK, Andrew, *Radical religion in Cromwell's England. A concise history from the English Civil War to the end of the Commonwealth*, London and New York, I.B. Taurus, 2011.
- BREMER, Francis J., *Puritanism. A very short introduction*, New York, Oxford University Press, 2009.
- BURNS, J. H. and Mark GOLDIE (ed.), *The Cambridge history of political thought 1450-1700*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.
- BURRAGE, Champlin, *The church covenant idea. Its origin and its development*, Filadelfia, American Baptist Publication Society, 1904.
- BURRAGE, Champlin, *The early English dissenters in the light of recent research (1550-1641)*, Cambridge, Cambridge University Press, 1912, 2 vols.
- CAPP, Bernard, "Multiconfessionalism in early modern Britain", in Thomas Max SAFLEY (ed.), *A companion to multiconfessionalism in the early modern world*, Leiden and Boston, Brill, 2011.
- CARLIN, Norah, "Toleration for Catholics in the Puritan revolution", in Ole Peter GRELL and Bob SCRIBNER (eds.), *Tolerance and intolerance in the European reformation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002.
- CLARK, J. C. D., "Protestantism, nationalism and national identity, 1660-1832", in *The Historical Journal*, vol. 43, N° 1, Cambridge, 2000.
- CLAYDON, Tony, "The church of England and the churches of Europe", in James GREGORY (ed.), *Establishment and Empire, 1662-1829*, Oxford, Oxford University Press, 2017.
- COFFEY, John, "A ticklish business: defining heresy and orthodoxy in the Puritan revolution", in David LOEWENSTEIN and John MARSHALL (eds.), *Heresy, literature and politics in early modern English culture*, New York, Cambridge University Press, 2006.
- COFFEY, John, "European multiconfessionalism and the English toleration controversy, 1640-1660", in Thomas Max SAFLEY (ed.), *A companion to multiconfessionalism in the early modern world*, Leiden and Boston, Brill, 2011.

- COFFEY, John, "John Owen and the Puritan toleration controversy, 1646-59", in Kelly M. KAPIC and Mark JONES (eds.), *The Ashgate research companion to John Owen's theology*, Farnham, Ashgate, 2012.
- COFFEY, John, *Persecution and toleration in Protestant England, 1558-1689*, London, Longman, 2000.
- COFFEY, John, "Puritanism and liberty revisited: the case for toleration in the English Revolution", in *The Historical Journal*, vol. 41, issue 4, Cambridge, 1998.
- COFFEY, John, "Restoration Quakers and the theology of tolerance", in *Q/W/E/R/T/Y: Arts, Littératures & Civilisations du Monde Anglophone*, vol. 8, Pau, 1998.
- COFFEY, John, "The toleration controversy", in Christopher DURSTON and Judith MALTBY (eds.), *Religion in revolutionary England*, Manchester and New York, Manchester University Press, 2006, chap. 2.
- COFFEY, John and Paul C. H. LIM (eds.), *The Cambridge companion to Puritanism*, Cambridge and New York, Cambridge University Press, 2008.
- COLLEY, Linda, *Britons. Forging the nation, 1707-1837*, New Haven and London, Yale University Press, 1992.
- COLLINSON, Patrick, *The Elizabethan Puritan Movement*, London, J. Cape, 1967.
- COLLINSON, Patrick, "The politics of religion and the religion of politics in Elizabethan England", in *Historical Research*, vol. 82, issue 215, Oxford, 2009.
- COLLINSON, Patrick, *The religion of Protestants. The Church in English society 1559-1625*, Oxford, Oxford University Press, 1982.
- COMO, David R., "Radical Puritanism, c. 1558-1660", in John COFFEY and Paul C. H. LIM (eds.), *The Cambridge companion to Puritanism*, Cambridge and New York, Cambridge University Press, 2008.
- COOK, Sarah Gibbard, "The congregational Independents and the Cromwellian constitutions", in *Church History*, vol. 46, issue. 3, Philadelphia, 1977.
- COOPER, Tim, *John Owen, Richard Baxter and the formation of nonconformity*, Farnham and Burlington, Ashgate, 2011.
- CRESSY, David, *England on edge. Crisis and revolution 1640-1642*, New York, Oxford University Press, 2006.
- CRESSY, David, "Conflict, consensus, and the willingness to wink: the erosion of community in Charles I's England", in *Huntington Library Quarterly*, vol. 61, N° 2, Philadelphia, 1998.
- CROSS, Carol, "The Church of England, 1646-1660", in Gerald E. AYLMER (ed.), *The interregnum. The quest for settlement 1646-1660*, London, MacMillan, 1987.
- DAVIS, Colin, "Cromwell's religion", in David L. SMITH, (ed.), *Cromwell and the Interregnum. The essential readings*, Malden-Oxford-Melbourne-Berlin, Blackwell, 2004, chap. 6.
- DAVIS, J. C., "Living with the living God: radical religion and the English Revolution", in Christopher DURSTON and Judith MALTBY (eds.), *Religion in revolutionary England*, Manchester and New York, Manchester University Press, 2006.

- DAVIS, J. C., “Religion and the struggle for freedom in the English Revolution”, *The Historical Journal*, vol. 35, N° 3, Cambridge, 1992.
- DEES, Richard H., *Trust and toleration*, London and New York, Routledge, 2004.
- DENAULT, Pascal, *The distinctiveness of Baptist covenant theology. A comparison between seventeenth-century particular Baptist and Paedobaptist federalism*, Birmingham, Alabama, Solid Ground Christian Books, 2014.
- DICKINSON, H. T., *Libertad y propiedad. Ideología política británica en el siglo XVIII*, Buenos Aires, Eudeba, 1981.
- DOBRAWSKI, Stephen B. and John RUMRICH (eds.), *Milton and heresy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998.
- D’ORS, Álvaro, “Teología política: una revisión del problema”, en *Revista de Estudios Políticos*, n.º 205, Madrid, 1976.
- DUFFY, Eamon, *The stripping of the altars. Traditional religion in England c.1400-c.1580*, 2<sup>nd</sup> ed., New Haven and London, Yale University Press, 2005.
- DURSTON, Christopher and Judith MALTBY (eds.), *Religion in revolutionary England*, Manchester and New York, Manchester University Press, 2006.
- DURSTON, Christopher and Jacqueline EALES, “Introduction: the Puritan ethos, 1560-1700”, in Christopher DURSTON and Jacqueline EALES (eds.), *The culture of Puritanism, 1560-1700*, New York, Saint Martin’s Press, 1996.
- EPPLEY, Daniel, *Defending royal supremacy and discerning God’s will in Tudor England*, Hampshire and Burlington, Ashgate, 2007.
- FIGGIS, John Neville, “Erasto y el erastianismo”, en John Neville FIGGIS, *El derecho divino de los reyes*, México, FCE, 1982.
- FIGGIS, John Neville, “El florecer de la vara de Aarón o jus divinum en 1646”, en John Neville FIGGIS, *El derecho divino de los reyes*, México, FCE, 1982.
- FINCHAM, Kenneth, “Introduction”, en Kenneth FINCHAM (ed.), *The early Stuart Church, 1603-1642*, London, MacMillan, 1993.
- FINCHAM, Kenneth (ed.), *The early Stuart Church, 1603-1642*, London, MacMillan, 1993.
- FINCHAM, Kenneth, “The restoration of altars in the 1630s”, in *The Historical Journal*, vol. 44, N° 4, Cambridge, 2001.
- FINCHAM, Kenneth and Nicholas TYACKE, *The altars restored. The changing face of English religious worship, 1547-c.1700*, Oxford and New York, Oxford University Press., 2007.
- FINCHAM, Kenneth and Peter LAKE (eds.) *Religious politics in post-Reformation England. Essays in honour of Nicholas Tyacke*, Woodbridge, The Boydell Press, 2006.
- FINCHAM, Kenneth and Stephen TAYLOR, “Episcopalian identity, 1640–1662”, in Anthony MILTON (ed.), *Reformation and identity, c. 1520-1662*, Oxford, Oxford University Press, 2017.
- FITZPATRICK, Martin, “Toleration and the Enlightenment movement”, in Ole Peter GRELL and Roy PORTER (eds.), *Toleration in Enlightenment Europe*, New York, Cambridge University Press, 2000.

- FITZPATRICK, Martin Hugh, "From natural law to natural rights? Protestant dissent and toleration in the late eighteenth century", in *History of European Ideas*, vol. 42, issue 2, London, 2016.
- FORST, Rainer, *Toleration in conflict: past and present*, New York, Cambridge University Press, 2013.
- FORSYTH, Neil, *The Satanic epic*, Princeton and Woodstock, Princeton University Press, 2003.
- FOXLEY, Rachel, "Freedom of conscience and the 'Agreements of the People'", in Philip BAKER and Elliot VERNON (eds.), *The Agreements of the People, the Levellers and the constitutional crisis of the English Revolution*, Hampshire and New York, Palgrave MacMillan, 2012.
- FOXLEY, Rachel, "Oliver Cromwell on religion and resistance", in Charles W.A. PRIOR and Glenn BURGESS (eds.), *England's wars of religion, revisited*, Farnham and Burlington, Ashgate, 2011.
- GEORGE, Edward Augustus, *Seventeenth century men of latitude. Forerunners of the new theology*, New York, Charles Scribner's and Sons, 1908.
- GIBSON, William, *The Church of England 1688-1832. Unity and Accord*, London and New York, Routledge, 2001.
- GLASER, Eliane (ed.), *Religious tolerance in the Atlantic world. Early modern and contemporary perspectives*, Hampshire and New York, Palgrave MacMillan, 2014.
- GLASSEY, Lionel K. J. (ed.), *The reigns of Charles II and James VII & II*, Hampshire and London, Palgrave MacMillan, 1997.
- GLEISSNER, Richard A., "The Levellers and natural law: The Putney Debates of 1647", in *The Journal of British Studies*, vol. 20, issue 1, Cambridge, 1980.
- GOLDIE, Mark, "The theory of religious intolerance in Restoration England", in Ole Peter GRELL, Johnathan ISRAEL and Nicholas TYACKE (eds.), *From persecution to toleration. The Glorious Revolution and religion in England*, New York, Oxford University Press, 1991.
- GOLDIE, Mark, "The reception of Hobbes", in J. H. BURNS and GOLDIE Mark (ed.), *The Cambridge history of political thought 1450-1700*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.
- GOLDIE, Mark, "James II and the dissenter's revenge: the Commission of Enquiry of 1688", in *Historical Research*, vol. 66, issue 159, London, 1993.
- GORSKI, Philip S., *The disciplinary revolution. Calvinism and the rise of the State in early modern Europe*, Chicago and London, The University of Chicago Press, 2003.
- GRAY, Jonathan Michael, *Oaths and the English Reformation*, Cambridge and New York, Cambridge University Press, 2013.
- GREAVES, Richard, "The Puritan-nonconformist tradition in England, 1560-1700: historiographical reflections", in *Albion: A Quarterly Journal Concerned with British Studies*, vol. 17, issue 4, Boone, North Carolina, 1985.
- GREGORY, Brad S., *The unintended Reformation: how a religious revolution secularized society*, Cambridge, The Belknap Press of Harvard University, 2012.

