







**Universidad del Desarrollo**  
Facultad de Derecho

**DERECHO PÚBLICO IBEROAMERICANO**  
**REVISTA DEL CENTRO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL**

**N.º 20**  
**ABRIL DE 2022**

*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 X • N.º 20 • ABRIL DE 2022

ISSN 0719-2959

---

PRESENTACIÓN

7

---

ESTUDIOS

PROBLEMAS DEL CONSTITUCIONALISMO

*Patricia Santos Rodríguez*

De los derechos de las mujeres al feminismo constitucional.

Análisis crítico a través del derecho comparado

13

*Valentina Verbal*

La modernidad en disputa.

La temprana ruta chilena al constitucionalismo

(1823-1833)

43

*Gonzalo Carrasco Astudillo*

Algunos riesgos de la legitimación del derecho

por vía del consenso y el procedimiento

69

*Alejandro Lagos Torres*

¿Puede una Constitución modificarse tácitamente?

Análisis comparado al problema de la modificación tácita de la Constitución

y la jerarquía normativa de los tratados en Chile

89

UNA CRÍTICA A LA ILUSTRACIÓN

*Juan Fernando Segovia*

Immanuel Kant, la Ilustración, el individuo y el Estado.

Examen y crítica

137

## COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

*Luis Alejandro Silva Irrázaval - Gustavo Adolfo Díaz Sáez*

Jueces haciendo política:

La redefinición del concepto de 'ciudadanía'.

Comentario a la sentencia de la Corte Suprema Casilla con Junji,  
rol 43.005-2017 del 18 de abril de 2018

201

*Rodrigo Céspedes*

Contribuciones de guerra durante la ocupación de Tacna:

El caso Vargas (1907)

225

## RECENSIONES

*Juan Fernando Segovia*

*The Russian Revolution as ideal and practice. Failures, legacies and the future of revolution,*  
*Cham, Palgrave MacMillan*

de Telios Thomas, Dieter Thomä & Ulrich Schmid (eds.)

233

*Juan Fernando Segovia*

*¡Subversión! Conversaciones con Srećko Horvat,* de Alfie Bown

241

*Juan Fernando Segovia*

*Crisis civilizatoria. Experiencias de los gobiernos progresistas  
y debates en la izquierda latinoamericana,* de Edgardo Lander

247

*Juan Fernando Segovia*

*The new despotism,* de John Keane

255

## INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

261

## PRESENTACIÓN

*Derecho Público Iberoamericano* presenta su vigésimo número. En esta ocasión hemos reunido importantes colaboraciones de especialistas de España, Argentina y Chile.

Distribuimos los estudios científicos en dos áreas: “Los problemas del constitucionalismo” y “Una crítica a la Ilustración”.

En el ámbito de los “Los problemas del constitucionalismo” incluimos cuatro trabajos. El primero es de la profesora española doctora Patricia Santos Rodríguez y se denomina “De los derechos de las mujeres al feminismo constitucional. Análisis crítico a través del derecho comparado”. El título es decidor y nos conduce a un análisis serio de un problema de máxima actualidad. En segundo lugar publicamos un estudio de la profesora Valentina Verbal sobre “La modernidad en disputa. La temprana ruta chilena al constitucionalismo (1823-1833)”. El trabajo apunta a problematizar las omisiones frecuentes en que incurre la historiografía sobre este periodo.

Damos a conocer, asimismo, el estudio del profesor Gonzalo Carrasco acerca de los riesgos de la legitimación del derecho por la vía del consenso y del procedimiento, a propósito de las concepciones democráticas inmanentistas que se impulsan en nuestro país. También publicamos el estudio del profesor Alejandro Lagos sobre el problema de la modificación tácita de la Constitución, con particular atención a la jerarquía normativa de los tratados internacionales.

