



Universidad del Desarrollo
Facultad de Derecho

DERECHO PÚBLICO IBEROAMERICANO
REVISTA DEL CENTRO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL

N.º 18
ABRIL DE 2021

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

SECRETARIA DE REDACCIÓN

Dra. Vanessa Cisterna Rojas

COORDINADOR

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 9 • N.º 18 • ABRIL DE 2021

ISSN 0719-2959

PRESENTACIÓN

7

ESTUDIOS

ALGUNOS PRINCIPIOS PARA EL PROCESO CONSTITUYENTE

Iván Aróstica Maldonado

La cuestión constitucional

13

Alejandro Lago Torres

Una o dos cámaras: ¿sirve realmente el Senado?
Perspectivas comparadas para el futuro constitucional chileno

35

Juan Andrés González Tugas

El valor de la constitución democrática (de Estados Unidos):
Reflexiones sobre su importancia desde la perspectiva de Alexis de Tocqueville

81

Rodrigo Pablo Pérez

Funas institucionales:

libertad de expresión y tolerancia en las universidades.
El caso de la asociación estudiantes San Alberto Hurtado
en la Universidad Católica

103

Julio Alvear Téllez

“Tolerancia” y constitucionalismo laico.
Análisis de la noción clásica y de la noción ilustrada

181

Juan Fernando Segovia

El principio del orden político y social católico:
La realeza social de Cristo.

Un análisis de la *Quas Primas*

213



Universidad del Desarrollo
Facultad de Derecho

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

Rodrigo Céspedes
Disciplina naval, tormentos y principios básicos
de derecho internacional en el siglo XIX:
El caso del *Monsoon*
235

RECENSIONES

Juan Fernando Segovia
Constitutionalism in the Americas
de Colin Crewford y Daniel Bonilla Maldonado (eds.)
251

Juan Fernando Segovia
Tradición política e hispanidad de Miguel Ayuso
257

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

263

PRESENTACIÓN

Tenemos el agrado de presentar el número dieciocho de nuestra revista *Derecho Público Iberoamericano*, con la colaboración de especialistas de Chile, Argentina y Alemania.

En esta ocasión, todos los estudios científicos que ofrecemos refieren a una temática tan actual como necesaria: los principios para la discusión constitucional en el proceso constituyente. Evidentemente, sería imposible hacernos cargo de la suma de todos esos principios. Hemos escogidos algunos, expresivos de diversas perspectivas, que pueden iluminar la cuestión.

Publicamos en primer lugar un trabajo del profesor Iván Aróstica Maldonado, expresidente y actual ministro del Tribunal Constitucional de Chile. Se denomina “La cuestión constitucional”. En él analiza los factores políticos, culturales y religiosos que hacen de presupuestos y delimitan la esencia de lo jurídico, lo que, a su vez, debe ser recogido por toda constitución justa y estable.

El segundo trabajo pertenece al profesor Alejandro Lagos. Aborda el interesante problema del unicameralismo, ante las propuestas que pretenden acabar con el Senado. La aproximación es normativa, comparativa e histórica, y lleva un título elocuente: “Una o dos Cámaras: ¿Sirve realmente el Senado? Perspectivas comparadas para el futuro constitucional de Chile”.

La tercera entrega es de autoría del profesor Dr. Juan Andrés González y destaca el valor de la constitución democrática, particularmente dentro del contexto constitucional de Estados Unidos. Los principios y las conclusiones se hilvanan desde una interpretación propia de Alexis de Tocqueville, centrada principalmente en su obra *Democracia en América*.

La siguiente investigación viene de mano del profesor Rodrigo Pablo y está dedicada a las “funas” universitarias. En una primera parte, estudia la situación de la libertad de expresión y de la tolerancia ante opiniones divergentes en el mundo universitario comparado, especialmente en el ámbito anglosajón. Posteriormente revisa el polémico caso de la Asociación de Estudiantes San Alberto Hurtado, de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

El quinto artículo ha sido escrito por el director de esta revista. Se trata de una investigación sobre las dos concepciones antitéticas de la

“tolerancia”: la clásica y la ilustrada, con singular referencia a Voltaire. En esta última, se refleja el empleo unilateral y estratégico del término, tan recurrido en nuestros días.

Finalmente, el profesor Dr. Juan Fernando Segovia nos ilustra sobre uno de los principios fundamentales del derecho público cristiano: la doctrina de la Realeza Social de Cristo, tal como fue expuesta por Pío XII en *Quas Primas*. Se trata de un principio opuesto al constitucionalismo laico de nuestros días, sumido en su propia crisis.

En la sección dedicada a “Comentarios de Jurisprudencia”, destacamos el análisis del profesor Dr. Rodrigo Céspedes de un caso histórico: la sentencia de la Corte Suprema del 22 de mayo de 1858, sobre la disciplina naval, los tormentos y los principios básicos del derecho internacional.

Por último, en las “Recensiones”, se analizan dos obras: *Constitutionalism in the Americas*, de Colin Crawford y Daniel Bonilla; y *Tradición política e hispanidad*, de Miguel Ayuso.

Dr. Julio Alvear Téllez
Director

Estudios

Derecho Público Iberoamericano

Universidad del Desarrollo

N.º 18 | 2021

Algunos principios
para el proceso constituyente

LA CUESTIÓN CONSTITUCIONAL

THE CONSTITUTIONAL ISSUE

*Iván Aróstica Maldonado**

Resumen

Un primer estudio de aproximación al actual problema constitucional, debe reducirse a indicar sus síntomas y sugerir algunas de sus causas. Antes mejor, le bastaría con trazar concisa, pero descarnadamente cuál sería la cuestión de fondo o más radical. A partir de un estatuto crítico, en elaboración, esta exposición hace hincapié en los factores políticos, filosóficos y religiosos convergentes en la situación. Es en esta dimensión inmaterial donde se define lo que es verdadero, justo y bueno, en tanto cualidades adjetivas trascendentes que luego habrán de influir en la creación y contenido de las normas fundamentales. *Methaphysica est, rursus*.

Palabras clave: Principios Fundamentales, Constitución Política, defensa de la juricidad

Abstract

A first study of approximation to the current constitutional problem should be reduced to indicating its symptoms and suggesting some of its causes. Better before, it would be enough to draw concise but starkly what would be the fundamental or more radical question. Starting from a critical statute, in preparation, this exhibition emphasizes the political, philosophical and religious factors converging in the situation. It is in this immaterial dimension where what is True, Fair and Good is defined, as transcendent adjective qualities that will later influence the creation and content of the fundamental norms. *Methaphysica est, rursus*.

Keywords: Fundamental Principles, Constitución Política, Defense of legality.

* Master en Justicia Constitucional de la Universidad de Bolonia. Ministro del Tribunal Constitucional de Chile. Artículo recibido el 4 de enero de 2021 y aceptado para su publicación el 5 de marzo de 2021. Correo electrónico: iarostica@tcchile.cl

Un breve siglo xx, interrumpido por guerras que van de 1914 a 1991, nos acerca a sus inicios y al encuentro con discusiones que allí quedaron a medio terminar. Es el caso del tema referido al control jurisdiccional de constitucionalidad sobre las leyes, donde conviene no sobreestimar la polémica Hans Kelsen-Carl Schmitt¹, en comparación con otras querellas contemporáneas, relativas nada menos que a la forma “democrática” de cómo había que dismantlar la libertad de industria y el derecho de propiedad. Misma época, 1927 para ser exactos, cuando en la *Enquête sur les droits du Droits et “sa majesté la loi”*, ya son varios los teólogos, filósofos y juristas de renombre que reclaman una instancia de revisión judicial de constitucionalidad de las leyes que consideran injustas, esta vez por ser anticlericales².

Ambos antecedentes llaman a no distraernos con diminutos aspectos de un asunto medular y nos dejan mejor encaminados para entender el problema que subyace, todavía, en la discusión constitucional actual: si la ley debe ser expresión de la razón o puede ser instrumento para la revolución.

I

Ya instalada en 1789 la pulsión a refundar las cosas a partir de cero, desde el socialismo evolucionista, fue Eduard Bernstein quien propugnó la ampliación progresiva del control sobre las empresas y la expropiación gradual por medio de leyes que habrían de limitar la propiedad capitalista, hasta convertir a sus dueños en simples administradores³. En tanto que una comunista cabal, Rosa Luxemburgo, replicaba que ese era solo un “momento” dentro del proceso de cambio radical y que aquellos instrumentos únicamente pueden serlo como comienzos y puntos de apoyo al proletariado, en su camino inexorable hacia el derrumbamiento de la sociedad burguesa y el triunfo final⁴.

El término del voto censitario con el advenimiento de los partidos de masas, hacia fines del siglo XIX, hicieron plausible la amenaza⁵. Las pro-

¹ Carl SCHMITT y Hans KELSEN, *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: “El defensor de la Constitución” versus “¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?”* (1929-1933).

² José ESTEVE PARDO, *El pensamiento antiparlamentario y la formación del Derecho público en Europa*, pp. 76 y 150-157. Una primera idea en Chile de consagrar este control, data de 1811 por inspiración de Juan Egaña: STC, rol n.º 9797-20, considerando 13º.

³ Eduard BERNSTEIN, *Karl Marx y la reforma social*, pp. 53-83.

⁴ Rosa LUXEMBURGO, *Reforma o revolución*.

⁵ Javier TAJADURA, “Constitución y democracia en la Unión Europea”, p. 18. En igual sentido, Manuel ARAGÓN REYES, *Constitución y control del poder*, pp. 28-34; Perfecto Andrés

fecías de totalitarismo dejaron de ser mera retórica al por mayor, cuando dichos objetivos pudieron conseguirse democráticamente, conquistando el poder coercitivo del Estado y la legitimidad con que se viste la ley para aplastar a los enemigos de la revolución. Siendo esta distopía la que gatilló la reacción liberal con pie en la definición weberiana del Estado⁶: si este es quien reclama para sí el monopolio de la violencia “legítima”, entonces su encuadramiento dentro de esta última calificación exige la subordinación al Estado de derecho y la judicialización de la política⁷.

Buscando entonces, que las caudalosas aguas de la política pudieran discurrir dentro de un mismo río, reverdeció así la idea del abate Emmanuel Siéyès⁸, de diferenciar un poder originario en la Constitución y un poder derivado en la legislación, de modo que este no pudiera ir contra aquel, amén de crear un *jury constitutionnaire* para su control. La misma burguesía que antes decía que todo se puede hacer con la ley y nada contra la ley, alienta ahora –a inicios del siglo XX– la rigidez del texto fundamental y la existencia de un guardián⁹. Existiendo a este respecto dos paradigmas en boga hacia las décadas 1920-1930: un tribunal constitucional al modo kelseniano, encargado de velar por el cumplimiento de los procedimientos democráticos y que solo, de modo excepcional, puede revisar el contenido de las leyes; o un juez tipo estadounidense, más proclive a ejercer un papel activo en el sistema de pesos y contrapesos constitucionales, merced a un control más incisivo de las leyes en resguardo del *rule of law*¹⁰.

IBÁÑEZ, *Tercero en discordia*, p. 122; Peter MAIR, *Gobernando el vacío. La banalización de la democracia occidental*, pp. 89-90; ESTEVE, *op. cit.*, pp. 49-54. Cfr. Luís SÁNCHEZ AGESTA, *Principios de teoría política*, pp. 149-150.

⁶ Max WEBER, “La política como vocación”, p. 83.

⁷ Raymond ARON, *Democracia y totalitarismo*, pp. 62-70; Giovanni SARTORI, *¿Qué es la democracia?*, p. 318.

⁸ Emmanuel SIÉYÈS, *¿Qué es el Tercer Estado?*, pp. 179-180. Paralelamente, recuérdese que este autor fue quien, en vez del “pueblo”, puso como titular de la soberanía a la “nación”, esto es, al pueblo organizado en clases y profesiones, dando así protagonismo a la burguesía: Guglielmo FERRERO, *Poder. Los genios invisibles de la ciudad*, p. 229.

⁹ Apenas cabe insinuar acá que la recreación en el siglo XX del Estado de derecho resultará soluble con la democracia (tan difícil como en el siglo XIX fue la cohabitación entre el principio monárquico y el principio democrático), al suponer una compleja convivencia entre una cosmovisión clásica procedente del mundo griego y cristiano medieval, con un *imago mundi* de cuño liberal que forma parte del ideario propio del Iluminismo. Cfr., para su conjugación, desde una óptica liberal, entre varios, Raimondo CUBEDDU, *Atlas del Liberalismo* (especialmente pp. 59-107).

¹⁰ Santiago MUÑOZ MACHADO, *Constitución*, pp. 57-60. Véase el voto concurrente del magistrado Louis D. Brandeis, en el caso *St. Joseph Stock Yards v. United States* (1935). Sobre las diferencias institucionales ente el sistema estadounidense y los modelos europeos (alemán y francés, en especial), Pedro CRUZ VILLALÓN, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad. 1918-1939*, pp. 31-46; Lucio PEGORARO y Ángelo

No por simple coincidencia (se puede captar enseguida), la Carta chilena de 1925 creó en ese tiempo el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de las leyes, junto con la nueva facultad que se dio al legislador para imponer limitaciones al dominio, por causales tan elásticas –y susceptibles de abuso– como “el mantenimiento y progreso del orden social” o “los intereses generales del Estado”. Su conocimiento se entregó a la Corte Suprema, aunque no rindió los frutos esperados. No, si se la compara con su homónima estadounidense, que por esos años –cuando el estatismo irrumpía por el mundo– bregaba por anteponer la libertad y el debido proceso constitucional por sobre las normas intervencionistas con que el gobierno demócrata empezaba a erigir el Estado Bienestar.

De allí, la censura progresista a esa legendaria Corte Lochner (1897-1937), y a todas quienes se le parezcan, recriminándole por ser “contramayoritaria”, querer instituir un “gobierno de los jueces” o arrogarse el papel impropio de una “tercera Cámara”¹¹. Se exconstitucionaliza la política o los jueces se comportan dóciles, atribuyéndole gratuitamente a las leyes una “presunción de constitucionalidad” u ofrendándole una “deferencia al legislador”: una de dos, sin arriesgar una destitución del juez o la extinción del tribunal. A lo sumo, en este *modus vivendi* podrán existir conflictos de activismo entre el legislador y la corte constitucional, por ver quién toma la iniciativa para crear aquellos nuevos derechos de igualdad o de última generación que –en contraposición con los derechos clásicos (libertad y propiedad)– demandaría una sociedad cada día más diversa o amoral.

II

En la Europa del siglo XIX, entretanto, cuando mucho se habían creado contencioso-administrativos a fin de que una burocracia menestral se sometiera a la ley soberana (como la casación es a los jueces), en tanto que el control sobre las leyes lo era solo a efectos de que un tribunal constitucional dirimiera los conflictos entre la legislación federal y la legislación de los cantones o *länders* miembros (Weimar 1919, Austria 1920). Que la tutela de los derechos fundamentales no era un mero problema de la jurisdicción contencioso-administrativa y que el control sobre las leyes

RINELLA (dirs.), *Derecho constitucional comparado 2. Sistemas constitucionales*, volumen B, pp. 275-387. Un panorama general en Jorge A. AMAYA, *Control de constitucionalidad y convencionalidad*, pp. 90-122.

¹¹ La nada disimulada adhesión a esta crítica del clásico en la materia, véase en Edouard LAMBERT, *El gobierno de los jueces*.

debía extenderse a sus garantías, era “una idea insoportable para los juristas de izquierda”¹². En el decir ríspido de Allan Bloom,

“a los progresistas de los años veinte y treinta no les agradaba la protección constitucional de la propiedad privada, ni las limitaciones a la voluntad de la mayoría y a la posibilidad de vivir como a uno se le antoje”¹³.

Pese a esto, una suerte de deificación logró invisibilizar que, así como en democracia se cuentan cabezas, a veces se suelen cortar algunas cuantas que le sobran, en París o en la Vandée, o en la Guerra de los Chuanes¹⁴. Y que solo una vez corroborado en los hechos (con la Ley de Plenos Poderes de 1933) que por la vía democrática se podía implementar una revolución legal, conducente al totalitarismo, ya terminada la Segunda Guerra Mundial, la Ley Fundamental alemana de 1949 creó un tribunal constitucional con potestades suficientes para revisar el contenido y finalidad sustancial de las leyes. Análogamente a como lo había venido haciendo la Suprema Corte estadounidense desde el caso *Allgeyer v. Louisiana* (1897), cuando por encima de la regulación estatal optara por dar primacía a la libertad personal en materias económicas (por lo menos hasta el intimidante “court packing plan” de Franklin Delano Roosevelt en 1937 y no “sin que –antes– se levantaran voces del centro y de la izquierda gritando en contra de la labor del tribunal”¹⁵).

Es que, en esta historia, a menudo se oculta que, a punta de leyes mayoritarias, dos indefensas democracias degradaron en totalitarismos¹⁶, Rusia en 1917 y Alemania en 1933, confirmando advertencias que vienen desde la Antigüedad¹⁷. Se esconde que, por eso, la Ley Fundamental de 1949

¹² Jesús GARCÍA TORRES, “El sistema europeo de control de constitucionalidad: La historia manifiesta la esencia”, p. 278.

¹³ Allan BLOOM, *El cierre de la mente moderna*, p. 33.

¹⁴ Benjamín CONSTANT, *La libertad de los Antiguos frente a la de los Modernos*, p. 22: “nuestra feliz revolución (la llamo feliz a pesar de sus excesos, porque fijo la mirada en sus resultados) nos llama a disfrutar de los beneficios de un gobierno representativo”.

¹⁵ Lawrence M. FRIEDMAN, *Introducción al derecho norteamericano*, p. 221. Una reciente visión crítica del triunfo del “New Deal progressivism” y las subsiguientes decisiones transformativas de la Suprema Corte estadounidense a partir de 1936-1937, se encuentra en Richard A. EPSTEIN, *The dubious morality Administrative Law*.

¹⁶ Friedrich A. HAYEK, *Camino de servidumbre, passim* y Hannah ARENDT, *Los orígenes del totalitarismo, passim*. Para esos silencios en la literatura progresista, v.gr. Roberto GARGARELLA, *Cinco movimientos de un debate inacabado*, pp. 17-36.

¹⁷ En esta línea, una crítica sistemática actual procede de la Escuela de Filosofía de Oviedo: Gustavo BUENO, *Panfleto contra la democracia realmente existente*; Jesús G. MAESTRO, *Ensayo sobre el fracaso histórico de la democracia en el siglo XXI*, donde el autor se explaya sobre el paso de un orden o eutaxia a un caos o distaxia –un nuevo totalitarismo– a que conduciría la democracia y su idealismo alemán, en cuanto a que la realidad se hace o construye mediante el lenguaje.

antepuso el Estado de derecho como requisito para el funcionamiento de la democracia. O se recurre al expediente de confundir ambos términos, dentro de un ininteligible “Estado social y democrático de derecho”. Y si se reivindican como requisitos esenciales de este sintagma –Estado de derecho– el que la ley política debe ser expresión de la razón en aras del bien común, para asegurar justamente la libertad frente a la voluntad arbitraria de uno (monarquía) o de muchos (democracia), enseguida se los “deslegitima” por ser meros artificios de la cultura burguesa¹⁸.

En circunstancias que esa idea de Estado de derecho –como garantía de la libertad frente a la arbitrariedad del legislador– reconoce precedentes en la *Eunomia* y en el *nomos baselios* griegos (“la ley es el rey”), continúa en la tradición inglesa como *rule of law and not of men* y equivale al viejo aforismo aragonés de que *antes fueron leyes que reyes* ¿O se dirá que Aristóteles fue un reaccionario *avant la lettre* al preferir las buenas leyes –razón sin apetito– por sobre los buenos reyes?¹⁹.

Vamos un poco más atrás para profundizar el tema.

III

Cuando Miguel Angel pintó “La creación de Adán” en la Capilla Sixtina, y puso a Dios dentro de una suerte de cerebro, no estaba sino expresando una idea más que milenaria: que al principio fue el *Logos*^{20, 21}. También lo pensaron los griegos en la Antigüedad, al desvincularse de aquellos dioses que manejaban sus vidas con toda volubilidad, merced a mandatos llenos

¹⁸ Gerardo PISARELLO, *Un largo Termidor*; Carlos FERNÁNDEZ LIRIA, *En defensa del populismo*, pp. 50-51 y 54. De entre los historiadores progresistas de las ideas del siglo XX, véase Enzo TRAVERSO, *¿Qué fue de los intelectuales?*

¹⁹ Política III, 1277a.

²⁰ San Juan 1:1.

²¹ En *Salmos* 136: 5: “Él hizo los cielos con sabiduría, porque es eterno su amor”, y en *Proverbios* 3:19-20: “El Señor con sabiduría ha fundado la tierra, ha establecido los cielos con inteligencia. Con su ciencia fueron excavados los abismos, y las nubes destilan el rocío”. Y canta así Beatriz: “Todas las cosas obedecen a un orden en sí y entre sí, y esto es lo que hace al universo semejante a Dios. En ello ven las criaturas de naturaleza elevada la huella de la eterna sabiduría, la cual es el fin para el que está hecha aquella ley”, Dante ALIGHIERI, *La divina comedia*, pp. 367-368.

En otra parte discurrimos que *logos*=razón/inteligencia=razonamiento [jurídico], comprende dos etapas que no cabe confundir: una de deliberación (formación del pensamiento) y otra posterior de argumentación (expresión del pensamiento). Cfr. Néstor Luis CORDERO, *El descubrimiento de la realidad en la filosofía griega. El origen y las transfiguraciones de la noción de logos*.

de abusos y descarríos, como Esquilo acusó al mismo Zeus en *Prometeo*, el de reinar “erigiendo en leyes sus caprichos” (403-404). Así, lo anterior se sustituye por la convicción de que, gracias a la razón que lo diferencia específicamente del animal, el hombre puede descubrir la coexistencia de un Cosmos armonioso junto a un caprichoso Caos, que ha de saber diferenciar²².

Por ello Sócrates recordaría en *Georgias*:

“como dicen los sabios, Calicles, el cielo, la tierra, los dioses y los seres humanos se mantienen unidos por la comunión, la amistad, el orden, la autodisciplina y la justicia [rectitud], y a causa de estas cualidades, mi amigo, llaman a esta totalidad ‘orden’ [*kosmos*] no ‘desorden’ ni ‘indisciplina’ (507e, 508a)”²³.

Es decir, la contemplación de ese Cosmos racional fue lo que posibilitó al hombre colegir las leyes que habrían de regir la agricultura y la navegación o el buen gobierno y cuya mimesis o espejo debía ser la Polis, donde se habría de reproducir –por medio de leyes positivas– ese mismo orden armonioso que, a través de leyes naturales, el Logos imprimió en el Universo. La ley, entonces, no era cosa de creación, sino de revelación (sacar el velo o *Alétheia*), en tanto se descubre a través de una rigurosa especulación, de cómo el Cosmos se refleja en la Polis²⁴. Recuerda bien Paolo Grossi a este respecto que la palabra ‘inventar’ proviene del verbo latino ‘invenir’, que significa encontrar, hallar o descubrir, y no crear (*creo* o *intuito*)²⁵.

Pero existía, además, otro motivo relevantísimo por el que la ley debía tener como causa material a la razón. Dentro de las características oposiciones que estructuraron el pensamiento griego (bueno-malo, masculino-femenino, claro-oscuro, izquierda-derecha, etc.²⁶), el binomio libre

²² Una meditación sobre el tema en Werner JAEGER, *La teología de los primeros filósofos griegos*. Para la conexión del Caos con el *apeiron* de Anaximandro, como lo indeterminado (en oposición al Cosmos, como lo ordenado) y en relación con la *Teogonía* de Hesíodo: Rafael GAMBRA, *Historia sencilla de la Filosofía*, pp. 47-48.

²³ PLATÓN, *Georgias*, p. 195.

²⁴ “La posición erguida, dirigida hacia el cielo, propiedad exclusiva del ser humano” o “por la tendencia del cuerpo a elevarse hacia lo alto”, es lo que le permite “ser el primer testigo del cielo, el Sol y las estrellas”: Walter F. OTTO, *Teofonía. El espíritu de la antigua religión griega*, p. 33.

²⁵ Paolo GROSSI, *L'invenzione del diritto*, p. 62 y ss. Véase dicha voz en VARIOS AUTORES, *Diccionario Ilustrado Latín. Latín-español / español-latino*, p. 260. Por este y otros muchos conceptos recomendables, véase también a Fustel DE COULAGES, *La ciudad antigua*, pp. 228-234.

²⁶ Guillermo FRAILE, *Historia de la Filosofía I Grecia y Roma*, p. 158. La tabla pitagórica de los contrarios puede estudiarse con ARISTÓTELES, *Metafísica*, pp. 93-95.

La recepción de esta concepción en el cristianismo, puede hallarse en *Eclesiástico* 33:15: “Fijate, pues, en todas las obras del Altísimo, dos a dos, una frente a otra”.

o esclavo ha de resultarnos clave para la comprensión de nuestros asuntos, desde que aquel estatus se hace consistir, en efecto, en no tener dueño ni, por tanto, estar sometido a la disposición arbitraria de otro, sino que solamente a la ley, o sea, a un orden basado en la razón y no en un deseo de dominación²⁷. No hay libertad, pues, allí donde campea la autonomía individual y la falta de leyes políticas (*Anomia*)²⁸, sino donde gobierna el buen orden legal sin contagio alguno de arbitrariedad (*Eunomia*)²⁹.

Trátase de un macro *Kosmos* armónico y ordenado, en el que –sentencia Heráclito– hasta “El sol no irá más allá de las medidas [asignadas]; en caso contrario lo descubrirán las Erinias, auxiliares de la Justicia”³⁰. Y cuya concreción en el micro *Kosmos* –la Polis– se dio con un control preventivo y reparador sobre las leyes denominado *graphē paranómōn* (γραφή παρανόμου), a objeto de que las normas se adoptaran conforme a los mecanismos establecidos y se respetaran las libertades personales³¹. De él nos habla –eso sí– un pasaje asaz trágico de la historia: el juicio contra los generales tras la batalla naval de Arginusas durante la guerra del Pe-

²⁷ Que la esclavitud era algo cotidiano, sobre cuya naturaleza era inevitable meditar, lo demuestra el que en la Atenas del siglo V a.C. casi el 50% de la población era objeto de esa condición: Mikhail ROSTOVITZEFF, *Historia social y económica del mundo helenístico*, tomo I, pp. 89-91, 124 (nota 32), 206, 214-219, 570 (nota 32), etcétera.

Precisamente por la convertibilidad que presupone el aludido binomio, “debemos preguntarnos si una sociedad que no tenía en su núcleo la propiedad de los esclavos pudo dar alguna vez una definición tan rotunda de la libertad individual”: Edith HALL, *Los griegos antiguos*, p. 39.

La definición de “libre”, como aquel “que no es esclavo” es una de las acepciones recogidas hoy por el *Diccionario de la lengua española*, pasando por el derecho romano: Hugo HANISCH ESPINDOLA, “Concepto de la libertad en el derecho romano”, pp. 11-19.

²⁸ CONSTANT, *op. cit.*

²⁹ Cuyo canto del gallo lo dará Solón, cuando destierra la esclavitud por ley y abre a todos la posibilidad de acudir a los tribunales frente a cualquier situación de injusticia: ARISTÓTELES, *Constitución de los atenienses*, p. 43, y en traducción de Antonio Guzmán Guerra, p. 46. También, PLUTARCO, *Vidas paralelas* II, pp. 38-39 y 44-45.

³⁰ Fragmento 94, en la notación de textos presocráticos D-K (Hermann Diels y Walther Franz). “El sol no saltará sobre sus medidas; y si no, las Erinias, guardianas de la Justicia, lo descubrirán”: Fragmento 79 en Agustín GARCÍA CALVO, *Razón común. Edición crítica, ordenación, traducción y comentario de los restos del Libro de Heráclito*, p. 235. “El sol no sobrepasará sus medidas; si no, las Erinias, ministras de la Justicia, lo descubrirán”: Fragmento 52 en Alberto MEDINA y Gustavo FERNÁNDEZ, *Heráclito. Fragmentos*, p. 141.

³¹ Priscila MACHADO MARTINS, “El control constitucional de las leyes en Atenas”, pp. 37-57; Will DURANT, *La vida de Grecia* I, p. 386 (con cita a George Willis BOTSFORD, *The Athenian Constitution*, p. 222).

Para los casos y formas como operaba este control, con amplia bibliografía anglosajona, Federica CARUGATI, *Creating a Constitution Lex, democracy, and growth in Ancient Athens*, pp. 29, 35-36, 69-71 and 92-95. Una bibliografía italiana puede encontrarse en PEGORARO y RINIELLA, *op. cit.*, p. 248.

loponeso (406 a.C.), que, a pesar de salir victoriosos sobre los espartanos, igual fueron ejecutados por no rescatar a aquellos náufragos propios que murieron ahogados. Dicha venganza ilegal, carente de un juicio justo e individual a cada uno de los ocho acusados, con unos jueces llenos de cólera por los familiares percidos, azuzada por Calixeno ante la Asamblea, trató de ser detenida por Euríptolemo –sin éxito– ante el Consejo de los Quienientos mediante un *graphē paranómōn*. Pero allí de nuevo la multitud gritó enfurecida: “Es intolerable que se impida al pueblo hacer lo que quiere”³².

La leyenda cuenta que uno solo permaneció impertérrito contrariando a lo que gritaba la masa, a lo que placía a la voluntad incontrolada y demagógica del “pueblo soberano”: Sócrates³³.

IV

El caso es que esta idea de la ley-logos permaneció a modo de piedra miliar en el mundo hispano, gracias a lo compilado por san Isidoro de Sevilla (¿560?-636) en *Etimologías* en el siglo VII: “si toda ley tiene su fundamento en la razón, será ley todo lo que esté fundado en la razón”³⁴, agregando enseguida:

“La ley será honesta, justa, posible, de acuerdo con la naturaleza, en consonancia con las costumbres de la patria, apropiada al lugar y a las circunstancias temporales, necesaria, útil, clara –no vaya a ser que por su oscuridad, induzca a error–, no dictada para beneficio particular, sino en provecho del bien común de los ciudadanos”^{35,36}.

Y que pregonaría después para toda la Cristiandad santo Tomás de Aquino (1225-1274), en términos tan exactos como favorables a la dignidad y libertad de los seres humanos: “rationis ordinatio ad bonum commune, ab eo qui curam communitatis habet, promulgata”, en la *Suma Teológica* (1-2 q. 90 a. 4)³⁷.

³² JENOFONTE, *Helénicas*, pp. 7, 9-12; LUIS M. MACÍA APARICIO, *El Estado Ateniense como modelo clásico de la Democracia*, pp. 225-231; LETICIA FLORES FARFÁN, *Atenas, ciudad de Atenea*, pp. 258-259; LUCIANO CANFORA, *El mundo de Atenas*, pp. 378-385.

³³ Reza la *Biblia en Sirácida (Eclesiástico)* 7:6-7: “No pretendas ser juez si no tienes fuerza suficiente para reprimir la injusticia, no sea que te acobardes ante el poderoso y pongas en peligro tu rectitud. No ofendas a la asamblea de la ciudad, ni te rebajes ante el pueblo”.

³⁴ San Isidoro de SEVILLA, *Etimologías*, libro V, 3: p. 4.

³⁵ *Op. cit.*, libro V, 3: p. 21.

³⁶ *Op. cit.*, pp. 501 y 507, respectivamente.

³⁷ En santo Tomás de AQUINO, *Suma Teológica*, VI versión, pp. 41-42. De entre los muchos autores que han explicado la teoría de la ley en el Aquinate, véase Zeferino GON-

Que el legislador no es autónomo, quedó plasmado en la *Recopilación de Leyes de España* (1567), que al refundir definiciones procedentes del Fuero Juzgo y del Fuero Real, estableció que la ley “es fuente y enseñanza y maestra de derecho y de la justicia”, bajo apercibimiento de suspensión si incurría en los vicios de obrepción, subrepción o daño irreparable³⁸. Cuánto mejor lo expondría después Andrés Bello, en el sentido de que las leyes, obra de la autoridad,

“solo pueden serles dictadas por la razón, que, a la luz de la experiencia, y consultando el bien común, las deduce del encadenamiento de causas y efectos que percibimos en el orden físico y moral del universo”;

para concluir sosteniendo:

“El ser supremo, que ha establecido estas causas y efectos, que ha dado al hombre un irresistible conato al bien o a la felicidad y no nos permite sacrificar la ajena a la nuestra, es, por consiguiente, el verdadero autor de las leyes, y la razón no hace más que interpretarlas”³⁹.

Con todo, en la contramarcha hacia el subjetivismo, al franciscano Juan Duns Scoto (1266-1308) se le achaca inaugurar el voluntarismo, en cuanto habría proclamado que Dios puede dictar mañana que lo malo es bueno y pasado viceversa, concluyéndose de ello que no hay ley por causa del pecado, sino que hay pecado por causa de la ley. De sus enseñanzas se derivaría que “la creación se explica por voluntad libre divina. Las cosas dependen del querer divino, en cuanto a su existencia y a su esencia”; o que

“lo mandado no es por bondad, sino porque es querido y ordenado por Dios. Si él hubiera querido lo contrario de lo que mandan, hubiera sido también bueno”⁴⁰.

Lo que sí resulta claro es que aquel edificio conceptual greco-cristiano empieza a desmantelarse tras el rescate del *Corpus Iuris Civilis*, hacia fines del siglo XI en Bolonia, dado que el reencuentro con la legislación

ZÁLEZ, *Estudios sobre Filosofía de Santo Tomás*, pp. 486-505. Atinente al “mundo”, al universo de las cosas creadas como un orden, un cosmos y no un caos, *Suma contra Gentiles* II, 39.

³⁸ Javier GONZÁLEZ ECHENIQUE, *Notas sobre algunas definiciones legales de la ley*, pp. 59-62.

³⁹ Andrés BELLO, *Obras completas*, volumen X: *Derecho Internacional*, pp. 11-12. En este sentido (y no confundir con el relativismo) todo es “relativo a un antes, a un después, a un encima, debajo, al lado, cerca, lejos, dentro, fuera. Relativo, sobre todo, a la inevitable cadena perpetua de causas y efectos que todo lo ata”: José Ramón AYLLÓN, *Ética razonada*, p. 17.

⁴⁰ Eudaldo FORMENT, *Historia de la Filosofía II. Filosofía Medieval*, p. 334. Una visión más desarrollada sobre el pensamiento de Juan Scoto (respecto a un Dios que solo puede querer en la *Suma Teológica* I q.15 a.5) en Étienne GILSON, *La filosofía en la Edad Media*, pp. 570-597. Véase del mismo autor *Juan Duns Escoto, Introducción a sus posiciones fundamentales*.

imperial romana –donde la voluntad del Rey es la ley– alentó un, por ese entonces, naciente absolutismo monárquico. El que, a su turno, con el jacobinismo de 1789, es reemplazado por el absolutismo democrático: lo que es justo o injusto, lo que está bien o mal, depende del beneplácito de una declaración de voluntad.

¿Será necesario recordar, además, a Martin Lutero?:

“desde que la novia del demonio, la Razón, esa bella prostituta interviene y se cree que es sabia, y que lo que dice, lo que piensa, viene del Espíritu Santo, ¿quién puede ayudarnos, entonces? Ni los jueces, ni los médicos, ningún rey ni emperador porque [la Razón] es la mayor puta del diablo” (Sermón de 17 de enero de 1546).

Tanto como contribuyeron el Romanticismo y el Idealismo alemán, que a la razón humana sobrepusieron la pasión humana, pero quedando –en ambos casos– la voluntad autónoma del hombre, desvinculada de toda razón superior, como el genio progenitor de cualquier ley o decisión.

V

Si desde Immanuel Kant y Georg Hegel la realidad depende de uno para ser, si el hombre es creador del Universo y a través del lenguaje performativo o actos de habla –se dice– puede alterar las cosas, según avanza esta reseña pronto se comprueba por qué hay quienes le atribuyen a la ley democrática la exorbitante capacidad para decidir –crear– lo que es verdadero, justo y bueno en un momento dado, al paso que en su discusión a los artifices les está vedado invocar cualquier orden fijo natural. Negando que los legisladores puedan remitirse a un principio común, el intelectual de izquierdas Félix Guattari, en *Caosmosis*, insta por eso a abolir el

“arcaizante apego a las tradiciones culturales” y a agenciar las distintas minorías a objeto de modelar una nueva “producción de subjetividad”⁴¹.

Cancelada la metafísica, en la discusión de las leyes políticas –las relativas ni más ni menos que a las bases de la *Polis*⁴²– ahora todo está

⁴¹ Félix GUATTARI, *Caosmosis*, pp. 14 y 22, respectivamente.

⁴² Apodicticamente se objeta que la existencia de un orden natural fijo e inmutable no podría ser argüido al legislar para una sociedad cada vez más cambiante y dinámica: Cfr. Carl J. FRIEDRICH, *La filosofía del Derecho*, pp. 257-271.

Seguro, en un vasto número de casos el contenido de las normas relativas a la vida en común puede ser opinable y objeto de soluciones consensuadas, merced a una cuota importante de libre albedrío o discrecionalidad legislativa. De allí la conveniencia de traer

permitido, menos hacer valer un orden preestablecido, doctrinas comprehensivas o creencias religiosas de rango superior, aún si se discuten los temas más trascendentes y fundamentales⁴³. Es lo que dicta la “democracia deliberativa” de Jürgen Habermas⁴⁴ y John Rawls⁴⁵, tributaria de varias corrientes ideológicas que se engloban dentro de lo que podría denominarse una *Revolución no Logos*⁴⁶: no a lo eternamente verdadero, a los conceptos esenciales ni a considerar los binarios, dado que no hay bien o mal, hombre o mujer, dentro o fuera, persona o animal. Se viene, pues, la constitución viviente, el lenguaje inclusivo, la cultura orientada al cambio y las leyes transitorias, fugaces y contingentes. Como si todo estuviese en permanente recreación y exigido de adecuación: “el derecho es construible, y por tanto deconstruible” remata Jacques Derrida⁴⁷.

Sin márgenes, borrados los límites y las coordenadas, tampoco cabe postular una nítida separación entre sujeto o cosa, en circunstancias que ella sirvió, en efecto, para distinguir al hombre libre del esclavo: a quien debe obedecer la ley de la autoridad por expresar una razón superior, de quien debe acatar la disposición arbitraria del amo. ¿Cuál sería la diferencia de fondo, si ambos por igual deben sumisión a los vaivenes de la voluntad incondicionada e incuestionable de otros? ¿Quién no verá en esta capititudisminución, al libre hecho esclavo? Cosificado y pasible, por ende, de ser confiscado, dentro de un proceso de reificación legal que se vale de una “función social” carente ya de fronteras entre lo tuyo, lo mío o lo nuestro.

a colación la frase atribuida a san Agustín de Hipona: “en las cosas necesarias, unidad; en las dudosas, libertad; en todas, caridad”. Véase Danilo CASTELLANO, *Introducción a la Filosofía Política*, pp. 78-79.

⁴³ El Estado discrecional (*Massnahmenstaat*) sería quien decide qué es lo político y queda al margen de la juridicidad, hasta poder absorber todo y acaparar íntegramente a la sociedad: Ernest FRAENKEL, “Der Doppelstaat”, el Estado discrecional (1941) citado por Simona FORTI, *El totalitarismo: trayectoria de una idea límite*, pp. 69-71.

⁴⁴ De entre la nutrida literatura del autor de la “teoría de la acción comunicativa”, para lo que aquí nos interesa, véase Jürgen HABERMAS, “El Estado democrático de Derecho ¿una unión paradójica de principios contradictorios?”, pp. 433-458. Una crítica general en Juan Fernando SEGOVIA, *Habermas y la democracia deliberativa. Una “utopía” tardomoderna*.

⁴⁵ John RAWLS, *El liberalismo político*. Sobre el “Estado abiertamente socialista” o el “Estado (hiper)keynesiano” a que conduce su doctrina, véase Francisco José CONTRERAS, *La filosofía del derecho en la historia*, pp. 329-333 (Lección 11: “Notas sobre la teoría de la Justicia de Rawls”).

⁴⁶ La activista Naomi Klein, criticando el uso de las marcas comerciales dentro del capitalismo, comenzó titulado su obra de 2000 *No logo* (con minúscula), para años más tarde hablar de *No Logo* (con mayúscula), congeniando con la crítica más profunda de que el problema del modelo “no es el envoltorio sino la sustancia”.

Para la diferencia entre el Dios-Arbitrio y el Dios-Logos, véase del papa BENEDICTO XVI su “Discurso en la Universidad de Ratisbona”, pp. 13-20.

⁴⁷ Jacques DERRIDA, *Fuerza de ley. El fundamento místico de la autoridad*, p. 35.

En este entorno, la duda es hasta qué punto podrá seguir afirmándose que es un principio general de derecho el que la ley “no puede alterar la realidad de las cosas, y que dicha realidad constituye un límite que el legislador no puede sobrepasar”⁴⁸. Si aún –cabe preguntarse– podrían encontrar eco las palabras de Juan Pablo II, vertidas en 1991, cuando la euforia tras la caída del totalitarismo soviético obnubilaba con el triunfo de la democracia, y en *Centesimus Annus* advertía sobre el riesgo de entronizar la hegemonía mayoritaria en desmedro del “Estado de derecho en el cual es soberana la ley y no la voluntad arbitraria de los hombres” (§ 44)⁴⁹.

VI

Qué bien dijo Albert Camus, si con ello quiso referirse a la Revolución francesa:

“Dos siglos de rebeldía, metafísica o histórica, se ofrecen precisamente a nuestra reflexión. Sólo un historiador podría pretender exponer en detalle las doctrinas y los movimientos que en ellos se suceden. Al menos, debe de ser posible buscar en ellos un hilo conductor. Las páginas siguientes –escribía en *El hombre rebelde*– ofrecen tan sólo algunos puntos de referencia históricos y una hipótesis que no es la única posible; dista mucho, por lo demás, de aclararlo todo. Pero explica, en parte, la dirección y, casi por entero, la desmesura de nuestro tiempo”⁵⁰.

Siendo por esto nuestra tesis, que esa revolución de 1789 es la causa en curso que sigue repercutiendo en las cuestiones constitucionales más hondas de la hora actual. Puesto que, si visualizamos que la Historia se desenvuelve por una línea ondulada, formando arcos de circunferencias enlazadas mediante tangencias, veremos que entre los altos (acmé) y los bajos (nadir) aparecen puntos paralelos y a muy corta distancia entre sí. Es decir, lo que una cronología en línea recta hace ver distante, esta línea ondulante estrecha el presente y el pasado; de suerte que acontecimientos como los de 1789-1848-1968 ocurridos en Europa, se observan equidistantes y denotando cuán próximos se hallan con los problemas más actuales⁵¹.

⁴⁸ Sentencia de 7 de noviembre de 1990 de la Corte de Apelaciones de Santiago, dictada por los ministros Mario Garrido, Raquel Campusano y Sergio Guzmán, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 87, p. 182.

⁴⁹ JUAN PABLO II, *Centesimus Annus*, pp. 88-89.

⁵⁰ Albert CAMUS, *El hombre rebelde*, p. 23.

⁵¹ Hasta fines del siglo XVIII, antes de que la Revolución francesa separase de raíz el hoy del ayer (“amnesia modernista” la llama), la gente apenas diferenciaba el presente del pasado

Así, sinuosamente, como si la Revolución no se hubiese consumado por culpa del divorcio aquel del Tercer Estado (la separación entre los pobres *sans-culottes* y la *haute bourgeoisie*), 1789 se hace presente hoy por boca de algunos que buscan completarla en favor del proletariado y de los nuevos discriminados, arrebatándosela a la burguesía⁵². Mientras otros convocan a una nueva síntesis dialéctica que unificaría a los contrarios, conciliando de modo fraternal a quienes integraron en su origen dicho III Estado; aquí no hay disyunción sino cópula, entre la burguesía liberal y el pueblo recompuesto por las noveles minorías activistas o discriminadas⁵³. Ambas corrientes, influyentes desde los orígenes del constitucionalismo moderno, pero operando ahora a escala global, buscan hacer gravitar las leyes políticas sobre el “tener” y el derecho de propiedad, en procura de consolidar el Estado Bienestar o, bien, sobre el “ser” y la consagración de nuevos derechos de identidad, conducentes al advenimiento de un inédito Estado Cultural, capaz de censurar otras percepciones procedentes de la religión, la filosofía o de las propias ciencias⁵⁴.

El problema –se empieza a entrever– radica en que estas definiciones afectan la vigencia efectiva de las libertades que justificaron la restaura-

e, incluso, referían acontecimientos remotos como si estuviesen ocurriendo. Los sucesos siempre se daban a causa de las mismas pasiones y prejuicios ancestrales, por lo que el pasado siempre proporcionó lecciones comparativas: David LOWENTHAL, *El pasado es un país extraño*.

⁵² Calificado como “el más marxista de sus libros”, véase José Luis ROMERO, *El ciclo de la revolución contemporánea*.

⁵³ Para la sustitución del proletariado como sujeto revolucionario por las nuevas minorías demandantes que emergen a fines de la década de 1960: Herbert MARCUSE, *Un ensayo sobre la liberación*. Es la época cuando el autor abandona el pesimismo sobre el futuro de la Revolución –con un proletariado capturado por el capitalismo– que reflejarían sus obras anteriores, *Eros y civilización* (1955) y *El hombre unidimensional* (1964): Ronald W. Davis en Nota Preparatoria a Edward H. CARR, *Qué es la Historia*, pp. 72-73.

Sobre este reencuentro, véase el sugestivo “Prólogo” (1977) de Alan Ryan a la obra de Isaiah BERLIN, *Karl Marx*, pp. 19-32.

⁵⁴ *Weltanschauung* o visión comprensiva del mundo que puede inferirse de las leyes n.º 19 253, de 1993, que abrió los “mapas mentales” a los pueblos indígenas, no obstante haberse solucionado sus problemas de propiedad individual sobre tierras ancestrales (con los DL n.º 2 568 y 2 750, ambos de 1979); la n.º 20 845, de 2015, que impuso la “diversidad” e “inclusión” cultural y de género, así como la apertura a los “puntos de vista alternativos”, en la educación chilena; la n.º 21 030, de 2017, que confirió el derecho a abortar por determinadas causales; la n.º 21 040, de 2017, que creó el Ministerio de las Culturas (art. 1º) y la n.º 21 120, de 2018, que reconoció el derecho a la identidad de género.

Y cómo no ver alguna relación entre los “soviet” ideados por Vladímir Lenin en *Tesis de Abril*, con poder para hacer que las cosas funcionen o fracasen, la posterior socialización e irradiación política de la “democracia participativa” y, a renglón seguido, la legitimación y proyección de los “consejos de la sociedad civil”, que deben ser acogidos en el seno de los entes de la Administración del Estado por imposición de la Ley n.º 20 500 de 2011.

ción del Estado de derecho. Comoquiera que si la implantación de esas formas de Estado presuponen la creación de nuevos derechos, estos han de conllevar sendas obligaciones correlativas, para el Estado y los terceros. Para el Estado que, a pretexto de fomentarlos y hacerlos respetar, verá ensanchadas sus prerrogativas de imposición unilateral por sobre toda la sociedad⁵⁵; para el resto de la gente, que se verá gravada con nuevas obligaciones contributivas para financiarlos, además de acomodar su propia conducta a ellos, y a abstenerse de criticar su despliegue, so pena de ser censurada por discriminación⁵⁶.

¿“Se trata de reivindicar unos derechos desconocidos, es decir, declarar la guerra declarando derechos”?⁵⁷.

VII

Orientados, pues a captar con toda su hondura el nuevo signo de los tiempos para el derecho constitucional, insistimos en que no es aconsejable perderse en las peripecias y despreciar los aspectos metafísicos involucrados. Según prevenía juiciosamente Juan Donoso Cortés en 1851, no hay cuestión política relevante que no derive de una cuestión filosófica, que, a su vez, no revierta en un tema teológico o de cosmovisión⁵⁸; junto con muchos otros como Richard Pipes, en punto a que “las luchas revolucionarias posteriores a 1789 no tienen que ver con la política, sino con la teología”⁵⁹. Lo que para nuestro interés de momento radica en elucidar si, por lo mismo, aquello que hoy se encuentra en disputa no es otra cosa que la pura abolición, el definitivo aniquilamiento, del antes reseñado orden greco-cristiano. Si hemos de prestar oídos –esta es la cuestión– a quienes propugnan consumir su revolución allanando los obstáculos que pudiera oponerle una carta fundamental, al tañido de que “para lograr la

⁵⁵ Encíclica del papa FRANCISCO, *Fratelli tutti*, párrafo 130.

⁵⁶ Roger SCRUTON, *El alma del mundo*, pp. 134-139. Del mismo autor, *Pensadores de la Nueva Izquierda*, pp. 17-35 y 101-113.

⁵⁷ Michel FOUCAULT, *Defender la sociedad*, p. 74.

⁵⁸ Juan DONOSO CORTÉS, en *Ensayo sobre el catolicismo, el liberalismo y el socialismo*, titula así el capítulo I: “De cómo en toda gran cuestión política va envuelta siempre una gran cuestión teológica”, para luego recordar las expresiones usadas por uno de los padres del anarquismo, Pierre-Joseph PROUDHON en su obra *Confesiones de un revolucionario*: “Es cosa que admira el ver de qué manera en todas nuestras cuestiones políticas tropezamos siempre con la teología”.

Otros pensadores siguiendo este método comprensivo en Dalmacio NEGRO, *La tradición de la libertad*, p. 17.

⁵⁹ Richard PIPES, *La Revolución rusa*, Introducción, p. XXIV.

caducidad de un determinado orden jurídico es preciso dirigirse contra la Constitución”⁶⁰.

Donde la cuestión no se suscita con aquellas constituciones cuyos consensos consisten en postergar los disensos, entregando a la legislación futura la remodelación continua de los derechos de las personas y de la propia sociedad, al modo que lo quiso el catedrático socialista Gregorio Peces-Barba para la española de 1978: “establecer una Constitución que configure unas reglas de juego democrático progresivas”, esto es, escrita

“de una manera abierta, flexible y pragmática para que cualquier fuerza política democrática que tenga la mayoría en las elecciones generales y esté llamada a gobernar por su implantación pueda hacerlo, sin sentir a la Constitución como una camisa de fuerza que impida la realización de su programa”⁶¹.

Llegándose de esta forma a una virtual asimilación del *Código Civil* con la Constitución, dado que tanto allá –las partes– como acá –el legislador– podrían actuar autónomamente dentro de un marco amplio, siguiendo los dictados de la propia voluntad⁶².

La cuestión, entonces, en verdad, se produce con aquellas otras Constituciones que, aunque flexibles respecto a ciertas materias al compás de las evoluciones que experimente la comunidad, consagran principios fundamentales que las leyes deben desarrollar y nunca menoscabar, de suerte que pueden valer si son conformes con dicho orden constitucional. Son principios y garantías que de una manera u otra plasman las cláusulas típicas de un Estado de derecho, y que –para mayor seguridad– su alteración no está incluida dentro de las materias propias del dominio legal. Que han querido ponerse a salvo de los vaivenes de la política, pero que –en la práctica– sufren el embate de unas leyes que, aún si no logran erosionarlos cuando son invalidadas en sede jurisdiccional, enseguida se enarbolan para exigir un nuevo texto constitucional.

⁶⁰ Felipe GONZÁLEZ VICEN, *Teoría de la Revolución. Sistema e historia*, p. 44.

⁶¹ Gregorio PECES-BARBA MARTÍNEZ, *La elaboración de la Constitución de 1978*, pp. 25-26. En igual sentido, Miquel ROCA, “Uno de los padres de la Constitución española”, pp. 14-15.

⁶² No se replique que la constitución establece unos “límites” que no están en el *Código Civil*, ya que este también sanciona con la nulidad –por objeto ilícito– cualquier acto o contrato “en todo lo que contraviene el derecho público chileno” (art. 1462). Tampoco puede predicarse que la “dignidad de la persona humana” o la “esencia de los derechos fundamentales” constituirían límites infranqueables para el legislador, en circunstancias que su significado se hace depender de los consensos sociales o de unos siempre volátiles criterios de ponderación.

* * *

No es dudoso que lo anterior corre por el subsuelo de la crisis que en Chile condujo a la LRC n.º 21 200, de diciembre de 2019, dirigida a la aprobación de un nuevo acuerdo o falansterio constitucional. Demostrando así que los efectos revelan sus causas, aún si unos y otras –en nuestro medio– han pasado inadvertidos para alguna corriente dominante del derecho constitucional. Sumida en los textos y precedentes normativos, como si estos –por sí solos– fuesen una categoría irreductible de la realidad⁶³, le han sido ajenas las *kulturkampf* en pugna y los asuntos religiosos, filosóficos y políticos involucrados, ogaño en vías de deconstrucción.

Y si esta es otra cuestión problemática que ha aflorado en la hora actual, será, por tanto, un saber cualificado de las cosas de la ciudad, un *rerum civilium scientia* más integral, el llamado a contraer valor paradigmático en defensa de la juridicidad o para elevar un proyecto ético de resistencia intelectual. Pues, quizá a estas alturas ya no valga imputar exageración a quienes avistan, de un tiempo a esta parte, que en este tipo de controversias constitucionales subyace un cuestionamiento radical a los cimientos mismos de la civilización occidental⁶⁴.

Bibliografía citada

- ALIGHIERI, Dante, *La divina comedia* 5ª ed., Madrid, El Paraíso, Biblioteca de Autores Cristianos, 2015.
- AMAYA, Jorge A., *Control de constitucionalidad y convencionalidad*, Santiago, El Jurista, 2018.
- AQUINO, santo Tomás de, *Suma contra Gentiles*, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1967.
- AQUINO, santo Tomás de, *Suma Teológica*, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 2013.
- ARAGÓN REYES, Manuel, *Constitución y control del poder*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999.

⁶³ Sirva de ejemplo la misma LRC n.º 21 200: que dice haberse “originado” en las siete mociones parlamentarias que individualiza su promulgación, sin que ellas condigan con el texto aprobado y sin mencionar los otros actos que verdaderamente empujaron la elaboración de una nueva Constitución, a saber: la crisis política desatada a raíz de la “grave alteración del orden público” ocurrida a partir del 18 de octubre de 2019, según reza el DS n.º 472, que el mismo día dispuso el Estado de Excepción Constitucional de Emergencia, y el “Acuerdo por la Paz y la Nueva Constitución” suscrito por líderes políticos parlamentarios el 15 de noviembre de 2019.

⁶⁴ Julio RETAMAL FAVEREAU, *Y después de Occidente, ¿qué?*

- ARENDETT, Hannah, *Los orígenes del totalitarismo*, Madrid, Alianza Editorial, 1951.
- ARISTÓTELES, *Constitución de los atenienses*, en Alberto BERNABÉ (ed.), Madrid, Abada Editores, 2005.
- ARISTÓTELES, *Metafísica*, Barcelona, Editorial Gredos, 2014.
- ARON, Raymond, *Democracia y totalitarismo*, Barcelona, Página Indómita, 2017.
- AYLLÓN, José Ramón, *Ética razonada*, 7ª ed., Madrid, Palabra, 2008.
- BELLO, Andrés, *Obras completas*, Santiago, Impreso por Pedro G. Ramírez, 1886, volumen X: Derecho Internacional.
- BENEDICTO XVI, “Discurso en la Universidad de Ratisbona”, en *Cuadernos Ius Publicum*, n.º 2, Santiago, 2013.
- BERLIN, Isaiah, *Karl Marx*, 5ª ed., Madrid, Alianza Editorial, 2018.
- BERNSTEIN, Eduard, *Karl Marx y la reforma social*, Barcelona, Página Indómita, 2018.
- BLOOM, Allan, *El cierre de la mente moderna*, Barcelona, Plaza & Janés Editores, 1989.
- BUENO, Gustavo, *Panfleto contra la democracia realmente existente*, Oviedo, Pentalfa Ediciones, 2020.
- CAMUS, Albert, *El hombre rebelde*, 3ª ed., Madrid, Alianza Editorial, 2017.
- CANFORA, Luciano, *El mundo de Atenas*, Barcelona, Editorial Anagrama, 2014.
- CARR, Edward H., *Qué es la historia*, Barcelona, Editorial Planeta, 2017.
- CARUGATI, Federica, *Creating a Constitution Lex, Democracy, and Growth in Ancient Athens*, New Jersey, Princeton University Press, 2019.
- CASTELLANO, Danilo, *Introducción a la Filosofía Política*, Madrid, Marcial Pons, 2020.
- CONSTANT, Benjamin, *La libertad de los Antiguos frente a la de los Modernos*, Barcelona, Página Indómita, 2020.
- CONTRERAS, Francisco José, *La filosofía del derecho en la historia*, 2ª ed., Madrid, Editorial Tecnos, 2016.
- CORDERO, Néstor Luís, *El descubrimiento de la realidad en la filosofía griega. El origen y las transfiguraciones de la noción de logos*, Buenos Aires, Ediciones Colihue, 2017.
- COULAGES, Fustel de, *La ciudad antigua*, Barcelona, Editorial Iberia, 2000.
- CRUZ VILLALÓN, Pedro, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad. 1918-1939*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987.
- CUBEDDU, Raimondo, *Atlas del liberalismo*, Madrid, Unión Editorial, 1999.
- DERRIDA, Jacques, *Fuerza de ley. El fundamento místico de la autoridad*, 3ª ed., Madrid, Editorial Tecnos, 2018.
- DONOSO CORTÉS, Juan, *Ensayo sobre el catolicismo, el liberalismo y el socialismo*, Madrid, Editorial Nacional, 1978.
- DURANT, Will, *La vida de Grecia I*, 3ª ed., Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 1957.

- EPSTEIN, Richard A., *The dubious morality Administrative Law*, Maryland, Rowman & Littlefield, 2020.
- ESTEVE PARDO, José, *El pensamiento antiparlamentario y la formación del Derecho público en Europa*, Madrid, Marcial Pons, 2019.
- FERNÁNDEZ LIRIA, Carlos, *En defensa del populismo*, Madrid, Catarata, 2016.
- FERRERO, Guglielmo, *Poder. Los genios invisibles de la ciudad*, 2ª ed., Madrid, Editorial Tecnos, 2015.
- FLORES FARFÁN, Leticia, *Atenas, ciudad de Atenea*, México, UNAM, 2006.
- FOUCAULT, Michel, *Defender la sociedad*, 2ª reimpresión, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2001.
- FORMENT, Eudaldo, *Historia de la Filosofía II, Filosofía Medieval*, Madrid, Ediciones Palabra, 2004.
- FORTI, Simona, *El totalitarismo: trayectoria de una idea límite*, Barcelona, Herdel Editorial, 2008.
- FRAILE, Guillermo, *Historia de la Filosofía I, Grecia y Roma*, 13ª impresión, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 2018.
- FRANCISCO, *Encíclica Fratelli tutti*, Ciudad del Vaticano, Librería Editrice Vaticana, 2020.
- FRIEDMAN, Lawrence M., *Introducción al derecho norteamericano*, Zaragoza, Librería Bosch, 1984.
- FRIEDRICH, Carl J., *La filosofía del Derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1964.
- GAMBRA, Rafael, *Historia sencilla de la Filosofía*, Madrid, Ediciones Rialp, 1977.
- GARCÍA CALVO, Agustín, *Razón común. Edición crítica, ordenación, traducción y cometario de los restos del Libro de Heráclito*, 4ª ed., Ciudad Zamora, Ed. Lucina, 2017.
- GARCÍA TORRES, Jesús, “El sistema europeo de control de constitucionalidad: la historia manifiesta la esencia”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 24, Madrid, 1988.
- GARGARELLA, Roberto, “Cinco movimientos de un debate inacabado”, en Roberto NIEMBRO, *La justicia constitucional de la democracia deliberativa*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2019.
- GILSON, Étienne, *Juan Duns Escoto, Introducción a sus posiciones fundamentales*, Pamplona, Eunsa, 2007.
- GILSON, Étienne, *La filosofía en la Edad Media*, 2ª ed., Madrid, Editorial Gredos, 2017.
- GONZÁLEZ, Zeferino, *Estudios sobre Filosofía de Santo Tomás*, Manila, Colegio de Santo Tomás, tomo III, 1864.
- GONZÁLEZ ECHEÑIQUE, Javier, “Notas sobre algunas definiciones legales de la ley”, en *Obra Colectiva, Estudios en honor a Pedro Lira Urquieta*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1970.

- GONZÁLEZ VICEN, Felipe, *Teoría de la Revolución. Sistema e historia*, 2ª ed., Madrid, Plaza y Valdés, 2010.
- GROSSI, Paolo, *L'invenzione del diritto*, Roma, Editori Laterza, 2017.
- GUATTARI, Félix, *Caosmosis*, Buenos Aires, Ediciones Manantial, 1996.
- HABERMAS, Jürgen, “El Estado democrático de Derecho ¿Una unión paradójica de principios contradictorios?”, en *Anuario de DD.HH.*, n.º 2, Madrid, 2001.
- HALL, Edith, *Los griegos antiguos*, Barcelona, Editorial Anagrama, 2020.
- HANISCH ESPÍNDOLA, Hugo, “Concepto de la libertad en el derecho romano”, en *Revista Chilena de Historia del Derecho*, n.º 16, Santiago, 1990.
- HAYEK, Friedrich A., *Camino de servidumbre*, Madrid, Alianza Editorial, 1944.
- IBÁÑEZ, Perfecto Andrés, *Tercero en discordia*, Madrid, Editorial Trotta, 2015.
- JAEGER, Werner, *La teología de los primeros filósofos griegos*, 1ª reimpresión, México, Fondo de Cultura Económica, 2015.
- JENOFONTE, *Helénicas*, traducción de Domingo Plácido, Madrid, Alianza Editorial, 1989, libro I.
- JUAN PABLO II, *Centesimus Annus*, Santiago, Ediciones Paulianas, 1991.
- KLEIN, Naomi, *No Logo*, Barcelona, Editorial Planeta, 2020.
- LAMBERT, Edouard, *El gobierno de los jueces*, Madrid, Editorial Tecnos, 2010.
- LOWENTHAL, David, *El pasado es un país extraño*, Madrid, Ediciones Akal, 1998.
- LUXEMBURGO, Rosa, *Reforma o Revolución*, Madrid, Ediciones Akal, 2019.
- MACÍA APARICIO, Luis M., *El Estado Ateniense como modelo clásico de la democracia*, España, Asamblea de Madrid, 1993.
- MACHADO MARTINS, Priscila, “El control constitucional de las leyes en Atenas”, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, vol. XXXIX, Valparaíso, 2017.
- MAESTRO, Jesús G., *Ensayo sobre el fracaso histórico de la democracia en el siglo XXI*, Pontevedra, Editorial Academia del Hispanismo, 2020.
- MAIR, Peter, *Gobernando el vacío. La banalización de la democracia occidental*, Madrid, Alianza Editorial, 2015.
- MARCUSE, Herbert, *Un ensayo sobre la liberación*, Ciudad de México, Editorial Joaquín Mortiz, 1969.
- MEDINA, Alberto y Gustavo FERNÁNDEZ (eds.), *Heráclito. Fragmentos*, Madrid, Ediciones Encuentro, 2015.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Constitución*, Madrid, Iustel Publicaciones, 2004.
- NEGRO, Dalmacio, *La tradición de la libertad*, Madrid, Unión Editorial, 2019.
- OTTO, Walter F., *Teofonía. El espíritu de la antigua religión griega*, México, Editorial Sexto Piso, 2007.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *La elaboración de la Constitución de 1978*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988.
- PEGORARO, Lucio y Ángelo RINELLA (dirs.), *Derecho constitucional comparado 2. Sistemas constitucionales*, Torino / Buenos Aires, G. Giappichelle Editore /As-trea, 2018, volumen B.

- PIPES, Richard, *La Revolución rusa*, Barcelona, Penguin Random House Grupo Editorial, 1992.
- PISARELLO, Gerardo, *Un largo Termidor*, Madrid, Editorial Trotta, 2012.
- PLATÓN, *Georgias*, traducción de Javier Echeñique, 2ª ed., Santiago, Editorial Universitaria, 2019.
- PLUTARCO, *Vidas paralelas II*, Madrid, Biblioteca Básica Gredos, 2001.
- PROUDHON Pierre-Joseph, *Confesiones de un revolucionario*, Barcelona, Biblioteca Universal de Estudios Sociales, 1925.
- RAWLS, John, *El liberalismo político*, Barcelona, Editorial Crítica, 2019.
- RETAMAL FAVEREAU, Julio, *Y después de Occidente, ¿qué?*, 9ª ed., Santiago, Editorial Arcus, 2020.
- ROCA, Miquel, "Uno de los padres de la Constitución española", en *El Mercurio*, Santiago, 22 de noviembre de 2020, cuerpo D.
- ROMERO, José Luis, *El ciclo de la revolución contemporánea*, 4ª ed., Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1997.
- ROSTOVITZEF, Mikhail, *Historia social y económica del mundo helenístico*, 4ª ed., Madrid, Espasa-Calpe, 1967, 2 volúmenes.
- SÁNCHEZ AGESTA, Luís, *Principios de Teoría Política*, 6ª ed., Madrid, Editora Nacional, 1979.
- SARTORI, Giovanni, *¿Qué es la democracia?*, 2ª ed., Barcelona, Penguin Random House Grupo Editorial, 2014.
- SCHMITT, Carl y KELSEN, Hans, *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: "El defensor de la Constitución" versus "Quién debe ser el defensor de la Constitución" (1929-1933)*, Madrid, Editorial Tecnos, 2009.
- SCRUTON, Roger, *El alma del mundo*, Madrid, Ediciones Rialp, 2016.
- SCRUTON, Roger, *Pensadores de la nueva izquierda*, Madrid, Ediciones Rialp, 2017.
- SEGOVIA, Juan Fernando, *Habermas y la democracia deliberativa. Una "utopía" tardomoderna*, Madrid, Marcial Pons, 2008.
- SEVILLA, san Isidoro de, *Etimologías*, 2ª reimpresión, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 2009.
- SIÉYES, Emmanuel, *¿Qué es el tercer Estado?*, 3ª ed., Madrid, Alianza Editorial, 2019.
- TRAVERSO, ENZO, *¿Qué fue de los intelectuales?*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2014.
- TAJADURA, Javier, "Constitución y democracia en la Unión Europea", en Javier TAJADURA y Josu DE MIGUEL, *Justicia Constitucional y Unión Europea*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.
- VARIOS AUTORES, *Diccionario Ilustrado Latín. Latíno-español / español-latino*, Madrid. Vox, 2009
- WEBER, Max, "La política como vocación", en MAX WEBER, *El político y el científico*, 3ª ed., Madrid, Alianza Editorial, 2018.

Siglas y abreviaturas

a.C.	antes de Cristo
art.	artículo
Cfr.	confróntese
dirs.	directores
DL	decreto ley
DS	decreto supremo
ed.	edición <i>a veces</i> editor
eds.	editores
etc.	etcétera
LRC	Ley de Reforma Constitucional
n.º	número
<i>op. cit.</i>	<i>opus citatis</i> (obra citada)
p.	página
pp.	páginas
ss.	siguientes
STC	Sentencia del Tribunal constitucional
UNAM	Universidad Nacional Autónoma de México
v.	versus
<i>v.gr.</i>	<i>verbi gratia</i>

UNA O DOS CÁMARAS:
¿SIRVE REALMENTE EL SENADO?
PERSPECTIVAS COMPARADAS
PARA EL FUTURO
CONSTITUCIONAL CHILENO

ONE OR TWO CHAMBERS:
DOES THE SENATE REALLY SERVE?
COMPARED PERSPECTIVES
FOR THE CHILEAN CONSTITUTIONAL FUTURE

*Alejandro Lagos Torres**

Resumen

Se analiza el desempeño de los senados en varios parlamentos bicamerales del mundo, considerando en especial las funciones más tradicionales que les son atribuidas, para luego efectuar el mismo análisis respecto del Senado chileno a lo largo de su historia republicana. Se busca explicar si realmente son útiles los senados, para finalmente, en el contexto del nuevo proceso constituyente, determinar si el Congreso chileno debe o no seguir siendo bicameral.

Palabras clave: Senado, bicameralismo, problemas, moderación, reformas.

Abstract

The performance of the Senates in bicameral parliaments of the world is analyzed, especially considering the more traditional functions that are attributed to them, to then carry out the same analysis with respect to the Chilean Senate throughout its republican history. It seeks to explain

* Magíster en Derecho de la Empresa, mención en Derecho Tributario, Universidad del Desarrollo. Máster Universitario en Análisis Económico del Derecho y Políticas Públicas, Universidad de Salamanca. Artículo recibido el 4 de enero de 2021 y aceptado para su publicación el 5 de marzo de 2021. Correo electrónico: af.lagos@udd.cl.

if the Senates are really useful, to finally determine whether in a new Constitution the Chilean Congress should or should not be bicameral.

Keywords: Senate, bicameralism, problems, moderation, reforms.

I. Introducción

En Chile, el Congreso Nacional es el órgano legislativo de la república y punto de encuentro por excelencia, en el cual confluyen las diversas corrientes de pensamiento que se manifiestan en la sociedad, cuyo fin es construir una voluntad común que rija los destinos de nuestra patria. Por tanto, se espera que este Congreso, concebido como punto de encuentro de ideas, sea un lugar de leal deliberación de los representantes de la ciudadanía, y no solo la instancia formal de conteo de votos. Si bien, el nombre estándar del órgano legislativo suele ser “Parlamento”, en los países con regímenes presidenciales es más frecuente denominarlo “Congreso”, sin perjuicio de que en ciertos países se les llame de otra manera, por ejemplo, “Asamblea”¹. Las funciones básicas que suele asumir en mayor o menor medida son legislar, aprobar el presupuesto y controlar al gobierno².

Al examinar realidades de otros países fácil es constatar que no existen reglas o patrones claros para configurar un Parlamento, ni en la forma de generarse, ni en sus atribuciones, ni en cuanto a su duración. Así, por ejemplo, los Parlamentos son fuertes o débiles respecto del Poder Ejecutivo, están conformados por una o dos cámaras, y cuando se trata de un órgano bicameral, las cámaras pueden ser prácticamente idénticas en cuanto a sus atribuciones, o distintas entre sí, en cuyo caso en ocasiones una cámara puede imponerse a la otra bajo ciertas condiciones, en tanto que el periodo senatorial suele ser más largo. En palabras de Giovanni Sartori³, cuando ambas cámaras están a la par en todo lo que se refiere a poder se tiene, entonces, un bicameralismo *perfecto*; pero si el poder entre las cámaras es similar nos encontramos ante un bicameralismo fuerte o *simétrico*; mas si una cámara es muy fuerte respecto de la otra habrá un bicameralismo débil o *asimétrico*, en cuyo caso la segunda solo puede demorar la aprobación de la legislación. Cuando los países tienen un

¹ Diego LÓPEZ GARRIDO, Marcos FRANCISCO MASSÓ GARROTE y Lucio PEGORARO (dirs.), *Derecho constitucional comparado*, p. 559 y ss.

² *Op. cit.*, p. 592.

³ Giovanni SARTORI, *Ingeniería constitucional comparada. Una investigación de estructuras, incentivos y resultados*, p. 199.

Parlamento con dos cámaras ello suele responder a que cada una tiene atribuciones distintas, siendo siempre la Cámara Baja (la de diputados) la que realiza el control político del gobierno, o bien, a que cada una se genera de manera distinta, donde por lo general la Cámara Baja se elige en proporción a la población, mientras que la Cámara Alta (el Senado) representa a los territorios frecuentemente con igual número de escaños para cada entidad territorial (representación paritaria) y con atribuciones especiales en materias territoriales. También suele ser frecuente que el Senado sea elegido en forma indirecta, por ejemplo, por los alcaldes, concejales o consejeros regionales, llegando, incluso, en el caso de Alemania, a estar conformado por representantes de los gobiernos regionales que son por estos mandatados para votar de una determinada manera.

Por el contrario, en Chile no se cumple ninguno de los dos criterios anteriores, ya que ambas cámaras tienen atribuciones similares en materia legislativa, con sutiles diferencias. Por ejemplo, el actuar como cámara de origen respecto de algunos temas específicos, teniendo cada una solo algunas facultades exclusivas en otros ámbitos no legislativos; sin embargo, ambas cámaras se generan en proporción a la población, aun cuando sea mayor la proporcionalidad en la Cámara de Diputados que en el Senado, en tanto que este último no representa a los territorios ni tiene atribuciones exclusivas en temas de relevancia regional, lo que hace que en Chile el Senado sea, en suma, una cámara de “segunda lectura”.

En general, se dice que lo deseable en un parlamento bicameral es que las cámaras no sean idénticas, sino que tengan elementos diferenciadores tanto en su composición como en sus atribuciones e, incluso, que bajo ciertas circunstancias una cámara sea capaz de imponerse a la otra, con el fin de evitar bloqueos legislativos o, peor aún, crisis constitucionales⁴. En términos generales, cuando el Parlamento es bicameral, la Cámara Alta tradicionalmente ha tenido por funciones la representación aristocrática, la representación territorial, ser una cámara de reflexión y mejorar la calidad del trabajo legislativo⁵. Pero, también, se critica la bicameralidad señalando que no es razonable tener dos representaciones distintas del pueblo que, en alguna circunstancia pudiesen estorbarse recíprocamente cuando las mayorías en ambas cámaras no coinciden, siendo frecuente al efecto citar a Emmanuel Sieyès en cuanto a que si las dos cámaras tienen mayorías diferentes se obstruyen, y si son iguales una sobra⁶.

⁴ SARTORI, *op. cit.*, p. 200 y s.

⁵ LÓPEZ, MASSÓ y PEGORARO, *op. cit.*, p. 564.

⁶ Carlos GARRIDO LÓPEZ, *El Senado ante el enigma de la representación territorial*, p. 24, la cita completa es: “Si las dos cámaras van unidas y representan la voluntad popular, una

¿Una o dos cámaras? No hay una respuesta correcta, sino que se trata de una decisión que parece ser adoptada en un momento determinado. De los ciento noventa Estados que en la actualidad se encuentran asociados dentro de la Unión Interparlamentaria, setenta y siete han optado por organizar su institución parlamentaria bajo un modelo bicameral, mientras que los ciento trece restantes han establecido un Parlamento de una sola cámara⁷. Se dice que si en 1961 un 59% de los Estados existentes disponían de dos cámaras, en 1976 el porcentaje se redujo al 46%, y en 1996 bajó hasta el 33%, queriendo mostrar con ello que la tendencia mundial en los últimos tiempos es la eliminación de la segunda cámara⁸. Por su parte, al observar lo que ocurre en especial, en nuestra Iberoamérica⁹, encontramos a nueve países con Parlamento bicameral: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, México, Paraguay, República Dominicana y Uruguay, y a otros diez con Parlamento unicameral, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Perú y Venezuela, es decir, no hay un patrón claro. Llama mucho la atención observar que dos países vecinos e históricamente vinculados, España y Portugal, que incluso tuvieron el mismo rey entre 1580 y 1640, ambos hoy bastante equivalentes, desarrollados, miembros de la Unión Europea y de la OTAN, y que en la actualidad gestionan en conjunto la generación de energía a través del Mercado Ibérico de la Electricidad, son, al mismo tiempo, tan diferentes en cuanto a su organización política: el primero es una monarquía parlamentaria, muy descentralizado bajo la forma del estado autonómico y con un parlamento bicameral; mientras que el otro es una república unitaria y muy centralizada, y con un parlamento estructurado en una sola cámara. La prueba empírica parece mostrar que el Parlamento unicameral se da con mayor frecuencia en países pequeños, aunque esto es solo una tendencia, ya que no existen razones objetivas que expliquen dicha configuración, por lo que tal aseveración no resulta del todo concluyente.

Chile tampoco ha estado ajeno a este debate. Tras la eliminación de la Carta de 1980 de los, en su momento, denominados “enclaves autoritarios”, entre ellos los senadores designados y vitalicios, que conformaron el Senado chileno entre los años 1990 y 2006, igual en los últimos años diversos

sobra; si la otra se opone, entonces no representará la voluntad general, que es lo que el Poder Legislativo”.

⁷ LÓPEZ, MASSÓ y PEGORARO, *op. cit.*, p. 563 y s.

⁸ GARRIDO, *op. cit.*, p. 25.

⁹ Nos referimos con este término a los diecinueve países americanos independientes que tienen por lengua materna el español y el portugués, excluyendo así a Puerto Rico por su estatus de “estado libre asociado” a Estados Unidos.

sectores políticos y de la academia han criticado la actual configuración del Congreso chileno. Se dice que el Senado debe replantearse como una cámara de predominio territorial en el marco de un Estado Regional, poniendo fin a un antiguo problema de inserción de la estructura bicameral del Parlamento en un estado unitario, en que dicho bicameralismo es superfluo o un resabio oligárquico, sin más. A ello se agrega además que, en caso de adoptarse un sistema de gobierno semipresidencial, la Cámara de Diputados debiera sobreponerse al Senado cuando hubiere disparidad en relación con proyectos de ley en trámite por la vía de una insistencia de la Cámara Baja en el proyecto despachado por esta con quórum de mayoría absoluta¹⁰. Se suele agregar, también, además del ya señalado problema de las obstrucciones entre cámaras con mayorías diferentes, que un Congreso unicameral tiene la ventaja de que puede trabajar más rápido en el desempeño de sus funciones, y que, además, un Congreso así configurado es un órgano que demanda menos recursos para trabajar, con lo que, en definitiva, es más barato de mantener para el erario nacional, permitiendo así redireccionar lo ahorrado en el presupuesto de la nación para cubrir otras necesidades de la sociedad.