- GREGORY, Jeremy (ed.), *Establishment and Empire, 1662-1829*, vol. II de STRONG, Rowan (ed.), *The Oxford history of Anglicanism*, Oxford, Oxford University Press, 2017.
- GRELL, Ole Peter and Bob SCRIBNER (ed.), *Tolerance and intolerance in the European reformation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002.
- GREYERZ, Kaspar von, *Religion and culture in early modern Europe, 1500-1800*, New York, Oxford University Press, 2008.
- HA, Polly, "Ecclesiastical independence and the freedom of consent", in Quentin SKINNER & Martin van GELDEREN (eds.), *Freedom and the construction of Europe*, Cambridge and New York, Cambridge University Press, 2013, vol. 1: "Religious and constitutional liberties".
- HAIGH, Christopher, "Introduction", in Christopher HAIGH (ed.), *The English Reformation revised*, Cambridge, New York and Melbourne, Cambridge University Press, 2000.
- HAIGH, Christopher, "Revisionism, the Reformation and the history of English Catholicism", in *The Journal of Ecclesiastical History*, vol. 36, issue 3, Cambridge, 1985.
- HAIGH, Christopher, "The Church of England, the Catholics and the people", in Christopher HAIGH (ed.), *The reign of Elizabeth I*, Hampshire and London, MacMillan, 1984.
- HAIGH, Christopher (ed.), *The English Reformation revised*, Cambridge, New York and Melbourne, Cambridge University Press, 2000.
- HAIGH, Christopher, *The plain man's pathways to heaven. Kinds of Christianity in post-Reformation England, 1570-1640*, Oxford and New York, Oxford University Press, 2007.
- HAIGH, Christopher, "The recent historiography of the English Reformation", in Christopher HAIGH (ed.), *The English Reformation revised*, Cambridge, New York and Melbourne, Cambridge University Press, 2000.
- HAIGH, Christopher, "The Church of England, the nonconformists and reason: another Restoration controversy", in *The Journal of Ecclesiastical History*, vol. 69, issue 3, Cambridge, 2017.
- HAIGH, Christopher (ed.), *The reign of Elizabeth I*, Hampshire and London, MacMillan, 1984.
- HAIGH, Christopher, "Theological wars': 'Socinians' v. 'Antinomians' in Restoration England", in *The Journal of Ecclesiastical History*, vol. 67, issue 2, Cambridge, 2016.
- HAMPTON, Stephen, *Anti-Arminians. The Anglican Reformed tradition from Charles II to George I*, Oxford and New York, Oxford University Press, 2008.
- HAMPTON, Stephen, "Confessional identity", in Anthony MILTON (ed.), *Reformation and identity, c.1520-1662*, vol. I de STRONG, Rowan (ed.), *The Oxford history of Anglicanism*, Oxford, Oxford University Press, 2017.
- HARRIS, Tim, *Politics under the later Stuarts. Party conflict in a divided society, 1660-1715*, New York and London, Longman, 1993.

- HARRIS, Tim, *Restoration. Charles II and his Kingdoms 1660-1685*, London, Penguin Books, 2005.
- HAYDON, Colin "I love my King and my Country, but a Roman Catholic I hate': anti-Catholicism, xenophobia, and national identity in 18th century England", in Tony CLAYDON and Ian MCBRIDE (eds.), *Protestantism and national identity. Britain and Ireland, c. 1650-c. 1850*, New York, Cambridge University Press, 2007.
- HETHERINGTON, William Maxwell, *History of the Westminster Assembly of Divines*, 4<sup>th</sup> ed., Edinburgh, edited by R. Williamson, James Gemmell, 1878.
- HILL, Christopher, *The English Bible and the seventeenth-century revolution*, London, Penguin Books, 1993.
- HILL, Christopher, "The religion of Gerrard Winstanley: a rejoinder", in *Past & Present*, N° 89, London, 1980.
- HOAK, Dale and FEINGOLD, Mordechai (eds.), *The world of William and Mary. Anglo-Dutch perspectives on the Revolution of 1688-89*, Stanford, Stanford University Press, 1996.
- HUGHES, Ann, *Gangraena and the struggle for the English Revolution*, New York, Oxford University Press, 2004.
- HUGHES, Ann, "The Cromwellian Church", in Anthony MILTON (ed.), *Reformation and identity, c. 1520-1662*, vol. I de STRONG, Rowan (ed.), *The Oxford history of Anglicanism*, Oxford, Oxford University Press, 2017.
- HUGHES, Ann, "'The public profession of these nations': the National Church in Interregnum England", in Christopher DURSTON and Judith MALTBY (eds.), *Religion in revolutionary England*, Manchester and New York, Manchester University Press, 2006.
- INGRAM, Jill Phillips, "Avant-garde conformists and student revels at Oxford, 1607-08", in *Anglican and Episcopal History*, vol. 80, N° 4, Appleton, 2011.
- ISRAEL, Jonathan I., "William III and toleration", in Ole Peter GRELL, Johnathan ISRAEL and Nicholas TYACKE (eds.), *From persecution to toleration. The Glorious Revolution and religion in England*, New York, Oxford University Press, 1991.
- JAGER, Colin, "Common quiet: tolerance around 1688", in *ELH: English Literary History*, vol. 79, Number 3, Baltimore, 2012.
- JELLINEK, Georg, *Teoría general del Estado*, Buenos Aires, Albatros, 1978.
- JORDAN, W. K., *The development of religious toleration in England*, Cambridge, Harvard University Press, 1932-1940, 4 vols.: "From the beginning of the English Reformation to the death of Queen Elizabeth", 1932; "From the accession of James I to the Convention of the Long Parliament (1603-1640)", 1936; "From the Convention of the Long Parliament to the Restoration (1640-1660)", 1938 y "Attainment of the theory and accommodations in thought and institutions (1640-1660)", 1940. Toda la obra se puede consultar en <https://catalog.hathitrust.org/Record/004543472>
- KAPLAN, Benjamin J., *Divided by faith. Religious conflict and the practice of toleration in early modern Europe*, Cambridge and London, The Belknap Press of Harvard University Press, 2007.

- KIRBY, W.J. Torrance, *The Zurich connection and Tudor political theology*, Leiden and Boston, Brill, 2007.
- KISHLANSKY, Mark A., *The rise of the New Model Army*, Cambridge, Cambridge University Press, 1983.
- KREY, Gary S. de, *Following the Levellers*, London, Palgrave MacMillan, 2017-2018, 2 vols.
- KREY, Gary S. de, *London and the Restoration, 1659-1683*, Cambridge and New York, Cambridge University Press, 2008.
- KREY, Gary S. de, "Reformation in the Restoration Crisis, 1679-1682", in Donna B. HAMILTON and Richard STRIER (eds.), *Religion, literature, and politics in post-Reformation England, 1540-1688*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003.
- KREY, Gary S. de, "Rethinking the Restoration: dissenting cases for conscience, 1667-1672", in *The Historical Journal*, vol. 38, N° 1, Cambridge, 1995.
- LAKE, Peter, *Anglicans and Puritans? Presbyterianism and English conformist thought from Whitgift to Hooker*, London, Unwin Hyman, 1988.
- LAKE, Peter, "Anti-Popery: the structure of a prejudice", in Richard CUST and Ann HUGHES (eds.), *Conflict in early Stuart England. Studies in religion and politics 1603-1642*, London and New York, Routledge, 2014.
- LAKE, Peter, "Calvinism and the English Church 1570-1635", in *Past & Present*, vol. 114, issue 1, Oxford, 1987. Reproducido también en Margot TODD (ed.), *Reformation to Revolution. Politics and religion in early modern England*, London and New York, Routledge, 1995.
- LAKE, Peter, "Lancelot Andrewes, John Buckeridge and avant-garde conformity at the Court of James I", in Lisa Levy PECK (ed.), *The mental world of the Jacobean Court*, Cambridge and New York, Cambridge University Press, 2005.
- LAKE, Peter, *Moderate Puritans and the Elizabethan Church*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004.
- LAKE, Peter, "Introduction: Puritanism, Arminianism and Nicholas Tyacke", in Kenneth FINCHAM and Peter LAKE, (eds.) *Religious politics in post-Reformation England. Essays in honour of Nicholas Tyacke*, Woodbridge, The Boydell Press, 2006.
- LAKE, Peter, "The Laudian style: order, uniformity and the pursuit of the beauty of holiness in the 1630's", in Kenneth FINCHAM (ed.), *The early Stuart Church, 1603-1642*, London, MacMillan, 1993.
- LAMONT, William "Arminianism: the controversy that never was", in Nicholas PHILLIPSON and Quentin SKINNER (ed.), *Political discourse in early modern Britain*, Cambridge, Cambridge University Press, 1993.
- LOEWENSTEIN, David, *Treacherous faith. The specter of heresy in Early Modern English literature and culture*, New York, Oxford University Press, 2013.
- MACCULLOCH, Diarmaid, "Archbishop Cranmer: concord and tolerance in a changing Church", in Ole Peter GRELL and Bob SCRIBNER (ed.), *Tolerance and*

- intolerance in the European reformation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002
- MACCULLOCH, Diarmaid, "The Church of England and international Protestantism, 1530–1570", in Anthony MILTON (ed.), *Reformation and identity, c.1520-1662*, vol. I de STRONG, Rowan (ed.), *The Oxford history of Anglicanism*, Oxford, Oxford University Press, 2017.
- MACCULLOCH, Diarmaid, "Putting the English Reformation on the map", in *Transactions of the Royal Historical Society*, vol. 15, Cambridge, 2005.
- MAHLBERG, Gaby, "The republican discourse on religious liberty during the Exclusion Crisis", in *History of European Ideas*, vol. 38, issue 3, London, 2012.
- MARSHALL, John, *John Locke, toleration and early Enlightenment culture*, New York, Cambridge University Press, 2006.
- MARSHALL, John, "The ecclesiology of the latitude-men 1660-1688: Stillingfleet, Tillotson and 'Hobbsism'", in *Journal of Ecclesiastical History*, vol. 36, issue 3, Cambridge, 1985.
- MARSHALL, Peter, *Reformation England 1480-1642*, 2<sup>nd</sup> ed., London and New York, Bloomsbury Academic, 2012.
- MARSHALL, Peter, "(Re)defining the English Reformation", in *Journal of British Studies*, vol. 48, issue 3, New York, 2009.
- MCCULLOUGH, Peter, "'Avant-Garde conformity' in the 1590s", in Anthony MILTON (ed.), *Reformation and identity, c.1520-1662*, vol. I de STRONG, Rowan (ed.), *The Oxford history of Anglicanism*, Oxford, Oxford University Press, 2017.
- MCDOWELL, Nicholas, "John Milton and religious tolerance: the origins and contradictions of the Western tradition", in Eliane GLASER (ed.), *Religious tolerance in the Atlantic world. Early modern and contemporary perspectives*, Hampshire and New York, Palgrave MacMillan, 2014.
- MIELGO BREGAZZI, Daniel, "Introducción", en JOHN LOCKE, *Dos tractos sobre el gobierno y otros escritos*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2015.
- MILLER, Perry, *The New England mind. The seventeenth century*, New York, The MacMillan Company, 1939.
- MILTON Anthony, "Attitudes towards the Protestant and Catholic Churches", in MILTON Anthony (ed.), *The Oxford History of Anglicanism*, Oxford, Oxford University Press, 2017, vol. I: "Reformation and Identity, c. 1520-1662".
- MILTON Anthony, "Introduction: Reformation, identity, and 'Anglicanism', c.1520-1662", in Anthony MILTON (ed.), *The Oxford History of Anglicanism*, Oxford, Oxford University Press, 2017, vol. I: Reformation and Identity, c. 1520-1662.
- MILTON, Anthony (ed.), *Reformation and identity, c.1520-1662*, vol. I de STRONG, Rowan (ed.), *The Oxford history of Anglicanism*, Oxford, Oxford University Press, 2017.
- MILTON Anthony (ed.), *The Oxford History of Anglicanism*, Oxford, Oxford University Press, 2017, vol. I: Reformation and Identity, c. 1520-1662.