En el área de “Una crítica a la Ilustración” damos a luz la investigación del catedrático argentino doctor Fernando Segovia titulada “Kant, la Ilustración, el individuo y el Estado. Examen y crítica”. En ella el autor analiza la idea kantiana de la Ilustración en el cuadro de la Modernidad, para luego penetrar en algunas de sus ramificaciones: el uso público de la razón, la intersubjetividad racional, el contractualismo hipotético, el constitucionalismo, la república liberal y la libertad negativa o autonomía.

En la sección “Comentarios de Jurisprudencia” hemos recibido dos interesantes análisis. El primero del profesor doctor Luis Alejandro Silva en colaboración con Gustavo Adolfo Días sobre el activismo judicial. Se denomina “Jueces haciendo política: la redefinición del concepto de ciudadanía. Comentario a la sentencia de la Corte Suprema Casilla con

Junji (2018)”. El segundo aporte viene de la mano del profesor doctor Rodrigo Céspedes, del Max Planck Institute, y trata de una sentencia histórica: Contribuciones de guerra durante la ocupación de Tacna: el caso Vargas (1907).

Finalmente, en las “Recensiones” publicamos cuatro reseñas de autoría del profesor Fernando Segovia: de Thomas Telios, Dieter Thomä y Ulrich Schmid (ed.), *The Russian Revolution as ideal and practice. Failures, legacies, and the future of revolution*; de Alfie Bown, *¡Subversión! Conversaciones con Srećko Horvat*; de Edgardo Lander y Santiago Arconada Rodríguez, *Crisis civilizatoria. Experiencias de los gobiernos progresistas y debates en la izquierda latinoamericana*; y de John Keane, *The new despotism*.

Dr. Julio Alvear Téllez  
Director



# Estudios

---

Derecho Público Iberoamericano  
Universidad del Desarrollo  
N.º 20 | 2022



# Problemas del constitucionalismo



# DE LOS DERECHOS DE LAS MUJERES AL FEMINISMO CONSTITUCIONAL. ANÁLISIS CRÍTICO A TRAVÉS DEL DERECHO COMPARADO

## FROM WOMEN'S RIGHTS TO CONSTITUTIONAL FEMINISM: A COMPARATIVE LAW CRITIQUE

*Patricia Santos Rodríguez\**

### *Resumen*

El estudio trata de responder a la pregunta sobre la pertinencia de incluir explícitamente los derechos de las mujeres en las constituciones contemporáneas. Ofrece una aproximación historiográfica a estos primeros derechos, como parte esencial del principio de igualdad, hasta su actual reivindicación de ser incorporados a los textos jurídicos fundamentales. Se describe la transformación del contenido de dichos derechos por influencia de los movimientos feministas, y se analiza el nuevo feminismo constitucional, en sus raíces antropológicas y consecuencias jurídicas.

Palabras clave: derechos de las mujeres, feminismo constitucional, feminismo jurídico, derecho constitucional comparado.

### *Abstract*

The study tries to answer the question about the meaning of including women's rights in contemporary democratic constitutions. It offers a historiographic approach that runs through the first legal recognitions of women's rights as an essential part of the principle of equality until the current claim of their incorporation to fundamental legal texts. The transformation of women's rights in the second half of the twentieth century is described by the influence the feminist movements, and the

---

\* Doctora en Derecho. Profesora titular en la Universidad CEU San Pablo de Madrid. Artículo recibido el 7 de noviembre de 2021 y aceptado para su publicación el 2 de marzo de 2022. Correo electrónico: psantos@ceu.es

new constitutionalist feminism is analysed, from its anthropological roots and legal consequences.

Keywords: Women's rights, constitutional feminism, legal feminism, comparative constitutional law.