De lo ya comentado, surgen al menos las siguientes interrogantes: ¿está demás en Chile una de las cámaras del Congreso Nacional? ¿Cómo ha sido el desempeño del Senado chileno a través del tiempo? ¿Tiene suficientes beneficios la existencia de un congreso bicameral por sobre los eventuales problemas que esta configuración pueda presentar? ¿Debería seguir existiendo el Senado en Chile? En este trabajo se intentará responder estas interrogantes, comenzando por una caracterización general de senados del mundo en diferentes épocas, para luego contrastar los datos obtenidos con un repaso general al Senado chileno a lo largo la república. Se emprende este desafío en el contexto del proceso constituyente iniciado tras el plebiscito del 25 de octubre de 2020, intentando que sea la experiencia la que oriente para responder las preguntas aquí planteadas.

II. El Senado como cámara aristocrática

La primera función que se suele atribuir a las cámaras altas a lo largo de la historia es la representación de la aristocracia. En efecto, por diversas razones, los senados suelen tener un aire más “señorial” que la cámara de representación popular, lo que se refleja en que en los siguientes rasgos

¹⁰ Por todos, véase FRANCISCO ZUÑIGA URBINA (coord.), *Nueva Constitución y momento constitucional. Visiones, antecedentes y debates*, p. 186 y s.

característicos: por lo general, sus miembros desempeñan su cargo por un periodo más largo que los de la Cámara Baja, es frecuente que se les exige una edad mínima mayor para ser candidato que a los de la otra Cámara, y en ocasiones, también los electores deben tener una edad mayor para votar a los senadores que en las otras elecciones.¹¹ Además, es frecuente que en los senadores recaigan labores de gobierno o protocolares con preferencia o exclusión de los diputados¹². Así, desde esta perspectiva señorial, suele ser considerado como antecedente remoto de los senados el de la antigua Roma. En un primer momento, solo conformado por patricios que aconsejaban al Monarca, se convirtió –en la república– en el órgano clave de la estructura política, compuesto por unos trescientos miembros representantes de las familias aristocráticas, que tenía entre sus funciones ratificar las leyes votadas por los comicios, aconsejar a los magistrados, dirigir la política exterior, las finanzas y la religión. Con grandes variaciones, tanto en su composición como en sus atribuciones, este senado romano existió más de mil años, entre los siglos VIII a.C. y VI d.C. Sobre la base de esta institución, se desarrolla el origen remoto de lo que después sería la institución parlamentaria, las curias o concilios, que como órganos consultivos colaboraban con los monarcas o príncipes europeos de la Edad Media, pero que solo están integrados por la nobleza y el alto clero feudal, en tanto que su convocatoria y disolución dependen exclusivamente de la voluntad del Soberano convocante.

Habrá que esperar hasta el siglo XIII para que las instituciones conciliares medievales evolucionen y adquieran una cierta corporeidad que las separe del ámbito regio, al tiempo que se incorporan “representantes” de otros cuerpos del reino, como caballeros agrarios, mandatarios de ciudades o villas, etc.¹³. Así, se dice que el primer antecedente de una asamblea realmente estamental con representantes “populares”, aunque aún con fuerte presencia aristocrática, es la convocatoria realizada por el rey Alfonso IX a la Curia Regia del reino de León en 1188. En ese momento, si bien la representación no tenía origen electivo y se basaba en la desigualdad jurídica de los súbditos, en contrapartida se debe destacar que estas asambleas de representantes sí lograron detentar una cierta capacidad

¹¹ Este último es el caso de Italia, donde pueden ser candidatos a diputado los ciudadanos mayores de veinticinco años, siendo elegidos por sufragio universal directo (art. 56), en cambio, para ser candidato a senador se requiere tener cumplidos cuarenta años de edad y son elegidos por los electores que hayan cumplido veinticinco años (art. 58).

¹² Por ejemplo, en Chile, según las reglas de subrogación del Presidente electo y del Presidente de la República, el presidente del Senado tiene preferencia para subrogar por sobre el presidente de la Cámara (arts. 28 y 29).

¹³ LÓPEZ, MASSÓ y PEGORARO, *op. cit.*, p. 561.

decisoria sobre los asuntos de sus respectivos reinos. Más adelante, las monarquías constitucionales vieron en el bicameralismo razones de tipo prácticas para adoptar esta modalidad parlamentaria, puesto que quienes ocupaban los escaños ya no representaban los intereses de los estamentos próximos al Monarca, poniendo así eventualmente en peligro los intereses del gobierno. Por lo anterior, se encontró como mejor forma de moderar el ímpetu transformador la clásica receta “*divide et impera*” (divide y vencerás), con lo cual el bicameralismo apareció como una solución casi natural de resistencia de las viejas élites, recogiendo así la misma nueva lógica constitucional proveniente de la ilustración de establecer frenos y contrapesos al ejercicio del poder¹⁴.

Dentro de los parlamentos contemporáneos resulta muy interesante considerar el típico ejemplo de una cámara de origen no democrático y surgida como una cámara aristocrática, la Cámara de los Lores del Parlamento británico, cuya composición, por una parte, revela de modo incuestionable su carácter anacrónico en una democracia representativa moderna, pero también sirve para ilustrar la evolución de las cámaras altas en los sistemas parlamentarios. Su tamaño, de casi ochocientos miembros, es grande, aunque variable y mayor que el de su par de la Cámara de los Comunes o cámara baja, de elección popular que se compone de unos seiscientos cincuenta miembros. La Cámara Alta está integrada por dos grandes grupos: los lores “temporales” y los lores “espirituales. Los primeros, son miembros vitalicios y unos pocos de ellos hereditarios, que incluyen a intelectuales de gran prestigio, científicos de renombre, hombres de negocios destacados, todos ellos nombrados por el Rey, quien es, a su vez, asesorado por el Primer Ministro. Los segundos, un grupo de arzobispos y obispos destacados de la Iglesia anglicana. Además, hasta antes de la creación de la Corte Suprema del Reino Unido en 2005 (en vigencia desde 2009), integraban también esta cámara un grupo de lores que conocían los recursos contra sentencias civiles y criminales de las Cortes a través del “Appellate Committee”, razón por la cual le correspondió en 1999 pronunciarse en apelación contra la decisión del Tribunal Superior de Londres sobre la inmunidad diplomática del general Augusto Pinochet¹⁵. Si bien la Cámara de los Lores fue concebida en sus inicios como la asamblea de los sabios del Reino Unido, es un hecho que ha perdido todo su poder político desde mediados del siglo XIX. En efecto, en 1832 se reformó el sistema electoral mejorando la representatividad en la Cámara de los Comunes, asignando más escaños a las áreas industriales, dejando

¹⁴ GARRIDO, *op. cit.*, p. 22.

¹⁵ Philippe FOILLARD, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, p. 125.

en cierto modo a los lores subordinados a los Comunes¹⁶, mientras que las Parliament Act de 1911 y 1949 terminaron por disminuir en definitiva el poder de la Cámara Alta, pues en virtud de la primera se excluyó a los lores de la tramitación de las leyes financieras y presupuestarias, de manera tal que estas leyes entrarán en vigor un mes tras su aprobación por los Comunes, cualquiera que sea la actitud adoptada por los lores¹⁷, al tiempo que reducía a solo dos años su potestad de veto suspensivo para el resto de la legislación, en tanto que con la segunda se redujo este veto solo a un año¹⁸. A su vez, el gobierno solo es responsable políticamente ante la Cámara de los Comunes, a lo que debe agregarse como costumbre constitucional la práctica de que la Cámara de los Lores no hace oposición al programa de gobierno, una especie de autocontrol en virtud del cual esta se compromete a no rechazar en segunda lectura ningún acto legislativo aprobado por los Comunes en cumplimiento del programa electoral del partido en el gobierno.

Se dice que el Parlamento británico constituye la institución que sintetiza con armonía el conjunto de conquistas democráticas obtenidas con el paso del tiempo¹⁹, desde un comienzo a todas luces aristocrático, al absoluto predominio de la cámara de representación popular. Si bien es cierto que la existencia de una cámara que no es elegida por la ciudadanía no se aviene con el principio democrático, aun así la Cámara de los Lores sigue existiendo en nuestros días, aunque muy menguada en sus atribuciones, pero a pesar de esto, persisten las críticas en cuanto a su razón de ser ¿Para qué sirve hoy la Cámara de los Lores? ¿Se justifica en nuestros días esta cámara aristocrática? No obstante las fuertes restricciones que ya se han apuntado, lo cierto es que esta cámara, al poder retardar la aprobación de una ley por un año, transcurrido el cual los Comunes pueden hacer entrar en vigencia el proyecto vetado, y al no poder controlar políticamente al gobierno sino por la vía de formularle consultas, en los hechos el uso de estas herramientas es verdad que permite un debate más profundo y menos apasionado respecto de las contingencias. Lo anterior, como consecuencia de que la Cámara de los Lores es una cámara de expertos dotados de una preparación técnica mucho más elevada que la que suelen tener los Comunes, así como también el hecho de que se trate de una cámara más alejada de la política partidista, contribuye a que en ella se den las condiciones

¹⁶ Pilar CHÁVARRI SIDERA e Irene DELGADO SOTILLOS (coords.), *Sistemas políticos contemporáneos*, p. 65.

¹⁷ FOILLARD, *op. cit.*, p. 125.

¹⁸ CHÁVARRI y DELGADO, *op. cit.*, p. 78.

¹⁹ *Op. cit.*, p. 74.

para llevar a cabo una mayor reflexión²⁰. Desde este punto de vista, da la impresión que la Cámara de los Lores sí puede constituir un aporte significativo para mejorar la calidad del trabajo del Parlamento británico, y en este sentido no pareciera generar por cámara “aristocrática” a esta asamblea compuesta por “los notables” del Reino Unido, los más preparados, sin que ello tenga relación alguna con una vieja cámara generada sobre la base de títulos de nobleza, y que, además, solo cumple las funciones de un órgano consultivo, cuyos dictámenes no son vinculantes para la cámara de representación popular, pero que aporta mayor reflexión y menos influencia partidista. Más adelante se hará referencia a otros parlamentos que en la actualidad también se componen de senadores designados.

III. El Senado como cámara de representación territorial

La segunda función que desde siempre ha sido atribuida a los senados es la de ser la cámara de “representación territorial”, noción indisolublemente relacionada con el concepto de “forma del Estado”, y en especial con los Estados estructurados de manera compuesta. Se entiende por forma del Estado o “tipo de Estado” la manera jurídica en que se distribuye el poder estatal a lo largo del territorio, reconociéndose en general por la doctrina que la forma del Estado moderno puede ser compuesta o unitaria, atendiendo a la existencia o ausencia de entes autónomos dentro de la ordenación territorial del Estado²¹. Si bien, es clara la diferencia entre un estado unitario y un estado federal (“compuesto”), no lo es tanto la diferencia entre el estado regional y los otros dos modelos, por encontrarse a medio camino entre ambos. La distinción entre modelos se complica más, considerando que la organización del Estado varía mucho de país en país, resultando casos en que un estado cuya Constitución lo define como federal tiene menos niveles de descentralización que otros Estados regionales o unitarios^{22, 23}.

²⁰ FOILLARD, *op. cit.*, p. 125.

²¹ LÓPEZ GARRIDO, MASSÓ GARROTE y PEGORARO, *Op. cit.*, pp. 379 y ss.

²² Por ejemplo Austria, Irak y Venezuela se definen como estados federales, pero presentan niveles de descentralización mucho menores que España, que no obstante ser caracterizada como un estado regional, es uno de los países más descentralizados del mundo.

²³ Nótese además que en la Constitución francesa de 1958 el capítulo que trata del gobierno y administración interior se denomina “*De las Colectividades Territoriales*”, lo cual denota todo un cambio de paradigma, pues se construye la descentralización considerando a las regiones como entidades con identidad, características y competencias propias, al igual que las *Comunidades Autónomas* de la Carta española de 1978, y no simples divisiones administrativas interiores.

A grandes rasgos, en un *Estado Unitario* hay un solo centro de poder, un solo gobierno, un solo ordenamiento jurídico, un solo poder judicial, siendo las provincias simples divisiones administrativas. Aunque lo anterior, no obsta a que en esta forma jurídica se den diversos grados de desconcentración y de descentralización. Este es el caso de Chile y de la mayoría de los países iberoamericanos. En el *Estado Regional* las regiones tienen personalidad jurídica y patrimonio propios, ejercen competencias propias con autonomía del gobierno central, parte de su presupuesto lo genera la propia región, y lo más importante, la región puede legislar (tiene Parlamento propio). Es, por ejemplo, el caso de España e Italia. En Francia, en cambio, las regiones, no obstante tener muchas competencias propias, no tienen potestad legislativa, por lo que se trataría más bien de un Estado unitario altamente descentralizado. Por último, el *Estado Federal* se trata de un Estado formado por varios otros Estados, donde además de la Constitución Federal, cada uno tiene su propia Constitución. En general, todos los estados federados tienen iguales competencias, suelen estar representados en forma paritaria en un senado con atribuciones privativas en materias territoriales y, además, toda modificación a la Constitución federal debe ser aprobada por los Estados federados. Se puede observar que el carácter federal no se refiere a la cantidad de sus competencias propias, sino a la forma en que se ejercen dichas competencias. Es este el caso, por ejemplo, de Estados Unidos y Alemania. Nótese que España, a pesar de ser uno de los Estados más descentralizados del mundo, no tiene forma federal²⁴, porque no todas las Comunidades Autónomas tienen las mismas atribuciones, no intervienen en la reforma de la Constitución, y el Senado casi no tiene atribuciones privativas en materias territoriales. En lo que a nuestro país se refiere, el art. 3º de la Carta de 1980 señala que en Chile la forma del Estado es *unitaria*, y que su sistema de administración tiende a la descentralización regional, por tanto, en Chile las regiones no legislan, y sus presupuestos aún los obtienen mayormente de la distribución que efectúa cada año la ley de presupuesto.

La clásica función de representación territorial se encuentra en el intento de que la Cámara Alta sea la que canalice las inquietudes de la población que habita zonas específicas del país y, en este sentido, el origen de esta concepción es claramente el Estado federal, presentándose como los clásicos ejemplos Estados Unidos y Alemania. En el caso estadounidense, para el diseño del Congreso en la Constitución de 1789 se pensó en la Cámara de Representantes como la expresión del poder

²⁴ Por su alto grado de descentralización, se dice que el “Estado Autonomico” español sería un híbrido entre el Estado regional y el federal.

del pueblo “en su unidad” en forma proporcional a la población, siendo, por tanto, reflejo de un gobierno nacional y no federal. Por el contrario, se pensó que el Senado recibe su poder de los Estados, como sociedades políticas iguales, estando representados en su seno conforme al principio de igualdad (dos senadores por Estado), y no de proporcionalidad, manifestándose aquí el gobierno federal y no nacional. Así, tanto el pueblo como los Estados participarían en el proceso de formación de la voluntad nacional, equilibrándose las facultades de ambos. Posteriormente, por idénticas razones, se configuraron así la Cámara de los Cantones suizos (1848), el senado canadiense (1867), el Consejo Federal de la Constitución de la Unidad Alemana (1871) y el senado australiano (1900), con lo cual se consideró este bicameralismo de base territorial en un rasgo distintivo de los Estados federales²⁵. Pero más interesante aún es el caso alemán, ya que la Constitución de 1949 configura una Cámara Alta, el *Bundesrat*, compuesta por representantes de los gobiernos de los *Länder*, que son los Estados miembros de la federación, lo cual permite que sean los gobiernos de los territorios quienes concurren a la formación de la ley expresando los puntos de vista de los respectivos órganos ejecutivos locales, que son quienes en lo inmediato tienen la carga de implementar la normativa emanada del Parlamento. Entonces el *Bundestag*²⁶ es la cámara que representa a la población nacional en forma proporcional, mientras que el *Bundesrat*²⁷ es una asamblea conformada por representantes de los gobiernos de los territorios que integran la federación, eligiéndose de tres a seis representantes por *Land* según el tamaño de la población de cada uno, teniendo estos representantes un mandato imperativo del gobierno del *Land* que representan, por lo que deben votar todos en bloque, pero, a su vez, teniendo esta Cámara la singularidad de que, si bien como en todo sistema parlamentario la Cámara Baja puede imponerse bajo ciertas condiciones a la Cámara Alta²⁸, existe disperso en la Constitución un conjunto de materias de importancia territorial que requieren sí o sí la aprobación de *Bundesrat* para ser ley (tiene poder de veto).

La configuración del actual Parlamento alemán, con esta curiosa Cámara Alta, responde a una larga y peculiar tradición germana que se remonta a la Dieta del Sacro Imperio romano-germánico, que estaba integrada por representantes de los gobiernos de los Estados miembros, manteniéndose dicha estructura en las Constituciones de los Estados que

²⁵ GARRIDO, *Op. cit.*, p. 23.

²⁶ Art. 38 y ss. de la Constitución alemana.

²⁷ Arts. 50 y ss. de la Constitución alemana.

²⁸ Arts. 77 y 78 de la Constitución alemana.

le sucedieron²⁹. Se debe hacer presente que este Imperio no es asimilable a los Estados modernos, y nunca logró romper la obstinada vocación regional de sus territorios miembros, por lo cual, cuando finalmente se disolvió, por varios años parte de sus Estados miembros se mantuvieron vinculados bajo la forma de una confederación. La principal característica de esta forma germana de organización política consiste en que la ejecución de la legislación, sea federal o territorial, es siempre de competencia de los países miembros, sin que exista como principio una administración federal. Y lo anterior es sin perjuicio de que con frecuencia, ciertos Estados miembros conservaban ciertas competencias propias, por ejemplo, sus propios ejércitos, sus propios impuestos, o su propia red ferroviaria, configurando así un modelo germánico de federalismo “asimétrico”, en contra del principio de la simetría, regla general del federalismo, en cuanto a las atribuciones de los Estados federados. En consecuencia, tanto la Constitución de Weimar de 1919 como la Constitución Federal de 1949 respetaron los caracteres propios de organización de sus territorios, aunque la inspiración final para el establecimiento de una nueva Alemania Federal, tras el fin de la Segunda Guerra Mundial, provino del temor de los aliados a una Alemania centralizada y unitaria, como lo fue en la época nazi, así como también la fuerte influencia de la organización territorial traída desde Estados Unidos y Suiza por los exiliados que retornaban a su patria. El punto de partida de la nueva organización lo darían entonces los *Länder* preexistentes, de tal modo que la federación debía constituirse a partir de la existencia de unos “países” ya dotados de una estructura estatal completa^{30, 31}.

Merece también una especial mención el caso de la Unión Europea, que también tiene su Poder Legislativo estructurado en dos cámaras, aun cuando esta entidad no se trate en propiedad de un Estado compuesto. En efecto, se ha discutido con amplitud la naturaleza jurídica de la Unión Europea, concluyendo la doctrina que se trata de una naturaleza *sui generis* estructurada sobre la base de tratados internacionales entre Estados plenamente soberanos, pero cuya letra y espíritu manifiesta una inequívoca voluntad de emprender un proceso de integración gradual, pero irreversible,

²⁹ Manuel MARTÍNEZ SOSPEDRA, “El Senado reformado: ¿cámara o concejo? (o por qué no es procedente el Bundesrat como modelo)”, p. 76 y ss.

³⁰ MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 79.

³¹ Señala la Constitución alemana: “El ejercicio de las competencias estatales y el cumplimiento de las funciones estatales competen a los Länder siempre que la presente Ley Fundamental no disponga o admita una disposición en contrario” (art. 30), que “Los Länder poseen el derecho de legislar en tanto la presente Ley Fundamental no lo confiera a la Federación” (art. 70 inciso 1º) y que “Los Länder ejecutarán las leyes federales como asunto propio, salvo que la presente Ley Fundamental determine o admita otra cosa” (art. 83).

que podría llevar en un futuro a una unión política, es decir, a la creación de una entidad supranacional regida por una constitución propia, lo que la alejaría absolutamente de las organizaciones internacionales para alinearse con los Estados regidos por las normas del derecho constitucional³². En consecuencia, el derecho de la Unión Europea, aunque haya surgido de los tratados fundacionales de la Comunidad Económica Europea, es derecho interno de la Unión³³, y no derecho internacional, lo cual lleva a concluir que, si bien la denominación “Unión Europea” sugiere un mayor grado de integración del alcanzado en realidad, se encuentra aún a medio camino de ambos extremos: ni es una organización internacional (y por ello no se rige por el derecho internacional), ni es un estado federal (fundado en una Constitución), razón por la cual la interpretación y aplicación de las normas comunitarias han requerido la creación de nuevos criterios que sean funcionales a este especial ordenamiento jurídico. Y es en este contexto –una agrupación de Estados soberanos que tiende a la plena integración– que el Poder Legislativo de la Unión es ejercido por dos asambleas sobre la base de un complejo sistema de quórum³⁴. En primer lugar, el “Parlamento Europeo”³⁵, que tiene la peculiaridad de que, no obstante ser un órgano de una organización internacional, sus integrantes son elegidos directamente por los ciudadanos de los Estados miembros³⁶, por lo que se trataría de una cámara que representa a la población de la Unión. La segunda asamblea, el “Consejo”,³⁷ está compuesto por un representante de cada Estado miembro, con rango ministerial, facultado para comprometer al gobierno del Estado miembro al que representa y para ejercer el derecho de voto, constituyendo, por tanto, una especie de cámara que representa a los gobiernos de los Estados miembros, en términos similares a la representación territorial que efectúa el *Bundesrat* alemán.

Sin embargo, surge una duda: ¿existe, en verdad, una “representación territorial”? Ante esta interrogante vuelve, como es obvio, a la palestra la tesis de Emmanuel Sieyès en cuanto a que si las dos cámaras tienen mayorías diferentes se obstruyen y si son iguales una sobra. Y más aún: ¿es

³² Josep María JORDÁN GLADUF y Cecilio TAMARIT ESCALONA (coords.), *Economía de la Unión Europea*, p. 52 y ss.

³³ Este derecho interno de la Unión tiene efecto directo e inmediato sobre los Estados miembros, llegando, incluso, a desplazar las normas constitucionales nacionales.

³⁴ Si se tratara de derecho internacional o de una confederación, las decisiones se adoptarían por unanimidad.

³⁵ Art. 14 del Tratado de la Unión Europea.

³⁶ Joaquín ALCAIDE FERNÁNDEZ y Rafael CASADO RAIGÓN (coords.), *Curso de Derecho de la Unión Europea*, p. 127.

³⁷ Art. 16 del Tratado de la Unión Europea.

conciliable con el principio democrático que una de las cámaras no represente a la población? Es evidente que no sirve el solo declarar la existencia de una supuesta “representación territorial”, sino que esta debe probarse.

Se ha dicho que el Estado federal, a diferencia del Estado unitario, se compone de dos elementos, el pueblo en su conjunto y el conjunto de Estados particulares, o dicho en términos más democráticamente comprensibles, el pueblo considerado como un todo y el pueblo repartido en colectividades públicas distintas unas de otras. Por tanto, la representación atribuida a las segundas cámaras sería, de este modo, distinta de la representación general y unitaria de la población presente en las primeras cámaras, y el territorio operaría entonces como la delimitación espacial de sujetos políticos concretos que se incorporan en cuanto tales al proceso de la voluntad general del Estado³⁸. Este planteamiento fue recogido por el Consejo de Estado español en 2006 en un informe elaborado para el análisis de una futura reforma al Senado. Por tanto, lo que en concreto estaría representado en cada una de las cámaras serían los ciudadanos en su doble condición de miembros de una comunidad política única y, a su vez, de una comunidad política acotada en su territorio. Así, la representación compuesta a través de ambas cámaras matizaría y compensaría la fuerza decisoria de la unidad del pueblo federal con su composición territorial plural³⁹, debiendo con ello descartarse, al menos de manera preliminar, que la representación territorial lo sea, en efecto, del “territorio”.

Pero esto conduce a otra problemática: ¿cómo conformar una auténtica cámara de representación territorial? Para algunos, la representación territorial solo es posible si las entidades territoriales tienen igual número de escaños; en tanto, otros postulan que es posible una distribución asimétrica de escaños. Y mientras unos señalan que esta representación solo se consigue mediante la designación de los senadores por los gobiernos territoriales; otros defienden que se logra a través de la elección directa de los ciudadanos o la indirecta por las asambleas legislativas regionales⁴⁰. Lo interesante del modelo del *Bundesrat* es que, al ser sus miembros representantes de los gobiernos regionales, se obtiene la ventaja de que las regiones participen en la elaboración de la ley nacional, en primer lugar, porque les afecta, obvio, pero también porque debe ser administrada por las autoridades regionales, entiéndase “la ejecución”⁴¹, no obstante, pueda argumentarse en contra que con este modelo se diluye el poder de in-

³⁸ GARRIDO, *op. cit.*, p. 72.

³⁹ *Op. cit.*, p. 74.

⁴⁰ *Op. cit.*, p. 75.

⁴¹ MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 86.

fluencia del ciudadano elector, ya que el gobierno regional responde a la lógica de un partido o coalición gobernante que envía sus representantes a la Cámara Alta, y con ello no habría proporcionalidad posible en el grupo de representantes. Se trataría en tal caso de una representación monocolor, y por esta razón es que sería preferible la elección directa por parte de la población, o indirecta en forma proporcional por parte de los parlamentos regionales respetando la correlación de fuerzas en ellos existentes, como ocurre en el caso del Senado español en que, alrededor de cuatro quintos de los senadores son de elección popular y el quinto restante es designado por las asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas⁴².

Pero se dice también que el *Bundesrat*, como su nombre en alemán lo indica, es un *Rat* (consejo), y no un *Tag* (dieta o “cámara”), es decir, el *Bundesrat* o Consejo Federal no es, en realidad, una asamblea o cuerpo representativo, sino un órgano intergubernamental y, en consecuencia, no sería una cámara de representación territorial por no ser una cámara⁴³. Por tanto, el *Bundesrat* no es propiamente un senado, en tanto que su naturaleza de órgano de la federación se desprende del estar así establecido por la Constitución Federal Alemana y no por el ordenamiento jurídico de los respectivos *Länder*. Por otra parte, también se dice que en los Estados compuestos la segunda cámara no funciona como cámara territorial, puesto que la representación no se articula, en esencia, de manera que adquieran voz propia las diversas partes territorialmente diferenciadas de la comunidad política única, sino que reproduce la misma dinámica partidista de la primera cámara, con lo cual la supuesta representación especial carece de especificidad territorial y deviene representación política medida por partidos⁴⁴. Dicho de otra manera, los senadores tienden a formar bancada y a actuar agrupándose en torno a los partidos políticos a los que pertenecen, y no sobre la base de los territorios que representan. Es evidente que esto debe matizarse respecto de los países que tienen partidos regionales fuertes, como podría ser el caso español, los partidos vascos y catalanes, pero la regla general suele ser la contraria, esto es que los partidos fuertes sean los nacionales, lo cual tiende a anular el actuar parlamentario con base territorial. En definitiva, en los Estados compuestos la participación efectiva, la integración de intereses territoriales en la normativa general y la gobernabilidad no depende tanto de los instrumentos normativos o institucionales como sí depende de la

⁴² Art. 69.5 de la Constitución española.

⁴³ MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 75.

⁴⁴ Carlos GARRIDO LÓPEZ y Eva SAENZ ROYO, “Razones para plantear la supresión del senado”, p. 61.

dinámica política, fundamentalmente del sistema electoral y del sistema de partidos en los diversos niveles de gobierno, sobre todo, en cuanto al desempeño de los partidos regionales^{45,46}. Por esta razón, se dice que tanto el Senado estadounidense como el *Bundesrat* alemán son, más bien, un residuo histórico que poco aporta a la estructura federal y es muy difícil que puedan ser considerados, por su falta de funcionalidad propia, como esencia del Estado federal⁴⁷. Como se verá más adelante, este fenómeno también ha sido bastante discutido en España.

Se concuerda con la tesis de que la representación territorial, como tal, no existe, sino que siempre será la población la que ha de ser representada, al tiempo que es difícil imaginar una voluntad propia del “territorio”, independiente de la actividad partidista. En definitiva, no cabe representación territorial que no sea representación política, ni existe representación política sin dimensión territorial. De ahí, surge la estéril circularidad de un debate cargado de nominalismos⁴⁸. Pero sin perjuicio de lo anterior, tampoco puede perderse de vista que toda la crítica analizada está construida en un contexto de Estados compuestos con regímenes parlamentarios, en tanto que Chile es una república unitaria, gobernada con un régimen presidencialista, y con un sistema de partidos muy fragmentado en la actualidad, por lo que no procede reproducir sin más en Chile lo que se dice de los senados en los Estados compuestos.

IV. El Senado como cámara generalmente subordinada

En los parlamentos bicamerales, para que los proyectos de ley adquieran fuerza obligatoria, es necesario que sean aprobados en términos idénticos por ambas cámaras, lo cual configura lo que se conoce como el principio de la “doble lectura”. En términos generales, los proyectos de ley pueden comenzar en cualquiera de ellas, denominándose “Cámara de Origen” en la cual se inicia la tramitación del proyecto de ley, en tanto que la otra se denomina “Cámara Revisora”. En el caso de que la cámara revisora introduzca modificaciones o indicaciones al proyecto aprobado por la primera, se le considera cámara de origen respecto de ellas. Por consiguiente, el hecho de que al Senado se le suela denominar como una cámara “de segunda lectura” significa que la ley se tramitará según el principio

⁴⁵ GARRIDO y SÁENZ, *op. cit.*, p. 63.

⁴⁶ GARRIDO, *op. cit.*, p. 108.

⁴⁷ Eva SÁENZ ROYO, *Desmontando mitos sobre el estado autonómico*, p. 64.

⁴⁸ GARRIDO, *op. cit.*, p. 76.

de la “doble lectura”, esto es, que la cámara de origen y la revisora deben votar el proyecto en términos idénticos, y no como pudiere pensarse que el Senado hará siempre la segunda lectura. Por excepción, puede existir un catálogo de materias que la Constitución ordena que sean conocidas en primera lectura por una cámara específica, por lo cual respecto de dichas materias será siempre cámara de origen aquella que la Carta Fundamental indica. Por ejemplo, en Chile las leyes con incidencia presupuestaria tienen origen en la Cámara de Diputados; en tanto, las leyes de amnistía tendrán origen en el Senado. La importancia de establecer a cual le corresponde la primera lectura radica en que solo una vez que dicha cámara haya aprobado el proyecto, este pasará a la cámara revisora para efectuar la segunda lectura. Por consiguiente, a la que le corresponda efectuar la primera lectura tiene el poder de paralizar la tramitación de ley y, además, para este evento en que el proyecto no es aprobado por la cámara de origen, suele establecerse un plazo durante el cual el proyecto no podrá ser presentado nuevamente al Parlamento a tramitación. A su vez, si no logran consensuar un único texto que pueda ser votado por ellas en términos idénticos, es frecuente que se contemplen mecanismos que permitan destrabar el desacuerdo generado, evitando, de esta manera, eventuales bloqueos legislativos. Como ejemplos de estos mecanismos de desbloqueo, se señalan: la posibilidad de que una comisión mixta paritaria entre miembros de ambas cámaras proponga un texto de consenso, o la posibilidad de que, mediante quórums reforzados, una pueda imponerse a la otra, pero sin perjuicio de que se establezcan catálogos de materias que de todas formas requieran la aprobación de una de ellas para convertirse en ley, como es el caso del *Bundesrat* en materias de incidencia sobre los *Länder*.

El problema de los bloqueos legislativos entre las cámaras ha sido muy estudiado en países que tienen parlamentos bicamerales insertos en regímenes parlamentarios, en los cuales la regla general suele ser que, bajo ciertas circunstancias, muchas veces tras fracasar una comisión mixta, la Cámara Baja pueda imponerse al Senado a condición de aprobar su proyecto con un quórum reforzado. Así ocurre, por ejemplo, en Alemania⁴⁹, Francia⁵⁰ y España⁵¹, pues se razona sobre la base de que la Cámara Baja goza de mayor legitimidad por ser en la que se origina de la voluntad ciudadana⁵², y es por esta razón que el control de la responsabilidad política

⁴⁹ Art. 77 de la Constitución alemana.

⁵⁰ Art. 45 de la Constitución francesa.

⁵¹ Art. 90 de la Constitución española.

⁵² Éric SALES, *Le droit constitutionnel de la V^e République*, p. 75.

del gobierno en los regímenes parlamentarios suele recaer exclusivamente en la cámara de representación popular⁵³. Lo anterior es sin perjuicio de otras frecuentes atribuciones de la Cámara Alta, por ejemplo, nombrar por sí misma a ciertos altos funcionarios y presentar requerimientos al Tribunal Constitucional. Pero, desde otro punto de vista, si bien en Alemania y Francia existe un parlamento bicameral asimétrico moderado, por cuanto la Cámara Alta sí puede imponerse en ciertos casos a la otra cámara⁵⁴, en España, por el contrario, se encuentra un bicameralismo del todo asimétrico, donde el Senado se encuentra muy subordinado a la Cámara Baja, ya que solo cuenta entre sus pocas atribuciones autorizar el uso de la “vía coactiva federal” del art. 155, por la cual se obliga a las instituciones autonómicas, ante situaciones de especial gravedad, a obedecer directamente al gobierno nacional, solo utilizada a la fecha una vez contra Cataluña en 2017, y efectuar la primera lectura⁵⁵ para la autorización de convenios entre Comunidades Autónomas (art. 145.2) y para aprobar la Ley del Fondo de Compensación Interterritorial (art. 158.2)⁵⁶. Como gran excepción a todo lo dicho se suele mencionar a Italia, cuyo bicameralismo es simétrico, puesto que aquí las atribuciones legislativas y no legislativas de ambas cámaras son las mismas, incluyendo tanto el voto de investidura del gobierno como el control de su responsabilidad política⁵⁷. En cuanto a Alemania, justo para evitar mayores bloqueos legislativos, una reforma constitucional en 2006 hizo disminuir, del 60% al 30% aquellas materias de ley que requieren forzosamente de la aprobación del *Bundesrat*, pero aumentando en compensación el catálogo de materias de competencia de los *Länder*⁵⁸. Así, cuando el bicameralismo es “asimétrico moderado”, el Senado suele ser concebido, en efecto, como una cámara de moderación, y por esto cuenta con atribuciones propias e, incluso, con cierto poder de veto; pero en cambio, si el bicameralismo es “muy asimétrico”, como es el caso español, sí puede ser cuestionable la existencia misma de la segunda cámara, ya que no prestaría gran utilidad, siendo muy abundante la literatura que puede citarse en tal sentido⁵⁹.

⁵³ Karine ROUDIER, *Droit constitutionnel*, p. 149.

⁵⁴ Respecto a Alemania hay que remitir a lo dicho respecto del *Bundesrat*. En cuanto a Francia, el art. 39 señala que los proyectos de ley que tengan por objetivo la organización de las colectividades territoriales son conocidas en primera lectura por el Senado.

⁵⁵ Art. 74.2.

⁵⁶ Joaquín VARELA SUANZES-CARPEGNA, “La reforma constitucional del Senado”, p. 157 y ss.

⁵⁷ Véanse los arts. 70 y ss. y 94 de la Constitución italiana.

⁵⁸ FOILLARD, *op. cit.*, p. 142.

⁵⁹ A modo de ejemplos, véase a Eliseo AJA, *Estado autonómico y reforma federal*; SÁENZ, *op. cit.*; MARTÍNEZ, *op. cit.*; VARELA, *op. cit.*; GARRIDO, *op. cit.*; Javier GARCÍA ROCA, *Pautas para*

El hecho de que el Senado español ceda tanto ante la Cámara Baja es consecuencia de un extraño diseño de las cámaras, que, a su vez, es consecuencia de la deficiente estructuración de la forma del Estado; el Estado autonómico. Se debe recordar que durante el franquismo (1936-1975), el Estado español era de los más centralizados de occidente, y al instaurarse la democracia, en el marco de la nueva institucionalidad fundada con la Constitución de 1978, un punto de especial importancia fue el establecimiento de una ordenación territorial que fomentara la descentralización, reconociendo la autonomía de las nacionalidades y regiones que conforman el pueblo español⁶⁰, pero sin que esta autonomía llegue a crear diferencias o privilegios entre los españoles⁶¹. Así, reconociendo que antes de la Guerra Civil Española (1936-1939) ya tres regiones –Cataluña, País Vasco y Galicia– habían comenzado el proceso que debía concluir con un mayor nivel de autonomía dentro del territorio español, se diseñó un conjunto de procedimientos constitucionales que permitirían que, cumpliéndose ciertas condiciones, las provincias limítrofes con características históricas, culturales y económicas comunes, los territorios insulares y las provincias con entidad regional histórica, pudieran agruparse para formar comunidades autónomas, asumiendo así una serie de competencias que les podrían ser delegadas por el gobierno central⁶². El evidente problema de este diseño de la forma del Estado, es que en el fondo no se determinaba claramente cómo era la forma del Estado, sino que se establecía una serie de procedimientos para la creación de las Comunidades Autónomas, dejando muchos aspectos cruciales para el buen desempeño del gobierno y la administración interior del Estado al devenir institucional. En efecto, el título VIII de la Constitución de 1978 “De la Organización Territorial del Estado” (arts. 137 a 158), en gran medida se compone de disposiciones transitorias que reglarían el gigantesco proceso de descentralizar el Estado, dejando mucha normativa estructurante, in-

una reforma constitucional y Enrique ÁLVAREZ CONDE, Alfonso GARCÍA-MONCÓ y Rosario Tur Ausina, *Derecho autonómico*.

⁶⁰ Art. 2: La Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles, y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas.

⁶¹ Art. 138.2: Las diferencias entre los Estatutos de las distintas Comunidades Autónomas no podrán implicar, en ningún caso, privilegios económicos o sociales.

⁶² Art. 143.1: En el ejercicio del derecho a la autonomía reconocido en el artículo 2 de la Constitución, las provincias limítrofes con características históricas, culturales y económicas comunes, los territorios insulares y las provincias con entidad regional histórica podrán acceder a su autogobierno y constituirse en Comunidades Autónomas con arreglo a lo previsto en este Título y en los respectivos Estatutos.

cluyendo las instituciones autonómicas y la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, a lo que se determinase en los respectivos estatutos de autonomía, a las normas de desarrollo y a las resoluciones del Tribunal Constitucional. Por consiguiente, al día de hoy, puede considerarse que parte importante del señalado título VIII está tácitamente derogado por haberse completado el proceso de creación de las Comunidades Autónomas⁶³.

Lo arriba señalado tiene una consecuencia directa en la composición del Senado. Nunca se puso en duda que el nuevo Parlamento sería bicameral y que la Cámara Alta sería la “cámara de representación territorial”. Pero, como al entrar en vigencia la Constitución no se sabía cuántas Comunidades Autónomas se iban a conformar, se presentaba el problema de definir qué “territorio” sería considerado para elegir el Senado. Después de largas negociaciones, la derecha aceptó la constitucionalización del sistema proporcional para elegir la Cámara Baja, exigida por los socialistas, en tanto estos aceptaron que el Senado fuera elegido tomando como territorio de referencia la provincia, pero por un sistema mayoritario⁶⁴. Sobre la base de este acuerdo, la Cámara Baja terminó siendo elegida mediante el sistema D’Hondt aplicado para llenar un número variable de escaños por provincias de acuerdo con la respectiva población provincial, que en las elecciones de 2019 varió desde dos diputados para la provincia de Soria hasta treinta y siete diputados para Madrid. Pero en lo que respecta al Senado⁶⁵, por regla general este se conforma considerando

⁶³ Las últimas Comunidades Autónomas entraron en funcionamiento con las elecciones autonómicas de 8 mayo de 1983, mientras que se suele dar por definitivamente establecido el sistema autonómico con la firma del pacto de igualación de competencias de las Comunidades de 1992. AJA, *op. cit.*, p. 51 y ss.

⁶⁴ *Op. cit.*, p. 298 y ss.

⁶⁵ Art. 69: 1. El Senado es la Cámara de representación territorial. 2. En cada provincia se elegirán cuatro Senadores por sufragio universal, libre, igual, directo y secreto por los votantes de cada una de ellas, en los términos que señale una ley orgánica. 3. En las provincias insulares, cada isla o agrupación de ellas, con Cabildo o Consejo Insular, constituirá una circunscripción a efectos de elección de Senadores, correspondiendo tres a cada una de las islas mayores –Gran Canaria, Mallorca y Tenerife– y uno a cada una de las siguientes islas o agrupaciones: Ibiza-Formentera, Menorca, Fuerteventura, Gomera, Hierro, Lanzarote y La Palma. 4. Las poblaciones de Ceuta y Melilla elegirán cada una de ellas dos Senadores. 5. Las Comunidades Autónomas designarán además un Senador y otro más por cada millón de habitantes de su respectivo territorio. La designación corresponderá a la Asamblea legislativa o, en su defecto, al órgano colegiado superior de la Comunidad Autónoma, de acuerdo con lo que establezcan los Estatutos, que asegurarán, en todo caso, la adecuada representación proporcional. 6. El Senado es elegido por cuatro años. El mandato de los Senadores termina cuatro años después de su elección o el día de la disolución de la Cámara.

cuatro senadores electos democráticamente por provincia, en tanto que los parlamentos de las Comunidades Autónomas designará, además, un senador y otro más por cada millón de habitantes de su respectivo territorio, lo cual genera como resultado unas distorsiones tremendas⁶⁶. Sin duda este Senado, que aspira a ser la cámara territorial, es extrañísimo; pero sufre de otro problema que es peor aún, y que ha hecho correr ríos de tinta: no cumple su función de representación territorial. Primero, hay que remitir a lo dicho en el apartado anterior en cuanto a que no existe la supuesta representación “territorial”, sino que siempre es la población la que ha de ser “representada”. Segundo, también hay que referir a lo expuesto en cuanto a la gran asimetría competencial que presenta el Parlamento español en desmedro del Senado. Tercero, no existe en verdad una representación “regional”, pues el hecho de que la elección senatorial se efectúe por provincias diluye el peso relativo de las Comunidades Autónomas, y no solo genera grandes distorsiones en relación con sus respectivas poblaciones, sino que, además, los senadores no representan “a la Comunidad”, en tanto que solo un quinto del Senado es, en realidad, autonómico, aquellos senadores designados por los parlamentos de las Comunidades. Cuarto, en los hechos la política se decide en la Cámara Baja, pues es ahí donde están las cúpulas de los partidos por ser esta la cámara en que constitucionalmente se concentra el poder, a lo cual debe sumarse el también ya señalado fenómeno de que en el Senado las bancadas se agrupan por partidos, y no por Comunidades. Y quinto, suele ocurrir que la aprobación de los presupuestos es usada como medio de presión eficaz para financiar políticas públicas regionales llevando así al gobierno nacional las inquietudes de las Comunidades, y no el trabajo senatorial en sí. A su vez, advierte también la doctrina que la experiencia parece mostrar que las relaciones intergubernamentales, esto es entre el gobierno nacional y los gobiernos de las Comunidades, han sido mucho más efectivas que el trabajo senatorial para canalizar inquietudes regionales⁶⁷, aun cuando la intensidad con la cual ocurre difiere mucho entre Comunidades, siendo, por ejemplo, muy intensa con Cataluña, pero casi nula con el País Vasco. Así las cosas, sí podría concluirse que el Senado español sobra.

Esta última posibilidad es compleja. Si bien hay consenso en cuanto a que es disfuncional, se observa gran dispersión respecto de sus posibles

⁶⁶ Ejemplos con datos de 2019: a Castilla y León, con 2.4 millones de habitantes y nueve provincias, le corresponden treinta y nueve senadores; a Cataluña, con 7.5 millones y cuatro provincias, le tocan veinticuatro senadores; a Madrid, con 6.5 millones y una única provincia, le corresponden once senadores; y al País Vasco, con 2.1 millones y tres provincias, quince senadores.

⁶⁷ SÁENZ, *op. cit.*, p. 70 y ss.

soluciones. Así, Eliseo Aja⁶⁸ propone uno tipo *Bundesrat* con los gobiernos autonómicos en el Parlamento, lo cual haría que verdaderamente las Comunidades incidan en la política nacional. Por su parte Manuel Martínez⁶⁹ se inclina por uno elegido en su totalidad por los parlamentos autonómicos, pues así se tendría, con certeza, una cámara que refleje la voluntad de la población de las Comunidades. Mientras tanto, Carlos Garrido López y Eva Sáenz Royo⁷⁰ prefieren de plano eliminarlo, pues en él se da en efecto, una representación partidista que lo anula por el hecho de encontrarse las cúpulas de los partidos en la Cámara Baja. Sin embargo, parece que el verdadero punto de partida de este dilema es comprender que el problema del Senado español es que está mal diseñado y, en consecuencia, es un error asumir como verdad absoluta que es inútil⁷¹. No hay que sesgarse. Se suele poner como ejemplo de un Senado “útil” el conformarlo como una instancia de diálogo entre las Comunidades y el gobierno nacional que permita bajar la alta litigiosidad que se da entre ambos niveles de gobierno ante el Tribunal Constitucional, el cual termina saturado y trabajando muy lento. El problema se suele suscitar en el plano competencial respecto de aquellas materias que la Constitución considera “concurrentes” entre el gobierno nacional y las Comunidades, correspondiendo al primero la legislación de “lo básico” con el fin de asegurar a todos los españoles un estándar mínimo común de prestaciones, y a las segundas legislar la normativa de ejecución. Y como podrá imaginarse, el problema aquí es determinar qué es “lo básico”, es decir, dónde termina la competencia del gobierno nacional y comienza la de las Comunidades, lo que acaba dirimiendo el Tribunal Constitucional tras largos ocho o diez años de litigio. Por esta razón es que se postula que si los gobiernos autonómicos estuvieran en el Senado participando de la tramitación de la ley podría bajarse esta alta litigiosidad constitucional⁷². Sin duda, el problema no es de fácil solución, pero eso no obsta a que, en teoría una cámara que represente a la población de un territorio “bien diseñada” sí que puede ser un gran aporte, aunque continúe en cierta medida subordinada a la otra cámara. Lo anterior es sin perjuicio de que, en este caso, tal vez debiera aclararse primero el ambiguo régimen del Estado autonómico y luego

⁶⁸ AJA, *op. cit.*, p. 314 y ss.

⁶⁹ MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 88 y ss.

⁷⁰ GARRIDO y SÁENZ, *op. cit.*, p. 67 y s.

⁷¹ Idéntica conclusión aplica para el Senado canadiense, también criticado por inútil, pero en el que, al igual que en el caso español, en definitiva, el problema que subyace es un diseño deficiente. Véase a FRANCISCO JAVIER ROMERO CARO, “Senado y sistema federal en Canadá: ¿Imposibilidad de una reforma deseable?”.

⁷² AJA, *op. cit.*, p. 156 y ss.

reformular el Senado, pues es en dicha ambigüedad que se originan muchos problemas que luego solo terminan reflejándose en este extraño Senado.

De todas maneras, todo lo dicho en cuanto a que en regímenes parlamentarios el Senado suele estar subordinado a la Cámara Baja requiere una precisión adicional: lo normal es que el Parlamento esté en alguna medida relegado a un segundo plano respecto al Poder Ejecutivo, cualquiera sea la forma de gobierno, lo cual se refleja, por ejemplo, en la potestad reglamentaria, la iniciativa de ley exclusiva, el poder de veto, el requerir el control de constitucionalidad de la ley, el disolver las cámaras, etc.⁷³. Así también señalaba Giovanni Sartori que un parlamentarismo funcional requiere un parlamento contenido, pues uno absolutamente soberano tiende a devenir en un caótico asambleísmo⁷⁴. Y a lo anterior debe agregarse, además, el general crecimiento que con el paso del tiempo ha tendido a experimentar, tanto en Chile como en el mundo, el ámbito de aplicación de la potestad reglamentaria⁷⁵, llegándose, incluso, a afirmar en Francia que la repartición de materias entre la ley y el reglamento se ha vuelto inútil, en especial cuando el gobierno tiene mayoría en las cámaras⁷⁶. Por tanto, resulta engañoso menospreciar sin más a un Senado que ya forma parte de un Parlamento disminuido frente al Ejecutivo, con lo cual el efecto práctico de la subordinación del Senado a la Cámara Baja puede ser en realidad poco significativo. Pero, sin perjuicio de lo anterior, de todas maneras se encuentra en la doctrina opiniones favorables a las labores fiscalizadoras de los senados, que son atribuciones no legislativas, señalándose al respecto que en general las comisiones investigadoras sí suelen ser efectivas⁷⁷. Por último, tal como se verá más adelante, hay que reconocer que el Senado chileno es y ha sido siempre bastante más fuerte que sus homólogos de regímenes parlamentarios.

V. El Senado como Cámara de reflexión

Subordinados o no, otra función que tradicionalmente se ha atribuido a los senados es el desempeñar en los parlamentos bicamerales el papel de “cámara de reflexión”, con la finalidad de mejorar de modo cualitativo la

⁷³ SALES, *op. cit.*, p. 72 y ss.

⁷⁴ SARTORI, *op. cit.*, p. 126.

⁷⁵ Arturo FERMANDOIS VÖHRINGER, “La reserva legal: una garantía sustantiva que desaparece”.

⁷⁶ ROUDIER, *op. cit.*, p. 133.

⁷⁷ *Op. cit.*, p. 145.

calidad de la legislación. Para ello, las cámaras altas suelen ser configuradas como asambleas compuestas por expertos en determinadas materias y cuya designación suele darse, o bien por algunos representantes de gremios, en un intento de que esta cámara funcione de una manera menos politizada. Señala Arturo Fernandois que es incorrecto clasificar a los senados como “cámara conservadora” o como “cámara receptora de un aporte técnico al proceso legislativo”, por cuanto su función conservadora es un objetivo en sí mismo en un parlamento bicameral ligado indisolublemente a la calidad de la legislación que el Estado desea producir, por lo cual es esta función conservadora la principal justificación del sistema bicameral en los Estados unitarios, es decir, la segunda cámara es concebida como el lugar de la reflexión, del aporte técnico, frío despolitizado para la elaboración de la leyes⁷⁸. Por consiguiente, en un Estado unitario la función primordial del Senado es la reflexión, debiendo desecharse cualquier intento de “representación territorial”, que como ya se ha visto, es muy cuestionada en los Estados compuestos, y que con mayor razón resulta absurda en estados unitarios como el chileno. Pareciera ser, entonces, que la elección de senadores por circunscripciones de mayor extensión territorial que los distritos de la Cámara Baja, sumado a que el Senado suele ser menos numeroso que la cámara de representación popular (hay menos escaños a llenar), tiene como objetivo que la Cámara Alta quede integrada en su mayoría por un conjunto de personas pluralista, pero sin extremismos, moderado “hacia el centro”, y esto parece resultar así con independencia de la utilización de un sistema electoral mayoritario o proporcional. Es el menor tamaño de esta cámara el que, al eliminar la dispersión ideológica, da como resultado una asamblea más predispuesta al diálogo y a la reflexión.

En este punto, resulta interesante mencionar, aun brevemente, a los senados con miembros designados, como son hoy por hoy los casos de Canadá, Bélgica, Italia e Irlanda, además de la ya mencionada Cámara de los Lores británica. Si bien, en cada caso varía la forma de designación, la idea subyacente es la misma: se trata, en definitiva, de que el Senado se ubique en una posición menos permeable por el acontecer político inmediato y se le exige constituir una fuente de resoluciones más maduras, técnicas y desideologizadas⁷⁹, de forma tal que no se vea afectado por el cortoplacismo electoral y los intereses partidistas. Ya se dijo que los lores son nombrados por el Rey asesorado, a su vez, por el Primer Ministro.

⁷⁸ Arturo FERNANDOIS VÖHRINGER, “El Senado en el derecho comparado”, p. 288.

⁷⁹ *Op. cit.*, p. 292.

Cosa similar ocurre en Canadá⁸⁰, donde el nombramiento lo efectúa el Gobernador General asesorado por el Primer Ministro, respetando unas cuotas regionales. Más complejo es el nombramiento del Senado belga⁸¹, en que de sus sesenta miembros, la designación se produce así: veintinueve de ellos son designados por el gobierno de la región flamenca, veinte por el de la comunidad francófona, uno por la comunidad germanófona y los diez restantes por los propios senadores a razón de seis flamencos y cuatro valones. En Italia⁸², no solo los expresidentes de la República son, de derecho, senadores vitalicios, sino que, además, la reciente reforma constitucional de 2020, junto con reducir el tamaño de las cámaras, estableció que el número total de senadores en funciones, designados por el Presidente de la República con carácter vitalicio, de entre “ciudadanos que hayan dado prestigio a la Patria por sus méritos extraordinarios en el campo social, científico, artístico y literario”, no puede en ningún caso exceder de cinco. Pero el caso, sin duda, más llamativo es el de Irlanda⁸³, donde sus sesenta senadores son elegidos de esta manera: once por la Cámara Baja, tres por los graduados de la Universidad Nacional de Irlanda, otros tres por los graduados de la Universidad de Dublín, y los cuarenta y tres restantes por los diputados, senadores y concejales locales, de entre cinco grupos de candidatos que posean conocimientos específicos o experiencia en:

- i) idioma y cultura nacional, literatura, arte, educación y aquellos intereses profesionales que la ley defina con vistas a este grupo;
- ii) agricultura e intereses relacionados y pesca;
- iii) trabajo, tanto organizado como no organizado;
- iv) industria y comercio, incluyendo banca, finanzas, contabilidad, ingeniería y arquitectura y
- v) administración pública y servicios sociales, incluyendo actividades de voluntariado social.

Como puede apreciarse, en todos los casos descritos se trata de introducir “moderación” al parlamento bicameral, para así alcanzar un mayor nivel de reflexión en el trabajo legislativo. Y este objetivo es el mismo existan o no senadores designados. Una típica definición de diccionario dirá que ‘moderación’ es “evitar el exceso”, lo cual hace recordar aquella inscripción instalada en el frontis del templo de Apolo en Delfos que decía “nada en exceso”. Por consiguiente, sea que existan senadores designados o no, el asociar el papel moderador de los senados con una inclinación “a la derecha”

⁸⁰ Art. 21 y ss de la Constitución canadiense.

⁸¹ Art. 67 de la Constitución de belga.

⁸² Art. 59 de la Constitución italiana.

⁸³ Art. 18 de la Constitución de irlandesa.

es una visión por completo sesgada y superficial, en tanto que el obrar con moderación debe entenderse en el sentido de actuar con “prudencia” o, en términos más coloquiales, no “saltar a una piscina sin agua”.

En cuanto a Chile, en términos generales vale lo ya señalado. En efecto, en cuanto al actual Senado, la Comisión Ortúzar⁸⁴ siempre razonó sobre la base de establecer un senado moderador y despolitizado que actuara como cámara de reflexión⁸⁵. Sin embargo, se cree que aquí sí cabe hacer la prevención de que los senadores designados que existieron bajo la vigencia de la Carta de 1980, entre 1990 y 2006, independiente de la valoración que pueda hacerse de su desempeño, se encontraban insertos, como se verá enseguida, en uno mucho más fuerte que el de sus homólogos de regímenes parlamentarios, en que la Cámara Alta está subordinada a la cámara de representación popular, por lo que en tal sentido nos parece que, en efecto en Chile existió –en ese intervalo– una anomalía en comparación con lo que se observa en otros regímenes políticos que consideran senadores designados.

VI. *El Senado en Chile*

El primer Congreso Nacional fue convocado y elegido por el reino de Chile en 1811, con lo cual nuestro Parlamento figura entre los más antiguos del continente. En tanto, el primer Congreso bicameral fue establecido por la Constitución de 1822, siendo desde ese momento la bicameralidad una tradición republicana. Sin embargo, en este apartado, para caracterizar al Senado chileno a través del tiempo, el análisis se centrará exclusivamente en el estudio de los textos constitucionales de 1833, 1925 y 1980, por ser los que más tiempo han regido los destinos de nuestra patria.

La Constitución de 1833 consideró un congreso bicameral en el que ambas cámaras eran equivalentes en materia legislativa, contando de todas maneras cada una con ciertas características y atribuciones específicas. Cabe recordar que en el texto original el voto es censitario⁸⁶. La Cámara

⁸⁴ CENC, 1973-1979.

⁸⁵ Alejandro SILVA BASCUÑÁN, *Tratado de derecho constitucional*, p. 67 y ss.

⁸⁶ Art. 8° de la CPR 1833. “Son ciudadanos activos con derecho a sufragio: Los chilenos que habiendo cumplido veinticinco años, si son solteros, i veintiuno, si son casados, i sabiendo leer i escribir tengan alguno de los siguientes requisitos: 1° Una propiedad inmueble, o un capital invertido en alguna especie de jiro o industria. El valor de la propiedad inmueble, o del capital, se fijará para cada provincia de diez en diez años por una lei especial; 2° El ejercicio de una industria o arte, el goce de algún empleo, renta o usufructo, cuios emolumentos o productos guarden proporción con la propiedad inmueble, o capital de que se habla en el número anterior”.

de Diputados se compone de miembros elegidos por departamentos y en la forma que determine la ley⁸⁷ a razón de un diputado por cada veinte mil habitantes y fracción que no baje de diez mil⁸⁸. Además, se renueva en su totalidad cada tres años⁸⁹. Para ser elegido diputado se necesita estar en posesión de los derechos de ciudadano elector y una renta de quinientos pesos a lo menos⁹⁰, y pueden ser reelegidos de manera indefinida⁹¹. El Senado se compone de veinte miembros⁹² elegidos por departamentos en forma indirecta por electores especiales en número triple al de diputados que corresponde a cada uno y en la forma que señale la ley⁹³, es decir, no se eligen en relación con la población, los electores deben cumplir los requisitos para ser diputado⁹⁴, en tanto que para ser senador se exigen requisitos mayores que para diputado, treinta y seis años de edad y dos mil pesos a lo menos⁹⁵, y duran nueve años pudiendo reelegirse indefinidamente⁹⁶, renovándose por tercios cada tres⁹⁷. El texto estipula así, dos cámaras que se generan de manera distinta, con un senado más aristocrático, pero sin que se llegue a hablar de una supuesta representación “territorial”. Son atribuciones del Congreso⁹⁸:

- 1^a Aprobar anualmente la cuenta de la inversión de los fondos destinados a los gastos de la administración pública;
- 2^a Aprobar la declaración de guerra a propuesta del Presidente de la República;
- 3^a Declarar, cuando el Presidente de la República hace dimisión de su cargo, si los motivos en que la funda le imposibilitan o no para su ejercicio y, en consecuencia, admitirla o desecharla;
- 4^a Declarar si el impedimento que priva al Presidente del ejercicio de sus funciones es de naturaleza que deba procederse a nueva elección;
- 5^a Hacer el escrutinio de la elección de Presidente de la República y
- 6^a Autorizar al Presidente de la República para que use facultades extraordinarias.

⁸⁷ Art. 18 de la CPR 1833.

⁸⁸ Art. 19 de la CPR 1833.

⁸⁹ Art. 20 de la CPR 1833.

⁹⁰ Art. 21 de la CPR 1833.

⁹¹ Art. 22 de la CPR 1833.

⁹² Art. 24 de la CPR 1833.

⁹³ Art. 25 de la CPR 1833.

⁹⁴ Art. 26 de la CPR 1833.

⁹⁵ Art. 32 de la CPR 1833.

⁹⁶ Art. 34 de la CPR 1833.

⁹⁷ Art. 33 de la CPR 1833.

⁹⁸ Art. 36 de la CPR 1833.

Corresponde a la Cámara de Diputados⁹⁹:

- 1^a Calificar las elecciones de sus miembros, y los reclamos y dimisiones, por las tres cuartas partes de los Diputados presentes y
- 2^a Acusar ante el Senado, cuando hallare conveniente hacer efectiva la responsabilidad política, a los altos funcionarios que la norma indica.

Corresponde finalmente al Senado¹⁰⁰:

- 1^a Calificar las elecciones de sus miembros, y los reclamos y dimisiones, por las tres cuartas partes de los senadores presentes;
- 2^a Juzgar a los funcionarios que acusare la Cámara de Diputados;
- 3^a Aprobar las personas que el Presidente de la República presentare para los arzobispados y obispados y
- 4^a Presentar o negar su consentimiento a los actos del gobierno en los casos en que la Constitución lo requiere.

Además existía la Comisión Conservadora, integrada por siete senadores, y elegida por el Senado para funcionar mientras el Congreso no celebraba sus sesiones ordinarias¹⁰¹, teniendo como deberes¹⁰²:

- 1^o Velar sobre la observancia de la Constitución y las leyes;
- 2^o Dirigir al Presidente de la República las representaciones convenientes a este efecto, donde la omisión de esta representación generará responsabilidad ante el Congreso y
- 3^o Prestar o rehusar su consentimiento a todos los actos en que el Presidente de la República lo pidiere según la Constitución.

Además, con el paso del tiempo, se fue estableciendo como costumbre constitucional la facultad de interpelación de los ministros por parte del Congreso. Es posible constatar que a cada una de las cámaras, así como también al Congreso pleno, les estaban conferidas atribuciones propias, y lo mismo aplicaba para la Comisión Conservadora, la cual estaba constituida en exclusiva por senadores.

En cuanto al trabajo legislativo, por regla general la ley podía tener origen en cualquiera de las cámaras, tanto por moción parlamentaria como por mensaje presidencial, correspondiendo por excepción efectuar la primera lectura a la Cámara de Diputados respecto de las leyes sobre contribuciones de cualquiera naturaleza y sobre reclutamiento, y al Senado respecto de las leyes sobre reforma de la Constitución y sobre amnistía¹⁰³.

⁹⁹ Art. 38 de la CPR 1833.

¹⁰⁰ Art. 39 de la CPR 1833.

¹⁰¹ Art. 57 de la CPR 1833.

¹⁰² Art. de la 58 CPR 1833.

¹⁰³ Art. 40 de la CPR 1833.

El proyecto de ley que fuere desechado en la Cámara de origen, no podía proponerse en ella hasta la sesión del año siguiente¹⁰⁴. Se considera un complejo sistema de vetos¹⁰⁵, incluida una hipótesis de veto absoluto¹⁰⁶. El proyecto de ley que aprobado por una cámara fuere desechado en su totalidad por la otra, volvería a la de su origen, y si fuere en ella aprobado por dos tercios de sus miembros presentes, pasaría por segunda vez a la Cámara que lo desechó, la que solo podría rechazarlo por los dos tercios de sus miembros presentes¹⁰⁷. El mismo procedimiento se seguiría en caso de adiciones o correcciones efectuadas por la Cámara revisora¹⁰⁸. Así, se estaría en presencia de dos cámaras equivalentes en materia legislativa, con la salvedad de unos pocos casos de exclusividad para efectuar la primera lectura. Ninguna cámara prima por sobre la otra, al contrario de lo que suele ocurrir en los regímenes parlamentarios, en los cuales, además, no existía una herramienta de resolución de desacuerdos equivalente a una comisión mixta, sino que, en ocasiones, la controversia podía superarse si lo que una cámara aprobaba por dos tercios de los presentes no podía ser rechazado por la otra por el mismo quórum. De modo que, en el caso de no producirse este evento simplemente no habría ley.

El texto fue refundido por decreto de 6 de octubre de 1888, se reemplazó el voto censitario¹⁰⁹ por un voto universal masculino solo condicionado a saber leer y escribir¹¹⁰, y el Senado se conformó por miembros elegidos en votación directa por provincias, correspondiendo a cada una elegir un senador por cada tres diputados y por una fracción de dos diputados¹¹¹, duran en sus funciones seis años pudiendo ser reelegidos indefinidamente¹¹², y se renovarían por parcialidades cada tres¹¹³. En todo caso, se mantiene la total ausencia de cualquier idea asimilable a una representación territorial, en tanto que se conserva la equivalencia legislativa entre las dos cámaras.

Por su parte, la Constitución de 1925 mantuvo el Congreso bicameral con dos cámaras equivalentes en materia legislativa, pero con

¹⁰⁴ Art. 42 de la CPR 1833.

¹⁰⁵ Arts. 44 a 48 de la CPR 1833.

¹⁰⁶ Art. 45, derogado el 26 de junio de 1893.

¹⁰⁷ Art. 50 de la CPR 1833.

¹⁰⁸ Art. 51 de la CPR 1833.

¹⁰⁹ Reforma de 9 de agosto de 1888.

¹¹⁰ El nuevo art. 7° (8°) inciso 1 de la CPR 1833 decía: Son ciudadanos activos con derecho de sufragio los chilenos que hubieren cumplido veintiún años de edad, que sepan leer y escribir y estén inscritos en los registros electorales del departamento.

¹¹¹ Art. 22 (24) de la CPR 1833 texto refundido.

¹¹² Art. 23 (25) de la CPR 1833 texto refundido.

¹¹³ Art. 24 (26) de la CPR 1833 texto refundido.

ciertas características y atribuciones específicas. Así, en el último texto vigente, fijado por el decreto 1333 del Ministerio de Justicia de 25 de octubre de 1971, se aprecia lo siguiente. En las elecciones parlamentarias se empleará un procedimiento que dé por resultado en la práctica una efectiva proporcionalidad en la representación de las opiniones y de los partidos políticos¹¹⁴, y para ser elegido diputado o senador se requiere ser ciudadano con derecho a sufragio, saber leer y escribir y no haber sido condenado jamás por delito que merezca pena aflictiva¹¹⁵. La Cámara de Diputados se compone de miembros elegidos por los departamentos o por las agrupaciones de departamentos colindantes, dentro de cada provincia, que establezca la ley, en votación directa y en la forma que determine la ley de elecciones, se elegirá un diputado por cada treinta mil habitantes y por una fracción que no baje de quince mil¹¹⁶ y se renovará en su totalidad cada cuatro años¹¹⁷. Son atribuciones de la Cámara de Diputados¹¹⁸:

- 1º Declarar si han o no lugar las acusaciones en contra de altos funcionarios que la norma indica y
- 2º Fiscalizar los actos del Gobierno.

A su vez, el Senado se compone de miembros elegidos en votación directa por las diez agrupaciones provinciales que fije la ley, en atención a las características e intereses de las diversas regiones del territorio de la república, a razón de cinco senadores por cada agrupación¹¹⁹, y se renovará cada cuatro años, por parcialidades, en la forma que determine la ley, durando los senadores ocho años en su cargo¹²⁰. Son atribuciones del Senado¹²¹:

- 1ª Conocer de las acusaciones que la Cámara de Diputados entable contra altos funcionarios, previa audiencia del acusado, y resolviendo como jurado;
- 2ª Decidir si ha o no ha lugar la admisión de las acusaciones de particulares contra los ministros con motivo de los perjuicios que puedan haber sufrido injustamente por algún acto de estos;
- 3ª Declarar si ha o no lugar la formación de causa en materia criminal contra los intendentes y gobernadores;
- 4ª Conocer en las contiendas de competencia entre las autoridades políticas o administrativas y los tribunales superiores de Justicia;

¹¹⁴ Art. 25 de la CPR 1925.

¹¹⁵ Art. 27 de la CPR 1925.

¹¹⁶ Art. 37 de la CPR 1925.

¹¹⁷ Art. 38 de la CPR 1925.

¹¹⁸ Art. 39 de la CPR 1925.

¹¹⁹ Art. 40 de la CPR 1925.

¹²⁰ Art. 41 de la CPR 1925.

¹²¹ Art. 42 de la CPR 1925.

- 5^a Otorgar las rehabilitaciones de la ciudadanía;
- 6^a Prestar o negar su consentimiento a los actos del Presidente de la República en los casos en que la Constitución o la ley lo requiera y
- 7^a Dar su dictamen al Presidente de la República en todos los casos en que lo consultare¹²².

Además, al crearse el Tribunal Constitucional en 1970, se estableció que tres de sus cinco miembros serían nombrados por el Presidente de la República con acuerdo del Senado¹²³. Finalmente, son atribuciones del Congreso¹²⁴:

- 1^a Aprobar o reprobado anualmente la cuenta de la inversión de los fondos destinados para los gastos de la administración pública que debe presentar el Gobierno;
- 2^a Otorgar su acuerdo para que el Presidente de la República pueda salir del territorio nacional por más de quince días o en los últimos noventa días de su mandato;
- 3^a Declarar, cuando el Presidente de la República hace dimisión de su cargo, si los motivos en que la funda le imposibilitan o no para su ejercicio, y, en consecuencia, admitirla o desecharla;
- 4^a Declarar, cuando hubiere lugar a dudas, si el impedimento que priva al Presidente del ejercicio de sus funciones, es de tal naturaleza, que debe procederse a nueva elección y
- 5^a Aprobar o desechar los tratados que le presentare el Presidente de la República antes de su ratificación.

En esta Constitución tampoco hay alusión alguna a una cámara de representación territorial, tan solo se indica que los senadores se elegirán sobre la base de agrupaciones provinciales, al tiempo que llama mucho la atención el aumento de las atribuciones exclusivas del Senado y del Congreso pleno respecto de las señaladas en la Carta de 1833.

En cuanto al proceso legislativo, si bien se mantiene en términos generales la equivalencia entre las cámaras, es necesario resaltar algunas modificaciones respecto de la Carta de 1833. Las leyes pueden tener origen en la Cámara de Diputados o en el Senado, por mensaje que dirija el Presidente de la República o por moción de cualquiera de sus miembros,

¹²² Nótese que esta atribución convierte al Senado en un órgano consejero del Presidente de la República, por cuanto un dictamen implica necesariamente que se emita una opinión fundada. Así, por ejemplo, recuerda SILVA, *op. cit.*, p. 285 y s., que en 1942, en plena Segunda Guerra Mundial, el presidente Juan Antonio Ríos consultó al Senado sobre la conveniencia o no de romper relaciones diplomáticas con las potencias del Eje.

¹²³ Art. 78 a) de la CPR 1925.

¹²⁴ Art. 43 de la CPR 1925.

aunque corresponderá la primera lectura a la Cámara de Diputados respecto de leyes sobre contribuciones de cualquiera naturaleza que sean, sobre los presupuestos de la administración pública y sobre reclutamiento; y, al Senado respecto de leyes sobre amnistía y sobre indultos generales, en tanto que se introduce un catálogo de materias de iniciativa exclusiva del Presidente de la República por tener efectos presupuestarios¹²⁵. Se introduce la facultad presidencial de hacer presente la urgencia en el despacho de un proyecto, en uno, o en todos sus trámites¹²⁶. El proyecto que fuere desechado en la Cámara de origen, no podrá renovarse, sino después de un año¹²⁷. Se incorpora –como límite a las adiciones o correcciones que efectúen las cámaras– el deber respetar las ideas matrices o fundamentales del proyecto¹²⁸. Se mantiene el quórum de dos tercios de los miembros presentes para que, ante el rechazo total de un proyecto por la cámara revisora, la de origen pueda insistir sobre el proyecto y pase a la sanción presidencial, a menos que la revisora vuelva a rechazarlo por el mismo quórum¹²⁹. Lo mismo rige en cuanto a las adiciones o correcciones¹³⁰. En cambio, para el evento de que, habiendo insistencias, no se produjere acuerdo en puntos fundamentales de un proyecto entre las dos Cámaras, o cuando una modifique sustancialmente el proyecto de la otra, se introduce por primera vez la herramienta de las comisiones mixtas, de igual número de diputados y senadores, para que propongan la forma de resolver las dificultades producidas¹³¹. En cuanto al veto suspensivo, se reproduce la normativa existente tras la reforma de 1893¹³². Se introduce, además, la facultad presidencial de dictar decretos con fuerza de ley, previa autorización del Congreso mediante la dictación de una ley delegatoria¹³³. Para finalizar, cabe destacar que, al crearse el Tribunal Constitucional, se habilitó a ambas cámaras para presentar requerimientos¹³⁴. De todas maneras se mantiene la característica de que ninguna de las cámaras tiene la atribución de imponerse a la otra.

En el texto original de la Carta de 1980, en cambio, sí que se encuentran modificaciones importantes en cuanto a la composición del Senado. A ese

¹²⁵ Art. 45 de la CPR 1925.

¹²⁶ Art. 46 de la CPR 1925.

¹²⁷ Art. 47 de la CPR 1925.

¹²⁸ Art. 48 de la CPR 1925.

¹²⁹ Art. 49 de la CPR 1925.

¹³⁰ Art. 50 de la CPR 1925.

¹³¹ Art. 51 de la CPR 1925.

¹³² Arts. 53 y 54 de la CPR 1925.

¹³³ Art. 44 n.º 15 de la CPR 1925.

¹³⁴ Art. 78 b) de la CPR 1925.

respecto señala Alejandro Silva Bascañán¹³⁵ que la Comisión Ortúzar analizó varias ideas para configurar el nuevo Congreso Nacional, entre ellas un parlamento unicameral, pero manteniendo la existencia del Consejo de Estado¹³⁶ (Jaime Guzmán), uno bicameral, pero con un senado de composición mixta integrado por miembros investidos por derecho propio, miembros designados y miembros elegidos en un colegio electoral único “para que se trate de gente de gran categoría” (Sergio Diez), y uno bicameral en que el Senado queda como un órgano revisor de los proyectos aprobados por la Cámara, moderador entre esta y el Presidente de la República, y conservador de las grandes tradiciones políticas del país, pero sin ser reemplazado por el Consejo de Estado (Raúl. Bertelsen). Por su parte, el Consejo de Estado manifestó la inconveniencia de la elección de senadores nacionales para evitar así la existencia de varios “presidentes potenciales” que podían crear dificultades al Presidente en funciones, recomendando, en cambio, que fueran elegidos por regiones, con lo cual, además, se respetaba la tradición política centenaria de que zonas del país con características semejantes sigan contando con representación propia en la Cámara Alta. En todo caso, siempre se razonó sobre la base de establecer un senado moderador y despolitizado que actuara como cámara de reflexión. En definitiva, el diseño original de la Carta de 1980 estableció un congreso bicameral con cámaras equivalentes en materia legislativa, pero con atribuciones exclusivas y con reglas de generación distintas. En cuanto al Senado¹³⁷, se trataba de una cámara integrada por dos senadores elegidos por cada una de las trece regiones en que en esa época se dividía el país, es decir, veintiséis electos, más nueve senadores designados por diversas instituciones de la república¹³⁸, y más los expresidentes de la República que hubieren desempeñado el cargo por al menos seis años en calidad de senadores vitalicios, lo cual arrojaba un senado de treinta y cinco miembros con nueve de ellos designados ($\frac{1}{4}$), más los vitalicios que se fueren incorporando. Pero esta composición no entró en vigencia, pues la reforma constitucional de 1989, que buscó adaptar la Carta de 1980 a la nueva etapa democrática que comenzaría en 1990, modificó la composición del Senado buscando disminuir el peso relativo de

¹³⁵ SILVA, *op. cit.*, p. 67 y ss.

¹³⁶ El Consejo de Estado había sido creado por el acta constitucional n.º 1 de 1976.

¹³⁷ Art. 45 original de la CPR 1980.

¹³⁸ Los nueve senadores designados eran: dos exministros de la Corte Suprema elegidos por esta, un ex Contralor General de la República designado por la misma Corte, un ex Comandante en Jefe de cada una de las tres ramas de las Fuerzas Armadas y un ex General Director de Carabineros designados por el Consejo de Seguridad Nacional (cuatro en total), un exrector de universidad y un exministro de Estado ambos designados por el Presidente de la República.

los senadores designados respecto del total de los senadores, para lo cual se crearon siete nuevas circunscripciones igualmente binominales, elevando así de treinta y cinco a cuarenta y siete el número de senadores, más los vitalicios que se fueren incorporando, pasando, de este modo, los senadores designados a representar $\frac{1}{5}$ de una cámara alta que, como se verá, tiene atribuciones considerables. Para terminar, en 2005 los senadores designados y vitalicios fueron suprimidos.

Para fines del año 2020, al iniciarse el proceso constituyente, tras varias reformas ocurridas durante cuarenta años de vigencia, el texto de la Carta Fundamental señala lo siguiente: La Cámara de Diputados está integrada por miembros elegidos en votación directa por distritos electorales, la ley orgánica respectiva determinará el número de diputados, los distritos electorales y la forma de su elección, y se renovará en su totalidad cada cuatro años¹³⁹. Para ser diputado se requiere ser ciudadano con derecho a sufragio, veintiún años de edad, haber cursado la enseñanza media o equivalente, y tener residencia en la región a que pertenezca el distrito electoral correspondiente durante un plazo no inferior a dos años hacia atrás desde el día de la elección¹⁴⁰. A su vez, el Senado se compone de miembros elegidos en votación directa por circunscripciones en consideración a las regiones del país, donde cada una constituirá a lo menos una circunscripción, durarán ocho años en su cargo, se renovarán de manera alternada cada cuatro años en la forma que determine la ley orgánica respectiva¹⁴¹, y para ser senador se requiere ser ciudadano con derecho a sufragio, haber cursado la enseñanza media o equivalente, y tener treinta y cinco años de edad¹⁴². Los diputados podrán ser reelegidos de manera sucesiva en el cargo hasta por dos periodos, y los senadores hasta por uno, en tanto que los diputados tienen, por el solo ministerio de la ley, su residencia en la región correspondiente al distrito que representan, mientras se encuentren en ejercicio de su cargo, no así los senadores, con lo cual se refuerza la atribución al Senado de un carácter nacional, descartándose con ello definitivamente cualquier idea de representación territorial en la Cámara Alta¹⁴³. Son atribuciones de la Cámara de Diputados¹⁴⁴:

- 1º Fiscalizar los actos del gobierno, para lo cual la cámara puede adoptar acuerdos y enviar oficios de fiscalización al Presidente, interpelar a los ministros, y crear comisiones investigadoras y

¹³⁹ Art. 47 de la CPR 1980.