- MILTON Anthony, "Unsettled Reformations, 1603-1662", in Anthony MILTON (ed.), *The Oxford History of Anglicanism*, Oxford, Oxford University Press, 2017, vol. 1: Reformation and Identity, c. 1520-1662.
- MITCHELL, Alexander F., *The Westminster Assembly. Its history and standards*, Philadelphia, Presbyterian Board of Publication, 1884.
- MOORE, Rosemary, *The light in their conscience. Early Quakers in Britain 1646-1666*, Pennsylvania, The Pennsylvania State University Press, 2000.
- MOOTS, Glenn A., *Politics reformed. The Anglo-American legacy of covenant theology*, Columbia and London, University of Missouri Press, 2010.
- MORRILL, John, "Religious context of the English Civil War", in *Transactions of the Royal Historical Society*, vol. 34, Cambridge, 1984.
- MORTIMER, Sarah, *Reason and religion in the English revolution. The challenge of Socinianism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.
- MUELLER, Janel, "Milton on Heresy", in Stephen B. DOBRANSKI and John RUMRICH (eds.), *Milton and heresy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998.
- MULLETT, Charles F., "Toleration and persecution in England, 1660-89", in *Church History*, vol. 18, issue 1 Philadelphia, 1949.
- MURPHY, Andrew R., *Conscience and community. Revisiting toleration and religious dissent in early modern England and America*, Pennsylvania, The Pennsylvania State University Press, 2001.
- MURPHY, Andrew R., *Liberty, conscience and toleration. The political thought of William Penn*, New York, Oxford University Press, 2016.
- MURPHY, Andrew R., *William Penn. A life*, New York, Oxford University Press, 2018.
- MURPHY Andrew R. and Sarah A. MORGAN SMITH, "Law and civil interest: William Penn's tolerationism", in Eliane GLASER (ed.), *Religious tolerance in the Atlantic world. Early modern and contemporary perspectives*, Hampshire and New York, Palgrave MacMillan, 2014.
- MYERS, Benjamin, "'Following the way which is called heresy': Milton and the heretical imperative", in *Journal of the History of Ideas*, vol. 69, Number 3, Pennsylvania, 2008.
- Oxford Dictionary of National Biography*. Disponible en [www.oxforddnb.com](http://www.oxforddnb.com) [fecha de consulta: 15 de septiembre de 2019].
- NUTTALL Geoffrey N. et al., *The beginnings of nonconformity*, London, James Clarke & Co., 1964.
- PAUL, Robert S., "The Assembly of the Lord. Politics and religion in the Westminster Assembly and the 'Grand Debate'", in *The Journal of Religion*, vol. 66, N°3, Chicago, 1985.
- PINCUS, Steve, *1688: the first modern revolution*, New Haven & London, Yale University Press, 2009.
- PO-CHIA HSIA, R., *Social discipline in the Reformation: Central Europe 1550-1750*, London and New York, Routledge, 1989.

- POCOCK, J. G. A., *The ancient constitution and the feudal law. A study of English historical thought in the seventeenth century*, Cambridge, New York, Melbourne, Cambridge University Press, 2004.
- POLLEN, John Hungerford, *The English Catholics in the reign of Queen Elizabeth. A study of their politics, civil life and government*, London, Longman, Green and Co., 1920.
- POPKIN, Richard H.. "The deist challenge", in Ole Peter GRELL, Johnathan ISRAEL and Nicholas TYACKE (eds.), *From persecution to toleration. The Glorious Revolution and religion in England*, New York, Oxford University Press, 1991
- PRIOR, Charles W.A. and Glenn BURGESS (eds.), *England's wars of religion, revisited*, Farnham and Burlington, Ashgate, 2011.
- QUESTIER, Michael, "Arminianism, Catholicism, and Puritanism in England during the 1630s", in *The Historical Journal*, vol. 49, N° 1, Cambridge, 2006.
- QUESTIER, Michael, *Catholicism and community in early modern England*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.
- QUESTIER, Michael, "The politics of religion conformity and the accession of James I", in *Historical Research*, vol. 71, N° 104, Oxford, 1998.
- ROBERTS SR., James Deotis, *From Puritanism to Platonism in seventeenth century England*, Hague, Martinus Nijhoff, 1968.
- ROSE, Jacqueline, *Godly kingship in Restoration England. The politics of the royal supremacy, 1660-1688*, Cambridge and New York, Cambridge University Press, 2011.
- ROSE, Jacqueline, "The Godly magistrate", in Anthony MILTON (ed.), *The Oxford History of Anglicanism*, Oxford, Oxford University Press, 2017, vol. I: Reformation and Identity, c. 1520-1662.
- RUSSELL, Conrad, *The causes of the English civil war*, Oxford, Clarendon Press, 1990.
- RYRIE, Alec, "The strange death of Lutheran England", in *Journal of Ecclesiastical History*, vol. 53, núm. 1, Cambridge, 2002.
- SAFLEY, Thomas Max (ed.), *A companion to multiconfessionalism in the early modern world*, Leiden and Boston, Brill, 2011.
- SEAWARD, Paul, *The Restoration 1660-1688*, Hampshire and London, MacMillan, 1991.
- SCHOCHET, Gordon J., "The Act of Toleration and the failure of comprehension: persecution, nonconformity, and religious indifference", in Dale HOAK and Mordechai FEINGOLD (eds.), *The world of William and Mary. Anglo-Dutch perspectives on the Revolution of 1688-89*, Stanford, Stanford University Press, 1996.
- SCHOCHET, Gordon J., "Toleration, revolution, and judgment in the development of Locke's political thought", in *Political Science*, vol. 40, issue 1, London, 1988.
- SCHWOERER, Lois G., *The declaration of rights, 1689*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 1981.
- SCHWOERER, Lois G., "The Bill of rights, 1689, revisited", in Dale HOAK and Mordechai FEINGOLD (eds.), *The world of William and Mary. Anglo-Dutch perspectives on the Revolution of 1688-89*, Stanford, Stanford University Press, 1996.

- SCOTT, Jonathan, *England's troubles. Seventeenth-century English political instability in European context*, Cambridge-New York-Melbourne, Madrid-Ciudad del Cabo, Cambridge University Press, 2004.
- SEGOVIA, Juan Fernando, “De la razón de Estado a la razón de los derechos. Tolerancia religiosa, libertad de conciencia y libertad de religión”, en *Derecho Público Iberoamericano*, n.º 13, Santiago, 2018.
- SEGOVIA, Juan Fernando, “El derecho (y la ley) natural católicos de cara al protestantismo y la constitución moderna”, en Miguel AYUSO (ed.), *Utrumque ius. Derecho, derecho natural y derecho canónico*, Madrid, Marcial Pons, 2014.
- SEGOVIA, Juan Fernando, “El paraíso republicano de la tolerancia religiosa: los Países Bajos en el siglo XVII”, en *Verbo*, n.º 567-568, Madrid, 2018.
- SEGOVIA, Juan Fernando, “La libertad de conciencia como fundamento del constitucionalismo”, en Miguel AYUSO (ed.), *Estado, ley y conciencia*, Madrid, Marcial Pons, 2010.
- SEGOVIA, Juan Fernando, “Tolerancia y las religiones de bonsái en John Locke”, en *Anacronismo e Irrupción*, vol. 8, n.º 14 Buenos Aires, 2018.
- SHAGAN, Ethan H., *Popular politics and the English Reformation*, Cambridge and New York, Cambridge University Press, 2003.
- SHAGAN, Ethan H., “The emergence of the Church of England, c.1520–1553”, in MILTON Anthony (ed.), *The Oxford History of Anglicanism*, Oxford, Oxford University Press, 2017, vol. I: Reformation and Identity, c. 1520-1662.
- SHAPIRO, Barbara J., “Latitudinarianism and science in seventeenth-century England”, in *Past & Present*, vol. 40, issue 1, London 1968.
- SMITH, David L. (ed.), *Cromwell and the Interregnum. The essential readings*, Malden-Oxford-Melbourne-Berlin, Blackwell, 2004.
- SMITH, David L., “Oliver Cromwell, the first Protectorate Parliament and the religious reform”, in David L. SMITH (ed.), *Cromwell and the Interregnum. The essential readings*, Malden-Oxford-Melbourne-Berlin, Blackwell, 2004.
- SOMMERVILLE, John, *The secularization of early modern England. From religious culture to religious faith*, New York and Oxford, Oxford University Press, 1992.
- SOWERBY, Scott, *Making toleration. The Repealers and the Glorious Revolution*, Cambridge and London, Harvard University Press, 2013.
- SOWERBY, Scott, “Opposition to anti-Popery in Restoration England”, in *The Journal of British Studies*, vol. 51, Cambridge, 2012.
- SOWERBY, Scott, “Of different complexions: religious diversity and national identity in James II's toleration campaign”, in *English Historical Review*, vol. 124, N° 506, Oxford, 2009.
- SPURR, John, *English Puritanism 1603-1689*, New York, Saint Martin's Press, 1998.
- SPURR, John, “Latitudinarianism and the Restoration Church”, in *The Historical Journal*, vol. 31, issue 1, Cambridge, 1988.
- SPURR, John, “‘Rational religion’ in Restoration England”, in *Journal of the History of Ideas*, vol. 49, N° 4, Pennsylvania, 1988.

- SPURR, John, "Religion in Restoration England", in Lionel K. J. GLASSEY (ed.), *The reigns of Charles II and James VII & II*, Hampshire and London, Palgrave MacMillan, 1997.
- SPURR, John, "The Church of England, comprehension and the Toleration Act of 1689", in *The English Historical Review*, vol. CIV, issue 413, Oxford, 1989.
- SPURR, John, *The Post-Reformation, 1603-1714*, London, Pearson Longman, 2006.
- STRONG, Rowan (ed.), *The Oxford history of Anglicanism*, Oxford, Oxford University Press, 2017, 5 vols.
- SVENSSON, Manfred, "John Owen and John Locke: confessionalism, doctrinal minimalism, and toleration", *History of European Ideas*, vol. 43, issue 7, London, 2017.
- SVENSSON, Manfred, "Fundamental doctrines of the faith, fundamental doctrines of society: seventeenth-century doctrinal minimalism", in *The Journal of Religion*, vol. 94, Number 2, Chicago, 2014.
- Symposium: "Religious Liberty in America and Beyond: Celebrating the Legacy of Roger Williams on the 400<sup>th</sup> Anniversary of his Birth", in *Roger Williams University Law Review*, vol. 10, N° 2, Bristol, Rhode Island, 2005.
- TAPSELL, Grant, *The personal rule of Charles II, 1681-1685*, Woodbridge, The Boydell Press, 2007.
- TAPSELL, Grant, "The Church of England, 1662-1714", in Jeremy GREGORY (ed.), *Establishment and Empire, 1662-1829*, vol. II de STRONG, Rowan (ed.), *The Oxford history of Anglicanism*, Oxford, Oxford University Press, 2017.
- THOMAS, Roger, "Comprehension and indulgence", in Geoffrey F. NUTTALL and Owen CHADWICK (eds.), *From uniformity to unity 1662-1962*, London, S. P. C. K., 1962.
- TODD, Margot (ed.), *Reformation to Revolution. Politics and religion in early modern England*, London and New York, Routledge, 1995.
- TODD, Margot, "Introduction", in Margot TODD, (ed.), *Reformation to Revolution. Politics and religion in early modern England*, London and New York, Routledge, 1995.
- TULLOCH, John, *Rational theology and Christian philosophy in England in the seventeenth century*, 2<sup>nd</sup> ed., Edimburgo and London, William Blackwood and Sons, 1874, 2 vols.
- TYACKE, Nicholas, *Anti-Calvinists. The rise of English Arminianism 1590-1640*, Oxford and New York, Clarendon Press, 1990.
- TYACKE, Nicholas, "Archbishop Laud", in Kenneth FINCHAM (ed.), *The early Stuart Church, 1603-1642*, London, MacMillan, 1993.
- TYACKE, Nicholas (ed.), *England's long Reformation, 1500-1800*, London, Bristol and Pennsylvania, University College London Press, 2003.
- TYACKE, Nicholas, "Puritanism, Arminianism and counter-revolution", in Margot TODD (ed.), *Reformation to Revolution. Politics and religion in early modern England*, London and New York, Routledge, 1995.