## *I. Historiografía de los primeros derechos de las mujeres: Origen y expansión*

### *1. PRIMERAS EVIDENCIAS DE LOS DERECHOS DE LAS MUJERES EN LA HISTORIA MODERNA*

Los derechos de las mujeres aparecieron como una cuestión social (por tanto, prelegal) en la historia del feminismo estadounidense. El 13 de julio de 1848 marcaría el inicio del primer movimiento social feminista. Todo comenzó con una reunión informal de un grupo de mujeres en la casa de Elisabeth Cady Stanton, en Seneca Falls, que se convirtió en el detonante del curso posterior de los acontecimientos en la historia del feminismo. El 19 y el 20 de julio del mismo año convocaron formalmente una reunión pública bajo el título: “Convención para discutir la condición social, civil y religiosa y los derechos de la mujer” en Séneca Falls, New York. La discusión se centraba en el debate acerca del cumplimiento de los derechos reconocidos por la Declaración de Independencia de Estados Unidos, analizando de modo crítico los aspectos cuya aplicación no alcanzaba en la práctica a las mujeres estadounidenses, concretamente en el ámbito familiar y en el tributario. Así vio la luz la Declaración de Sentimientos<sup>1</sup>, el documento final de aquella Convención.

La Declaración denunciaba algunas situaciones de desigualdad frente a la ley, por ejemplo, la incapacidad jurídica de aquellas, para gozar de propiedades, mientras que fiscalmente contribuían como los hombres. De igual forma se manifestaba la diferente capacidad legal entre sexos en el ámbito familiar, pues las mujeres casadas devenían sujetos de derecho legalmente inferiores tras el matrimonio. Dicha inferioridad se extendía, incluso, a los casos de divorcio, donde las leyes de custodia de los hijos favorecían a los hombres, negándole cualquier derecho sobre sus hijos en esas circunstancias<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Sebastian Till BRAUN & Michael KVASNICKA, *Men, Women, and the Ballot. Gender Imbalances and Suffrage Extensions in US States*, pp. 8-9.

<sup>2</sup> Véase por todos, E. Cady STANTON, *A History of Woman Suffrage*.

La Declaración también consideraba ciertas desigualdades en el plano social y político, situándolas en una suerte de limbo jurídico y político: por ejemplo, señalaba que las mujeres tenían que obedecer las leyes, pero no podían intervenir en su discusión ni votación final; se mostraba el inexistente derecho de sufragio femenino (tanto activo como pasivo); la ausencia de derecho al trabajo fuera del hogar y, si se les concedía una ocupación, tenían derecho solo a una fracción de lo que ganaban los hombres. Esta situación era consecuencia de otra carencia, la del derecho a recibir una educación superior (ningún *college*, ni universidad, las aceptaba). Desde la perspectiva social-religiosa, el documento afirmaba que, salvo algunas excepciones, las mujeres carecían de derecho a participar en la gestión y organización de los asuntos de las iglesias locales<sup>3</sup>.

En resumen, la Declaración se hacía eco de una profunda preocupación social de aquel núcleo, cuyos sentimientos fueron rápidamente compartidos y asumidos por todos los firmantes (sesenta y siete mujeres y treinta y un varones). La crisis jurídica ponía de manifiesto una más profunda, de raíz social. Ellas consiguieron movilizarse y alertar la conciencia social ante ciertas estructuras que les hacían depender de los hombres<sup>4</sup>. El documento de Séneca Falls se convirtió en una referencia obligada dentro de la primera ola del movimiento feminista estadounidense, sirviendo como detonante de los cambios legales y políticos posteriores, en Estados Unidos y en el resto de los países de la *Commonwealth*<sup>5</sup>.

El análisis del origen histórico de esta primera ola del feminismo legal quedaría incompleto sin otras referencias a circunstancias y personajes del viejo continente. Las raíces de este fenómeno, en el ámbito europeo asumen voces y orígenes distintos según las circunstancias de los países de donde emergen. Destacan dos naciones cuya influencia en el avance legal de este movimiento será decisiva para el de otros países: Inglaterra y Francia. La obra *Una reivindicación de los derechos de la mujer*, de Mary Wollstonecraft en 1793 fue pionera en la denuncia de ciertas restricciones que pesaban sobre las mujeres en temas políticos y morales en Inglaterra. Por otra parte, parece que la palabra 'feminista' fue acuñada en Francia, a principios del siglo XIX, por el filósofo utópico Charles Fourier<sup>6</sup>, si bien la apelación a la igualdad entre ambos sexos ya había sido publicada en los

---

<sup>3</sup> STANTON, *op. cit.*

<sup>4</sup> Paul HALSALL, "The Declaration of Sentiments, Seneca Falls Conference, 1848".