¹⁴⁰ Art. 48 de la CPR 1980.

¹⁴¹ Art. 49 de la CPR 1980.

¹⁴² Art. 50 de la CPR 1980.

¹⁴³ Art. 51 de la CPR 1980.

¹⁴⁴ Art. 52 de la CPR 1980.

- 2° Declarar si han o no lugar las acusaciones contra altos funcionarios que la norma señala.

Son atribuciones del Senado¹⁴⁵:

- 1° Conocer de las acusaciones que la Cámara de Diputados entable contra altos funcionarios, resolviendo como jurado;
- 2° Permitir demandas contra ministros de Estado por daños causados en calidad de tales;
- 3° Conocer contiendas de competencia entre las autoridades políticas o administrativas y los tribunales superiores de justicia;
- 4° Otorgar rehabilitaciones de ciudadanía en el caso de delitos terroristas o tráfico de estupefacientes que merezcan pena afflictiva;
- 5° Prestar su autorización al Presidente de la República en los casos en que la Constitución o la ley lo requiera;¹⁴⁶
- 6° Permitir ausencias del país al Presidente por más de treinta días o al final de su mandato;
- 7° Declarar la inhabilidad del Presidente o del Presidente Electo por impedimento físico o mental y aceptar la renuncia del Presidente, oyendo en ambos casos al Tribunal Constitucional;
- 8° Aprobar la sanción constitucional al Presidente en el caso de la declaración de inconstitucionalidad de partidos políticos;
- 9° Aprobar por sus dos tercios la designación de ministros y fiscales judiciales de la Corte Suprema y del Fiscal Naciona y
- 10° Dar su dictamen al Presidente de la República.

Y son atribuciones del Congreso¹⁴⁷:

- 1° Aprobar o desechar los tratados internacionales que le presente el Presidente de la República y
- 2° Aprobar la declaración de los estados de Asamblea y de Sitio, de sus términos durante la vigencia inmediata y del estado de Catástrofe cuando ello sea procedente.

Se observa que, entre las atribuciones del Senado respecto del Presidente de la República, autorizar su salida del país, declarar su inhabilidad y aceptar su renuncia; atribuciones que antes eran propias de todo el Congreso. Además, desde 2005 ambas cámaras intervienen en la designación de algunos miembros del Tribunal Constitucional, aunque con reglas diferentes, pero con clara primacía del Senado sobre la Cámara de Diputados¹⁴⁸. En conse-

¹⁴⁵ Art. 53 de la CPR 1980.

¹⁴⁶ Por ejemplo, para nombrar al Contralor General de la República, a los miembros del Consejo Directivo del Servicio Electoral, a los miembros del Consejo del Banco Central y a los miembros del Consejo Nacional de Televisión.

¹⁴⁷ Art. 54 de la CPR 1980.

¹⁴⁸ Art. 92 de la CPR 1980.

cuencia, se puede constatar que en la Carta de 1980, con el paso del tiempo, se ha ido reforzando el papel del Senado dentro de nuestro ordenamiento constitucional.

En cuanto a la formación de la ley, existen importantes innovaciones que refuerzan el papel del gobierno por sobre el Parlamento. Se mantienen en términos generales la equivalencia entre las cámaras sin que una predomine sobre la otra¹⁴⁹; el catálogo de materias cuya primera lectura corresponde a una u otra cámara¹⁵⁰, las urgencias¹⁵¹, el límite de las ideas matrices¹⁵², las comisiones mixtas¹⁵³, el veto suspensivo¹⁵⁴, y la facultad de hacer requerimientos al Tribunal Constitucional¹⁵⁵. Pero se introduce un conjunto de herramientas jurídicas que acrecientan el poder del Ejecutivo por sobre el Congreso: las materias de ley¹⁵⁶, una reglamentación mucho más desarrollada de los decretos con fuerza de ley¹⁵⁷ y de la ley de presupuestos¹⁵⁸, el incremento de materias de iniciativa exclusiva del Presidente¹⁵⁹, y la facultad presidencial, respecto de proyectos de su iniciativa rechazados por la cámara de origen, de solicitar que de todas maneras pasen al estudio de la cámara revisora¹⁶⁰. De ello, resulta un congreso de dos cámaras legislativamente equivalentes, pero insertas en un Parlamento débil en relación con las atribuciones del Ejecutivo, no obstante, en aspectos no legislativos el Senado sí tiene atribuciones considerables.

VII.- *¿Sobra el Senado en Chile?*

Como se ha dicho, la conclusión lógica a lo expuesto en el apartado anterior es que el Senado chileno sí tiene atribuciones propias, y desde siempre las ha tenido, lo cual configura una cámara alta bastante protagonista e, incluso, en ciertos aspectos puede ejercer más influencia sobre la actividad política que la Cámara Baja, lo cual no deja de ser extraño, pues como se ha señalado a lo largo de este estudio, el rasgo típico senatorial, tanto

¹⁴⁹ Arts. 65 y 70 de la CPR 1980.

¹⁵⁰ Art. 65 de la CPR 1980.

¹⁵¹ Art. 74 de la CPR 1980.

¹⁵² Art. 69 de la CPR 1980.

¹⁵³ Arts. 70 y 71 de la CPR 1980.

¹⁵⁴ Art. 73 de la CPR 1980.

¹⁵⁵ Art. 93 de la CPR 1980.

¹⁵⁶ Art. 63 de la CPR 1980.

¹⁵⁷ Art. 64 de la CPR 1980.

¹⁵⁸ Art. 67 de la CPR 1980.

¹⁵⁹ Art. 65 de la CPR 1980.

¹⁶⁰ Art. 68 de la CPR 1980.

en la doctrina como en los regímenes parlamentarios, parece ser lo contrario: el Senado subordinado a la Cámara Baja. Nótese, además, que en Chile, bajo ciertos supuestos, es el presidente del Senado quien subroga al Presidente de la República¹⁶¹, como también es aquel quien toma el juramento o promesa al Presidente Electo ante el Congreso pleno para que asuma el cargo de Presidente de la República¹⁶². Por otra parte, no puede desprenderse conclusión alguna del supuesto argumento de la “tendencia mundial”, el que la mayoría de los países tiene una sola cámara y que, de modo progresivo, se han ido eliminando las segundas cámaras, puesto que desde mediados del siglo XX el número de países aumentó, por ejemplo, con el fenómeno de la descolonización, la caída de la Unión Soviética y del bloque oriental, y la desintegración de Yugoslavia, por nombrar solo unos casos, con lo cual se altera de manera importante la base de cálculo para la estadística señalada al comienzo de este trabajo, y con ello el argumento se diluye¹⁶³. Además, también es un hecho notorio que generalmente los países que tienen una sola cámara, o son de poca población o, bien, padecen severos déficits de calidad de la democracia, por lo cual comparar sin más es derechamente improcedente. Debe advertirse, por el contrario, que la razón de ser de las dos cámaras es, en definitiva, establecer un mecanismo de resguardo frente a la concentración del poder¹⁶⁴, sin perjuicio de que además, como dice la sabiduría popular, “dos ojos ven mejor que uno” o “dos cabezas piensan mejor que una”. Así, por ejemplo, si se pudiese hacer ficción, resulta impensable imaginar la ocurrencia de las destituciones de los expresidentes Abdalá Bucaram de Ecuador en 1996 y Martín Vizcarra de Perú en 2020¹⁶⁵, en ambos casos por parte de parlamentos unicamerales, aplicando a los respectivos supuestos fácticos la normativa del parlamento chileno, bicameral, con un senado fuerte, y con reglas bastante rígidas para ejercer dicha destitución. Por otra parte, no es efectivo que un parlamento unicameral funcione más rápido en el desempeño de su labor legislativa, dadas las varias herramientas jurídicas con que cuenta el Presidente chileno en su calidad de colegislador para influir en la formación de la ley, por ejemplo, la iniciativa exclusiva en

¹⁶¹ Véase lo dicho en la nota 12.

¹⁶² Art. 27 de la CPR 1980.

¹⁶³ Esto refuta lo señalado por GARRIDO, *op. cit.*, p. 25, ya citado en la nota 8.

¹⁶⁴ SARTORI, *op. cit.*, p. 199 y s.

¹⁶⁵ El histriónico Abdalá Bucaram fue declarado por el Parlamento con “incapacidad mental para gobernar” sin mediar examen médico alguno, en tanto que Martín Vizcarra fue declarado por el Congreso con “permanente incapacidad moral” por estar vinculado a casos de corrupción, pero sin estar procesado y habiendo muchos congresistas en su misma situación.

ciertas materias, las urgencias, el límite de las ideas matrices, el veto, el requerimiento de control de constitucionalidad o el someter un proyecto propio a la segunda cámara cuando la de origen lo rechazó, con lo cual, resulta que en gran medida los tiempos legislativos los marca el Ejecutivo. A lo recién comentado, cabe agregar el ya señalado aumento del ámbito de aplicación de la potestad reglamentaria. Y tampoco es cierto que un parlamento unicameral sea más económico, pues esto dependerá de muchos factores como: la cantidad de escaños, los procedimientos de trabajo y sus gastos operacionales, el monto de la dieta parlamentaria y las asignaciones, por nombrar solo algunos.

Tampoco parece del todo razonable la crítica fundada en la aseveración de Emmanuel Sieyès en cuanto a que dos cámaras con mayorías distintas se obstruyen, lo cual sería ilógico por ser la voluntad popular una sola. El error de dicha afirmación radica en que toma como base la existencia de una supuesta “voluntad general”. El sistema político y democrático se estructura sobre la base de una serie de ficciones, por ejemplo, esta supuesta “voluntad general”¹⁶⁶. ¿Cómo se puede saber lo que la sociedad quiere? Al respecto, no debe perderse de vista el fenómeno conocido como la “imposibilidad de Arrow”¹⁶⁷, que señala que al sumar las preferencias individuales que cumplen ciertas condiciones de objetividad, transitividad e independencia de alternativas irrelevantes, resulta imposible construir una única preferencia social que cumpla las mismas condiciones, es decir, en cualquier caso, y cualquiera que sea el método que se emplee, siempre la construcción de una preferencia social va a lesionar preferencias individuales^{168, 169}. Esta es la demostración matemática de que la “voluntad general” no existe, sino que, más bien, se construye, lo cual derriba científicamente la pretensión de grupos, partidos políticos o movimientos que levanten la voz ante determinada coyuntura alegando representar la voluntad general. La respuesta pasa, entonces, por analizar los sistemas electorales, pero entendiendo que con ellos se designan representantes del cuerpo social quienes tendrán la misión de construir una ficción equivalente a “una” voluntad general, y no “la” voluntad general (que no existe). Se dice, por ende, que la salud de una democracia depende de un pequeño detalle técnico, el sistema electoral¹⁷⁰, entendiéndose

¹⁶⁶ Andrea GREPPI, “Representación política y deliberación democrática”, p. 151.

¹⁶⁷ Se trata de un fenómeno descrito por Kenneth Arrow, Premio Nobel de Economía de 1972.

¹⁶⁸ Harvey ROSEN, *Hacienda Pública*, p. 120 y ss.

¹⁶⁹ Jean-Baptiste HARGUINDEGUY, *Análisis de políticas públicas*, p. 68.

¹⁷⁰ Jaime Antonio ETCHEPARE JENSEN, “¿Es el sistema electoral binominal intrínsecamente perverso?”, p. 59, citando al filósofo español José Ortega y Gasset.

por tal el conjunto de reglas que determinan cómo se llevan a cabo las elecciones y los referéndums, y cómo se determinan sus resultados, y en caso de haber varios cargos a llenar en una misma elección, es la forma de transformar votos en escaños, pero entendiendo también que todo sistema electoral genera distorsiones, por lo que es un error asumir que hay sistemas más “democráticos” que otros, sino que el optar por uno u otro sistema responde simplemente a cuál es el objetivo político que se busca alcanzar^{171, 172}.

No es difícil advertir que muchas de las críticas que suelen hacerse a determinadas reglas electorales y de generación de mayorías en realidad son infundadas, y no pocas veces se tratan de refinadas elaboraciones intelectuales que tienen como grotesco punto de partida un supuesto falso¹⁷³, como ocurre con la muy difundida crítica de que los quórum reforzados o ciertos sistemas electorales distorsionan la voluntad ciudadana o, más bien dicho, la expresión de la voluntad ciudadana en el Parlamento. El problema de esta afirmación es que parte del supuesto falso de que la mayoría parlamentaria coincide, o debiera coincidir, con la mayoría ciudadana, siendo fácil demostrar que esta hipotética coincidencia en realidad no existe por múltiples factores, es imposible que llegue a existir y, en suma, esta distorsión se puede moderar, pero no eliminar.

Primero, ya fue señalado que todo sistema electoral genera distorsiones, sea que se trate de sistemas mayoritarios o proporcionales, lo cual ya debiera bastar para poner en dudas la supuesta correspondencia inicial entre mayoría parlamentaria y mayoría ciudadana.

¹⁷¹ Véase a Dieter NOHLEN, *Sistemas electorales y partidos políticos*, p. 64 y ss. y 122 y ss.: los sistemas mayoritarios otorgan todos los escaños a la lista más votada, produciendo, de modo espontáneo, dos grandes bloques, en cambio, entre los sistemas proporcionales existen grandes matices, por ejemplo, el sistema D'Hondt de cifra repartidora sobrerrepresenta a las listas más votadas, y el sistema Hare de proporciones matemáticas sobrerrepresenta a las listas menos votadas, generando, a su vez, serias incongruencias al contrastarlo con el sistema D'Hondt, pero todos tienden a propiciar el multipartidismo.

¹⁷² Por otra parte, también se suele decir que el lugar natural de las mayorías es el gobierno, en tanto que el sitio donde se expresan las minorías es el Parlamento, y aquí radica la importancia de que exista un adecuado equilibrio entre las atribuciones reales de los poderes del Estado, los frenos y contrapesos, un diseño institucional que impida la inacción como consecuencia de bloqueos, pero que, a la vez, sea capaz de reaccionar ante malas prácticas y usos torcidos de herramientas constitucionales.

¹⁷³ Sergio VERDUGO, “Las debilidades de las críticas a las súper-mayorías”, analiza cómo aquellos críticos presentan argumentos citando autores en forma incompleta o descontextualizada, para así elaborar teorías que resultan lógicas desde una perspectiva abstracta, pero incapaces de satisfacer consideraciones instrumentales al contexto en que operan las instituciones y a sus fines.

Segundo, en los sistemas electorales en que se vota por listas, por ejemplo, en el D'Hondt, que se utiliza en Chile para elegir parlamentarios desde 2015, consejeros regionales desde 2013 y concejales desde 2004, la gente, utilizando su intuición, vota por la persona y no por la lista, en circunstancias que teóricamente el sistema está pensado en generar un resultado que representa a la lista en su conjunto, no a los miembros que la componen, produciéndose así un resultado peligrosamente contra intuitivo.

Tercero, un efecto conocido del sistema D'Hondt son los "arrastres", donde, justo, resultan electos candidatos que, considerados en su individualidad, son poco competitivos y obtuvieron muy pocas preferencias, pero como este sistema considera la representatividad de la lista completa, se produce, en concreto, un resultado que es artificial desde el punto de vista de los miembros que componen la lista: quien es electo obteniendo el 1% de los votos, en realidad no lo es en virtud de dicho porcentaje de apoyo, sino por el arrastre producido al interior de su lista.

Cuarto, en razón de lo anterior, y considerando que el sistema D'Hondt fue creado en 1878 en el contexto de una Europa de sistemas parlamentarios, da la sensación que tiene un mejor desempeño o, al menos, funciona de manera más lógica, en sistemas parlamentarios de grandes partidos disciplinados que tienden a agruparse en bloques, que en sistemas presidenciales con parlamentos fragmentados, ya que en el contexto de partidos grandes puede justificarse que la votación se traslade a una representación de las listas, mientras que esto parece del todo absurdo en sistemas fragmentados y en que la gente vota pensando en la persona.

Quinto, nótese, además, que los parlamentarios tienen incentivos propios desde el momento mismo en que resultan electos, distintos y muchas veces incompatibles con los de sus electores, y que no solo tienen que ver con la expectativa de ser reelegidos, sino que, también, se vinculan con las relaciones que cada uno entable con su partido o con las bancadas.

Sexto, considérese también el efecto distorsionador del voto voluntario, de especial importancia en los países no desarrollados por ser sus sociedades más heterogéneas, en contraposición al mundo desarrollado donde los grandes temas sociales ya están resueltos. A todo lo ya comentado, hay que agregar la exigencia de paridad de género para la presentación de candidatos por los partidos o a las claras para producir resultados, lo que en potencia es un factor adicional de distorsión entre la mayoría ciudadana y la mayoría producida por las reglas electorales. No existen formas más adecuadas o más democráticas de generar mayorías, como también es falso que la mayoría ciudadana coincida con la mayoría parlamentaria, por lo que muchas de las críticas que suelen hacerse a ciertas reglas electorales no se sostienen.

Por esta razón es que se suele decir que con los quórumos reforzados se pretende lograr acuerdos amplios ante la imposibilidad de generar acuerdos unánimes, es decir, se trata de una excepción a la regla *pacta sunt servanda* en materia contractual, ya que la aplicación de dicha regla elevaría a un ámbito irracional los costos de transacción cada vez que se pretendiera tomar una decisión por la unanimidad de los miembros de la sociedad. Esto es así, incluso cuando en materia constitucional pudiera considerarse que la regla óptima es la unanimidad, aunque esto pueda traducirse en que un único individuo manda, el que impida la unanimidad y, por consiguiente, fuerce a mantener el *statu quo*¹⁷⁴. Parece aceptada transversalmente la idea de que la gobernabilidad implica que la regla general para la toma de decisiones sea la mayoría simple¹⁷⁵, aunque ante decisiones de especial trascendencia, dada la imposibilidad de lograr la unanimidad entre los millones de miembros del cuerpo social, se recurra a la regla de los quórumos reforzados, pues así no solo se modera la distorsión ya señalada, sino que, además, se protege a las minorías ante mayorías parlamentarias frágiles, transitorias y volátiles. De ello, se deriva que los quórumos reforzados no están concebidos en realidad como excepciones a la regla general de la mayoría simple, o como “vetos” de las minorías, sino que deben entenderse como excepciones a la deseable regla de la unanimidad, ante la imposibilidad de que esta se materialice^{176, 177}. Y todo lo anterior es sin olvidar que las asambleas deben entenderse como

¹⁷⁴ Carlos PEÑA, *Pensar el malestar. La crisis de octubre y la cuestión constitucional*, p. 218.

¹⁷⁵ VERDUGO, *op. cit.*

¹⁷⁶ Como ejemplos de quórumos reforzados en el mundo, se verifica la exigencia de $\frac{2}{3}$ o $\frac{3}{5}$ de las cámaras para adoptar acuerdos en las Constituciones de Estados Unidos (arts. 1° secciones 3, 5 y 7; 2° sección 2; 5°, y en las enmiendas XII, XIV sección 3 y XXV sección 4), Argentina (arts. 30, 53, 59, 66, 70, 75 N° 22, 81, 83, 86 y 99 n.° 4), Alemania (arts. 29, 39, 42, 53a, 61, 77, 79, 80a, 98, 115a, 115e y 115h), Francia (arts. 11, 13, 68, 88-5 y 89), España (arts. 167 y 168), e Italia (arts. 79, 83, 104 y 138).

¹⁷⁷ Ya se hizo referencia al Poder Legislativo de la Unión Europea, el cual se compone de dos “cámaras”, el Parlamento que representa a la población y funciona por mayoría, y el Consejo que representa a los gobiernos, en el que, si bien el quórum por defecto es la mayoría simple, hay materias en que se exige la aprobación por “mayoría cualificada”, que según el art. 16 de Tratado de la Unión Europea corresponde a “un mínimo del 55% de los miembros del Consejo que incluya al menos a quince de ellos y represente a Estados miembros que reúnan como mínimo el 65% de la población de la Unión. Una minoría de bloqueo estará compuesta por al menos cuatro miembros del Consejo, a falta de lo cual la mayoría cualificada se considerará alcanzada”. Se trata, por tanto, de un sistema de “doble mayoría”. Pero existe, además, un catálogo de materias que requieren la aprobación por la unanimidad del Consejo, por ejemplo, el ingreso de nuevos Estados miembros a la Unión, la ciudadanía y las finanzas comunitarias.

instancias de debate, y no solo como la institucionalización del conteo de votos. Nótese en todo caso que la mayoría absoluta parece ser más frágil en un régimen presidencial que en uno parlamentario, pues, si bien a nivel numérico dicha mayoría es siempre “más de la mitad”, políticamente dicha mayoría es más frágil en un régimen presidencial con un sistema de partidos fragmentado que en un régimen parlamentario con un sistema de partidos que tiende a generar dos bloques más estables y, por consiguiente, parece aún más justificada la existencia de quórumos reforzados para ciertas materias importantes en los sistemas multipartidistas como el chileno, para así asegurar con eficacia, que la mayoría parlamentaria se corresponda en la mayor medida posible con el sentir de la mayoría ciudadana.

Por otra parte, como ya se ha señalado, no existe la representación “territorial”, sino que esta siempre será “política”, con lo cual la crítica de que un senado es disfuncional en el Estado unitario no se sostiene, pues su razón de ser no es su carácter “territorial”, sino que servir de “cámara de reflexión”. Por tanto, cuando se habla de la necesidad de reformularlo con carácter “regional” tampoco queda claro a qué podría referirse esto, por cuanto, en definitiva, se está insistiendo en una concepción ya abandonada por la doctrina. Son solo afirmaciones sin real argumentación. Además, muchas de las típicas críticas que se suelen escuchar en Chile respecto del Senado, son solo repeticiones de lo que se argumenta en otras latitudes en contextos distintos, y que, por tanto, improcedentes en la realidad local. Por ejemplo, este país no es ni federal ni parlamentario, sino que es unitario, presidencialista y con un sistema de partidos muy fragmentado, lo cual hace inaplicables las críticas que señala la doctrina respecto del *Bundesrat* o del Senado español. En contrapartida, ya se ha señalado en extenso, que el Senado chileno siempre ha tenido atribuciones considerables (no es una cámara subordinada). Por tanto, debe abandonarse ya la idea de que el Senado sea una cámara de “representación”, sino que más en propiedad, es una “cámara de reflexión”. Y también es claro que la menor dispersión ideológica que se produce en los senados, por ser más pequeños que las cámaras bajas, facilita el diálogo y los acuerdos, lo cual no solo es deseable por concretar el efecto moderador que se entiende como propio de la Cámara Alta, sino que, además, no debe ser visto como un elemento constitucional contra mayoritario o perjudicial para la libre expresión de la voluntad popular si, como ya se ha dicho, la voluntad general no es más que una ficción matemáticamente demostrable, como también es una falacia la supuesta coincidencia entre la mayoría ciudadana y la mayoría parlamentaria.

Se cree que en Chile el desempeño del Senado ha sido bueno, y que, como resultado, mejora la calidad de la legislación. Solo como ejemplo de los últimos años, considérese las varias veces en que un proyecto aprobado

por la Cámara de Diputados en forma rápida, sin la debida reflexión, y con un debate muy encendido, producto de la contingencia, especialmente votando en bloque artículos de contenido bastante complejo por lo técnico del tema a tratar, al pasar dicho proyecto al Senado se ha utilizado esta segunda lectura para formalizar acuerdos más amplios entre el gobierno y la oposición para, sobre la base de estos acuerdos, comenzar de lleno el estudio del proyecto aprobado a la carrera por los diputados. Así ocurrió en 2014 con el acuerdo alcanzado en el Senado para aprobar una gigantesca reforma tributaria *Express* al inicio del segundo gobierno de Michelle Bachelet, que terminó al fin, con la promulgación de la Ley n.º 20 780, la cual de todas formas al poco tiempo debió ser corregida con la “Ley de simplificación” n.º 20 899, por los serios problemas técnicos que aquella ley presentaba. ¿Cómo habría resultado la primera ley si el Senado no hubiese existido? Situación similar ocurrió con los acuerdos alcanzados en el Senado en 2020 para “enfriar” el debate y poder negociar mejores condiciones técnicas para aprobar el retiro del 10% de los fondos de pensiones. Es necesario recordar los casos de las ya mencionadas destituciones de los expresidentes Abdalá Bucaram y Martín Vizcarra.

En fin, parece que en general el Senado chileno es una pieza muy importante dentro de nuestra institucionalidad, es decir, no es para nada una cámara superflua, sino que al contrario, ha demostrado ser útil y necesaria para el buen funcionamiento del ordenamiento constitucional. Se trata de un órgano fuerte, con muchas atribuciones propias, y que ha cumplido bien su papel de cámara de reflexión y de facilitar acuerdos. Por tanto, no se debe caer en la tentación de criticarlo repitiendo juicios doctrinarios que, si bien son válidos en otras latitudes, son del todo inaplicables a la realidad institucional del país.

VIII. Conclusiones

Los senados no son por sí mismos anacrónicos ni obsoletos, sino que pueden realmente ser un buen aporte según como se les diseñe, en tanto que muchos de los verdaderos problemas que suelen padecer se explican mejor como consecuencias del sistema electoral y del sistema de partidos, y no por los citados defectos de diseño. Como dice el refrán: “la culpa no es del chanco sino del que le da el afrecho”.

La función esencial del Senado es ser una cámara de reflexión que contribuya a la moderación y a mejorar la calidad de la legislación, debiendo descartarse de plano toda pretensión de “representación territorial” por ser esta lisa y llanamente imposible. Tampoco es aceptable la teoría

de la obstrucción de la voluntad general, ya que, al ser una ficción, que jamás la mayoría ciudadana coincidirá con la mayoría parlamentaria. La moderación debe ser entendida más bien como un “evitar los excesos” de mayorías parlamentarias espontáneas, frágiles y transitorias, especialmente para proteger a las minorías; al igual que los quórums reforzados, siendo una interpretación falsa y sesgada el asociar la moderación con “la derecha” o con “vetos”, sino que debe entenderse en términos de “prudencia”.

En Chile, el desempeño del Senado parece ser positivo, pues se trata de un senado fuerte, con atribuciones significativas, que, aunque esté inserto en un parlamento débil, sí ha permitido introducir mayor reflexión al proceso legislativo. En consecuencia, es de estimar que el Congreso Nacional debe continuar siendo bicameral.

IX. Bibliografía

- AJA, Eliseo, *Estado autonómico y reforma federal*, Madrid, Alianza Editorial, 2014.
- ALCAIDE FERNÁNDEZ, Joaquín y Rafael CASADO RAIGÓN (coords.), *Curso de Derecho de la Unión Europea*, 3ª ed., Madrid, Editorial Tecnos, 2018.
- ÁLVAREZ CONDE, Enrique, Alfonso GARCÍA-MONCÓ y Rosario TUR AUSINA, *Derecho autonómico*, Madrid, Editorial Tecnos, 2013.
- CHÁVARRI SIDERA, Pilar y Irene DELGADO SOTILLOS (coords.), *Sistemas políticos contemporáneos*, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2018.
- ETCHEPARE JENSEN, Jaime Antonio, “¿Es el sistema electoral binominal intrínsecamente perverso?”, en *Revista de Derecho Universidad Católica de la Santísima Concepción*, n.º 14, Concepción, 2006.
- FERMANDOIS VÖHRINGER, Arturo, “El Senado en el Derecho Comparado”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 24, n.º 2, Santiago, 1997.
- FERMANDOIS VÖHRINGER, Arturo, “La reserva legal: una garantía sustantiva que desaparece”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 28, n.º 2, Santiago, 2001.
- FOILLARD, Philippe, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 22ª ed., Bruxelles, Éditions Larcier, 2016.
- GARCÍA ROCA, Javier (ed.), *Pautas para una reforma constitucional. Informe para el debate*, Pamplona, Editorial Aranzadi S.A., 2014.
- GARRIDO LÓPEZ, Carlos y Eva SÁENZ ROYO, “Razones para plantear la supresión del Senado”, en *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, n.º 7, Zaragoza, 2014.
- GARRIDO LÓPEZ, Carlos, *El Senado ante el enigma de la representación territorial*, Madrid, Marcial Pons, 2019.
- GREPPI, Andrea, “Representación política y deliberación democrática”, en Mariano MELERO C (ed.), *Democracia, deliberación y diferencia*, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Universidad Autónoma de Madrid, 2007.

- HARGUINDÉGUY, Jean-Baptiste, *Análisis de políticas públicas*, Madrid, Tecnos, 2018.
- JORDÁN GLADUF, Josep María y Cecilio TAMARIT ESCALONA (coords.), *Economía de la Unión Europea*, Pamplona, Thomson Reuters, 2013.
- LÓPEZ GARRIDO, Diego, Marcos FRANCISCO MASSÓ GARROTE y Lucio PEGORARO (dirs.), *Derecho constitucional comparado*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2017.
- MARTÍNEZ SOSPEDRA, Manuel, “El Senado reformado: ¿cámara o concejo? (o porqué no es procedente el Bundesrat como modelo)”, en *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Cerol* n.º 40, Valencia, 2002.
- NOHLEN, Dieter, *Sistemas electorales y partidos políticos*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1994.
- PEÑA, Carlos, *Pensar el malestar. La crisis de octubre y la cuestión constitucional*, Santiago, Penguin Random House Grupo Editorial, 2020.
- ROMERO CARO, Francisco Javier, “Senado y sistema federal en Canadá: ¿Imposibilidad de una reforma deseable?”, en *Revista de Estudios Políticos*, n.º 172, Madrid, 2016.
- ROSEN, Harvey, *Hacienda pública*, Madrid, McGraw Hill, 2008.
- ROUDIER, Karine, *Droit constitutionnel*, Mesnil-sur-l’Estrée, Bréal, 2017.
- SÁENZ ROYO, Eva, *Desmontando mitos sobre el Estado autonómico*, Madrid, Marcial Pons, 2014.
- SALES, Éric, *Le droit constitutionnel de la V^e République*, Paris, Ellipses Édition Marketing S.A., 2015.
- SARTORI, Giovanni, *Ingeniería constitucional comparada. Una investigación de estructuras, incentivos y resultados*, Santiago, Fondo de Cultura Económica Chile S.A., 1996.
- SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, *Tratado de derecho constitucional*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000, vol. VI.
- VARELA SUANZES-CARPEGNA, Joaquín, “La reforma constitucional del Senado”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 17, Madrid, 2006.
- VERDUGO, Sergio, “Las debilidades de las críticas a las súper-mayorías”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XLII, Valparaíso, 2014.
- ZÚÑIGA URBINA, Francisco (coord.), *Nueva Constitución y momento constitucional. Visiones, antecedentes y debates*, Santiago, Thomson Reuters, 2014.

NORMAS

- Constitución de Alemania (1949).
- Constitución de Argentina (1994).
- Constitución de Bélgica (1993).
- Constitución de Canadá (1867).
- Constitución de Chile (1833).

Constitución de Chile (1925).
Constitución de Chile (1980).
Constitución de España (1978).
Constitución de Estados Unidos (1789).
Constitución de Francia (1958).
Constitución de Irlanda (1937).
Constitución de Italia (1947).
Tratado de la Unión Europea, última versión según el Tratado de Lisboa de 2007.

Siglas y abreviaturas

a.C.	antes de Cristo
art.	artículo
arts.	artículos
CENC	Comisión de Estudios de la Nueva Constitución
coord.	coordinador
coords.	coordinadoras <i>a veces</i> coordinadores
CPR	Constitución Política de la República
d.C.	después de Cristo
dirs.	directores
ed.	edición <i>a veces</i> editor
etc.	etcétera
n.º	número
OTAN	Organización del Tratado del Atlántico Norte
<i>op. cit.</i>	<i>opus citatis</i> (obra citada)
p.	página
pp.	páginas
s.	siguiente
sss	siguientes
S.A.	Sociedad anónima
vol.	volumen

EL VALOR
DE LA CONSTITUCIÓN DEMOCRÁTICA
(DE ESTADOS UNIDOS):
REFLEXIONES SOBRE SU IMPORTANCIA
DESDE LA PERSPECTIVA
DE ALEXIS DE TOCQUEVILLE

THE VALUE OF THE (US)
DEMOCRATIC CONSTITUTION:
REFLECTIONS ON ITS IMPORTANCE FROM
ALEXIS DE TOCQUEVILLE PERSPECTIVE

*Juan Andrés González Tugas**

Resumen

Una Constitución no es un hecho que por sí mismo acredite o garantice el orden democrático. En ese sentido, hay constituciones que no obstante contemplar un detallado código de conductas o un completo programa de acción político, no reúnen las condiciones necesarias y suficientes que permitan la subsistencia de una comunidad política de individuos libres e iguales.

En esta investigación, analizamos el valor de la Constitución en el contexto de las instituciones que conforman el orden democrático descrito por Alexis de Tocqueville.

Palabras clave: Constitución, igualdad, libertad, orden democrático, Alexis de Tocqueville.

Abstract

The existence of a constitution is not in itself a fact that proves democratic order. In this sense, there are constitutions which, despite contemplating a detailed code of conduct or a complete programme of political action, do

* Doctor en Derecho, Universidad de los Andes. Artículo recibido el 8 de enero de 2021 y aceptado para su publicación el 5 de marzo de 2021. Correo electrónico: jagontu@gmail.com

not meet the necessary and sufficient conditions to allow the subsistence of a political community of free and equal individuals.

This paper analyses the value of the Constitution in the context of the institutions that make up the democratic order described by Alexis de Tocqueville.

Keywords: Constitution, equality, freedom, democratic order., Alexis de Tocqueville.

*I. Antecedentes:
Alexis de Tocqueville y su obra.
Aproximaciones*

Con el objetivo de realizar un estudio sobre el sistema carcelario, Alexis Charles Henri Clére, vizconde de Tocqueville, emprendió viaje a Estados Unidos de Norteamérica en 1831. Con su visita, no solo acomete el propósito original de su tarea, sino que, además, toma nota sobre aquellos aspectos que cree relevantes para la formación de la nueva nación americana, como: la costumbre, la historia, la geografía y sus creencias religiosas, sus instituciones y el orden jurídico bajo el cual se estructuran, notas y reflexiones que luego servirían como antecedentes para la redacción de su principal obra: *La democracia en América*.

En un primer volumen, describe el carácter y temperamento de los hombres y mujeres que viven al sur y norte de las riveras del Hudson, revelando algunos detalles de la expansión colonizadora y de los otros pueblos que habitaban el continente. Además, analiza el sistema político y económico a la luz de sus instituciones democráticas y reflexiona sobre las implicancias de la religión en la cultura e idiosincrasia de ese país. Por esa vía, destaca el profundo respeto que profesan los estadounidenses hacia la libertad y los derechos individuales, en especial, las libertades de prensa, de asociación y el derecho a sufragio. Es en este contexto que la Constitución y las leyes adquieren valor e importancia. A través de la segunda parte, profundiza varias de sus hipótesis desde un planteamiento más conservador y pragmático. Así, examina los riesgos que surgen con el igualitarismo social y advierte sobre la existencia de un sujeto aislado e individualista, gobernado por los intereses materiales y la opinión de la mayoría.

Muchas de las reflexiones que formuló en torno a la democracia fueron recogidas en trabajos posteriores. Así, entre 1835 y 1851 desarrolla una serie de investigaciones sobre la sociedad y las instituciones democráticas

a partir de las cuales escribe *Memorias sobre el pauperismo y Recuerdos de la Revolución*. Con el primer trabajo, insiste en la importancia de concretar todas aquellas reformas que permitan la transformación de la sociedad hacia un orden democrático y analiza los derechos como una consecuencia práctica del concepto de equidad¹. Con *Recuerdos de la Revolución* examina las repercusiones que tuvo la revolución de 1848 en Europa con el surgimiento del ideario socialista a partir de los movimientos de trabajadores. Finalmente, en 1857 reflexiona sobre los atributos y debilidades del *El Antiguo Régimen y la Revolución*, advirtiendo la existencia de un proceso histórico regresivo por el cual la revolución democrática corre el riesgo de transformarse en un fundamentalismo religioso de masas².

Aun cuando el ideario del antiguo régimen admitía la libertad política³, el tejido social es articulado en función de un vínculo de mando y obediencia sujeto al reconocimiento de privilegios e inmunidades que beneficiaban al gobierno directo por un número reducido de familias aristocráticas. Desde esa realidad, el viejo orden se sustenta en una comunidad de valores arraigada con fuerza en la costumbre medieval⁴. Siguiendo su tesis, contra ese mundo de privilegios y valores se revela el orden democrático.

II. La irrupción del nuevo orden

La democracia refleja el advenimiento de un “hecho generador” de origen complejo. El hecho, en cuanto tal, no solo nos remite a la sociedad civil de John Locke, y a la injerencia que posee el comercio sobre las costumbres en el espíritu de las leyes del barón de Montesquieu, Charles Louis de Secondat. Tampoco se limita al interés egoísta que motiva las decisiones de *El Príncipe* de Nicolás Maquiavelo, ni a la naturaleza animal del hombre en los términos descrito en el *Leviatán* de Thomas Hobbes. En fin,

¹ Giana ENGLERT, “The idea of Rights”, p. 668.

² Alexis de TOCQUEVILLE, *El antiguo régimen y la revolución*, vol. 1., p. 97. Sobre la noción de fundamentalismo, Joshua MITCHELL, “Tocqueville for a Terrible Era”, pp. 556-557.

³ TOCQUEVILLE, *El antiguo régimen...*, *op. cit.*, p. 197. Son tres las dimensiones bajo las cuales Alexis de Tocqueville trata la libertad: a partir de los beneficios que produce la vida política de un gobierno libre, como una forma para diferenciar libertad democrática y libertad aristocrática, y como un bien en sí mismo. Melvin RICHTER, *Tocqueville on Threats to Liberty in Democracies*, p. 247

⁴ MITCHELL, *op. cit.*, pp. 556-557. Así, los valores del honor, de la guerra, de la formalidad etc. son reemplazados por su polo opuesto; el interés personal, la autoconservación o la necesidad de lo inmediato.

este hecho generador no se reduce a la desigualdad a que nos condena el contrato social de Jean-Jacques Rousseau⁵.

El nuevo orden propuesto por Alexis de Tocqueville se refiere a una sociedad de semejantes en la que convergen las asociaciones en el plano político y social, el interés individual en la vida privada, la religión y las costumbres en el terreno de la ética, la defensa de las libertades individuales y derechos civiles en el plano jurídico y el equilibrio de poderes en el ámbito de la política. Pero sobre todo, a partir de la igualdad de condiciones y de la soberanía del pueblo, destaca la libertad como motor de una sociedad de iguales. A dicho orden concurren la Constitución y las leyes.

Sin embargo, no solo da cuenta de los atributos que posee la democracia sino, también, nos advierte de sus peligros y debilidades. Si bien la democracia se identifica con sociedades políticamente participativas e inclusivas, también se relaciona con regímenes tiránicos o despóticos como consecuencia de los procesos de consolidación del poder⁶. Y es que la centralización del poder es una tendencia a la que se ven expuestas todas las sociedades democráticas⁷. En ese contexto los escritos del jurista francés exploran la idea de un individuo aislado de sus semejantes e indiferente de sus deberes en una sociedad marcada por el materialismo⁸. Para fortalecer los atributos de la democracia y hacer frente a sus vicios, reconoce la importancia de la religión como elemento moderador del comportamiento humano y destaca el papel que desempeñan las instituciones como manifestación de la libertad⁹.

Independiente de la profundidad con que pudo penetrar la realidad de la sociedad estadounidense¹⁰, resulta incuestionable la pertinencia y originalidad de su pensamiento. Está convencido del inicio de una “gran

⁵ Catherine H. ZUCKERT, “Tocqueville’s “New Political Science”, pp. 148, 149.

⁶ James T. SCHLEIFER, “Democratic Dangers, Democratic Remedies, and Democratic Character”, p. 58 Junto a esta paradoja surgen la tiranía legislativa y la tiranía ejecutiva, la dictadura militar o el gobierno de las reglas unipersonales. En fin, en connivencia con el orden democrático surge la tiranía de las mayorías.

⁷ SCHLEIFER, *op. cit.*, pp. 59-60. Una vez que el poder del gobierno se concentra es improbable que su administración no propenda a la realización de los detalles. Desde esta perspectiva la concentración del poder se presenta por dos vías: gubernamental y administrativa.

⁸ *Op. cit.*, pp. 57-58 Tanto el materialismo como el individualismo erosionan la participación pública y conducen al colapso de la vida cívica, afectando los fundamentos éticos sobre los que descansa la sociedad. Sobre el individualismo y el despotismo en las sociedades democráticas véase también, Harvey C. MANSFIELD, *Tocqueville A Very Short Introduction*, pp. 57-83

⁹ Alexis TOCQUEVILLE, *La democracia en América*, vol. 1, p. 187

¹⁰ Garry WILLS, “Did Tocqueville ‘Get’ America?”, p. 3

revolución democrática”, revolución que en Estados Unidos de Norteamérica se realiza de manera completa y pacífica¹¹.

III. El hecho generador y el dogma de la soberanía del pueblo

La teoría de Alexis de Tocqueville es compleja no por su nivel de abstracción, sino por la concreción y practicidad de sus presupuestos. Nos relata que el fenómeno de la democracia estadounidense se asocia a un hecho o principio generador¹²: la igualdad de condiciones. A partir de este hecho se desglosan dos elementos consustanciales al concepto de democracia: la soberanía del pueblo y la existencia de un régimen de derechos y libertades iguales para todos.

En efecto, las primeras colonias americanas construyeron su independencia a partir del dogma de la soberanía popular, postulado muy distinto al principio de soberanía del Parlamento, que en sus inicios conoce Inglaterra o el de soberanía de la nación, que propugnan los ideólogos de la Revolución francesa¹³. Teniendo presente ese dogma y

“con el fin de formar una unión más perfecta y de establecer la justicia, de asegurar la tranquilidad interior, de proveer la defensa común, de acrecentar el bienestar general y de hacer durables los beneficios [...] de la libertad”,

el primer acápite de la Constitución estadounidense confiere al pueblo la titularidad del “poder constituyente”¹⁴.

¹¹ ZUCKERT, *op. cit.*, p. 143

¹² TOCQUEVILLE, *La democracia...*, *op. cit.*, vol. 1, p. 31. Sobre la igualdad de condiciones como hecho o principio generador véase: Pierre MANENT, *Tocqueville y la naturaleza de la democracia*, p. 30

¹³ La “soberanía del pueblo” en Estados Unidos de Norteamérica ha de ser interpretada de manera restrictiva. Desde esta perspectiva, su constitucionalismo es claro en rechazar un orden político sujeto al dogma de la soberanía popular absoluta como también otro que delegue en el Parlamento dicha soberanía de manera ilimitada. A este respecto puede consultarse el ideario político transcrito por Alexander Hamilton, James Madison y John Jay en *El Federalista*. En todos ellos es posible advertir un grado de desconfianza respecto de cualquier argumento que justifique la concentración del poder de manera absoluta y total sobre la base del pueblo o la mayoría. Sobre esta materia basta con consultar las aprensiones de Alexander Hamilton para la redacción de una nueva Constitución en su artículo introductorio n.º 1, de *El Federalista*. Alexander HAMILTON, James MADISON y John JAY, *El Federalista*, p. 35

¹⁴ TOCQUEVILLE, *La democracia...*, *op. cit.*, vol. 1, p. 117.

La soberanía del pueblo no tiene relación con un régimen político en particular ni con un modelo de gobierno específico, sino con un orden social que es amparado por un sistema de límites y controles al poder fundado en el reconocimiento de los derechos y libertades individuales. Por esa razón, la soberanía popular no es un hecho “oculto ni es estéril”¹⁵ como ocurre con la soberanía absoluta¹⁶, ni responde al juego de poderes entre un monarca y su parlamento. La soberanía popular a que hace referencia la democracia Estados Unidos refleja una realidad que pertenece a todos los ciudadanos y se distribuye entre todos los que conforman y participan activamente en la comunidad política: es la “ley de leyes” por la que el pueblo de cada Estado se apropia del “gobierno de la sociedad”¹⁷. Luego, desde el momento en que por un acto de autoridad son lesionados los derechos individuales, o cuando el individuo reclama su ayuda o asistencia para su protección, el gobierno central tiene la obligación o facultad de interferir. Bajo esta premisa, se articula la noción de subsidiariedad.

De esta forma, la soberanía del pueblo domina todo el sistema político sin interferir en los derechos de sus conciudadanos. Incide, por ejemplo, en la convivencia de los grupos intermedios y también en el respeto de las libertades de cada individuo. Influye en las costumbres, en los hábitos y en la religión, sin que ninguna de ellas pueda imponer una verdad última y absoluta. Determina el marco institucional que hace posible la articulación societaria, la conformación de los condados y distritos y el gobierno de cada Estado. Incide, en última instancia, en la promulgación de las leyes federales y en la vigencia de su Constitución: no hay democracia sin un régimen igualdad de condiciones, ni tampoco soberanía popular sin libertades individuales.

IV. La tradición y sus principios

La tradición constitucional de Estados Unidos tiene sus raíces en el profundo conflicto “religioso, político y revolucionario” que surge en la Inglaterra de los Tudor durante las últimas décadas del siglo XVI¹⁸. En efecto, la

¹⁵ TOCQUEVILLE, *La democracia...*, op. cit., vol. 1, p. 74.

¹⁶ Jean BODIN, *Les six livres de la Republique*. La soberanía americana toma distancia del concepto de soberanía absoluta, ilimitada, inalienable e imprescriptible acuñada por Jean Bodin, para quien la facultad de dictar leyes sin consentimiento alguno, declarar la guerra sin expresión de causa, designar o remover funcionarios a entero arbitrio, juzgar de manera inapelable, conceder gracias y privilegios, acuñar monedas e imponer tributos, conforman parte de los elementos de ese concepto.

¹⁷ TOCQUEVILLE, *La democracia...*, op. cit., vol. 1, p. 75.

¹⁸ Robert M. CRUNDEN, *Introducción a la historia de la cultura norteamericana*, pp. 21-35

lucha teológica que se produjo al interior de la Iglesia anglicana entre dos facciones –la iglesia episcopal apegada a la jerarquía y la iglesia presbiteriana o congregacional, denominada también separatista o independiente–, determinó la huida de muchas familias de clase media hacia el continente americano. En consecuencia, no fue la escasez de recursos ni la ausencia de bienes materiales la razón que alienta el éxodo de los colonos, sino las profundas convicciones políticas y religiosas por las que el movimiento de inmigrantes se identificó¹⁹. De manera que:

“el puritanismo no era solamente una doctrina religiosa; [desde el momento en que] se confundía en varios puntos con las teorías democráticas y republicanas más absolutas”²⁰.

Así, a inicios del siglo XVII una parte importante del litoral de la costa este de América del Norte se constituye en colonia de la corona inglesa. Cada asentamiento poseía un sistema político propio, que variaba según la modalidad con que el Rey reconoce los derechos a sus colonos. En unos casos,

“el Rey sometía a una parte del nuevo mundo a un gobierno de su elección, encargado de administrar el país en su nombre y bajo sus órdenes”,

en otros, concedía “a un hombre o a una compañía, la propiedad de ciertas porciones” de territorio, o entregaba a un determinado grupo de migrantes el derecho preferente de formarse en sociedad política, “bajo el patronato de la madre patria, y de gobernarse a sí mismo en todo lo que no era contrario a sus leyes”²¹.

Con el objetivo de preservar y proteger la independencia de la que habían sido desprovistos los colonos en su tierra natal y por la cual habían sido perseguidos, las primeras comunidades de *piligrims* justifican su existencia a partir de un “pacto de gracia” entre Dios y el hombre²². Todo aquel que emprendía viaje hacia el nuevo continente lo hacía bajo la convicción de formar parte de una épica de alcance bíblico que no tenía otra finalidad que conducir el mundo hacia el cristianismo: edificar una ciudad en las faldas de una colina para ser la luz entre las naciones del mundo²³. De esta forma, el pacto o acuerdo de gracia entre Dios y el hombre define la relación que existe entre el individuo y la Iglesia o entre

¹⁹ ZUCKERT, *op. cit.*, p. 152.

²⁰ TOCQUEVILLE, *La democracia...*, *op. cit.*, vol. 1, p. 57.

²¹ *Op. cit.*, p. 59.

²² Mario FAZIO, *Historia de las ideas contemporáneas. Una lectura del proceso de secularización*, pp. 50-51.

²³ Mateo 5, 14: “Vosotros sois la luz del mundo; no puede ocultarse una ciudad edificada en el monte...”.

el individuo y la sociedad, justificando por esa vía el fenómeno democrático como resultado de una ética de la reciprocidad²⁴.

Desde esta particular cosmovisión, los colonos defienden su libertad bajo dos grandes órdenes de garantías: el régimen de autonomía territorial conferido por la Corona y la vigencia de un derecho natural promulgado por la divinidad. Por esta vía fueron interpretados los principios que conforman el Local Self Government²⁵ y las reglas del Common Law²⁶.

Fue precisamente sobre ese conjunto de preceptos que entre 1764 y 1765 las trece colonias reclaman su soberanía aduciendo el viejo principio “no taxation without representation”. Teniendo como base ese conjunto de normas, en 1776 las colonias declaran su Independencia²⁷ y en 1787 redactan la Constitución Federal, texto que entra en vigor en 1788.

V. La Constitución de Estados Unidos

La Constitución que analiza Alexis de Tocqueville es breve, sobria y abierta. Es breve porque los siete artículos y doce enmiendas que la conforman, regulan lo esencial de la sociedad civil y política. Es sobria teniendo en cuenta la complejidad de la población y extensión del territorio que normativiza y es abierta en tanto se remite a fuentes distintas de su texto²⁸.

Es una carta escrita y normativa, que además de disponer preceptos básicos que regulan el sistema federal, establece un modelo de frenos y contrapesos que restringe las facultades del gobierno, ya sea que se trate del Poder Legislativo, Ejecutivo o Judicial²⁹.

²⁴ SCHLEIFER, *op. cit.*, pp. 70-71.

²⁵ TOCQUEVILLE, *La democracia...*, *op. cit.*, vol. 1, p. 75.

²⁶ Juan Andrés GONZÁLEZ TUGAS, *El derecho a la educación en la Constitución*, p. 66

²⁷ “Sostenemos con firmeza manifiesta que todos los hombres fueron creados iguales, que su creador los ha dotado de ciertos derechos inalienables, que entre ellos se encuentra la Vida, la Libertad y la búsqueda de la Felicidad” Declaración de Independencia de las Trece Colonias, segundo párrafo del preámbulo.

²⁸ Como la Carta Magna de 1215, el Pacto de Mayflower, la Petition of Rights de 1627 y el Bill of Rights de 1689 de la tradición constitucional inglesa, algunos textos normativos coloniales como el Fundamental Orders of Connecticut de 1639, el Estatuto de Libertad Religiosa de Virginia de 1786 y algunas constituciones de los Trece Estados, en particular las de Pensylvania, Meryland, Carolina del Norte de 1776, Massachusetts de 1780 y New Hampshire, y algunos planes de la Unión. También forma parte de su texto la “Declaración de Independencia” redactada por Thomas Jefferson en 1776 que reconoce el carácter inalienable de los derechos. Antonio Carlos PEREIRA MENAUT, *El constitucionalismo de los Estados Unidos. La magna carta norteamericana vista desde la española*, p. 35.

²⁹ Alexis TOCQUEVILLE, *La democracia...*, *op. cit.*

En fin, lo que observa en ella, en el primer volumen de su obra, no da órdenes ni establece criterios sobre cómo ha de ser la sociedad civil ni mucho menos la vida de sus ciudadanos³⁰. No es un texto filosófico a partir del cual se pueda inferir –desde un plano ideológico– la sociedad o el orden social que se pretende, sino que es una norma sentida y vivida por sus destinatarios. Bajo este respecto es un *living document*³¹.

Por su parte, la tradición de los derechos en la Carta Fundamental descansa en el derecho natural. Así lo hace ver la Declaración de Independencia que reconoce la existencia de unos derechos inalienables, como “la Vida, la Libertad y la búsqueda de la Felicidad”³². Sin perjuicio de ello, el texto que fue redactado en 1787 nada dice sobre estos. En efecto, siguiendo la vieja tradición constitucional de Inglaterra, los derechos y libertades “se entendían implícitos en la Constitución”³³ por lo que no era necesario detallarlos ni prescribirlos exhaustivamente en un texto.

Esta tradición se hizo más normativista cuando en 1791 un primer paquete de enmiendas reconoció de manera asistemática un listado de derechos que restringen o limitan el actuar de la autoridad en favor de las libertades individuales³⁴. Junto a este catálogo de derechos y libertades individuales, haciéndose eco en la tradición del derecho natural la

³⁰ En este sentido es una constitución negativa. PEREIRA, *El constitucionalismo...*, op. cit., pp. 35-36

³¹ *Op. cit.*, p. 37.

³² Declaración de Independencia de los Estados Unidos de Norteamérica.

³³ GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 69.

³⁴ Así, la primera enmienda reconoce la libertad de religión en términos negativos al limitar al Congreso la facultad de establecer o prohibir por ley cualquier tipo de religión. De igual forma, restringe las potestades del gobierno para regular la libertad de expresión, el derecho a reunión pacífica y el derecho de petición. Por su parte, la segunda enmienda consagra el derecho de conservar y portar armas, en tanto que la cuarta asegura la inviolabilidad del domicilio y de toda forma de comunicación privada. A su vez las enmiendas quinta, sexta y séptima amparan el derecho a un juicio imparcial, prescribiendo un conjunto de preceptos que garantizan las reglas del debido proceso. Por último, la duodécima enmienda regula el derecho a voto para los cargos de presidente y vicepresidente.

Estas primeras doce enmiendas de las que da cuenta Alexis de Tocqueville, conocidas como el Bill of Rights, fueron aprobadas por el Congreso en 1789 y ratificadas en 1791. A estas se agregaron las siguientes nuevas modificaciones: en 1865 la enmienda XIII, que prohíbe la esclavitud; en 1868 la XIV, que garantiza la igualdad jurídica y el debido proceso, en 1870 la XV, que reconoce el derecho a voto; en 1913 la XVI, que limita las atribuciones del poder central para aplicar impuestos a la renta de las personas y la XVII, que establece elección directa de senadores por voluntad popular. En 1920 se incorpora la enmienda XIX, que reconoce el derecho a voto femenino y, en 1951, la enmienda XXII, que limita a dos periodos la reelección presidencial.

novena enmienda reconoce la naturaleza preexistente de los derechos y su carácter no taxativo³⁵.

VI. *Presupuestos de legitimidad democrática*

Teniendo a la vista un modelo de frenos y contrapesos, la Constitución de Estados Unidos conjugó tres elementos configuradores que hasta ese entonces la teoría política no había considerado sino únicamente de manera aislada: el principio de separación de poderes, la existencia de un régimen federal, y el resguardo de un bloque básico de derechos y libertades individuales. Bajo este respecto los estadounidenses diseñaron una “fábrica de gobiernos” que, en el contexto de una gran confederación, “no responde a otros modelos existentes en el mundo”³⁶.

Junto a lo anterior, de manera implícita se suma un cuarto presupuesto sin el cual la Constitución no puede asegurar la subsistencia de una república democrática³⁷, ni mucho menos garantizar la libertad en el contexto de un régimen de derechos: la convicción de que su contenido es el reflejo de un acuerdo en lo fundamental.

A. *EL PRINCIPIO DE LA SEPARACIÓN DE PODERES*

Alexis de Tocqueville examina el complejo sistema de equilibrios y contrapesos instaurado por la Carta Fundamental a la luz del principio de separación de poderes de John Locke y el barón de Montesquieu por el que se establece la estructura del gobierno y la distribución del conjunto de poderes entre sus partes constitutivas. De esta forma, la implementación de los postulados sobre los que descansa la separación entre los tres poderes no es del todo absoluta o rígida, esto es, como si cada poder se constituyera y funcionara con una diferenciación total o separada de los otros, sino que su puesta en práctica obedece a un régimen de gobierno específico que para el caso de Estados Unidos se enmarca en el sistema federal³⁸.

³⁵ Constitución de Estados Unidos, enmienda XI: La enumeración de derechos y libertades no podía “ser interpretada en forma de excluir o debilitar otros derechos conservados por el pueblo”.

³⁶ HAMILTON, MADISON, JAY, *op. cit.*, n.º 14, p. 107.

³⁷ Nos referimos a la vigencia de un orden democrático de corte republicano en el mismo sentido que lo hace *El Federalista*: esto es, aquel modelo en el cual un gobierno es implementado mediante un “esquema de representación” y no por un sistema de representación directa y personal. HAMILTON, MADISON, JAY, *op. cit.*, n.º 10, p. 83 y n.º 14, p. 102.

³⁸ Luego de citar al barón de Montesquieu, *El Federalista* aclara que la implementación del principio no significa que “estos poderes no pudieran ejercer una *influencia relativa* o

Desde esta perspectiva, al examinar la Constitución Federal Alexis de Tocqueville describe cómo las dos cámaras que conforman el Poder Legislativo no solo responden a la necesidad de distribuir las competencias administrativas en el ámbito territorial, sino a la necesidad de representar fehacientemente los intereses del pueblo estadounidense en el gobierno de la Unión. Para ese fin la Carta Magna prescribe un sistema de elección por el cual dos senadores son designados como representantes de cada Estado, en tanto que determina un número proporcional de electores como representante de la soberanía federal. Así, cada Estado entra en el gobierno de “la Unión con un pie de igualdad perfecta”³⁹.

En lo concerniente al Poder Ejecutivo, da cuenta, también, de cómo la Carta confiere a una sola magistratura –el Presidente de la República– facultades con suficiente fuerza como para guiar los destinos del gobierno y, por otra parte, débiles como para no incidir en la voluntad soberana de cada Estado. Bajo ese predicado, las potestades del Presidente representan los intereses de la nación sin dañar la independencia o autonomía de cada Estado. Para garantizar que los poderes otorgados se encuentren limitados por la voluntad de la mayoría, el cargo dura cuatro años y es electivo. De esta forma, “su honor, sus bienes, su libertad y su vida, responden sin cesar ante el pueblo del buen empleo que hará de su poder”⁴⁰. A diferencia de lo que ocurría con las potestades del Monarca absoluto que conservaba para sí cada una de las facultades delegadas por el pueblo, el Presidente de la República es un mero ejecutor de la voluntad del pueblo soberano. En términos de Alexis de Tocqueville, el Presidente es “sólo es su agente”⁴¹.

Algo similar ocurre con el Poder Judicial a propósito de la soberanía que comparten el individuo y los poderes de la nación.

“El gran objetivo que tiene la justicia es sustituir con la idea del derecho la de la violencia, colocando intermediarios entre el gobierno y el empleo de la fuerza material”⁴².

algún grado de *control* entre sí”. HAMILTON, MADISON, JAY, *op. cit.*, n.º 47, 48. Esto ocurre en la misma medida con que Montesquieu formula el principio de separación de poderes a partir “De la Constitución de Inglaterra”, donde los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial no son del todo diferenciados. MONTESQUIEU, *op. cit.*, libro XI, capítulo VI, pp. 151-158

³⁹ Alexis TOCQUEVILLE, *La democracia en América*, vol. 1, p. 121: La Constitución federal de esta forma “el principio de independencia de los Estados triunfó en la formación del Senado y el dogma de la soberanía nacional en la composición de la Cámara de representantes”.

⁴⁰ *Op. cit.*, p. 123.

⁴¹ *Op. cit.*, p. 126.

⁴² *Op. cit.*, pp. 138-139.

En ese orden, la Constitución garantiza los principios sobre los que descansa la función judicial⁴³.

Sin embargo, el juez estadounidense que describe el pensador galo “está revestido de un inmenso poder político: posee la facultad de fundamentar sus decisiones sobre la base de la Constitución”⁴⁴ al punto de no aplicar la ley cuando le parezca inconstitucional. Así, la Constitución estadounidense adquiere vida propia y

“forma un cuerpo aparte que, representando la voluntad de todo el pueblo, obliga lo mismo a los legisladores que a los simples ciudadanos; pero que puede ser cambiado por el pueblo según la forma establecida y en los casos previstos”⁴⁵.

Para que las libertades individuales no queden inermes frente a la potestad de enjuiciamiento del Estado y, a la vez, para que un tribunal imparcial cuente con el poder suficiente para conocer, juzgar y hacer ejecutar una sentencia, la Constitución desempeña un papel de intermediación y equilibrio. Desde esa perspectiva el Tribunal Supremo es el lugar de encuentro por el que la jurisdicción estadual pone frenos a la federal y viceversa. Es en este contexto que cobra sentido el papel que desempeña la jurisdicción constitucional en el orden democrático, en especial, cuando el contenido de sus sentencias define el alcance de los derechos y libertades individuales en contraposición a los poderes del gobierno. De esta forma, en la medida en que el ejercicio de las libertades individuales aumenta “el círculo de atribuciones de los tribunales va siempre ensanchándose”⁴⁶.

B. EL RÉGIMEN FEDERAL Y LA CENTRALIZACIÓN DEL PODER

La Carta magna distribuye las facultades del gobierno central entre el ámbito federal y el estadual. Teniendo como antecedente el principio inglés del “local self government”, los estadounidenses crean una fórmula de distribución de competencias muy distinta a la que hasta ese entonces era conocida por la teoría política. A diferencia de una confederación de

⁴³ TOCQUEVILLE, *La democracia...*, *op. cit.*, capítulo VI, parte 1, vol. I p. 106: El poder judicial en los Estados Unidos y su Acción sobre la Sociedad política: “Para que tenga lugar la actuación de los tribunales, es indispensable que haya litigio. Para que haya juez es necesaria la existencia de un proceso. En tanto que una ley no de lugar a una demanda, el poder judicial no tiene ocasión de ocuparse de ella”. Un tribunal sólo conoce casos particulares y no se pronuncia sobre principios generales. En fin, el juez actúa en la medida en que el asunto controvertido es sometido a causa.

⁴⁴ *Op. cit.*, p. 107.

⁴⁵ *Op. cit.*, p. 108.

⁴⁶ *Op. cit.*, p. 146.

Estados o una liga de naciones articuladas por la cooperación, dicho régimen federal destaca la idea de bien común y la práctica de compartir la iniciativa privada y participar en la vida pública como fundamento de las libertades locales⁴⁷. Desde esa perspectiva, el régimen federal responde a un modelo de soberanía compartida que debe ser analizado por la nueva ciencia política.

El régimen federal no es un simple modelo de gestión descentralizada. Al contrario, “la centralización gubernamental existe en el más alto punto”⁴⁸. La centralización es, en este sentido, un hecho necesario que combina el poder privado y el poder gubernamental⁴⁹.

Por esta razón la Constitución admite en cada Estado un solo cuerpo legislativo sobre el que se articula la vida política. De esa forma, aun cuando reconoce la autonomía como principio articulador de los distritos y condados, solo aquellos poderes legítimamente establecidos por el gobierno estadual pueden incidir en las decisiones del gobierno central. Algo similar ocurre con los poderes de la Unión para quien no existe “ni privilegios, ni inmunidad local, ni influencia personal, ni siquiera la autoridad de la razón” que pueda resistirse a la ley dictada por el Congreso Federal. Solo así, la ley “representa a la mayoría que se pretende considerar como único órgano de la razón”⁵⁰.

En fin, fue a través del régimen federal que la Constitución de Estados Unidos combinó las ventajas de los Estados pequeños con los atributos o fortalezas de los más grandes.

“Se trataba de compartir la soberanía de tal suerte que los diversos estados que formaban la Unión continuasen gobernándose por sí mismos en todo lo que no concernía sino a su prosperidad interior, sin que la nación entera, representada por la Unión, dejara de formar un cuerpo y de proveer a sus necesidades generales”⁵¹.

Para este propósito, la Constitución de Estados Unidos definió “expresamente las atribuciones del gobierno federal” y declaró

“que todo lo que no estaba comprendido en la definición caía en las atribuciones del gobierno de los Estados. Así, el gobierno de los estados siguió siendo de derecho común y el gobierno federal fue la excepción”⁵².

⁴⁷ James T. SCHLEIFER, “How to Preserve Liberty?”, pp. 101-117 y p. 104

⁴⁸ TOCQUEVILLE, *La democracia...*, *op. cit.*, vol. 1, p. 98.

⁴⁹ SCHLEIFER, “Democratic Dangers...”, *op. cit.*, p. 61

⁵⁰ TOCQUEVILLE, *La democracia...*, *op. cit.*, vol. 1, p. 99

⁵¹ *Op. cit.*, p. 118.

⁵² *Op. cit.*, p. 119: “Los deberes y los derechos del gobierno federal eran simples y bastante fáciles de definir, porque la Unión había sido formada con el fin de responder

Nada de lo aquí descrito habría sido posible sin la tutela de un bloque básico de libertades. En efecto, si el individuo es la “unidad base de la sociedad”⁵³ y el mejor juez de sus acciones⁵⁴, no existe un motivo plausible que justifique otorgar mayores atribuciones a la autoridad que las que ya posee, salvo en cuanto la libertad individual fuese vulnerada o existiese una razón fundada en el bien común. Por ello, el régimen federal no somete los poderes locales, sino en cuanto existe un real “interés social”⁵⁵, interés que presupone que los bienes de la comunidad y los bienes del individuo son mutuamente compatibles y armónicos en distintas formas.

C. EL BLOQUE BÁSICO DE DERECHOS Y LIBERTADES

Para Alexis de Tocqueville la naturaleza de los derechos es más bien política y se relaciona con la teoría del contrato social y el dogma de la soberanía del pueblo. Sin el respeto a los derechos no es concebible una sociedad democrática⁵⁶.

En ese contexto, los derechos clásicos de libertad y los derechos políticos de ciudadanía interactúan de manera simultánea conformando un bloque básico de garantías. Con los primeros se garantiza la autonomía respecto de cualquier injerencia arbitraria y abusiva del poder en tanto que con los segundos se resguardan los procesos de generación de la voluntad soberana. Así, en un orden donde la libertad y la igualdad se tocan y se confunden⁵⁷ ambas garantías se complementan e interactúan al punto de que la primera es el remedio de los males de la segunda y esta la garantía de la primera.

La idea de los derechos y libertades individuales que propugna el autor fomenta la existencia de vínculos permanentes que generan un sentido de pertenencia y ciudadanía⁵⁸. Por esa razón, la naturaleza de los derechos no queda reducida a los principio de igualdad formal o material, ni tam-

a algunas grandes necesidades generales. Los deberes y los derechos del gobierno de los estados eran, al contrario, múltiples y complicados, porque ese gobierno penetra en todos los detalles de la vida social”

⁵³ MANENT, *op. cit.*, p. 90.

⁵⁴ Sobre esta idea subyace la “doctrina del interés bien entendido” que propugna Alexis de Tocqueville: el individuo es el único y mejor juez de sus intereses particulares. SCHLEIFER, “Democratic Dangers...”, *op. cit.*, pp. 66-69. SCHLEIFER, “How to...”, *op. cit.*, pp. 108-111.

⁵⁵ TOCQUEVILLE, *La democracia...*, *op. cit.*, vol. 1, p. 82.

⁵⁶ *Op. cit.*, p. 227 Sin derechos no hay sociedad.

⁵⁷ *Op. cit.*, capítulo I, parte 2, vol II, p. 463: Por qué razón los pueblos democráticos muestran un amor más vehemente y más durable hacia la igualdad que en favor de la libertad”

⁵⁸ ENGLERT, *op. cit.*, p. 664

poco a la esfera negativa o positiva de la libertad⁵⁹ sino que se extiende a otros ámbitos de la comunidad. Si el trasfondo en el que cohabitan los derechos es un pacto o acuerdo en lo fundamental, el elemento político es constitutivo de su naturaleza. Bajo esta mirada analiza la libertades de expresión, asociación y el derecho a voto.

A través de la libertad de expresión se exterioriza la voluntad individual de los hombres y también la opinión pública⁶⁰. La libertad de expresión incide en las leyes y en las costumbres⁶¹ y sus efectos se pueden apreciar en la sociedad civil y en la sociedad política. Con la libertad de prensa se forma una comunidad de opiniones que evita el aislamiento del individuo frente al poder de la mayoría⁶². En este sentido la prensa representa un límite a la omnipotencia de la mayoría.

Por intermedio de la libertad de asociación se protege el derecho de crear lazos entre quienes profesan una misma opinión, el derecho de reunirse en forma pacífica y la facultad de constituir organizaciones y elegir a sus representantes⁶³. La libertad de asociación no solo supone la dimensión institucional, sino, también, tiene relación con “todos los actos de la vida social”⁶⁴. Así, en el orden permanente, se reconocen las libertades locales a través de las cuales es posible impedir el despotismo de los partidos o el arbitrio del gobierno central⁶⁵, en tanto que en el ámbito voluntario cobra vida la sociedad civil.

Por último, desde el momento en que ninguna asociación es capaz de representar legítimamente el silencio de la mayoría, el derecho a voto es una consecuencia lógica de la libertad de asociación⁶⁶. Para moderar los posibles conflictos que se plantean entre los distintos grupos de interés y asegurar el logro de sus objetivos, el derecho a voto es, por excelencia, el mecanismo de solución y garantía de la democracia. De esta forma, en la

⁵⁹ En términos muy generales, la teoría constitucional de los derechos se clasifica en libertades negativas y positivas, donde las primeras limitan el poder de la autoridad para garantizar la libertad de los particulares y las segundas lo incrementan a objeto de realizar más y mejores prestaciones sociales. Las libertades negativas garantizan el trato no discriminatorio y arbitrario por parte de la autoridad a partir de premisas que se encuentran formalmente previstas por la ley, en tanto las libertades positivas fomentan la igualdad material a través de la implementación de políticas prestacionales en ámbitos tan disímiles como la salud, la educación o la vivienda. A las primeras libertades se les denomina derechos de igualdad formal mientras que a las segundas derechos de igualdad material.

⁶⁰ TOCQUEVILLE, *La democracia...*, *op. cit.*, vol. 1, p. 198.

⁶¹ *Ibid.*

⁶² SCHLEIFER, “How to...”, *op. cit.*, p. 106.

⁶³ TOCQUEVILLE, *La democracia...*, *op. cit.*, vol. 1, p. 207.

⁶⁴ *Op. cit.*, p. 206 y 473.

⁶⁵ *Op. cit.*, p. 209.

⁶⁶ SCHLEIFER, “How to...”, *op. cit.*, p. 107.

medida en que la soberanía del pueblo es un reflejo de la voluntad ciudadana, el derecho a voto se constituye en un límite al ejercicio del poder.

En consecuencia, los derechos clásicos de libertad no actúan solos, sino que lo hacen junto a otros derechos de naturaleza más bien política. Así ocurre en los casos en que el debido proceso y el derecho a realizar cualquier actividad económica interactúan con la libertad de prensa⁶⁷. En ese plano el derecho de propiedad despliega todo su significado en el contexto de la sociedad⁶⁸; desde el momento en que el individuo se hace dueño, toma conciencia de sus necesidades –presentes y futuras– al interior de la comunidad⁶⁹.

D. *EL ACUERDO EN LO FUNDAMENTAL*

Alcanzar un acuerdo sobre materias esenciales es, sin duda, una de las premisas de la teoría del contrato social en cualquiera de sus variantes⁷⁰. Y es que el logro de un pacto o acuerdo tendiente a garantizar la estabilidad al interior de una comunidad es uno de los elementos constitutivos e integradores de la política. Una sociedad que carece de un acuerdo en lo fundamental es una sociedad que se expone a su decadencia.

El acuerdo en lo fundamental es aquel que se produce en las cuestiones que no deben ser objeto de cuestionamiento por la comunidad política. Por esa razón el debate político no debiera afectar su contenido, ya que su finalidad no es discutir aquellos aspectos esenciales sino debatir cosas que aun siendo importantes son temas menores.

El acuerdo en lo fundamental versa sobre el *qué* de la sociedad y no sobre el *cómo* de sus procedimientos⁷¹. En este sentido es fundamental un consenso acerca del hombre, del orden que rige el mundo y de los principios sobre los que descansa la comunidad, entre ellos, la igualdad y la libertad. Así como la democracia es una consecuencia de la igualdad, los hábitos que practican sus ciudadanos son el resultado de la libertad⁷².

⁶⁷ TOCQUEVILLE, *La democracia...*, *op. cit.*, vol. 1, p. 199. Destaca el papel que representa la prensa escrita como medio para fomentar la competencia de intereses materiales o el papel de resguardo que esta desempeña para los casos en que la garantía de imparcialidad judicial desaparece y los agentes del Estado que violan impunemente la ley.

⁶⁸ ENGLERT, *op. cit.*, p. 666. La tesis central de Alexis de Tocqueville sobre esta materia se puede resumir en la siguiente afirmación presente en la *Memorias de pauperismo*: No es la pobreza la causante de la miseria sino la ausencia de propiedad en la clase baja.

⁶⁹ TOCQUEVILLE, *La democracia...*, *op. cit.*, vol. 1 pp. 227-228.

⁷⁰ *Op. cit.*, vol. 1, p. 56. ZUCKERT, *op. cit.*, p. 153.

⁷¹ Sobre la distinción de un acuerdo en lo fundamental y un acuerdo procedimental, véase Antonio Carlos PEREIRA MENAUT, *Política y derecho*, pp. 128-132.

⁷² SCHLEIFER, "Democratic Dangers...", *op. cit.*, p. 64.

Junto con establecer un conjunto de requisitos de carácter formal –tales como la separación de poder, el régimen federal, y el reconocimiento expreso de los derechos y libertades– la Constitución estadounidense hizo suyos otros elementos comunes que dieron vida a sus instituciones y estructuras jurídicas⁷³. De esta forma, la Carta no solo representa un conjunto de condiciones de carácter procedimental, sino que revela hábitos y costumbres que la comunidad política considera sustanciales, eternas e inamovibles. En ese contexto cobra plena vigencia el régimen republicano, el respeto a la diversidad cultural y el reconocimiento de un bloque básico de derechos y libertades absolutas, inalienables y preexistentes al poder del Estado.

VII. Las paradojas de la democracia y el papel de la Constitución

Los ámbitos de autonomía que ampara y garantiza la Constitución presuponen el reconocimiento de una esfera individual de derechos y un estado de igualdad social. Mediante la primera esfera restringe las prácticas abusivas del poder. Con la segunda garantiza la libertad en un plano de igualdad.

Sin embargo, el punto en el que la libertad y la igualdad convergen y se confunden encierra una paradoja: en tanto la libertad absoluta transforma al individuo en una mónada aislada, la igualdad de condiciones “coloca a todos los hombres unos al lado de los otros, sin un lazo común que los retenga”, los inclina a no acercarse e, incluso, huir de sus semejantes, incrementando el grado de desconfianza que la propia desigualdad fomenta⁷⁴.

De esta forma, cuando la sociedad se disocia al sujeto, se repliega sobre sí misma en un horizonte que no trasciende⁷⁵ y por el cual o todo es inmediato o todo es ideal. Tal es el precio que paga el individuo tras renunciar a una dimensión de sentido carente de apertura en el tiempo⁷⁶.

⁷³ ZUCKERT, *op. cit.*, p. 158 Entre esos elementos la Constitución recoge el idioma, las costumbres, las opiniones políticas, las creencias religiosas y la historia.

⁷⁴ TOCQUEVILLE, *La democracia...*, *op. cit.*, vol. II, capítulo III, parte 2, p. 468: Por qué es mayor el individualismo al salir de una revolución democrática que en otra época.

⁷⁵ MANENT, *op. cit.*, p. 55.

⁷⁶ La necesidad de contar con una apertura de horizonte proyectiva hacia el futuro en el contexto de la búsqueda de una vida buena y feliz la refuerza Alejandro Vigo a partir de los postulados de razonamiento práctico de Aristóteles presentes en Martin Heidegger. El costo de dicha renuncia es, en sus palabras, el refugio en la inmediatez del presente o en la representación de una razón puramente teórico-especulativa que tiene como único

En efecto, entre las dificultades que representan las comodidades o regalías que promete un régimen de prestaciones amparado por el poder central, el sujeto de la igualdad indeclinablemente opta por el confort que le ofrece el individualismo o se refugia en alguna de las quimeras del idealismo utópico. A mayor igualdad, mayor autosuficiencia. Así, sin importar cuan libres e iguales sean los individuos, en esta nueva ciudadela de intereses personales reina la apatía, la disconformidad y el materialismo.

Es indudable que los derechos de igualdad formal y de igualdad material a que alude la teoría constitucional⁷⁷ deben ser analizados a la luz de la teoría de la igualdad que propone Alexis de Tocqueville, más aún cuando se tiene presente que la distinción entre democracia material y democracia formal ignora una circunstancia esencial del orden democrático: “en democracia los hombres no son iguales de hecho, ni solamente en derechos”⁷⁸. En democracia la opinión pública coloca a los hombres, en apariencias desiguales, en una situación de semejanza, acercándolos a un mismo nivel y creando una percepción de “igualdad imaginaria”⁷⁹.