- TYACKE, Nicholas, "Introduction: re-thinking the English Reformation", in Nicholas TYACKE (ed.), *England's long Reformation, 1500-1800*, London, Bristol and Pennsylvania, University College London Press, 2003.
- TYACKE, Nicholas, "The Puritan paradigm in English politics, 1558-1642", in *The Historical Journal*, vol. 53, issue 3, Cambridge, 2010.
- VAN LEEUWEN, Th. Marius, Keith D. STANGLIN and Marijke TOLSMA (eds.), *Arminius, Arminianism, and Europe. Jacobus Arminius (1559/60-1609)*, Leiden and Boston, Brill, 2009.
- WALSHAM, Alexandra, *Charitable hatred. Tolerance and intolerance in England, 1500-1700*, Manchester, Manchester University Press, 2006.
- WHITE, Peter, *Predestination, policy and polemic. Conflict and consensus in the English Church from the Reformation to the Civil War*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992.
- WHITE, Peter, "The *via media* in the early Stuart Church", in Kenneth FINCHAM, (ed.), *The early Stuart Church, 1603-1642*, London, MacMillan, 1993 y en Margot TODD (ed.), *Reformation to Revolution. Politics and religion in early modern England*, London and New York, Routledge, 1995.
- WHITE, Peter, "The rise of Arminianism reconsidered", in *Past & Present*, N° 101, Oxford, 1983.
- WHITE, Thomas, Jason G. DUESING and Malcolm B. YARNELL (eds.), *The Baptist perspective on religious liberty*, Nashville, B&H Academic, 2007.
- WOOTTON, David, "Leveller democracy and the Puritan Revolution", in J. H. BURNS, and Mark GOLDIE (ed.), *The Cambridge history of political thought 1450-1700*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.
- WORDEN, Blair, *Literature and politics in Cromwellian England. John Milton, Andrew Marvell, Marchamont Nedham*, New York, Oxford University Press, 2007.
- WORDEN, Blair, "Oliver Cromwell and the cause of civil and religious liberty", in Charles W.A. PRIOR and Glenn BURGESS (eds.), *England's wars of religion, revisited*, Farnham and Burlington, Ashgate, 2011.
- WORDEN, Blair, "Toleration and the Cromwellian Protectorate", in *Studies in Church History*, vol. 21, Cambridge, 1984.
- WYKES, David L., "Friends, Parliament and the Toleration Act", in *The Journal of Ecclesiastical History*, vol. 45, issue 1, Cambridge, 1994.
- WYKES, David L., "Introduction: Parliament and dissent from the Restoration to the twentieth century", in *Parliamentary History*, vol. 24, N° 1, Hoboken, 2005.
- WYKES, David L., "James II's religious indulgence of 1687 and the early organization of dissent: the building of the first nonconformist meeting-house in Birmingham", in *Midland History*, vol. 16, issue 1, Abingdon, 1991.
- WYKES, David L., "Quaker schoolmasters, toleration and the law, 1689-1714", in *The Journal of Religious History*, vol. 21, issue 2 Hoboken, 1997.
- WYKES, David L., "The Norfolk controversy: Quakers, Parliament and the Church of England in the 1690s", in *Parliamentary History*, vol. 24, issue 1, Hoboken, 2005.

- ZAGORIN, Perez, *How the idea of religious toleration came to the West*, New Jersey, Princeton University Press, 2003.
- ZAKAI, Avihu, "Orthodoxy in England and New England: Puritans and the issue of religious toleration, 1640-1650", in *Proceedings of the American Philosophical Society*, vol. 135, N° 3, Philadelphia, 1991.
- ZAKAI, Avihu, "Religious toleration and its enemies: the Independent divines and the issue of toleration during the English Civil War", in *Albion: A Quarterly Journal Concerned with British Studies*, vol. 21, issue 1, Boone, North Carolina, 1989.
- ZARET, David, *The heavenly contract. Ideology and organization in pre-revolutionary Puritanism*, Chicago and London, University of Chicago Press, 1985.



# Comentarios de jurisprudencia

---

Derecho Público Iberoamericano

Universidad del Desarrollo

N° 16 | 2020



## RESPONSABILIDAD DE LAS MUNICIPALIDADES

*Eduardo Soto Kloss\**

Fallo muy reciente este que comentamos de la Corte Suprema, que rechaza una casación de fondo deducida por la demandante en proceso de responsabilidad municipal (artículo 152) de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades (Ley n.° 18695).

*Sentencia rol n.° 18.807-2018  
Arenera Price con Ilustre Municipalidad de Hualpén  
Corte Suprema, 19 de agosto de 2019*

### *I. Texto de la sentencia*

Santiago, 19 de agosto de 2019.

Vistos y teniendo presente:

En estos autos rol n.° 18.807-2018, iniciados ante el Primer Juzgado Civil de Talcahuano, caratulados “Arenera Price Limitada con Municipalidad de Hualpén”, la demandante dedujo recurso de casación en el fondo en contra de la sentencia de segunda instancia dictada por la Corte de Apelaciones de Concepción el 14 de junio de 2018, que confirmó la sentencia de primera instancia pronunciada el 25 de abril de 2017 que rechazó sin costas la demanda de indemnización de perjuicios por responsabilidad extracontractual.

En la especie, Arenera Price Limitada afirma ser una sociedad comercial cuyo objeto consiste en

“la extracción de arena y otros áridos, destinados a la construcción y fines similares; la comercialización, venta y distribución de estos productos, y los demás negocios directa o indirectamente relacionados con los anteriores y que acuerden los socios”.

---

\* Doctor en derecho, Universidad de París (Sorbonne). Profesor titular de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho Universidades Católica de Chile y Santo Tomás.

En ese contexto, tal extracción la realiza desde la ribera norte del río Biobío, en la comuna de Hualpén, accediendo por terrenos de su propiedad, y contando con todos los permisos y autorizaciones necesarios para ello, en especial la resolución de Calificación Ambiental n.º 29/09 y el permiso municipal concedido para extraer, en el periodo 2015-2016, 83 000 m<sup>3</sup> de material anuales.

Refiere que, contrario a su situación, en el sector existen diversas empresas que se dedican a igual giro sin cumplir con las exigencias legales. Concretamente, hace mención a la Compañía Minera Tridente Limitada, Areneras Costanera Biobío, la Sociedad Arenera del Pacífico Limitada y Arenera Áridos El Boldal S.A., quienes, en común, contarían con permisos de extracción vencidos, mientras que algunas no habrían obtenido calificación ambiental ni factibilidad técnica de la Dirección de Obras Hidráulicas, omitiendo la Municipalidad cobrar patente por actividades complementarias, secundarias o terciarias, gravadas con dicho tributo.

Alega que tales irregularidades, constatadas por la Contraloría General de la República en su informe especial de 24 de diciembre de 2015, permiten afirmar que la Municipalidad de Hualpén no ha desplegado la conducta que la ley ordena en ejercicio de su facultad de control y supervigilancia de actividades ilícitas, incurriendo en falta de servicio al tolerar que las empresas cuestionadas se posicionen en una ilegal posición de privilegio que les permite cobrar un menor valor por igual producto que el ofrecido por la actora.

Precisa que todo lo anterior le produjo un perjuicio consistente en la venta de tan solo 20 023 m<sup>3</sup> de material anuales, de los 83 000 m<sup>3</sup> autorizados, siendo que hasta 2012 superaba con largueza aquel tope, valuando este detrimento en \$326 183 200 y solicitando, además, que se repare el daño moral sufrido, a razón de \$50 000 000, al verse Arenera Price asociada de manera pública al desarrollo de una actividad ilícita, afectando su reputación o prestigio comercial.

Al contestar, la demandada solicitó el rechazo de la acción alegando haber subsanado todas y cada una las observaciones formuladas por la Contraloría General de la República, iniciando gestiones de cobro de derechos y patentes, prohibiendo la extracción de áridos por parte de las empresas que no cuentan con autorización para ello, decretando la clausura de los establecimientos que no respetaron tal prohibición, y remitiendo los antecedentes al Ministerio Público para investigar criminalmente a quienes no acataron la clausura.

Esgrimió, acto seguido, la ausencia de falta de servicio en su conducta, ya que Arenera Price no puede ser considerada como usuaria, beneficiaria o destinataria del servicio público que alega no se habría prestado, tra-

tándose la fiscalización, por lo demás, de una facultad o prerrogativa que no puede entenderse como un “servicio” propiamente tal que deba ser prestado por la Municipalidad.

En suma, en cuanto a los perjuicios demandados por la actora, estima que se trata de una eventual pérdida de oportunidad o chance que no equivale al total de lo no percibido, atendido lo hipotético del detrimento.

La sentencia de primera instancia rechazó sin costas la demanda, teniendo en consideración para ello que no se invocó por la actora un servicio preciso, directo, concreto y determinado que la ley haya obligado a prestar a la Municipalidad demandada en relación con los hechos de autos, y cuya inobservancia haya producido, también de modo directo, los perjuicios que, siendo insuficiente para ello la mención a las funciones establecidas en los artículos 3, 4 y 5 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, pues tales normas no tienen relación con la existencia de alguna “obligación” como aquella que se reputa infringida.

Por último, agrega que tampoco resulta suficiente para cumplir tal fin el informe especial de Contraloría, pues, insiste, para que se incurra en falta debe existir norma expresa que obligue a la demandada a prestar un determinado servicio y que esta carga se haya infringido, situación que no ocurre en el caso de marras.

La sentencia de segunda instancia confirmó la sentencia apelada, compartiendo expresamente el razonamiento del juez de primer grado, agregando que la ejecución de actos de fiscalización a una u otra empresa es una decisión “de mérito”, conforme a la políticas, programas y reglamentación del órgano municipal.

Respecto de esta decisión la demandante dedujo recurso de casación en el fondo.

Se trajeron los autos en relación.

Considerando:

PRIMERO: Que, en el único capítulo del recurso de nulidad sustancial, se acusa que los jueces de instancia han errado en la interpretación de los artículos 3, 4, 5 y 6 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, en relación con el artículo 19 del *Código Civil*; y dejaron sin aplicación los artículos 1, 19 n.º 20 y 118 de la Constitución Política de la República, 36 de la Ley de Rentas Municipales, y 3º ter, 4, 10 y 54 de la Ley n.º 19300, todos en relación con el artículo 19 del *Código Civil*.