<sup>5</sup> Véase por todos, Geneviève FRAISSE & Michelle PERROT, *A History of Women in the West*, vol. 4: Emerging Feminism from Revolution to World War.

<sup>6</sup> Leslie F. GOLDSTEIN, "Early Feminist Themes in French Utopian Socialism: The St.-Simonians and Fourier", p. 99.

escritos de la francesa Olympia de Gauges, precursora del movimiento feminista ilustrado<sup>7</sup> en París.

## 2. LOS DERECHOS DE LAS MUJERES EN EL SIGLO XIX: PRIMERA Y SEGUNDA OLAS DEL FEMINISMO LEGAL

En esta primera ola, los derechos reclamados fueron: El derecho a recibir el mismo salario, a la educación y a la libertad de pensamiento; el derecho a la propiedad, a celebrar contratos, a tener los mismos derechos que los hombres en el matrimonio y a disfrutar de la baja por maternidad en el trabajo. Como se verá a continuación, estos derechos fueron reconociéndose mediante disposiciones legales locales, luego nacionales, que contribuyeron a garantizar la presencia social femenina y el reconocimiento de su igualdad con los hombres en los espacios públicos y en la familia<sup>8</sup>. La conquista de estos derechos se obtuvo paulatinamente, y con carácter local: No hubo una genérica “Carta de derechos de las mujeres”, sino una serie de batallas legales por el reconocimiento de todos o algunos de los derechos mencionados en cada ciudad o Estado.

La segunda ola se ha relacionado tradicionalmente con el reconocimiento formal del derecho al voto de las mujeres, uno de los derechos más difíciles de conquistar debido al significado y efectos políticos que conlleva. Junto con el derecho al voto, los derechos reclamados y conquistados en esta segunda ola buscaban garantizar la participación en la vida social y política. Obtenido el derecho al voto, resultaba natural que pudieran ejercer otros derechos típicos de la ciudadanía como, por ejemplo, los derechos a participar en la elaboración de las leyes, a ejercer cargos públicos, a ser elegidas democráticamente, a reunirse en asambleas pública, a ser parte de la educación pública y del quehacer científico, y hasta el derecho a servir en el Ejército<sup>9</sup>.

Puede afirmarse que el movimiento feminista inicial de la primera y segunda olas, desencadenado en Estados Unidos e Inglaterra, tuvo origen en problemas sociales y culminó con el reconocimiento jurídico de algunas facultades económicas y políticas de las mujeres, en pie de igualdad con los ciudadanos varones<sup>10</sup>.

<sup>7</sup> Olivier BLANC, *Une Femme de Libertés: Olympe de Gouges*, pp. 1-8; Carla HESSE, *The Other Enlightenment: How French Women Became Modern*, p. 42; Joan WOOLFREY, “Olympe de Gouges (1748-1793)”.

<sup>8</sup> Bárbara CAINE y Glenda SLUGA, *Género e historia: mujeres en el cambio sociocultural europeo, de 1780 a 1920*, pp. 22-23; Fran P. HOSKEN, “Towards a Definition of Women’s Rights”, pp. 1-10.

<sup>9</sup> Mary NASH, *Mujeres en el mundo. Historia, retos y movimientos*, p. 90.

<sup>10</sup> Verena STOLKE, “La mujer es puro cuento: la cultura del género”, pp. 79-81.



Este mismo movimiento, desarrollado en la Francia del siglo XIX, se caracterizó por la defensa de la emancipación de la mujer a partir de unos fundamentos antropológicos que serán retomados por la tercera ola de feminismo en ese mismo país (Simone de Beauvoir). Ambos movimientos sociales (el anglosajón y el francés) ejercerán una fuerte influencia en el desarrollo posterior (tercera y cuarta olas) en el resto del mundo.