He aquí una de las razones por las cuales la ficción jurídica que representa la Constitución desempeña un papel importante en el contexto de la sociedad democrática: a través de ella se reconstituye el vínculo imaginario entre ciudadanos libres e iguales.

Sea que abordemos el asunto desde la perspectiva de la autonomía de la voluntad o a partir del hecho social, el pacto o acuerdo en lo fundamental que representa la Constitución legitima los derechos y obligaciones al interior de la sociedad democrática al definir las relaciones de mando y obediencia en términos de reciprocidad y equivalencia⁸⁰. Sin la existencia de esos vínculos las sociedades modernas carecen de sentido y se desintegran.

Teniendo en vista lo anterior, Alexis de Tocqueville aborda las paradojas que supone la democracia con el fortalecimiento de las instituciones políticas que la propia Constitución reconoce y ampara. En ese trasfondo lo que subsiste es el reconocimiento de un *agreement on fundamentals* que

ámbito posible la realización de una idealidad sustraída en el tiempo. Alejandro VIGO, “Razón práctica y tiempo en Aristóteles”, p. 300.

⁷⁷ Los derechos de igualdad se clasifican en dos categorías: derechos de igualdad formal y derechos de igualdad material. Mientras los primeros responden a la pretensión de garantizar la igual protección de la ley a cada individuo de la sociedad, los segundos promueven la igualdad material.

⁷⁸ MANENT, *op. cit.*, p. 64.

⁷⁹ TOCQUEVILLE, *La democracia...*, *op. cit.*, vol. II, capítulo V, parte 3, p. 533: Cómo la democracia modifica las relaciones que existe entre servidor y amo.

⁸⁰ GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 58.

supone la idea de un conjunto de reglas de derecho anteriores e independientes al poder a partir de las cuales la sociedad se articula.

*VIII. A modo de conclusión:
El valor de la Constitución bajo la mirada
de Alexis de Tocqueville*

La Constitución supone un conjunto de elementos que la identifican como tal y sin los cuales su texto se desfigura para transformarse en algo distinto. Así, una Constitución que reconoce derechos, pero que no traza con claridad los límites al poder, es un catálogo de privilegios; en tanto, que una que dispone los límites sin tener en cuenta los derechos, es un programa de acción.

En la tradición constitucional de Estados Unidos estos elementos de naturaleza jurídica y política toman forma a través de un acuerdo sobre ciertas materias importantísimas para la comunidad entre las cuales cuenta el principio de separación de poderes, el régimen federal y los derechos y libertades individuales. En ese sentido, el texto de la Carta estadounidense contempla un modelo de frenos y contrapesos que regula y limita el poder sobre la base del respeto a un bloque básico de derechos y libertades.

La Constitución que describe Alexis de Tocqueville refleja la importancia de las “instituciones libres” en el contexto de la vida en común⁸¹. Bajo este paradigma, es una respuesta lógica a las paradojas que sobrevienen con la democracia, muy en particular, a la tiranía de las mayorías y al aislamiento del individuo. Para ese efecto, salvaguarda la soberanía individual en el contexto de la soberanía popular, resguarda la independencia local sin desconocer las potestad del gobierno central y respeta los derechos y libertades individuales a partir de una ética de la reciprocidad. Así, la Constitución es el punto en el que convergen –sin confundirse– la libertad y la igualdad.

Sin embargo, usando la terminología del jurista galo, el constitucionalismo contemporáneo se debate entre quienes quisieran “restringir el poder popular” a objeto garantizar las libertades individuales y aquellos que “pretenden extenderlo indefinidamente”⁸². Desde esa perspectiva, las Constituciones del presente no parecen adoptar las mismas estrategias de

⁸¹ TOCQUEVILLE, *La democracia...*, *op. cit.*, vol. II, capítulo IV, parte 2, p. 469: De qué manera combaten los norteamericanos el individualismo con instituciones libres.

⁸² *Op. cit.*, vol. I, p. 193.

garantía a la hora de hacer frente a los dilemas y paradojas que plantea la democracia. Así, con el objetivo de promover un estado de igualdad material mediante políticas de naturaleza asistencial hay textos que incrementan las atribuciones del poder central y, a la inversa, con el fin de amparar la esfera de facultades individuales, hay textos que potencian el desarrollo de los derechos de la personalidad exacerbando un modelo de sociedad que promueve el individualismo con un marcado sesgo hedonista.

Bibliografía

- BODIN, Jean, *Les six livres de la Republique*, 4ª ed., Madrid, Tecnos, 2006.
- CRUNDEN, Robert, M., *Introducción a la historia de la cultura norteamericana*, Bogotá, Ancora, 1994.
- ENGLERT, Giana, “The idea of Rights”, in *Tocqueville on the Social, The Review of Politics*, vol. 79, issue 4, Abbey University of Notre Dame, 2017.
- FAZIO, Mario, *Historia de las ideas contemporáneas. Una lectura del proceso de secularización*, 4ª ed., Madrid, Rialp, 2015.
- GONZÁLEZ TUGAS, Juan Andrés, *El derecho a la educación en la Constitución*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.
- HAMILTON, Alexander; James MADISON y John JAY, *El Federalista*, traducción Pablo Ortúzar M., Santiago, IES, 2018.
- MANENT, Pierre; *Tocqueville y la naturaleza de la democracia*, traducción Claudia Jordana C., Santiago, IES, 2018.
- MANSFIELD, Harvey C., *Tocqueville: A Very Short Introduction*, Oxford University Press, 2010.
- MITCHELL, Joshua, “Tocqueville for a terrible era: Honor, Religion, and the persistence of atavisms in the modern age”, in *Critical Review*, vol. 19, No. 4. Disponible en www.tandfonline.com/loi/rcr20 [fecha de consulta: 27 de noviembre de 2020].
- MONTESQUIEU [barón de], *Del espíritu de las leyes*, Madrid, Tecnos, 1972.
- PEREIRA MENAUT, Antonio Carlos, *Política y derecho*, Santiago, Abeledo Perrot, 2010.
- PEREIRA MENAUT, Antonio Carlos, *El constitucionalismo de los Estados Unidos. La magna carta norteamericana vista desde la española*, Andavira, Santiago de Compostela, 2012.
- RICHTER, Melvin, *Tocqueville on Threats to Liberty in Democracies*, Cambridge Collections Online, Cambridge University Press, 2007.
- SCHLEIFER, James T.; “Democratic Dangers, Democratic Remedies, and Democratic Character”, in Christine DUNN HENDERSON (ed.), *Tocqueville Voyages. The Evolution of His Ideas and Their Journey Beyond His Time*, Indianapolis, Indiana, Liberty Fund, Amagi Imprint, 2014.

- SCHLEIFER, James T., "How to Preserve Liberty?", in James T. SCHLEIFER, *The Chicago Companion to Tocqueville's Democracy in Americas*, Chicago and London, The University of Chicago Pres, 2014.
- TOCQUEVILLE, Alexis de, *El antiguo régimen y la revolución*, Madrid, Alianza Editorial, 2018.
- TOCQUEVILLE, Alexis de, *La democracia en América*, Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, 2015.
- VIGO, Alejandro, "Razón práctica y tiempo en Aristóteles" en Alejandro VIGO, *Estudios aristotélicos*, 2ª ed. Pamplona, EUNSA, 2011.
- WILLS Garry, "Did Tocqueville 'Get' America?", in *The New York Review*, vol. 11, Number 7, New York, April 29, 2004.
- ZUCKERT, Catherine H., "Tocqueville's 'New Political Science'", "Tocqueville's 'New Political Science'", in Christine DUNN HENDERSON (ed.), *Tocqueville Voyages. The Evolution of His Ideas and Their Journey Beyond His Time*, Indianapolis, Indianapolis, Liberty Fund, 2014.

Siglas y abreviaturas

ed.	edición <i>a veces</i> editor
etc.	etcétera
EUNSA	Ediciones Universidad de Navarra, S.A.
<i>ibid.</i>	<i>Ibidem</i> (allí, en ese mismo lugar)
IES	Instituto de Estudios de la Sociedad
n.º <i>a veces</i>	No. número
<i>op. cit.</i>	<i>opus citatis</i> (obra citada)
p.	página
pp.	páginas
S.A.	Sociedad anónima
US	United State
vol.	volumen
vols.	volúmenes
www	world wide web

FUNAS INSTITUCIONALES:
LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y TOLERANCIA
EN LAS UNIVERSIDADES.
EL CASO DE LA ASOCIACIÓN ESTUDIANTES
SAN ALBERTO HURTADO
EN LA UNIVERSIDAD CATÓLICA

OFFICIAL “FUNAS”:
FREE SPEECH AND TOLERANCE
IN THE UNIVERSITIES. THE CASE
OF SAN ALBERTO HURTADO ASSOCIATION
IN THE CATHOLIC UNIVERSITY

*Rodrigo Pablo Pérez**

Resumen

El presente artículo analiza un caso acaecido en la Universidad Católica de Chile en la que dos alumnos fueron perseguidos por colgar un cartel que decía “los niños tienen derecho a tener un papá xy y una mamá xx”. Se trató de un proceso desprolijo y lleno de abusos, en el que se puede apreciar cómo las autoridades universitarias ceden en su papel de proteger los fines de la universidad y en educar a los estudiantes de una forma tal que promueva la tolerancia y la democracia.

Palabras clave: libertad académica, autonomía universitaria, debido proceso, libertad de expresión, posmodernismo jurídico.

Abstract

This article analyzes a case that occurred at the Catholic University of Chile in which two students were persecuted for hanging a sign that read “children have the right to have a father xy and a mother xx”. It was an untidy process full of abuses, in which it can be seen how the university

* Magister de la Universidad de Edimburgo. Profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Artículo recibido el 10 de diciembre de 2020 y aceptado para su publicación el 3 de marzo de 2021. Correo electrónico: rjpablo@uc.cl

authorities cede in their role of protecting the purposes of the university and educating students in a way that promotes tolerance and democracy.

Keywords: academic freedom, university autonomy, due process, freedom of expression, legal postmodernism.

I. Introducción: Funas institucionales

En el ámbito mundial se reconoce que existe un asunto de tipo generacional e ideológico que está afectando diversas garantías necesarias para el desarrollo de la vida universitaria y dañando los resultados de la educación que ella entrega¹.

Este fenómeno ha llegado a Chile, donde grupos de estudiantes, principalmente ligados a la izquierda universitaria, han buscado silenciar, por la fuerza, posturas con las que discrepan². Llevan adelante “funas” físicas y en internet; solicitan la exclusión de profesores; se toman los campus o invaden de otras formas el espacio público. Asimismo, han comenzado procesos disciplinarios contra estudiantes y profesores considerados “conservadores”. Esgrimen como argumentos que los acusados habrían dicho o hecho cosas que resultan de modo subjetivo ofensivas según el criterio de personas o grupos indeterminados; que las ideas sostenidas por los perseguidos no son aceptables o que la presencia de estos puede tener efectos negativos sobre los sentimientos de otros.

Estos procesos disciplinarios tienen la gravedad de que se sirven de la institución universitaria, la que, a su vez, se presta para perseguir los puntos de vistas de miembros de la comunidad, quienes, muchas veces, actúan de buena fe, por su amor a la búsqueda de la verdad, el bien común, la justicia y la defensa de los principios fundantes de sus universidades. Ellas son, en buenas cuentas, funas que utilizan la institucionalidad universitaria para alcanzar sus fines.

¹ Véase Greg LUKIANOFF, Jonathan HAIDT, *The Coddling of the American Mind*; SLATER, Tom, “Introduction: Reinvigorating the Spirit of 64”, p. 2; Kenneth LASSON, “The Decline of Free Speech on the Postmodern Campus: The Troubling Evolution of the Heckler’s Veto”, p. 2; Raúl MADRID, “¿Existe todavía el derecho a la libertad de cátedra? Dos corrientes polémicas en la academia norteamericana contemporánea”, p. 33; Rodrigo PABLO, “Protegiendo la libertad de emitir opinión en los campus universitarios: Una mirada desde la experiencia norteamericana”, pp. 44-47.

² Esto parece ser extendido a toda clase de instituciones. En efecto, el lema de la Convención de Derecha Universitaria de 26 de mayo de 2018, que tuvo lugar en medio de una oleada de tomas feministas, fue: “Las Universidades son espacios para todos”: Javiera RODRÍGUEZ, *La Contratoma*, p. 47.

Varios ejemplos de esto se han dado en la UC. Entre estos casos podemos encontrar el proceso al que fue sometido Gonzalo Rojas Sánchez, profesor de la UC por 47 años y conocido columnista de *El Mercurio*, ligado a posiciones conservadoras. Fue procesado a partir de una denuncia suya a un estudiante que lo insultó verbalmente en medio de una clase, y fue sancionado, sin audiencia previa, ni ser escuchado por el tribunal universitario, basado en que demoró la corrección de las pruebas de ese alumno. Otro ejemplo, es el del vicedecano de Teología, Fernando Verdugo Ramírez de Arellano, quien fue destituido de su cargo, sin ningún antecedente levantado en su contra, por pertenecer a la misma orden religiosa que Renato Poblete Barth, sacerdote que abusó hace más de veinte años de una profesora de dicha facultad. La resolución que lo destituyó, lo hizo considerando que su presencia podía hacer sentir a la víctima del padre Renato Poblete revictimizada.

En esta investigación, nos centraremos en el proceso de dos estudiantes, llevado adelante a petición de la FEUC. Este fue abierto porque colgaron un cartel que decía: “los niños tienen derecho a tener un papá (xy) y una mamá (xx)” y publicaron en Facebook una carta en la que daban cuenta de su postura frente a los debates concernientes a la composición de la familia y al curso que estos seguían en la UC.

El proceso resulta interesante por varias razones. Por un lado, los argumentos en él dados son bastante paradigmáticos acerca de lo que se advierte en el ámbito mundial. Asimismo, la argumentación dada y la forma errática y, sin rodeos, abusiva en que es llevado adelante el proceso, muestra el drama por el que pasa la libertad de expresión y académica en el ambiente universitario mundial. Se suma a ello que, el proceso da cuenta de una falla de la institucionalidad universitaria para proteger el papel de la UC en la sociedad chilena. En efecto, al hacerse parte de estas funas institucionalizadas, la UC pone en riesgo el papel propio de toda universidad: ser un espacio para buscar la verdad, difundirla y educar a sus pupilos. Ello, porque cede ante presiones de grupos y teorías políticas que riñen con el concepto mismo de universidad, y permite a los alumnos dar rienda suelta a sus afectos. Además, al permitir que grupos de estudiantes intenten silenciar a sus detractores utilizando la institucionalidad, los maleduca para liderar la vida democrática del país.

La intolerancia mata y de eso da cuenta la historia y actualidad del mundo. La misma muerte de Cristo fue el resultado de un juicio viciado por la intolerancia. Voltaire [François-Marie Arouet] relata el juicio de Jean Calas: un buen padre y ciudadano, a quien injustamente se le acusa de haber matado a su hijo, a quien él encontró muerto. Su verdadero delito era ser protestante, y así un tribunal de Toulouse, sin respetar ninguna

garantía procesal y guiado por su odio contra los hugonotes, terminó condenándolo a morir en la rueda, arruinando a su familia y causando la vergüenza de la nación francesa. Voltaire da cuenta de cómo esta forma de proceder, donde los sentimientos de animadversión pueden más que la razón, ponen en riesgo la vida de todos los ciudadanos³. Lo que es atestiguado por eventos mucho más masivos, como las cacerías de brujas, el Terror de Maximilien Robespierre, la historia de los regímenes fascistas y socialistas.

Más aún, se puede agregar que quienes no mueren víctimas de la violencia directa, mueren a veces a manos del delirio de quienes con esta clase de mentalidad toman el poder. En este sentido, en el Museo Nacional de Bellas Artes de Cuba, se expone “Isla 70” de Raúl Martínez, que da cuenta de cómo el delirio de Fidel Castro sacrificó las más variadas áreas de la economía cubana para cumplir el sueño (que por lo demás no cumplió) de producir diez millones de toneladas de azúcar al año.

Lo anterior nos lleva a analizar este caso, buscando sobre todo, que asuntos como este no se repitan por el daño que producen a la sociedad.

De esta manera procederemos indicando cuáles son las bases sobre las que se asientan:

- II) Las libertades académicas.
- III) El papel que particularmente se ha impuesto la UC.
- IV) La forma en que los fines universitarios se protegen a través de la garantía del debido proceso.
- V) Las características de las luchas actuales contra estas libertades.
- VI) El análisis desde esta perspectiva el caso de la UC.

II. Libertad académica: Relevancia y amenaza

Las libertades que podríamos denominar académicas (libertad de cátedra, de aprendizaje, de enseñanza y autonomía universitaria) son especificaciones de la libertad de expresión orientadas al desarrollo de la educación y generación de conocimiento. Son, ante todo, una garantía profesional que permite la labor universitaria⁴. En este sentido, no toda expresión queda

³ VOLTAIRE, *Traite sur la Tolerance, à l'occasion de la mort de Jean Calas*, Chapitre I: Histoire abrégée de la mort de Jean Calas.

⁴ Así se han tratado tradicionalmente en Chile, véase Lautaro RÍOS, “Reflexiones sobre la libertad académica”, p. 328 y en Estados Unidos, PABLO, “Protegiendo la...”, *op. cit.*, pp. 47-49.

protegida por la libertad académica, sino solo aquellas que sean parte de un discurso académico y sigan sus métodos. En este sentido, es más restringida que la libertad de expresión, aunque están íntimamente ligadas⁵.

Dichas restricciones tienen que ver con los fines propios de cada proyecto universitario⁶. De esto se sigue que haya límites mucho más estrictos a la expresión en el ambiente universitario, que en la sociedad en general. En efecto, se ha dicho que no hay libertad de expresión en las universidades, sino la autorización para decir lo que un cuerpo técnico ha determinado como valioso de ser escuchado, y que las universidades están para censurar y ayudarnos a discernir las ideas buenas de las malas⁷. En este sentido, la universidad selecciona los programas, fija sus prioridades de investigación, contrata y despide profesores, fija las actividades y los modos de conducta, evalúa a los alumnos y, en ciertos casos, los sanciona.

Todas estas funciones y poderes son protegidos por la ley en vista de sus beneficios sociales, a saber: generar conocimientos y acercarnos a la verdad, proteger a los educadores e investigadores de presiones políticas y económicas, dar una pluralidad de puntos de vista bien informados a la sociedad, preparar a los futuros profesionales de nuestro país y entregar valores cívicos⁸.

En suma, la universidad no es una institución que acepte la libre discusión, sino una que prepara para la libre discusión y la democracia. Por esto, puede sancionar diversas conductas que en el ámbito social deben respetarse. Por ejemplo, en el ámbito democrático nadie puede ser sancionado por decir que la Tierra es plana, pero podrá ser reprobado sin

⁵ Con todo, las diferencias entre libertad académica y de expresión son importantes. De ahí que un autor estadounidense llegue a afirmar que no existe libertad de expresión en las universidades, pues la función de estas es, en específico, censurar las ideas que no vayan en conformidad con los conocimientos afianzados en la ciencia o que no aporten al desarrollo de sus modelos educativos: Stanley FISH, *The First: How to think about hate speech, campus speech, religious speech, fake news, post-truth, and Donald Trump*. Del mismo modo, otro señala que tratar la libertad que existe en las universidades como libertad de expresión es un error conceptual, ya que las libertades académicas son más bien deberes profesionales que una libertad política: Robert POST, "The Classic First Amendment Tradition under Stress: Freedom of Speech and the University", pp. 139-146.

⁶ Para un análisis más completo de la interacción de estas libertades véase: Andrés BERNASCONI, "Relaciones y tensiones entre la libertad académica y la autonomía universitaria", pp. 29-52.

⁷ FISH, *op. cit.*, p. 11-13.

⁸ Para ver los fines que persiguen o pueden perseguir las universidades véase la Ley General de Educación, la Ley de Educación Superior y la Ley de Universidades Estatales. Véanse las declaraciones de 1915 y 1940 de la AUPP.

problemas en el ámbito académico –al menos hasta que no se aporten nuevos antecedentes de acuerdo con los estándares aceptables de la ciencia–.

Las libertades académicas son compatibles con la pluralidad de proyectos universitarios. Los idearios de las universidades quedan protegidos por la libertad de enseñanza o, como se dice en Estados Unidos, son la libre expresión de la universidad⁹.

Los idearios deben ser claros y conocidos para todos aquellos que ingresan a formar parte de una universidad (cuando esta es privada). Pues ellos deberán, al menos, respetar ese ideario. A su vez, el ideario, que forma parte de la constitución estatutaria de la institución, obliga y regula el actuar de las autoridades universitarias¹⁰.

La protección de los idearios permite mayor pluralidad de ideas, y, en consecuencia, un mayor respeto y penetración de la comunidad científica en la sociedad. Sin embargo, hay quienes señalan que la universidad debe dar acogida a toda clase de ideas. En nuestro país, Fernando Atria ha defendido este punto señalando que lo que él denomina “agendas particulares” obstaculizan la misión de las casas de estudios superiores. Por ello, se debe beneficiar a las públicas, donde todas las visiones están en igualdad de condiciones¹¹.

Este punto de vista es tentador en la teoría, y equivale a la apertura al total debate de ideas. Sin embargo, se encuentra con la práctica, donde lo común es que haya grupos más organizados que se impongan a otros, capturando los centros de pensamiento que dicen gozar de un total pluralismo. Este fenómeno ha sido documentado de modo amplio, en Estados Unidos, donde se señala que ha estado tras la exclusión explícita de académicos con ideas conservadoras, de los centros universitarios, y que ha sido un disuasivo para muchos jóvenes con esas tendencias políticas, de incorporarse a la academia. La falta de diversidad ideológica que esto produce es dañina para la investigación de diversas disciplinas¹².

A su vez, esto daña el prestigio de las ciencias. La gente supone que los profesores e investigadores universitarios están ideologizados y deja de

⁹ Para una discusión acabada al respecto de Estados Unidos véase Kelly SARABYN, “Free Speech at Private Universities”, pp. 145-182.

¹⁰ Sobre la tensión entre ideario de una universidad y otros valores sociales véase SARABYN, *op. cit.*, pp. 145-182. BERNASCONI, *op. cit.*, pp. 29-52; Hugo HERRERA, *La frágil universidad. Seguimiento de derechos sociales, deliberación pública y universidad*.

¹¹ Fernando ATRIA, *Derechos sociales y educación: Un nuevo paradigma de lo público*, pp. 304-308.

¹² Véase José L. DUARTE, Jarret T. CRAWFORD, Charlotta STERN, Jonathan HAIDT, Lee JUSSIM and Philip E. TETLOCK, “Political diversity will improve social psychological science”, pp. 1-14; MARIETTA, Morgan & David C. BARKER, “Against the Professors: Perceptions of ideological bias and dueling facts”.

confiar en ellos. Este fenómeno tiene perniciosos efectos para la sociedad y el debate democrático. En efecto, los grupos que se alejan del lenguaje científico tienden a volverse presa fácil de las *noticias falsas* y fanatismos¹³.

La diversidad de proyectos educativos ayuda a contrarrestar estos males al dar espacio a distintas tendencias. En este sentido, lo relevante no es que cada proyecto sea en sí diverso, sino que la sociedad lo sea. La diversidad ideológica en el ámbito social es esencial para el desarrollo de las ciencias¹⁴.

Un ejemplo patente de esto fue el caso del Constante Cosmológico de Albert Einstein, quien agregó esta variable a la relatividad a pesar de que sus análisis se oponían a ella. Lo anterior, para no romper con la creencia de su época, según la cual el universo era eterno (sin principio ni fin). Por ello, no pudo predecir el Big-Bang y terminó por calificarla como su peor error¹⁵.

En vista de lo anterior, las autoridades universitarias deben proteger los estatutos y los principios fundantes de sus propias instituciones y las autoridades civiles deben exigirle hacerlo.

III. El papel de la UC

La labor de una universidad no se acaba en generar conocimientos, ellas tienen una relevante misión en la educación de sus estudiantes. Muchas hacen este compromiso explícito. Por ejemplo, la Universidad de Chicago que sin estar obligada legalmente a asegurar la libertad de expresión¹⁶, se ha impuesto a sí misma ese deber a través de una declaración que ha sido imitada por otras universidades estadounidenses¹⁷. En Chile, la UC se ha propuesto desde su fundación la formación integral de sus educandos, buscando impregnar en ellos el buen conocimiento de la fe católica, y formarlos para ser los líderes de nuestro país¹⁸.

¹³ En este sentido y sobre un estudio psicológico en la materia basado en la realidad estadounidense véase MARIETTA & BARKER, *op. cit.*

¹⁴ DUARTE, CRAWFORD, STERN, HAIDT, JUSSIM & TETLOCK, *op. cit.*, También Ben TRACHTENBERG, "Private Universities and the First Amendment", p. 85.

¹⁵ Stephen BARR, *Modern Physics and Ancient Faith*.

¹⁶ Nos referimos a la ley de Estados Unidos, donde por regla general las instituciones privadas no deben asegurar los derechos constitucionales entre los que se cuenta la libertad de expresión: KAPLIN, William & Barbara LEE, *The Law of Higher Education*, p. 63.

¹⁷ Véase The Chicago Statement on Principles of Free Expression.

¹⁸ Véase Ricardo KREBS *et al.*, *Historia de la Pontificia Universidad Católica de Chile*, pp. 34-35.

La idea de una formación integral de los estudiantes, en la historia de la Universidad Católica puede verse en las palabras de José Joaquín Gandarillas con ocasión de su fundación:

“¡Desgraciada la nación que no sabe educar a sus hijos! Sin educación no hay civilización; es decir, el hombre es naturalmente bárbaro, y la bondad solo se desarrolla en él por una cultura profunda, cuyo arte exige una santa ternura y una virtud varonil ¡Desgraciada la Nación que confunde la enseñanza con la educación, que cree que el bien brota de la ciencia y la literatura cuales quiera que ellas sean, y que el saber coordinar una frase es preparar el alma del hombre y del ciudadano! Lo que más necesita un Estado son buenos ciudadanos y estos no los forma la naturaleza; solo los forma la virtud. La disolución de la costumbre, que es el sepulcro de la razón, engendra también la decadencia y ruina de la sociedad. No depende de nosotros el talento, la fortuna ni la gloria; pero si depende de nosotros ser virtuosos, útiles y beneficiosos”¹⁹.

Estos principios e ideas son reproducidos en los Principios de la Universidad y en la Constitución *Ex Corde Ecclesia*.

En este orden de ideas, la UC se ha impuesto el deber de educar la tolerancia y los sentimientos de sus educandos.

Sobre lo primero, digamos que nuestra sociedad está cada vez más fragmentada por el surgimiento de diversas culturas e ideas sumamente opuestas. Esto nos demanda buscar nuevas bases para dar lugar a la convivencia. Una base que se puede trabajar es la de la tolerancia. La que implica un genuino deseo por conocer, entender y valorar la posición del otro²⁰.

La tolerancia valora las distintas posiciones, sin perjuicio de lo cual, se deben establecer márgenes claros al actuar de las personas que permita el logro de dicha actitud, en general. Su límite expresivo se encuentra en manifestaciones que atentan contra los fines de una institución en tal medida que pueden afectarlos.

Las universidades católicas reconocen estos principios. La Constitución *Ex Corde Ecclesiae* dispone que se debe tolerar las posturas y reconocer las libertades académicas de aquellos que no comparten el ideario de la universidad²¹ que, no obstante, aspira a formar una comunidad

¹⁹ Véase, *op. cit.*, p. 34.

²⁰ Maia COJOCARU-BOROZAN *et al.*, “Tolerance Towards Cultural Diversity In Education”, pp. 42-44.

²¹ JUAN PABLO II, *Ex Corde Ecclesiae*, n.ºs 12, 21, 26, 32. *Declaración de principios de la Pontificia Universidad Católica*, n.ºs II.2, III.6 y 7.

“animada por un espíritu de libertad y de caridad, y está caracterizada por el respeto recíproco, por el diálogo sincero y por la tutela de los derechos de cada uno”²².

Del mismo modo, “la comunidad universitaria reúne a personas de edades, formación, ideas, oficios, condiciones socio-económicas y caracteres diferentes”. Esto puede producir divergencias que deben ser “valoradas como contribuciones positivas y enriquecedoras del acervo de la Universidad”, y

“conducidos en forma que no se desvirtúe la tarea común, específicamente Universitaria, ni la auténtica convivencia cristiana en la caridad, que es su propio estilo de vida y el más eficaz instrumento del testimonio evangélico”²³.

Por su parte, lo mismo deben hacer las demás universidades chilenas, ya que así las obliga la ley²⁴.

Por su parte, la tolerancia requiere una buena educación de los sentimientos, y lo mismo puede decirse del apropiado estudio de cualquier disciplina. Esto es explícitamente recogido en los Principios de la Universidad Católica según los cuales esta, “desea ayudar a cada cual a abrirse a la dimensión plena de su verdadera libertad, cuyo presupuesto necesario es la conversión del corazón”²⁵.

La falta de educación sentimental es uno de los principales factores que inciden en el debate actual sobre la libertad académica, pues el sentimiento que algo suscite justifica su bondad o maldad²⁶. Es decir, se ha aceptado el egoísmo y el desorden afectivo como posiciones válidas en el debate²⁷.

Nuestra sociedad exalta los sentimientos como muestras puras y prístinas de lo bueno de los seres humanos. Sin embargo, los peores horrores de la historia también han tenido un importante contenido afectivo. En efecto, el mismo Adolf Hitler señaló en su testamento político: “he actuado, únicamente por amor y lealtad a mi pueblo en todos mis pensamientos, actos y vida”²⁸.

En este sentido, un autor estadounidense de mediados del siglo xx denunciaba que gran parte de los problemas del mundo se debían a personas que eran controladas por sus emociones y, por lo mismo, servían a

²² JUAN PABLO II, *op. cit.*, n.º 21.

²³ *Declaración de Principios...*, *op. cit.*, punto III. 7.

²⁴ Art. 2, letra f) de la Ley n.º 21091 de Educación Superior.

²⁵ *Declaración de Principios...*, *op. cit.*, II. 9.

²⁶ LUKIANOFF & HAITT, *op. cit.*

²⁷ Edward SCHLOSSER “I am a liberal professor and my liberal students terrify me”.

²⁸ Adolf HITLER, “Discurso ‘Mi último deseo’ pronunciado el 29 de Abril de 1945”.

demagogos y a las más dispares causas a pesar de que la razón los habría llevado a rechazarlas. Señalaba:

“Uno no puede discutir problemas internacionales con ellos porque, como alegremente admiten, nunca les gustan los extranjeros. Uno no puede razonar con ellos acerca de asuntos políticos debido a su odio o amor por este o ese líder. Ellos leen el periódico que alimenta sus emociones; ellos nutren sus prejuicios y ahogan su razón”²⁹.

Denunciaba que esto era, ante todo, una falla del sistema universitario estadounidense³⁰. Luego, abordaba cómo la razón y la emoción son complementarias y que la razón debe disciplinar las emociones para permitirles su adecuada expresión y predisponer, de igual manera, a la razón hacia el bien³¹:

“La educación debe prevenir a un hombre que crea drama, de –en efecto– crear melodrama, al menos sin saberlo, impedir que un hombre que tiene sentimientos se vuelva un sentimentalista, al menos sin saberlo, e impedir a un hombre que tiene emociones, de cultivar el emocionalismo, al menos sin saberlo”³².

Del igual forma, destacaba cómo las turbas que atacan y destruyen se forman gracias a gente que ha sido educada sin consideración al control de las propias emociones, y que, por ende, es incapaz de ejercer un adecuado autocontrol. Luego, llama a ordenar las emociones, porque de ellas puede salir lo mejor, así el amor, el instinto gregario e, incluso, la agresividad bien ordenada son las bases de nuestras buenas relaciones y el éxito de una sociedad³³.

El ensayo recién citado no es una novedad ni algo que haya quedado atrás en el tiempo. En efecto, desde fines del siglo xx distintas teorías psicológicas y áreas de estudio que tienen por finalidad ayudarnos a regular nuestras emociones han surgido. Así, se puede hablar del estudio de la inteligencia emocional, la educación del carácter, el aprendizaje social y emocional, y un resurgimiento de la filosofía aristotélica en cuanto intenta mezclar la razón con el corazón³⁴.

En este orden de ideas, y de especial importancia para una universidad católica, la tradición cristiana ha sido celosa de la libertad del sentimiento y desde siempre ha reconocido cómo el pecado nace en el “corazón del hombre”, según lo señalan las mismas palabras de Jesús:

²⁹ Burges JOHNSON, “Educating the Emotions”, p. 355.

³⁰ *Op. cit.*, p. 356.

³¹ *Op. cit.*, pp. 356-357.

³² *Op. cit.*, pp. 358-359.

³³ *Op. cit.*, pp. 362-364.

³⁴ KRISTJANÁN Kristjánsson, *Aristotle, Emotions, and Education*, p. 2.

“Porque de dentro, del corazón de los hombres, salen los malos pensamientos, los adulterios, las fornicaciones, los homicidios, los hurtos, las avaricias, las maldades, el engaño, la lascivia, la envidia, la maledicencia, la soberbia, la insensatez. Todas estas maldades de dentro salen, y contaminan al hombre”³⁵.

Por eso, llama permanentemente a la conversión del corazón, y el Catecismo de la Iglesia católica se preocupa también por la conversión del mismo, señalando que la santidad requiere no solo hacer el bien por voluntad, sino en quererlo³⁶.

Una buena educación de los sentimientos (debido cuestionamiento y regulación) logra personas más felices, profesionales más efectivos y una sociedad mejor. Más aún, protege de caer en la depresión y ansiedad. Por lo demás, está en la base de una apropiada moral y de la educación ética para una democracia estable.

Sobre la relevancia de la educación de los propios afectos, Jordan Peterson señala que el influjo del cristianismo en la regulación de las emociones permitió pacificar el mundo, reducir los homicidios, acabar con los sacrificios humanos y volvernos seres más civilizados³⁷. También, destaca cómo aquellas tendencias nihilistas y totalitarias son en gran medida el resultado de problemas psicológicos o afectivos³⁸. Destaca que una serie de problemas personales se originan en esta base, y, por ende, el gran papel de los padres y de las instituciones en general es socializar a sus hijos o ciudadanos, dando como ejemplo el hecho de que la presencia del Estado disminuye los homicidios³⁹, y de qué forma los castigos o la falta de atención nos ayudan a conocer los límites sociales y a comportarnos en consecuencia⁴⁰.

La universidad desempeña un papel relevante en la educación afectiva de sus alumnos. No podemos decir que tiene el principal, pero debe contribuir imponiendo límites y siendo un lugar donde impere la tolerancia. Ella debe exigir a sus pupilos ser capaces de pensar más allá de sus primeras impresiones.

³⁵ Marcos, 7, 21-23. Disponible en www.bibliacatolica.com.br/la-biblia-de-jerusalen/marcos/7/ [fecha de consulta: 20 de abril de 2020].

³⁶ *Catecismo de la Iglesia Católica*, punto 1770.

³⁷ Jordan PETERSON, *12 reglas para vivir. Un antídoto al caos*, pp. 94-95.

³⁸ *Op. cit.*, pp. 109, 362-365, 367, 372-377, 433-434.

³⁹ *Op. cit.*, p. 164.

⁴⁰ *Op. cit.*, p. 170.

IV. El debido proceso controlando el poder de la administración de la universidad y sometiéndola a sus fines

Si los fines indicados en los capítulos anteriores no se cumplen, se pierde el sentido y razón de ser de la universidad⁴¹. Asimismo, se violan los contratos suscritos con los alumnos, profesores, donantes y administrativos que participan de un determinado proyecto en virtud de los fines que él dice tener.

Por ende, en todo su actuar, las autoridades de la universidad deben proteger sus principios y roles. Esto implica que tienen amplias facultades para limitar expresiones, pero deben ejercerse conforme a la razón y al debido proceso.

No se debe olvidar que las peores tiranías garantizan toda clase de derechos, pero que estos no protegen a los ciudadanos porque dependen, por completo, de la voluntad de quien detenta el poder⁴². En este sentido, la garantía del debido proceso detiene la arbitrariedad.

La intolerancia y el abuso van acompañados de la violación de esta garantía. Ejemplo de ello fue el juicio de Cristo, en el que el procurador romano no supo enfrentar debidamente a un grupo pequeño, pero bien organizado de agitadores que pedían la sangre de un justo. Así, falta a la justicia y termina condenando a muerte a un inocente⁴³.

El debido proceso en una universidad no puede ser evaluado de la misma manera que un juicio criminal. La envergadura de las penas es diversa, los fines de ambos son, en último término, distintos y los reglamentos universitarios no tienen el nivel de precisión que se requiere para la ley penal⁴⁴.

⁴¹ En este sentido se manifiesta la *Ex Corde Ecclesiae* en su punto 30. Por su parte, los *Principios de la Universidad Católica de Chile* señalan: “por estar constituida en torno a los valores de la ciencia, la cultura y la educación, la comunidad universitaria no puede descuidar esos valores, que constituyen su más genuino patrimonio”: p. III. 5, y luego, concluye señalando: “la Universidad reclama para su obra la adecuada protección jurídica y la suficiente sustentación material que el Estado le debe”: p. IV. 7, lo que debe interpretarse como que reconoce que el ordenamiento jurídico le brinda protección en virtud de sus fines específicos.

⁴² Antoni SCALIA, “Considering the Role of Judges under the Constitution of the United States. Hearing before the Committee on the Judiciary”, pp. 6-7.

⁴³ C[laude] LAPLATTE, “El proceso de Jesús visto por los juristas”, p. 71.

⁴⁴ Para un análisis más detenido de este punto en Chile, Colombia, Estados Unidos, véase Rodrigo PABLO, “Control judicial del debido proceso en las universidades: Análisis desde el derecho comparado”.

Los tribunales chilenos han entendido que la potestad sancionatoria de la universidad debe ajustarse a las garantías mínimas del debido proceso conforme

“al artículo 19 N° 3 de la Constitución (derecho a defensa; audiencia del afectado; imparcialidad del comité encargado de juzgar a los alumnos; procedimiento, instancia y sanciones establecidas previamente en la reglamentación) y respetar el derecho de propiedad sobre la calidad de estudiante”.

Entendiéndose esta propiedad como aquella que nace de los derechos contractuales y, por ende, está sujeta a la normativa referente a cláusulas abusivas⁴⁵.

La jurisprudencia chilena ha apoyado las decisiones de los tribunales universitarios en la medida que son acordes con la normativa interna de la institución, y esta se aplica conforme a los parámetros racionales⁴⁶. Además, ha apoyado las decisiones que son conformes con sus principios⁴⁷. Sin embargo, es escueta en señalar los criterios para determinar qué implica esta garantía en el ámbito universitario cuando los reglamentos no son completos o hay importantes espacios para la interpretación (esta es la regla).

En Chile

“los Tribunales de Justicia no se centran en el cumplimiento de pasos concretos, sino en el hecho de que las garantías que se den sean suficientes para dar cuenta de que se ha considerado el punto de vista del acusado. Además, porque la tipicidad cede a la protección de objetivos institucionales amparados por el derecho, lo que es clara muestra de la consideración de este tipo de procesos como parte del denominado Derecho Disciplinario” (se omiten citas internas)⁴⁸.

Por su parte, los tribunales estadounidenses han definido bien los pormenores del debido proceso en las universidades, lo que debe servirnos de inspiración.

En este país, se observa una diversa situación entre las universidades públicas y las privadas. En las primeras, esta garantía implica, al menos, el derecho a que el caso sea oído, siguiendo un proceso estandarizado (no arbitrario) y aplicado en todos los casos similares, el derecho a ser informado

⁴⁵ José Julio LEÓN, “¿Judicialización de la educación superior?”, pp. 59-60.

⁴⁶ *Op. cit.*, p. 74.

⁴⁷ CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, González y otros con Pontificia Universidad Católica de Chile, rol 530-2013; CORTE SUPREMA, González y otros con Pontificia Universidad Católica de Chile, rol 3.116-2013.

⁴⁸ PABLO, “Control judicial...”, *op. cit.*

de los cargos, el derecho a conocer una descripción de la evidencia de la universidad contra el acusado, el derecho a ser escuchado por un organismo imparcial. Además, en casos graves, se puede contar con el derecho a un abogado y a conocer los registros de la universidad relacionados con los cargos. Por su parte, las segundas deben honrar los derechos garantizados a los alumnos en sus contratos con ellos, los que incluyen, como se espera, los reglamentos internos sobre la materia. Estos contratos incluyen no solo los documentos, sino toda representación que puedan haber generado en quienes contratan con ellos acerca de cuál sería su conducta (por ejemplo, que se declare que se respeta el debido proceso)⁴⁹.

Las universidades privadas, como la UC, una vez que publican sus reglas procesales deben seguirlas y aplicarlas de buena fe⁵⁰. Sumado a lo anterior, por ser contratos redactados íntegramente por las universidades, estos deben ser interpretados en favor del procesado. En efecto, las Cortes han dicho que se dará a los términos del contrato cualquier interpretación que la universidad en pleno uso de la razón, pudo haber esperado que el acusado le diese⁵¹.

Por añadidura, se sigue una antigua regla del Common Law que manda a las organizaciones a tratar a sus miembros con justicia, equidad y decencia⁵². Las Cortes han establecido que estos términos implican no admitir las decisiones de los tribunales disciplinarios cuando: no se pueda discernir su base racional, sean alcanzadas sin o contra la evidencia substancial, el castigo sea malicioso o deshonesto, la decisión y el proceso persigan un fin impropio a los fines universitarios o establecidos para el mismo proceso, las decisiones de la autoridad universitaria no estén fundadas en un razonamiento adecuado⁵³.

Sobre el desarrollo del proceso, se exige que los estudiantes reciban notificación de los cargos antes de que presenten sus descargos; la que debe ser clara, y comprender la norma infringida y la acción que la infringe⁵⁴. Encima, debe comprender la identidad de los testigos y la lista de toda la evidencia⁵⁵, y fijar los cargos que se discutirán, los que no pueden ser modificados con posterioridad⁵⁶.

⁴⁹ PABLO, "Control judicial...", *op. cit.*

⁵⁰ *Op. cit.*

⁵¹ *Giles v. Howard University*, 428, p. 605.

⁵² Harvey A. SILVERGLATE, Josh GEWOLB, *FIRE's Guide to Due Process and Campus Justice*, p. 43.

⁵³ *Op. cit.*, pp. 48-50.

⁵⁴ *Op. cit.*, pp. 57-58.

⁵⁵ *Op. cit.*, p. 59.

⁵⁶ *Op. cit.*, pp. 60-61.

Sobre las investigaciones preliminares a la presentación de cargos, estas no son obligatorias, pero se recomiendan para evitar procesos que sean injustificados⁵⁷.

Frente a reglamentos vagos o con vacíos, las Cortes han dicho que este es un incumplimiento de la universidad, y se da por entendido que las reglas vagas no pueden usarse para condenar a nadie. Sobre los niveles de vaguedad admisibles, se señala que se considera vaga una norma cuando una persona de mediana inteligencia tiene que adivinar su sentido, y que el nivel de precisión dependerá de la materia, si esta es la libertad de expresión se requiere de la mayor precisión posible. De igual modo, se dispone que el lenguaje debe ser interpretado en relación con su significado común en la comunidad universitaria de que se trate. También, se aceptan normas vagas cuando la conducta castigada era evidente o, con probabilidad, prohibida, *v.gr.* falsificar una prescripción médica⁵⁸. Las normas vagas no pueden ser interpretadas en una manera que viole los principios constitucionales (libertad de expresión), ni que permita a los administradores de la universidad castigar cualquier conducta que meramente los ofenda o complique⁵⁹. Las reglas deben interpretarse en conformidad con los fines de la universidad y no ir contra las mismas⁶⁰. Las reglas que podríamos llamar cláusulas generales (“conducta decente” o “acorde a las buenas costumbres”), deben ser interpretada conforme a los estándares usuales de la casa de estudios de que se trate⁶¹.

Los hechos acaecidos fuera del campus pueden ser sancionados, pero la institución debió haber informado con suma claridad qué clase de conductas sancionará fuera de sus dependencias⁶².

Estas normas, nacidas en Estados Unidos, son concordantes con los principios del derecho chileno⁶³.

V. Peligros actuales a la libertad de expresión

Con todo, las libertades académicas, que hoy encuentran protección legal y constitucional en diversos países como Chile, han sido amenazadas por los más diversos peligros. Asimismo, han sido defendidas por grandes per-

⁵⁷ SILVERGLATE, GEWOLB, *op. cit.*, pp. 61-62.

⁵⁸ *Op. cit.*, pp.74-77.

⁵⁹ *Op. cit.*, p. 79.

⁶⁰ *Op. cit.*, p. 81.

⁶¹ *Op. cit.*, p. 82.

⁶² *Op. cit.*, p. 85.

⁶³ PABLO, “Control judicial...”, *op. cit.*

sonalidades. Por ejemplo, los regímenes totalitarios europeos intentaron controlar las universidades. Entre quienes salieron en defensa de ellas destaca Albert Einstein, quien reivindicó la independencia del académico frente al Estado y la ideología del gobierno, y destacó la importancia del servicio que los profesores debían a la verdad⁶⁴. Protestó en una carta dirigida a Alfredo Rocco, ministro de Asuntos Culturales del Gobierno de Benito Mussolini, cuando el gobierno de este último intentó imponer un juramento de fidelidad a los académicos⁶⁵, que el científico describió como una “pena cruel”. En esa carta decía:

“Sin perjuicio de lo mucho que nuestras opiniones políticas puedan diferir, tengo la convicción de que estamos de acuerdo en un punto básico: los dos admiramos los sorprendentes logros del intelecto europeo y vemos en él nuestros más altos valores. Esos logros están basados sobre la libertad de pensamiento y enseñanza, sobre el principio de que el deseo por la verdad debe tomar precedente sobre otros deseos. Fue solo esta base la que permitió a nuestra civilización crecer en Grecia y celebrar su renacer en Italia. Esta, nuestra posesión más valiosa, ha sido pagada por la sangre de mártir de hombres puros y grandes, por cuyo sacrificio Italia es aún hoy amada y venerada [...] la búsqueda de la verdad científica, separada de cualquier interés práctico de la vida del día a día, debe ser tratada como sagrada por todo gobierno, y es del más alto interés de todos que los honestos servidores de la verdad sean dejados en paz”⁶⁶.

Más aún, reprendió a los alumnos que atacaron (funaron) al profesor Emil Julius Gumbel por su denuncia de crímenes nazis y de la tolerancia de los tribunales alemanes frente a los mismos:

“Comparen el espíritu que animaba a la juventud de nuestras universidades 100 años atrás con el que prevalece hoy. Ellos tenían fe en la mejora de la sociedad humana, respeto por toda opinión honesta, la tolerancia por la que nuestras grandes mentes han vivido y luchado. [...]. Fueron los estudiantes y profesores de las universidades en quienes estos ideales estaban vivos.

Hoy también se busca el progreso social, la tolerancia, la libertad de pensamiento para una gran unidad política [...]. Pero los estudiantes de nuestras universidades han dejado completamente, como sus profesores, de encarnar las esperanzas e ideales de la gente. Cualquiera que mire nuestros tiempos desapasionadamente debe admitir esto [...].

⁶⁴ Ríos, *op. cit.*, p. 325.

⁶⁵ El juramento decía: “Giuro di essere fedele al Re, ai suoi Reali successori e al Regime Fascista, di osservare lealmente lo Statuto e le altre leggi dello Stato, di esercitare l’ufficio di insegnante e adempire tutti i doveri accademici col proposito di formare cittadini operosi, probi e devoti alla Patria e al Regime Fascista. Giuro che non appartengo né apparterrò ad associazioni o partiti, la cui attività non si concilia coi doveri del mio ufficio”.

⁶⁶ Albert EINSTEIN, *Ideas and Opinions*, p. 30.

La razón de esta reunión es el caso Gumbel. Este apóstol de la justicia ha escrito acerca de inexplorados crímenes políticos con una gran devoción, coraje y una justicia ejemplar, y ha hecho un gran servicio a la comunidad con su libro. Y este es el hombre a quien los estudiantes y muchos académicos de su universidad están tratando con sus mejores esfuerzos de expulsar.

La pasión política no puede ir tan lejos⁶⁷.

En nuestros días las libertades académicas se encuentran nuevamente cuestionadas. A mayor abundamiento, se advierte en varios países nuevas actitudes violentas en la juventud que ponen en peligro los fundamentos de una sociedad tolerante. Ejemplos de ello pueden encontrarse en Europa, donde ha habido eventos violentos protagonizados por estudiantes⁶⁸ y se han producido reclamos desde la academia frente a lo que se considera un terrorismo intelectual que amenaza los valores de la “ilustración”⁶⁹. En Estados Unidos, entre los jóvenes aumentan quienes justifican la violencia para silenciar a disidentes (10% de los estudiantes universitarios)⁷⁰ y hay medios reputados que publican conductas en este sentido⁷¹. A la par, aumentan las desinvitaciones de personajes públicos basados en que un grupo considera que su presencia es ofensiva⁷² y aumenta el número de alumnos que creen “que el clima de sus campus impide a muchos expresar su opinión porque otros pueden encontrarlo ofensivo”, desde un 54% en 2016⁷³ a 61% en 2017⁷⁴.

También, desde el mundo académico y de los medios estadounidenses se hace ver que las ideas de tolerancia y multiculturalismo siguen agendas políticas que redundan en censurar a quienes piensan diferente⁷⁵. A lo anterior, se suma 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”⁷⁶.

⁶⁷ EINSTEIN, *op. cit.*, p. 29.

⁶⁸ Vincent TRÉMOLET DE VILLERS, “Defait de la Pensée”.

⁶⁹ “Le décolonialisme, une stratégie hégémonique: l’appel de 80 intellectuels”.

⁷⁰ “The global gag on free speech is tightening”.

⁷¹ Sandra Y.L. KORN, “The Doctrine of Academic Freedom”.

⁷² Alex MOREY, “Campus Disinvitations Set Record in 2016”.

⁷³ GALLUP, *Free Expression on Campus: A Survey of U.S. College Students and U.S. Adults*, p. 4.

⁷⁴ Lydia SAAD and Jeffrey M. JONES, “More U.S. College Students Say Campus Climate Deters Speech”.

⁷⁵ LASSON, *op. cit.*, pp. 89-90.

⁷⁶ *Op. cit.*, p. 90.

Este concepto de lo ofensivo y las limitaciones que él puede imponer a la libertad académica y de expresión, ha llegado a Chile, como se puede apreciar en seminarios⁷⁷, columnas de opinión⁷⁸, la tramitación de la ley que tipifica el delito de incitación a la violencia que ha incorporado las meras ofensas⁷⁹ y conflictos suscitados al interior de universidades⁸⁰. En efecto, 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. También debido a manifestaciones en su contra debió cancelarse un foro al que iba a asistir en la UC⁸¹. Además, fue desinvitado por la Universidad de Concepción, la que reaccionó a una carta de estudiantes que manifestaban que su presencia les parecía inapropiada, pues él promovía un discurso violento⁸². Una estudiante señaló que su violencia se probaba en el hecho de que se oponía al aborto y por lo mismo lo tildó de “misógino”⁸³.

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 de las estatales⁸⁴. En esta línea, el Centro de Alumnos de la Escuela de Derecho de dicha casa de estudios ha redefinido sus estatutos aclarando qué puntos de vista deben ser defendidos y cuáles deben quedar excluidos en su deliberación. Al respecto, en un plebiscito, que apenas sobrepasó el quórum mínimo necesario, se estableció que el Centro de Alumnos tendrá como objetivo “aportar en la construcción de una sociedad anticapitalista, antiespecista, y antiimperialista”, y que adoptará el feminismo y ecologismo como principios rectores, pudiendo descalificarse a los candidatos al centro de

⁷⁷ Véanse opiniones de Fernando Montes, Cristóbal Orrego, Carlos Peña, Eduardo Valenzuela y Ángela Vivanco en Raúl MADRID, *Libertad de cátedra moderna y antigua*, pp. 75-152

⁷⁸ “Aula universitaria segura”; “El test del Clinic”.

⁷⁹ Sebastián ZARATE, “Palabras que producen miedo, regulaciones que producen peligros”.

⁸⁰ 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 UdeC”; Ramón REYES A. 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”.

⁸¹ “Ni en la UC te queremos”: suspenden foro de José Antonio Kast por funa de estudiantes”.

⁸² CASTRO, *op. cit.*

⁸³ CABRERA, *op. cit.*

⁸⁴ REYES y AYALA, *op. cit.*; SAID, *op. cit.*

estudiantes que realicen acciones en contra de estos ejes. Por su parte, varios estudiantes y profesores calificaron la medida como antidemocrática⁸⁵.

Por lo demás, parece que en la juventud chilena existe una amplia aceptación de la violencia como forma de solución de conflictos políticos. En efecto, la encuesta Panel Ciudadano señala que un 14% de los chilenos entre dieciocho y treinta años justifica el ataque y quema de un tren en Antofagasta por manifestantes, ocurrido el 11 de febrero de 2020, en el contexto del denominado “estallido social”⁸⁶.

Se suma a lo anterior, una reciente editorial de *El Mercurio* titulada “Antidemocrática cultural de la funa”, destaca cómo las funas se vuelven cada vez más comunes en el país. Las define como

“un esfuerzo desembozado por reemplazar la deliberación democrática por el insulto, sustituir el debate razonado de ideas por amenazas, y suprimir el dialogo por la vociferación grupal”.

Denuncia que significan

“un atropello a la dignidad de quienes reciben ese trato, todo con el objeto de acallar su voz y las de quienes opinan de manera similar, suponiendo que el temor a ser objeto de tales ataques los inhiba de alzarlas”.

Agrega que la falta de reacción del público en general y de la clase política, “más preocupada de agradar a la calle que de guiarla”, “ha dado a las funas el equivocado carácter de cultura popular del país”. Destaca que la incapacidad de la autoridad para restablecer el orden tras el 18 de octubre hace que este tipo de comportamientos se vuelvan cada vez más frecuentes, sintiendo quienes participan en ellas, que el ambiente les entrega legitimidad⁸⁷.

Cabe hacer notar que el diario *El Mercurio* también ha denunciado lo ocurrido con los grafitis del teatro de la UC, los cuales estaban cargados de agresividad e, incluso, con la idea de matar a la policía, como evoca la figura del “perro matapacos”. Sobre dichos rayados, el diario editorializó:

“expresan odio, insultos o escasa tolerancia por el pensamiento de otros e incluso por la propia misión del respectivo plantel. En ningún caso se trata de expresiones que incentiven la deliberación propia de centros universitarios”.

Del igual forma, denuncia cómo diversas universidades no cumplen su papel para con la preparación de los estudiantes y de cómo reniegan

⁸⁵ Bastián GARCÉS, “El ‘totalitario’ nuevo estatuto del Centro de Estudiantes de Derecho de la U. de Chile”.

⁸⁶ Panel ciudadano, semana 10, 14 de febrero de 2020.

⁸⁷ “Antidemocrática cultura de la funa”.

de su papel de educarlos tolerando la cotidianeidad que acompaña a los paros universitarios y no incentivando el pensamiento crítico⁸⁸.

En el centro de la intolerancia se encuentra el concepto de lo ofensivo. Este concepto es subjetivo y va más allá de ofensas claramente establecidas, involucrándose con asuntos, por lo común, debatidos⁸⁹. En efecto, cualquier materia de desacuerdo puede ser tenida como ofensiva⁹⁰. Así, se señala:

“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”⁹¹.

Esto es perjudicial en el ámbito académico, pues impide a los estudiantes “pensar” o “discutir” cualquier asunto importante⁹². Además, hay quienes añaden que este concepto estaría, entre otras causas, detrás del aumento en los problemas psicológicos de las nuevas generaciones⁹³.

Se trata de un fenómeno nacido y exportado desde Estados Unidos⁹⁴, cuyas causas son múltiples. Hay quienes destacan que los estudiantes y diversos grupos están preocupados, en especial, por proteger a los más débiles⁹⁵; otros, se centran en el aumento de la depresión la exacerbación de la sensibilidad y formas de pensar que exacerbaban la violencia⁹⁶; a mayor abundamiento hay quienes señalan que esto se ve incentivado por actitudes de las gerencias universitarias, quienes buscando impedir problemas, censuran⁹⁷.

Con todo, hay también un fuerte sustento intelectual que se basa en una distorsión del entendimiento, popular en nuestros días, que viene de la filosofía de Jacques Derrida y sus seguidores. Ella consiste en analizar todas las relaciones humanas en términos de poder, incluida la ciencia, que serían solo una forma de ejercer poder de los científicos⁹⁸. Visión

⁸⁸ “Universidades en la coyuntura actual”.

⁸⁹ ERWIN CHERMERINSKY, “The Challenge of Free Speech on Campus”, pp. 592, 597-598.

⁹⁰ “The global gag...”. *op. cit.*

⁹¹ MADRID, “¿Existe todavía...”, *op. cit.*, p. 37.

⁹² Véase JORDAN PETERSON entrevistado por Cathy Newman.

⁹³ LUKIANOFF, HAITT, *op. cit.*

⁹⁴ DENIS RAMOND, *La bave du crapaud. Petit traité de liberté d'expression*, point 136; SLATER, *op. cit.*, p. 2; MADRID, “¿Existe todavía...”, *op. cit.*, p. 33.

⁹⁵ ULRICH BAER, *What Snowflakes Get Right: Free Speech, Truth, and Equality on Campus*.

⁹⁶ LUKIANOFF, HAITT, *op. cit.*: The real Origins of this Book.

⁹⁷ JON B. GOULD, *Speak No Evil: The Triumph of Hate Speech Regulation*, p. 5.

⁹⁸ PETERSON, *12 reglas...*, *op. cit.*, p. 392.

incompleta del mundo que tiene por esencia negar la posibilidad de una verdad que escape a los parámetros del poder. En esta línea, toda expresión o investigación se enmarca en la lucha por el poder y se niega la posibilidad de perseguir una verdad que vaya más allá de las preconcepciones de los individuos. En último término, ello lleva a pedir que el Estado use de modo permanente su fuerza para reeducar⁹⁹.

Los estudiantes y autoridades universitarias que se hacen parte de la censura de opiniones tenidas como tradicionales muchas veces caen dentro de la familia de ideas marxistas y posmodernas que tienden a ver la relación entre los seres humanos solo en términos de poder: “los grupos supuestamente poderosos son malos, mientras los supuestamente oprimidos son buenos”¹⁰⁰. En lo que siguen las ideas de Herbert Marcuse expresadas en *Repressive Tolerance*¹⁰¹.

En este sentido, es importante destacar que es un debate que afecta principalmente a los denominados “progresistas”. La lucha “contra la libertad” de expresión (académica en este caso) es traumática para las izquierdas¹⁰².

El concepto de libertad de expresión, desde el punto de vista de parte de las nuevas izquierdas, ha sido apropiado por grupos reaccionarios, que lo han hecho pasar de ser una forma de limitar el poder del Estado para asegurar la pluralidad a ser un arma para luchar contra la pretensión de las minorías de obtener reconocimiento en el espacio público¹⁰³.

En este sentido, en Estados Unidos la mayoría de los casos sobre libertad de expresión están ligadas a grupos conservadores (entre 2005 y 2018, el 65% implicó discurso de grupos conservadores, de entre los cuales se contó con un 69% de éxito, mientras que grupos progresistas tuvieron un 21% de éxito)¹⁰⁴. De aquí que se diga que los conservadores weaponized the First Amendment¹⁰⁵, y que en Estados Unidos se habla de que las Cortes han seguido un activismo judicial de derecha en esta materia¹⁰⁶.

El debate al interior del progresismo en el conflicto por la libertad de expresión está ligado a la evolución de varias de sus visiones. Por ejemplo, muchos pasaron de ser defensores de las exhibiciones pornográficas

⁹⁹ PETERSON, *12 reglas...*, *op. cit.*, pp. 387-399. En el mismo sentido KAISER, *op. cit.*: El ataque a la modernidad

¹⁰⁰ LUKIANOFF, HAIIDT, *op. cit.*

¹⁰¹ PETERSON, *12 reglas...*, *op. cit.*; FISH, *op. cit.*; KAISER, *op. cit.*: El ataque a la modernidad y Tolerancia represiva.

¹⁰² RAMOND, *op. cit.*, p. 97.

¹⁰³ *Op. cit.*, pp. 61-63.

¹⁰⁴ Lee EPSTEIN, Andrew D. MARTIN & Kevin QUINN, *6+ Decades of Freedom of Expression in the U.S. Supreme Court*.

¹⁰⁵ Adam LIPTAK, “How Conservatives Weaponized the First Amendment”.

¹⁰⁶ Steven SMITH, “Judicial Activism and “Reason”, p. 23.

u obscenas, como forma de liberarse de tabúes, a ser fuertes detractores por el daño que provocan a la mujer¹⁰⁷.

Por otro lado, el aumento de la censura lleva a muchos a repensar su posición política o a discrepar de sus aliados tradicionales. Este es el caso de un profesor estadounidense, quien, escribiendo en el anonimato, denunció cómo teorías nihilistas y ataques a distintos derechos que hacen posible la sociedad democrática, se han ido tomando la academia de izquierda y haciendo sus víctimas a miembros de grupos progresistas moderados. Denuncia que esto es lo que se denomina la “política de testimonios” y que descansa en que los sentimientos y opiniones se imponen a los hechos¹⁰⁸.

Esto divide a la izquierda tradicional, entre aquellos que creen en la democracia liberal y la tolerancia, y los que no. En este sentido, Jordan Peterson destaca que el gran problema de la izquierda contemporánea (se refiere a Estados Unidos y Canadá) es que aún no ha sido capaz de trazar una línea divisora entre demócratas y extremistas¹⁰⁹.

En este último grupo, destacarían dos clases de sensibilidades que muchas veces se combinan y que para muchos son distintas expresiones de lo mismo¹¹⁰. Primero, aquellos que, siguiendo el ejemplo marxista, solo usan conceptos como tolerancia en su favor como armas de lucha¹¹¹. Segundo, aquellos que no creen en estos conceptos, a quienes podríamos llamar “izquierda posmoderna”. Para ellos, el concepto de justicia o de

¹⁰⁷ LIPTAK, *op. cit.*

¹⁰⁸ SCHLOSSER, *op. cit.*

¹⁰⁹ JORDAN PETERSON, “Political correctness: a force for good?” A Munk Debate.

¹¹⁰ KAISER, *op. cit.*: El ataque a la modernidad. Por nuestra parte, discrepamos, es decir, no creemos que los estudiantes actuales y los grupos políticos que generalmente se asocian a estos movimientos y a las nuevas izquierdas puedan ser asimilables al comunismo más clásico, como el que tuviera lugar en la URSS o que aún rige en Cuba y Corea del Norte. El movimiento posmoderno apela más a la democracia radical y a la política identitaria; exagera el individualismo a la vez que se opone a él; es más emocional que basado en el racionalismo; subjetivo antes que objetivo; se preocupa por el ambiente y las minorías (algo que jamás llamó la atención de los líderes comunistas tradicionales, quienes persiguieron homosexuales, minorías étnicas y llevaron a cabo planes económicos nocivos para el ambiente). De esta manera, son fenómenos que en mi parecer se distinguen, aunque, sin duda, tienen muchas similitudes. Esta nueva tendencia parece ser una forma de contrato social rousseaiano donde quien tiene el poder impone el derecho, el bien y el mal, según los criterios que desde su afectividad son los mejores, y se opone a toda protección del individuo, pues esta detiene este papel refundacional de la democracia liberal. Aquí, uno de sus enemigos es la libertad de expresión, en sentido similar: DINESH D’SOUZA, *USA of Socialism: Who’s behind it. Why it’s evil. How to stop it*, Introduction: Identity Socialism.

¹¹¹ En este sentido véase Aleksandr SOLZHENITSYN, “Solzhenitsyn Speeches to the AFL-CIO”, vol. 30, No. 7-8, pp. 24-25.

tolerancia son trampas ideológicas del régimen de la “modernidad” liberal que solo sirven para proteger a quienes detentan el poder¹¹². Para ellos

“la tolerancia no es real y se limita a las posibilidades admitidas por la propia concepción liberal, previa exclusión del marco de la racionalidad tolerante de todas aquellas razones que se distancian del proyecto moderno liberal. Además de que la tolerancia no introduce condiciones que favorezcan que las posiciones internas disidentes y subordinadas puedan colocarse en una posición real de igualdad en la definición y persecución del bien y de la justicia”¹¹³.

Este último grupo es probablemente el más numeroso, y su oposición no es solo contra las ideas de tolerancia, sino contra todo el derecho, sistema democrático y la misma idea de derechos individuales¹¹⁴.

Con independencia de cualquier consideración política, estas posturas no pueden tener lugar dentro de las universidades. Tanto por el daño psicológico que producen a los alumnos¹¹⁵ como por el daño que producen al avance del conocimiento, la enseñanza y los mismos fines de una universidad¹¹⁶.

VI. *El caso de la Asociación San Alberto Hurtado en la UC*

A) INTRODUCCIÓN AL CASO:

CONFLICTO A PROPÓSITO DE LA SEXUALIDAD HUMANA Y LA COMPOSICIÓN DE LA FAMILIA

La Asociación de Estudiantes San Alberto Hurtado (en adelante “la Asociación”) fue la respuesta de un grupo de estudiantes de la UC que creyeron en la necesidad de organizarse para hacer frente a la Federación de Estudiantes y grupos afines que buscaban imponer en sus patios y aulas principios y políticas contrarios a los de la Iglesia católica en asuntos referidos a las teorías de género, composición de la familia, sexualidad humana y aborto.

Según los miembros de la Asociación, las autoridades universitarias no estaban actuando para frenar estos movimientos que amenazaban la

¹¹² SUAREZ, Leonor, *El Posmodernismo jurídico y la filosofía del derecho*, p. 227.

¹¹³ *Op. cit.*, p. 223.

¹¹⁴ *Op. cit.*, pp. 136-297.

¹¹⁵ LUKIANOFF, HAITDT, *op. cit.*

¹¹⁶ FISH, *op. cit.*

identidad y principios de la universidad y suponían que la falta de respuesta de la autoridad universitaria se debía a que se sentía aislada, sin apoyo de los estudiantes, ni profesores y enfrentados a la opinión pública mayoritaria en un tema complejo que mueve fuertes pasiones. Por eso decidieron brindarles apoyo y, asimismo, exigirles cumplir con su deber de acuerdo con los principios fundantes de la casa de estudios.

También comenzó a documentar y denunciar a las autoridades universitarias y de la Iglesia católica, los eventos organizados por la FEUC y otros los movimientos políticos que desplegaban esta campaña a favor de principios e ideologías contrarios a los de la universidad. A este efecto, redactaron el “Informe de Avance de la Ideología de Género en la Pontificia Universidad Católica”, en el que tratan del conflicto existente al interior de la institución. Dicho informe fue distribuido entre autoridades universitarias, eclesiásticas y el público en general¹¹⁷. A la par, intervinieron en redes sociales y colgaron dos carteles en los patios de la universidad, los que decían: “FEUC: pensar distinto no es una fobia” y “los niños tienen derecho a tener un papá (xy) y una mamá (xx)”.

La opinión de estos estudiantes acerca del conflicto al interior de la universidad ha sido cuestionada. En efecto, tras conocer el Informe, el cardenal de Santiago lo reenvió a las autoridades universitarias. Estas últimas puntualizaron que eran actividades reprobables, llevadas adelante sin autorización, pero señalaron la impresión que genera el Informe de una “universidad capturada por estos grupos” no era efectiva. Indicaron:

“Se trata de actividades puntuales inaceptables y condenables sin duda, que convocan a una minoría, algunas de ellas a 5-10 personas de la comunidad UC. Estas acciones no representan siquiera a un grupo significativo de estudiantes y no tienen un impacto en profesores o administrativos.

La Dirección Superior no ha querido realizar acciones de fuerza para evitar estas actividades, ya que significaría entregarles mayor visibilidad. Seguiremos abordando estas actividades en el marco de nuestros principios y valores. Cuente con mi personal preocupación en esta materia”.

Sin embargo, analizados los hechos, parece que las autoridades universitarias subestimaron el conflicto. Primero, porque ha tenido impacto mediático, lo que, si bien, no da cuenta de su envergadura al interior de la universidad, da cuenta de su significación social. Segundo, varios de los eventos relatados por la Asociación congregaron a cientos de personas,

¹¹⁷ Gran parte de la información acerca de lo que ocurría en la universidad y que se presenta a continuación se basa en este informe. Nos hemos basado en él porque la exposición de hechos que hace es fácilmente contrastable y presenta con mucho detalle las fuentes primarias de información.

generaron violencia e impidieron el normal desarrollo de las actividades universitarias. Aquí el más relevante fue la Toma Feminista de Casa Central, que capturó la institución durante tres días¹¹⁸. Tercero, ha habido violencia desatada en internet, las funas y verdaderos ajustes de cuentas, lo que mata la vida universitaria. Cuarto, los mismos hechos de que aquí se trata dan cuenta de autoridades universitarias confundidas y superadas por el conflicto. Quinto, las personas involucradas son personalidades entre los alumnos de la universidad y no pequeños grupos aislados; la misma FEUC y varios centros de alumnos. Finalmente, estos grupos han logrado comprometer su financiamiento para las actividades denunciadas, y han conseguido, mediante la fuerza, imponer varias de sus demandas, tales como reconocimiento del nombre social; paridad de género en la bibliografía; abrir procesos contra académicos y estudiantes, e instaurar ramos acerca de las temáticas de género¹¹⁹.

En suma, parece que la apreciación de la Asociación, según la cual la identidad de la UC estaba siendo objeto de un ataque mayor, era algo real.

B) DE LOS CONFLICTOS EN LA UC: DIFERENCIA DE TRATO

1) La FEUC vs. los principios de la universidad

El debate sobre las teorías de género al interior de la UC no se trata de un debate académico, sino de un actuar político de diversos grupos que luchan por imponerse al interior de la misma. Aquí las partes no debaten con argumentos, sino que despliegan mensajes e, incluso, recurren a la fuerza para imponer su punto de vista¹²⁰.

Esto es parte de la tendencia actual que amenaza las libertades académicas. Para quienes participan de este conflicto, lo que hay es una lucha por el poder. Por ende, no vale la pena ni respetar los espacios de otros grupos ni debatir de forma contradictoria y académica; la acción de fuerza es suficiente para afirmar el punto.

Según la Asociación, la lucha por los patios de la UC se inició con la instalación de una imagen de Cristo crucificado con senos y un sangrado

¹¹⁸ Al respecto de los conflictos suscitados durante la toma y por contratoma, véase RODRIGUEZ, *op. cit.*

¹¹⁹ En este sentido, debemos resaltar que es al menos discutible que los estudios de género tengan algún lugar en una universidad. Lo anterior por cuanto sus fundamentos y conclusiones son ampliamente discutidos y algunos los tildan, incluso, de mitos, comparándolas con señalar que la tierra es plana. Véase PETERSON, *12 reglas...*, *op. cit.*, pp. 395 y 406.

¹²⁰ Esta es la forma usual de este debate en torno al mundo. Véase PETERSON, *12 reglas...*, *op. cit.*, p. 395.

íntimo que daría cuenta de un aborto, la que fue desplegada el año 2016 en el Campus San Joaquín en el contexto del debate por la ley de aborto en tres causales.

Luego, en 2017, tuvo lugar la Feria de Iniciativas de Género y Diversidad Sexual. Organizada por la Vocalía de Género y Sexualidad de la FEUC y contó con la participación de diversas organizaciones pro LGBTIQ+. Entre estas, una organización llamada “Vulvas furiosas” pretendía llevar a cabo un taller teórico y “práctico” sobre masturbación femenina, publicitándolo con la frase “será un placer pecar donde ronda el espíritu santo”. La idea tras el taller era que la mujer ha sido esclavizada al esconderle los hombres que ella puede encontrar el placer sexual sola. Este evento fue denunciado y la autoridad universitaria lo canceló señalando: “la Universidad Católica no permite actividades que no sean de índole académica en sus dependencias”.

Ante esto, los grupos organizadores irrumpieron en el Patio de la Virgen de Casa Central. Aquí se encuentran con un cartel desplegado por la Asociación, debidamente autorizado, que decía: “FEUC: Pensar distinto no es una fobia”, y lo arrancan con violencia. Los manifestantes se enteran de que el cartel había sido desplegado por miembros de la Escuela de Derecho, y organizaron, como represalia, una besatón hétero y homosexual en el Patio de Derecho. Una vez concluida, miembros de la Escuela de Derecho salieron a rezar el rosario como acto de desagravio, lo que fue blanco de múltiples mofas en redes sociales.

Más adelante, en 2018, tuvo lugar la Toma Feminista de la Casa Central. Durante ella, las instalaciones de la universidad y, en especial, las estatuas de la Virgen María y Juan Pablo II fueron vandalizadas, y se levantaron carteles protestando contra la calidad de objetora de conciencia de la UC en cuanto a la provisión de abortos en sus dependencias médicas. Además, no se permitió el acceso a estudiantes, profesores y administrativos durante los tres días que duró (lo anterior, sin perjuicio de haber habido una importante resistencia de parte de grupos que organizaron una “contratoma”)¹²¹.

La toma levantó un petitorio. Este es un documento de once páginas que incluía avanzar hacia la triestamentalidad; medidas para combatir el acoso y abuso que negaban la presunción de inocencia; hacer avanzar a la UC hacia un enfoque “feminista, interseccional y disidente”; instaurar cuotas de género y “disidencia” en cargos académicos y administrativos; incluir ramos de género; uso de lenguaje inclusivo; equilibrar género en la bibliografía; realizar encuentros que ayuden a hacer visible la discriminación y sancionarla; uso de nombre social; renuncia de la UC a su calidad de objetora de conciencia.

¹²¹ RODRÍGUEZ, *op. cit.*

La universidad hizo varias concesiones a los manifestantes, la que fueron descritas por el Rector en un correo electrónico dirigido a la comunidad universitaria. Varias de las medidas tomadas parecen ser bastante aceptables, pero se entrometen en áreas de organización de la universidad que no tienen por qué empecer a los estudiantes; otras son en apariencia inofensivas, pero la experiencia internacional da cuenta de cómo ellas son usadas para cercenar derechos básicos; otras, en virtud de la búsqueda de la igualdad de género, sacrifican valores académicos como la búsqueda de la verdad o la competencia basada en el mérito por los puestos académicos. Por su parte, estudiantes de tendencias conservadoras interpretaron las medidas como atentatorias a los principios de la universidad y así lo representaron en un correo electrónico dirigido al Rector.

Ese mismo 2018, la FEUC organizó la Escuela de Género. Se trató de una serie de clases impartidas por la FEUC y la Secretaría de Género y Sexualidad, las que contaron con financiamiento indirecto de la universidad a través de sus organizadores. Según la Asociación dichas clases tenían por objetivo: “adoctrinar en la ideología de género”. Las clases impartidas fueron: Introducción a la Teoría de Género, Feminismo en Chile y Latinoamérica, Colonialismo y Antirracismo, Masculinidades, Parentesco y Familia, Género y Derecho, Economía Feminista, Panel “La experiencia de ser mujer en las Ciencias”, Literatura y Feminismo, Ecofeminismo, Mujeres y Cultura Pop, y Arte y Feminismo.

La Asociación expone que entre la publicidad de los eventos existían afiches blasfemos y otros con contenido pornográfico. Corresponde, además, destacar que en los afiches de promoción de la Escuela de Género las ideas sobre el poder comentadas ya referidas¹²².

En esta misma lucha se pueden incluir las actividades de la Semana Universitaria de 2018. Ella contó con los siguientes eventos: Foro: ¿Aborto

¹²² La Escuela de Género era publicitada con el siguiente mensaje: “Hay que ir más allá de los ramos de género en las mallas, hasta llegar al activismo y la transformación social de la mujer. No podemos habitar sino en el lenguaje por lo que es importante ir alterándolo, como con el uso de las ‘x’ y las ‘e’. El significante mujer es una construcción social, inscrita en un orden simbólico de dominación patriarcal, lo femenino es una construcción de la cultura. El concepto de ideología de género es un concepto negativo del sector conservador, que tiene la idea de que el feminismo ‘alteraría los conceptos inequívocos de ser hombre o mujer’. Todas las universidades deben ser transformadas, ingresando el espacio de la diferencia sexuada, lo que implica transformar reglamentos, la institucionalidad, el ingreso de protocolos. Sin embargo, esta medida estructural necesaria, que busca desplazar la masculinidad funcional, además debe cuestionar los modos en que se reproduce el saber. Para transformar el orden androcéntrico de la universidad el trabajo debe ser múltiple: un centro de género para especializarse, la transformación institucional, y la transformación para cada una de las disciplinas. El derecho es en sí un mecanismo claro de dominación y reproducción de la exclusión”.

libre?, Taller de autodefensa feminista, Escuela de género, Foro: Pornografía y feminismo, Taller de carta astral, Feria de diversidad sexual, Foro drag y desfile, Taller de maquillaje drag.