A tal conclusión arriba luego de afirmar que dichas normas establecen la competencia de la Municipalidad en material ambiental, de transporte, de administración de los bienes municipa-

les y de uso público, y de cobrar derechos por los permisos que se otorguen, imponiéndole, en consecuencia, el deber ineludible de fiscalizar, contrario a lo sostenido en la sentencia recurrida. Por ello, insiste que la Municipalidad de Hualpén ha incurrido en responsabilidad in vigilando al incumplir tal obligación.

SEGUNDO: Que, al referirse a la influencia que tales vicios habrían tenido en lo dispositivo del fallo la recurrente afirma que, de no haberse incurrido en ellos, la sentencia de primer grado debió ser revocada y la demanda acogida.

TERCERO: Que, al comenzar el examen del recurso de nulidad sustancial de que se trata, conviene recordar que, conforme lo concluye uniformemente la doctrina y la jurisprudencia de esta Corte Suprema, la determinación de la responsabilidad civil extracontractual del Estado requiere la verificación del cumplimiento de los siguientes requisitos: Acción u omisión del órgano público demandado, imputabilidad subjetiva traducida en falta de servicio, la no concurrencia de una causal de exención de responsabilidad, daño a la víctima y relación de causalidad entre la acción u omisión culpable o dolosa y el daño producido.

A su turno, aquel factor de imputabilidad subjetiva o falta de servicio se verificará cuando aquel no funciona debiendo hacerlo y cuando funciona irregular o tardíamente.

CUARTO: Que, como se puede apreciar, el esfuerzo argumentativo del recurrente se orienta a demostrar que, contrario a lo asentado en el fallo recurrido, la Municipalidad de Hualpén no ejecutó acciones fiscalizadoras (aserto que, en realidad, no ha sido objeto de controversia) encontrándose en la obligación legal de haberlo hecho, de manera tal que aquella omisión pueda ser considerada como falta de servicio, permitiendo el análisis de los demás requisitos para tener por configurada la responsabilidad civil extracontractual de la demandada.

QUINTO: Que, en este sentido, se ha dicho:

“Para que exista falta de servicio, en general, es necesario establecer el estándar de conducta exigible al servicio, teniendo en consideración los medios disponibles para ello en los casos específicos. Se trata pues de un deber de actuación en concreto. En el caso de las omisiones, se deberá señalar cuál es la acción que la Administración estaba obligada a ejecutar y que no ejecutó” (SCS de 31 de enero de 2019 en causa rol n.º 4.543-2018).

SEXTO: Que, como se lee del párrafo transcrito, la mera infracción de un deber de conducta preciso y determinado impuesto por la ley

a un órgano del Estado no puede considerarse, necesariamente, como constitutivo de falta de servicio, pues tal omisión debe contrastarse con los medios disponibles en el caso específico de que se trata y la capacidad de acción de la repartición o agente llamado a hacerlo.

Tal conclusión guarda perfecta consonancia con aquella doctrina, seguida por esta Corte, que afirma que la responsabilidad civil extracontractual del Estado no es objetiva, ya que ello implicaría someter al Estado a una lógica que atenta contra el ejercicio de la soberanía y su poder de imperio en su actuación legal, reduciéndolo a ser un mero intermediario de intereses particulares, y su actuación pasaría a revestir un carácter transaccional, al verse enfrentado a la necesidad de compensar por toda acción que perjudique a algún administrado.

SÉPTIMO: Que, reseñado lo anterior, incluso asumiendo la corrección del argumento del recurrente entendiéndose que, en el caso concreto, la Municipalidad de Hualpén se encontraba frente al imperativo legal de ejecutar actos de fiscalización en aquellas materias que la ley ha puesto dentro de la esfera de su competencia, el estándar pretendido por el recurrente, consistente en el despliegue de todas las conductas necesarias para que sus competidores cumplan cabal y permanentemente con las exigencias comunes y sectoriales que la ley les impone y, así, evitar a todo evento distorsiones el precio de venta del producto que extraen, se aleja largamente de las posibilidades reales de actuación de la demandada.

En efecto, para lograr tal cometido la Municipalidad de Hualpén debería destinar a tiempo completo tantos funcionarios como fueran necesarios para, por ejemplo, controlar el peso de los camiones que constantemente entran y salen de las plantas de extracción y procesamiento de áridos; verificar en terreno la naturaleza de las actividades complementarias que cada empresa desarrolla, chequear que cada unidad extractiva cuente con las autorizaciones ambientales y sectoriales pertinentes, y que su conducta se ajuste –siempre– a los instrumentos aprobados por la autoridad, entre otras múltiples actividades de control omitidas, según subyace al argumento de la actora, quien siquiera ha satisfecho el mínimo deber de enumerar, con precisión y claridad, cuáles son las conductas concretas y determinadas que reprocha ignoradas.

OCTAVO: Que, por lo demás, bajo el difuso y cuestionable entendido que Arenera Price, en cuanto competidora de las unidades productivas incumplidoras, tenía un interés patrimonial compro-

metido y, por tanto, indirectamente era destinataria de la actividad de fiscalización municipal preterida, resultaba exigible, a su respecto, el haber desplegado una conducta mínimamente diligente para perseguir la corrección del quehacer de las demás empresas de rubro, deber que implicaba, por ejemplo, denunciar las irregularidades detectadas ante la propia Municipalidad y las demás reparticiones públicas que poseen competencia en cada una de las áreas cuestionadas, carga cuyo cumplimiento no fue suficientemente acreditado.

NOVENO: Que, de esta manera, incluso de dar por concurrente el yerro denunciado en el recurso de nulidad sustancial que se analiza, ha de afirmarse que este no influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo impugnado, por cuanto la sentencia de primer grado igualmente debió ser confirmada por no concurrir, en el caso *sub judice*, falta de servicio.

En conformidad, asimismo, con lo que disponen los artículos 764, 765, 766, 767, 768 y 805 del *Código de Procedimiento Civil*, se rechaza el recurso de casación en el fondo interpuesto en lo principal de la presentación de tres de julio de dos mil dieciocho, en contra de la sentencia de catorce de junio de igual anualidad, dictada por la Corte de Apelaciones de Concepción.

Se previene que el ministro Sr. Prado, concurriendo al rechazo del recurso de casación en el fondo, fue de parecer de precisar y hacer notar que la Municipalidad de Hualpén incurrió en una conducta manifiestamente ilegal al haber omitido deberes básicos impuestos por la ley, sin perjuicio que ello no constituya, necesariamente, falta de servicio, según los argumentos expuestos en el fallo.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción del fallo a cargo del abogado integrante Sr. Barra y de la prevención su autor.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los ministros Sra. María Eugenia Sandoval G., Sr. Arturo Prado P. y Sra. Ángela Vivanco M. y los abogados integrantes Sr. Julio Pallavicini M. y Sr. Antonio Barra R.

## II. Comentario

El caso confrontaba a Arenera Price Ltda. Con dicho municipio a raíz de los notorios perjuicios sufridos en su actividad de extracción de áridos desde la ribera norte del río Biobío, entidad que contaba con los permisos

tos municipales correspondientes incluido una resolución de calificación ambiental, para ejercerla en el periodo 2015-2016. Dichos perjuicios se derivaban de la “ausencia de fiscalización” de la demandada respecto de la actividad extractiva de esos áridos que realizaban en el lugar otras empresas (que en el libelo se mencionan) que no contaban con los indispensables permisos municipales para hacerlo y sin tener siquiera resoluciones de calificación ambiental o factibilidad técnica de la Dirección de Obras Hidráulicas del Ministerio de Obras Públicas, y sin que la Municipalidad referida fiscalizara dichas conductas ilegales, impidiéndolas, y aplicando las multas que la ley indica, omisión tanto más ilícita puesto que esos áridos y esa actividad se encontraban en terrenos cuya administración corresponde a esa entidad edilicia.

La demandante deduce la acción de responsabilidad municipal por las pérdidas sufridas en razón de haber podido vender en el periodo comprendido en el respectivo permiso municipal solo veinte mil metros cúbicos anuales en circunstancias que estaba autorizada para extraer ochenta y tres mil metros cúbicos. Esto, debido a la intervención de entidades en el lugar que carecían de atribuciones para extraerlas.

Nuestro interés en comentar este fallo supremo incide solo en lo que se refiere a la responsabilidad del Estado y aquí de las municipalidades, tema que cuenta con una legislación expresamente establecida en la Ley n.º 18695, orgánica constitucional, como es su artículo hoy 152, cuyo texto transcribimos como gentileza para el lector: “Las municipalidades incurrirán en responsabilidades por los daños que causen, la que procederá principalmente por falta de servicio”<sup>1</sup>.

1) Recordaremos –cosa que al parecer la Corte no hizo en este fallo– que esta disposición quedó bien esclarecida, luminosamente, diría, en la “historia fidedigna de su establecimiento” al declararse que esta responsabilidad municipal sigue el mismo criterio de las normas establecidas en la Ley n.º 18575, de 5 de diciembre de 1986, Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado, precedente (artículos 4 y 44), o sea, “plantea una responsabilidad objetiva”<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Valga señalar que el D.L. 1289, de 14 de enero de 1976, estableció la nueva ley orgánica de municipios y administración comunal, en virtud del mandato del D.L. 575, de 13 de julio de 1974, sobre regionalización del país (artículo 29). En su título VII “Responsabilidad”, regulaba la responsabilidad de autoridades y funcionarios (artículo 61) y en su artículo 62 se refería a la responsabilidad civil (sic) de la Municipalidad, cuyo inciso 3º disponía: “La responsabilidad extracontractual (sic) procederá, principalmente, para indemnizar los perjuicios que sufran uno o más usuarios de los servicios municipales cuando éstos no funcionen, debiendo hacerlo, o lo hagan en forma deficiente”.

<sup>2</sup> Sesiones de la Cuarta Comisión Legislativa de la Honorable Junta de Gobierno, p. 74.

De allí que la afirmación de su considerando 3° según el cual uno de los requisitos para que proceda la responsabilidad municipal es la “imputabilidad subjetiva, traducida en falta de servicio”, y entendida esta como “acción u omisión culpable o dolosa”, no pasa de ser más que una nueva “invención” suprema más. Ello insiste en el error de no comprender que el Estado y las municipalidades, como personas jurídicas que son, carecen de sustrato subjetivo, desde que son entes de ficción, como lo reconoce el *Código Civil* desde su dictación misma (artículo 545); al funcionario que actuó u omitió la actuación debida según la ley, sí se le podrá perseguir su responsabilidad y esta sí que es subjetiva, y deberá probarse su “culpabilidad”, pero no a una municipalidad, que no es “culpable” ni podría aplicársele el artículo 2314 del *Código Civil* desde que no podrá condenársele a “penas por el “delito” o “cuasidelito” cometido, como si se tratase de un delincuente.

La “falta de servicio” no es “culpa” ni “dolo” del organismo Municipalidad, como lo ha pretendido la Corte Suprema en soluciones afrancesadas –incluso, obsoletas hoy en la misma Francia, y desde hace décadas<sup>3</sup>– sino es “falta”, o sea, “ausencia”, “carencia”, propiamente una *omisión* de la prestación debida por la Administración, impuesta a ella por la ley que ha creado el organismo y lo ha dotado de “funciones” y ha conferido “potestades” (poderes/deberes) a determinados órganos de él para actuar satisfaciendo así las necesidades públicas para lo cual ha sido creado y se le ha dotado de funciones y de potestades a sus órganos con tal finalidad.