### 3. HISTORIOGRAFÍA DE LOS DERECHOS DE LAS MUJERES RECONOCIDOS EN EL SIGLO XIX

El origen del reconocimiento de aquellos primeros derechos debe buscarse en un conjunto de conquistas legales, dispersas por los territorios, graduales en sus contenidos y esforzadas en su consecución. Hoy, son parte del acervo jurisprudencial constitucional de las democracias modernas y se conciben como una aplicación lógica de los principios jurídicos de no discriminación y de igualdad.

Se presenta a continuación una descripción resumida del reconocimiento de aquellos primeros derechos siguiendo su propia cronología y expansión, tal como se ha podido verificar en sus registros legales, desde 1800 hasta 1900. Los países de referencia, desde el punto de vista historiográfico, son: Suecia, Francia, Estados Unidos, India, Reino Unido, Noruega, Dinamarca, Costa Rica, Italia y Finlandia.

#### 3.1. El ejemplo sueco

Suecia fue un país pionero en su reconocimiento de los derechos de las mujeres al menos desde 1718<sup>11</sup> hasta inicios del siglo XX. Probablemente, circunstancias como la dureza del clima y la escasez demográfica, la necesidad de mano de obra fuera del hogar y la práctica del comercio, ayudaron desde un punto de vista práctico a contar con ellas, como sujetos iguales en términos jurídicos, económicos, sociales y políticos.

Las mujeres suecas que pagaban impuestos tenían derecho de sufragio activo y pasivo dentro de los términos municipales; las solteras, normalmente bajo la tutela del pariente masculino más cercano, podían obtener el derecho a ser declaradas mayores de edad solicitando una dispensa al Rey. Todas tenían derecho a participar en el comercio y a obtener el permiso para ser vendedor ambulante en Estocolmo. A principios del siglo XIX, obtuvieron derecho al permiso de fabricación y venta de velas;

---

<sup>11</sup> Åsa KARLSSON SJÖGREN, "Women's Voices in Swedish Towns and Cities at the Turn of the Twentieth Century: municipal franchise, polling, eligibility and strategies for universal suffrage", pp. 388-389.

posteriormente, todas las mayores de edad legal pudieron obtener permiso para trabajar en cualquiera de las profesiones gremiales (por Ley de reforma de la *Fabriks och Handtwerksordning y Handelsordningen* del 22 de diciembre de 1846).

En 1842 se estableció la escuela primaria obligatoria para ambos sexos en todo el territorio sueco. En 1856, las mujeres suecas fueron admitidas como estudiantes en la Real Academia de Música, y como funcionarias de las instituciones públicas, en su rango mínimo. En 1861, Suecia abrió las puertas a todas aquellas que quisieran ingresar en el Seminario Real o *Högre lärarinneseminariet*. En 1870 se permitió el acceso femenino a las universidades<sup>12</sup>. En el ámbito profesional, se permitió que las parteras pudieran usar instrumentos quirúrgicos, únicos en Europa en ese momento, por lo que obtuvieron un reconocimiento profesional similar al de los cirujanos; muchas profesiones comenzaron a admitir presencia femenina: dentistas, correos y telégrafos, comercio, escuela pública, educación física, oficinas ferroviarias, artes, etc. A fines de siglo, obtuvieron el derecho al sufragio pasivo como miembros de las juntas de autoridad pública, juntas de dirección de escuelas públicas, juntas de dirección de hospitales públicos, inspectores, juntas de prisión de menores y puestos similares. En 1900, este país garantizó el derecho a la baja de maternidad para las trabajadoras industriales<sup>13</sup>.