La Asociación se opuso a esta iniciativa y envió un correo a las autoridades universitarias describiendo las actividades y solicitando detenerlas basado en que ellas atentaban contra la identidad de la universidad. Por su parte, las autoridades no respondieron.

Iguales comentarios se pueden hacer sobre la Semana de la Diversidad de Ingeniería Civil, la que, organizada por el Centro de Alumnos de Ingeniería, contaba con foros e intervenciones LGTBTIQ+. Un alumno cercano a la Asociación remitió un correo denunciando las actividades como contrarias a los principios de la universidad.

A esto se puede agregar el llamado del Centro de Alumnos de Derecho a marchar por el orgullo gay, con amplia propaganda en redes sociales. El llamado de la Vocalía de Género y Sexualidad de la Facultad de Ciencias Sociales junto a una organización travesti llamada House of Hookers, para realizar eventos en el campus de Ciencias Sociales. Lo que también fue denunciado por la mentada Asociación¹²³. Así como otra serie de eventos: “Por un ABORTO LIBRE, seguro y gratuito!” Organizado por la Secretaría de Género y Sexualidad de la FEUC (2018); “Agitación LGTBTIQ+ a dos años de la muerte de Nicole” organizado por Asamblea de la Corporalidades Disidentes (2018); “Jornada de formación feminista” organizada por la organización Vulvas Furiosas y la Secretaría de Género y Sexualidades de la FEUC; “Dekongstruyendo el Hoyo” organizado por el Centro de Alumnas y Alumnos de Ciencias Biológicas; “Intervención por la Diversidad en el Patio de Derecho”; “clases de Twerk Feminista” organizado por la Vocalía de Género y Sexualidades (2018); “Cacerolazo por el aborto libre” organizado por la directiva de la FEUC (2018).

Ninguna de estas actividades cumple ni se adhiere a los fines de una universidad y menos a los de la UC. Primero, por cuanto no son actividades académicas e intentan imponer posturas no a través del debate basado en conocimientos afianzados, sino por la fuerza. Además, los fundamentos de las teorías de género son sumamente cuestionables y es difícil sostener que puedan tener lugar en una universidad ciñéndonos a los estándares tradicionales¹²⁴. Segundo, porque las ideas expuestas representan un atentado contra los principios fundantes de la universidad o la perpetración de actos blasfemos, ofensivos u obscenos desde la perspectiva de los principios de esta.

¹²³ El correo puede ser visto en el anexo bajo el número 6.

¹²⁴ Véase PETERSON, *12 reglas...*, *op. cit.*, pp. 395 y 406.

Todo lo anterior, revela un problema de tolerancia de los estudiantes, quienes no son capaces de aceptar que, al ingresar a la UC, si bien no pierden sus derechos ciudadanos y en amplias áreas son protegidos por la libertad académica, deben someterse a las reglas de esta. No pueden intentar modificarlas por la fuerza. En este sentido, si estas reglas tanto ofenden su sentido moral, pudieron haber elegido uno de los otros múltiples proyectos académicos que ofrece el sistema universitario chileno.

2) La Asociación San Alberto Hurtado y la contra revolución

En este contexto, la Asociación decidió hacer una intervención para plantear su postura acerca de la adecuada composición de la familia frente a las posturas levantadas por la FEUC y otras organizaciones estudiantiles.

El 22 de junio de 2018, solicitaron autorización para desplegar un cartel señalando:

“Queremos colgar un Cartel de 12 mt x 0,8 mt con la frase: ‘Los niños tienen derecho a un papá (XY) y a una mamá (XX)’. La idea es solo colgarlo y dejarlo ahí, como una muestra de estudiantes que defienden la familia natural, conforme a lo que enseña la Iglesia. La idea es generar visibilidad de parte del alumnado que se siente identificado con la Iglesia y la identidad de la universidad en este mes del orgullo gay; y a partir de eso generar un sano debate entre los estudiantes. No habrá concentración de personas o manifestaciones. Solo el cartel”.

Especificaron que su plan era mantenerlo colgado entre las 8.00 AM del 27 y las 23.59 del 29 de junio del año 2018. El día 27 de junio a las 10.00 AM (dos horas después del inicio solicitado) recibieron la autorización de la Secretaría General para colgar el cartel. Sin embargo, debido al tiempo perdido y al hecho de que por ser fin de semestre había poca gente en el campus, decidieron solicitar una nueva fecha y no llevar a cabo su manifestación ese día, lo que comunicaron ese mismo día a la autoridad. El 18 de agosto, hicieron una nueva solicitud, en términos similares, para llevarse a efecto entre los días 22 y 24 de agosto. Llegado el día 22 sin haber una respuesta aún, pero con el antecedente de la aceptación extemporánea de su primera respuesta, siendo las 10.50 AM, se procedió a colgar el cartel.

Los guardias de la universidad retiraron rápidamente el cartel indicando que este no había sido autorizado. Sin perjuicio de ello, este estuvo levantado el tiempo suficiente para que le fueran tomadas fotos, siendo una compartida en el grupo de Facebook “Estudiantes UC”, acompañada por la leyenda “no espero nada de ustedes y aun así logran decepcionarme”,

obteniendo dos mil cuatrocientas reacciones, doscientos quince comentarios y siendo compartida ciento doce veces¹²⁵.

El día 23 de agosto, los estudiantes publicaron en la página de Facebook de la Asociación, la carta a los estudiantes de la PUC, la que tuvo 1.447 reacciones, 795 comentarios, fue compartida 196 veces¹²⁶ y, según quienes la publicaron, habría alcanzado a 137 000 personas. Dicha carta decía:

“Los niños tienen derecho a un papá (xy) y a una mamá(xx).

El cartel que colgamos pretende manifestar nuestra postura frente al matrimonio, los hijos que de él surgen y las teorías de género; rechazando a su vez la promoción de estas teorías por parte de la Federación de nuestra Universidad, como de movimientos autónomos, los cuales han manifestado e impulsado un ideario contrario al de una Universidad Católica, enfrentando y rechazando la verdad que esta institución tiene como fin enseñar. Los niños tienen derecho a un papá y a una mamá, lo que corresponde a un hombre y una mujer, que lo sean biológicamente (es necesario este énfasis que parece ser reiterativo, pero imperioso dada la confusión generalizada). Los niños tienen derecho a nacer y crecer en una familia fundada en el matrimonio.

La sociedad moderna intenta implantar la idea de que todo es familia, este proyecto de determinados sectores políticos (y la ausencia de resistencia de los demás) no busca revalorar la familia, sino ensanchar lo suficiente el concepto para vaciarlo de contenido. Por supuesto que cabe la analogía, pero ésta tiene límites: no es correcto llamar familia a un par de personas del mismo sexo que tienen relaciones sexuales, por mucho que se quieran, por mucho que se cuiden, por mucho que puedan adoptar niños.

El problema subyacente es el ánimo de emancipación de la naturaleza; el hombre se rebela del ser hombre, de ser criatura. Pero la auténtica cultura se construye sobre la naturaleza (entendida como el ser de cada cosa, no una mera reducción biológica); es su cimiento. Por lo tanto, lo que socialmente se legitime como familia será verdadera cultura humana en tanto recoja su naturaleza, en su definición: la reciprocidad y complementariedad que hay entre hombre y mujer que constituyen de forma irrevocable hasta la muerte una mutua entrega, de la que nacen sus hijos, a quienes están llamados a educar en lo más propio y superior de la persona: el amor y la libertad.

¹²⁵ En la publicación de Facebook figuran quinientos cinco comentarios y ciento nueve compartidas. Véase www.facebook.com/photo.php?fbid=10217643010734139&set=g.297268223677037&type=1&theater&ifg=1 [fecha de consulta: 10 de diciembre de 2019].

¹²⁶ Véase www.facebook.com/notes/asociaci%C3%B3n-de-estudiantes-san-alberto-hurtado/carta-a-los-estudiantes-de-la-puc/321892825022989/ [fecha de consulta: 10 de diciembre de 2019].

Es el matrimonio (el único que hay) el núcleo de la familia, su arquetipo. Si bien existen modelos de familia no perfectos, siempre buscan suplir dentro de lo posible el matrimonio y, en cuanto tales, los podemos considerar como familias dignas de protección. Casos no faltan: como aquel padre o madre que se ve forzado a criar solo a sus hijos a falta del otro cónyuge, como aquellos abuelos que crían a sus nietos por la incapacidad o el abandono de sus padres, como aquel matrimonio que adopta a niños para criarlos como a sus mismos hijos.

Pero no se puede promover pretendidos modelos de familia que antagonizan con lo primordial y básico: el matrimonio. Se puede criar un niño sin la presencia viva del amor matrimonial, pero una cosa es que falte y otra es que ese modelo sea antitético al amor conyugal. Esto sucede cuando se presenta como amor auténticamente humano la relación sexual que no lo es, como la de dos personas del mismo sexo, o entre más de dos personas, o con niños, o personas con animales. Es sobre la complementariedad del ser hombre y del ser mujer, que brota el amor conyugal, amor sobre el que el niño aprende lo más humano, la escuela del amor auténtico, único lugar de la sociedad en que es posible que dos personas no sean dos, sino una sola carne.

Queremos llamar la atención con este cartel de algo que es la punta del iceberg. En una contingencia nacional donde nuestros legisladores debaten sobre leyes que pretenden borrar la unidad de la persona humana y su sexualidad; en una contingencia universitaria en la que, en esta misma semana, se celebra con eventos contra la familia, de desfiles 'drags', eventos sobre prácticas esotéricas, pornografía, feminismo, aborto libre organizados por la Federación de Estudiantes de la Universidad Católica.

En medio de esta oleada, queremos hacer un llamado al debate académico y político en forma respetuosa, dándonos el tiempo de escuchar, porque sabemos que muchos con quienes no concordamos buscan igualmente y con auténtica sinceridad la verdad. Hacemos un llamado a que levantemos nuestras voces en defensa de la familia y del matrimonio, en defensa de los niños que merecen el mejor esfuerzo de nuestra sociedad para brindarles la posibilidad de nacer y crecer en una escuela auténtica del amor humano. Hacemos un llamado a las autoridades de nuestra universidad, a las autoridades de la Iglesia, considerando el llamado del Papa a ser Iglesia profética, y a las autoridades políticas a jugárselas por nuestro futuro. Porque el futuro de Chile son nuestros niños. Porque los niños tienen derecho a un papá y a una mamá.

Llamamos también a todos los católicos, cristianos y alumnos que no concuerden con la posición política que han adoptado las organizaciones universitarias, a manifestarse, a alzar la voz, a dar su opinión con tranquilidad, con ánimo respetuoso que siempre buscamos presente en el debate universitario; mismo respeto que esperamos de aquellos que no piensen como nosotros, pero aún creen en la libertad de expresión. Hoy preferimos dar la cara, que todos sepan que pueden conversar con nosotros, que estamos dispuestos a hablar, contrastar, disentir y defender

nuestras ideas; y que son hartos los que nos apoyan. En la defensa de nuestros principios queremos expresar que no nos mueve el odio –que es la primera impresión de muchos– sino que siempre es el amor y la verdad”¹²⁷.

Tanto el cartel como la carta fueron blanco de múltiples ataques. En efecto, la gran mayoría de los comentarios en redes sociales son insultos, amenazas y ridiculizaciones lanzadas contra los miembros de la Asociación y la universidad¹²⁸. Además, hubo un mensaje violento enviado directamente a la estudiante que colgó el cartel.

Estos comentarios fueron pronunciados en su mayoría, por alumno o exalumnos de la UC. Ellos ayudan a tomar el pulso de estos debates, dan cuenta de que la cultura de la denuncia ha entrado en la universidad y que varios estudiantes se sienten con el derecho a insultar con total impunidad a quienes no comparten sus puntos de vista.

Para finalizar el relato de estos hechos, el día 26 de agosto, recibieron un mensaje indicando, sin fundamentos, que la autorización para colgar el cartel había sido denegada.

3) La denuncia e inicio de la funa institucional

Con fecha 4 de septiembre de 2018, el vicepresidente de la FEUC presentó una denuncia contra la Asociación por haber desplegado el lienzo y publicado la carta en Facebook. Basa su denuncia en dos párrafos de la carta:

“Por supuesto que cabe la analogía, pero ésta tiene límites: no es correcto llamar familia a un par de personas del mismo sexo que tienen relaciones sexuales, por mucho que se quieran, por mucho que se cuiden, por mucho que puedan adoptar niños.

Pero no se puede promover pretendidos modelos de familia que antagonizan con lo primordial y básico: el matrimonio. Se puede criar un niño sin la presencia viva del amor matrimonial, pero una cosa es que falte y otra es que ese modelo sea antitético al amor conyugal. Esto sucede cuando se presenta como amor auténticamente humano la relación sexual que no lo es, como la de dos personas del mismo sexo, o entre más de dos personas, o con niños, o personas con animales. Es sobre la complementariedad del ser hombre y del ser mujer, que brota el amor conyugal, amor sobre el que el niño aprende lo más humano, la escuela

¹²⁷Disponible en www.facebook.com/notes/asociaci%C3%B3n-de-estudiantes-san-alberto-hurtado/carta-a-los-estudiantes-de-la-puc/321892825022989/ [fecha de consulta: 10 de diciembre de 2019].

¹²⁸ Entre los documentos en que se basó este trabajo recogimos los comentarios existentes en Facebook. Por motivos de espacio estos no pueden ser compartidos en esta publicación.

del amor auténtico, único lugar de la sociedad en que es posible que dos personas no sean dos, sino una sola carne.

Señaló que estos párrafos y el despliegue del cartel contravienen el espíritu de la Universidad, al violentar y menoscabar miembros de ella. Por cuanto, el mensaje: (i) 'niega la posibilidad de formar familia por parte de personas del mismo sexo'; (ii) 'establece que el amor en dos personas del mismo sexo no es auténticamente humano y compara con relaciones sexuales con animales y con niños siendo esto un delito', y (iii) 'la referencia que se hace a la condición cromosómica de las personas (...) es un ataque directo a la comunidad transexual universitaria'".

Sobre la Carta a los Estudiantes de la PUC dijo:

"El mensaje con el que nos encontramos en este texto es una incitación flagrante al odio, a la violencia y a la discriminación de personas que son parte de la comunidad universitaria. Con esto no estamos hablando de libertad de expresión, sino que, de discriminar y humillar públicamente a personas homosexuales, negándoles la posibilidad de decidir el proyecto familiar que ellos deseen y atribuyéndoles actitudes constitutivas de delitos. Mensajes de odio como estos no pueden tener su espacio dentro de la universidad ni tampoco ser tolerados, cuando permitimos esto estamos diciendo que hay personas que tiene derecho a afectar la integridad psicológica y emocional de nuestros compañeras y compañeros sin ninguna consecuencia. Esta organización y sus integrantes no están preparados para seguir participando en la vida universitaria ya que solo buscan la destrucción de la comunidad".

Vista la denuncia, la Secretaría General ordenó instruir un proceso de responsabilidad, designó investigadora y citó al denunciante a ratificar su denuncia. Aquí, este señaló:

"Lo que principalmente motivo la denuncia es la discriminación violenta y agresiva de un grupo de estudiantes hacia otros que son minoría debido a su orientación sexual".

Al ser consultado acerca de si sabía de miembros de la comunidad universitaria que se vieran afectados sostuvo:

"Muchos alumnos se acercaron, por ejemplo, miembros de la vocalía de la diversidad manifestaron su malestar por la discriminación. Puedo indicar, por ejemplo, a Siegfried Kunstmann de Comunicaciones, quien nos manifestó su malestar con dichos actos [...] respecto del cartel hubo conmoción en el patio [...] y varios alumnos se manifestaron en contra, preguntándose como la universidad autorizaba ello, y si tomaría, cartas en el asunto y por qué no se manifestaba contra actos que eran evidentemente violentos [...]. Producto de lo anterior varios alumnos [...] se declararon en contra de estos actos en una concentración en el patio de comunicaciones".

Para terminar, dijo que no contaba con más pruebas que la foto del cartel y el texto de la carta, y concluyo señalando:

“Me parece importante velar por la integridad de todos los miembros de la comunidad, especialmente por aquellos miembros minoritarios que históricamente han sido discriminados por la sociedad y la Universidad. Creo que debe tenerse con ellos especial cuidado porque se encuentran en una situación de indefensión permanente.

El mensaje que publicaron en Facebook no existe una confrontación de ideas, ya que de manera abierta están comparando actitudes constitutivas de delito (pedofilia) con orientaciones sexuales personales”.

4) Diferencias injustificadas

Como se puede apreciar, en la UC se vivía una verdadera lucha política por los patios, las aulas y la misma administración. La cual es planteada por las partes en términos de libertad de expresión.

Recordemos que la universidad puede censurar expresiones en vista de su fin. Con todo, también debe respetar la libertad de expresión de sus estudiantes y profesores que se dé fuera de su ámbito de competencia, y las de aquellos que se den amparadas por las libertades académicas.

Por otro lado, no se puede dejar politizar, ni que sus fines universitarios y *alma mater* sean difuminados. Ello redundaría en dañar a la sociedad en general.

Visto lo anterior, debemos reflexionar acerca de cómo debe enfrentar la UC esta lucha política que se da en sus aulas y la denuncia presentada.

4.1) La UC debió haber impedido que surgiesen los problemas y haber disciplinado a la FEUC y demás estudiantes que condujeron las acciones relatadas que atentan contra sus fines y rompen con el discurso académico

La lucha política desplegada por la FEUC para imponer las teorías de género y hacer que la UC renuncie a su calidad de objetora de conciencia en el tema del aborto, no pueden tener lugar dentro de la universidad porque ella no se lleva en términos académicos y porque si la casa de estudios traiciona su ideario estaría defraudando a todos aquellos que la eligen por ese ideario.

La institución debe sancionar a los estudiantes por llevar adelante actividades que estorban su misión, siendo la toma la más violenta de ellas. En este sentido, la Contraloría General de la República ha instruido a las universidades estatales llevar adelante sumarios para sancionar a aquellos alumnos que participen de una toma o paralización de las ac-

tividades y ha ordenado a las autoridades universitarias tomar todas las providencias para mantener la prestación de los servicios educacionales de forma permanente¹²⁹. Además, otras universidades privadas han tomado la disposición de castigar, incluso expulsar, a aquellos que se han tomado sus dependencias. Este ha sido el caso de las universidades Academia de Humanismo Cristiano¹³⁰ y Diego Portales¹³¹. Por lo demás, este había sido el caso de la UC en el pasado¹³².

Cabe recordar que los estudiantes no pueden expresarse de modo tan libre al interior de la universidad, ya que ellos deben hacerlo siguiendo parámetros académicos y respetando los principios de estas. Así, lo destaca el exdecano de Derecho de Yale, Robert Post para quien las libertades democráticas tradicionales, como la de expresión, “fueron desarrolladas y definidas en orden a proteger la vida política de la nación, pero la vida dentro de las universidades no es reflejo de ella”¹³³. Para este autor y para Stanley Fish, el discurso que se da dentro de la universidad debe ser admitido solo en la medida que él sea un aporte al desarrollo académico¹³⁴.

4.2) La denuncia de la FEUC no debió tramitarse: ella implicó que la universidad se hizo parte de la lucha política atentando contra sus propios principios, persigue expresiones protegidas por la libertad de expresión en el ámbito democrático y discrimina en vista de posiciones políticas y no académicas

La respuesta de la Asociación también es de tipo político y, por ende, se puede suponer que debió ser reprimida por la autoridad universitaria. Aun así, nos parece que en el contexto en que se dio y los medios usados la hacen distinta.

Primero, los estudiantes denunciados presentaron un punto de vista en medio de una clara batalla por los espacios universitarios, el que es consistente con el punto de vista defendido oficialmente por la universidad. No lo hicieron por medios grotescos o reñidos con las normas mínimas de convivencia (un cartel pequeño en un espacio público sin estorbar el desplazamiento y una carta en redes sociales). Lo anterior se distingue de la actitud de los miembros de la FEUC que, como hemos visto, efectuaron

¹²⁹ Dictámenes n.º 19973 de 2012 y n.º 75894 de 2011.

¹³⁰ CORTE SUPREMA, rol. 29748-2018.

¹³¹ CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, rol. 27115-2020 y 27.116-2020, esperando ser fallada por la Corte Suprema.

¹³² CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, rol 530-2013; CORTE SUPREMA, rol 3.116-2013.

¹³³ Robert POST, “There is no First Amendment Right to Speak on a College Campus”.

¹³⁴ POST, *op. cit.*; FISH, *op. cit.*: Free Speech and Extracurricular Context.

tomas y una serie de eventos que atentan de manera directa contra el espacio universitario y sus principios.

Segundo, solo el despliegue del cartel tuvo lugar dentro de la universidad. La carta –que fue en esencia lo denunciado–, se publicó en una red social. Aquí se excede la jurisdicción universitaria y debemos aplicar los límites de la libertad de expresión y del debate político propiamente tal. En este sentido, la opinión y los medios usados son válidos.

Es importante señalar, por un lado, que los discursos que puedan ser hirientes o degradantes para “minorías” son el centro del debate actual acerca de la libertad de expresión. Aquí, aparece un concepto de lo ofensivo subjetivo frente a otro objetivo; solo este último permite la deliberación democrática.

Por otro lado, el asunto acerca de la apropiada composición de la familia y de la visión antropológica que existe tras una u otra consideración es de aquellos que más dividen e interesan a las sociedades occidentales y a sus miembros que en su vida íntima deben elegir una u otra forma de vivir y de creer.

Esto nos lleva a pensar que una carta como la expuesta, que tiene por fin evidente presentar una postura en este debate y que no insulta a nadie en concreto ni llama a la violencia directa contra alguien, debe contar con protección de la libertad de expresión. En este sentido, se han pronunciado diversas sentencias recientes de los tribunales de Estados Unidos refiriéndose al debate acerca de la orientación sexual¹³⁵.

Nadie puede alegar desconocer la relevancia de este debate y, por ende, esta denuncia, que apunta a censurar esta discusión, no puede prosperar. Del mismo modo, nadie puede decir que los medios utilizados fueron disruptivos.

Tercero, la persecución de estos estudiantes se da en un contexto donde ella representa una discriminación del punto de vista y no un rescate de la identidad académica de la universidad. En efecto, los alumnos actuaron cuando ya había una lucha desatada al interior de la UC; este debate se había tomado los patios y había influido la malla de la universidad.

Sus formas de expresión no enturbiaron en demasía el ambiente universitario, llamaron a debatir, y se pronunciaron sobre asuntos de amplio debate social y académico. Todo ello mediante una carta y un cartel; ambas expresiones bastante menos impactantes que las llevadas adelante por la FEUC, y hechas de tal manera que llamaban al debate y presentaban sus puntos de vista.

¹³⁵ Véase SUPREME COURT, *Snyder v. Phelps* y DIST. COURT, ND FLORIDA, *Gillman v. School Board for Holmes County, Florida*.

En este sentido, parece que el proceso que se les abre no es por lo que hicieron, sino por lo que manifestaron, como, por lo demás, lo hace presente con claridad, el estudiante que los acusa. Lo anterior se vuelve inconsistente cuando ellos han hecho manifestaciones que van en línea con los principios de la universidad.

El ambiente universitario admite la discriminación de puntos de vista; es más, el avance del conocimiento se basa en distinguir los correctos de los incorrectos. Sin embargo, esta diferencia debe basarse en valores académicos o institucionales, pero no en conceptos vagos acerca de la ofensa que puede representar uno u otro comentario.

La discriminación de puntos de vista hecha sobre la base de otros criterios estorba el progreso de las ciencias, perjudica a quienes participan de la casa de estudios, y si esta se hace por consideraciones ideológicas o políticas termina por rendir a la universidad ante fuerzas que deben serle ajenas.

En el ámbito jurídico, la jurisprudencia estadounidense ha reaccionado con especial fuerza frente a este fenómeno al tratar acerca de los *speech codes* de las universidades que buscan limitar lenguajes ofensivos o que incitan al odio. La legislación estadounidense es descrita como aquella que no admite ninguna clase de discriminación por punto de vista y que, por ende, ha ido declarando ilegales e inconstitucionales todos los códigos que han llegado a las Cortes¹³⁶. Esto se justifica en que la vaguedad de estos códigos los hace derivar en castigar la “posición política o visión de mundo”; por lo mismo, matan la posibilidad de hacer declaraciones controvertidas que se opongan a la “verdad oficial”; derivan en castigos a personas que no sabían que estaban siendo ofensivos¹³⁷. Además, son regulaciones que por lo general se usan contra los más débiles¹³⁸.

En este mismo orden de ideas, cabe recordar que estudios en el ámbito de las ciencias sociales han demostrado cómo la falta de diversidad política en los centros universitarios mina los resultados de las investigaciones¹³⁹.

De esta manera, cabe concluir que dentro de una universidad no puede existir discriminación de puntos de vista por motivos políticos. Solo puede descartar opiniones que se opongan a los estados actuales de la ciencia, a la discusión siguiendo parámetros científicos, o que atenten contra su ideario, las que deben estar establecidas con claridad. La tendencia contraria limita importantes debates y progresos en variadas materias de alto impacto social, como pueden ser: modelo económico, desarrollo sustentable o el manejo de una epidemia.

¹³⁶ CHEMERINSKY, *op. cit.*, pp. 585-595.

¹³⁷ *Op. cit.*, pp. 595-596.

¹³⁸ *Op. cit.*, pp. 597-598.

¹³⁹ LUKIANOFF, HAI DT, *op. cit.*: Solidarity or diversity?

En suma, el proceso incoado se da dentro de un ámbito político y al aceptar llevarlo adelante, sus autoridades se hacen parte de dicha situación, y lo hacen del lado de aquellos que han atacado sus fines y espíritu que ellos deben representar.

En este sentido, debe respetar a los estudiantes disidentes y entrar en un diálogo con ellos. Así lo establecen sus Principios y la Constitución *Ex Corde Ecclesiae* que permanente reconocen el aporte de los no católicos a la obra universitaria. Sin embargo, no puede aceptar que estos ataquen a quienes son leales a los principios de la universidad.

En efecto, este proceso atenta contra los mismos fines universitarios al politizar la universidad y, además, contra aquellos fines que son propios de la UC, entre los que destaca mantener la identidad católica y expresar la misma¹⁴⁰. Así, al procesarlos, la universidad se procesa a sí misma.

c) Investigación del asunto del cartel:
la resolución está tomada al partir

1) De los antecedentes considerados

El denunciante sugirió que los actos denunciados habían sido llevados a cabo por Magdalena Moncada, porque el año anterior había colgado un letrero que señalaba “pensar distinto no es una fobia” y había reclamado respecto a ciertas actividades en pro de la diversidad sexual mediante correos a la Secretaría General. Además, la investigadora contaba con las dos solicitudes realizadas para desplegar el lienzo. Sobre la base de ello, citó a declarar a los estudiantes Sebastián Carvajal, Juan José Tagle y Magdalena Moncada.

Ellos declararon sin conocer la denuncia. A pesar de haberla requerido, les fue denegada, basándose en el hecho de que no se habían formulado cargos aún. Además, a todos los interrogados se los hizo prestar declaración bajo juramento. Ambas situaciones son limítrofes en cuanto a la garantía del debido proceso: la primera, porque todo lo que digan podrá ser usado en su contra y la segunda, pues es ampliamente reconocido el derecho a la no autoincriminación¹⁴¹.

El primero en declarar fue Sebastián Carvajal, quien reconoció haber participado en la confección del lienzo, mas no en su despliegue. Señaló que no sabía quién lo había levantado, pero que había escuchado rumores. Ante esto, la investigadora comienza a preguntar acerca de dichos

¹⁴⁰ Véase Juan Pablo II, *op. cit.*, punto 27, 32; *Declaración principios...*, *op. cit.*, art. 4.

¹⁴¹ Art. 19, n.º 7 de la Constitución: “en las causas criminales no se podrá obligar al imputado o acusado a que declare bajo juramento sobre hecho propio”.

rumores a lo que Sebastián se niega a contestar. Ante esta negativa la investigadora deja constancia en el interrogatorio de que el estudiante se niega a contestar y que ella le señala:

“aunque a él no le conste la participación de las personas cuyos nombres le habrían señalado, es importante que los mencione, sin embargo, persiste en que no recuerda con precisión los nombres”.

El estudiante indica que en la confección del lienzo también participaron Magdalena Moncada y Juan José Tagle. La investigadora le muestra una foto preguntándole si reconoce a las personas que aparecen en ella, y el interrogado reconoce a Juan José.

Luego, se le pregunta si sabe de la Asociación y sus publicaciones. Sebastián señala que es una página en Facebook que ha publicado una carta escrita y firmada por él. Luego le pregunta si es parte de la Asociación, a lo que responde que simpatiza con ella, pero que no sabe si, en efecto, exista como asociación. La investigadora sigue adelante preguntándole: si creó él la página, si la administra y si sabe quién la creó, a lo que responde negativamente. También le pregunta si sabe de estudiantes que participen en dicha asociación, a lo que dice “conozco a muchos que simpatizan, no sé quién creó esa página ni quién la administra”. También le pregunta si él escribió o publicó la Carta a los Estudiantes de la PUC, a lo que responde que no.

A continuación, se le interroga acerca de si creía que el contenido del lienzo podía ser ofensivo. Responde:

“subjetivamente, imagino que pudo haber ofendido a alguien, aunque me parece sorprendente que alguien se sienta ofendido por el contenido”.

La investigadora insiste: “¿qué reacciones hubo en la comunidad universitaria al despliegue del lienzo?”. Señala que hubo variedad de comentarios para ambos lados. La investigadora insiste: “¿Ud. u otro de sus compañeros se representaron que lo que decía el lienzo podría afectar a otros miembros de la comunidad universitaria?”. Frente a lo que responde:

“no, no veo por qué, como dije anteriormente me parece un poco incomprendible que alguien se vea injustamente afectado por lo que ahí se dice”.

Luego fue el turno de Juan José Tagle, quien reconoció que el lienzo había sido colgado por él y Magdalena Moncada. Consultado acerca de si contaba con autorización para colgar el lienzo, relató la sucesión de solicitudes y autorizaciones, y señaló que como habían sido autorizados antes, confiaban en que habían sido autorizados de nuevo. Sobre si pertenece a la Asociación, quienes más pertenecen, si escribió y publicó la Carta a

los Estudiantes de la PUC, señala que supone pertenecer, que también pertenece a ella Magdalena Moncada, que sí escribió la carta, pero no sabe quién la publicó.

La investigadora le pregunta si creía que el contenido del lienzo podía ser ofensivo. Juan José responde “creo que objetivamente el contenido no era ofensivo”. Luego, al ser consultado por las reacciones suscitadas, expresó:

“A los pocos minutos de haber sido instalado llegaron dos guardias a retirar el cartel. Recuerdo que alguien que estaba abajo dijo algo así como ‘que poco respetuosos con los que piensan distinto’. Posteriormente, los guardias nos dijeron que iban a guardar el cartel, que no nos preocupáramos.

La gente que estaba abajo en el patio, que no conozco, nos tomaron fotos, y al cartel, después subieron –no sé si ellos– las fotos al grupo estudiantes UC, reprochando el acto, señalando algo así como: ‘no espero nada de Uds. pero aun así logran decepcionarme’.

Posteriormente, la publicación tuvo muchas reacciones y comentarios, de todo tipo, a favor y en contra, como toda publicación que hacen miembros de dicho grupo en Facebook”.

Se le pregunta si se representó que el contenido del lienzo podría afectar a otro miembro de la universidad. Responde:

“no, además no era el objetivo afectar a nadie, sino que describir conductas objetivamente contrarias a la moral, con el objeto de que hubiese un diálogo o discusión al respecto”.

Posteriormente, se le consulta si la carta compara las relaciones homosexuales con las de la pedofilia y zoofílicas, a lo que responde de modo afirmativo. Consultado por si se representó que dicha analogía pudiese menoscabar o afectar a algún miembro de la comunidad universitaria señaló: “no creo que pueda menoscabar a nadie. Además, la carta no se dirige a ningún estudiante en particular”.

En un tercer turno, se interrogó a Magdalena Moncada, quien reconoció su autoría sobre el cartel, la carta y su participación en el despliegue de ambos. Consultada acerca de quienes más participaron dijo:

“Prefiero guardar silencio. Lo prefiero, no porque me lo hayan pedido, sino porque hay un temor real y legítimo de entregar los nombres por las consecuencias de declararse una persona católica que defiende ideas católicas en la universidad, funas, insultos, amenazas, entre otras. A mí no me afecta tanto porque estoy en cuarto año, pero a otras personas sí, porque les queda más camino en la universidad”.

Al ser consultada acerca de si contaba con autorización para colgar el lienzo, responde que lo colgaron confiando en que como el mismo ya

había sido autorizado con anterioridad, solo se trataba de un retraso (tal y como había ocurrido la primera vez). Agrega que la autorización se les denegó varios días después de los hechos (26 de agosto de 2018). Sobre los motivos de la negativa, manifiesta que estos no se indicaron, lo que le pareció “injusto [...], además de no comprender por qué se niega, a menos que fuera contra las ideas de universidad”.

Respecto de las reacciones al lienzo señaló que hubo de todo, y que entre las reacciones negativas “hubo muchas muy agresivas por ejemplo con amenazas hacia nosotros, lo que me preocupa, es inquietante la violencia universitaria”. La estudiante indicó que el lienzo estuvo colgado un minuto porque lo sacó un guardia y que en el patio que estaba casi vacío hubo pocas reacciones.

Sobre si el lienzo le pareció ofensivo, dijo “no, no lo pensé ni antes de haberlo hecho, ni cuando lo colgué, ni lo pienso ahora”. Asimismo, resaltó que no se representó que el lienzo pudiese afectar a otros miembros de la comunidad, y que “lo que dice el lienzo en sí mismo no es ofensivo, de hecho es acorde con las ideas y principios de la universidad”.

Al ser consultada sobre si la carta compara las relaciones homosexuales con la pedofilia y zoofilia responde: “el mencionar la pedofilia y zoofilia fue para dar otros ejemplos de otras relaciones sexuales no naturales, no para equipararla”. Sobre si creyó que dicha analogía pudiese menoscabar o afectar a alguien: “no, porque no se hacía alusión directa a nadie”.

Al finalizar el interrogatorio y dársele la oportunidad de agregar algo más, dijo:

“El lienzo lo colgamos principalmente porque hay un grupo de alumnos en la universidad que manifiesta, abiertamente, ideas contrarias al Magisterio de la Iglesia, y que tienen todos los espacios disponibles para manifestarse. Nosotros, como alumnos y como católicos, sentimos una responsabilidad moral de defender los principios de la universidad, públicamente”.

Como podemos apreciar, los interrogatorios se dirigen a visualizar si los estudiantes se representaron la ofensividad de la conducta. Sin embargo, van más allá y pretenden, a través de distintas preguntas, conseguir una reconsideración de los estudiantes. Por su parte, ellos hacen presente el miedo a funas y que su único deseo es defender los principios de la universidad.

La investigación prosigue trayendo a la vista las solicitudes para colgar el lienzo, las resoluciones recaídas sobre ambas y con la búsqueda de publicaciones sobre lo ocurrido.

Según el expediente, la investigadora tomó en consideración cinco publicaciones de internet, que manifestaban su parecer negativo respecto

del evento. Ellas correspondían: a la Nueva Acción Universitaria, grupo político de la UC que coincidentemente tenía la directiva FEUC, que había presentado la denuncia; a tres medios con líneas editoriales claras al respecto y coincidente con la FEUC (*El Desconcierto*, *El Mostrador*, CNN Chile), y a *El Dinamo*, que se limitó a publicar las opiniones negativas frente al cartel de los administradores del santuario del padre Alberto Hurtado.

Estas publicaciones fueron consideradas para fundar los cargos y rechazar los descargos de los estudiantes. Lo que nos lleva a preguntarnos, ¿por qué solo se consideran opiniones de medios cuyo interés es evidente en la materia y que tienen visiones diversas a las de la universidad?

En suma, durante la investigación se hace imperar un punto de vista desde el principio y los hechos son interpretados casi por completo desde la perspectiva del acusador.

2) Del avance, dilaciones y publicidad de la investigación

El día hábil número 21 desde que se inició el proceso, ante la falta de noticias, Magdalena Moncada se dirigió vía correo electrónico a la investigadora y a la Secretaría General de la UC, para preguntar acerca del estado del mismo. En dicha comunicación hizo presente que, de acuerdo con el art. 13 del Reglamento de Responsabilidad Académica y Disciplinaria, la investigación solo puede durar veinte días hábiles prorrogables.

La investigadora respondió que se había decidido prorrogar los plazos de la investigación hasta el 27 de noviembre. Agregando que siempre se tenía en cuenta la “garantía de un racional y justo proceso, la que incluye el ser juzgado en un plazo razonable”.

Magdalena agradece la pronta respuesta de la investigadora, pero hace presente que informar a la parte denunciada acerca del desarrollo del proceso, también es parte de la garantía de un proceso justo y racional. Termina por agregar que el desconocimiento de los avances, la mantiene a ella en la incertidumbre con el costo emocional que ello significa.

La investigadora responde con un correo que bien puede ser prueba suficiente para anular el procedimiento ante cualquier Corte de Justicia:

“Este proceso se falla conforme en conciencia, por lo que todos los estándares del debido proceso aparecen atenuados atendido los objetivos particulares que se persiguen”.

Frente a ello, Magdalena envía un nuevo correo a la investigadora, Secretaría General, al rector de la universidad y al decano de la Facultad

de Derecho, en el que relata el intercambio anterior, luego hace presente que aún no recibe respuesta alguna y que teme una nueva prórroga que no le ha sido informada. En este sentido, recuerda que todo esto la mantiene en constante incertidumbre y tensión, tanto a ella como a su familia. Agrega que es época de exámenes y que la seriedad del proceso es causa de gran estrés para ella. En virtud de lo anterior pregunta si hay límites a las prórrogas, y agrega que es

“delicado y contrario a cualquier procedimiento justo el que una alumna investigada pueda ser mantenida durante un largo tiempo sin un conocimiento claro de lo que le ocurrirá”.

Acaba su carta solicitando que se le indique la decisión que se tome con respecto a su procedimiento, pues “parece propio de la legalidad, del buen criterio, y de la tranquilidad de quienes estamos en una situación como esta”.

La Secretaría General responde señalando que en el proceso disciplinario la garantía del debido proceso puede experimentar matices que tienen que ver con

“los objetivos que persiguen los aludidos procesos y que consisten en velar por el respeto a la Declaración de Principios, así como a los Estatutos y normas generales o cualquier otra regulación de la Universidad y, por otro, con el respecto a la convivencia universitaria”.

Luego enumera diversas prórrogas que había experimentado el proceso y señala que sin dichas prórrogas no sería posible haberla interrogado ni estar reuniendo todos los antecedentes necesarios para esclarecer los hechos. Hace presente que el primer plazo comenzó a correr con la denuncia. Así, cuando la señorita Moncada declaró por primera vez ya se había vencido el primer plazo de veinte días.

Sobre las prórrogas, el Reglamento exige que ellas sean solicitadas por el investigador mediante resolución fundada. En el expediente no hay registro de estas resoluciones ni de los fundamentos de los alargues. En condiciones normales, el proceso debió terminar el 18 de octubre de 2018.

Así, se violaron los reglamentos universitarios. Además, las respuestas de la autoridad no responden con claridad qué matices se hacen al debido proceso y amparados en qué. Las respuestas no cuentan con fundamentación alguna y son, por ende, arbitrarias.

La investigación fue cerrada el 28 de noviembre de 2018. Una vez ocurrido esto procede que la investigadora formule cargos dentro de cinco días hábiles o recomiende el sobreseimiento al secretario general. Este no fue el caso y los estudiantes investigados fueron recién notificados de los cargos el día 19 de diciembre de ese año.

3) La formulación de cargos

La investigadora decide formular dos cargos:

1. Infracción del artículo 10 letra g) del Reglamento que dispone:

“Las siguientes conductas constituirán infracciones disciplinarias, sin que la enunciación sea taxativa: [...] g) Cometer actos contrarios a la moral y a las buenas costumbres en los recintos de la Universidad o en lugares que la Universidad ocupe o utilice, o utilizar estos recintos o lugares cuando no exista autorización otorgada por la autoridad competente”,

lo que se verificaría al haber izado en cartel sin autorización, y

2. Infracción del artículo 10 letra b) del Reglamento que dispone:

“Las siguientes conductas constituirán infracciones disciplinarias, sin que la enunciación sea taxativa: [...] b) Expresarse, públicamente y por cualquier medio, de forma deshonesta o en menoscabo de algún miembro de la comunidad universitaria”.

No da muchos motivos de la primera acusación. Al parecer, le pareció evidente, visto que la autorización fue finalmente denegada. Sin embargo, se explaya sobre el segundo, disponiendo que la Carta a los Estudiantes de la PUC “constituiría un incumplimiento al postulado contenido en el párrafo N° 21 de la Constitución Ex Corde Ecclesiae”. Así cita dicha normativa con los subrayados que se indican:

“La Universidad Católica persigue sus propios objetivos también mediante el esfuerzo por *formar una comunidad auténticamente humana*, animada por el espíritu de Cristo. *La fuente de su unidad deriva* de su común consagración a la verdad, *de la idéntica visión de la dignidad humana* y, en último análisis, de la persona y del mensaje de Cristo que da a la Institución su carácter distintivo. Como resultado de este planteamiento, la Comunidad universitaria está animada por un espíritu de libertad y de caridad, *y está caracterizada por el respeto recíproco*, por el diálogo sincero y por la tutela de los derechos de cada uno. [...]. *Cada miembro de la Comunidad*, a su vez, *coadyuva para promover la unidad y contribuye, según su propia responsabilidad y capacidad*, en las decisiones que tocan a la Comunidad misma, así como a mantener y reforzar el carácter católico de la institución”.

Indica luego, que los estudiantes acusados tienen el deber de contribuir al “fortalecimiento y unidad de la comunidad universitaria”. Para agregar que de acuerdo con su declaración de principios la universidad “quiere dar un testimonio que sea verdadero para todos, incluso aquellos que no creen en Cristo” y para ello

“requiere fundamentalmente para el cumplimiento de su misión del testimonio de la fe de sus académicos y de sus demás miembros, pero no excluye de su seno a quienes no participan de la fe de la Iglesia, y está obligada al más delicado respeto de su conciencia”.

A continuación, señala que los estudiantes hicieron uso de su derecho a la libertad de expresión y no se refirieron a nadie en concreto, mas sus formas ocasionaron menoscabo a terceros. Así señala:

“Aunque las ideas expresadas en la carta denunciada sean producto del ejercicio de su libertad de expresión, la forma en que se expresaron, específicamente el párrafo ‘Esto sucede cuando se presente como amor auténticamente humano la relación sexual que no lo es, como la de dos personas del mismo sexo, o entre más de dos personas, o con niños o personas con animales’, afecta la dignidad de un grupo de personas, y ante el cual miembros de nuestra comunidad universitarias han manifestado sentirse menoscabados, precisamente porque contribuyen a estigmatizar, al interior de la comunidad universitaria, a quienes puedan ser partícipes de ese grupo de personas. Ello constituye a juicio de esta investigadora, una infracción a la Constitución *Ex Corde Ecclesiae* y a los principios de nuestra Universidad”.

La investigadora desechó la incitación al odio como infracción, por cuanto la carta concluye llamando al diálogo.

Sin perjuicio de que la defensa se ocupará del cargo, debo decir que la investigadora hace tres cosas peligrosas para la adecuada educación universitaria. Primero, no considera la intención subjetiva de los estudiantes, así, su resolución amenaza a cualquier comentario que pueda ser encontrado ofensivo por alguien y se aleja de los cánones jurídicos aceptados por la tradición en cuanto a ofensas, los que exigen previsibilidad e intención, las que de acuerdo con los antecedentes tenidos a la vista no concurrieron. Segundo, lee la Constitución *Ex Corde Ecclesiae* y la Declaración de Principios de la Universidad separadas de todo contexto, logrando que las opiniones oficiales de la universidad puedan ser también constitutivamente ofensivas. Tercero, se refiere a una carta publicada fuera de la universidad, sin justificar de ninguna manera por qué la jurisdicción de esta se extiende a esos aspectos de la vida de los alumnos. Esto equivale a intervenir en aspectos de la vida de los estudiantes que van más allá de lo que la universidad puede y debe.

En fin, pareciera que la investigadora se dedica en exclusiva a resignificar los hechos y a desarrollar una doctrina según la cual ningún estudiante ni profesor puede sentirse seguro de si lo que expresa puede o no caer comprendido bajo la letra b) del art. 10 del Reglamento. Pues, finalmente, cualquier opinión en un asunto debatido y contingente corre

el riesgo de ofender a alguien¹⁴². Además, el peligro es mayor porque ni siquiera considera el expediente, ya que no consta ninguna declaración de alguien que se pueda haber sentido menoscabado. Esto atenta contra el debido proceso y aniquila cualquier posible debate universitario.

d) La defensa

1) De los antecedentes generales de la misma

La defensa de los estudiantes fue asumida de forma voluntaria por el destacado abogado y profesor, Óscar Contreras Blanco.

Comienza destacando que los cargos que se formulan son la ofensividad del mensaje, respondiendo a la denuncia y el izamiento del cartel, de oficio. Los aborda por separado, pero al comenzar su presentación destaca que no se individualiza ni se da antecedente alguno de que alguien haya sido ofendido. Así, introduce el alegato diciendo:

“Lo que se busca de la mano de un fingido ‘menoscabo’ y ‘discriminación’ es amedrentar, perseguir y sancionar nuestras creencias y opiniones doctrinarias de manera de instalar una ‘verdad oficial’ que, por cierto, no admite réplica y mucho menos debate”.

Para la defensa, los cargos estaban “defectuosamente formulados, con imputaciones vagas y genéricas (en línea con los dichos del denunciante)” y buscaban más que configurar una infracción, “efectuar un relato y un juicio de reproche afín con la versión del Denunciante”. Para lo cual, se avalan conductas contradictorias de la autoridad universitaria (que con anterioridad había autorizado exactamente el mismo cartel) y se “tergiversa y desfigura un párrafo aislado de la Carta al cual se intenta retratar como un menoscabo grave contra personas que no se identifican”. Desde aquí concluye que este proceso está “orientado a sancionar opiniones y creencias” que “son legítimas en un régimen democrático” y que “se encuentran en plena comunión [...] con los principios fundamentales que inspiran y sobre los que reposa la Pontificia Universidad Católica”. Entre ellos: “el concepto de familia, unidad en la verdad, ortodoxia en la Religión”.

Luego, la defensa aborda los hechos y destaca, primero, la necesidad de hacer las publicaciones de forma anónima por la existencia de un justo temor a represalias y, segundo, el fin de los estudiantes, que era defender los principios fundantes de la universidad.

¹⁴² Jordan PETERSON, entrevistado por Leigh Sales.

2) De las infracciones al debido proceso

La defensa enumera las violaciones al debido proceso: la negativa a entregarles copia de la denuncia previa al interrogatorio, las prórrogas sucesivas sin cumplir con el Reglamento, la prolongada e injustificada demora del proceso mientras se mantenía a los acusados en la incertidumbre, las respuestas señalando que por fallarse el proceso en conciencia los estándares del debido proceso se atenúan, sin especificar en qué consiste dicha atenuación, que se dicte resolución de cierre de proceso y se notifique después de haber concluido el plazo fijado, que la formulación de cargos se notifique a ambos pasado los plazos reglamentarios para formular cargos o sobreseer. Sobre la supuesta atenuación de esta garantía señala:

“¿Dónde la ley natural o la ley positiva atenúa una garantía fundamental como el debido proceso? ¿Qué excepción tuvo en cuenta para privarnos, por tanto tiempo, de antecedentes fundamentales del proceso? ¿Qué estatuto, Constitución o Principio de la Universidad Católica la autorizan para ‘atenuar’ el derecho a un debido proceso que no puede privarse o ‘atenuarse’ en su esencia? Por lo demás, ¿cuál es la relación entre que la causa se falle ‘conforme en conciencia’ con la ‘atenuación’ al derecho a un debido proceso?”.

Así, deja en “evidencia el abuso con que se procede”.

Prosigue señalando que los cargos son “genéricos e indeterminados por cuanto apuntan a sancionar opiniones” y no individualizan a alguien “que sufra el daño o menoscabo que se alega”. En efecto, la acusación se basa en citas parciales de *Ex Corde Ecclesiae*, y el reproche en “la forma y los medios de manifestar su opinión”, los cuales menoscabarían a parte de la comunidad universitaria. Sin embargo, agrega, no individualiza a quienes sufren dicho menoscabo ni explica cómo la carta contribuye a dicho menoscabo. En consecuencia, los cargos no son “meras afirmaciones gratuitas, constitutivas de peticiones de principios”. Agrega, que en el expediente no consta prueba alguna que pueda individualizar a los afectados, ni tampoco se da ningún antecedente que sirva para sostener que las afirmaciones de la carta pueden constituir un perjuicio para alguien.

Así, recuerda que para poder sancionar es necesario conocer la identidad de quien ha sufrido el mal, y que el Reglamento exige que el daño o menoscabo sea causado a miembros determinados de la comunidad universitaria¹⁴³.

¹⁴³ El art. 10 letra b) señala: “Las siguientes conductas constituirán infracciones disciplinarias, sin que la enunciación sea taxativa: ...b) Expresarse, públicamente y por

Indica que “la ausencia de razones y explicaciones sobre cómo es que ese grupo desconocido e indeterminado” habría sido menoscabado por una frase de la carta importa que los estudiantes quedan en una difícil situación para defenderse. Ello, porque ignoran “qué se habría causado, a quién y, más importante aún, cómo y por qué”. Así, se ven obligados a ejercer su defensa contra “meras hipótesis y pre-suposiciones, y no de hechos y antecedentes concretos y razonados” frente a los cuales poder confrontar sus alegaciones.

Finalmente, aborda el asunto ideológico subyacente en el reclamo según el cual, el supuesto valor afectado sería “la unidad de la comunidad auténticamente humana”. Señala que ella no puede verse afectada por este mensaje en el contexto de una universidad católica, pues la unidad de dicha comunidad debe ser interpretada en función de la verdad expuesta en los principios rectores de la Iglesia católica. Así, destaca que

“como el Cartel y la Carta objetos de reproche no contienen nada que afecte esta verdad, sino que más bien son, en lo que cabe, coherentes con ella”

no existe afectación del bien al que hacen referencia los cargos.

Adicionalmente, la defensa señala distintas contradicciones de los cargos, lo que da cuenta de su difícil comprensión.

Sobre los razonamientos presentados, podemos decir que desde el punto de vista jurídico son impecables, y se enmarca en la tradición del derecho tanto chileno como comparado, en cuanto al debido proceso y la defensa de la libertad académica y de expresión¹⁴⁴.

3) Defensa por el primer cargo

Art. 10 letra g) del Reglamento:

“Las siguientes conductas constituirán infracciones disciplinarias, sin que la enunciación sea taxativa: [...] g) Cometer actos contrarios a la moral y a las buenas costumbres en los recintos de la Universidad o en lugares que la Universidad ocupe o utilice, o utilizar estos recintos o lugares cuando no exista autorización otorgada por la autoridad competente”.

A la defensa, la infracción señalada por la investigadora no le pareció evidente. Primero, porque la negativa de la autoridad al despliegue del

cualquier medio, de forma deshonesto o en menoscabo de algún miembro de la comunidad universitaria”. Como se advierte el tenor literal da a entender que debe tratarse de una persona determinada, lo que se ve reforzado por el principio que manda a aplicar las normas penales de forma restrictiva.

¹⁴⁴ Véanse los capítulos IV y V.

cartel fue claramente extemporánea (cuatro días después de que los hechos habían ocurrido) y no motivada, contradiciendo sus conductas anteriores. Una conducta contradictoria es siempre sospechosa de injusticia, pues al actuarse así se atenta contra la doctrina de los actos propios, lo que vuelve la acción inadmisibile.

Esta doctrina se define como

“un principio general de derecho, fundado en la buena fe, que impone un deber jurídico de respeto y sometimiento a una situación jurídica creada anteriormente por la conducta del mismo sujeto, evitando así la agresión a un interés ajeno y el daño consiguiente”¹⁴⁵.

De ella han dicho los tribunales chilenos:

“no es lícito invocar un derecho en contradicción con una conducta anterior, lo que se funda en la necesidad social de que los comportamientos de las personas deben ser coherentes e inspirados en la buena fe”¹⁴⁶.

La defensa enumera los requisitos para que opere esta doctrina y muestra cómo ellos se aplican al actuar de la Secretaría General¹⁴⁷. Agrega que el derecho sanciona el actuar contra los actos propios con la inadmisibilidad de la pretensión nueva y contradictoria.

Asimismo, la defensa señala que los estudiantes actuaron amparados por la confianza legítima de que si la autoridad había aprobado el despliegue del lienzo una primera vez lo haría de nuevo, por lo que se consideraron autorizados a colgarlo una vez que la autorización no llegó en el tiempo debido (setenta y dos horas). Concluye que los estudiantes actuaron amparados por la doctrina de la “confianza legítima” de que, tratándose de un mensaje “por completo coherente” con los fundamentos de la universidad, “no era ni podría ser considerado objeto de una falta disciplinaria”.

En efecto, destaca que la norma 10 letra g) se dirige a prevenir actos contrarios a la moral y a las buenas costumbres y que si, el cartel y su

¹⁴⁵ Fernando FUEYO, *Instituciones de derecho civil moderno*, p. 310.

¹⁴⁶ *Revista Derecho y Jurisprudencia*, tomo XC, Santiago, 1993, sección segunda, p. 90.

¹⁴⁷ (i) una conducta anterior relevante y eficaz, que sería la autorización anterior de la Secretaría General sin hacer reproche alguno ni al contenido ni dimensiones del Cartel, ni a la fecha ni hora de exhibición; (ii) un nuevo acto constitutivo de una pretensión jurídica contradictoria, representada por el rechazo, extemporáneo e inmotivado, a la solicitud de despliegue del cartel; (iii) una pretensión nacida de la segunda conducta que, de admitirse, repercutiría en derechos adquiridos por terceros o bien causará daños, lo que se ve dado por la falta de motivación del cambio de actitud que daña los derechos de los solicitantes al someterlos a este proceso que tiene por objeto sancionarlos con caso omiso de la conducta previa, confianza legítima y buena fe; (iv) la identidad de sujetos, dada por los solicitantes, ahora defendidos.

mensaje no son contrarios a la moral y las buenas costumbres como han de entenderse en una universidad católica, entonces la confianza de los acusados “al colgarlo la segunda vez se funda en un motivo razonable y legítimo que merece protección”¹⁴⁸.

Añade que no entiende cómo por una “simple diferencia de fechas”, pueden ser estos estudiantes los sancionados si la Secretaría General ha tolerado la realización de una serie de actos “contrarios a la moral y a las buenas costumbres” como, por ejemplo, la denominada “Toma Feminista”. En este sentido, señala que al colgar un cartel que reafirma los principios de la universidad actuaron en el legítimo entendido de que no serían sancionados.

Concluye que es evidente que actuaron de buena fe, amparados en la confianza legítima y los actos anteriores de la Secretaría General. Para luego agregar que la Secretaría no ofrece certeza jurídica a los estudiantes, la que debe basarse en los Principios de la Universidad, de forma que quien actúe en conformidad con dichos principios no puede ser sancionado, ya que de lo contrario se cae en el absurdo de que en la UC se castiga a quienes actúan como ella propone¹⁴⁹.

La defensa puede resumirse en que la universidad debe respetar sus principios y actuar de tal manera que dé certeza a los miembros de la comunidad universitaria. Esto debería fundamentar todo ordenamiento, ya que sin estas garantías ninguna organización humana puede subsistir en paz y justicia.

La defensa reconoce que la autoridad puede regular la oportunidad y el uso de los espacios, lo que pide es que esto se haga conforme a criterios conocidos, discernibles y racionales.

Como las autoridades universitarias no actuaron así, sino con un criterio para estos estudiantes y otro para la FEUC, se levanta la duda de qué es lo buscado. Así parece que lo que realmente ocurre, bajo un argumento, en teoría, neutral y formal, es una verdadera discriminación por punto de vista político. Esto, no puede tener lugar en una universidad¹⁵⁰.

¹⁴⁸ Esto va en línea con lo que ha sido la jurisprudencia tanto de los tribunales chilenos como estadounidenses. Véase PABLO, “Control judicial...”, *op. cit.*

¹⁴⁹ La defensa acredita que el contenido del cartel y la carta van en consonancia con la *Declaración principios...*, *op. cit.*, citando diversos documentos pontificios, partiendo por la encíclica *Amoris Laetitia*. Agrega que la Secretaría General está al tanto de esto, según un voto suya como ministro del Tribunal Constitucional chileno.

¹⁵⁰ Para ver cómo los tribunales interpretan usualmente las referencias a los principios de las universidades véase PABLO, “Control judicial...”, *op. cit.*

4) De la defensa del segundo cargo

Art. 10 letra b) del Reglamento que dispone:

“Las siguientes conductas constituirán infracciones disciplinarias, sin que la enunciación sea taxativa: [...] b) Expresarse, públicamente y por cualquier medio, de forma deshonesta o en menoscabo de algún miembro de la comunidad universitaria”.

La defensa señala que este cargo nace de la lectura de un párrafo aislado de la carta:

“Pero no se puede promover pretendidos modelos de familia que antagonizan con lo primordial y básico: el matrimonio. Se puede criar un niño sin la presencia viva del amor matrimonial, pero una cosa es que falte y otra es que ese modelo sea antitético al amor conyugal. *Esto sucede cuando se presenta como amor auténticamente humano la relación sexual que no lo es, como la de dos personas del mismo sexo, o entre más de dos personas, o con niños, o personas con animales*”.

Donde la primera parte es coincidente con el Magisterio de la Iglesia. Sobre la segunda, indica que se refiere a una serie de relaciones que son entendidas por ese Magisterio como uniones meramente carnales. Entendiéndolas a ellas y a otras como “vínculos sexuales que se encuentran fuera de los contornos del matrimonio y de la familia cristiana”.

Así, la acusación se funda en un “garrafal error lógico”, pues la comparación no consiste en comparar las relaciones homosexuales con la pedofilia o zoofilia, sino en comparar las tres “con el matrimonio”. Concluye que es ilógico y absurdo creer que se intentó hacer un parangón entre la homosexualidad y una conducta delictual; ello revela la total falta de comprensión del contenido objetivo del mensaje.

Luego, la defensa hace presente que el cargo formulado se basa en una descontextualización, ya que se juzga sin considerar el texto completo de la carta, “que es máximamente respetuosa y comedida”.

Prosigue alegando que la frase objeto del cargo, no es constitutiva de menoscabo alguno para personas determinadas o indeterminadas que tengan una tendencia afectiva distinta o piensen diferente, ya que por hacerse una enumeración de conductas de tan solo ejemplificadora, es difícil que pueda entenderse que ella atente contra personas específicas. Agrega que, considerar que se estigmatiza a un grupo de personas equivale a pensar que la enseñanza de la “Iglesia afecta la dignidad y estigmatiza a quienes discrepan de ella”, o a querer sancionar una “opinión o una manifestación pública” de las creencias religiosas de los estudiantes.

Añade que no se ha presentado prueba alguna capaz de probar el daño o menoscabo, de modo que todo descansa sobre la subjetividad del

denunciante. Señala, además, que debe entenderse que se exige intencionalidad de causar daño, la que tampoco se ha probado.

Par concluir, se centra en la supuesta infracción de la Constitución *Ex Corde Ecclesiae* y la Declaración de Principios de la Universidad. Sobre la primera, señala que la investigadora no da indicio alguno de cómo la carta vulnera la Constitución. Agrega que la expresión “comunidad auténticamente humana” a la que se refiere la Constitución da a entender una comunidad basada en el modelo antropológico del Magisterio Católico, y que una simple reacción sentimental subjetiva, ya sea contra la forma o fondo del mensaje, no puede ser considerada con la aptitud para romper la comunidad universitaria. Añade que si bastara el sentimiento subjetivo de ofensa para que un determinado acto o dicho se convirtiera en injurioso, desaparecería el derecho a defensa de todo denunciado –lo que diga y demuestre será irrelevante”. Además,

“la Universidad estaría actuando en contra del modelo antropológico que la sostiene, al rechazar implícitamente la existencia de bienes universales, susceptibles de ser comprendidos por la razón intersubjetiva”.

Por lo demás, así lo entiende *Ex Corde Ecclesiae* al sostener:

“si es necesario, la Universidad Católica deberá tener la valentía de expresar verdades incómodas, verdades que no halagan a la opinión pública, pero que son también necesarias para salvaguardar el bien auténtico de la sociedad”.

Sobre los Principios señala que el hecho de que la universidad no excluya a los no católicos, no quiere decir que deba renunciar a su ideario. Así lo indica la misma Declaración de Principios. El respeto de la conciencia de quienes no compartan el ideario de la universidad significa que no se les puede obligar a suscribir lo que no creen, mas en ningún caso significa “que los alumnos deban enmudecer” cuando deseen expresar ideas o dar testimonio de su fe, pues la UC, según su mismo decreto de fundación, fue fundada “para permitir que los jóvenes que provienen de colegios católicos puedan seguir educándose en su fe”. De este modo, los cargos suponen una vulneración de los Principios, los que impone a quienes no participan de la fe. La obligación de una actitud de respeto y apertura hacia los principios que informan la universidad; “quien combatiere esos principios, no puede formar parte de esta Universidad”, dicen. Adiciona que cuando los principios hablan de “testimonio valedero para todos”, no significa que se deba rechazar la ortodoxia, sino, por el contrario, dar testimonio de la verdad, con caridad, diciéndola en su integridad, acompañando a la enunciación de la doctrina una vida personal conteste con ella.

Finalmente, destaca el peligro para la vida de cualquier universidad que significaría el que prospere este cargo, calificando la ofensa conforme a la subjetividad. A este respecto señala:

“supone un riesgo de grandes proporciones, pues toda opinión, toda palabra, todo pensamiento puede eventualmente hacer sentir menoscabado a alguien. De aceptarse este criterio, llegará más pronto que tarde un momento en el que se hará imposible impartir clases”.

Las afirmaciones de la defensa en esta parte son consistentes con las formas, en general, aceptadas para enfrentar estos problemas.

5) De cómo los cargos formulados representan una vulneración a la libertad de conciencia y a la de expresión

En un último capítulo, la defensa destaca que los cargos afectan la libertad de conciencia y expresión. Sobre la primera, señala que la Constitución asegura a todas las personas

“la libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público”.

Este derecho implica la posibilidad de dar expresión pública a ellas, como ha sido sostenido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional chileno. De esta manera, como el cartel y carta representan una expresión pública de las creencias de los estudiantes procesados, este proceso deviene en una vulneración a esta garantía.

Sobre la segunda, la Constitución también asegura “la libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio”. La que para la Comisión Interamericana de Derechos Humanos implica “el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole”. De esta manera al sancionarse la publicación de la carta y despliegue del cartel se vulnera esta garantía. Sobre esto, se recuerda que como ha dicho el Tribunal Europeo de Derechos Humanos:

“la libertad de expresión e información [...] debe extenderse no solo a la información e ideas favorables, consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también a aquellas que ofenden, resulten chocantes o perturben”.

Concluye que de los cargos y acusación no se desprende ninguna causa legítima para limitar la libertad de expresión, sino que solo se limita a proteger sentimientos.

La defensa hace una buena relación de los derechos a la libertad religiosa y de expresión en su contenido, tanto en el derecho chileno como comparado, y los aplica a los cargos formulados, los que claramente no se hacen cargo de los motivos que habría para limitar estos derechos ni hacen una apropiada ponderación de estos en el ambiente universitario.

e) Después de los descargos:
La Investigación y evaluación

1) De las diligencias solicitadas, la prueba rendida
y la declaración de la testigo

Para probar sus puntos, la defensa solicitó varias diligencias probatorias: citar como testigo al Rector y a la Secretaría General para que depusieran en relación con los hechos que motivan los cargos y descargo; oficiar al Nuncio Apostólico para que respondiese si el cartel objeto del procedimiento o la carta explicativa “infringe o viola algún principio, valor o constitución de la Iglesia Católica o se encuentra en pugna con el Magisterio de la Iglesia”; que se exhibieran los demás sumarios iniciados por la Secretaría General durante 2018 y sus resultados en la medida que fuesen necesarios para ver el modo de operar en este tipo de casos, y citar como testigo a la estudiante de enfermería, Catalina P., para que depusiera sobre los hechos que motivan los cargos y descargos. Además, indicó que presentaría prueba documental.

Todas las diligencias solicitadas van en línea con un debido proceso. Ellas son pertinentes para esclarecer los hechos y el derecho, así como para acreditar que el juicio se lleva de forma estandarizada y por los motivos señalados, no siendo una forma de sancionar opiniones simplemente incómodas. Sin embargo, la investigadora solo aceptó el testimonio de Catalina P. Sobre los otros dos testigos se negó invocando de forma genérica los “artículos 29, 30, 32 y siguientes del Reglamento” sin dar otras especificaciones. La prueba documental fue denegada porque según ella habría precluido la oportunidad reglamentaria para presentarla. El oficio a la Nunciatura fue denegado en virtud de no ser esta “la autoridad universitaria competente” para pronunciarse sobre el asunto. Añadió que el “texto que reza el cartel desplegado” no es motivo de los cargos. Para finalizar, dispuso que la solicitud de otros sumarios es inconducente a los fines del proceso y que se opone al Reglamento y a las resoluciones dictadas.

La defensa repone que la resolución le fue notificada casi un mes después de su presentación, siendo “de tal desprolijidad que ni siquiera

escribe correctamente el nombre” de la persona a la que se dirige¹⁵¹. Dice que la resolución es abusiva y constituye:

- i) una infracción evidente a las normas más mínimas del debido proceso y
- ii) una violación a la oportunidad universalmente reconocida para rendir las pruebas para sostener la defensa.

Justifica sus dichos en que no hay ninguna disposición en el Reglamento de Responsabilidad que faculte al investigador para determinar los medios de prueba que el inculcado puede utilizar; lo autorice para excluir las pruebas solicitadas, calificar *ex ante* su pertinencia y relevancia, ni para fijar “requisitos” de cómo solicitar los medios probatorios.

Sobre los medios denegados señala que las disposiciones del Reglamento citadas para rechazar los testigos se refieren, en realidad, a otras materias y que no existe ninguna norma que faculte a excluir de la declaración al Rector y Secretaría General. Sobre el oficio a la Nunciatura, señala que no hay norma alguna en el Reglamento que indique que un oficio como este debe ser dirigido a la autoridad universitaria competente. Agrega que esto es abusivo porque deja sin un medio de prueba a los acusados evitando que haya claridad acerca de si el mensaje va o no en línea con los principios de la universidad. Añade que el argumento basado en el texto del cartel no es efectivo, pues ese era el texto indicado en la misma formulación de cargos. Por último, sobre la exhibición de otros sumarios señala que va en directa relación con los descargos presentados.

La investigadora desecha la reposición. En su resolución no se refiere a los argumentos de la defensa, y reafirma que las exhibiciones de documentos no cumplen con los requisitos de sus resoluciones y que los otros sumarios son inconducentes¹⁵². Añade que citar a declarar al Rector y Secretaría General atenta contra el debido proceso, ya que ellos son quienes inician y resuelven el proceso. Finaliza, refiriéndose respecto de la comunicación al Nuncio y señala que es el Gran Canciller quien debe comunicarse con las autoridades eclesiásticas y que su referencia al texto se hace debido a que dicha consulta es inconducente a objetos del proceso.

Concluye su resolución con dos párrafos que no son más que una declaración de principios. En ellos destaca que por mandarlo la “Constitución” la jurisdicción de la universidad “debe actuar sólo en ejercicio de las potestades que expresamente le han sido conferidas por el Reglamento”. Esto es exactamente lo que no se hizo.

¹⁵¹ En efecto, en lugar de dirigirse a Óscar Contreras Blanco, ella lo hace a Oscar Contreras Blanco.

¹⁵² Esto quedará desmentido al finalizar los procesos, cuando ellos se acumulen con otros con el fin de lograr una solución común.

2) De la declaración de la testigo

La testigo señaló que conocía a los acusados por actividades extracurriculares. Indicó que se enteró del cartel porque lo vio, ya que tenía clases en ese patio.

Al ser consultada sobre las reacciones en la comunidad universitaria dijo que “había muy poca gente”, que había “una niña que sacó fotos”, y que “estuvo muy poco rato colgado”.

Agregó que en diversas conversaciones anteriores había escuchado de la intención de colgar el lienzo, para responder a “otras manifestaciones que existieron en la universidad que eran contrarias al pensamiento que se señalaba en el lienzo”.

Al ser consultada si deseaba decir algo más indicó:

“solo señalar que me parece una lástima que se habrán procesos en contra de alumnos que no han dicho nada en contrario a la base de la universidad. Lo encuentro incoherente”.

No hubo más testigos ni antecedentes aportados y con el mérito de ello se clausuró la investigación. Esto nos hace preguntarnos: ¿basta con esto para saber si hubo o no gente ofendida?, ¿basta con esto para entender lo que pasó, para conocer el conflicto y para dar lugar al debate? Una universidad que procede así, ¿cómo procede frente a otro tipo de disidencias?, ¿se puede creer que protege la libertad académica, que es un centro de pensamiento que genera ideas, o es únicamente un lugar donde se repiten las opiniones del poder de turno?

Finalizamos comentando que en su consideración de los hechos, la investigadora no consideró el testimonio. Desde un principio la decisión estaba tomada.

f) Del factor político y los procesos paralelos

El caso evolucionó políticamente. El profesor de la Escuela de Derecho y columnista de *El Mercurio*, Gonzalo Rojas Sánchez, comenzó una campaña mediática en contra de las autoridades de la universidad a través de Facebook a propósito del asunto. Por su parte, los acusados buscaron el apoyo de las autoridades eclesiásticas, e iniciaron dos procesos, uno contra la FEUC y otro contra el CADE, por utilizar espacios universitarios sin permiso en actos que riñen con los principios de la universidad.

1) “Sexo, sexo y más sexo”

El 4 de junio de 2019 un estudiante de la UC, cuyo nombre se mantuvo en secreto por motivos de seguridad¹⁵³ presentó una denuncia contra la FEUC por el Foro “Sexo, sexo y más sexo”, realizado el día anterior. En dicha instancia expuso Jane M., dueña de un conocido Sex Shop llamado Japy Jane, y se regalaron juguetes sexuales, condones, lubricantes sexuales y otros productos del tipo. El denunciante ofreció como prueba fotos, videos de los organizadores repartiendo los productos antes señalados, audios de la charla y testimonios de Magdalena Moncada y Juan José Tagle.

La Secretaría General instruyó “investigar si la organización y realización de dicho foro se ajustó a la normativa interna de la Universidad”.

En la ratificación de su denuncia, el incógnito denunciante dijo que en los afiches publicitarios de la actividad se da cuenta de que fue la FEUC con los representantes de medicina quienes convocaron al evento. Hizo presente que se había enterado de este por múltiples afiches y avisos en redes sociales, de los que acompañó fotos. Agregó que Magdalena Moncada había informado a la Secretaría General acerca de este evento y había preguntado si contaban con autorización para ello, pero sin recibir respuesta.

Al ser consultado por las reacciones que suscitó el foro en la comunidad universitaria, señaló que causó polémica, especialmente porque el tema de la salud mental estaba en boga. Así, parecía inentendible que se hubiese usado este espacio para un asunto que interesa solo a una “minoría tan particular como lo es aquella que está interesada en juguetes sexuales”.

El denunciante pidió mantener su identidad en secreto tras enterarse de las reacciones de la FEUC frente a su denuncia. En efecto, dirigió una carta manifestando un temor importante al verse expuesto a represalias:

“Desde que los miembros de la Federación tomaron conocimiento del asunto, me siento expuesto a ataques, provocando esto una sensación muy abrumadora. El día 30 de julio de 2019, por medio de redes sociales, la Federación comunicó que había declarado en el marco de este proceso, dejando claro que desconocían el origen de la denuncia.

Esto me dejó muy preocupado y me ha provocado gran angustia, ya que siento que mi seguridad personal y familiar puede estar en peligro frente a algún tipo de ataque tipo ‘funa’ ... De ser rechazada mi petición, solicito, de ser posible, la terminación del proceso que he iniciado contra la Federación. Mi compromiso con la defensa de los valores fundamenta-

¹⁵³ El secreto de la identidad del denunciante se estableció a partir de una carta escrita y enviada por él el 31 de julio de 2019 y recibida por la Secretaría General ese mismo día, en que el estudiante manifestó temor de verse expuesto a represalias. Citaremos esta carta más adelante.

les de la Universidad es fuerte, pero no es más fuerte que el miedo que siento frente a la posibilidad de ser objeto de un ataque masivo (funa) por parte de colectivos organizados; el cómo proceden en estos casos es brutal, no tienen una pizca de compasión ni piedad contra quienes piensan distinto a ellos y por esto mismo, no quiero verme expuesto a este tipo de experiencias, ya que no hay herramientas para defenderse”.

Del resto del proceso comentaremos al tratar de las acumulaciones de los tres. Sin embargo, es importante resaltar el miedo del estudiante. ¿Es este real o infundado? Creemos que al menos es verosímil si se piensa en las vandalizaciones de las que han sido objeto diversas universidades y los eventos de violencia ocurridos contra políticos, profesores y estudiantes.

2) Drag Queen con machete

El día 5 de junio de 2019, otro estudiante, presentó una denuncia contra el CADE por haber convocado sin autorización a una concentración por la diversidad sexual. Esta concentración fue la respuesta a la negativa de la Secretaría General a su solicitud de colgar una bandera homosexual en la universidad.

En la concentración colgaron las banderas homosexual y trans. Además, un Drag Queen bailó con un machete, y fingió una felación a otro hombre. El acusador dijo contar con fotos de la convocatoria y del evento; con un video del Drag Queen bailando y fingiendo que realiza sexo oral, y ofreció como testigos a Sebastián C., Juan José T. y Magdalena M. Asimismo, compartió una carpeta en la que adjuntaba: “siete fotos, un vídeo y un archivo de Google Docs llamado ‘Enlaces’ con cinco vínculos a publicaciones del Centro de Alumnos de Derecho”.

La Secretaría General ordenó instruir sumario y designó a la misma como investigadora del proceso anterior.

Al ser llamado a declarar, el denunciante indicó:

“Más allá de que la presentación del Drag Queen fue con un cuchillo y en el que se simuló una felación al final, lo cual creo podría ser en sí peligroso y generar más peligro y división en la comunidad, no creo que haya más que agregar. Vivimos el año pasado el caso de la toma y la contra toma, en que ya se vivieron episodios de violencia, y ahora hay una presentación con cuchillo, no me imagino a que se podría llegar después. La razón por la que estoy haciendo la denuncia, es porque que en una manifestación estudiantil se esté usando un cuchillo lo encuentro a lo menos arriesgado”.

El miedo expresado por el estudiante parece verosímil. Una de las causas para prohibir y sancionar el discurso de odio es que él va promo-

viendo un ambiente violento que puede terminar en violencia actual contra personas o grupos. Además, la historia está plagada de ejemplos de turbas que se fueron enardeciendo, y que ante pequeñas provocaciones o pretextos protagonizaron eventos violentos. En tiempos resientes, esta clase de hechos han sucedido en numerosos campus universitarios de Estados Unidos. Quizá lo más dramático que ha ocurrido en ese país fue en Charlottesville Virginia, donde los enfrentamientos que se suscitaron a partir de protestas de un grupo de neonazis y supremacistas blancos con antifas y otros manifestantes, terminaron con un muerto y varios heridos.

Las autoridades universitarias debiesen actuar con fuerza y rigor frente a esta clase de hechos para asegurar la salud física de los miembros de la comunidad universitaria.

Volveremos sobre esto más adelante.

g) El resultado del proceso
contra Magdalena Moncada y Juan José Tagle:
Primera Parte

El 14 de junio de 2019 la investigadora emite su informe, abordando ambos cargos y defensas. Por un lado, decide desechar la acusación por el art. 10 letra b), esto es, expresarse en menoscabo de otros miembros de la comunidad universitaria, porque al leerse toda la carta se da cuenta de que la comparación no es de la homosexualidad con actos delictuales. No obstante, justifica su error en que habría sido compartido por muchas publicaciones de prensa (las citadas). Justificación que, en ningún caso, sirve para destacar su diligencia. En buenas cuentas confiesa que se dejó guiar por publicaciones parciales e infundadas de distintos medios de prensa que buscan causar escándalo para generar visitas en sus sitios web.

Por otro lado, decide persistir con la vulneración del art. 10 letra g) del Reglamento, esto es, utilizar los recintos de la universidad sin autorización. Señala que no ha considerado el texto del cartel como ofensivo, sino únicamente su despliegue sin permiso, por ende, no se vulnerarían ni los principios de la universidad ni la libertad de expresión ni de conciencia.

Recalca que, en el caso del cartel, la universidad actúa para corregir la infracción de haberlo colgado sin permiso de oficio y no porque haya sido denunciada. Esto es una explicación, al menos, extravagante. ¿Aca-so el asunto habría comenzado o el cartel hubiese causado este caso y desórdenes si no fuera por su texto? ¿Por qué muestra la universidad tal nivel de celo con una norma que parece olvidada en su Reglamento y que no evita que los pasillos estén llenos de carteles de las más variadas actividades incluidas muchas que atentan contra la misma estructura y

finés de la universidad? ¿No es excesivo el celo por colgar un cartel de dimensiones ínfimas que en nada afecta el quehacer universitario, mientras no se hace nada frente a una toma que lo interrumpe durante tres días?