Hay que insistir una y otra vez –para persuadir a los endurecidos de corazón, más que de mente– en que la responsabilidad del Estado y los organismos de su Administración no es asunto de “dolo” o “culpa” en su actuar o inactividad, ello no pasa de ser un resabio civilista enteramente inaplicable en el derecho público chileno, en el cual, por una parte, la relación del Estado con los ciudadanos no es una relación conmutativa, ni se está en un plano de igualdad de equivalencia, sino de “proporción” y, por la otra, los organismos de la Administración del Estado, personas jurídicas, son entes de ficción, carentes de la posibilidad de incurrir en “culpabilidad”, que de suyo implica una estructura solo humana (razón que dirige a una voluntad libre). Hay una imposibilidad lógica, de racionalidad mínima, de aplicar conceptos humanos a lo que es una mera construcción intelectual, ficticia, carente de realidad natural<sup>4</sup>. Dice bien, en cambio,

---

<sup>3</sup> Véase al respecto nuestro *Derecho administrativo. Temas fundamentales*, pp. 843-854, especialmente pp. 845-851.

<sup>4</sup> Gilbert Keith Chesterton, genial como pocos, decía “quitad lo natural y sólo queda lo antinatural”.

el fallo en el inciso segundo de este considerando 3° al expresar que la falta de servicio (que no es “factor de imputabilidad subjetiva”, como tan orondo se afirma), existe “cuando aquél [servicio] no funciona debiendo hacerlo y cuando funciona irregular o tardíamente”<sup>5</sup>. Pero no advierte dos cosas, a saber: una, que cuando un organismo de la Administración del Estado funciona “irregular o tardíamente” hay una evidente *omisión* pura y simple de la actuación legalmente debida impuesta por la ley como modo de satisfacer la necesidad pública que le ha sido encargada como obligación expresa y “obligación” jurídica, y que no ha cumplido, como es obvio, si actúa de modo irregular o de forma tardía. Y ello porque la ley le impone satisfacer esa necesidad pública real y efectivamente, de manera idónea, adecuada, proporcionada y, por supuesto, oportuna, lo que viene con claridad establecido no solo por la Constitución (artículos 1° inciso 4°, 5° inciso 2°, 19 n.° 2, entre otros), sino por la propia Ley de Bases de la Administración (Ley n.° 18575), artículo 3°, que parecieran soler olvidar y no tenerlo presente los funcionarios públicos (como también los jueces, incluidos los supremos) como se ve con tanta frecuencia en sus fallos.

Dicho artículo 3°, que es consecuencia positiva de su artículo 2°<sup>6</sup>, contiene expresas obligaciones/deberes jurídicas ineludibles para todo organismo estatal administrativo, entre las cuales están la “eficiencia”, la “eficacia” y la “responsabilidad”, en caso de daño producido en su actividad o inactividad, recordando siempre que “La Administración del Estado está al servicio de la persona humana” (inicio del artículo 3° citado) y ello “con pleno respeto de los derechos de las personas” e, incluso, de “los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana” (artículo 5° inciso 2° de la Constitución)<sup>7</sup>. El fallo comentado tampoco advierte que la obligación de las municipalidades es satisfacer las necesidades públicas a su cargo, también *fiscalizando* el debido cumplimiento del derecho aplicable a las actividades que realizan los particulares en bienes municipales o cuya administración le está encargada como ocurre respecto de los bienes nacionales de uso público, como es el caso, “controlando” que esa

<sup>5</sup> Utilizando la terminología francesa, sin saberlo tal vez, ya que son las expresiones que usa Paul DUEZ, *La responsabilité de la puissance publique (en dehors du contrat)*, pp. 27-40.

<sup>6</sup> El artículo 2° de la Ley n.° 18575 se refiere al “principio de juridicidad”, en sus dos primeras oraciones (en aplicación de los artículos 6° y 7° de la Constitución) y en la tercera establece “Todo abuso o exceso en el ejercicio de sus potestades dará lugar a las acciones y recursos correspondientes”.

<sup>7</sup> Y entre ellos uno que constituye uno de los fundamentos de la existencia misma del derecho, como modo de vida social en paz, como es el *nemine laedere* de los romanos (uno de los tres principios básicos de su derecho), es decir “no dañar a nadie”, porque ello es de suyo, *per se*, “contra Derecho” (*iniura*), o sea, “injusto”.

actividad de extracción de áridos sea llevada a cabo contándose con los ineludibles “permisos” (autorizaciones) municipales y el correspondiente pago de los “derechos municipales” (conforme al D.L. 3063, Ley de Rentas Municipales, artículo 36), y en caso que se efectúe esa extracción sin contar con ellos, impedir la “actividad ilícita” de aquellos que lo hacen en contravención a derecho, al margen de la ley e, incluso, sin atenerse a las disposiciones ambientales de la Ley n.º 19300, que le son aplicables, además de las multas correspondientes.

2) Aquí reside el *quid* del asunto debatido en este proceso y en que recayeron sentencias de primera y segunda instancia rechazando la demanda y casación en el fondo del demandante de igual modo rechazado. Ese rechazo de los tres tribunales se ha fundamentado en virtud de creer que no habría ninguna obligación municipal de fiscalizar la actividad de extracción de áridos y aun si se admitiera esa obligación jurídica hay que estarse a los “estándares” que es posible exigir a la demandada (véanse considerandos 6º y 7º del fallo supremo).

Hay aquí todo un tema para esclarecer la razón por la que se incurre en varios errores, que analizamos ahora.

- a) En efecto, *las Municipalidades sí tienen obligación de fiscalizar* las actividades que realizan los particulares en bienes nacionales de uso público, sean como “permisionarios”, como ocurre aquí, sean “concesionarios” expresamente la Ley n.º 18695 así lo dispone al expresar, por una parte que a las municipalidades les corresponde “administrar los bienes municipales y nacionales de uso público” (artículo 5º letra b) y, por la otra, dado que su artículo 36 incisos 1º y 2º permiten a las municipalidades otorgar “permisos” a particulares sobre dichos bienes, y por ello ha de cobrar sumas de dinero, sean “derechos”, o en otros casos, “patentes”. (D.L. 3063, de 1979) y el control de esta percepción está entregada de modo expreso a la unidad de Administración y Finanzas de la Municipalidad respectiva (artículo 27 letra b) n.º 7). Asimismo, a la unidad de control (artículo 29) le corresponde, en efecto, controlar la ejecución financiera y presupuestaria municipal (letra b), todo ello sin perjuicio de las atribuciones que la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades confiere a la unidad del Ambiente, Aseo y Ornato (artículo 25) “aplicar las normas ambientales a ejecutarse en la comuna y que sean de su competencia” (letra e) y, por tanto, los artículos 3º ter, 4º, 10º y 54 de la Ley n.º 19300, sobre ambiente.

Más aún, ese *deber de fiscalización* se impone a la Municipalidad cuando se “denuncian” actividades ilegales de extraer ári-

dos de terrenos que toca su administración a ella, por quienes carecen de título jurídico para extraerlos al no contar con los actos administrativos de “permisos” indispensables para ello. Justamente ante esas denuncias corresponde a la autoridad municipal comprobar que la actividad que se ejecuta sea efectuada por quienes en verdad cuentan con los “permisos” respectivos y se haya cumplido con la legislación ambiental pertinente. Y ello, tanto más que la mismísima Contraloría General de la República había intervenido en el asunto –ante la inactividad de la Municipalidad– e informado, con fecha 24 de diciembre de 2015, comprobando las irregularidades existentes en la extracción referida por quienes no tenían derechos para hacerla.

Es clara, pues, una *omisión* de esa Municipalidad demandada en su obligación jurídica de fiscalizar la actividad que se realizaba en esos bienes nacionales de uso público, a fin de comprobar si su realización se efectuaba por quienes estaban autorizados conforme a derecho para ello, y de acuerdo a las normas municipales y ambientales pertinentes.

- b) Otra argumentación del todo inadmisibles del fallo, por ir en directo en contra la Constitución, es la que sostiene su considerando 6° en cuanto la responsabilidad del Estado estaría condicionada por “los medios disponibles en el caso específico de que se trata y la capacidad de acción de la repartición o agente llamado a hacerlo”. Es decir, en buen romance, la “omisión antijurídica” en que incurre un organismo de la Administración del Estado que produce daño a un particular, víctima que se ve afectada en su “ser” (artículo 19 n.° 1 de la Constitución) o en su “tener” (artículo 19 n.° 24 ídem), no sería una “falta de servicio”, por contraria a derecho que fuere, si ese organismo no cuenta con los medios disponibles para satisfacer la necesidad pública que la ley le ha asignado en bien de las personas. Y entonces, una pregunta elemental, ¿para qué subsiste ese organismo si no puede cumplir la ley?

Tal barbaridad parece no haber sido meditada por la Corte Suprema por cuanto no se sostiene ni en lo más mínimo frente a la Constitución, y tampoco frente a la razón, y qué decir frente a la justicia que deben impartir...

En efecto, ello significa que una persona, un ciudadano, un usuario de servicio público, deberá padecer un daño antijurídico producido por un organismo de la Administración del Estado sin que pueda ser reparado, indemnizado, solo porque este or-

ganismo alega que no cuenta con los medios disponibles para actuar conforme a derecho, o sea, que no puede satisfacer las necesidades públicas puestas a su cargo por la ley.

Ello me recuerda un caso muy trágico, como es Torres Velásquez con Servicio de Salud de Talcahuano<sup>8</sup>, acaecido en el hospital de Higuera un 2 de diciembre de 2008, en el que una madre joven acude a dar a luz a su segundo hijo y no obstante que por el peso de la guagua, de 4 700 gr. y tamaño de 58 cm, era obligada la intervención cesárea; en vez de realizar esta se esperó que pudiera producirse el alumbramiento de modo natural, tardanza en producir el parto significó que el niño sufriera una asfixia severa y, por ende, quedara “ciego, sordo, mudo, paralítico” y, además, con “epilepsia e hidrocefalia” (véase considerando 6° del fallo citado). La innegable negligencia médica quedó demostrada de modo fehaciente por el sumario ordenado por el hospital y el informe pericial del Servicio Médico Legal (considerando 9°).

Pues bien, ante la alegación de verdad insólita del Servicio de Salud demandado de no contar con los recursos necesarios y pretender por esa vía eximirse de toda responsabilidad ante el desaguizado mayúsculo producido, el tribunal de alzada establece con una sensatez digna de admiración hoy, que

“No corresponde (como lo ha hecho el a quo) aplicar el supuesto estándar del funcionamiento medio del servicio para eximir o atenuar la responsabilidad de los entes descentralizados, so pretexto de que la falta de eficacia fue resultado de carencia de recursos. Los damnificados no tienen por qué sufrir las consecuencias en la distribución del Presupuesto Nacional” (considerando 13°, inciso final; redacción del fallo de la ministra Silvia Onetto Peirano)<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> Corte de Apelaciones de Concepción (2003), rol n.° 1703-2003, Torres Velásquez con Servicio de Salud de Talcahuano (véase el comentario “Corte de Apelaciones de Concepción 18.12.2003: responsabilidad del Estado por daños producidos por los servicios de salud”, pp. 252-264). En la Corte Suprema se llegó a conciliación condenándose al Servicio demandado al pago de \$81 000 000 y a título de daño emergente se le condena a prestar atención al niño quedado inválido por una negligencia demasiado ostensible, a prestarle asistencia de salud, sea en establecimiento público, sea privado, mientras viva. El niño falleció a los once años de su nacimiento.