La investigadora rechaza las defensas de los implicados. Desecha la posibilidad de que la Secretaría General pueda verse obligada por la teoría de los actos propios y por la confianza legítima generada en los estudiantes. Sus razones son, para la primera teoría, que esta es propia del ámbito de los contratos y que no hay una relación contractual entre la Secretaría General y los alumnos. Razonamiento, por completo, errado, ya que la relación entre los estudiantes y la universidad se basa de hecho, en un contrato, como lo reconocen ampliamente el derecho chileno y comparado¹⁵⁴, y es del todo evidente para quien va y paga mes a mes por los servicios educacionales.

Sobre la confianza legítima de no verse expuesto a una sanción, sostiene que la defensa yerra al señalar que el acto para recibir sanción debe ser contrario a la moral, pues lo único que se exige es la falta de autorización para el uso de los espacios. Agrega que no puede tenerse a la confianza legítima como un eximente de responsabilidad disciplinaria, ello porque, primero, los alumnos conocían la necesidad de contar con autorización; segundo, porque sabían los plazos de demora de la Secretaría General y no los esperaron, colgando el cartel solo dos días después de la solicitud, siendo que la autoridad se demora tres.

Sobre el segundo argumento, la investigadora no da cuenta de los verdaderos plazos. En efecto, para justificar este punto sostiene que el cartel fue colgado el día 21 de septiembre y no el 22 como consta en las pruebas tenidas a la vista. Así lo afirma el testimonio de Catalina P.; la publicación realizada en el Grupo de Estudiantes UC de Facebook que también está fechada el día 22 de septiembre y las publicaciones de medios de internet tenidas a la vista sobre el suceso.

Además, la investigadora agrega que la facultad para conceder la autorización de uso de espacio físico es discrecional, “lo que no significa arbitraria”, de la Secretaría General, la que debe velar tanto por el contenido de lo que se pretende publicar como por la oportunidad correspondiente para ello. Por ende, es perfectamente posible que una autorización sea otorgada en el pasado y luego denegada.

Termina, señalando que el haber actuado de buena fe no puede ser eximente de responsabilidad, pues ello equivaldría a privar de efecto a la normativa interna de la universidad.

¹⁵⁴ Véase LEÓN, *op. cit.*; Rodrigo PABLO, *Defendiendo la Libertad*; PABLO, “Control judicial...”, *op. cit.*; KAPLIN, y LEE, *op. cit.*, pp. 136-137.

Estos últimos dos argumentos dan cuenta de falta de conocimiento por parte de la investigadora del derecho que dice aplicar. Primero, porque nadie niega la potestad de la Secretaría General, sino que se reclama que como se pronunció a destiempo y sin dar motivos, la sanción deviene en arbitraria. Segundo, porque cualquier sanción exige que la conducta sea reprochable y que se haya actuado de forma voluntaria, de modo que no se puede sancionar a quien con toda legitimidad, actuaba de buena fe –la mala fe debe probarse.

En vista de lo anterior, los alumnos son sancionados por la utilización del recinto universitario sin permiso con una amonestación verbal, en consideración a su irreprochable conducta anterior.

h) Apelación

La defensa de los estudiantes sancionados apeló, destacando que todo el procedimiento se redujo a “no contar con la autorización” para colgar el cartel. Luego, ataca la juridicidad de la sanción por basarse en una responsabilidad objetiva, señalando que para la Secretaría General

“no importa su contenido, naturaleza, ni las circunstancias de su realización [...] ni quien incurra en ello ni por qué lo hace [...] si lo hizo a sabiendas, o con suficiente voluntariedad y libertad; o si lo hizo con intención positiva de cometer una infracción disciplinaria”.

Indica que no se pretende analizar la reprochabilidad de la conducta. Así, destaca que la sanción es desproporcionada en atención a la culpa y, por ende, arbitraria. Destacando que se reconoció que los alumnos actuaron de buena fe.

A continuación, aborda el evidente doble estándar, señalando que la convicción de los alumnos de estar actuando de una forma que no les acarrearía ninguna sanción se debía a la tolerancia de las autoridades frente a innumerables usos de espacios institucionales, sin autorización previa, destinados a la realización de actos que han perturbado las actividades universitarias. Los que habían sido denunciado por los acusados, sin existir respuesta.

Agrega que la finalidad de la facultad de la Secretaría General para autorizar el uso de los espacios es, según el decreto de rectoría 160 de 2012, que

“los recintos de la Universidad no podrán ser destinados ni utilizados para actos tendientes a realizar o propagar actividades perturbadoras para las labores universitarias o contrarias a los principios de la Iglesia o de la Universidad”.

Prosigue indicando que, sin perjuicio de no ser automático el hecho de que un acto conforme a los principios de la universidad pueda ejecutarse, aunque no cuente con autorización, este hecho debe ponderarse para efectos de aplicar las sanciones. En este sentido indica:

“Si toda autorización de uso de espacios debe ser destinada para actos conforme a los principios de la Iglesia o de la Universidad; si el acto realizado por los alumnos es de aquellos; si este acto, además, de ningún modo perturbó las labores universitarias y, también, no ha sido considerado digno de reproche infraccional por la autoridad competente, no se entiende entonces que, no obstante todo ello, el acto sea igualmente objeto de una sanción disciplinaria, cualquiera sea la entidad de esta”.

Concluye que “la disparidad de trato es grotesca”; en un caso no se persigue ni sanciona, incluso frente a denuncias, en el otro se actúa de oficio ante una mera diferencia de fechas.

“Esto no es una justificación de los medios en consonancia con el fin, sino una forma de mostrar que la Secretaría General no utiliza de forma general la hipótesis objetiva”.

Finaliza recordando que, si bien, esto no los exime de responsabilidad, disminuye claramente la culpa que debe ser la medida de la sanción. Agrega que las sanciones no están determinadas, sino que deben ser impuestas por la Secretaría General con discrecionalidad, de modo que no es del todo necesario que deba imponerse. Agrega, que, empero, hay principios que deben respetarse para evitar que el ejercicio de una facultad discrecional se transforme en arbitrariedad, siendo uno de ellos que: “si se toleran los actos más graves, con mayor razón los menos graves”.

i) De la respuesta de la autoridad

La Secretaría General rechazó la reconsideración de los estudiantes. Primero, sobre la necesidad de culpa, la rechaza señalando que, si bien, debe seguir los estándares generales, puede matizarlos. Lamentablemente no indicó ni el cómo ni el por qué.

Segundo, sobre la proporción de la sanción señala que los procesos universitarios deben analizarse por separados y no pueden ser analizados desde la perspectiva de la igualdad ante la ley comparándolos con otras situaciones acaecidas al interior de la universidad. Así, niega un requisito básico de la justicia que es la igualdad de trato (“ley pareja no es dura”).

Añade que las facultades de la Secretaría General para cautelar el uso de espacio físico se fundamentan

“en que puedan coordinarse debidamente las actividades que se solicite realizar en espacios comunes de la Universidad y de forma que resulte compatible con el desarrollo de la convivencia universitaria”.

Lo que es evidente, mientras cumpla con sus fines y fundamente sus negativas y autorizaciones. Además, no se advierte, de acuerdo con los antecedentes tenidos a la vista, cómo esto pudo haber alterado legítimamente el desarrollo de la convivencia universitaria.

Sobre basar su decisión en este argumento, digamos que sería una representación de lo que en Estados Unidos se denomina *heckler's veto* o veto de los manifestantes. Esto se refiere a aquellas situaciones en que la autoridad, para impedir los desórdenes públicos que un discurso provocador pueda generar, en lugar de proteger a quien se expresa, lo detienen para impedir las reacciones violentas de la masa¹⁵⁵.

Las Cortes estadounidenses han fallado que, si bien, la autoridad puede regular el tiempo, lugar y forma de las expresiones, no puede hacerlo en forma tal que la impida o distorsione¹⁵⁶. en la misma línea, han dictaminado que, por ser las expresiones en temas relevantes usualmente provocativas, quienes se expresan deben ser protegidos de la censura y el castigo

“excepto que se compruebe que probablemente produzcan un claro y presente peligro de un mal serio y sustantivo que vaya más allá de un inconveniente, molestia o desórdenes”¹⁵⁷.

Se ha dicho también que las libertades garantizadas en la Constitución “no permiten a los Estados castigar las expresiones pacíficas de visiones impopulares”¹⁵⁸. En concreto, un caso escolar en que un grupo de alumnos usaba un determinado tipo de ropa para protestar contra la Guerra de Vietnam, la Corte Suprema sentenció que la suspensión de los alumnos era improcedente por no haber evidencia suficiente de que ellos con sus acciones interfiriesen con la operación de seguridad de la escuela; “miedos no específicos o aprensiones de disturbios no son suficientes para superar el derecho a la libertad de expresión”¹⁵⁹. Hace pocos años, han fallado que silenciar a alguien por miedo a una turba (de “adolescentes sin ley”) pone a los ciudadanos en peligro de caer víctimas de la “tiranía de las mayorías gobernantes”, estorbando “el avance de la verdad, las ciencias, la moral y las artes”¹⁶⁰.

¹⁵⁵ LASSON, *op. cit.*, pp. 4 y 9.

¹⁵⁶ Cantwell v. Connecticut, 1940, p. 307.

¹⁵⁷ Terminello v. Chicago, 1949, p. 5.

¹⁵⁸ Edwards v. South Carolina, 1963, p. 236.

¹⁵⁹ Tinker v. Des Moines, 1965, p. 508.

¹⁶⁰ Bible Believers v. Wayne County, 2015, p. 241.

Varias universidades estadounidenses se han tomado estos principios en serio. Berkeley ha invertido millones de dólares en mantener la seguridad de charlistas polémicos¹⁶¹ y John Hopkins ha levantado un fondo de ciento cincuenta millones de dólares para promover la discusión en asuntos polémicos¹⁶².

Nadie le pide a la UC que invierta sumas de esa envergadura en la protección de las libertades de expresión y académica, pero sí que siga estos principios que han dado lugar al sistema universitario más grande jamás conocido, y no silencie a aquellos que pueden provocar la ira de un grupo de adolescentes iracundos que deben ser, ante todo, educados.

En resumen, la Secretaría General concluye que, habiéndose acreditado la actuación, la sanción es proporcional a ella. Sin embargo, no expresa en qué basa la proporción.

j) La acumulación: volvemos a empezar

Ese mismo día, en otra resolución, la Secretaría General dispuso retrotraer el proceso de responsabilidad de Magdalena Moncada y Juan José Tagle al cierre de la investigación y acumularlo con los procesos contra directiva de la FEUC y el CADE, nombrando a una investigadora a cargo de todos ellos.

La acumulación se basó en que todos los procesos se referían al uso de espacio físico de la universidad; a la coincidencia entre denunciados, denunciados y testigos en los distintos procesos; y en que, si bien, el Reglamento no contempla la posibilidad de acumular procesos, por tratarse de hechos con elementos comunes que podrían ser constitutivos de la misma infracción disciplinaria, la economía procesal y el poder llegar a la solución más justa demandan la acumulación.

Así, las sanciones impuestas a Magdalena y Juan José fueron dejadas sin efecto, y el proceso retrotraído a la etapa investigativa y acumulado a otros dos procesos.

Esta acción es contraria a los estándares más mínimos de un debido proceso. Primero, porque reabre un proceso terminado, segundo porque deja nuevamente a los denunciados en la indefensión sin saber qué pueden esperar y, tercero, porque no existe en este caso la posibilidad reglamentaria de acumular, la economía procesal nada tiene que ver con un proceso ya cerrado y la acumulación no procede en casos como este donde hay procesos por denuncias similares. En efecto, en derecho corresponde

¹⁶¹ LASSON, *op. cit.*, pp. 77-78.

¹⁶² *Op. cit.*, p. 74.

acumular cuando la resolución de un juicio deba producir efecto tanto en ese como en el otro que se acumula¹⁶³. Lo que no es el caso aquí por haber denunciados distintos y distintas acciones, máxime si la misma Secretaría General había afirmado que los procesos universitarios deben analizarse por separados y no pueden ser analizados desde la perspectiva de la igualdad ante la ley, comparándolos entre ellos¹⁶⁴.

Magdalena Moncada y Juan José Tagle reaccionaron contra esta resolución, reclamando la vulneración a su derecho, y citando disposiciones constitucionales, legales y de pactos internacionales vulneradas. Destacaron que el proceso era llevado de forma *ad hoc* y con total arbitrariedad, que no se cumplen los requisitos para la acumulación y que estaba terminado. Recuerdan que no vale hablar de economía procesal para un proceso terminado y menos si se piensa en las múltiples dilaciones del suyo. Finalmente, denuncian que la

“Secretaría General no señala cuáles son los nuevos antecedentes sobre los cuales funda su Resolución, por lo que tales no pueden sino ser considerados inexistentes”.

La investigadora rechaza estos argumentos sin responder en concreto los argumentos presentados, prefiriendo responder mediante lugares comunes y frases grandilocuentes sin mayor conexión con la realidad. A este respecto señala:

“De no haberse acumulado en la forma que se hizo, se hubiese producido una grave vulneración al debido proceso en su faz sustantiva, esto es, arribar a una decisión justa. Efectivamente, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha distinguido dos fases del debido proceso: una formal y otra sustantiva, refiriéndose a esta última como aquella que consiste en que la ‘decisión jurisdiccional terminal debe ser racional y justa en sí, vale decir, proporcional, adecuada, fundada y motivada en el derecho aplicable, que no en criterios arbitrarios’ STC rol n.º 2922, c. 16. De esta forma, de haberse procedido a dar cumplimiento a las sanciones aplicadas, habría tenido el efecto de sancionar a estudiantes por unos hechos que

¹⁶³ Art. 92 (95) del *Código de Procedimiento Civil*. La acumulación de autos tendrá lugar siempre que se tramiten separadamente dos o más procesos que deban constituir un solo juicio y terminar por una sola sentencia, para mantener la continencia, o unidad de la causa. Habrá, por tanto, lugar a ella: 1º. Cuando la acción o acciones entabladas en un juicio sean iguales a las que se hayan deducido en otro, o cuando unas y otras emanen directa e inmediatamente de unos mismos hechos; 2º. Cuando las personas y el objeto o materia de los juicios sean idénticos, aunque las acciones sean distintas; y 3º. En general, siempre que la sentencia que haya de pronunciarse en un juicio deba producir la excepción de cosa juzgada en otro.

¹⁶⁴ Véanse capítulos XI a) y XV.

se enmarcaban en iguales infracciones que otros, siendo solo estos últimos favorecidos por una decisión más benevolente en razón del estado procesal más temprano de sus respectivos Procesos de Responsabilidad”.

Esta cita, una vez despojada de sus tecnicismos, revela el fondo de la medida: la dirección de la universidad decidió sobreseer a los otros procesados. Sin embargo, no puede hacerlo de forma limpia si castiga a quienes los denuncian por los mismos hechos por los que absuelve a estos. Por ende, hay que echar los procesos hacia atrás, sin importar la vulneración de los reglamentos y la contradicción de todo lo dicho anteriormente, acumularlos y absolver a todos por igual, sin importar los alcances y el significado particular de cada una de las acciones denunciadas.

Con todo, debemos destacar que, en su resolución, la investigadora identificó la razón más íntima que unía a los tres procesos, la que en ningún caso puede servir para acumularlos ni para alcanzar la conclusión a la que ella llegó –sobreseerlos a todos–, mas sí para entender el problema central bajo todo esto:

“El conflicto sometido a la resolución de la institucionalidad disciplinaria [...] se trata de un lenguaje y conductas que responden a un debate ideológico, en el cual se ve al otro como un adversario político y no como un miembro de nuestra Comunidad Universitaria”.

k) De los procesos acumulados

1) Magdalena Moncada y Juan José Tagle

La investigadora les mantiene la infracción por haber colgado el cartel sin autorización, pero ahora la basa en que los estudiantes estaban en conocimiento de la necesidad de requerir la autorización con la que no contaban. Con lo que contradice la resolución anterior.

Luego, agrega una nueva infracción. Esta es que habrían afectado la normal convivencia dentro de la universidad y, por ende, habían quebrantado el art. 10 letra m) del Reglamento que dispone:

“Las siguientes conductas constituirán infracciones disciplinarias: [...] m) Cometer cualquier otra conducta que, a la luz de los principios y normas Pontificia Universidad Católica de Chile que rigen a la Pontificia Universidad Católica de Chile, afecte la normal convivencia al interior de la comunidad universitaria, el normal desarrollo de las actividades académicas o de las demás labores que son propias de la Universidad”.

La que da por acreditada porque los implicados habrían reconocido que frente al despliegue del cartel hubo reacciones de desacuerdo e, incluso, se sintieron amenazados por la posibilidad de una funa.

Aquí, no se les dio la posibilidad de ningún descargo, lo que es una violación flagrante a los más básicos derechos. Para sancionarlos lo hacen en virtud de que su discurso habría ocasionado conflictos, lo que equivale a censurar cualquier discusión política, social o filosófica relevante. Se interpreta la disposición contra el sentido que ella tiene en una universidad católica. Finalmente, quizá lo peor, el cargo se basa en el temor que los mismos estudiantes sienten de quienes los amedrentan por medios ilegítimos. Esto es equivalente a sancionar a una persona por ir a denunciar delincuentes.

2) FEUC:

“Sexo, sexo y más sexo”

La investigadora señala que, aunque la FEUC contaba con autorización para llevar a cabo un evento de “salud y bienestar”, dicho suceso excedió los límites de la autorización, porque la FEUC no dio cuenta de los invitados ni del contenido de la actividad. Señala que se acreditó que se distribuyeron condones, lubricantes y demás juguetes sexuales, y que se contó con la exposición de Jane M., dueña de la tienda Japy Jane.

Concluye que la actividad infringió la normativa sobre uso de espacio físico porque está prohibido usar las instalaciones de la universidad para fines publicitarios sin autorización, y que la publicidad contenga ofensas a la moral y buenas costumbres.

Para concluir lo anterior, señala que se ha constatado que el “Foro sexo, sexo y más sexo”, se constituyó en una instancia publicitaria para que Jane M. diera a conocer los productos de su tienda Japy Jane. Además, señala que la ofensa a la moral y a las buenas costumbres¹⁶⁵ se constata al exponer esta actividad aspectos de la vida que son privadas por referirse a materias propias de la “libertad sexual”.

La investigadora concluye que la FEUC habría infringido el art. 10 letra g), así como la letra m). Sobre el segundo punto señala que esta actividad que contó con cerca de ochenta asistentes, según los propios organizadores, afectó la normal convivencia al interior de la universidad, lo que se acredita por la controversia que suscitó.

Este dictamen tiene tres problemas graves. Primero, el concepto de violación a la moral es errado, ya que esta clase de referencias deben entenderse en conformidad a los principios de la UC y no a si el acto es

¹⁶⁵ Las define como: “la falta de observancia de las normas sociales que el común de los miembros de la comunidad universitaria exige en cuanto al ejercicio de actividades relacionadas con las funciones sexuales, al interior de los recintos de la universidad”.

privado o no. Segundo, porque gran parte de los asuntos relevantes a tratar en una universidad caen dentro de la vida privada e intimidad de las personas. Tercero, porque afirma que las normas de convivencia se violan solo por afectar subjetivamente la convivencia, lo que hace imposible cualquier discusión relevante.

3) CADE “Drag Queen con machete”

La investigadora dictamina que se infringió el art. 10 letra g) y m) del Reglamento.

Destacó que, aunque los miembros del CADE sostuvieron que la actividad se llevó a cabo de forma pacífica sin afectar las labores académicas y el funcionamiento de la universidad, ella afectó la normal convivencia debido a que al expresar sus puntos de vista no respetaron la normativa interna de la institución y expresaron sus ideas mediante actos que pudieron haber sido percibidos como provocativos por otro sector de la comunidad universitaria. Agrega, que la presentación del Drag Queen que cantaba (“machete al macho”, “soy asesina”) constituyó una presentación, en sus fundamentos, violenta. Da por acreditada la vulneración a la convivencia por existir denuncias.

Compartimos las apreciaciones de la investigadora sobre la presentación, pero fundar la perturbación de la convivencia en el hecho de la denuncia y algunos testimonios vuelve sobre el mismo y peligroso precedente del que tratamos. Esto es el fin del diálogo y de la vida social.

1) De la conclusión de los procesos

La investigadora destaca que los tres procesos forman parte de uno mayor, de carácter político y que los distintos intervinientes han utilizado con este fin la institucionalidad disciplinaria.

Hace hincapié en la necesidad de arribar a una decisión justa para terminar con estos conflictos, destacando que quienes acusan a la FEUC y al CADE han manifestado fundado temor de verse expuestos a represalias, y que se ha dado una importante lucha al respecto de estos procesos en los medios de comunicación.

Primero, destaca la defensa hecha por Gonzalo Rojas Sánchez de los estudiantes Magdalena Moncada y Juan José Tagle a través de Facebook, destacando que todo este proceso no era más que una persecución. Según la investigadora, con ello solo se contribuye a hacer creer a la opinión pública que la estudiante había sido sancionada por sus ideas.

Luego aborda cómo la FEUC reaccionó en Twitter ante su proceso:

“Hoy como directiva FEUC declaramos ante la UC en un proceso de investigación previo a la posible apertura de un sumario en nuestra contra. ¿La razón? Organizar un foro sobre Sexo y Bienestar. Una vez más la UC deja de ser UNIVERSIDAD por ser ‘CATÓLICA’”.

Añade que, luego remitió una carta a *El Mercurio* titulada “Educación sexual, deuda nacional”, en la que expresaba:

“La semana pasada, como directiva FEUC, declaramos en un proceso de investigación interno que la Universidad Católica abrió a propósito de una denuncia en nuestra contra por la realización de un foro sobre bienestar y sexualidad. [...] *La UC se refugia en pretextos como la catolicidad para evitar la educación sexual, para no cumplir la ley respecto del aborto en tres causales e incluso para no entregar anticonceptivos.* [...] Como estudiantes –y federación– *no callaremos frente a la persecución*, porque la educación sexual es una deuda nacional, que va más allá de un mero capricho. Se trata de nuestra salud, de nuestro derecho”.

Finaliza abordando la situación del CADE. Señala que antes de que se presentara la denuncia que dio inicio al proceso, se ventiló de forma negativa, a través de distintos diarios electrónicos, la prohibición dada por la universidad a la solicitud del CADE 2019 para colgar la bandera LGTBIQ+. Además, se informó que, como medio de protesta, el CADE 2019 estaba convocando a una actividad llamada “Concentración por una UC Libre de Discriminación”.

La investigadora destaca que la cobertura mediática de los tres procesos, así como también el lenguaje utilizado, llevan a concluir que el conflicto escapa a los fines de la universidad en cuanto comunidad académica, ya que son parte de un conflicto político. Señala que los procesos de responsabilidad no son la arena para resolver esta clase de conflictos, que tienden a una natural división en facciones, atentando contra el espíritu de unión que anima a nuestra comunidad universitaria. Lo anterior, por cuanto

“la aplicación de sanciones tendrá el pernicioso efecto de profundizar esa lucha política en el interior de nuestra Comunidad, alejando a la Universidad de sus fines propios”.

Concluye que, a pesar de haberse acreditado la vulneración de todos los denunciados al Reglamento, es que se debe ceder a la aplicación de la sanción para no causar más daño y decide absolver a todos.

La resolución final es criticable desde tres puntos de vista. Primero, equiparan los tres procesos sin considerar la envergadura de las infraccio-

nes. Segundo, no destaca el carácter propio de la UC y permite que sus organizaciones estudiantiles la ataquen con impunidad. Por último, muestra que, ante un uso de fuerza suficientemente convincente, la universidad está dispuesta a vulnerar sus procesos, ¿qué clase de ejemplo entrega esto?

m) Reacciones posteriores

Aunque absueltos, Magdalena y Juan José enviaron una carta a las autoridades universitarias destacando los abusos de que fueron objeto y dejando entrever que su absolución habría tenido como único fin el absolver a los acusados en los otros juicios, quienes habían perpetrado “hechos graves contrarios a los Estatutos de la Universidad y a los principios católicos fundamentales sobre que reposa”.

Así, denuncian que la acumulación da cuenta de “un actuar caprichoso y carente de razonabilidad al tratar de asimilar casos claramente desiguales y asimétricos”. Agregando que se vulneraron “disposiciones expresas del Reglamento”.

De la misma forma, hubo una reacción institucional del Consejo de la Facultad de Derecho de la UC que manifestó

“su preocupación por irregularidades que se habrían producido en varios procesos disciplinarios relacionados con miembros de nuestra comunidad académica”,

y recomendó

“al Decano ofrecer la colaboración de la Facultad para proponer mejoras al diseño y la aplicación de la institucionalidad de los procesos disciplinarios”¹⁶⁶.

Conclusiones

Procesos como el precedente muestran una deuda del sistema universitario chileno con sus principios y reglas básicas. Y, más en particular, de las universidades católicas, con su propio ideario.

Chile necesita universidades comprometidas con la prosecución de la verdad, la justicia y la democracia.

¹⁶⁶ Consejo de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, noviembre 2019.

Bibliografía

- “Antidemocrática cultura de la funa”, en *El Mercurio*, Santiago, 6 de febrero de 2020, A3. También disponible en <https://merreader.emol.cl/2020/02/06/content/pages/img/pdf/MQ3OCURL.pdf?gt=192126> [fecha de consulta: 7 de diciembre de 2020].
- ATRIA, Fernando, *Derechos sociales y educación: Un nuevo paradigma de lo público*, Santiago, LOM Ediciones, 2014.
- “Aula universitaria segura”, en *El Mercurio*, Santiago, 17 de octubre de 2018.
- BAER, Ulrich, *What Snowflakes Get Right: Free Speech, Truth, and Equality on Campus*, New York, Oxford University Press, 2019.
- BARR, Stephen, *Modern Physics and Ancient Faith*, Indiana, University of Notre Dame Press, 2013, ebook.
- BERNASCONI, Andrés, “Relaciones y tensiones entre la libertad académica y la autonomía universitaria”, en *Estudios Sociales*, n.º 124, Santiago, 2016.
- BHIKHU, Parekh, “Is there a Case for Banning Hate Speech”, in Michael HERTZ & Peter MOLNAR (eds.), *The Content and Context of Hate Speech*, New York, Cambridge University Press, 2012.
- CABRERA, Manuel, “Sigue polémica entre Kast y UdeC: protagonizó altercado con alumna que lo trató de misógino”. 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 [fecha de consulta: 6 de diciembre de 2020].
- CASTRO, Marcelo, “José Antonio Kast protagoniza impasse en la UdeC”, en *Diario Concepción*, Concepción, 16 de marzo de 2018. También disponible en www.diarioconcepcion.cl/politica/2018/03/16/jose-antonio-kast-protagoniza-impasse-en-la-udec.html [fecha de consulta: 6 de diciembre de 2020].
- CHEMERINSKY, Erwin, “The Challenge of Free Speech on Campus”, in *Howard Law Journal*, vol. 61, Washington, 2018.
- COJOCARU-BOROZAN, Maia *et al.*, “Tolerance Towards Cultural Diversity In Education”, in *GIDNI*, vol. 2, 2015.
- D’SOUZA, Dinesh, *USA of Socialism: Who's behind it. Why it's evil. How to stop it*, New York, All Points Books, 2020, Introduction: Identity Socialism, ebook.
- Declaración de principios de la Pontificia Universidad Católica*. Disponible en www12.uc.cl/FormPostul/plantillas/smi_declaracion.pdf [fecha de consulta: 7 de diciembre de 2020].
- DUARTE, José L., Jarret T. CRAWFORD, Charlotta STERN, Jonathan HAIDT, Lee JUSSIM and Philip E. TETLOCK, “Political diversity will improve social psychological science”, in *Behavioral and Brain Sciences*, vol. 38, 30, 2015.
- EINSTEIN, Albert, *Ideas and Opinions*, New York, Crown Publisher Inc., 1960.
- “El test del Clinic”, en *El Mercurio*, Santiago, 1 de septiembre de 2019.

- EPSTEIN, Lee, Andrew D. Martin & Kevin QUINN, *6+ Decades of Freedom of Expression in the U.S. Supreme Court*. Published by *The New York Times*, 2018. Disponible <http://epstein.wustl.edu/research/FreedomOfExpression.html> [fecha de consulta: 28 de marzo de 2020].
- FISH, Stanley, *The First: How to think about hate speech, campus speech, religious speech, fake news, post-truth, and Donald Trump*, New York, Atria, 2019, ebook.
- FUEYO, Fernando, *Instituciones de derecho civil moderno*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1990.
- GALLUP, *Free Expression on Campus: A Survey of U.S. College Students and U.S. Adults*. 2016. Disponible en https://knightfoundation.org/wp-content/uploads/2020/01/FreeSpeech_campus.pdf [fecha de consulta: 3 de noviembre de 2020].
- GARCÉS, Bastián, “El ‘totalitario’ nuevo estatuto del Centro de Estudiantes de Derecho de la U. de Chile”, en *El Libero*, 4 de octubre de 2019. Disponible en <https://ellibero.cl/actualidad/el-totalitario-nuevo-estatuto-del-centro-de-estudiantes-de-derecho-de-la-u-de-chile/> [fecha de consulta: 5 de febrero de 2020].
- GOULD, Jon B., *Speak No Evil: The Triumph of Hate Speech Regulation*, Chicago/London, The University of Chicago Press, 2005.
- HERRERA, Hugo, *La frágil universidad. Seguimiento de derechos sociales, deliberación pública y universidad*, Santiago, Centro de Estudios Públicos, 2016.
- HITLER, Adolf, “Discurso ‘Mi último deseo’ pronunciado el 29 de abril de 1945”. Disponible en www.ersilias.com/discursos-de-adolf-hitler/ [fecha de consulta: 1 de noviembre de 2020].
- JOHNSON, Burges, “Educating the Emotions”, in *The North America Review*, vol. 247 No. 2, Iowa, 1939.
- JUAN PABLO II, *Ex Corde Ecclesiae*, Vaticano, Libreria Editrice Vaticana 1990.
- KAPLIN, William & Barbara LEE, *The Law of Higher Education*, Fifth Edition, San Francisco, Jossey-Bass, 2014.
- KORN, Sandra Y.L., “The Doctrine of Academic Freedom, Let’s give up on academic freedom in favor of justice”, in *The Harvard Crimson*, February 18, 2014. Disponible en www.thecrimson.com/column/the-red-line/article/2014/2/18/academic-freedom-justice/ [fecha de consulta: 31 de marzo de 2020].
- KREBS, Ricardo *et al.*, *Historia de la Pontificia Universidad Católica de Chile, 1888-1988*, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 1995.
- KRISTJANÁN Kristjánsson, *Aristotle, Emotions, and Education*, Hampshire/Burlington, Vermont, Ashgate Publishing Limited, 2007.
- LAPLATTE, C[laude], “El proceso de Jesús visto por los juristas”, en *Revista Ecclesia*, n.º 73, París, 1954.
- LASSON, Kenneth, “The Decline of Free Speech on the Postmodern Campus: The Troubling Evolution of the Heckler’s Veto”, in *Quinnipiac Law Review Forthcoming*, 2018. Disponible en <https://papers.ssrn.com/sol3/papers>.

- cfm?abstract_id=3166263 [fecha de consulta: 2 de noviembre de 2020].
- “Le décolonialisme, une stratégie hégémonique: l’appel de 80 intellectuels”, in *Le Point*, 28 novembre 2018. Disponible en www.lepoint.fr/politique/le-decolonialisme-une-strategie-hegemonique-l-appel-de-80-intellectuels-28-11-2018-2275104_20.php [fecha de consulta: 3 de noviembre de 2020].
- LEÓN, José Julio, “¿Judicialización de la educación superior?”, en *Calidad en la Educación*, n.º 40, Santiago, 2014.
- LIPTAK, Adam, “How Conservatives Weaponized the First Amendment”, in *The New York Times*, 2018. Disponible en <https://www.nytimes.com/2018/06/30/us/politics/first-amendment-conservatives-supreme-court.html> [fecha de consulta: 28 de marzo de 2020].
- LUKIANOFF, Greg, Jonathan HAIDT, *The Coddling of the American Mind*, New York, Pinguin Press, 2018. ebook.
- MADRID, Raúl, “¿Existe todavía el derecho a la libertad de cátedra? Dos corrientes polémicas en la academia norteamericana contemporánea”, en *Revista de Derecho*, vol. 31, n.º 1, Valdivia, 2018.
- MADRID, Raúl, *Libertad de cátedra moderna y antigua*, Santiago, Editorial Res-Publica, 2018.
- MARCUSE, Herbert, “Repressive Tolerance”, in Robert WOLFF, Barrington MOORE y Herbert MARCUSE (eds.), *A Critique of Pure Tolerance*, Boston, Beacon Press, 1965.
- MARIETTA, Morgan & David C. BARKER, “Against the Professors: Perceptions of ideological bias and dueling facts”, in *Psychology Today*, May 2019. Disponible en www.psychologytoday.com/us/blog/inconvenient-facts/201905/against-the-professors [fecha de consulta: 8 de noviembre de 2020].
- MOREY, Alex, “Campus Disinvitations Set Record in 2016”, in *The Fire*, December 20, 2016. Disponible en www.thefire.org/campus-disinvitations-set-record-in-2016/ [fecha de consulta: 7 de noviembre de 2020].
- “Ni en la UC te queremos”: suspenden foro de José Antonio Kast por funa de estudiantes”, en *El Mostrador*, 25 de abril de 2018. Disponible en www.elmostrador.cl/noticias/multimedia/2018/04/25/ni-en-la-uc-te-queremos-suspenden-foro-de-jose-antonio-kast-por-funa-de-estudiantes/ [fecha de consulta: 29 de abril de 2020].
- OKAFOR, Antonia, “Black, Millennial, Female and... Conservative”. Disponible en www.youtube.com/watch?v=MydjXCHoLo0 [fecha de consulta: 6 de diciembre de 2020].
- PABLO, Rodrigo, “Control judicial del debido proceso en las universidades: Análisis desde el derecho comparado”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n.º 54 Valparaíso, 2020.
- PABLO, Rodrigo, “Protegiendo la libertad de emitir opinión en los campos universitarios: una mirada al discurso ofensivo desde la experiencia estadounidense”, en *Revista de Derecho Público Iberoamericano*, n.º 16, Santiago. 2020

- PAUL, Álvaro, “La penalización de la incitación al odio a la luz de la jurisprudencia comparada”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 38, n.º 2, Santiago, 2011.
- PETERSON, Jordan, *12 reglas para vivir. Un antídoto al caos*, Santiago, Editorial Planeta, 2017.
- PETERSON, Jordan, “Political correctness: a force for good? A Munk Debate”, 2018. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=ST6kj9OEYf0> [fecha de consulta: 21 de abril de 2020].
- PETERSON, Jordan entrevistado por Cathy Newman, Disponible en www.youtube.com/watch?v=aMcjxSThD54 [fecha de consulta: 3 de noviembre de 2020].
- PETERSON, Jordan, entrevistado por Leigh Sales, ABC TV 730 program, 2018. Disponible en www.youtube.com/watch?v=7VE0t1FDP4w [fecha de consulta: 20 de abril de 2020].
- POST, Robert, “There is No First Amendment Right to Speak on a College Campus”, 2017. Disponible en www.vox.com/the-big-idea/2017/10/25/16526442/first-amendment-college-campuses-milo-spencer-protests [fecha de consulta: 2 de diciembre de 2020].
- POST, Robert, “The Classic First Amendment Tradition under Stress: Freedom of Speech and the University”, in Lee BOLLINGER & Geoffrey STONE (eds.), *The Free Speech Century*, New York, Oxford University Press, 2019, ebook.
- RAMOND, Denis, *La bave du crapaud. Petit traité de liberté d'expression*, Paris, L'Observatoire, 2018.
- REYES A., Ramón y Leslie AYALA, “Estudiantes de Derecho de la U. de Chile funan en clases a profesor que defendió el Golpe”, en *La Tercera*, Santiago, 12 de septiembre de 2019. También disponible en www.latercera.com/nacional/noticia/estudiantes-derecho-la-u-chile-funan-clases-profesor-defendio-golpe-militar/821858/ [fecha de consulta: 7 de noviembre de 2020].
- RIOS, Lautaro, “Reflexiones sobre la libertad académica”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 11, n.º 2, Santiago, 1984.
- RODRÍGUEZ, Javiera, *La Contratoma*, Santiago, Ediciones el Libero, 2019.
- SAAD, Lydia and Jeffrey M. JONES, “More U.S. College Students Say Campus Climate Deters Speech Is Secure”, in *Gallup News*, March 12, 2018. Disponible en <https://news.gallup.com/poll/190442/college-students-adults-say-free-speech-secure.aspx> [fecha de consulta: 4 de octubre de 2020].
- SAID, Carlos, “Alumna de la Universidad de Chile vuelve a sufrir agresión: Sus compañeros la expulsaron de la sala de clases”, en *La Tercera*, Santiago, 9 de octubre de 2019. También disponible 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/ [fecha de consulta: 5 de noviembre de 2020].
- SARABYN, Kelly, “Free Speech at Private Universities”, in *Journal of Law and Education*, vol. 39, No. 2, Columbia, South Carolina, 2010.
- SCALIA, Antoni, Considering the Role of Judges under the Constitution of the United States. Hearing before the Committee on the Judiciary”, in United States

- Senate, One Hundred Twelfth Congress, First Session, October 5, 2011, Serial No. J-112-46. Disponible en www.gpo.gov/fdsys/pkg/CHRG-112shrg70991/pdf/CHRG-112shrg70991.pdf [fecha de consulta: 5 de noviembre de 2020].
- SCHLOSSER, Edward, "I am a liberal professor and my liberal students terrify me", in *Vox*, 2015. Disponible en www.vox.com/2015/6/3/8706323/college-professor-afraid [fecha de consulta: 28 de marzo de 2020].
- SILVERGLATE, Harvey A., Josh GEWOLB, *FIRE's Guide to Due Process and Campus Justice*, Filadelfia, Foundation for Individual Rights in Education, 2015.
- SLATER, Tom, "Introduction: Reinvigorating the Spirit of 64", in Tom Slater (ed.), *Unsafe Space: The Crisis of Free Speech on Campus*, London, Palgrave Macmillan, 2016.
- SMITH, Steven, "Judicial Activism and "Reason", en Luís PEREIRA, Massimo LA TORRE, Steven D. SMITH (eds.), *Judicial Activism: An Interdisciplinary Approach to the American and European Experiences*, Heidelberg, New York, Dordrecht and London, Springer, 2015.
- SOLZHENITSYN, Aleksandr, "Solzhenitsyn Speeches to the AFL-CIO", in *AFL-CIO Free Trade Union News*, vol. 30, No. 7-8, Washington DC, July-August, 1975.
- SUAREZ, Leonor, *El posmodernismo jurídico y la filosofía del derecho*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2018.
- The Chicago Statement on Principles of Free Expression. Disponible en <https://freeexpression.uchicago.edu/> [fecha de consulta: 29 de marzo de 2020].
- "The global gag on free speech is tightening", in *The Economist*, August 17, 2019. Disponible en www.economist.com/international/2019/08/17/the-global-gag-on-free-speech-is-tightening [fecha de consulta: 3 de noviembre de 2020].
- TRACHTENBERG, Ben, "Private Universities and the First Amendment", in *Journal of Dispute Resolution*, vol. 2018, issue 2, Missouri, 2018.
- TRÉMOLET DE VILLERS, Vincent, "Defait de la Pensée", in *Le Figaro*, Paris, édition de 21 novembre 2019 .
- UNESCO, "Recomendación relativa a la condición del personal docente de la enseñanza superior, 1997. Disponible en http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=13144&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html [fecha de consulta: 2 de noviembre de 2020].
- "Universidades en la coyuntura actual", en *El Mercurio*, Santiago, 9 de febrero de 2020, Editorial A3.
- VOLTAIRE, *Traite sur la Tolerance, à l'occasion de la mort de Jean Calas*, ATHENA e-text, 1763, ebook.
- ZARATE, Sebastián, "Palabras que producen miedo, regulaciones que producen peligros", en *El Mercurio*, Santiago, 15 de marzo de 2020, A.2.

JURISPRUDENCIA CITADA

- Bible Believers v. Wayne County, 6th Circuit, 2015, 805 F 3d. 228.
Cantwell v. Connecticut, 1940, 310 US.

- CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, 2 de abril de 2013, González y otros con Pontificia Universidad Católica de Chile, rol 530-2013, sentencia de protección
- CORTE SUPREMA, 23 de enero de 2019, rol. 29.748-2018, sentencia de protección
- CORTE SUPREMA, 22 de mayo de 2013, González y otros con Pontificia Universidad Católica de Chile, rol 3.116-2013, sentencia de protección.
- CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, 25 de agosto de 2020, rol. 27115-2020, sentencia de protección
- CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, 25 de agosto de 2020, rol. 27116-2020, sentencia de protección.
- DIST. COURT, ND FLORIDA, 2008, Gillman v. School Board for Holmes County, Florida, Fl., 567 F. Supp. 2d, 1359, 1364.
- Edwards v. South Carolina, 1963, 372 US 229.
- EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, Case OF E.S. v. Austria, Application No. 38450/12, August 25, 2018.
- Giles v. Howard University, 428 F. Supp. 603 (D.D.C. 1977)
- Terminello v. Chicago, 1949, 337 US 1.
- Tinker v. Des Moines, 1965, 393 US 503.
- SUPREME COURT, 1957, Sweezy v. New Hampshire, 354 US 234, 250.
- SUPREME COURT, 1967, Keyishian v. Board of Regents of the University of New York, 385 US 589, 603.
- SUPREME COURT, 2011, Snyder v. Phelps, 562, US, 443, 443.

Siglas y abreviaturas

AFL-CIO	American Federation of Labor and Congress of Industrial Organizations
<i>al.</i>	<i>alii</i> (otros)
A.M.	antes meridiano
art.	artículo
CADE	Centro de Alumnos de Derecho
DC	Distrito de Columbia
ed.	editor
eds.	editores
FEUC	Federación de Estudiantes de la Universidad
htm	HyperText Markup Language
https	Hyper Text Transfer Protocol Secure
LGBTIQ+.	Lesbiana, Gay, Bisexual, Trans, Intersexualidad, Queer

Movilh	Movimiento de Integración y Liberación Homosexual
n.º a veces	No. número
<i>op. cit.</i>	<i>opus citatis</i> (obra citada)
p.	página
pp.	páginas
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
UC	Universidad Católica
UNESCO	United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization
US	United State
v.	versus
<i>v.gr</i>	<i>verbi gratia</i>
vol.	volumen
vs	versus
www.	World Wide Web

“TOLERANCIA”
Y CONSTITUCIONALISMO LAICO.
ANÁLISIS DE LA NOCIÓN CLÁSICA
Y DE LA NOCIÓN ILUSTRADA

“TOLERANCE”
AND SECULAR CONSTITUTIONALISM.
ANALYSIS OF THE CLASSICAL NOTION
AND THE ENLIGHTENED NOTION

*Julio Alvear Téllez**

Resumen

El artículo analiza los diversos sentidos que adopta la palabra ‘tolerancia’, contraponiendo la noción clásica a la ilustrada. Se sostiene que a partir de la Ilustración francesa, el término adquiere un uso estratégico político. El caso de Voltaire es paradigmático. La convierte en una rúbrica artera que sirve de instrumento al proceso de secularización, anunciando de este modo, la génesis del constitucionalismo laico.

PALABRAS CLAVES: Tolerancia, Ilustración francesa, constitucionalismo laico.

Abstract

The article analyzes the different meanings that the word “tolerance” adopts, contrasting the classical notion with the illustrated. It is argued that from the French Enlightenment, the term acquires a strategic political use. The case of Voltaire is paradigmatic. It turns it into a misleading rubric that serves as an instrument for the secularization process. In this way, enlightened tolerance announces the genesis of secular constitutionalism.

KEYWORDS: Tolerance, French Enlightenment, Secular constitutionalism.

* Doctor en Derecho y Doctor en Filosofía de la Universidad Complutense de Madrid. Profesor titular de Derecho Constitucional en la Universidad del Desarrollo. Artículo recibido el 12 de diciembre de 2020 y aceptado para su publicación el 5 de marzo de 2021. Correo electrónico: jalvear@udd.cl

I. Antecedentes

La ‘tolerancia’ es una palabra equívoca cargada de significados teológicos, filosóficos y políticos ambivalentes. Condicionada por el giro que la Ilustración dio al término, y justo en esos tres ámbitos, fue un vehículo privilegiado para expandir en el plano de las ideas y las instituciones la concepción indiferentista y relativista de la libertad de conciencia, de creencia y de religión. Con ello, imprimió una huella característica en la doctrina constitucional contemporánea, que hoy se expresa, con su peso tan singular, en el uso del término ‘discriminación’¹.

Los ilustrados utilizaron la noción de ‘tolerancia’ como un espolón para demoler la función social de la Iglesia y la estructura temporal de la Cristiandad. Se trataba de una “tolerancia” muy intolerante. Pero, en suma, les sirvió para legitimar, dentro de los países católicos, la embestida contra la fe y sus encarnaciones sociales: la unidad política religiosa, el cristianismo ambiental, la educación, la familia y los cuerpos asociativos, etcétera.

Si se observan las cosas desde el ángulo inverso, en la narrativa liberal se considera que históricamente, este concepto fue el primer paso en la lucha por la libertad en la época de los regímenes políticos confesionales². Pero una vez consolidado el Estado constitucional los papeles se invierten. Hoy aquella libertad –expresada, por antonomasia, en la concepción indiferentista y relativista de la libertad de conciencia, de creencia y de religión– se presenta como principio de un régimen jurídico que ampara e incentiva la tolerancia como forma de vida, como matriz y modelo de moralidad, como eje conceptual del pluralismo, convirtiéndose así en el reverso moral del principio político de la libertad y la democracia.

Empero, el uso de la voz ‘tolerancia’ depende, en lo precedente, de unos presupuestos históricos y filosóficos discutibles. De ahí que la delimitación de su significado desde el ángulo lingüístico, teológico, filosófico y jurídico sea inexcusable.

Es lo que se va a revisar, teniendo como horizonte la noción clásica, no ilustrada, del término. Ello dará más riqueza a este estudio, pues permitirá calibrar las delimitaciones del concepto incorporando miradas no

¹ La tolerancia aparece como principio constituyente de la *Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones*; como valor común a los Estados miembros de la Unión Europea, de acuerdo con el art. 2 del Tratado de Lisboa; como principio político-religioso según el art. 9 de la *Carta democrática interamericana*, y como principio de la educación democrática en el art. 13.1 del *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*.

² Dionisio LLAMAZARES, *Derecho de la libertad de conciencia*, pp. 61-71 y 88-134; José Antonio SOUTO PAZ, *Comunidad política y libertad de creencias*, pp. 24-28 y 150-164.

condicionadas por los lugares comunes del discurso político y jurídico contemporáneo.

II. Noción

Etimológicamente 'tolerar?' –del latín *tolêrare*, soportar, aguantar³– significa *soportar* una contrariedad, una fuerza, un mal, algo negativo, sin suprimirlo⁴.

Esta definición nominal del término conduce a su definición real: "es el acto de no impedir un mal pudiendo hacerlo"⁵. Por vía de consecuencia, esto supone otorgar al acto tolerado un espacio de libertad para su expansión. Pero dado que dicho acto se considera siempre un mal, el espacio de libertad que se le deja no proviene nunca de una autorización positiva, sino solo de una permisión negativa por parte de quien puede o debe evitarlo. El mal tolerado, como tal, nunca es querido por sí mismo, solo se le soporta en razón de un mayor bien a obtener o de un mayor mal a evitar.

De lo anterior se deduce que este concepto está compuesto por cuatro elementos:

- i) un acto: *no impedir* (se trata en propiedad de una abstención que excluye la aprobación del acto tolerado);
- ii) un objeto: una realidad negativa o un *mal* determinado (*v. gr.*, en el orden intelectual y moral, la difusión de un error o de un vicio conocido como tal)⁶;

³ Joan COROMINAS, *Breve diccionario etimológico*, p. 542.

⁴ El *Diccionario de la Real Academia de la Lengua* da como primera acepción de la voz "tolerar": "sufrir, llevar con paciencia". El *Diccionario de uso del español* de María MOLINER expresa parecida significación en su segunda acepción del término: "aguantar o resistir", p. 426. Sentido análogo puede encontrarse en diccionarios clásicos de la lengua francesa, *v. gr.*, André LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, art. 'Tolérance', p. 1133.

⁵ El *Diccionario la lengua española* da como segunda acepción de la voz 'tolerar': "Permitir algo que no se tiene por lícito, sin aprobarlo expresamente". El *Diccionario de uso del español* significa para la primera acepción del término: "no oponerse quien tiene autoridad o poder para ello a cierta cosa: no tolerará que le insulten". En lengua francesa, también se incluye análogo sentido, *v. gr.*, Paul ROBERT, *Le Petit Robert 1, Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, art. "Tolérance", pp. 1973-1974.

⁶ En esta perspectiva, Felice María CAPELLO S.J., *Summa Iuris Publici Ecclesiastici*, n.º 270 la define como "permissio negativa mali". Albert MICHEL *Dictionnaire de théologie catholique*, col. 1209, precisa que no solo un mal *cierto* puede ser objeto de tolerancia, sino, también, extensivamente un mal *supuesto* o, incluso, un bien *discutible*, aunque nunca un bien conocido como tal. De ahí que el autor prefiera definirla como "la permisión negativa de un mal real o supuesto". Véase 'Tolérance', en MICHEL, *op. cit.*

- iii) un sujeto: una persona natural o jurídica que *puede* (física y psicológicamente) y *debe* (moral o jurídicamente) impedir el mal en circunstancias ordinarias o normales;
- iv) un motivo: una *causa proporcionada* justificante (permisión del mal en razón de no impedir mayores bienes o de no provocar mayores males)⁷.

Del examen de los elementos precedentes se deduce que la tolerancia es una virtud solo en circunstancias excepcionales, dado que el deber moral ordinario es siempre cortar el paso al mal, a través de la prevención o de la represión proporcionada.

Este es un principio clarísimo en el orden de las realidades físicas o biológicas. Lo usamos todos los días. Piénsese en las ciencias médicas. Un facultativo no debe ser “tolerante” con el cáncer de su paciente. Si sufre de un tumor maligno, ha de hacer lo posible por extraerlo en su totalidad y a tiempo. Solo por excepción se justifica dicha actitud. Por ejemplo, si al hacerlo, daña de forma grave un órgano esencial. Del mismo modo, y solo por excepción las autoridades sanitarias pueden ser “tolerantes” con la expansión de una pandemia. Por regla general, tienen la obligación de utilizar todos los medios proporcionados para impedir la propagación del virus.

Análogas razones existen en el ámbito de la moralidad para justificar tal acto por vía extraordinaria.

Aunque el mal intelectual o moral –el error en la inteligencia o la defeción en la voluntad con sus consecuencias inmateriales y materiales– sea algo más complejo de definir en su entidad o en su delimitación, el principio se mantiene válido. No es la tolerancia sino la intolerancia la virtud propia del actuar prudente en las aplicaciones ordinarias de las reglas de moralidad.

Lo normal es que el profesor sea “intolerante” en la enseñanza de la ciencia, vale decir, que impida, si puede, la propagación de los errores que se suscitan en el entendimiento de los estudiantes; o que un educador evite ser tolerante con las malas acciones de sus pupilos, esto es, que sea claro en delimitar el principio que separa lo bueno de lo malo, lo correcto de lo incorrecto, lo virtuoso de lo vicioso.

⁷ Un análisis detallado del concepto y de su aplicación en el ámbito filosófico y teológico puede encontrarse, con amplia información bibliográfica, en Basile VALUET O.S.B., *La Liberté Religieuse et la Tradition Catholique. Un cas de développement doctrinal homogène dans le magistère authentique*, pp. 71-96. El autor, empero, carece de precisión en el enfoque: descuida el aspecto defectivo de la acción tolerante. Esta es virtud solo en las situaciones excepcionales en que es lícito soportar prudencialmente un mal determinado.

Es en las circunstancias extraordinarias –cuando no se pueda sino permitir el mal– cuando se vuelve una virtud. Pero, de todos modos, será siempre una virtud “peligrosa”⁸.

Esta noción clásica se vuelve problemática en la conceptualización elaborada por la Ilustración. La *Aufklärung* propició una doctrina de la tolerancia intelectual, religiosa y moral en la que desaparecen los elementos que hemos situado en los puntos (ii) y (iv). Deja de ser una virtud *peligrosa*, practicable según los dictados de la prudencia, atendidas las circunstancias, y se convierte en una exigencia permanente de la vida individual, social y política.

III. *Deshaciendo equívocos: clasificación del concepto*

La tolerancia puede ser *especulativa*, cuando se dirige a ideas, o *práctica*, cuando se refiere a conductas o a cosas concretas⁹.

1) LA TOLERANCIA ESPECULATIVA

Consiste en el *principio filosófico* (y en la *actitud* conforme a tal principio) de no rechazar o de no esclarecer los errores filosóficos, religiosos, morales, etc., que podrían o deberían ser removidos con una oportuna y competente intervención. Tales “errores” no se rechazan o no se esclarecen porque se parte del presupuesto de que, en la materia, la verdad no existe.

Históricamente, los ilustrados entendieron que solo a través del conocimiento “científico” (al que se llegaba, en la época, con los métodos físico-naturales) podría obtenerse lo que nosotros llamaríamos una “verdad”, que identificaban con la comprensión racional y comprehensiva del hombre y la naturaleza. Fuera de esos objetos, y de esos métodos, no habría nada que investigar. El positivismo decimonónico erradicaría defi-

⁸ Plinio Corrêa de Oliveira analiza en detalle esta faceta. “Tolerar el mal es consentir que él exista. Ahora, así como el bien produce, de sí, efectos buenos, así también el mal produce malos resultados ... La subsistencia impune del mal crea siempre un peligro. Pues además de producir efectos malos, tiene una seducción innegable. De este modo, hay riesgo de que la tolerancia acarree por sí misma males mayores que aquellos que por medio de ella se desea obviar (...). Cuando se es obligado a tolerar algo, se debe circunscribir cuanto posible los malos frutos de esa tolerancia, y preparar con toda diligencia una situación en que ella se vuelva superflua y el mal pueda ser extirpado”. Plinio CORRÊA DE OLIVEIRA, “O que é a tolerancia” y “A tolerância, virtude perigosa”.

⁹ FRANCISCO MARTINELL-GIFRÉ, “Tolerancia”, pp. 540-543; VALUET, *op. cit.*, pp. 74-80.

nitivamente la noción de “verdad”, al someter las ciencias experimentales a la dimensión del “fenómeno”.

1.1) La tolerancia especulativa o dogmática como *principio filosófico*

La tolerancia especulativa adoptada como *principio filosófico general* o *sistema de pensamiento*, conlleva el escepticismo absoluto, lo que conduce a la propia disolución del conocimiento filosófico o científico. Así entendida, es contraria a las leyes fundamentales del entendimiento, cuyo operar se funda en certezas primarias y en juicios conclusivos que afirman y excluyen¹⁰.

Aplicada a la *religión* (y a sus consecuencias o deberes morales), el término en estudio adopta la forma de tolerancia *dogmática* y quienes la sustentan como sistema parten de la base de que el hombre es incapaz de alcanzar la verdad en este ámbito, sea porque la existencia de Dios no puede ser conocida, sea porque Dios no puede comunicar una revelación, sea porque, de hecho, el hombre no tiene facultades ciertas para discernir una revelación divina. En consecuencia, negada la posibilidad o el hecho de una verdad religiosa, o de una revelación divina, se niega, también, la posibilidad de que pueda existir el error en materia religiosa. De esta manera, toda doctrina religiosa determinada puede y debe aceptar convivir en perpetuo careo con las doctrinas religiosas y seculares que le son distintas o que le contradicen. Así, el concepto se torna en absoluto y la condena de los “errores” carece de sentido.

La tolerancia dogmática también ha sido conceptuada como *indiferencia especulativa* frente a la verdad religiosa¹¹. Si bien tiene su origen en una diversidad de causas intelectuales y de doctrinas filosóficas, todas pueden ser reconducidas al escepticismo metafísico y al agnosticismo religioso¹². Se presupone que el entendimiento humano no puede adherir con certeza a ningún credo, postura o proposición religiosa en sí misma, porque en el

¹⁰ Un estudio de la metafísica del conocimiento de acuerdo con los principios de santo Tomás en contraposición con las principales tesis de la filosofía moderna kantiana y poskantiana, en FRANCISCO CANALS VIDAL, *La esencia del conocimiento*.

¹¹ Ferdinand MOULART, *L'Eglise et l'État ou les deux puissances, leur origine, leurs rapports, leurs droits et leurs limites*, p. 236; Joseph POHLE, “Toleration, Religious”, pp. 763-773.

¹² En el ámbito católico, el Concilio Vaticano I rechazó el agnosticismo religioso y el escepticismo metafísico y afirmó la cognoscibilidad natural de Dios como causa primera del orden del ser. Además sostuvo que la Revelación cristiana, si bien supera todas las fuerzas de la razón natural, puede, por un lado, ser reconocida por medios externos por la misma razón natural y, por otro, no contradice las verdades naturales. CONCILIO VATICANO I, sesión III, 24 de abril de 1870, capítulos. II y IV.

dominio de la fe y de la moral (religiosa) el valor teórico es nulo o, a lo más, depende de la subjetividad de cada cual.

De ahí que la dimensión especulativa en materia de *dogmas* (que etimológicamente quiere decir *doctrina fijada*) exija paradójicamente que nada quede fijo, que toda doctrina religiosa que se dice revelada por Dios entre en un intercambio dialéctico e indiscriminado con otras creencias. Pero al configurarse de este modo adopta una postura intelectual caracterizada por el naturalismo y el indiferentismo, que le sirve de alimento y de razón de ser.

Plantear a este propósito cual es su principio basal último: si el escepticismo metafísico, por un lado, o el naturalismo, por otro, carece de interés para nuestros efectos. Ambas posturas –filosófica la primera, más teológica la segunda– van unidas. Y no solo desde un punto de vista teórico, sino, también, histórico, pues la Ilustración, al levantar la bandera de la tolerancia en la Europa del siglo XVIII, de hecho se fundó en el escepticismo metafísico en materia de religión, oponiendo a la Revelación cristiana el naturalismo, y a la verdad salvífica de la fe el indiferentismo, a veces de forma hábil y velada, pero siempre a punto fijo.

Desde la lejanía se puede otear cómo la dimensión dogmática del término es una construcción artificial, ajena a la naturaleza del fenómeno religioso:

- i) Si se atiende al estudio comparado de las religiones, se llega sin mayor dificultad a la conclusión de que todas aquellas que afirman conservar una doctrina revelada –cristianismo, judaísmo, islamismo– excluyen por definición en su espacio dogmático (o si se quiere, en su núcleo racional teórico) la tolerancia especulativa. Y no podría ser de otra manera, pues aceptarla sería cuestionar por principio las propias creencias y tradiciones religiosas¹³.
- ii) Pues se opone, también, a la ontología de lo religioso, que se manifiesta en una "re-ligación" del hombre con Dios. La ontología de lo religioso no puede recluirse en la pura subjetividad. La religión como "re-ligación" con el primer principio, nos habla del dios trascendente, no de los "dioses" configurados por la psicología o los sentimientos puramente humanos¹⁴.

¹³ En este plano, la religión católica es la que de una manera paradigmática aparece custodiando un "dogma" en la medida en que la Iglesia se atribuye un magisterio autoritativo infalible sobre él. Ello explica que haya sido –y siga siendo– objeto de las acusaciones más hoscas de intolerancia doctrinaria.

¹⁴ *Psicológicamente*, la religión nace del reconocimiento intelectual metafísico-dogmático de la trascendencia de Dios y de nuestra total dependencia de El, y del correspondiente amor. *Moralmente* consiste en una actitud voluntaria de reconocimiento y sumisión a Dios para reverenciarle y honrarle. Se trata de la *devotio*, acto propio que

- iii) La tolerancia dogmática no deja de ser un absurdo. No tiene sentido exigir este tipo de conducta si la condición para practicarla es negar la posibilidad de afirmar un “dogma” en su sentido fuerte, es decir, una revelación divina. Ello constituiría una forma de intolerancia secular hacia la religión. Por otro lado, podría, en materia religiosa donde *a priori* se ha descartado la posibilidad de discriminar entre lo verdadero y lo falso, equivale a exigir que las instituciones y personas religiosas demuevan por reflejo sus propias certezas.

En este punto, es evidente la siguiente aporía. Si se acepta que el entendimiento humano es capaz de conocer la verdad en materia religiosa –problema distinto es cuál sea en concreto esa verdad, habida consideración que hay varias religiones que se la atribuyen en diverso grado– es incongruente exigir a quienes profesan una doctrina religiosa que asuman como principio lo que la demuele, esto es, la tolerancia dogmática. Por el contrario, si no se acepta que la razón sea capaz de conocer la verdad religiosa, exigirla sería lo mismo que imponer la propia convicción escéptica a quienes no adhieren a ella. Lo que más se parece a un ejercicio de intransigencia.

- iv) Quienes plantean su necesidad en el ámbito dogmático, parten de un principio irracional: que en materia religiosa nada se puede conocer objetivamente, por lo que la razón actúa siempre como sinrazón.

Lo anterior explica por qué sus más destacados propagandistas en el siglo XVIII no pudieron escapar ellos mismos a la intolerancia especulativa cuando se trataba de sostener sus propias ideas en confrontación con las doctrinas religiosas que las contradecían. Con una mano propagaban esta doctrina –o sea, desde el cristianismo hacia las nuevas ideas de la Ilustración– y con la otra ponían en práctica la intolerancia –de los ilustrados para con las ideas e instituciones cristianas–. De ahí que en el ámbito político se haya invocado la “tolerancia” para justificar la exclusión de Dios del preámbulo de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789¹⁵.

define y especifica a la religión. *Estructuralmente*, la religión se expresa en un homenaje vital tributado a Dios, interior y voluntariamente, en reconocimiento de la relación de creatura. De ahí nace otro acto: la oración. De ahí, más remotamente, una serie de actos exteriores: la adoración, el sacrificio, sostenimiento del culto, votos, práctica de los sacramentos, etc. En este plano cobra importancia la distinción entre religión *natural* (in recto, virtud natural de la religión) y religión *revelada*. Miguel NICOLAU S.J., “Teoría de la religión y de la revelación”, n.ºs 3-23, 32-44 y 45-61.

¹⁵ Laborde, para excluir al “Ser Supremo” del Preámbulo, invocó la tolerancia. Marcel GAUCHET, *La Révolution des Droits de l'homme*, p. 67.

Sobre la intolerancia de los ilustrados, observa Jean Sévillia:

"En el 'Contrato social', Rousseau afirma que 'se deben tolerar todas las religiones que toleran a las demás, en tanto sus dogmas no tengan nada contrario a los deberes de los ciudadanos. Pero cualquiera que se atreva a decir 'Fuera de la Iglesia no hay salvación' debe ser expulsado del Estado'. Helvetius es igual de explícito: 'hay casos en que la tolerancia puede llegar a ser funesta para la nación: cuando tolera una religión intolerante como la católica'. Voltaire es el heraldo más ilustre de este anticatolicismo militante: 'Aplastemos a la Infame'.

En la Francia del siglo XVIII, estando la Iglesia en situación dominante, el choque era inevitable. Cuando luchan contra el fanatismo –término de propaganda- los enciclopedistas en realidad entran en guerra contra la religión del 95 por ciento de la población"¹⁶.

Hemos revisado en sus fuentes las referencias de Jean Sévillia a Jean-Jacques Rousseau y Voltaire [François-Marie Arouet], y el tema se puede ampliar algo más. El polímata suizo es bastante explícito en la profesión del naturalismo y del indiferentismo religioso como fundamentos de las categorías especulativa y dogmática del concepto. Lo mismo puede decirse del filósofo y abogado francés. Además de ellos, Baruch Spinoza, Pierre Bayle, Denis Diderot, Jacqueline de Romilly, Immanuel Kant, entre otros, fueron los más célebres propagandistas de la tolerancia dogmática en el Siglo de las Luces, a fin de promover la libertad de conciencia. Representan la corriente más explícita y definida de la *Aufklärung* en materia religiosa. Pero todos, en un grado u otro, fueron intolerantes con el cristianismo, y más específicamente, con el catolicismo¹⁷.

1.2) La tolerancia especulativa como actitud

Puede presentarse no como una *teoría* filosófica, sino, únicamente, como conducta, como *actitud*. No se trata de formular un principio teórico general aplicable a la verdad y al error, sino de exigir un género de conductas a quienes –con certeza objetiva o subjetiva– dicen estar en posesión de una verdad filosófica, religiosa o moral. Se pide que no rechacen los "errores", que no se comprometan en su refutación o esclarecimiento por razones de convivencia o por necesidades del pacto social.

Pero ¿qué motivos podrían existir en el vasto ámbito de las relaciones humanas para que quienes pueden o deben disipar un error no lo hagan teniendo autoridad y competencia para ello?

¹⁶ Jean SÉVILLIA, *Históricamente incorrecto*, pp. 169-170.

¹⁷ Julio ALVEAR TÉLLEZ, *La libertad moderna de conciencia y de religión. El problema de su fundamento*.

Es difícil admitir una actitud de tolerancia especulativa en el campo de las ciencias, en su cultivo, su enseñanza y su difusión. Implicaría, aun en su concepto moderno más débil, la renuncia al método científico. Cabe notar que ni los propios ilustrados pudieron defenderla.

Difícil, también, es aceptarla en el ámbito moral de la prudencia –en el gobierno de una nación, de una familia o de la propia vida moral individual–, pues el principio de la acción nunca puede ser el error.

Descartado lo anterior, suele indicarse, sin embargo, que los errores que se cometen en el uso de la lógica informal de la vida cotidiana, en todas las múltiples y distendidas facetas del lenguaje coloquial, sea habitual o esporádico, solo pueden ser objeto de tolerancia especulativa. La intimidad, el afecto, la cortesía, la diversión, etc., son razones suficientes para no prorrumpir sobre los discursos ajenos, en ciertos casos, erróneos con pesadas y avasalladoras refutaciones.

Sin embargo, es dudoso que en este amplísimo campo de la conducta humana pueda valer, al menos en su sentido propio. A este propósito conviene distinguir entre verdad, opinión y error. Como sostiene Fernando Ocariz,

“La verdad es objeto de amor; la opinión, de respeto; mientras la tolerancia sólo tiene por objeto el propio mal y el error. Esta es una primera delimitación conceptual de la tolerancia: ésta se refiere a no impedir el mal y el error de otros pudiendo evitarlo. Tolerar lo que se considera indiferente u opinable en realidad carece de sentido: lo opinable debe ser respetado y no simplemente tolerado”¹⁸.

Si bien la opinión es la que abunda en el discurso coloquial de la vida cotidiana, no parece que el “respeto” (hacia la idea) sea la respuesta más adecuada cuando la opinión es, sin duda, errónea, se formula sobre materias que en realidad no son opinables y contiene, además, una especial carga de seducción para ocasionar desviaciones filosóficas, morales, religiosas, históricas o científicas según los casos. En tales situaciones, salvo que las circunstancias pidan el silencio, es la intolerancia especulativa y el camino a seguir.

Por otro lado, cuando se promueve un intercambio de ideas que tiene por objetivo alcanzar algún grado de verdad en cualquier ámbito, lo propio no es la condescendencia frente al error, salvo temporalmente, pues la actitud que se pide aquí es el esclarecimiento sucesivo. Lo que no exime por cierto de las reglas de cortesía e, incluso, de distensión¹⁹.

¹⁸ Fernando OCÁRIZ, *Voltaire: Tratado sobre la tolerancia*, p. 85.

¹⁹ Plinio Corrêa de Oliveira ha examinado las distintas modalidades del diálogo a

De cualquier forma, una comunidad religiosa, una escuela filosófica o una corriente cultural no podría tener una actitud general de tolerancia especulativa frente a los errores que disuelven su propio patrimonio intelectual sin comprometer su propia identidad y subsistencia. Esto vale de modo paradigmático para la Iglesia católica que afirma ser fundada por el mismo Dios para transmitir con autoridad magisterial la verdad salvífica a los hombres, no solo en materia de fe, sino, también, de moral. En el ámbito sociológico vale, incluso, para las múltiples comunidades religiosas nacidas de la Reforma protestante, porque, si bien el principio del libre examen por su propio dinamismo apura la implosión doctrinaria, como ha sucedido a lo largo de la historia, mientras una comunidad determinada se mantenga en la unidad, debe definirse –y de hecho así lo hace– sobre la base de lo que considera verdad y error, ortodoxia y heterodoxia²⁰.

1.4) Valoración de la tolerancia especulativa. Oposición de sentidos entre el uso clásico y el uso ilustrado del término

Evitando caer en el uso equívoco que este término tiene en la actualidad, se debe concluir que la tolerancia especulativa como principio filosófico *general* es contrario a la estructura del pensamiento humano y como principio filosófico *particular* aplicado al fenómeno religioso (tolerancia dogmática) es la manifestación de una doctrina filosófica determinada (escepticismo metafísico, agnosticismo religioso, naturalismo e indiferentismo). Tal doctrina alimentó la aplicación que la *Aufklärung* hizo de esta voz y, en lo esencial, su significado se ha mantenido hasta hoy subyacente a la teoría política del Estado moderno y al reconocimiento del concepto indiferentista y relativista de la libertad de conciencia, de creencias y de religión reconocida en los catálogos de derechos humanos.

partir de dos factores que están directamente relacionados con el problema de la tolerancia: la búsqueda intelectual de la verdad y la correspondiente actitud emocional. El diálogo en un sentido lato y etimológico indica cualquier tipo de interlocución, y puede clasificarse en (i) diálogo *stricto sensu*, en el que cada parte no busca mudar la persuasión del otro y al que corresponde una actitud gradual de distensión según los casos ("diálogo-entretimiento"; "diálogo investigación"); (ii) *discusión*, en la que cada parte busca cambiar la persuasión del otro acompañada de un calor emocional más o menos intenso según los casos ("discusión-diálogo"; "discusión-pura y simple"; "discusión-polémica"). Plinio CORRÊA DE OLIVEIRA, *Baldeação ideológica inadvertida e Diálogo*, pp. 39-48.

²⁰ Pensadores muy abiertos a divulgar este espíritu permisivo han negado su validez en este punto. Valga por todos la apreciación de Jacques Maritain: "Cuando en cuestiones de ciencia, metafísica o de religión el hombre dice: "¿qué es la verdad?" como Pilatos, no es un hombre tolerante, sino un traidor al género humano ("un traître au genre humain)". Jacques MARITAIN, *Le philosophe dans la cité*, p. 144.

Lo mismo puede decirse de la vertiente especulativa como *actitud*, si se la coloca en correlación con las *grandes* verdades religiosas, metafísicas y morales²¹.

A la inversa, en el uso clásico de l término, la intolerancia doctrinaria –aun a costa de sonar poco simpático a causa de la carga peyorativa que pesa sobre él– es un bien intelectual y moral a preservar. Centrándose más específicamente en la noción dogmática, Victorino Rodríguez sintetiza su valor:

“El contenido del término ‘intolerancia’ en su acepción propia –posición firme en el bien, sin ceder ante el mal–, (tiene) una significación más positiva que negativa: es una actitud negativa ante el mal en razón de una firme actitud positiva ante el bien. Proporcionalmente, el término ‘tolerancia’ que está tomado en un sentido muy positivo en el lenguaje de nuestros días, en su significación teológica propia (permisión del mal en razón de no impedir mayores bienes o de no provocar mayores males) está cargado de sentido negativo como lo revela su misma noción. Si diéramos más importancia a las palabras que a los conceptos tendríamos que buscar otra terminología menos equívoca hoy en día”²².

2) LA TOLERANCIA PRÁCTICA

Esta noción apela a una cuestión bien distinta de la tolerancia especulativa o dogmática.

²¹ El término “*grande*” aplicado a la verdad es una figura descriptiva que utiliza Santo Tomás siguiendo a SAN AGUSTÍN, *De Trinitate*, XII, 4. El doctor angélico distingue entre una verdad superior y una verdad inferior. La primera se refiere a la verdad eterna, a las realidades intemporales, al mundo inteligible, objeto de la razón humana *superior* “que intenta considerar y consultar lo eterno”. La segunda, en cambio, abarca las cosas sensibles y corpóreas, las verdades necesarias o contingentes del tiempo humano, objeto de la razón humana *inferior* “que intenta considerar y consultar lo temporal”. Precisa santo Tomás: “lo temporal y lo eterno, con respecto a nuestro entendimiento, implican realidades subordinadas entre sí, de modo que unas sirvan de medio para conocer las otras A la razón superior se le atribuye la sabiduría; en cambio, a la inferior, la ciencia”. SANTO TOMÁS DE AQUINO, *S. Th.*, I, q. 79, a. 9. También santo TOMÁS DE AQUINO, *In Sent.* 1.2 d. 24 q. 2 a. 2 y del mismo *De Veritate*, q. 15 a. 2. Santo Tomás agrega más adelante “cuando la realidad en la que se encuentra el bien es más digna que la misma alma en la que se encuentra el concepto de dicha realidad, por comparación a esta realidad la voluntad es más digna que el entendimiento. Sin embargo, cuando la realidad en que se encuentra el bien es inferior al alma, entonces, por comparación a tal realidad, el entendimiento es superior a la voluntad. Por eso, es mejor amar a Dios que conocerle, y al revés: Es mejor conocer las cosas caducas que amarlas”. SANTO TOMÁS DE AQUINO, *S. Th.*, I, q. 79, a. 9. Asimismo, SANTO TOMÁS DE AQUINO, *De Veritate*, q. 22 a. 11; *Cont. Gentes* 3, 26 y *De Caritate*, a. 3 ad 12. 13.

²² Victorino RODRÍGUEZ O.P., *Sobre la libertad religiosa*, p. 54.

Desde la perspectiva clásica, hay que destacar su importancia para la convivencia humana. Su problemática se plantea en el ámbito específicamente moral, religioso y político, donde su oportunidad y límites son imprecisos, en particular, si se atiende a las relaciones que van de la autoridad a los miembros del cuerpo societario. Se centrará el análisis en este nivel, especificándolo desde la perspectiva más universal de la tolerancia del rector de la comunidad política o del Estado (civil) en materia moral y religiosa. La tolerancia personal no plantea mayores complicaciones doctrinales²³ y la eclesiástica está regida por criterios canónicos que exceden el objetivo aquí planteado²⁴.

La tolerancia práctica consiste en no impedir o no reprimir los *actos* de un tercero que se consideran negativos pudiendo (física y psicológicamente) y debiendo (en términos morales o jurídicos) hacerlo. Sigue siendo, por tanto, como ya se ha observado, al menos en el sentido clásico del término, una virtud para ser practicada solo en circunstancias excepcionales.

Si el mal moral pudiera siempre evitarse, esta cuestión no sería una problemática a plantear. Asimismo, si existiera siempre una consonancia moral entre el error y el que yerra, o una identidad entre la materialidad de la conducta ilícita y la intención de su agente, la dificultad que plantea la tolerancia práctica no se suscitaría. Así, su problemática radica en que concede a la persona de conducta inmoral o ilícita, un espacio de libertad para ello, y lo hace por prudencia, no por aséptica indiferencia.

En materia ética, sin embargo, lo excepcional de dicho comportamiento viene cargado de ambivalencia. En efecto, las circunstancias que

²³ La tolerancia *personal* es muchas veces una exigencia de justicia, al menos en la aplicación de medidas coercitivas, dado que un particular carece, en circunstancias normales, de competencia para reprimir los actos de sus iguales. Por ello se puede decir que la dimensión individual queda sujeta al ejercicio de las virtudes particulares, especialmente la prudencia, la caridad y la justicia, no planteando más problemas teóricos que los que dimanan del estudio de estas virtudes. Al respecto, SANTO TOMÁS DE AQUINO, *S.Th.*, II-II q. 25, a.6 y 7.

²⁴ Es un principio inconcuso en toda sociedad voluntaria que nadie puede ingresar y pertenecer a ella si no está de acuerdo con sus medios y sus fines. En el caso de una sociedad religiosa, este principio se expresa en que sus miembros deben concordar con sus creencias, su moral y el culto, por lo que, si no lo hacen, quedan sujetos a las sanciones previstas. La tolerancia o intolerancia en la aplicación de tales sanciones, es una cuestión prudencial sin mayores embarazos teóricos. El problema especulativo se presenta con una sociedad religiosa tan especial como la Iglesia católica que afirma ser una sociedad sobrenatural por sus medios y fines, y cuya jerarquía (que detenta una jurisdicción magisterial, sacramental y pastoral) se remonta por sucesión apostólica a un acto de fundación divina. En este caso, la cuestión práctica cobra evidentemente un sentido bien particular, y su regulación, en términos jurídicos, corresponde al derecho canónico.

hacen aconsejable su ejercicio por parte de las autoridades son frecuentes en la vida social y su mayor o menor amplitud depende de las situaciones de ascenso, plenitud o decadencia moral de las sociedades históricas. En consecuencia, la tolerancia práctica en el campo moral es *excepcional* no porque deba ser raramente practicada, sino porque lo normal es que un cuerpo social, encaminado con rectitud, tienda al bien y no al mal.

Si la práctica se refiere a actos que entran en el dominio de lo religioso se llama tolerancia *religiosa*, y puede ser practicadas por particulares, por las comunidades religiosas o por el Estado. Por tal razón puede decirse que ella tiene un triple sujeto: el particular, la Iglesia y el Estado. La primera es la tolerancia privada, la segunda la tolerancia eclesiástica, la tercera, la tolerancia civil²⁵.

Manteniéndonos en esta última perspectiva, la civil, pueden distinguirse dos conceptualizaciones.

2.1) Tolerancia práctica como virtud absoluta

Es la que proviene, en mayor o menor medida, de la herencia doctrinaria de la Ilustración. En materia religiosa y moral se funda en la vertiente *dogmática*, la que, a su vez, presupone, como ya fue observado, en su lugar, el escepticismo metafísico, el agnosticismo religioso, el naturalismo y el indiferentismo.

Así entendida es la virtud propia de los tiempos modernos en los que se niega la existencia de una autoridad y de una verdad en materia religiosa y se configura como una virtud *absoluta*:

- i) No es solo una virtud *ética*, sino, también, *civil y política*, dado que constituye histórica y conceptualmente uno de los pilares necesarios para construir el Estado moderno, que lleva en sus entrañas la laicidad.
- ii) Es una virtud *sin fronteras* dado que no acepta la noción de “dogma”, de verdad fija, como límite. De ahí una curiosa paradoja: si, por un lado, exige respeto para todas las ideas y personas en materia religiosa, por otro, solo se ejerce cómodamente cuando existe la posibilidad de vulnerar el “dogma” religioso. Su vocación recóndita no es positiva sino negativa: no edifica bases comunes de convivencia, sino que encuentra su propio espacio en la libertad de derrumbar toda unidad política y social que pueda construirse en torno a verdades religiosas y morales comunes. En suma, tiene como razón de ser la transgresión del dogma re-

²⁵ Arthur VERMEERSCH S.J., *La Tolérance*, p. 3.

ligioso y de la ley moral, sometiéndolas a una crítica impía en el sentido etimológico del término.

iii) Es una virtud *anti-cristiana*.

La divisa kantiana del *Aude saper* ("ten el valor, la audacia de saber") es quizá, lo que mejor define el espíritu crítico de la doctrina de suerte de condescendencia absoluta en la historia de las ideas. En su escrito "¿Qué es la Ilustración?", y con la mirada puesta en la autoridad de la Iglesia y sus efectos en la comunidad política, Immanuel Kant expresa:

"Constituye algo absolutamente prohibido unirse por una constitución religiosa inmovible, que públicamente no debe ser puesta en duda por nadie, aunque más no fuese durante lo que dura la vida de un hombre, y que aniquila y torna infecundo un período del progreso de la humanidad hacia su perfeccionamiento, tornándose, incluso, nociva para la posteridad. Un hombre, con respecto a su propia persona y por cierto tiempo, puede dilatar la adquisición de una ilustración que está obligado a poseer; pero renunciar a ella, con relación a la propia persona, y con mayor razón aún con referencia a la posteridad, significa violar y pisotear los sagrados derechos de la humanidad"²⁶.

Someterse a la autoridad religiosa es *pisotear los derechos de la humanidad* porque se asume que no existe verdad revelada ni ley moral trascendente que vinculen de modo heterónomo la voluntad del hombre. De ahí la importancia de la tolerancia civil en materia religiosa, que rompe el compromiso de las comunidades políticas del *Ancien régime* con la fe cristiana. Fe sobre la cual no puede existir ningún tipo de certeza, ni de invariabilidad, ni de infalibilidad, por lo que este concepto cumple un papel demoledor: abrir las puertas al uso público de la razón crítica sobre los símbolos invariables de la religión cristiana²⁷.

²⁶ Immanuel KANT, "Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung?", pp. 22-23.

²⁷ "Pero una sociedad eclesiástica ...¿no podría acaso comprometerse y jurar sobre algún símbolo invariable que llevaría así a una incesante y suprema tutela sobre cada uno de sus miembros y, mediante ellos, sobre el pueblo? ¿De ese modo no lograría eternizarse? Digo que es absolutamente imposible. Semejante contrato, que excluiría para siempre toda ulterior ilustración del género humano es, en sí mismo, sin más nulo e inexistente, aunque fuera confirmado por el poder supremo, el congreso y los más solemnes tratados de paz. Una época no se puede obligar ni juramentar para poner a la siguiente en la condición de que le sea imposible ampliar sus conocimientos (sobre todo los muy urgentes), purificarlos de errores y, en general, promover la ilustración. Sería un crimen contra la naturaleza humana, cuya destinación originaria consiste, justamente, en ese progresar". KANT, *op. cit.*, pp. 21-22.

La función crítica de la razón ilustrada es clara²⁸ y sirve de parámetro contextual al lenguaje de la tolerancia religiosa. Esta es concomitante a una verdadera misión “religiosa” invertida que nace de aquella: la de purificar en la sociedad y en la mente del hombre individual los errores, y no hay mayor error que afirmar la existencia de una autoridad y de una verdad en materia religiosa, de la heteronomía y del dogmatismo, como lo hace por antonomasia la fe católica.

- iv) La tolerancia práctica absoluta marca un periplo conceptual e histórico: se mantiene hasta hoy como la virtud *ciudadana* por excelencia, eje del liberalismo y de la democracia pluralista (pluralismo no es lo mismo que pluralidad). Pero en el plano *vertical* del poder público, ha sido una etapa transitoria que ha evolucionado en brazos del Estado oficialmente laico. Desde el momento en que el Estado asume la doctrina especulativa –no hay error ni verdad en materia religiosa– la tolerancia práctica que deriva de ella se alimenta de su propia disolución.

El filósofo prusiano en su opúsculo sobre la Ilustración expone y ejemplifica este aserto. O, más bien, sugiere sus contornos, adelantándose a la época del constitucionalismo, que no era la suya. En efecto, el filósofo es consciente que, desde un punto de vista político, hablar de esta forma de indulgencia en materia de religión es un uso imperfecto del lenguaje. De ahí que en sus comprometedoras alabanzas a los déspotas ilustrados, en particular, a Federico II de Prusia, deje escapar esta idea:

“Desde este punto de vista, nuestro tiempo es la época de la ilustración o ‘el siglo de Federico’. Un príncipe que no encuentra indigno de sí declarar que sostiene como deber no prescribir nada a los hombres en cuestiones de religión, sino que los deja en plena libertad y que, por tanto, rechaza al altivo nombre de tolerancia, es un príncipe ilustrado, y merece que el mundo y la posteridad lo ensalce con agradecimiento. Al menos desde el gobierno, fue el primero en sacar al género humano de la minoría de edad,

²⁸ “Hay que subrayar –escribe Michel Foucault– el lazo que existe entre este breve artículo [“¿Qué es la Ilustración?”] y las tres Críticas. Describe, en efecto, la Aufklärung como el momento en que la humanidad va a hacer uso de su propia razón, sin someterse a ninguna autoridad; ahora bien, precisamente en este momento la crítica es necesaria, puesto que tiene como papel definir las condiciones en las que el uso de la razón es legítimo para determinar lo que se puede conocer, lo que hay que hacer y lo que es lícito esperar. Un uso ilegítimo de la razón es el que hace nacer, con la ilusión, el dogmatismo y la heteronomía; en cambio, cuando el uso legítimo de la razón ha sido claramente definido en sus principios se puede asegurar su autonomía. La Crítica es, en cierto modo, el libro de a bordo de la razón que ha llegado a ser mayor de edad en la Aufklärung; e inversamente, es la edad de la Crítica”. Michel FOUCAULT, “Qué es la Ilustración”, pp. 335-352.

dejando a cada uno en libertad para que se sirva de la propia razón en todo lo que concierne a cuestiones de conciencia moral. Bajo él, dignísimos clérigos –sin perjuicio de sus deberes profesionales– pueden someter al mundo, en su calidad de doctos, libre y públicamente, los juicios y opiniones que en ciertos puntos se apartan del símbolo aceptado. Tal libertad es aún mayor entre los que no están limitados por algún deber profesional”²⁹.

El texto precedente es digno de análisis. Resalta que la libertad de los modernos prueba su carácter liberador cuestionando y *criticando* la religión revelada (en el entendido de que esta se presupone como irracional al menos en el espacio público). Al mismo tiempo, descarta que el Estado deba ser sujeto de tolerancia práctica dado que el propio concepto supone una realidad negativa que soportar –la difusión del error– y la Ilustración consiste, en efecto, en liberarse de la tutela de una verdad religiosa objetiva. Adelanta Immanuel Kant que lo propio de un sistema político moderno –el guiado por el *sapere aude*– es el régimen de libertad religiosa (indiferentista), en lo que será seguido por el constitucionalismo moderno.

La lógica se comprende. Para las corrientes filosóficas que afirman que no es posible hablar de “verdad” o “error” religioso, rechazando no solo la capacidad del entendimiento humano de conocer la existencia de Dios, sino, incluso, la posibilidad histórica de una revelación divina, ser tolerante en materia religiosa, no tiene, en rigor, ningún sentido. Se habla de ella más bien por sinonimia con realidades como la libertad indiferentista y relativista de conciencia y de religión. No hay mal que tolerar, pues la libertad de pensamiento es el bien que se debe promover, como declamaba el conde de Mirabeau [Honoré Gabriel Riquetti] en la Asamblea revolucionaria³⁰.

Así, en este cuadro, es más bien una virtud: la de respetar (aceptar o no contradecir de manera definitiva) todas las ideas religiosas y morales, para lograr una mejor convivencia entre los hombres. Pero esta formulación queda sujeta a una puntualización importante: toda crítica religiosa debe ser respetada, toda persona que la formule debe quedar exenta de cualquier tipo de contracción de parte de las autoridades civil y religiosa, dado que la libertad de conciencia es un derecho fundamental del ser humano, que permite desvincularse de cualquier ley trascendente para sujetarse a la propia autonomía intelectual y moral, signo de la dignidad inviolable.

²⁹ KANT, *op. cit.*, p. 24.

³⁰ “No vengo a predicaros la tolerancia”, dice el conde Mirabeau en una sesión de la Constituyente. “La libertad más ilimitada de la religión es a mis ojos un derecho sagrado, que la palabra tolerancia con que se quiere expresarla me parece en cierto modo tiránica. En efecto, la existencia de la autoridad que tiene el poder de tolerar, ataca a la libertad de pensar por lo mismo que tolera, ya que también podría no tolerar”. Honoré Gabriel RIQUETTI, conde de MIRABEAU, *Discours et opinions de Mirabeau*, p. 328.

2.2) Tolerancia práctica como virtud relativa

Su fundamento doctrinario proviene de la filosofía clásica y se opone a la tolerancia ilustrada. Parte del supuesto de que existe la verdad y el bien en el orden metafísico, religioso y moral, por lo que sería una virtud siempre relativa al error y al mal en la medida en que en el ámbito prudencial no pueden ser removidos sin ocasionar mayores males.

Lo civilmente tolerable, en materia religiosa, surge no de la pluralidad de todas las religiones y de todas las concepciones morales, sino de la necesidad de preservar el bien común constituido por un conjunto de aspectos religiosos y morales trascendentes e indiscutibles que una comunidad política ha abrazado, pero que un sector minoritario de la población no abraza.

Una primera dimensión de lo civil, siempre necesaria, es la inmunidad de coacción de la conciencia para no ser forzado a adherir a una religión en la que no se cree. Una segunda dimensión se expresa en no impedir la práctica de las religiones disidentes, mientras no dañen públicamente la integridad de la fe y de la moral comunitaria. La tolerancia civil tiene, en este ámbito, muchos grados, pero lo importante de destacar es que su objeto y el espacio de libertad que concede siempre se considera un mal menor, pero no un bien.

Desde el punto de vista histórico –durante los siglos de la Cristiandad– se asignó a la autoridad política el deber de preservar el bien de la fe y de la moral, compartidos en la comunidad, por hacer parte del bien común, compuesto por estas realidades ambientales a las que se daba más valor que los puros bienes materiales y económicos. Cumplir con los deberes de culto de la sociedad respecto de Dios era una de las tareas más importantes del orden político, que, como criatura, no podía desligarse de sus vínculos ontológicos y sobrenaturales con su primer principio.

Este escenario no impidió, sin embargo, que la tolerancia civil se practicara con amplitud. El ejemplo más característico es el de los reinos hispánicos, donde durante siglos habitaron las comunidades islámicas y judías, que se rigieron por sus propias normas. Fue posible en esa época mantener la “intolerancia dogmática” católica –en el sentido primigenio que dimos al binomio de términos– sin perjuicio de una prudencial actitud tolerante práctica³¹.

³¹ En la Cristiandad existía un consenso no solo religioso, sino que social, cultural y político-constitucional en torno a la jerarquía de bienes, en cuyo vértice se encontraba la fe. Aquello que la dañaba debía ser evitado con especial atención, en beneficio no solo de la Iglesia, sino de la tranquilidad y del orden de la sociedad temporal. En el plano de la justificación teórica de la tolerancia y sus límites, la cuestión ya había sido planteada,

La distinción entre ambas es sumamente importante en materia religiosa y el hecho de no discernirla ha sido y sigue siendo motivo de gruesos equívocos. De hecho, la Ilustración arrojó sobre la Cristiandad la gran acusación de que la Iglesia católica constituía la encarnación de lo intolerante. Aunque dicha acusación no fue más que una excusa, un arma de batalla en el proceso contra el cristianismo, su verosimilitud ha podido ser sostenida en el plano conceptual hasta los días que corren precisamente por la omisión de la precedente distinción³².

3) LA INTOLERANCIA DE LOS TOLERANTES. EL CASO DE VOLTAIRE

Voltaire (1694-1778) es uno de los pensadores ilustrados que con más energía divulgaron el concepto en el ámbito especulativo, en particular, en su vertiente dogmática.

Entre sus estudiosos se discute su concepción religiosa considerando el pensamiento en su conjunto. No hay ninguna duda sobre su premisa de que no existe la verdad divina, como revelada y salvífica. Pero es dudoso si este escepticismo es solo metafísico o también epistemológico³³. Nadie disputa su espíritu iconoclasta con relación al cristianismo y su furor

entre otros, por SAN AGUSTIN, *vr. gr.* Epístola 420, 3-4 a Dultius, secretario imperial, y *Retractationes*, II, 5, a quien siguió SANTO TOMÁS DE AQUINO, *S.Th.*, 2-2, q.11, a.3. Ambos muestran bastante celo para exigir a la autoridad política competente la defensa de la fe contra la difusión pertinaz de la herejía o de la impiedad que invitaban a subvertir el orden constitucional cristiano. Dice santo Tomás en el lugar citado: "en realidad, es mucho más grave corromper la fe, vida del alma, que falsificar moneda con que se sustenta la vida temporal". Sin embargo, partiendo de la base de que la fe es un *rationabile obsequium*, el doctor Angélico también apunta a que "es laudable disputar públicamente sobre la fe para refutar errores". SANTO TOMÁS DE AQUINO, *S.Th.*, II-II, q.10 a.7.

³² Las tergiversaciones históricas sobre la Inquisición, la Edad Media o la leyenda negra sobre la España católica, entre muchas otras, son conocidas por los estudiosos, pero generalmente no llegan al gran público, que se alimenta, por falta de tiempo y muy diversos factores, de la prensa divulgativa o de Hollywood. La bibliografía es inmensa. A título indicativo, puede verse sobre la Inquisición, Jean DUMONT, *Juicio a la Inquisición española*, pp. 1-280; sobre la Edad Media, Régine PERNOUD, *Lumière du Moyen Âge*, pp. 1-247; sobre la leyenda negra antihispánica, Philip Wayne POWELL, *The Tree of Hate: Propaganda and Prejudices Affecting United States Relations with the Hispanic World*, pp. 1-226. Sobre esta temática en general, puede revisarse Rodney STARK, *Bearing False Witness: Debunking Centuries of Anti-Catholic History*, pp. 1-280.

³³ Voltaire escribe con lapidaria sentencia, en su cuaderno de notas en inglés: "God cannot be proved, nor denied, by the mere force of our reason" (Dios no puede ser ni probado, ni negado, con las solas fuerzas de nuestra razón). La frase es reproducida por Theodore BESTERMAN, *Voltaire's Notebooks*.

contra el catolicismo³⁴. Pero cabe la interrogante sobre el preciso lugar que ocupa esta animadversión en su doctrina sobre este asunto. Existe consenso acerca de sus convicciones básicamente deístas, pero se presta a divergencia el grado de evolución hacia posturas próximas al ateísmo³⁵.

Quizá lo que mejor califica el espíritu del filósofo de Ferney es el dictado de *deísmo en rebelión*, tal como se manifiesta en el *Poème sur le désastre de Lisbonne*³⁶, o el de *deísmo utilitario* manifestado en el *Dictionnaire Philosophique* (artículos ‘Athée’, ‘Athéisme’, ‘Dieu’)³⁷.

³⁴ Norman L. Torrey destaca en su *Voltaire and the English Deists*, un “deísmo constructivo” y un “deísmo crítico”. Este último se caracteriza por el ataque al cristianismo considerado como un obstáculo al progreso racional y moral del hombre y que en Voltaire encuentra su fuente en los libertinos franceses como François Rabelais, Michel de Montaigne, Pierre Gassendi o François de La Mothe Le Vayer y en los deístas ingleses como John Toland, Thomas Woolston, Anthony Collins y Peter Annet. Sebastián BALET ROCA, “Le deisme anglais et le probleme de la religion de Voltaire”, pp. 29-30.

³⁵ Las dificultades para fijar el pensamiento definitivo de Voltaire sobre Dios son muchas. El *Traité de Métaphysique*, escrito en 1734, está en gran parte dedicado al tema, pero es más bien un tratado de la *duda* acerca del orden del ser y del acceso metafísico a Dios. VOLTAIRE, *Traité de Métaphysique*, pp. 117-197. La obra se inicia mostrando una vacilación fundante acerca de la posibilidad de saber qué es el hombre, dada la variabilidad intelectual, moral, psicológica, física y étnica que existe entre ellos y los desacuerdos filosóficos sobre la naturaleza humana, *op. cit.*, 1825, chapitre I, pp. 122-125. El capítulo II se pregunta si hay un Dios e inicia el examen de la cuestión constatando los muchos conceptos que hay sobre Él. Enuncia un elenco de razones a favor de Su existencia, para formular a continuación las objeciones, seguida de una réplica, *op. cit.*, chapitre II, pp. 125-143. Desde una observación metafísica, los argumentos de lado y lado son bastante pobres (materializa, por ejemplo, la causa primera eficiente), de tal modo que plantea la dificultad de que Dios no puede crear de la nada el mundo material, porque la nada, nada es. Luego, tiene que crearlo desde su propia sustancia (!), *op. cit.*, chapitre II, 1º, p. 131. En los argumentos morales –la existencia del mal– Voltaire es más lúcido. Lo interesante es que las objeciones contra Dios siempre son presentadas con más sutileza y mejor poder persuasivo que las razones a su favor. Al final, se decanta a favor de la existencia de Dios, pero con el bajo continuo de un escepticismo poco contenible: “Dans l’opinion qu’il y a un Dieu, il se trouve des difficultés; mais dans l’opinion contraire, il y a des absurdités”, *op. cit.*, chapitre II, p. 144. En el capítulo III opta por sostener que todas las ideas provienen de los sentidos, con lo que, en rigor, hace imposible el acceso metafísico a un Dios trascendente y personal, *op. cit.*, chapitre III, pp. 144-150. Una síntesis entre la alternativa del Voltaire “deísta” y del Voltaire cercano al “ateísmo”, en BALET, *op. cit.*, pp. 29-38. Para una visión panorámica del problema, Paul HAZARD, *El pensamiento europeo del siglo XVIII*, pp. 353-364, y más ampliamente, René POMEAU, *La religión de Voltaire*.

³⁶ El *Poème sur le désastre de Lisbonne* fue compuesto en diciembre de 1755 con ocasión del terremoto que destruyó la ciudad el 1 de noviembre de 1755. Salió a luz al año siguiente. Con fino arte literario, Voltaire sugiere la tesis filosófica de que el mal que existe en el mundo no podría ser realidad si el Dios bueno y providente de los cristianos existiera, porque la idea de un castigo divino es insensata y debe desecharse. VOLTAIRE, *Poème sur le désastre de Lisbonne ou Examen de cet axiome, tout est bien*, ln. 13-23.

³⁷ BALET, *op. cit.*, p. 38, es quien acuña el término *deísmo en rebelión* y *deísmo utilitario*.

Dentro de esta rebelión explosiva cabe notar su virulencia intolerante contra el catolicismo. Nadie como Paul Hazard ha descrito en pocas líneas aquella actitud, vena del anticlericalismo moderno, cuyo espíritu de calumnia, así como sus excesos y violencias, le distanciaron de las personalidades más moderadas de la Ilustración, como Genovesi, Verri, Nicolai, Schlegel o Elberhardt³⁸. Muchos vieron en él un *genio del odio*³⁹. El mismo Denis Diderot le llamó *el Anti-Cristo*. Y, sin embargo, Voltaire es considerado hoy el símbolo ilustrado de la defensa de la tolerancia y de la libertad de conciencia moderna. Y la verdad es que, por un lado, la predicaba a los católicos como una actitud que debían tener hacia las nuevas ideas hacia el catolicismo, según su famoso apóstrofe *écrasez l'infame*⁴⁰.

El año 1736, escribe su *Examen important de Milord Bolingbroke ou le tombeau du fanatisme*. Es una diatriba contra el Antiguo Testamento⁴¹ y el Evangelio⁴², contra Moisés⁴³, contra los profetas⁴⁴, contra los judíos como pueblo electo⁴⁵, contra los primeros cristianos⁴⁶, contra san Pablo⁴⁷, contra los mártires⁴⁸, contra los Padres de la Iglesia⁴⁹, contra el Papado⁵⁰ y contra el propio Cristo⁵¹. La conclusión es significativa: "Yo concluyo que todo hombre sensato, que todo hombre de bien, debe tener horror a la secta de los cristianos"⁵².

Pero destruye para construir. Hay una cierta mística religiosa deísta en él. En 1768 escribe la *Profession de foi des Théistes*⁵³. En el opúsculo no teme entrar en contradicción consigo mismo cuando afirma –en tono dog-

³⁸ HAZARD, *op. cit.*, pp. 362-364.

³⁹ "Voltaire ist der Genie des Hasses", Hermann August KORFF, *Voltaire im literarischen Deutschland des 18*, p.235.

⁴⁰ La *infame* que había que aplastar era, en particular, la Iglesia católica, pero no excluía a ninguna de las confesiones cristianas, incluidas en el epíteto de la "secta" de los cristianos. Un análisis del significado de la frase a través de la correspondencia volteriana y de los estudios sobre el tema, en OCÁRIZ, *op. cit.*, pp. 47-51.

⁴¹ VOLTAIRE, *Examen important de Milord Bolingbroke ou le tombeau du fanatisme*, vol. I, pp. 94-97; vol. IV, pp. 103-109; VI, pp. 112-114.

⁴² *Op. cit.*, vol. XIII, pp.152-160.

⁴³ *Op. cit.*, vol. II, pp. 98-102.

⁴⁴ *Op. cit.*, vol. IX, pp. 124-129.

⁴⁵ *Op. cit.*, vol. V, pp. 109-111 y vol. VIII, pp.115-123.

⁴⁶ *Op. cit.*, vol. XV, pp. 161-168; vol. XX, pp. 179-185.

⁴⁷ *Op. cit.*, vol. XII, pp. 145-151.

⁴⁸ *Op. cit.*, vol. XXVI, pp. 207-219.

⁴⁹ *Op. cit.*, vol. XXV, pp. 186-206.

⁵⁰ *Op. cit.*, vol. XXXVI, pp. 261-263 y vol. XXXVIII, pp. 268-270.

⁵¹ VOLTAIRE, *Examen...*, *op. cit.*, vol. XI, pp. 130-144.

⁵² "Je conclus que tout homme sensé, tout homme de bien, doit avoir la secte chrétienne en horreur". VOLTAIRE, *Examen...*, *op. cit.*, Conclusión, p. 271.

⁵³ VOLTAIRE, *Profession de foi des Théistes*, pp. 391-427. El opúsculo está dedicado al rey de Prusia.

mático– que hay una sola religión verdadera (el humanitarismo ilustrado) y que el resto –todas las que hasta la fecha han aparecido sobre la tierra– son falsas. El paso previo es mostrar cómo las religiones judeo-mosaica y cristiana equivalen a la superstición. Han deformado la verdadera fe en Dios, con dogmatismos y ritos que impiden que los *adoreurs d'un Dieu ami des hommes* establezcan la paz sobre la tierra. El cristianismo debe ser desechado por falsario⁵⁴. Significativa es la última frase de la *Profession* que proclama con letra mayúscula: *RÉSIGNATION, ET NON GLOIRE, A DIEU*⁵⁵.

3.1) El puño de plomo bajo el guante de seda

¿Cómo es posible convertirse en símbolo de la tolerancia moderna, promoviendo la intolerancia contra el cristianismo que, en su época, profesaba la casi totalidad de la población europea? ¿Cómo es factible proclamar la libertad de conciencia y de religión, negando la legitimidad de la *libertas christiana*?

De un texto de la *Profession de foi des Theistes* puede ser la llave que abre el respeto a la libertad indiferentista de conciencia y de religión, y esta es el puente que permite al Estado renunciar al influjo de la fe cristiana en la vida pública, pues esta es una mentira que no encubre sino avaricia, hipocresía y ambición. “*Sean benditos*, exclama Voltaire, remedando la consagración de la monarquía católica, *los que han establecido la libertad de conciencia*”⁵⁶.

En su famoso *Traité sur la Tolérance*, publicado en 1763, el filósofo de Ferney hace una apología más o menos explícita del escepticismo dogmático, así como del indiferentismo religioso, como signo propio de esta posición ideológica. Siguiendo un estilo que le es querido, el autor no presenta una doctrina sistemática; para obtenerla hay que hacer un esfuerzo de inducción que no siempre resulta fácil. Los principios más profundos están implícitos en espacios discontinuos, insinuados en figuras retóricas, cifrados en los pliegues de la ironía o subyacentes a los hechos históricos unilateralmente seleccionados.

Con ocasión de la muerte de Jean Calas (1753) y bajo un hilo argumentativo que se pretende histórico, Voltaire retrata en pocas líneas una suerte de trayectoria conceptual, conduciendo al lector a la conclusión –diseminada a trazos en diversos capítulos– de que la gran causa de la

⁵⁴ “Le christianisme, tel qu’il est, et tel qu’il n’aurait pas dû être, se fonda sur les plus honteuses fraudes..., etc”, VOLTAIRE, *Profession...*, *op. cit.*, p. 422.

⁵⁵ *Op. cit.*, p. 428.

⁵⁶ *Op. cit.*, p. 423.

intransigencia en el mundo es el dogmatismo religioso, esto es, el contenido objetivo de la Revelación mosaica y cristiana.

El capítulo xxii dedicado a la *tolerancia universal* representa una buena síntesis del pensamiento volteriano, al proponer que, entre todas las religiones, exista dicho comportamiento basado en la imposibilidad de que el hombre, "pequeño como una hormiga", pueda tener acceso a la verdad divina⁵⁷.

La figura de la hormiga frente a un mundo desconocido de espacios infinitos dibuja de una manera inmejorable la posición del ser humano ante la pretensión de veracidad de la religión positiva. Se niega así, la verdad divina como verdad revelada y salvífica.

Para Voltaire la discordancia dogmática entre la Iglesia y la variedad de confesiones protestantes, y más ampliamente entre las diversas religiones constituidas, no es más que un problema de puntos y comas, o de gramática o de jerga entre academias de distintos dialectos⁵⁸. La razón es clara. Como no existe la verdad divina, las diferencias religiosas son algo baladí, similar a "las pequeñas diferencias entre los vestidos", a "nuestros idiomas insuficientes", "nuestras costumbres ridículas", "nuestras leyes imperfectas", "nuestras opiniones insensatas", "pequeños matices que distinguen a los átomos llamados hombres"⁵⁹.

Esta idea de la inanidad de las verdades de fe es precisada por el *Dictionnaire Philosophique*⁶⁰. En esta obra queda patente la relación que existe entre el concepto estudiado y el escepticismo religioso. Además de la voluntad de influencia política para que esto se traduzca a hechos en los pueblos cristianos. La verdad divina, en los tres elementos constitutivos de la religión –verdades dogmáticas que hay que creer, moral religiosa que hay que practicar y culto a Dios– son inventos de la "orgullosa demencia" (*démence orgueilleuse*). *Orgullosa* porque nada justifica la asunción de que la propia creencia es una verdad y no una opinión. *Demencia*, porque es locura creer que existe algo que la razón no pueda comprender a través de la constatación de los sentidos. *Demencia* porque la fe convierte esa irracionalidad en dogma, que tiene como consecuencia necesaria el enfrentamiento, sea por la vía de las ideas, sea por la vía de los hechos, e impide el advenimiento de la fraternidad universal en torno a los sentimientos morales comunes.

⁵⁷ VOLTAIRE, *Traité sur la Tolérance*, vol. xxii.

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ VOLTAIRE, *op. cit.*, vol. xxiii. Esta idea de la inanidad de las verdades de fe es precisada por el *Dictionnaire Philosophique*.

⁶⁰ VOLTAIRE, "Religion", section I.

La conclusión es clara: la pretensión de veracidad de la fe, la afirmación de una verdad religiosa es lo que lleva a los hombres a ser intolerantes⁶¹. Desde esta óptica, Voltaire llama “fanatismo” no solo a tal o cual exceso de las ideas religiosas arrastradas por las pasiones humanas, sino a la afirmación especulativa de que existe una verdad divina. Por eso, la religión católica ha conducido y conduce axiomáticamente a *le fanatisme*, llamado a desaparecer por obra del criticismo de las luces⁶².

Pero hay que precisar aún más. Una de las tesis más caras a Voltaire en su “Tratado sobre la Tolerancia” es que esta no existirá en la tierra mientras se siga afirmando la verdad divina como lo hace la Iglesia. Los pueblos serán tolerantes en la medida en que no sean cristianos, y no pretendan atribuirse una verdad religiosa. Todos los pueblos que no han asumido una verdad divina, en el sentido fuerte de la palabra, han sido pueblos tolerantes y han respetado la libertad de conciencia.

Esto le permite a nuestro filósofo trazar la figura de una libertad de conciencia desvinculada de toda instancia trascendente. La libertad moderna de conciencia y de religión es y debe ser indiferentista y subjetivista: equivale a “no creer más que a su razón y pensar lo que esta razón, acertada o equivocada, le dicte”⁶³. ¿Y que debe creer la razón? Lo que ella quiera, siempre que se sitúe en la perspectiva de la inmanentización de la conciencia como término del proceso de liquidación de una verdad religiosa trascendente. Como muestran los capítulos XVI (“Diálogo entre un moribundo y un hombre que goza de buena salud”) y XXIII (“Oración a Dios”) del *Traité sur la Tolérance*, la trascendencia de una verdad divina constituye una tiranía para la libertad de conciencia.

En la voz “libertad de pensar” del *Diccionario filosófico*, Voltaire muestra la necesidad de liberarse de esta “tiranía” para tener libertad de conciencia, no solo en el ámbito religioso, sino, también, en el moral e intelectual. La tesis es que solo quien se despoja de la tutela cristiana –por obra de las luces– es libre para pensar⁶⁴.

La inmanencia de la conciencia se ha expandido desde el campo religioso al moral e intelectual, en cuyo espacio rige ahora una ley natural reducida a los sentimientos comunes de humanidad, representados, por ejemplo, en el principio de reciprocidad que alimenta lo tolerante en el ámbito religioso⁶⁵.

⁶¹ VOLTAIRE, *Traité sur la Tolérance*, op. cit., vol. VI.

⁶² Op. cit., vol. IV. Los conceptos de ‘fanatismo’ y de ‘superstición’ recorren todos los escritos de Voltaire, oponiéndolos a los de ‘razón’ y ‘las luces’. Ambos se convierten en hipótesis paradigmáticas: los primeros de la Iglesia católica, los segundos de los *philosophes*.

⁶³ Op. cit., vol. XI, p. 16.

⁶⁴ VOLTAIRE, *Diccionario filosófico*, vol. II, pp. 324-326.

⁶⁵ VOLTAIRE, *Traité sur la Tolérance*, op. cit., vol. VI.

Sin verdad divina, sin ley natural objetiva, la conciencia queda carente de criterios ciertos. ¿Es esta la meta de Voltaire? ¿Es este el nuevo estatus antropológico sobre el que se proclama la libertad de conciencia y de religión ilustrada? Es lo que confirma el *Diccionario filosófico* donde la conciencia aparece desvinculada de cualquier padrón objetivo y trascendente de moralidad⁶⁶.

De este modo se tocan ya los dos extremos del pensamiento volteriano en la materia investigada. Por una parte, se puede dar por sentado el escepticismo religioso y moral, de corte no solo epistemológico, sino, también, metafísico, en el que se rechaza de plano la existencia de una verdad divina. Por otra parte, la libertad de conciencia, que pende de tal negación, postula una actitud tolerante en materia religiosa a fin de expandir la desligación del sujeto humano con Dios y la reafirmación de su inmanencia y subjetividad. Tal dilatación es el punto de encuentro entre ambos extremos.

Lo anterior explica por qué tal noción volteriana esté concebida para unos y no para otros. Lo que no expande la libertad de conciencia moderna no merece ser tratado de un modo tolerante. Católicos primeros, después judíos y protestantes, son víctimas de dicho ataque volteriano, por representar, en diversos grados, el principio trascendente de lo religioso revelado.

El capítulo XVIII ("Únicos casos en que la intolerancia es de derecho humano") del *Tratado sobre la tolerancia* está dedicado a esta cuestión, que es presentada a veces, en términos equívocos, como la problemática de *si los intolerantes merecen tolerancia*.

Los términos son arteros y suponen una cierta deshonestidad intelectual en el planteamiento y una ambigüedad engañosa en la formulación. En efecto. ¿No pende esta fórmula de la identificación previa de quiénes son los intolerantes? Pero ¿quién puede definir con seguridad y precisión el complejo límite entre lo que debe tolerarse y lo que no? ¿El que usa la fórmula?

El filósofo de Ferney cayó en este mecanismo engañoso al imputar intransigencia a quienes no pensaban como él, en un terreno que para su tiempo era el más decisivo cual era el religioso. Ello lo llevó –junto a sus

⁶⁶ "Nuestra conciencia la inspira la época, el ejemplo, el temperamento y la reflexión. El hombre nació sin ningún principio, pero con la facultad de recibir todos los principios". Voz 'Conciencia', en VOLTAIRE, *Diccionario filosófico*, vol. I, p. 460. En *loc. cit.* el editor apunta acertadamente: "al negar las ideas innatas y la moral religiosa porque es particularista e intolerante, los ilustrados buscan los fundamentos universales de la moralidad no en los contenidos de la mente sino en sus capacidades, es decir, en la razón y la sensibilidad (cuyo ejercicio va siempre unido en los ideales del siglo XVIII), lo que no resulta muy convincente pues deja sin explicar por qué se exigiría a todos los hombres que consideraran estas capacidades más nobles, reprimiendo otras como la agresividad, por ejemplo".

amigos ilustrados– a la inexcusable inconsecuencia de erigir una pseudoinquisición de las ideas en nombre de la libertad y de la tolerancia, cuyos pontífices eran los *philosophes*. Fue la acusación que ya en la época hizo Alessandro Verri, con admirable honestidad intelectual, desde el propio círculo de la Ilustración⁶⁷.

En este cuadro, no es de extrañar que Voltaire defienda, sin temor a contradecirse, que hay amplísimos crímenes de opinión –el dogmatismo religioso– y que esos crímenes no pueden ni deben ser tolerados. De ahí su peligroso epígrafe de que hay que merecer la tolerancia para ser tolerado:

“Pour qu’un gouvernement ne soit pas en droit de punir les erreurs des hommes, il est nécessaire que ces erreurs ne soient pas des crimes; elles ne sont des crimes que quand elles troublent la société: elles troublent cette société, dès qu’elles inspirent le fanatisme; il faut donc que les hommes commencent par n’être pas fanatiques pour mériter la tolérance”⁶⁸.

En este esquema deben caer todas las órdenes monásticas de la Iglesia, responsables de difundir “*máximas culpables*”. A los jesuitas, que como todos los sacerdotes, son “*esclavos de la fe*” hay que suprimirlos y forzarlos a ser libres⁶⁹.

De la tiranía de Voltaire no se salvan ni los protestantes ni los judíos. De los primeros –*luteranos y calvinistas*– asegura que son *lobos* que hay que perseguir si mantienen su dogmatismo religioso⁷⁰. De los segundos, objeto de desprecios e injurias a lo largo de sus escritos, dice que deben ser “condenados a las galeras” si persisten en sus principios religiosos mosaicos⁷¹.

3.2) Claude-Marie Guyon contra Voltaire

Uno de los mejores adversarios de Voltaire, cuyos volúmenes alcanzaron gran difusión no solo en Francia, sino, también, en España fue Claude-Marie Guyon. Su *L'oracle des nouveaux philosophes: Pour servir de suite et d'éclaircissement aux oeuvres de M. de Voltaire*⁷² fue recomendada por

⁶⁷ “Alessandro Verri hablaba de esos filósofos franceses que, si hubieran podido, habrían instituido la Inquisición contra todos los que no eran de sus opiniones”. HAZARD, *op. cit.*, p. 363.

⁶⁸ VOLTAIRE, *Traité sur la Tolérance, op. cit.*, vol. XVIII.

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ “Si les Juifs raisonnaient ainsi aujourd’hui, il est clair qu’il n’y aurait d’autre réponse à leur faire que de les mettre aux galères”. *Ibid.*

⁷² Claude-Marie GUYON, *L'oracle des nouveaux philosophes: Pour servir de suite et d'éclaircissement aux oeuvres de M. de Voltaire*. Se sigue la versión española titulada *El oráculo de los nuevos filósofos, M. Voltaire, impugnado y descubierto en sus errores por sus mismas obras*.

el papa Clemente XIII⁷³ y está escrita contra el espíritu filosófico de la Ilustración, especialmente el deísmo, el indiferentismo religioso y el naturalismo, como se destaca en el Prólogo del traductor español⁷⁴.

El volumen I⁷⁵ es una extensa refutación del *Tratado volteriano*, sin excluir citas de otras obras de Voltaire. Reafirma la tesis de que los *philosophes* han establecido su sistema de pensamiento sobre el naturalismo, lo que supone la negación de la revelación, la afirmación de una religión natural y el indiferentismo. Claude-Marie Guyon denuncia que son estos presupuestos filosóficos y no la consideración hacia el fenómeno religioso⁷⁶ lo que ha llevado a Voltaire a exigir a las naciones católicas la libertad de conciencia y de cultos bajo el velo de la tolerancia⁷⁷. Examina, además, la utilización estratégica de la libertad de pensamiento para negar la validez social de las doctrinas antropológicas básicas: la inmortalidad del alma, la dependencia de Dios y el libre albedrío⁷⁸.

La obra analiza el método histórico de Voltaire, que considera parcial y arbitrario⁷⁹; coloca en tela de juicio el argumento de los paganos virtuosos y de los cristianos viciosos⁸⁰; examina la consistencia interna de los argumentos contra la divinidad de Cristo y la religión cristiana, así como las negaciones del martirio de los primeros cristianos⁸¹; refuta las sátiras volterianas contra el principio de autoridad religiosa, moral y política⁸². Como fondo de cuadro denuncia que lo que pretende Voltaire es excluir la religión –la verdad divina– del orden social y político, para lo cual la tolerancia y la libertad de conciencia no son más que un caballo de batalla.

⁷³ GUYON, *L'oracle...*, *op. cit.*, vol. I, p. v.

⁷⁴ *Op. cit.*, vol. I, p. III.

⁷⁵ El volumen II es de naturaleza teológica, y no entra de manera directa en nuestra consideración. Se impugnan los ataques volterianos contra la autenticidad de las Escrituras (pp. 1-73), la inspiración divina en general (pp. 75-101), y en particular en lo que se refiere a la revelación mosaica (pp. 103-277).

⁷⁶ GUYON, *L'oracle...*, *op. cit.*, vol. I, Capítulos 1 y 2, pp. 5-16 y 17-70, en especial, en lo que respecta a la oscuridad de una religión natural y de su idea de Dios.

⁷⁷ *Op. cit.*, vol. I, C. 3, pp. 71-100.

⁷⁸ *Op. cit.*, vol. I, C. 5, pp. 129-170.

⁷⁹ *Op. cit.*, vol. I, C. 8, pp. 223-258. Sentada las bases del método histórico-volteriano, se evalúan algunas de sus obras: *El Siglo de Luis XIV* (C. 9, pp. 259-294); *Cándido o del optimismo* (C. 10, pp. 295-338). Se analiza, también, el método utilizado en el compendio del *Eclesiastés* (C. 11, pp. 339-356) y en el *Cantar de los cantares* (C. 12; pp. 357-382).

⁸⁰ GUYON, *L'oracle...*, *op. cit.*, vol. I, C. 5, pp. 129-170.

⁸¹ GUYON, *op. cit.*, vol. I, C. 4, pp. 101-128.

⁸² *Op. cit.*, vol. I, C. 6, pp. 171-206.

IV. A modo de conclusión

Detrás del concepto estudiado y de la noción indiferentista y subjetivista de la libertad de conciencia, de creencias y de religión, tal como las concibe la Ilustración francesa, se esconde la mano de plomo de una tiranía contra el cristianismo, y el judaísmo mosaico y, en general, contra toda religión positiva. El ideal lo expresó Voltaire: solo cuando sean reducidas a meras opiniones y creencias privadas, sumamente domésticas y subjetivas, cuando sean expulsadas del espacio público, habrán triunfado las libertades modernas. Habrá llegado, entonces, la hora en que, incluso, los cristianos o los judíos podrán gozar de tales libertades, siempre que consientan en reducir su fe a una mera opinión íntima, sin derechos políticos ni sociales.

No siempre ni en todos los momentos, el uso ilustrado del término llegó a tales extremos. El contrapeso histórico del cristianismo en las naciones europeas e hispanoamericanas, forzó al constitucionalismo laico a fórmulas de compromiso, algunas de las cuales se mantienen hasta el día de hoy. Pero en la medida que los países occidentales se descristianizan, la tolerancia transmutada en nuevos conceptos estratégicos en el ámbito político, permiten al constitucionalismo laico tener como ideal esa reducción de la fe a mera opinión subjetiva, aislándola al ámbito más bien doméstico.

En rigor, toda forma de laicismo o de laicidad equivale a profesión de agnosticismo en las instituciones políticas y jurídicas, de naturalismo en la vida social, y de indiferentismo moral en la cultura ambiente. Es cuestión de grados, no de naturaleza. Por ello, aun cuando todo esto sea purgado –en el mundo de la apariencia– de su faceta anticristiana violenta y visible, persiste el carácter no neutral de la tolerancia ilustrada y de sus herederos.

Bibliografía

- AGUSTÍN, SAN, *De Trinitate*, in S. Aurelli Augustini, *Opera Omnia*, editio latina:
 AGUSTÍN, SAN, *Retractationes*, in S. Aurelli Augustini, *Opera Omnia*, editio latina.
 Disponible en www.augustinus.it/latino/trinita/index.htm [fecha de consulta: 8 de noviembre de 2020].
- ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *La libertad moderna de conciencia y de religión. El problema de su fundamento*, Madrid, Marcial Pons, 2013.
- BESTERMAN, Theodore, *Voltaire's Notebooks* Gonève, Publications de l'Institut et Musée Voltaire, 1952.
- BALET ROCA, Sebastián, "Le deisme anglais et le probleme de la religion de Voltaire", en *Cuadernos Filosóficos*, n.º 6, 1980.

- CANALS VIDAL, Francisco *La esencia del conocimiento*, Barcelona, Barcelona, 1987.
- CAPELLO, Felice María, *Summa Iuris Publici Ecclesiastici*, Roma, PUG, 1928.
- CONCILIO VATICANO I, sesión III, 24 de abril de 1870, *Constitución dogmática sobre la Fe Católica*, en Enrique DENZINGER, *El magisterio de la Iglesia. Manual de los símbolos, definiciones y declaraciones de la Iglesia en materia de fe y costumbres*, traducción de Daniel Ruiz Bueno, Barcelona, Herder, 1963.
- COROMINAS, Joan, *Breve diccionario etimológico*, Madrid, Gredos, 2008.
- CORRÊA DE OLIVEIRA, Plinio, *Baldeação ideológica inadvertida e Diálogo*, 5ª ed., São Paulo, Editora Vera Cruz, 1974.
- CORRÊA DE OLIVEIRA, Plinio, "A tolerância, virtude perigosa", en *Catolicismo* n.º 78, São Paulo, junho de 1957.
- CORRÊA DE OLIVEIRA, Plinio, "O que é a tolerancia", en *Catolicismo*, n.º 75, São Paulo, março de 1957.
- DUMONT, Jean, *Juicio a la Inquisición española*, Madrid, Encuentro, 2009.
- FOUCAULT, Michel, "Qué es la Ilustración", en Michel FOUCAULT, *Estética, ética y hermenéutica*, Barcelona, Paidós, 1999.
- GAUCHET, Marcel, *La Révolution des Droits de l'homme* Paris, Gallimard, 1989.
- GUYON, Claude-Marie, *El oráculo de los nuevos filósofos, M. Voltaire, impugnado y descubierto en sus errores por sus mismas obras*, traducción de fray Pedro Rodríguez Morzo, Madrid, Imprenta de Gabriel Ramírez, 1769, vol. I y 1770, vol. II.
- GUYON, Claude-Marie, *L'oracle des nouveaux philosophes: Pour servir de suite et d'éclaircissement aux oeuvres de M. de Voltaire*, Paris, A. Berne, 1760-1765, 2 vols.
- HAZARD, Paul, *El pensamiento europeo del siglo XVIII*, traducción de Julián Marías, Madrid, Alianza Editorial, 1985.
- KANT, IMMANUEL, "Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung?", in *Berlinische Monatsschrift*, N.º 4, 1784: "Respuesta a la pregunta: Qué es la Ilustración?", traducción de Agapito Maestre y José Romagosa, en AA.VV., *Qué es la Ilustración*, 5ª ed., Madrid, Tecnos, año..
- KORFF, Hermann August, *Voltaire im literarischen Deutschland des 18*, Heidelberg Zweites Buch, 1918.
- LALANDE, André, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, PUF, 1980.
- LLAMAZARES, Dionisio, *Derecho de la libertad de conciencia*, 3ª ed., Madrid, Thomson-Civitas, 2007, vol. I: Libertad de conciencia y laicidad.
- MARITAIN, Jacques, *Le philosophe dans la cité*, Paris, Alsatia, 1960.
- MARTINELL-GIFRÉ, Francisco, "Tolerancia", en *Gran Enciclopedia Rialp*, Madrid, Rialp, 1984, vol. 22.
- MICHEL, Albert, *Dictionnaire de théologie catholique*, Paris, Letouzey, 1946, vol. 15/1.
- MOLINER, MARÍA, *Diccionario de uso del español*, edición abreviada, Madrid, Gredos, Madrid, 2008, vol. III.
- MOULART, Ferdinand, *L'Eglise et l'État ou les deux puissances, leur origine, leurs rapports, leurs droits et leurs limites*, Loubain/Paris, Peeters/Lecoffre, 1879.

- NICOLAU, Miguel, “Teoría de la religión y de la revelación”, en PADRES DE LA COMPAÑIA DE JESÚS, *Suma de la Sagrada Teología Escolástica*, vol. II. Disponible en www.mercaba.org/TEOLOGIA/STE/V1_T2_L1_Cap1-2_INDICE.htm [fecha de consulta: 3 de septiembre de 2020].
- OCÁRIZ, Fernando, *Voltaire: Tratado sobre la tolerancia*, Madrid, Emesa, 1979.
- PERNOUD, Régine, *Lumière du Moyen Âge*, Paris, Grasset, 2014.
- POHLE, Joseph, “Toleration, Religious”, in *The Catholic Encyclopedia*, vol. 14, 1912. Disponible en www.newadvent.org/cathen/14763a.htm [fecha de consulta: 2 de septiembre de 2020].
- POMEAU, René, *La religión de Voltaire*, Paris, Nizet, 1956.
- POWELL, Philip Wayne, *The Tree of Hate: Propaganda and Prejudices Affecting United States Relations with the Hispanic World*, Albuquerque, University of New Mexico Press, 2008.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, 22ª ed., 2001. Disponible en <https://www.rae.es/drae2001/> [fecha de consulta: 4 de septiembre de 2020].
- RIQUETTI, Honoré Gabriel, conde de MIRABEAU, *Discours et opinions de Mirabeau*, Paris, editorial, 1820, vol. I.
- ROBERT, Paul, *Le Petit Robert 1, Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, Paris, Le Robert, 1983.
- RODRÍGUEZ O.P., Victorino, *Sobre la libertad religiosa*, Madrid, Prensa Gráfica, 1964.
- SÉVILLIA, Jean, *Históricamente incorrecto*, Madrid, Ciudadela, 2006.
- SOUTO PAZ, José Antonio, *Comunidad política y libertad de creencias. Introducción a las libertades públicas en el derecho comparado*, 3ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2007.
- STARK, Rodney, *Bearing False Witness: Debunking Centuries of Anti-Catholic History*, Pensilvania, Templeton Press, 2016.
- TOMÁS DE AQUINO, SANTO, *Summa contra Gentiles*, en *Corpus Thomisticum*. Disponible en www.corpusthomisticum.org/scg1001.html [fecha de consulta: 1 de octubre de 2020].
- TOMÁS DE AQUINO, SANTO, *De Veritate*. Disponible en www.corpusthomisticum.org/snp0000.html [fecha de consulta: 4 de septiembre de 2020].
- TOMÁS DE AQUINO, SANTO, *In Sent (Scriptum super Sententiis)*, en *Corpus Thomisticum*. Disponible en www.corpusthomisticum.org/scg1001.html [fecha de consulta: 1 de octubre de 2020].
- TOMÁS DE AQUINO, SANTO, *Suma Teológica*, 4ª ed., reimp., Madrid, BAC, 2001.
- TORREY, Norman L., *Voltaire and the English Deists*, Oxford, Maston, 1967.
- VALUET, Basile, *La Liberté Religieuse et la Tradition Catholique. Un cas de développement doctrinal homogène dans le magistère authentique*, 2ª ed., Le Barroux, Abbaye Sainte-Madeleine, 1998, tome I-A.
- VERMEERSCH, Arthur, *La Tolérance*, Paris/Louvain, Uytpruyt/Dieudonné, 1922.
- VOLTAIRE, “Conciencia”, en VOLTAIRE, *Diccionario filosófico*, Madrid, Temas de Hoy.
- VOLTAIRE, *Examen important de Milord Bolingbroke ou le tombeau du fanatisme*, in *Oeuvres de Voltaire*, Paris, Pourrat Frères, 1736.

- VOLTAIRE, *Profession de foi des Theïstes*, in *Oeuvres de Voltaire*, Paris, Pourrat Frères, 1838, vol. II: Philosophie.
- VOLTAIRE, "Libertad de pensar", en VOLTAIRE, *Diccionario filosófico*, Madrid, Temas de Hoy, vol. II.
- VOLTAIRE, *Poème sur le désastre de Lisbonne ou Examen de cet axiome, tout est bien*. Disponible en http://fr.wikisource.org/wiki/Po%C3%A8me_sur_le_d%C3%A9sastre_de_Lisbonne [fecha de consulta: 2 de septiembre de 2020].
- VOLTAIRE, "Religion", in VOLTAIRE, *Dictionnaire philosophique*, versión digital a partir de la edición Louis Moland chez Garnier, Paris 1870-1880. Disponible en www.voltaire-integral.com/Html/00Table/4diction.htm [fecha de consulta: 1 de septiembre de 2020].
- VOLTAIRE, *Traité de Métaphysique*, in *Oeuvres complètes de Voltaire*, Paris, Baudouin Frères, 1838, vol. XLIII: Philosophie, vol. I.
- VOLTAIRE, *Traité sur la Tolérance*, edición electrónica a cargo de Charles-Ferdinand Wirz, 1998. Disponible en http://un2sg4.unige.ch/athena/voltaire/volt_tol.html [fecha de consulta: 4 de septiembre de 2020].

NORMAS CITADAS

- OEA, *Carta democrática interamericana*, 2001. Disponible en www.oas.org/OASpage/esp/Documentos/Carta_Democratica.htm [fecha de consulta: 4 de septiembre de 2020].
- OFICINA DEL ALTO COMISIONADO, *Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones*, Naciones Unidas, Derechos Humanos, 1981. Disponible en www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/ReligionOrBelief.aspx [fecha de consulta: 1 de septiembre de 2020].
- OFICINA DEL ALTO COMISIONADO, *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Naciones Unidas, Derechos Humanos, 1966. Disponible en www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cescr.aspx [fecha de consulta: 6 de noviembre de 2020].
- Tratado de Lisboa, 2009. Disponible en www.europarl.europa.eu/about-parliament/es/in-the-past/the-parliament-and-the-treaties/treaty-of-lisbon [fecha de consulta: 3 de noviembre de 2020].

Siglas y abreviaturas

AA.VV	autores varios
art.	artículo
BAC	Biblioteca de Autores Cristianos
col.	columna

ed.	edición
Emesa	Editorial Magisterio Español
etc.	etcétera
html	HyperText Markup Language
http	Hyper Text Transfer Protocol
<i>ibid.</i>	<i>Ibidem</i> (allí, en ese mismo lugar)
<i>loc. cit.</i>	<i>loco citato</i>
n.º a veces Nº	número
O.P.	Orden de predicadores
O.S.B	Orden de San Benito
<i>op. cit.</i>	<i>opus citatis</i> (obra citada)
p.	página
PHP	preprocesador de hipertexto
pp.	páginas
PUF	Presses Universitaires de France
PUG	Presses Universit Grenoble
reimp.	reimpresión
S.J.	Societas Iesu
<i>S. Th.</i>	<i>Suma Teológica</i>
<i>v. gr.</i>	<i>verbi gratia</i>
vol.	volumen
www.	world wide web

EL PRINCIPIO DEL ORDEN POLÍTICO
Y SOCIAL CATÓLICO:
LA REALEZA SOCIAL DE CRISTO.
UN ANÁLISIS DE LA *QUAS PRIMAS*

THE PRINCIPLE OF THE CATHOLIC
POLITICAL AND SOCIAL ORDER:
THE SOCIAL ROYALTY OF CHRIST.
AN ANALYSIS OF THE *QUAS PRIMAS*

*Juan Fernando Segovia**

RESUMEN

En este artículo estudiamos la doctrina del “Reinado Social de Cristo”, como primer principio del orden político y social católico, de acuerdo con la sistematización de Pío XI, en su famosa encíclica *Quas Primas*. Se trata de una doctrina contrapuesta al laicismo constitucional imperante.

Palabras clave: Reinado Social de Cristo, Laicismo, *Quas Primas*.

Abstract

This article we study the doctrine of the “Social Reign of Christ”, as the first principle of the Catholic political and social order, according to the systematization of Pius XI, in his encyclical *Quas Primas*. It is a doctrine opposed to the prevailing constitutional.

Keywords: Social Kingdom of Christ, Laicism, *Quas Primas*.

Hay un hábito malo, por cierto, entre los constitucionalistas y otros juristas, de considerar al laicismo como un piedra fundamental de la Constitución y los ordenamiento jurídicos. Pero hay en ello un doble error. El primero

* Doctor en Derecho y Doctor en Historia. Profesor de la Universidad de Mendoza. Investigador del Conicet (Argentina). Artículo enviado el 18 de enero de 2021 y aceptado para su publicación el 4 de marzo de 2021. Correo el autor: segojuan@gmail.com

es el “presentismo” en lo dogmático, que toma lo actual como criterio de lo verdadero. El segundo es el “naturalismo” en lo metodológico, que funda el derecho y la política en lo natural fáctico con exclusión de lo sobrenatural. La desgracia es que muchos católicos que se dedican a estas materias caen en los mismo yerros. Aunque hay que decir que el constitucionalismo, por ser hijo de la Modernidad, está embotado de laicismo.

Por lo mismo, resulta aconsejable que al tiempo de repensar y fundar un “constitucionalismo católico”, si fuera posible, se tuviera clara noción de sus principios fundamentales, porque el derecho público cristiano rigió por siglos en Europa e Hispanoamérica. Es un derecho anterior al constitucionalismo laico. Podría decirse, además, que es prácticamente un deber histórico conocerlo en sus líneas esenciales, en especial si se observa la crisis profunda que sufre el constitucionalismo contemporáneo.

El derecho público cristiano tuvo, en los siglos XIX y XX, grandes expositores, especialmente entre los pontífices romanos. El corpus doctrinario de León XIII siempre es recordado y tomado como punto inicial. Pero muchas veces se deja de lado (y entre los católicos con autoridad, lo que es más grave) la piedra angular del edificio: la que enseña Pío XI en la encíclica *Quas Primas*.

En el presente trabajo buscamos explicar cómo se ha de entender el principio dogmático primario de ese derecho público cristiano, el “Reinado Social de Cristo”, siguiendo las líneas maestras trazadas por Pío XI, valiéndonos de su notable encíclica y de otros documentos suyos o que se refieren al mismo. El propósito es evidente: mostrar cómo se debe pensar un posible “constitucionalismo católico” al exponer la doctrina que une, vertebrando, todas sus partes. Y así llegar a concluir que tal derecho público cristiano es opuesto, *per diametrum*, al laicismo constitucional de ayer y hoy.

Antecedentes:

Quas Primas en el magisterio de Pío XI

Pío XI había ascendido a la cátedra de Pedro en 1922, y tres años más tarde, el 11 de diciembre de 1925, daría su encíclica más recordada y trascendente, la *Quas primas*¹, mayor incluso que la *Quadragesimo Anno*, de mayo de 1931², o la *Divini Redemptoris*, del final de su pontificado, en marzo de 1937³.

¹ Pío XI, encíclica *Quas Primas*, pp. 491-517. Sobre el derecho público cristiano, véase Miguel Ayuso, *La constitución cristiana de los Estados*, *passim*.

Salvo la referencia en la nota 22 a la edición en línea de la Librería Editrice Vaticana, seguimos la traducción española de *Quas Primas*, en la versión bilingüe de la BAC.

² Pío XI, encíclica *Quadragesimo Anno*.

³ Pío XI, encíclica *Divini Redemptori*.

El motivo de la mayor trascendencia es muy simple: la *Quadragesimo Anno* renueva la enseñanza de un orden social justo en un mundo conmocionado por la injusticia, y la *Divini Redemptoris* condena al sistema comunista como el más abominable régimen injusto. A diferencia de estas, la *Quas Primas* establece el primer principio y la causa primordial del orden político y social católico. Orden católico como nunca exigido a un lustro del final de la Primera Guerra Mundial, inestable periodo de entreguerras que ya Pío XI había expuesto con dolor y preocupación en su primera encíclica, *Ubi arcano*, el 23 de diciembre de 1922, sobre la paz de Cristo en el reino de Dios, que continúa el programa de san Pío X y de Benedicto XV de todo instaurarlo en Cristo.

Entre *Ubi Arcano* y *Quas Primas* hay una notable continuidad: el mundo quiere la paz y no habrá paz, afirma el Pontífice, hasta tanto se restaure todo en Cristo y se acepte por los poderes temporales la realeza de Jesucristo. *Ubi Arcano* denunciaba que la causa fundamental de la falta de paz, del desorden y de la inestabilidad en el mundo, era “el olvido de Dios” (*UA*, núm. 10), *Quas Primas* decía ser el rechazo de Jesucristo (*QP*, núm. 1); y que el remedio de tales males estaba en volver a Cristo, su doctrina y sus leyes⁴. Solamente habrá paz cuando se establezca el reino

⁴ Pío XI, encíclica *Ubi Arcano*, núm. 16: “Síguese, pues, que la paz digna de tal nombre, es, a saber, la tan deseada paz de Cristo, no puede existir si no se observan fielmente por todos en la vida pública y en la privada las enseñanzas, los preceptos y los ejemplos de Cristo: y una vez así constituida ordenadamente la sociedad, pueda por fin la Iglesia, desempeñando su divino encargo, hacer valer los derechos todos de Dios, los mismo sobre los individuos que sobre las sociedades. En esto consiste lo que con dos palabras llamamos Reino de Cristo. Ya que reina Jesucristo en la mente de los individuos, por sus doctrinas, reina en los corazones por la caridad, reina en toda la vida humana por la observancia de sus leyes y por la imitación de sus ejemplos. Reina también en la sociedad doméstica cuando, constituida por el sacramento del matrimonio cristiano, se conserva inviolada como una cosa sagrada, en que el poder de los padres sea un reflejo de la paternidad divina, de donde nace y toma el nombre; donde los hijos emulan la obediencia del Niño Jesús, y el modo todo de proceder hace recordar la santidad de la Familia de Nazaret. Reina finalmente Jesucristo en la sociedad civil cuando, tributando en ella a Dios los supremos honores, se hacen derivar de él el origen y los derechos de la autoridad para que ni en el mandar falte norma ni en el obedecer obligación y dignidad, cuando además le es reconocido a la Iglesia el alto grado de dignidad en que fue colocada por su mismo autor, a saber, de sociedad perfecta, maestra y guía de las demás sociedades; es decir, tal que no disminuya la potestad de ellas –pues cada una en su orden es legítima–, sino que les comunique la conveniente perfección, como hace la gracia con la naturaleza; de modo que esas mismas sociedades sean a los hombres poderoso auxiliar para conseguir el fin supremo, que es la eterna felicidad, y con más seguridad provean a la prosperidad de los ciudadanos en esta vida mortal. De todo lo cual resulta claro que no hay paz de Cristo sino en el reino de Cristo, y que no podemos nosotros trabajar con más eficacia para afirmar la paz que restaurando el reino de Cristo”. Se cita del texto oficial Vaticano y la numeración convencional.

de Cristo, lo que presupone la aceptación de la realeza de Cristo en todos los órdenes de esta vida⁵.

Y en verdad, la QP comienza (núm. 1) recordando lo dicho en la UA: la manera de restaurar el reinado de Jesucristo es reconocer su realeza (núm. 2) y esto se alcanza especialmente por el culto litúrgico de Cristo Rey (núm. 3).

El dogma Cristo Rey

En un sentido metafórico (*ut translata verbi*) se dice que Cristo es rey de la inteligencia, de la voluntad y de los corazones de los hombres, pues Él es la verdad misma y la caridad en grado eminente. El Pontífice nos invita a pasar de este sentido a otro más real, al sentido propio (*propria quidem verbi significatione*) porque la realeza de Cristo no es metafórica, no es una licencia literaria, no es una designación poética trasladada de otra realidad (como la esposa que dice al esposo: “eres mi rey”), sino una verdad dogmática⁶.

Pío XI prueba que se trata de un dogma de fe recurriendo a la Sagrada Escritura: tanto el Antiguo Testamento como el Nuevo, llaman y reconocen al Mesías, el Cristo, Rey de reyes, Señor de señores, Príncipe poseedor de toda potestad y todo reino⁷. No es una forma decir, no es una figura literaria sin correlato real, no es una afirmación de tiempos pasados o de épocas oscuras. Cristo Rey es una verdad de fe, que en todo tiempo ha sido dicha porque ha sido creída desde que fue revelada⁸.

Los títulos justificativos de la realeza de Jesucristo

Cristo Nuestro Señor, Jesucristo, de quien predicamos su realeza, es la segunda persona de la Santísima Trinidad, el Hijo de Dios desde toda la eternidad, que encarnó en la Virgen María y se hizo hombre en el tiempo.

⁵ En la *Ubi Arcano* por tres veces se afirma que Cristo es Rey, núm. 1, 18 y 21.

⁶ Pío XI, QP..., *op. cit.*, núm. 4.

⁷ *Op. cit.*, núm. 5.

⁸ Por eso, proclamamos que, luego de ascender a los cielos, Jesucristo está sentado a la derecha del Padre (lo confesamos en el Credo: *sedet ad dexteram Patris*, y lo leemos en Mc. 16, 19), que significa que Él reina y juzga, pues estar sentado a la diestra del Padre es lo mismo que “compartir junto con el Padre la gloria de la divinidad, la bienaventuranza, y la potestad judicial; y esto perpetuamente y como rey”, según enseña santo TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, III, q. 58, a. 1 resp; a. 2 resp.

Hay en Él, como enseña la teología, una sola persona con dos naturalezas: la persona única del Verbo posee una naturaleza divina y una naturaleza humana. De Él, el Unigénito del Padre encarnado, afirmamos es Rey. El primer título de ese dominio regio le viene de la unión hipostática, pues por el solo hecho de haberse hecho hombre tiene Cristo potestad sobre toda la creación⁹. A Él se adora como Dios y a Él se debe sumisión y obediencia en cuanto hombre¹⁰. Así lo es por esencia y naturaleza (*ex iure nativo*), como dijera san Cirilo y recordara el Pontífice¹¹.

Pero además de este título natural, Cristo es Rey por habérselo ganado (*ex iure adquisito*), porque con su sangre, que no tiene precio, nos ha comprado, redimiéndonos del pecado, liberándonos del dominio del demonio y haciéndonos parte suya, de Él mismo y de su reino^{12,13}. Y esto es dogma de fe¹⁴.

Los poderes de Cristo Rey y la extensión del reino

La realeza, que es una forma de dominio, comporta necesariamente el poder del Rey. Cuando estudia el significado de *Dominis dominorum*, que el seudo Dionisio atribuye a Dios como nombre propio, santo Tomás de Aquino apunta tres cualidades de esta dominación: primero, la superioridad en grado o suprema jerarquía; segundo, la abundancia y la excelencia

⁹ Santo TOMÁS DE AQUINO, *Suma contra Gentes*, III, 1: su potestad proviene por ser el Creador de todo ser.

¹⁰ Afirma Pío XI, *Quas Primas*, núm. 4: “también en sentido propio hay que atribuir a Jesucristo el título y la potestad de rey; pues sólo como hombre se puede afirmar de Cristo que recibió del Padre *la potestad, el honor y el reino* [Dan. 7, 13-14], ya que como Verbo de Dios, identificado substancialmente con el Padre, posee necesariamente en común con el Padre todas las cosas y, por tanto, también el mismo poder supremo y absoluto sobre toda la creación”. Ya TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, III, q. 58, a. 3 resp, señaló que si por la gracia habitual la naturaleza humana de Jesucristo es más bienaventurada que toda otra criatura (lleno de gracia y de verdad, se dice en *Jn. 1, 14*), en consecuencia tiene, tiene, por encima de todas ellas, la potestad real y judicial.

¹¹ Pío XI, *QP, op. cit.*, núm. 6.

¹² *Ibid.*

¹³ Pío XI escogió como “epístola” de la Misa de Cristo Rey el texto de san Pablo en *Col. 1, 12-20*, que afirma la obra redentora de Nuestro Salvador.

¹⁴ Pío XI, *QP, op. cit.*, núm. 7, recuerda el Canon 21 sancionado en la sexta sesión del Concilio de Trento (*Denz.*, núm. 831), que dice: “Si alguno dijere que Cristo Jesús fue dado por Dios a los hombres como redentor en quien confíen, mas no como legislador a quien obedezcan, sea anatema”. Corrijo parcialmente la versión del Denzinger.

de los bienes que el *Dominus* transmite y, finalmente, la *potestas*, el poder por el cual el *Dominus* conserva y refrena, perfecciona, a los súbditos¹⁵.

Si Jesucristo no es solo un rey de metáfora, sino que en efecto (es decir, en acto) es Rey, debe, como todo Rey, estar munido de poderes para hacer efectiva su realeza, su gobierno. Cristo no es un rey moderno, esos de los que se dice que reinan, pero no gobiernan. Cristo es Rey en sentido propio, dotado del poder de legislar por el cual se hacen súbditos suyos los que cumplen sus leyes; dotado también del poder de juzgar, que ha recibido del Padre, por el que premia y castiga con justicia en esta vida; y, además, posee el poder de ejecución para hacer cumplir sus decretos. Y nadie escapa de su potestad, nadie queda excluido, *quae nemo possit effugere*^{16, 17}.

Jesucristo Rey tiene la plenitud del poder que se ejerce sobre su reino, reino que no tiene fin en el tiempo (es desde siempre y para siempre) ni en el espacio (reina Él sobre todos los hombres y todas las naciones). Eternidad y universalidad caracterizan su regia potestad, precisando la extensión de su reino¹⁸. Con certeza que es un reino espiritual, en tanto cuanto el fin del hombre es la bienaventuranza eterna y hemos sido rescatados por Él para gozar de su gloria en la patria, pero a la que ingresamos en esta vida por un nuevo nacimiento, por la regeneración espiritual. Los oficios de Cristo Redentor y de Cristo Sacerdote sirven a tal fin¹⁹.

Pío XI ha expuesto hasta aquí una doctrina que, por tradicional, no solo es imperecedera e indudable, es también una enseñanza que todo católico aceptaría sin discusión: Cristo reina espiritualmente sobre todo hombre, lo gobierna en su corazón y en la plenitud de su vida; y lo hace por medio de su Iglesia, de la que es cabeza y sumo sacerdote²⁰.

Reinado social y político de Jesucristo

Pero el Pontífice añade, de inmediato, otra dimensión del reino de Cristo. Lo dice con estas palabras:

¹⁵ SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Expositio Super Dyonisium De Divinis Nominibus*, c. 12, lect. única. Véase la referencia de nota 54.

¹⁶ Pío XI, *QP, op. cit.*, núm. 7.

¹⁷ Acerca de la potestad judicial de Jesucristo, correspondiente a su dignidad regia, cf. SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, III, q. 59.

¹⁸ En sentido similar se pronuncia LEÓN XIII en la encíclica *Annum Sacrum*. Véase, asimismo, Pío XI, encíclica *Miserentissimus Redemptor*.

¹⁹ Pío XI, *QP, op. cit.*, núm. 8.

²⁰ Pues es Él el jefe y la cabeza de su Iglesia, “reino de Cristo en la tierra, destinada a extenderse a todos los hombres y por todas las naciones”, Pío XI, *QP, op. cit.*, núm. 5..

“incurriría en grave error el que negase a la humanidad de Cristo el poder real sobre todas y cada una de las cosas sociales y políticas del hombre, ya que Cristo como hombre ha recibido del Padre un derecho absoluto sobre toda la creación, de tal manera que toda ella está sometida a su voluntad”²¹.

Es este el punto en el que Pío XI hace una afirmación capital: la potestad regia de Nuestro Señor Jesucristo se extiende a todo negocio temporal de los hombres, a todas las cosas de la vida civil²². Esta distinción clásica entre lo espiritual y lo temporal, que se traslada de inmediato a la distinción entre lo eclesial/divino/religioso y lo civil/temporal/secular, el Papa no la niega, pero –a diferencia de los protestantes– distingue los reinos sin separarlos, somete ambos a un mismo y único Rey, de modo tal que, aunque diferenciados, los dos caen bajo el dominio del mismo Señor y Rey, Jesucristo.

La conclusión es evidente: el reino de lo espiritual se extiende al reino de lo temporal, porque quien tiene toda potestad no roba nada ni a nadie. Como se reza en el himno *Credulis Herodes Deum* que transcribe el Pontífice, “no arrebató el reino temporal el que da el reino celestial”²³, que es lo que recuerda la máxima jurídica romana: “quien puede lo más puede lo menos”. Pero a renglón seguido viene otra afirmación del Pío XI que puede causar asombro:

“Sin embargo, mientras vivió en la tierra, Cristo se abstuvo totalmente del ejercicio de este poder, y así como entonces despreció la posesión y la administración de los humanos, así también permite y sigue permitiendo el uso de éstos a sus poseedores”²⁴.

Las causas segundas y la realeza del Cristo

¿Cómo es que Cristo permitió que los hombres siguieran gobernando las cosas temporales? ¿Cómo es que Cristo Rey todopoderoso deja en otras manos la determinación de los asuntos civiles? En materia espiritual, que hace al fin último del hombre, Cristo gobierna por sí como cabeza

²¹ Pío XI, *QP*, *op. cit.*, núm. 8.

²² La traducción que obra en la página oficial del Vaticano, bajo el núm. 15, difiere de la que seguimos, que se muestra más fiel al latín del Papa, no solo en este pasaje; por caso, donde los traductores del Vaticano dicen “cosas humanas y temporales”, Pío XI escribió “*rerum civilium*”.

²³ El Himno, que se canta en la fiesta de la Epifanía, es atribuido al sacerdote y poeta del siglo V, Celio Sedulio (Coelius Sedulius). Gustave BARDY, “Sedulius”, col. 1764-1766.

²⁴ Pío XI, *QP*, *op. cit.*, núm. 8.

de su Iglesia, a nadie ha encomendado (sino a Pedro, los apóstoles y sus herederos, a los que ha apartado del mundo) la salvación de las almas, la administración de la gracia santificante. Se trata del “fin” al que se ordenan todos los otros aspectos de la vida humana (aquellas *rerum civilium*) como “medios”. Téngase presente que Dios gobierna cada cosa según la naturaleza que Él mismo le ha dado al crearla, y a los hombres nos ha hecho racionales y consiguientemente libres; somos, por tanto, dueños de nuestros actos²⁵, podemos “causar”.

Esta particularidad del ser humano permite que, conforme a nuestra naturaleza racional, lo conozcamos a Dios y creamos en su Iglesia; y que libremente dispongamos de las cosas humanas que son medios para el fin, lo que quiere decir que en el gobierno de las materias terrenales los hombres hemos de regirnos acatando la realeza de Cristo y ordenando tales materias al Rey, que es fin y jefe nuestro, a quien rendiremos cuentas. El orden de las cosas temporales es regido por una causa creada (el hombre), dependiente del orden de la causa primera, y se extiende a todas las cosas que son alcanzadas por esta causa²⁶.

Gobernando por medio de los hombres –causas segundas–, Cristo rige las cosas temporales, y las rige todas, ya las privadas o individuales, ya las públicas o sociales y políticas; ya los individuos, las familias y los grupos sociales, ya las naciones, los pueblos, los reinos o las repúblicas²⁷. Y las gobierna, agrega el Pontífice, porque Él es la fuente de todo bien, el dador de toda prosperidad, la causa de la humana felicidad. ¿Cómo podrá un gobernante –causa segunda, repetimos– procurar el bien común, alcanzar la prosperidad y causar la felicidad del pueblo sin someterse a la Causa Primera, a Cristo Rey? Conclusión: la autoridad temporal será estable y el derecho humano firme y respetado cuando el gobernante secular reconozca y afirme su dependencia de Cristo Rey^{28, 29}; cuando la ley humana se funde en la ley divina natural.

²⁵ En varios pasajes de la *Suma Teológica*, lo confirma santo Tomás de Aquino, por caso: I, II, q. 109, a. 2 ad 1.

²⁶ SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma contra Gentiles*, III, 98.

²⁷ Cf. DANTE ALIGHIERI, *Monarquía*, III, XIV y XV. Que el gobierno de las cosas políticas esté encomendado naturalmente al príncipe o emperador, dice el poeta, no comporta concluir que no esté obligado de modo inmediato “con el Príncipe del Universo, que es Dios”. La autoridad política está, pues, inscrita en el orden natural de las cosas, dependiente, a su vez, de Dios creador de ese orden y de esa autoridad.

²⁸ Pío XI, *QP*, *op. cit.*, núm. 8.

²⁹ O en otros términos: el rey temporal (todo gobernante civil) es ministro de Cristo Rey. Cf. SANTO TOMÁS DE AQUINO, *De Regimine Principum*, I, 8: *rex autem, populum gubernando, minister Dei est*. Podría aducirse, además, que siendo la autoridad temporal una especie de padre, toda paternidad, en el cielo y en la tierra, procede de Dios (*Ef.* 3, 15).

La Iglesia, entonces, que es el Reino de Cristo en la tierra³⁰, hace efectiva la realeza de Jesucristo directamente en la ordenación de los bienes espirituales y, de modo indirecto, en los negocios temporales; porque aquellos han sido confiados solo a Ella, mientras que estos caen en los gobernantes civiles como propios³¹. No de otro modo los beneficios se derramarán sobre los hombres y las ciudades y se alcanzará el cimiento de la paz universal en la fraternidad de los hombres bajo el poder de Cristo Rey. La insistencia en el reino universal de Cristo, que es el fundamento de la fraternidad entre los hombres, como afirma Pío XI³², no significa impulsar un gobierno mundial ni un orden global como entendiera, por caso, Benedicto XVI en la encíclica *Caritas in Veritate*; esa fraternidad del género humano importa el reconocimiento universal de un solo Señor: *unus est Dominus*. No se trata de una organización a cargo de los hombres, se trata de una unidad existente en y por el dominio del Verbo.

Por supuesto que esta unidad es imposible si se prohija la libertad religiosa, la igualdad de todas las religiones. La libertad religiosa es un mal porque desconoce a la Iglesia como reino de Cristo en la tierra y así niega que Nuestro Señor sea Rey en los asuntos temporales, porque reniega de Él en lo espiritual.