<sup>9</sup> El inciso segundo de este considerando –valga señalarlo– establece: “Como ha quedado establecido la responsabilidad por falta de servicio es una responsabilidad objetiva. Basta, por lo tanto, la causalidad material como factor de atribución de la responsabilidad”. Criterio que se recordará quedó bien perfilado en Corte Suprema (1981), Tirado con Municipalidad de La Reina, considerando 4° (redacción Luis Cousiño Mac Iver), pp. 39-

Clarísima la argumentación de la sentencia referida y es que las pretendidas dificultades presupuestarias, deficiencias de organización, u otras, no pueden jamás constituirse en justificación válida para eximir de responsabilidad ante actuaciones u omisiones antijurídicas de un organismo de la Administración del Estado, y cargar a las víctimas de su mal funcionamiento. Esto, allá al inicio de la década de los años ochenta del siglo pasado, también la Corte Suprema lo tenía muy claro en Mitsui con Fisco<sup>10</sup>, cuyo considerando 1° es lapidario al respecto y no puede ser olvidado ni menos despreciado por los supremos de ahora, al establecer que las irregularidades producidas al interior de la Administración no pueden significar perjuicios a quien ha actuado conforme a la ley.

- (c) Ya a raíz de esta afirmación de justicia natural innegable es que puede señalarse que hablar de “estándar” o “estándares” es algo que no tiene asidero alguno en la Constitución y es más va directamente en su contra.

Decir que

“para que exista falta de servicio, en general, es necesario establecer el estándar de conducta exigible al servicio, teniendo en consideración los medios disponibles para ello en los casos específicos”

es una nueva “invención” suprema porque ella viola disposiciones más que fundamentales del derecho constitucional chileno, como el artículo 1° inciso 4°

(“El Estado [y sus organismos, también los administrativos] está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común”

“con pleno respecto de los derechos de las personas”), y su artículo 5° inciso 2° (los poderes atribuidos a los órganos del Estado “reconocen como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”, siendo “deber del Estado respetar y promover tales derechos garantizados por esta Constitución”...).

Y, ¿quién establecería esos estándares? ¿La propia Administración? La Administración carece de atribuciones jurídicas para así determinarlos. ¿La ley? Pero ¿cómo podría ella determinarlos sin

---

48, criterio, como advertimos, vigente tanto en 2003 a fines y también en 2007 en Guerra Girón con Servicio de Salud de Arica citado.

<sup>10</sup> Corte Suprema (1981), rol n.° 15001, Mitsui con Fisco.

caer en una abierta inconstitucionalidad? ¿No se conoce, acaso, la disposición del artículo 19 n.º 2, la cual, como base fundamental del derecho, establece con gran claridad la igualdad ante y en el derecho, como un derecho principalísimo de toda persona en Chile? Valga recordarlo para que si un juez supremo lee este comentario lo tenga más en cuenta en el juzgar diario de su nobilísima función que ejerce: “La Constitución asegura a todas las personas: 2. La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiado...”, y su inciso 2º es lapidario: “Ni la ley ni autoridad alguna podrá establecer diferencias arbitrarias...”.

Y, ¡vaya qué diferencias habría que hacer! Si se atiende, *v.gr.*, a los Servicios de Salud o a las municipalidades (345) (como en el caso que comentamos), respecto de los medios disponibles con que cuentan y con la organización específica de cada uno de ellos incluido su personal. Imagínese si una persona/peatón, camina por la vereda de una calle y se cae quebrándose la cadera, o la nariz, o el tobillo, en razón de haber baldosas sueltas o desniveladas o simplemente quebradas, y la Municipalidad a cuya administración está encargada de la mantención de calles y veredas, como bienes nacionales de uso público que son, sostiene que carece de fondos para repararlas, o que no tiene los medios disponibles para hacerlo (sin embargo, tal vez, sus funcionarios gozan de bien provistas horas extraordinarias para lo cual sí su presupuesto cuenta con fondos, o van a “cursos” a Punta Cana, Varadero, o aun a la llamada Costa Brava...), y le aplicaran ese pretendido estándar promovido por el fallo supremo que comentamos, resulta que no toda infracción a la ley, conducta u omisión antijurídica, se puede considerar “falta de servicio” y, por lo tanto, se rechazará la demanda deducida a raíz de esa evidente omisión contraria a Derecho de la Municipalidad demandada. Pero si el mismo accidente ocurre en una comuna/municipalidad vecina o cercana, que sí tiene bien dispuestos los medios para funcionar conforme a derecho, la Corte Suprema sí la condenará. Ello es un atentado más que escandaloso a la igualdad ante la ley y el derecho y al derecho fundamental que toda persona tiene y que la Constitución reconoce expresamente, garantiza y protege. Además, no puede soslayarse que ese predicamento supremo es aplicación lisa y llana de “la justicia de clase”, de típica extracción marxista leninista, en realidad, “colado” de modo insólito en la tercera sala suprema, y que no tiene asidero alguno en la Constitución. Ello en Chile es inaceptable y hay que

decirlo con claridad y firmeza, porque ello significa que ante la justicia y los tribunales hay personas o grupos privilegiados lo que el inciso 1° del n.° 2 del artículo 19 proscribire con absoluta decisión y, de manera rotunda, al disponer “En Chile no hay personas ni grupos privilegiados”. La aplicación de ese artificio de los “estándares” implica que se acepta en nuestro derecho público que hay ciudadanos de primera, segunda, tercera, etc. categoría, frente a las municipalidades (y a todos los organismos administrativos del Estado) según estos sostengan que tienen o no tienen medios disponibles para administrar sus comunas, cuya finalidad es procurar el bien de las personas que viven o transitan por sus calles, plazas, y demás bienes nacionales de uso público puestos a su cargo.

- d) Pero hay más aún: otra infracción se da en esta interpretación que inventa la Corte Suprema porque ella supone un planteamiento que la Constitución no contempla ni en tiempo remoto.

La responsabilidad por los daños producidos por los organismos de la Administración del Estado a las personas, responsabilidad que la Constitución establece expresamente en sus artículos 6, inciso 3°, 7 inciso 3° y 38 inciso 2°<sup>11</sup>, no admite restricción alguna que impida que una víctima de esos daños sea indemnizada de modo integral y como es debido, si ese actuar de la Administración o su inactividad, es antijurídico, contrario a derecho. La responsabilidad del Estado, y en su función administrativa en este caso, surge cuando ese daño que sus órganos administrativos ocasionan se produce en violación de la Constitución (“infracción” dice el artículo 6° inciso 3°, “contravención” dice el artículo 7° inciso 3° y “lesión” (afectación de un derecho fundamental) dice el artículo 38 inciso 2°), vulneración, además, porque contraviene, la propia Ley n.° 18575, orgánica constitucional de bases de la Administración del Estado (artículos 2° y 4°), desde que su artículo 3° impone a todo órgano administrativo del Estado un actuar eficaz, eficiente, racional, idóneo y proporcionado, que es todo lo contrario de producir daños a los particulares.

No admite restricción alguna, como bien lo decía en 1981 la Corte Suprema en Mitsui Chilena Comercial Ltda. con Fisco

---

<sup>11</sup> A pesar del intento delirante de algunos fallos que han sostenido que no la contempla, como el tristemente conocido Corte Suprema (2002), Domic Bezic con Fisco pp. 126-154, con comentario nuestro.

(según lo referíamos en apartado b) precedente), puesto que es de una enorme desfachatez que los errores (desidia, negligencia, torpeza o ignorancia) de la Administración pretenda esta que los “pague” la víctima de ellos con una alegación tan ligera y vacía de racionalidad como que no tiene los medios disponibles para satisfacer las necesidades públicas para lo cual en efecto la ley los ha creado; si no poseen esos medios, suprimase el organismo o, bien, “concédase la prestación del servicio” a los particulares que sí pueden hacerlo y de manera eficiente, conforme a una regulación de concesiones de servicio público.

No cabe, entonces, sostener, en modo alguno, en nuestro ordenamiento constitucional, que las actuaciones de los organismos de la Administración del Estado ilícitas dañosas para los particulares, no constituyan *per se* “falta de servicio”, porque el no actuar de ellos para satisfacer una necesidad pública teniendo el deber jurídico de hacerlo, *es de suyo* una violación de la Constitución (artículos 6° inciso 3°, 7° inciso 3° y 38 inciso 2°), ya que esos organismos han sido creados y existen para procurar esa satisfacción, sus órganos han sido atribuidos de potestades para ello y los funcionarios que los integran ha sido designados para concretar aquella satisfacción y se les remunera para que presten tal servicio, y más aún cuando se les requiere expresamente para ello sea por los usuarios, sea por los “permisionarios” de bienes nacionales de uso público, como en este caso comentado.

Lo que ocurre, o tal vez puede ocurrir, es un gran desconocimiento de nuestro derecho público en especial, la aplicación concreta de las disposiciones constitucionales en defensa de los derechos de las personas y la carencia de profundidad en ello, lo que suele ser suplido “inventando” soluciones (o copiándolas del extranjero/los fatídicos “injertos extranjerizantes”), que se alejan de la Constitución violándola sin rubor. A menos que la situación sea aún peor (cosa que con sinceridad no creemos), que tan solo, se prescindiera de la Constitución por razones ideológicas contrapuestas o sin llegar todavía a ello, siguen anclados en una visión del Estado que más parece del tiempo de Thomas Hobbes, Jean-Jacques Rousseau, Georg Hegel, Karl Marx o Antonio Gramsci, visión totalitaria que hoy solo atrae a trasnochados que adoran a la diosa “violencia”...

Y pareciera no ser tan lejano ese pensamiento al de la época pre 1789, o 1789 y pos 1789, en Francia, estatismo que en lo jurídico afloró en Chile hacia la década de los años treinta del siglo pasado, y que nos recuerda, por lo dicho en el considerando 6° de este fallo que comentamos, en el cual resulta clara esa visión, al confundir lo que es propiamente la responsabilidad llamada objetiva, ya que sostiene que esta, en su apli-

cación –interpretándola erróneamente– “implicaría someter al Estado a una lógica que atenta contra el ejercicio de la soberanía y de su poder de imperio en su actuación legal”, hablando incluso de “perjuicios” “a algún administrado”...

Lo dicho es un lenguaje típico de hace setenta a noventa años en Chile, con otra Constitución y con un Estado omnipotente<sup>12</sup> que no consideraba a las personas que lo componían como “ciudadanos”, sino como “administrados”, o sea, “súbditos”, de un poder estatal que se impone a ellos como si fuesen siervos o esclavos, como “cosas”, que son las que se administran... Insólito resulta este lenguaje en la pluma de jueces supremos hoy, lenguaje propio de monarquías absolutas o totalitarias, tipo leninistas o castristas, y sin que adviertan que las personas “se gobiernan”, puesto que son seres racionales y dotados de una dignidad ontológica que les es intrínseca.

Pero más deleznable aparece que se hable del “Estado y su soberanía” y de “su poder de imperio” para no reconocer la responsabilidad municipal frente a daños producidos a particulares por su evidente omisión de fiscalizar, sin advertir que la propia Constitución establece clarísimamente que

“el ejercicio de la soberanía *reconoce como limitación* el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos garantizados por esta Constitución... [cursivas nuestras]. Y cómo no va a ser así si los poderes jurídicos de que están dotados los órganos del Estado son atribuidos por la Constitución y por las leyes dictadas en conformidad a ella; esto es, no son inherentes sino conferidos y, además, son ‘expresamente’ (artículo 7° inciso 2°) tasados, delimitados, acotados, no teniendo otros poderes que aquellos que ‘expresamente’ les hayan sido atribuidos, y ni siquiera otros, ‘ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias’ (expresión que viene de la Constitución de 1833, artículo 160), porque incluso en dichas circunstancias también se encuentran esos poderes expresamente conferidos, tasados, delimitados y bien acotados” (capítulo IV, párrafo 4°, artículos 39-45).

Al terminar, no podemos menos que señalar que este caso Arenera Price Ltda. Con Municipalidad de Hualpén podía haber sido una excelente ocasión de reiterar que también la “omisión” de la obligación jurídica de “fiscalizar” que les es impuesta a las municipalidades por la ley (y

<sup>12</sup> Recuérdese que no había posibilidad de impugnar de “nulidad” los actos de la Administración por cuanto la Corte Suprema, interpretando de modo totalmente inexplicable el artículo 87 de la Constitución de 1925, se inhibió de su conocimiento porque esta habría entregado la competencia de ello a los “tribunales administrativos”, que no existían ni existieron nunca bajo su vigencia.

Ley Orgánica Constitucional) omisión antijurídica que produce daño a las personas que se relacionan con ellas (vecino, usuario, permisionario, concesionario u otros), origina las responsabilidades de ellas, conforme lo establece el artículo 152 de dicha Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, tal como en otras ocasiones lo ha reconocido expresamente la misma Corte Suprema<sup>13</sup>.

### III. Bibliografía

- DUEZ, Paul, *La responsabilité de la puissance publique (en dehors du contrat)*, Sirey, Paris, 1938.
- SOTO KLOSS, Eduardo, “Corte de Apelaciones de Concepción 18.12.2003: responsabilidad del Estado por daños producidos por los servicios de salud”, en *Ius Publicum*, n.º 12, Santiago, 2004.
- SOTO KLOSS, Eduardo, *Derecho administrativo. Temas fundamentales*, 3ª ed., Santiago, Abeledo Perrot-Thomson Reuters, 2012.

### IV. JURISPRUDENCIA

- CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN (2003), rol n.º 1703-2003, Torres Velásquez con Servicio de Salud de Talcahuano, 18 de diciembre de 2003.
- CORTE SUPREMA (1981), Mitsui con Fisco, 16 de junio de 1981, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, r.78/1981.
- CORTE SUPREMA (1981), *Tirado con Municipalidad de la Reina*, 24 de marzo de 1981, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 78, Santiago, 1981.
- CORTE SUPREMA (2002), Domic Bezic con Fisco, 15 de mayo de 2002, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 99, Santiago, 2002.
- CORTE SUPREMA (2007), Guerra Girón con Servicio de Salud de Arica, 30 de mayo de 2007, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 1, Santiago, 2007.

---

<sup>13</sup> Véase sobre responsabilidad de las municipalidades nuestro *Derecho Administrativo...*, *op. cit.*, pp. 869-907, y en cuanto se refiere a daños producidos por su omisión (falta de servicio) de fiscalizar, pp. 883-885. Respecto del caso “Arenera Price” que hemos comentado, debo dejar expresa constancia para evitar malos entendimientos, que somos ajenos a ambas partes que originaron este contencioso, y solo nos ha guiado –como siempre lo hemos hecho desde hace cerca de cuarenta años (cuyos inicios se remontan allá por 1980 con la recién creada Sección Quinta de la Segunda Parte de la *Revista de Derecho y Jurisprudencia*)– iluminar, en la medida de nuestros conocimientos, la mejor comprensión de la disciplina del derecho administrativo chileno, tratando que los fallos de los tribunales de justicia no solo se adecúen a la Constitución, sino, también, apegándose a ella, concreten la justicia en el caso específico que deciden, que es su función básica y primordial, pues para ello existen y son pieza fundamentalísima de la convivencia social en paz de una comunidad política.

# Recensiones

---

Derecho Público Iberoamericano  
Universidad del Desarrollo  
N° 16 | 2020



BERNARD DUMONT, MIGUEL AYUSO, DANILO CASTELLANO, *LA DIGNITÉ HUMAINE. HEURS ET MALHEURS D'UN CONCEPT MALTRAITÉ*, PARIS, PIERRE GUILLAUME DE ROUX, 2020, ISBN 978-2-36371-324-7

*Julio Alvear Téllez\**

En Francia, Bernard Dumont viene dirigiendo desde hace años una colección de filosofía política de insustituible lectura. Entre los títulos se encuentran la guerra civil perpetua al interior de las democracias contemporáneas, la cuestión del silencio de Dios, el dilema del mal y las espinosas relaciones entre Iglesia y política después del Concilio Vaticano II. Todos fueron publicados por la editorial Artège entre los años 2012 y 2013.

La presente obra se inserta en dicha colección, aunque esta vez sale a luz de la mano de la editorial parisina Pierre Guillaume de Roux, y con la colaboración de los profesores Miguel Ayuso y Danilo Castellano. La publicación aborda una temática de magnitud: la dignidad humana. Para ello, incluye a una serie de autores que comparten una común postura crítica frente a la noción moderna de dignidad, en cuya deriva posmoderna y disolutoria nos encontramos.

El libro está muy bien pensado. Se divide en tres partes. La primera analiza el estado de la cuestión; la segunda estudia a los dos autores que expandieron al interior del Catolicismo el compromiso con la modernidad (Jacques Maritain, John Courtney Murray); la tercera refiere a las aporías de un concepto incierto.

La primera parte, a su vez, se abre con un capítulo que no podía faltar. En "La dignité dans la philosophie classique" (pp. 13-38), Sylvain Luquet

---

\* Doctor en derecho y doctor en filosofía por la Universidad Complutense de Madrid. Profesor titular de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo. Correo electrónico: jalvear@udd.cl

identifica las líneas fundamentales de la concepción clásica de la dignidad humana, particularmente desde la comprensión platónica-agustiniana. Desde esa línea el autor resalta la depravación moderna: el preferir la idea al ser, una vez que ya no tienen certeza de la realidad.

A continuación, Serafino María Lanzetta nos introduce a la “Teología de la dignidad humana” (pp. 39-60). En el texto resalta cómo la *dignitas* (en latín, sinónimo de *honestas*) no es una exigencia natural de la dimensión social nativa del ser humano, sino que apunta a la perfección moral fundada en la justicia. Recuerda, para tales efectos, la noción de pecado original, cuyos efectos han quedado impresos en la naturaleza humana y que la Modernidad ha pretendido escamotear, convirtiendo al ser humano en un ser incongruente. La restauración de la dignidad humana, como fruto de la restauración operada por la Redención de Cristo, aspecto capital de la teología católica, se vuelve incomprensible en el escenario de la Modernidad filosófica.

En “Narciso sin rostro o la dignidad subvertida” (pp. 61-88), Guilhem Golfín aborda, enseguida, el empobrecimiento de la noción de dignidad en la filosofía de Immanuel Kant, en el cuadro de una antropología individualista y cerrada en sí misma. Se proyecta en el tiempo como un fenómeno de disolución del concepto ontológico de persona, donde la dignidad pierde sus vínculos espirituales.

La segunda parte del libro se abre con el capítulo dedicado a Jacques Maritain. De autoría de Jon Kirwan, se titula “Mutación de la noción de dignidad en el seno del Catolicismo del siglo xx: el rol particular de Jacques Maritain” (pp. 91-115). El autor formula una síntesis de las principales obras del filósofo francés. Su concepción de dignidad es funcional al nuevo humanismo que pretende conciliar la democracia laica y los derechos humanos con la ley natural, reformulando y falseando su significación. En el camino, se abandonan los principios políticos de la filosofía católica.

El siguiente capítulo, de autoría del autor de esta recensión, aborda la influencia de John Courtney Murray en el pensamiento católico (pp. 92-139). Se puede decir que el jesuita estadounidense legitima el americanismo en los ambientes eclesiales, en una clave de comprensión donde la libertad moderna es una exigencia de la dignidad humana. Abandonada toda referencia trascendente del orden político, la democracia estadounidense se transforma en el espacio de desarrollo de dicha dignidad. El jesuita teólogo tuvo, como se sabe, una enorme influencia en la declaración *Dignitatis humanae* del Concilio Vaticano II, que en el texto también se analiza.

La tercera parte del libro se abre con el capítulo de Danilo Castellano denominado sugestivamente “Modernidad y clericalismo: metodología

de una derrota” (pp. 143-166). El catolicismo contemporáneo ha subordinado progresivamente el concepto clásico y cristiano de dignidad a las exigencias de la Modernidad teórica. Con ello, se ha validado el abandono progresivo del carácter óntico de la persona.

Finalmente, Nicolás Hutten analiza la instrumentalización de la dignidad humana en el derecho contemporáneo (pp. 167-186). El principio de dignidad arrastra hoy unos resultados inversos a aquellos por los cuales este se había proclamado. Particularmente a partir de la década de 1990, se ha convertido en un ectoplasma jurídico por el que se intenta otorgar una raíz común a unos derechos humanos afectados por una delicuescencia cada vez más intensa.

El libro termina con una conclusión general donde los editores realizan un balance final de todos los contenidos, con sus proyecciones a futuro.



# Siglas y abreviaturas

---

Derecho Público Iberoamericano  
Universidad del Desarrollo  
N° 16 | 2020



## SIGLAS Y ABREVIATURAS

<i>al.</i>	<i>alii</i> (otros)
App.	Application
Apps.	Applications
AA.VV.	autores varios
c.	circa
CENC	Comisión de Estudios para la Nueva Constitución
CCPR	Comité de Derechos Humanos de la ONU
Cfr.	confróntese
chap.	chapter
cm	centímetros
Co.	Company
comp.	compilador
Conicet	Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas
coords.	coordinadores
CUREDÍ	Cultural and religious diversity database project
D.F.	distrito federal
D.L.	decreto ley
Dr.	doctor
Dra.	doctora
ed.	edición, <i>a veces</i> editor, editorial
<i>e.g.</i>	<i>exempli gratia</i>
etc.	etcétera
Eudeba	Editorial Universitaria de Buenos Aires

FIRE	Foundation for Individual Rights in Education
GPS	Global Positioning System (Sistema de Posicionamiento Global)
gr.	gramos
hr.	hora
HTML	HyperText Markup Language (Lenguaje de Marcas de Hipertexto)
HTTP	Hypertext Transfer Protocol (Protocolo de transferencia de hipertexto)
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i> (allí, en ese mismo lugar)
IDOE	Instituto de Dirección y Organización de Empresa
<i>i.e.</i>	<i>id est</i>
INDH	Instituto de Derecho Humanos
JUNJI	Junta Nacional de Jardines Infantiles
km.	kilometro
LGBT	Lesbianas, Gais, Bisexuales y Transgénero
LLM	Master of Laws
LOC	Ley Orgánica Constitucional
Ltda.	Limitada
Mg.	magíster
n.º <i>a veces</i> Nº	número
ONU	Organización de Naciones Unidas
<i>op. cit.</i>	<i>opus citatis</i> (obra citada)
p.	página
pp.	páginas
Prof.	Profesor <i>a veces</i> profesora
<i>RDJ</i>	<i>Revista de Derecho y Jurisprudencia</i>
S.A.	Sociedad Anónima
SCS	Sentencia de la Corte Suprema
SERVEL	Servicio Electoral
Sr.	señor
ss.	siguientes
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
U.S.	United State
<i>v.gr.</i>	<i>verbi gratia</i>
vol.	volumen
vols	volúmenes

# Instrucciones para los autores

Derecho Público Iberoamericano

Universidad del Desarrollo

N° 16 | 2020



## 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 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 clave, 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](mailto: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 abril de 2020  
por Versión Producciones Gráficas  
Santiago de Chile