La fiesta de Cristo Rey, medicina de los males de nuestro siglo

A hacer posible la realeza de Nuestro Señor se dirige la instauración de una fiesta propia y peculiar, la Festividad de Cristo Rey, a la que se conce-

³⁰ Pío XI, *QP*, *op. cit.*, núm. 5.

³¹ Por esto, en su orden, la Iglesia tiene potestad directa, pero en las cosas temporales se dice ejerce una potestad indirecta. Así, el propio Pío XI, *UA*, *op. cit.*, núm. 20: "Porque, aunque ella [la Iglesia] por ordenación divina entiende directamente en los bienes espirituales e imperecederos, sin embargo, por la estrecha conexión que reina en todas las cosas, es tanto lo que ayuda a la prosperidad aun terrena, lo mismo de los individuos que de la sociedad, que más no ayudaría si para fomentarla hubiera sido primariamente instituida. Y si la Iglesia mira como cosa vedada el inmiscuirse sin razón en el arreglo de estos negocios terrenos y meramente políticos, sin embargo, con todo derecho se esfuerza para que el poder civil no tome de ahí pretexto, o para oponerse de cualquier manera a aquellos bienes más elevados de que depende la salvación eterna de los hombres, o para intentar su daño y pérdida con leyes y decretos inicuos, o para poner en peligro la constitución divina de la Iglesia, o finalmente, para conculcar los sagrados derechos del mismo Dios en la sociedad civil".

³² Pío XI, *QP*, *op. cit.*, núm. 9.

de mayor eficacia que las enseñanzas del Magisterio para aprender la fe y atraer al pueblo a las realidades espirituales, en intelecto y voluntad³³.

“Porque, como el hombre es un compuesto de alma y cuerpo, debe quedar impresionado y movido por las solemnidades externas de los días festivos de tal manera –sostiene Pío XI³⁴– que por la variada hermosura de los actos litúrgicos aprenda mejor las divinas enseñanzas y, convirtiéndolas en su propio jugo y sangre, obtenga un provecho mucho mayor en su vida espiritual”.

La Fiesta de Cristo Rey, por ser la del Verbo, nuestro Dios, hecho hombre, ha de dirigirse al individuo según su naturaleza para que, como afirman los teólogos, por la impresión de las realidades sensibles ascienda al conocimiento de las realidades espirituales. Magnífica lección del Pontífice, que ha visto en el misterio de Cristo Rey la suma y el compendio de las doctrinas católicas, el eje vertebrador de ellas³⁵. Por eso, al final del año santo, coronándolo, Pío XI consagra el último domingo de octubre a la celebración de esta fiesta³⁶.

Remedio del laicismo y la apostasía

Ya en UA, Pío XI, continuando el Magisterio de sus predecesores, había señalado un cúmulo de males que padecíamos entonces (y que hoy, lejos de desaparecer, se han agravado), por lo que ahora entiende que la instauración de esta festividad se impondría como medicina saludable. El primero de estos flagelos es el laicismo (caldo de cultivo de la libertad religiosa) y no se puede dejar de citar un extenso pasaje que contiene una descripción exacta de esta enfermedad y de sus amargos frutos:

“Porque se comenzó negando el imperio de Cristo sobre todos los pueblos; se negó a la Iglesia el derecho que ésta tiene, fundado en el derecho del mismo Cristo, de enseñar al género humano, de promulgar leyes y de dirigir los pueblos para conducirlos a la felicidad eterna. Después, poco a poco, la religión cristiana quedó equiparada con las demás religiones

³³ Es una fiesta religiosa que se celebra principalmente con la santa misa, ya que el sacerdocio y el reino de Cristo se realizaron, sobre todo, en su pasión, según recoge SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, III, q. 35, a. 7 ad 1.

³⁴ Pío XI, *QP, op. cit.*, núm. 10.

³⁵ Y esto en virtud de que en la exaltación de Cristo a la realeza, coronándolo de gloria, se reconoce y recompensa en el Hijo del Hombre los misterios de su encarnación, su pasión, su muerte y su resurrección, centrales a la vida del cristiano.

³⁶ Pío XI, *QP, op. cit.*, núm. 16.

falsas e indignamente colocada a su mismo nivel; a continuación la religión se ha visto entregada a la autoridad civil y a la arbitraria voluntad de los reyes y de los gobernantes. No se detuvo aquí este proceso: ha habido hombres que han afirmado como necesaria la substitución de la religión cristiana por cierta religión natural y ciertos sentimientos naturales puramente humanos. Y no han faltado reinos que han juzgado posible prescindir de Dios y han identificado su religión con la impiedad y el desprecio de Dios^{37, 38}.

La Fiesta de Cristo Rey repara, también la apostasía pública que resulta del laicismo. Tiene en mente Pío XI que Cristo es “Rey de toda la humanidad”³⁹, por lo que dispone el culto sea igualmente universal, no metafórica metafórico, sino verdadero y actual: al Rey del Universo debe reconocer todo el universo. Y entonces escribe:

“Porque cuanto mayor es el indigno silencio con que se calla el dulce nombre de nuestro Redentor en las conferencias internacionales y en los Parlamentos, tanto más alta debe ser la proclamación de ese nombre por los fieles y la energía en la afirmación y defensa de los derechos de su real dignidad y poder”⁴⁰.

Los grandes beneficios de la Fiesta de Cristo Rey

Ya al final, Pío XI se detiene en refrescar los enormes beneficios que se alcanzarán con la Fiesta de Cristo Rey. Comenzando por su Iglesia, servirá para afirmar su plena libertad e independencia de las potestades temporales, sin las cuales no podría “enseñar, gobernar y conducir a la eterna felicidad a todos los miembros del reino de Cristo”, pues en el llenado de su misión la Iglesia “no puede depender de voluntad ajena alguna”⁴¹.

Luego, también esos reinos temporales (*civitates*), obligados como están al culto público y la obediencia a Cristo Rey, repararán así sus olvidos e injurias.

“Porque la realeza de Cristo exige que toda la comunidad política [*res publica*] se ajuste a los mandamientos divinos y a los principios cristianos en la labor legislativa, en la administración de la justicia y, finalmente, en

³⁷ Pío XI, *QP*, *op. cit.*, núm. 12.

³⁸ Donde he escrito “reinos”, la traducción dice “Estados», siendo la palabra latina *civitates*.

³⁹ Pío XI, *QP*, *op. cit.*, núm. 15.

⁴⁰ *Op. cit.*, núm. 13.

⁴¹ *Op. cit.*, núm. 19.

la formación de las almas juveniles en la sana doctrina y en la rectitud de costumbres⁴².

Quién duda que así habrá paz entre las naciones y al interior de cada una de estas, existirá un orden social y político justo, siendo más fácil a los hombres encontrar la senda de la propia salvación y el auxilio de los demás.

Por último, también los fieles podrán vivir cristianamente, ordenarán su vida conforme a las normas divinas y naturales, sometiendo todas sus facultades a su Rey el Cristo: en su entendimiento, en su voluntad y en su corazón, convirtiendo aquella realeza antes metafórica, en una realeza efectiva, activa, en acto⁴³.

La Festividad de Cristo Rey, resumamos, refuerza la libertad de la Iglesia en su misión educadora y gobernante; repara las injurias hechas al Rey para que el Rey repare nuestra deteriorada vida personal y civil; y es consumación de la potestad regia de nuestro Rey.

En efecto, la celebración de Cristo Rey es la restauración de la vida católica hoy abandonada y ultrajada. Nuestro mundo, nuestro tiempo, desde la reforma protestante, afirma que la religión y lo espiritual son asuntos de la conciencia libre de los individuos; entiende que el individuo y la subjetividad son la suprema realidad; cree que la vida es existencia natural, que se agota en lo temporal inmanente; postula que el poder es fuerza y la justicia es asunto de preferencias, mero arreglo convencional.

Cristo Rey, en cambio, somete la conciencia individual a Su ley, que es la del Bien; encauza la fuerza del nudo dominio con el atributo de Su autoridad; por sobre el nihilismo subjetivista de la justicia como opción, la asienta en la naturaleza de lo creado; flaca naturaleza que el Rey fortalece con el auxilio de Su gracia; y vence al individualismo con la amistad de los soldados de Cristo y la piedad de los que esperan su reino.

La esperanza

El papa Pío XI ponía sus esperanzas en la Fiesta de Cristo Rey porque sabía que la celebración litúrgica encendería los corazones para nuestro combate por su reino.

“Pero si los fieles, en general, comprenden que es su deber militar con infatigable esfuerzo bajo las banderas de Cristo Rey, entonces, inflamados ya en el fuego del apostolado, se consagrarán a llevar a Dios de nuevo los

⁴² Pío XI, *QP*, *op. cit.*, núm. 20.

⁴³ *Op. cit.*, núm. 21.

rebeldes e ignorantes y trabajarán por mantener incólumes los derechos del Señor”⁴⁴.

Había Pío XI esperado que la Fiesta de Cristo Rey se convirtiera en la proclamación universal de la dignidad regia y la majestad suprema del Verbo, rompiendo el silencio de los indiferentes y quebrando las injurias de los apóstatas, doblando el brazo a los soberbios soberanos temporales y animando a los católicos apocados. Pero ¿qué pasa si los católicos se ablandan en su fe y se entibia su caridad?, ¿qué pasa si, al desprecio de los poderes públicos, sigue el desmayo de los católicos?, ¿qué ocurre si su Iglesia abandona al Rey⁴⁵ o lo olvida?⁴⁶.

Hoy nuestro Rey pareciera no tener soldados. ¿Es que ya no nos gloriamos “de militar bajo los estandartes de Cristo Rey?”. ¿Es que no esperamos “que podamos con Él reinar por siempre en los cielos?”⁴⁷.

... y la defección

No obstante que con el bautismo hemos sido incorporados a su reino⁴⁸ y llamados a andar en una vida nueva⁴⁹, que consiste en seguir a Cristo imitándolo, parece que los católicos hemos defecionado y abandonado a Nuestro Rey. Por nuestra culpa, pues Dios no nos ha dado un espíritu de temor sino de fortaleza⁵⁰; y si somos tímidos, débiles o vergonzosos en su causa, es por habernos ganado el espíritu del mundo, por no ejercer la virtud de fortaleza que recibimos del Espíritu Santo en el sacramento de la conformación. Y esto de varias maneras.

Un primer caso es el de los pusilánimes que defecionan de la lucha. Un ejército que no combate es un rebaño de traidores, decir de ellos que carecen de energía es poco, porque no tienen virilidad, han dejado de

⁴⁴ Pío XI, *QP*, *op. cit.*, núm. 12.

⁴⁵ Lamentablemente hoy parece que ha sucedido tal abandono al mover la Fiesta de Cristo Rey, porque su realeza ya no es posible. Cf. Ignacio BARREIRO, “La realeza de Cristo en la liturgia y en el dogma. Un caso de efecto inducido”, cap. 5.

⁴⁶ En el *Compendio de Doctrina Social de la Iglesia*, redactado bajo el pontificado de Juan Pablo II por el Pontificio Consejo Justicia y Paz en el año 2004, no se menciona si quiera una vez la realeza de Jesucristo ni se cita la encíclica *Quas Primas*.

⁴⁷ Los textos son de la “Oración postcomuni3n” de la Misa de Cristo Rey instituida por Pío XI, y fueron quitados en el misal de Pablo VI.

⁴⁸ RÁBANO (RABAN MAUR), *De Institutione Clericorum*, l. I, cap. 28, ML., 107, 313. Cf. SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teol3gica*, *op. cit.*, III, q. 66, a. 10 ad 2.

⁴⁹ *Rom.* 6, 4.

⁵⁰ *II Tim.* 1, 7.

ser hombres al servicio de su Rey. El cuerpo ya no responde a la cabeza y nos gana la prudencia de la carne. ¿Qué pena recibe el desertor según las leyes humanas?

Y a más de los cobardes están los que creen que Cristo es Rey a medias o en porciones. Son los católicos que combaten cuando el tema les conviene o interesa: unos lo hacen contra el aborto, otros por la enseñanza católica, algunos por el derecho natural; aquellos por la familia, estos por su capilla, los de más allá por su corporación, etc. Legítimo combate, pero descabezado, porque han fragmentado a Cristo y en cada una de esas pequeñas lides queda oculta la razón primordial de la lucha. Debe entenderse que si el dogma de Cristo Rey, como lo postula Pío XI, es la suma de todas nuestras verdades de fe, entonces la bandera de Cristo Rey coaliga y resume todo otro estandarte del combate católico que es universal.

Esto mismo se puede decir de otro modo: Cristo Rey es Dios reconocido en su universal realeza por las personas y las comunidades políticas; porque siendo Dios el “sumo bien”, el máximo bien, es la Bondad de la que participa el ser humano; y porque siendo el Bien, “la bondad misma”, es comunicable. En consecuencia, si la ley suprema de la política es el bien común, según dijera León XIII, ese bien común no es sino un analogado de Cristo Rey; y si de esta ley suprema se desprenden todos los otros principios de la Doctrina Social de la Iglesia, todos ellos tienen su fundamento último, raigal, en Cristo Rey. De donde, desconociendo la realeza de Cristo (por cobardía o fragmentación), se destruye el bien común porque se niega la causa fundante de la bondad participable políticamente, poniendo en su lugar un bien particular y, por ende, menos comunicable o incommunicable.

Tampoco faltan aquellos que creen que la realeza está desacomodada a los tiempos que corren, que pudo haber sido un problema de Pilato, o una pretensión de David, de Daniel o de Jeremías, pero que ya no lo es, por lo que resulta imprudente reunir voluntades bajo la bandera de Cristo Rey, porque carece de atractivo al hombre contemporáneo y hay que acomodarse, amoldarse, a lo que los hombres hoy quieren, allanarse a sus intereses, a la democracia, a la libertad de religión. Que es como decir que los dogmas evolucionan y su contenido varía en la historia, lo que repugna a la “eternidad” y la “universalidad” de la realeza de Cristo, que es “Rey inmortal de los siglos”⁵¹, de majestad indeficiente e incorruptible, de autoridad invariable y permanente, sin límite de personas, de épocas o de lugares, como lo proclama el Salmo 144, 13: *Regnum tuum regnum omnium secculorum: et dominatio tua in omni generatione et generationem*⁵².

⁵¹ Pío XI, QP, *op. cit.*, núm. 16.

⁵² Y en el v. 9: *Suavis Dominus universis: et miseraciones ejus super omnia opera ejus.*

En nuestros días hay quienes se avergüenzan de tributar a Dios el nombre de “Rey”, una antigualla pasada de moda que habría perdido todo poder simbólico que otrora tuviera. Sin embargo, esos mismos vergonzantes suelen llamar a Dios “Señor” y a Jesucristo “El Señor”⁵³, sin ser del todo conscientes que reconociéndolo *Dominus* están afirmando su pleno y perfecto dominio sobre ellos y, reconocida esta excelente superioridad, admiten también su dependencia absoluta, con exclusión de la propia libertad de la que se creen dueños y por la que se estiman naturalmente dignos. No saben que a Cristo lo llaman “Rey” de otra manera y en atención a otro atributo, pues como distingue Dionisio

“*Realeza* es la distribución de todo límite, orden, ley y rango. El *Señorío* no es solo la superioridad sobre los inferiores, sino, también, toda la perfecta y completa posesión, y la solidez verdadera e inquebrantable de lo que es bello y bueno”⁵⁴.

A este Señor, el Padre ha rendido todas las cosas, poniéndolas bajo su dominio, tal como cantara David⁵⁵ y testimoniara el Apóstol⁵⁶.

Otros han entendido que la realeza de Cristo se manifiesta en el reinado del hombre, porque, a fuerza de imponer la tesis personalista según la cual la persona humana es el fin último de todo lo existente, acaban concluyendo, como hace Marie-Joseph Le Guillou, que el reinado de Nuestro Señor se ha convertido en manifestación de la obra del hombre. El señorío de Cristo sobre el mundo pasa

“aquí abajo por el florecimiento en la verdad de lo humano y de toda la realidad de este mundo en vista del hombre, por la conclusión de la creación”⁵⁷.

Verdadera aberración seudoteológica que invierte completamente la realeza de Jesucristo y desnaturaliza la enseñanza de la Iglesia acerca de la condición humana, el misterio de la Redención y el fin de la Creación.

Hay, para terminar, católicos que se refugian en un Cristo Rey ultramundano, porque su reino no es de este mundo, es un reino supratemporal, allende el tiempo, reino cosmológico, si se quiere también mesiánico,

⁵³ Como se reza el Credo, en el que lo reconocemos como *unum Dominum*.

⁵⁴ DIONISIO AREOPAGITA, *De divinis nominibus*, 12, §2, p. 94. Hemos cambiado reinado (que emplea el traductor) por realeza. El título de *Dominus*, Señor, es un atributo verdadero en virtud de la real sujeción de las criaturas a Él. SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, III, q. 35, a. 5 resp.

⁵⁵ *Sal.* 8, 5-8.

⁵⁶ *Heb.* 2, 5-7.

⁵⁷ Marie-Joseph LE GUILLOU, *Le visage du Ressuscité*, p. 222.

esperado, no actual. Es el reino prometido del fin de los tiempos cuando el Mesías en su segunda venida haya juzgado a hombres y naciones⁵⁸. Sí, así será; pero no solamente entonces, como si la realeza del Verbo fuera condicional o estuviera en suspenso; es también el reino actual, desconocido por los ateos y combatido por los apóstatas, pero siempre establecido en su Iglesia.

Es el reino eterno que se reza en el Salmo recién citado: “Tu reino es reino de todos los siglos, y tu señorío de generación en generación”. Porque Cristo es Rey y reina porque tiene la autoridad, toda criatura está sujeta a Él sin excepción, no obstante sus enemigos –los infieles, los pecadores, los demonios– que la desconocen en su ejercicio⁵⁹, desconocen el Evangelio⁶⁰, que no por eso deja de ser ley.

Aquel reino mesiánico, por lo tanto, está desarrollándose, ya es, aunque no veamos al Señor reinar sobre todas las cosas todavía⁶¹; pero cuando El Señor vuelva en gloria y majestad sucederá su acabamiento, hasta su culminación⁶², y, como dice Isaías, se verá al Rey en su esplendor⁶³.

A modo de conclusión: Cristo reina

Jesucristo es Rey porque el Padre así lo ha instituido. Su reino será pleno cuando la Parusía. Nuestro tiempo, a la espera de su segunda venida, es el del combate para que sus enemigos sean puestos como escabel de sus pies, y advenga, entonces, “Su Reino eterno y universal, Reino de verdad y de vida, Reino de santidad y de gracia, Reino de justicia, de amor y de paz”⁶⁴. Porque no hay más fundamento que el que ha sido por Dios puesto: *Fundamentum enim aliud nemo potest ponere præter id quod positum est, quod est Christus Jesus*, afirma el apóstol⁶⁵.

⁵⁸ Ap. 11, 15.

⁵⁹ Porque una cosa es la autoridad en sí misma (*auctoritatem*), que Cristo posee en plenitud, y otra es el ejercicio de la potestad (*executionem potentiae*), según la explicación de SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Expositio super epistolam S. Pauli Apostoli ad Haebreos*, cap. II, lect. 2. Los pecadores no están sumisos a Cristo en cuanto al ejercicio de la potestad, sino en cuanto a su autoridad; en el futuro lo estarán también en cuanto a la ejecución de la voluntad.

⁶⁰ Rom. 10, 10.

⁶¹ Heb. 2, 8.

⁶² SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Expositio super primam epistolam S. Pauli Apostoli ad Corinthios*, cap. XV, lect. 3 y *Suma Teológica*, III, q. 59, a. 4 ad 2.

⁶³ Is. 33, 17: *Regem in decore suo videbunt oculi ejus...*

⁶⁴ Prefacio de la Misa de Cristo Rey, según Pío IX.

⁶⁵ I Cor. 3, 11.

Siendo el dogma de la realeza social y política de Nuestro Señor Jesucristo una condensación de las verdades de fe católicas, abandonarlo por olvido, por desconfianza o por conveniencia, es abandonar y olvidar la fe, desconfiar de ella, crearla inconveniente. Que hoy muchos católicos obren como si Jesucristo no fuera Rey sino en su íntima piedad, apartándolo de la vida social y política es, sin duda, consecuencia de la laicidad moderna, hija y secuela de la secularización. Es la laicidad, aunque se la llame “sana”, la que ha hecho que los católicos creen que la Iglesia no debe tener privilegio alguno, que todas las religiones son iguales, que se pueda cambiar de religión lo mismo que de calcetines. La libertad religiosa indiferentista, que Pío XI rechaza tajantemente en *QP*, nos ha traído a esta situación: una iglesia que no celebra sino a hurtadillas la realeza de Nuestro Señor Jesucristo; unos cristianos acomodados al mundo y a sus exigencias, plegados al constitucionalismo laico, sin exigir de la sociedad y del régimen político lo que en justicia los pueblos cristianos deben a Cristo y su Iglesia.

Bibliografía

- AYUSO, Miguel, *La constitución cristiana de los Estados*, Barcelona, Scire, 2008.
- BARDY, Gustave, “Sedulius”, in Alfred VACANT, Eugène MANGENOT et Émile AMANN, *Dictionnaire de Théologie Catholique: contenant l'exposé des doctrines de la théologie catholique, leurs preuves et leur histoire*, Paris, Librairie Letouzey et Ané, 1931, tome XIX, 2ª partie.
- BARREIRO, Ignacio, “La realeza de Cristo en la liturgia y en el dogma. Un caso de efecto inducido”, en Bernard DUMONT, Miguel AYUSO y Danilo CASTELLANO (dirs.), *Iglesia y política. Cambiar de paradigma*, Madrid, Itinerarios, 2013.
- DANTE ALIGHIERI, *Monarquía*, estudio preliminar, traducción y notas de Laureano Robles Carcedo y Luis Frayle Delgado, Madrid, Tecnos, 1992.
- DENZINGER, Heinrich Joseph Dominicus, *Enchiridion symbolorum, definitionum et declarationum de rebus fidei et morum*. Disponible en <http://patristica.net/denzinger/enchiridion-symbolorum.html> [fecha de consulta: 8 de noviembre de 2020].
- DIONISIO AREOPAGITA, *De divinis nominibus*, en DIONISIO AREOPAGITA, *Obras completas*, Madrid, BAC, 2007.
- LE GUILLOU, Marie-Joseph, *Le visage du Ressuscité*, Saint Maur, Parole et Silence, 2012.
- LEÓN XIII, encíclica *Annum Sacrum*, del 25 de mayo de 1899, sobre la Consagración del Género Humano al Sagrado Corazón de Jesús, en Alonso DE CASTRO (dir.), *Colección completa de encíclicas de Su Santidad León XIII*, Valladolid, Casa Editorial Cuesta, 1903, tomo II.

- Misa de Cristo Rey, instituida por Pío XI, en Andrés AZCÁRATE, O.S.B., *Misal Diario*, 37ª ed., Buenos Aires, Guadalupe, 1956.
- PIÓ XI, encíclica *Divini Redemptoris*, sobre el comunismo ateo, del 19 de marzo de 1937, en Pío XI, *Encíclicas*. Disponible en www.vatican.va/content/pius-xi/es/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_19370319_divini-redemptoris.html [fecha de consulta: 8 de diciembre de 2020].
- PIÓ XI, encíclica *Miserentissimus Redemptor*, sobre la expiación que todos deben al Sagrado Corazón de Jesús, del 8 de mayo de 1928, en Pío XI, *Encíclicas*. Disponible en http://w2.vatican.va/content/pius-xi/es/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_19280508_miserentissimus-redemptor.html [fecha de consulta: 12 de enero de 2021].
- PIÓ XI, encíclica *Quadragesimo Anno*, sobre la restauración del orden social, del 15 de mayo de 1931, en Pío XI, *Encíclicas*. Disponible en www.vatican.va/content/pius-xi/es/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_19310515_quadragesimo-anno.html [fecha de consulta: 8 de diciembre de 2020].
- PIÓ XI, encíclica *Quas Primas*, en Pío XI, *Encíclicas*. Disponible en https://w2.vatican.va/content/pius-xi/es/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_11121925_quas-primas.html [fecha consulta: 5 de enero de 2021].
- PIÓ XI, encíclica *Quas Primas*, sobre el reinado social de Cristo, del 11 de diciembre de 1925, en José Luis GUTIÉRREZ (ed.), *Doctrina pontificia, II Documentos políticos*, Madrid, BAC, 1958.
- PIÓ XI, encíclica *Ubi Arcano*, sobre la paz de Cristo en el reino de Cristo, del 23 de diciembre de 1922, en Pío XI, *Encíclicas*. Disponible en www.vatican.va/content/pius-xi/la/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_19221223_ubi-arcano-dei-consilio.html [fecha de consulta: 15 de enero de 2021].
- PONTIFICIO CONSEJO JUSTICIA Y PAZ, *Compendio de Doctrina Social de la Iglesia*. Disponible en www.vatican.va/roman_curia/pontifical_councils/justpeace/documents/rc_pc_justpeace_doc_20060526_compendio-dott-soc_sp.html [fecha de consulta: 17 de enero de 2021].
- RÁBANO (RABAN MAUR), *De Institutione Clericorum libri tres* in Jacques Paul MIGNE, *Patrologiae Cursus Completus*, Series Secunda, Paris, 1851, t. 107.
- Sagradas Escrituras*, versión de Mons. Juan Straubinger, reedición, Buenos Aires, Universidad Católica de La Plata, 2007.
- TOMÁS DE AQUINO, SANTO, *Expositio Super Dyonisium De Divinis Nominibus*, Taurini-Romae, Marietti Editori, 1947.
- TOMÁS DE AQUINO, SANTO, *Suma contra gentiles*, Madrid, BAC, 2007.
- TOMÁS DE AQUINO, SANTO, *Suma Teológica*, Madrid, BAC, 2016.
- TOMÁS DE AQUINO, SANTO, *De Regimine Principum*, traducción de don Alonso Ordóñez das Seijas y Tobar, ed. P. Ismael Quiles, Buenos Aires, Editorial Cultural, 1945, vol. I.
- TOMÁS DE AQUINO, Santo, *Expositio super epistolam S. Pauli Apostoli ad Haebreos*, Textum Taurini 1953 editum. Disponible en www.corpusthomicum.org/che01.html [fecha de consulta: 9 de septiembre de 2020].

TOMÁS DE AQUINO, Santo, *Expositio super primam epistolam S. Pauli Apostoli ad Corinthios*, Textum Taurini 1953 editum. Disponible en www.corpusthomaticum.org/clv.html [fecha de consulta: 9 de septiembre de 2020].

Siglas y abreviaturas

<i>Ap.</i>	<i>Apocalipsis</i>
BAC	Biblioteca de Autores Cristianos
cap.	capítulo
cf.	confróntese
col.	columna
<i>Col.</i>	<i>Colección</i>
Conicet	Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas de Argentina
<i>Dan.</i>	<i>Daniel</i>
<i>Denz.</i>	<i>Denzinger</i>
dir.	director
dirs.	directores
ed.	edición <i>a veces</i> editor
<i>Ef.</i>	<i>Efesios</i>
etc.	etcétera
<i>Heb.</i>	<i>Hebreos</i>
html	HyperText Markup Language
http	Hypertext Transfer Protocol
https	HyperText Transfer Protocol Secure
<i>ibid.</i>	<i>Ibidem</i> (allí, en ese mismo lugar)
<i>I Car.</i>	<i>Corintios (I Carta)</i>
IGM	Primera guerra Mundial
<i>Is.</i>	<i>Isaías</i>
<i>II Tim</i>	<i>Timoteo (II Carta)</i>
<i>Jn.</i>	<i>San Juan</i>
lect.	lectura o lección
<i>Mc</i>	<i>San Marcos</i>
núm.	número
<i>op. cit.</i>	<i>opus citatis</i> (obra citada)
p.	página
QP	<i>Quas Primas</i>
resp.	respuesta
<i>Rom.</i>	<i>Romanos</i>
<i>Sal.</i>	<i>Salmos</i>

UA *Ubi arcano*
v. versículo
www world wide web

Comentarios de Jurisprudencia

Derecho Público Iberoamericano

Universidad del Desarrollo

N.º 18 | 2021

DISCIPLINA NAVAL, TORMENTOS
Y PRINCIPIOS BÁSICOS DE DERECHO
INTERNACIONAL EN EL SIGLO XIX:
EL CASO DEL MONSOON

NAVAL DISCIPLINE, STORMS
AND BASIC PRINCIPLES OF INTERNATIONAL
LAW IN THE XIX CENTURY:
THE MONSOON CASE

*Rodrigo Céspedes**

Chimbai Lon i Chomaqui Rosa, marineros de la barca estadounidense Monsoon contra el capitán de dicho buque William Baker, por crueles tratamientos: Juzgado de Valparaíso, Corte Suprema, 22 de mayo de 1858, sentencia 795, en *Gaceta de los Tribunales*, año XVII, n.º 828, Santiago, p 3.

Resumen

Durante el siglo XIX, el tribunal de Valparaíso afirma su jurisdicción extraterritorial para investigar tormentos administrados por el capitán de una nave de bandera estadounidense sobre la base de la extrema gravedad de los hechos denunciados que pugnaban con los principios básicos de civilización y humanidad.

Palabras clave: principios generales del derecho; tormentos; derecho marítimo.

Abstract

During the 19th century, the Valparaíso court affirmed its extraterritorial jurisdiction to investigate torments administered by the captain of a US-flagged ship based on the extreme seriousness of the denounced facts that were in conflict with the basic principles of civilization and humanity.

Keywords: legal principles; torments; maritime law.

* Doctor en Derecho. Investigador, Instituto Max Planck de Antropología Social (Halle), Departamento de Derecho y Antropología. Correo electrónico: cespedes@eth.mpg.de

I. Introducción

Como toda investigación histórica, el estudio de la formación del derecho internacional se enfrenta a un rompecabezas. Como señalaba Edward Gibbon, el historiador se encuentra frente a fragmentos incompletos, normalmente demasiado sintéticos, con frecuencia oscuros, y a veces contradictorios; por lo tanto, el historiador se ve, de ordinario, reducido solo a recolectar, comparar y conjeturar sobre la base de esa información insuficiente¹. La sentencia comentada es uno de esos fragmentos. Si es una simple anécdota o parte de una tendencia nacional o global, solo la investigación sistemática futura lo dirá. Chile, durante el siglo XIX, fue una democracia imperfecta, pero en germen, tanto como Estados Unidos, Gran Bretaña, Holanda o Suiza. Los tribunales chilenos eran muy independientes, existía división de poderes y los derechos fundamentales clásicos estaban protegidos, si bien una ínfima parte de la población podía participar en la toma de decisiones colectivas. Esas virtudes deben haber influido en una decisión como la que será comentada, un verdadero hito para la aplicación doméstica del derecho de gentes, en el ámbito mundial. Para entender la formación del derecho internacional en el siglo XIX, este tipo de estudios tienen particular importancia frente a la ausencia de tratados multilaterales u organismo internacionales. Son este tipo de fallos los que nos revelan, en parte, la práctica internacional de la época.

II. Hechos

Un barco de bandera estadounidense, el *Monsoon*, atracó en el puerto de Valparaíso y dos marineros de origen chino, que trabajaban en el barco, denunciaron al capitán William Baker por lesiones como resultado del castigo disciplinario aplicado a ellos a bordo. Afirmaron haber sido suspendidos por sus brazos y pies durante cinco días, sin comida y solo una pequeña cantidad de agua para cada día. Además, señalaron que fueron expulsados del barco sin que se les pagara por su trabajo. Durante la investigación penal del Tribunal de Valparaíso, los marineros fueron arrestados como desertores por las autoridades portuarias chilenas, a solicitud del cónsul de Estados Unidos, siendo devueltos a su nave.

El Tribunal de Valparaíso ordenó una pericia médica de los tripulantes (que se encontraban a bordo) para verificar la presencia de lesiones

¹ Edward GIBBON, *The History of the Decline and Fall of the Roman Empire*, p 373.

producto del castigo. El capitán no permitió que el médico designado judicialmente realizara el peritaje. El juzgado ordenó el desembarco de los marineros para realizar el examen médico, que, por supuesto, se llevaría a cabo fuera de la nave, bajo la indubitada jurisdicción nacional. El comandante también desafió esa gestión. Entonces, el Tribunal reiteró la orden al capitán, bajo pena de prisión de un mes y una multa. El comandante volvió a negarse. Ante la negativa, el juzgado requirió que el Gobernador utilizara la fuerza pública para extraer a los marineros desde el barco. El Gobernador tampoco cumplió la orden judicial y solicitó el sobreseimiento de la causa, pues no había mérito suficiente para justificar la continuación de la investigación penal. Además, argumentó que los tribunales chilenos no tenían competencia en ese caso, ya que las cuestiones de disciplina interna en un buque mercante extranjero según el derecho de gentes vigente, escapaban de la jurisdicción nacional.

III. Fallo

Según el Juzgado de Valparaíso, los procedimientos ordenados solo se limitaron a esclarecer los hechos denunciados, a investigarlos. No hubo ninguna declaración de que los tribunales nacionales fueran competentes para tomar una decisión sobre los méritos de este caso y sancionar². El capitán tenía el deber de mantener el orden en el barco y estaba facultado a imponer castigos disciplinarios, según la práctica aceptada por el derecho internacional. Sin embargo, recalco, las autoridades nacionales tenían jurisdicción para investigar si el comandante de una nave con bandera extranjera, recalado en un puerto chileno, había ido más allá de sus poderes disciplinarios y, al hacerlo, había cometido un delito³. Según el tribunal, era absurdo negar que las autoridades locales tenían jurisdicción para investigar si se había cometido un crimen *en territorio nacional* por un capitán extranjero con el pretexto de que las lesiones se habían infligido de conformidad con los poderes disciplinarios formales del comandante⁴. Los hechos denunciados, de ser ciertos, constituirían “crímenes atroces”, delitos “contra el derecho natural” y los principios básicos “de civilización”⁵. Los tribunales chilenos, según el juez, tenían el deber ineludible de esclarecer la verdad de esas gravísimas acusaciones, ya sea para desestimar

² Párrafo 1.

³ Párrafo 2.

⁴ Párrafo 3.

⁵ Párrafo 4.

una acusación criminal falsa o para imponer una pena al capitán por actuar *ultra vires*, más allá de sus potestades⁶. En consecuencia, la orden que requería que el capitán consintiera la asistencia médica a bordo, exámenes cuyo fin era el de permitir a las autoridades chilenas completar la investigación, era perfectamente conforme al ordenamiento jurídico⁷. La negativa del comandante a cumplir con la orden era un claro delito que la ley chilena sancionaba⁸. Además, la Administración estaba obligada a proporcionar la fuerza pública solicitada para hacer cumplir las decisiones judiciales⁹. El caso solo podía ser desestimado cuando la investigación criminal estuviera completa. Los tribunales chilenos tenían jurisdicción para iniciar y finalizar una investigación criminal y las autoridades locales tenían el deber de cumplir con una orden judicial, procediendo por la fuerza si era necesario¹⁰.

IV. Comentario

Si esta fuera una decisión del siglo XXI, aludiendo a las normas de *ius cogens*, crímenes contra la humanidad y principios jurídicos básicos de una nación civilizada con certeza valdría un comentario, pero no sería tan novedoso como esta antigua joya judicial. En este caso estamos hablando de un fallo de mediados del siglo XIX; básicamente encontrar esta sentencia equivale a excavar y descubrir un avión construido cien años antes de los hermanos Wright. El juez es un verdadero adelantado a su época, un revolucionario, una especie de clarividente que pudo vislumbrar un futuro bastante lejano. Hasta donde llega nuestro conocimiento, esta decisión es única y un hito mundial. Los hechos recuerdan un poco el ambiente de la novela de Herman Melville *Billy Budd*, un drama relacionado con la draconiana disciplina de la marina en aquella época (convertida en ópera por Benjamin Britten).

Durante el siglo XVIII no existía límite específico al *ius puniendi* conferido al capitán de una nave (no solo en las de guerra, sino, también, las mercantes); la flagelación por azotes, por ejemplo, era un “correctivo” común. El comandante del barco tenía una potestad casi absoluta o no susceptible de mayor control. Los castigos eran severos porque había que mantener la disciplina a bordo, ya que los viajes eran empresas peligrosas

⁶ Párrafo 5.

⁷ Párrafo 6.

⁸ Párrafo 7.

⁹ Párrafo 8.

¹⁰ Párrafo 9.

y la mantención de una férrea disciplina disminuía los riesgos. Durante el siglo XIX ese poder fue morigerado, pero la desobediencia o mala conducta de los marineros seguía siendo castigada con duras sanciones: encarcelamiento, trabajos forzados o confiscación de salarios. El castigo era administrado por el capitán, quien comenzó a ser considerado responsable tanto penal como civilmente en el caso de crueldad o dureza excesivas¹¹. El caso comentado representa muy bien ese periodo de transición.

La cuestión controvertida en esta decisión fue, en concreto, si un tribunal chileno tenía jurisdicción para investigar delitos graves cometidos en un buque mercante de bandera extranjera, surto en un puerto nacional, al momento de iniciar el sumario. En esa época, un Estado no tenía derecho a ejercer su jurisdicción sobre naves mercantes extranjeras *en alta mar* y, por consiguiente, sobre sus marineros según el derecho consuetudinario. El barco y su tripulación eran sujetos a la jurisdicción del Estado de su bandera con pocas excepciones, como la piratería o tráfico de esclavos (de jurisdicción universal). Esa costumbre fue luego, codificada en los arts. 99 y 100 de la UNCLOS de 1982. Al entrar en las aguas extranjeras de otro Estado, una nave mercante y su tripulación entraban de forma provisoria, en la jurisdicción territorial del puerto extranjero y, parcialmente, sujeto a las leyes de ese Estado. Esa jurisdicción era limitada y solo para ciertas situaciones, como actividades con efectos sobre intereses del país extranjero, o el contrabando, por ejemplo.

En la época en que la sentencia fue dictada, existía una diferencia de opinión entre los juristas franceses y los enfoques angloamericanos con respecto a cómo lidiar con los asuntos internos de los buques extranjeros en determinadas materias. El enfoque angloestadounidense consideraba que la jurisdicción del Estado del puerto sobre los buques extranjeros era total (es paradójal que el capitán no asuma esa tendencia). Por el contrario, según la doctrina francesa, compartida por otros Estados de derecho continental, los países no tenían jurisdicción sobre asuntos internos de barco con bandera extranjera y se dejaba a las autoridades del Estado del pabellón de la nave las cuestiones relacionadas con estos asuntos (lo que se presume sostiene el comandante y la Administración chilena)¹². El tribunal adoptó un enfoque ecléctico, ya que reconoció que en rigor, el Estado del pabellón tenía jurisdicción sobre una nave con bandera extranjera con algunas claras excepciones, recogidas por principios de derecho internacional, en los que el Estado con jurisdicción portuaria podría ejercer, o *tenía el deber* de ejercer, sus competencias.

¹¹ Theophilus PARSONS, *A Treatise on Maritime Law*, pp 463-469.

¹² Doris KÖNIG, "Flag of Ships".

La decisión no menciona si hubo, en realidad, algún tipo de desobediencia perpetrada por los marineros o si el castigo disciplinario se infligió en alta mar o dentro de las aguas jurisdiccionales chilenas. El punto esencial es que el tribunal tiene el deber de investigar, no necesariamente fallar sobre la parte sustantiva y en algunas ocasiones, podría castigar. El Tribunal de Valparaíso sostuvo que tenía jurisdicción para investigar esas materias, porque los hechos denunciados sugerían la perpetración de “crímenes atroces”¹³.

El tribunal se siente en el deber de aplicar lo que, *mutatis mutandi*, hoy se denomina *aut dedere aut iudicare* (“extraditar o juzgar”): se refiere a la obligación legal de reaccionar frente a crímenes graves, que importan a toda la comunidad internacional (concepto esbozado de modo incipiente por Hugo Grocio¹⁴) y considerado por muchos tratados contemporáneos¹⁵. Este deber es universal y surge con independencia del carácter extraterritorial del hecho delictivo y la nacionalidad del autor o la víctima. En esa época, no existía una definición de “crimen atroz” en el derecho hispanoamericano: los delitos de esa magnitud solo eran reconocibles por la severa pena que se les imponía, y era habitual esa etiqueta por parte de los tribunales, no por la legislación¹⁶. El Tribunal de Valparaíso parece haber estimado que la sanción disciplinaria descrita por parte de los marineros fue una especie de trato en extremo cruel, inhumano o degradante. La Corte se refirió al quebrantamiento del derecho natural y a un estándar mínimo de civilización, señalando que el castigo había roto algunos principios básicos de humanidad, que eran válidos en todas las circunstancias. En otras palabras, tal castigo disciplinario era contrario a los valores del género humano, compartidos por todos los Estados e individuos, y esta violación de normas elementales justificó excepcionalmente la intervención de la jurisdicción nacional. De esa forma, el tribunal aplicó el valor máximo de todo ordenamiento jurídico: la dignidad humana que protege, por ejemplo, a cualquier persona de sufrimientos excesivos e innecesarios. Interesante es que el tribunal no limitó este principio fundamental al *ius bellum*, como lo haría la Convención II de La Haya (1899) sobre las Normas y Costumbres de la Guerra Terrestre, sino que lo extendió a cualquier tipo de trato cruel a cualquier individuo, el *minimum standard* aplicable en cualquier caso y a todo individuo, del

¹³ Párrafo 4.

¹⁴ Hugo GROTIUS, *The Law of War and Peace*, p. 527.

¹⁵ Véase, Michael P. SCHARF, “Aut dedere aut iudicare”.

¹⁶ Isabel RAMOS VÁSQUEZ, “La represión de los delitos atroces en el derecho castellano de la Edad Moderna”, pp 255-299.

cual se comenzó a hablar en el siglo xx. En otras palabras, los indicios de la comisión de un “crimen atroz” (crímenes de lesa humanidad, diríamos hoy) justificaban la jurisdicción extraterritorial/universal de los tribunales chilenos para investigar los hechos denunciados. El Tribunal de Valparaíso declaró expresamente que, en el día a día, no tenía jurisdicción sobre naves mercantes extranjeras. Sin embargo, por la magnitud de los hechos denunciados, las autoridades chilenas tenían competencia para investigar lo ocurrido, incluso fuera del territorio chileno y, eventualmente, aplicar y hacer cumplir una sanción penal.

La decisión del tribunal fue recurrida y confirmada por la Corte Suprema, que reconoció que los principios del derecho internacional, derivados de los tratados ratificados por Chile con diferentes naciones¹⁷, especificaban que los buques mercantes extranjeros estaban fuera de la jurisdicción del Estado que controlaba el puerto de recalada, con algunas excepciones, y una de ellas era el ejercicio abusivo de los poderes disciplinarios de un capitán. Debido al nivel de crueldad del castigo alegado por los marineros¹⁸, el Tribunal de Valparaíso acertó, según la Corte, al iniciar la investigación penal. Sin embargo, el caso fue sobreseído porque las víctimas retiraron sus acusaciones. Los tribunales chilenos declararon en este caso que el ejercicio de la jurisdicción extraterritorial solo se podía ejercer en circunstancias excepcionales, ya que era una especie de intrusión en la soberanía de otro Estado, pero una prerrogativa legítima dada la gravedad de los hechos. Según la Corte, se trataba de una cuestión de derecho internacional que autorizaba (u obligaba) a las autoridades nacionales a intervenir, aunque no había conexión entre Chile y el evento ocurrido fuera de la jurisdicción estatal. Los tribunales justificaron su jurisdicción considerando la extrema seriedad de la infracción, con independencia del lugar de los hechos, del pabellón del buque y de la nacionalidad del

¹⁷ Se trata de los “tratados de amistad, comercio y navegación”, muy comunes en la época, que establecían normas recíprocas de comercio, tributos aduaneros, protección consular, arbitraje, etc. El tribunal hace una inducción y deriva un principio general del derecho de varias normas particulares concordantes.

¹⁸ El término *cruel and unusual punishment*, aparece en la Octava Enmienda de la Constitución de Estados Unidos (1791) declaró ilegítimo los “castigos crueles e inusuales”, que son los que causan excesivo sufrimiento o humillación que incluyen sistemas de ejecución y tortura en desuso y rechazados por la sociedad (hoguera, crucifixión, descuartizamiento, empalamiento, lapidación, castración, etc.). La idea se incorporado a muchas constituciones y tratados internacionales y regionales contemporáneos de derechos humanos. Curiosamente también, los tribunales chilenos antes de la codificación penal sentenciaban a castigos del derecho español medieval, técnicamente vigentes, pero seguidamente solicitaban el indulto conmutativo presidencial por considerarlas excesivas o contrarias al espíritu de los nuevos tiempos. Hay considerable jurisprudencia sobre la materia.

presunto imputado o de las víctimas. El Tribunal de Valparaíso se basó en el carácter universal del derecho internacional (un verdadero derecho natural) que justificaron una investigación penal. El esclarecimiento de un crimen atroz (hoy hablaríamos de tortura y tratos degradantes) era, a juicio de la Corte, parte del orden público internacional. Lo que en la actualidad llamaríamos normas de *ius cogens*: (norma imperativa) una especie de “super-costumbre” con *opinio iuris* reforzada de efectos *erga omnes*. En términos simples, es una regla superior basada en valores ampliamente aceptados como intangibles y fundamentales en derecho internacional por un amplísimo número de Estados e individuos. Su efecto es invalidar o derogar todo tipo de norma que la contradiga, cualquiera sea su fuente (art. 53 del Tratado de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969). El *ius cogens* establece que los Estados deben respetar determinados derechos fundamentales básicos y, en consecuencia, deben abstenerse de determinadas conductas. Es una especie de derecho superior y universal (no admiten acuerdo en contrario: no son negociables ni derogables) al cual deben ajustarse las normas dispositivas de derecho internacional; es un derecho que sirve de marco y límite para normas inferiores, un orden suprapositivo (derecho natural en términos simples). Se reconoce en la actualidad como: normas de *ius cogens* la prohibición de la piratería, guerras de agresión, la esclavitud y el tráfico de esclavos, los crímenes de guerra, el genocidio, los crímenes en contra de la humanidad en general, tortura, privación arbitraria de la vida, la aplicación de la pena de muerte a menores de edad, etc. (la lista es abierta)¹⁹. Nuestros tribunales se han referido con exactitud al *ius cogens* en las causas sobre violaciones a los derechos humanos durante el régimen militar²⁰. Al parecer, son normas que establecen principios de convivencia tan fundamentales que sin los cuales imperaría el caos y la brutalidad²¹. El tribunal alude también a principios

¹⁹ Véase Karen PARKER, “Jus Cogens: Compelling the Law of Human Rights”, p. 412 y ss.

²⁰ La casuística nacional puede encontrarse en Gonzalo AGUILAR CAVALLO, “Crímenes internacionales y la imprescriptibilidad de la acción penal y civil: referencia al caso chileno”, p. 147 y ss. Desde el punto de vista de la sociología jurídica, Alexandra HUNEEUS, “Judging from a Guilty Conscience: The Chilean Judiciary’s Human Rights Turn”, p. 99 y ss.

²¹ Nuestra Corte Suprema se ha referido a las normas de *ius cogens* como “derecho perentorio internacional (que) implica el rechazo *in limine* por las naciones civilizadas de injustos que repugnan a la conciencia humana y que constituyen crímenes contra la humanidad... Esta normativa deriva de conceptos jurídicos antiguos de un orden superior que las leyes del hombre y que las naciones no pueden contravenir habiendo sido aceptadas, sea expresamente por tratados o tácitamente por la costumbre, para proteger la moral pública en ellas contenidas... La contravención de estos preceptos afecta gravemente la conciencia moral de la humanidad y obliga, a diferencia del derecho consuetudinario tradicional, a la

de “civilización”. Una nación civilizada garantiza los derechos básicos y no tolera determinadas prácticas inhumanas; las naciones civilizadas se autoimponen estándares mínimos y hacen que estos se respeten. El juez no utiliza el término denotando xenofobia occidental, sino simplemente parece señalar que no considerar criterios de humanidad esenciales sería una práctica bárbara. Una sentencia impecable a la cual este humilde comentario no le hace justicia.

V. Texto completo de la sentencia

JUZGADO DE VALPARAÍSO

Valparaiso, mayo 8 de 1858.-

Autos i vistos:

Chímbai Lon i Chomaqui Rosa naturales de Canton i marineros de la barca norteamericana Monsoon, surta en esta bahía, se querellaron por el escrito de f. 1 contra el Capitan de dicho buque William Baker a consecuencia de que este por ciertas faltas que los que querellantes habían cometido a bordo, les había infligido el castigo de tenerlos durante cinco días colgados de los brazos i pies por medio de una cadena, sin darles otro alimento que tres bazos de agua al día; i que despues de esto habían sido arrojados en tierra sin que se les abonaran los salarios que tenían

comunidad internacional como un todo, independientemente de su rechazo, reconocimiento o aquiescencia... La doctrina las ha conceptualizado como aquellos dogmas o principios estructurales del orden internacional reflejo de valores fundamentales generalmente aceptados por la comunidad internacional que, en virtud de su carácter dominante, obligan a todos los Estados con independencia de su voluntad... Las reglas (de) *ius cogens* no son exclusivamente meros criterios directivos, ni juicios de valor simplemente, ni escuetos dictados de la razón, son auténticas normas jurídicas en sentido sustancial, pues suministran pautas o modelos de conducta. Existen con independencia de su formulación y cuando las leyes las recogen, o sea, las expresan en su fórmula, no quiere decir que se esté mudando su naturaleza verdaderamente jurídica, la cual, en definitiva, es independiente y autónoma de su consagración a nivel positivo... si bien es cierto que una de las más severas críticas que se plantean en contra de la noción del *ius cogens* es la vaguedad e indefinición de aquellas que la componen, no lo es menos que existen un conjunto de preceptos cuya determinación como tal no presenta discusión llamado *núcleo duro de normas de ius cogens* de derechos humanos, inderogables bajo cualquier circunstancia o excepción que generan obligaciones *erga omnes*... las reglas del derecho internacional generalmente aceptadas se entienden automática y globalmente incorporadas en el derecho interno, y deben ser aplicadas por los tribunales nacionales con preferencia al derecho interno”. “Contra Pinto Pérez”, p. 228 y ss.

desvengados. Admitida la querrela i mandada a recibir la correspondiente informacion se rindió la que corre de f. 3 a f. 6. No resultando de ella mérito bastante para proceder contra el capitan Baker se ordenó por el decreto de f. 3 vta. que el médico de ciudad reconociese a los querellantes (diligencia que tambien fue pedida por estos) a fin de que informarse sobre el estado de enfermedad i postracion en que decían encontrarse a consecuencia del castigo recibido. El médico para practicar esta diligencia tuvo que pasar a bordo del buque, porque los querellantes a solicitud del Cónsul de Norte-America habían sido tomados como desertores por la Capitanía de Puerto i despues de arrestados en la cárcel pública fueron trasladados a bordo de la “Monsoon”, cuyo capitan resistió el reconocimiento decretado. Se ordenó además que los querellantes fueran estraidos del buque tanto para el efecto indicado como por el hecho de tener contra el Capitan una querrela de vejaciones. Este decreto fué tambien desobedecido como el anterior. En consecuencia se libró el proveido de 3 del corriente por el cual se ordena al Capitán Baker cumpla con lo mandado bajo apercibimiento de imponérsele la pena de un mes de prision o cien pesos de multa, proveido que tuvo el mismo resultado que los anteriores. El dia 3 del mismo mes se decreto la prision del Capitan Baker por haber incurrido en el apercibimiento i se ordenó nuevamente la estraccion de los querellantes pidiendo el auxilio de la fuerza al señor Intendente de la provincia a fin de que lo mandado tuviera pronto i debido cumplimiento. En tales circunstancias, i habiendo sido negado el auxilio de la fuerza, el Ajente Fiscal requerido por la Intendencia, ha solicitado el sobreseimiento del proceso, en razon de que no resulta merito bastante para continuarlo, i en caso de negado entabla articulo de declinatoria de jurisdiccion, por no ser competente el juzgado para conocer en un asunto que considera de simple disciplina interna de la nave.

Considerando:

1. que los procedimientos del juzgado se han limitado solo i exclusivamente a la averiguacion del hecho denunciado sin que en manera alguna se haya declarado competente para la final resolucion de ese hecho;
2. que sin negar las atribuciones que competen al capitan de un buque para conservar el órden en el equipaje de la nave e imponer a los infractores las penas correccionales i por las reglas generales del derecho internacional, eso no impide con todo que las justicias territoriales puedan tomar conocimiento de los hechos que le son denunciados a fin de averiguar si con ellos se han excedido esas mismas atribuciones, cometiendo quizas un delito merecedor de una pena;

3. que de aceptar el principio contrario se incurriría en el absurdo de que so pretesto de disciplina interna de un buque, podría un capitán extranjero cometer faltas i crímenes en presencia misma de las autoridades sin que a estas fuera dado reprimirlas;
4. que el hecho de que ahora se trata i tal cual ha sido denunciado por los querellantes importa un delito atroz que repugna a la naturaleza i a los principios de civilización que nos rije;
5. que por lo mismo era un deber imprescindible del juzgado tomar todos aquellos datos que lo condujeron al esclarecimiento de la verdad ya sea para rechazar una falsa imputación ya para imponer al culpable el castigo que merecía por haber trasgredido sus facultades;
6. que en consecuencia el juzgado obra dentro de los límites de sus atribuciones al exigir que el capitán de la “Monsoon” permitiese el reconocimiento profesional de los querellantes como diligencias indispensables para completar el sumario, puesto que ella vendría a corroborar la querrela o haría desaparecer los indicios de culpabilidad que de esto se desprenden;
7. que al negarse el capitán Baker i al resistir con pertinacia la orden dada con aquel objeto incurrió en el apercibimiento que se le impuso, cometiendo una falta que nuestras leyes castigan severamente;
8. que de estas consideraciones fluye naturalmente la obligación en que se encuentra la autoridad política de prestar el auxilio de la fuerza que se le pidió con el fin de hacer respetar las decisiones judiciales dadas con arreglo a la ley; i
9. que en el estado actual del proceso no se puede proceder a su sobreseimiento por cuanto quedan por practicar las diligencias que se han indicado;

Se declara: que no ha lugar por ahora la declinatoria de jurisdicción interpuesta por el Ajente Fiscal ni el sobreseimiento que el mismo há solicitado. En consecuencia, requiérase nuevamente del señor Intendente de la Provincia el auxilio de la fuerza que se le tiene pedido.

Adolfo Ibáñez Gutiérrez.- Ante mi, Ibáñez.

CORTE SUPREMA

Santiago, mayo 11 de 1858.-

Vistos: i considerando:

1. que es un principio del derecho internacional reconocido por Chile en las Convenciones Consulares que ha celebrado con varias potencias, que las naves mercantes surtas en los puertos están exentas de la jurisdicción local en todos los actos concernientes a la policía interior; a no ser que figuren en ellos ciudadanos del país en que están surtas, o que se perturbe la tranquilidad pública, o que se hubieren mezclado individuos que no pertenezcan a la tripulación, o que mediare queja por hechos que importen un grave abuso de parte de los jefes del buque;
2. que refiriéndose en la querrela de f. 1 actos de crueldad ejercidos por el capitán contra los querellantes, ha debido el Juez del Crimen admitirla, para esclarecer si los hechos tenían o no el carácter de criminalidad que se les atribuía i en consecuencia conocer o abstenerse del conocimiento, con arreglo al principio enunciado;
3. que aun cuando del sumario resulta que hubo una detención correccional por faltas de disciplina, no aparecen justificados los actos de crueldad que se suponen, cuya circunstancia está también corroborada por el documento de f. 24 en que los querellantes se desisten de la acusación; se revoca el auto apelado de 8 del corriente, i se declara que debe sobreseerse la presente causa.

Devuélvanse i pásese al Supremo Gobierno oficio acordado.

Proveido por los señores Cerda.- Barriga.- Valenzuela.- -Bernales.
Está conforme, José de la C. Cisternas, Secretario.

Bibliografía

- AGUILAR CAVALLO, Gonzalo, “Crímenes internacionales y la imprescriptibilidad de la acción penal y civil: referencia al caso chileno”, en *Ius et Praxis*, año 14, n.º 2, Talca, 2015.
- CHARF, Michael P., “Aut dedere aut iudicare”, in Rüdiger WOLFRUM (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008.
- GIBBON, Edward, *The History of the Decline and Fall of the Roman Empire*, London J. Murray Publisher, 1887, vol. I.

- GROTIUS, Hugo, *The Law of War and Peace*, Oxford, Clarendon Press, 2013.
- HUNEUS, Alexandra, "Judging from a Guilty Conscience: The Chilean Judiciary's Human Rights Turn", in *Law & Social Inquiry*, vol. 35, issue 1, 2010.
- KÖNIG, Doris, "Flag of Ships", in Rüdiger WOLFRUM (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2008.
- PARKER, Karen, "Jus Cogens: Compelling the Law of Human Rights", in *Hastings International and Comparative Law Review*, vol. 12, No. 2, 1989. Disponible en https://repository.uchastings.edu/hastings_international_comparative_law_review/vol12/iss2/4 [fecha de consulta: 3 de septiembre de 2020].
- PARSONS, Theophilus, *A Treatise on Maritime Law*, Boston, Little Brown, 1859, vol. 2.
- RAMOS VÁZQUEZ, Isabel, "La represión de los delitos atroces en el Derecho Castellano de la Edad Moderna", en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, vol. XXVI, Valparaíso, 2004.

JURISPRUDENCIA CITADA

- Corte suprema, sentencia "Contra Pinto Pérez", casación fondo, en *Gaceta Jurídica*, n.º 321, Santiago, 2007.

Siglas y abreviaturas

arts.	artículos
ed.	editor
f.	foja
n.º	número
p.	página
pp.	páginas
ss.	siguientes
t.	tomo
UNCLOS	United Nations Convention on the Law of the Sea [Convención sobre el Derecho del Mar de las Naciones Unidas]
vol.	volumen
vta.	vuelta

Recensiones

Derecho Público Iberoamericano
Universidad del Desarrollo
N.º 18 | 2021

COLIN CRAWFORD AND DANIEL BONILLA MALDONADO (EDS.), *CONSTITUTIONALISM IN THE AMERICAS*, CHELTENHAM/NORTHAMPTON, MASSACHUSETTS, EDWARD ELGAR PUBLISHING LIMITED, 2018.

Juan Fernando Segovia

Colin Crawford¹ y Daniel Bonilla Maldonado², editan este extenso volumen: *Constitucionalismo en las Américas*, que es parte de la colección «Estudios en derecho comparado y cultura legal de la empresa que lo publica, dirigida a incrementar el conocimiento de las leyes de los pueblos en sus aspectos históricos, culturales e institucionales.

Ambos escriben una “Introducción” en la que observan el reciente constitucionalismo latinoamericano oscilando entre el mejoramiento de la democracia liberal y la transformación hacia una democracia radical, robustecido nacionalmente y por su incorporación internacional, si bien sigue siendo un caso de promesas no cumplidas del todo. En tanto, el constitucionalismo estadounidense, paradigma liberal, se dice está debilitándose o perdiendo importancia en el contexto internacional por cierto provincialismo. Las visiones acendradas del fallido constitucionalismo latinoamericano y del exitoso estadounidense parecen enfrentadas, aunque no sean más que estereotipos. Este es el trasfondo de los trabajos que componen el libro, que tienen en común –en una lectura entrecruzada– el interrogarse por los intereses que protegen las Constituciones, la función de estas en las democracias, el tema de la formación de las constituciones, y los préstamos constitucionales y las tradiciones locales.

El volumen consta de tres partes. En la primera se estudia “La relación entre el constitucionalismo latinoamericano y el de Estados Unidos”, que busca a dar respuesta a la pregunta de si las Constituciones del sur no son más que la reproducción y difusión del original modelo del norte.

¹Universidad de Tulane, USA.

²Universidad de Los Andes, Colombia.

Está desagregada en dos capítulos. Daniel Bonilla Maldonado enfoca “La política económica del conocimiento jurídico”, pues anticipa como presupuesto que la producción, intercambio y uso del conocimiento jurídico están regidas por la economía política, en el sentido de que la teoría, la doctrina y la práctica legales se generan, comercializan y consumen según reglas económicas, siguiendo el modelo del libre mercado. No deja de ser un modelo explicativo entre otros.

En “La geopolítica del constitucionalismo en Latinoamérica”, Jorge L. Esquirol³, estudia el papel de las cortes supremas en ambos extremos continentales para demostrar que la relación entre el caso estadounidense y el latinoamericano es diferente, tiene un diseño vertical y no horizontal: la Corte yanqui es permanente referencia de las latinoamericanas y no a la inversa, lo que demostraría la dependencia del constitucionalismo de estas para con aquella, que sería motivo de la idealización del estadounidense y del crudo realismo de las latinoamericanas. Desde otra perspectiva comprueba algo archisabido en las historias constitucionales.

“El constitucionalismo latinoamericano” constituye la segunda parte, distribuida en cuatro capítulos que expurgan críticamente el paradigma liberal y el caso radical del que se habló. Roberto Gargarella⁴ abre el fuego en un estudio comparativo del constitucionalismo americano y latinoamericano en el cual se reflexiona sobre las similitudes y las diferencias. Para nuestro colega del Conicet, no obstante que las Constituciones latinoamericanas debutan siguiendo la matriz yanqui, se separan de ella en tres asuntos: las declaraciones de derechos son mucho más amplias, el presidencialismo es mucho más firme y la centralización territorial más marcada a favor de esa concentración de poder. Se explicaría así que el constitucionalismo estadounidense sea más progresista, frente al latinoamericano de cariz más conservador. La tesis de Roberto Gargarella es conocida y no deja de ser cierta, sin embargo, parece que hay otros factores que pueden contrapesar el resultado, algunos provenientes de la historia y otros de las ideologías, por ejemplo. Y si se atiende a ello, puede, incluso, revertirse la conclusión. Hacerlo llevaría otro trabajo.

Enseguida, bajo el rótulo “¿Una vuelta al futuro? El retorno de la soberanía y del principio de no intervención de los asuntos internos de los Estados en el ‘constitucionalismo radical’ de Latinoamérica”, Javier Couso⁵ estudia los casos de Bolivia, Venezuela y Ecuador bajo tres aspectos: el compromiso con los derechos humanos a escala universal, el principio

³ Florida International University, USA.

⁴ Universidad Torcuato Di Tella, Argentina.

⁵ Universidad Diego Portales, Chile.

de la soberanía nacional y la defensa de la autodeterminación y de la no intervención del derecho internacional. Para el autor este nuevo constitucionalismo expresaría el desacuerdo con la política estadounidense lesiva de los derechos de las naciones latinoamericanas, aunque al mismo tiempo vuelve al constitucionalismo radical en contra de los derechos humanos reconocidos internacionalmente. La paradoja, se entiende, puede tener otras explicaciones, en particular si se examinara más de cerca el constitucionalismo como “fachada”, incluso el de estilo liberal, que se yergue sobre los mismos principios que así se declaran del “radical”. Se estima que este último no es otra cosa que una “narrativa” de desacuerdos sin renunciar al positivismo jurídico, y por eso una bonita y desvergonzada “fachada”.

Compete a Francisca Pou Giménez⁶ estudiar el caso mexicano de un “Constitucionalismo viejo, nuevo y no encuadrable” o suelto (*unbound*). Su tesis es que, no obstante que el rasgo típico del constitucionalismo en México ha sido el “reformismo”, calcado a partir de 1917, sus resultados han sido sucesivas reformas controladas desde arriba, por lo tanto no radicales, que es por lo que aboga.

David Landau⁷, por su parte, examina la relación entre los derechos económico-sociales y las Cortes mayoritarias en América Latina, es decir, la cuestión de la judicialización de los derechos que, admitida esta, tiene, sin embargo, poca repercusión en los niveles de justicia social. Para el autor una explicación proviene de que las Cortes son conservadoras y protegen los intereses de turno, que son los mismos que los de los poderosos, no obstante que el reconocimiento de tales reclamos aproxima el derecho a los sectores populares. Puede que sea así, aunque no en todos los casos, pues un factor que escapa a su análisis es la situación económica de los países de la región, que no siempre permite satisfacer tales demandas, de donde podría decirse, no sin un dejo de crítica, que esas Cortes conservadoras suelen ser “cínicamente realistas”.

En torno a “El constitucionalismo de los Estados Unidos en el siglo XXI”, más en específico, acerca de la influencia declinante del constitucionalismo yanqui en Latinoamérica. David S. Law⁸ y Tom Ginsburg⁹ realizan un estudio cuantitativo del constitucionalismo latinoamericano del último medio siglo vinculado al modelo estadounidense, en tres áreas: la influencia de la Constitución estadounidense misma, el control del Ejecutivo sobre los otros poderes del Estado y la violación de los

⁶ Instituto Tecnológico Autónomo de México.

⁷ Florida State University, USA.

⁸ Washington University in St. Louis, USA.

⁹ University of Chicago, USA.

derechos humanos. Los resultados son desiguales: ha ido perdiéndose el influjo constitucional yanqui, ha disminuido el control del Ejecutivo y ha aumentado la garantía de los derechos, todo lo cual redundaría en una aproximación del constitucionalismo latinoamericano a la realidad social del hemisferio, rompiendo el hiato que antes era motivo de censura. Desde una mirada crítica, solo se puede decir que la conclusión es indulgente y que se sostiene en premisas ingenuas. Sin ánimo de extender en demasía, si se toma el caso argentino y se mira los poderes presidenciales ampliados en 1994, el deterioro del federalismo, la morosidad de la Corte, etc., no podría nunca concluir de manera tan abrupta e infantil.

En “La difusión global del pensamiento jurídico norteamericano: influencia cambiante, seguridad nacional y la crisis de la educación jurídica” Fernanda Nicola¹⁰, dice lo contrario del anterior trabajo sobre la influencia del constitucionalismo yanqui en el del sur: no ha decrecido y se mantiene tan gravitante como en el siglo XX. Las razones que expone (las doctrinas de los derechos, el entrenamiento legal y la formación de las élites jurídicas) parecen darle la razón: no hace falta citar un fallo de la Corte como el de John Marshall ni un antiguo jurista yanqui como Benjamin Curtis, basta con leer a John Rawls o Ronald Dworkin y repetirlos, estudiar un MBA en Estados Unidos y luego volver al país de origen para que todo siga como antes estaba. Porque antes copiaban, ahora les forman la cabeza y les sacan dinero.

El último capítulo, a cargo de Tanya Katerí Hernández¹¹ considera los límites de la igualdad racial en Estados Unidos sin un derecho constitucional al trabajo, y en Latinoamérica, que dice expresamente es un “experimento mental”. El punto es que, mientras los países del sur poseen un reconocimiento amplio del derecho a trabajar, en el del norte no hay tal admisión formal, lo que inhibe la judicialización del derecho en cuestión, dando lugar al prejuicio racial y la vulnerabilidad de los trabajadores. El tema es de interés, pero deja la falsa impresión que el problema se arreglaría si los yanquis metieran en letras de molde el susodicho derecho; falsa –se dice–, porque por estos reinos se admite el derecho, pero las condiciones y problemas laborales son tan grandes o mayores que en aquel otro, incluso, la discriminación racial.

Escrito desde una perspectiva crítica, aunque no compartida, se sabe que el tradicionalismo está en las antípodas del constitucionalismo, el libro tiene significativo valor, incluso si hay colaboraciones más ideológicas que otras; y dicho ello más allá de ciertos nuevos modelos que

¹⁰ Facultad de Derecho de Washington, American University, USA.

¹¹ Facultad de Derecho de Fordham, USA.

fungeren de “dogmática constitucional super actual”, pero que no pasan de ser la repetición de viejas argumentaciones servidas en un nuevo envase. Valorar estas (como esa del constitucionalismo radical o aquella otra del modelo económico de las decisiones jurídicas) escapa a una reseña, pues requeriría de un espacio del que no se dispone. Quede, por tanto, la impresión general favorable.

Sigla y abreviaturas

Conicet	Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas de Argentina
eds.	editores
etc.	etcétera
MBA	Master Business Administration
St.	Saint
USA	United State of America

MIGUEL AYUSO, *TRADICIÓN POLÍTICA E HISPANIDAD*, MADRID, CONSEJO DE ESTUDIOS HISPÁNICOS FELIPE II, 2020.

Juan Fernando Segovia

En la colección *De Regno*, la publicación última de Miguel Ayuso, toca una cuerda que traerá sacudidas. Los trabajos aquí reunidos están ligados a Argentina, pues tres de ellos fueron expuestos en este país, despertando, en su momento, reacciones negativas. Por qué fue así y por qué lo será, lo esclareceremos en esta reseña, que no pretende de profecía.

Miguel Ayuso no tiene necesidad de ser presentado. Sin embargo, baste decir nada más que es un hombre coherente, consecuente y valiente. No es ofensivo a fuer de sincero y prudente en la expresión de sus juicios. Si era necesario ratificarlo, este libro sirve de prueba: es fiel y digno heredero de sus maestros, título que lo hace el abanderado insobornable del carlismo en nuestros días. Y decimos esto porque el libro trata directamente y sin tapujos sobre el carlismo en tanto que encarnación de la tradición política de las Españas.

El libro consta de cuatro capítulos a los que precede una presentación que enlaza con el asunto del primero: “El ‘otro’ bicentenario. Hacia una revisión de la historia contemporánea del mundo hispánico”. Largo título para un ceñido y justo estudio sobre los bicentenarios, porque el autor hace más de una década había advertido que se venían varios bicentenarios, comenzando por el de la guerra contra Napoleón y los franceses invasores (1808), luego el de las guerras independentistas (1810 en adelante), siguiendo por el de la constitución de Cádiz (1812) y cerrando con el nacimiento del carlismo (1833). El estudio de este largo proceso lleva al autor a revisar la historia para descubrir entre ellos un nexo causal en el que está en juego el signo de España, su significado político-espiritual, lo que Eric Voegelin diría su representación, lo que España representa en el contexto del mundo moderno.

La materia es central y será hallada en el resto del texto. Lo que España significa está ya anunciado en la liberación de los franceses, no

por franceses sino por herejes. Como apuntara Rafael Gamba, la guerra de independencia española debería ser entendida como una “guerra de religión”. Y esto explica lo que España representa: la vivencia personal y colectiva de la religión católica, vivencia sin quiebres (pero con fisuras) desde los tiempos antiguos hasta el siglo XIX. Es vital que así se diga, que España es ininteligible sin la religión católica; y es razonable que la historiografía combata tal definición y silencie a quienes la defienden, porque como dice Miguel Ayuso esa ciencia está ganada por el liberalismo. Y esto vale también para América: las guerras civiles de las independencias están forjadas con el yunque liberal, de modo que el “prejuicio” nacionalista batalla en contra la “piedad” patriótica. Se ve ya la punta del ovillo que aprovecharán, como aprovecharon antes, los que quieren destejer la madeja.

En el segundo capítulo, “Qué es el carlismo”, Miguel Ayuso nos hace una apretada presentación de la historia del carlismo (los defensores de Carlos, heredero legítimo al trono a la muerte de Fernando VII); lo conceptualiza como la tradición hispánica; expone los lemas de la doctrina carlista: “Dios - Patria - Fueros - Rey”; y se esfuerza en hacernos comprender qué significa el carlismo para España y América. Recurriendo a tesis (que más adelante explana) de Francisco Elías de Tejada y Rafael Gamba, define tajantemente a España como lo contrario a Europa, es decir, a esa argamasa hecha de protestantismo, estatismo, absolutismo y positivismo. Luego, el fino hilo dorado de las Españas, que vive en el carlismo y del carlismo, está entrelazado con el catolicismo, el foralismo, la monarquía legítima y la ley divina natural.

De ahí que España se haya constituido en una “cristiandad menor”, de reserva, pero no devaluada; menor por acosada y acorralada, por volverse el refugio de la Cristiandad, su reservorio y, a pesar de ello, se convierte también en la expansión de la Cristiandad con el descubrimiento y la evangelización de América, como si al dar la espalda a Europa en los Pirineos, vuelta la vista al océano, haya abierto el nuevo horizonte de la fe. Por cierto que, como bien señala Miguel Ayuso, a partir de la revolución liberal del siglo XIX, esa cristiandad menor devino una “cristiandad mínima”, alojada en la Comunión Tradicionalista, que reunía a las huestes carlistas. Y, además, lo destaca el autor, el achicarse del carlismo tras las guerras civiles, está marcado por un cambio significativo: ha pasado de una vivencia popular a ser una teoría.

Esto último es la materia del tercer capítulo: “Carlismo y tradición política hispánica” en el que Miguel Ayuso, en páginas brillantes y vibrantes, desarrolla esa conversión del carlismo en teoría de la tradición política de las Españas. Trazando la historia que va de las tres guerras carlistas

a la mitad del siglo xx, el autor presenta nombres, discurre momentos, muestra las tentaciones y los desvíos, aplaude los reencuentros, examina los problemas sucesorios, pinta un ambiente de incertidumbre propicio a toda clase de posibilismos. Son páginas vivaces de historia contemporánea hasta llegar al rey Sixto, en un contexto de enfrentamiento del régimen de Francisco Franco con la Comunión Tradicionalista, y un retroceso del catolicismo en su pureza a causa del Concilio Vaticano II.

En este cuadro, presenta tres grandes teóricos del carlismo: Elías de Tejada, con su visión histórica, que contrapone España a Europa; Rafael Gamba que, con una visión psicológica, recurre a la historia para mostrar la firme identidad de catolicismo y tradición española asumida en el carlismo, “síntesis vital de las tradiciones de la patria” y Francisco Canals, que aporta una visión genética, en la que la tradición es la esencia de España y el carlismo su existencia, de modo que, negado este, España se vuelve un ideal y, también, si negada aquella, el carlismo se convertiría en “una bola sin manija”, como popularmente se dice.

Y todo este examen enriquecido por el recuerdo y las citas de otro gran intelectual carlista, singular él, Álvaro d’Ors. Bien vale releer las páginas conclusivas del trabajo de Miguel Ayuso en las que muestra la actualidad del trilema carlista y sus ventajas para las Españas de estos días: unidad católica, gran espacio y régimen foral, monarquía legítima.

Llegamos así al final ¿Podemos los españoles de América encontrar en el carlismo la cura a nuestras taras espirituales y el remedio a nuestro desquicio político? ¿Es posible un “Carlismo para hispanoamericanos”? Así lo cree el autor y nosotros también. Pero hay una tropa hostil, al menos en Argentina, que cree ver en esta idea un intento imperialista peninsular que haría retrogradar nuestra historia independiente.

Hay que leer con detención el capítulo, en especial los apartados quinto “Historias paralelas”; sexto “...y políticas paralelas” y séptimo “El carlismo como diferencia”, porque en ellos están las razones del malentendido y de la mala voluntad, de ayer, de hoy y quizá de mañana. A este pelotón de escribas no le gusta la crítica a la asociación de independencia hispanoamericana con la revolución liberal, tampoco tragan la crítica al nacionalismo nacido de esos conatos. Hace tiempo defendieron una y otra postura con argumentos unas veces sentimentales y otras viscerales, no tanto racionales, que llegaron, incluso, a la injuria personal, usando de argumentos *ad hominem* y mordiendo la mano que le había dado de comer.

A este problema nos referíamos al reseñar otro libro de Miguel Ayuso, *La Hispanidad como problema*, que apareció en el número 16 de *Fuego y Raya*. Al menos en Argentina, el ejercicio de revisión histórica, salvo algunos pocos casos, se detiene en los umbrales de la revolución independentista,

pórticos que no se traspasan ni se cuestionan. Sin embargo, la respuesta de esta gente tiene un alto contenido voluntarista, como dijeran que las independencias son buenas porque nos hicieron naciones independientes (brillante tautología), o que esas independencias son justas porque era hora de ser independientes, o que España era por entonces (como si nosotros no hubiéramos sido parte de España) una bolsa de vicios y defectos (como si estos justificaran un parricidio), o...

No encuentran estos científicos de la historia una respuesta al dilema: como nacionalistas pretenden de antiliberales, pero como independentistas acérrimos se convierten en lo que pretenden no ser. Y todo ello, sin renunciar al “hispanismo”, no al carlismo, sino a la España de Francisco Franco y Miguel Primo de Rivera, como hemos tenido ocasión de oír en las clases de más de un profesor hispanista.

En fin, concluyamos. Conocía los trabajos que Miguel Ayuso ha reunido en este libro. Ahora, al releerlos y anotarlos, advertimos la seriedad y la densidad intelectual de ellos, tanto como la alteza espiritual de su autor y de la tradición en la cual abreva y que él enriquece. Aplaudimos el tino y el coraje de nuestro querido amigo y maestro Miguel Ayuso de publicar nuevamente estos textos, con la esperanza que opere el convencimiento de algunos de esos que mostraron tanto celo amargo.

Instrucciones para los autores

Derecho Público Iberoamericano

Universidad del Desarrollo

N.º 18 | 2021

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 inscribiéndose como autor en la página web de la revista: <https://revistas.udd.cl/index.php/RDPI/index>. Complementariamente, pueden ser adjuntados de forma directa al correo electrónico rdpi@udd.cl o a jalvear@udd.cl

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 2021
por Versión Producciones Gráficas
Santiago de Chile