En el ámbito privado, a las empresarias casadas se les concedió el derecho de tomar decisiones sobre sus propios asuntos sin el consentimiento de su marido. En aquella época, la ley familiar sueca prohibía que el hombre vendiera los bienes de su esposa sin su consentimiento; asimismo, la ley garantizaba a ambos cónyuges idéntico derecho a divorciarse en caso de adulterio. En el ámbito familiar, las hijas e hijos tenían igual derecho a la herencia en ausencia de un testamento. En 1864 se prohibió a los esposos abusar de sus esposas. En 1872 obtuvieron el derecho a la libertad de matrimonio sin la necesidad de ningún permiso por parte de su familia, quedando prohibidos los matrimonios concertados. Sin embargo, aquellas que provenían de la nobleza obtuvieron ese mismo derecho diez años más tarde<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> KARLSSON, *op. cit.*, pp. 390-398; Louise BERGLUND, “A Medieval Heroine for the Modern Woman. The Fredrika Bremer Association writes women’s history (c. 1859-1916)”, pp. 48-49; Carl GRIMBERG, *Svenska Folkets Underbara Öden. IX Den Sociala Och Kulturella Utvecklingen Från Oskar I:s Tid Till Våra Dagar Samt De Politiska Förhållandena Under Karl XV:s, Oscar II:s Och Gustaf V:s Regering*, p. 55 ss.

<sup>13</sup> GRIMBERG, *op. cit.*, p. 38 ss.

<sup>14</sup> *Op. cit.*, pp. 36-54.

### 3.2. Las reformas legales francesas

Francia constituye otra referencia necesaria en la historia de los derechos de las mujeres del siglo XIX<sup>15</sup>, a pesar de haber obtenido el derecho al sufragio femenino en 1944. La historiografía legal del origen de los derechos de las mujeres en Francia data en noviembre de 1789 la redacción de la *Rêquete des dames l'Assemblée Nationale*<sup>16</sup>. A pesar de que no se convirtió en un decreto legal, impulsó las reformas legales hacia la igualdad de géneros de la segunda mitad del siglo XIX<sup>17</sup>.

En Francia esta causa logró impulsar al menos diecisiete reformas legales o leyes de nueva creación, de 1850 a 1900: se legaliza el divorcio en 1884, garantizándolo en idénticas condiciones, y la igual mayoría de edad legal para solteros, divorciados y mujeres separadas, en 1893. En 1850 una reforma legal incluyó el derecho a la educación primaria obligatoria y en 1880, se reconoció su derecho a la educación secundaria y universitaria gratuitas; además, las escuelas públicas de capacitación de maestros también comenzaron a admitir mujeres. En 1886 adquirieron derecho de sufragio pasivo para poder ser miembros de los comités de dirección en las escuelas públicas<sup>18</sup>.

En cuanto al régimen de libertad económica, las leyes galas concedieron el derecho a participar en sindicatos en 1874; se les permitió abrir una cuenta bancaria a su nombre, en 1881 y 1886. Finalmente, en 1895, las reformas legales culminaron con la adición de nuevos derechos civiles y el derecho de sufragio pasivo femenino para una serie de funciones de cierta relevancia pública: para ser miembros de los comités de dirección de asociaciones de caridad pública, administradoras de juntas comerciales y sociedades de ayuda mutua. A partir de 1897 adquirieron capacidad legal para actuar como testigos en juicios sin importar su estado civil y en 1900 se les permitió ejercer las profesiones relacionadas con el derecho<sup>19</sup>.

---

<sup>15</sup> Karen OFFEN, *European Feminisms 1700-1950. A political history*, pp. 112-115.

<sup>16</sup> Véase documento facsímil, Bibliothèque Nationale Française, *Gallica*. Disponible en <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k426587> [fecha de consulta: 5 de noviembre de 2021].

<sup>17</sup> *Ibid* y su versión en inglés a cargo de Karen OFFEN, *Women's Petition to the National Assembly, Liberty, Equality, Fraternity*.

<sup>18</sup> Linda L. CLARK, *Schooling the daughters of Marianne: textbooks and the socialization of girls in modern French primary schools*, pp. 5, 9-19.

<sup>19</sup> James F. McMILLAN, *France and Women, 1789-1914: Gender, Society and Politics*, pp. 58-62.

### 3.3. La expansión de los derechos de las mujeres en Estados Unidos

Estados Unidos protagoniza la reforma femenina del derecho allende el Atlántico durante el siglo XIX. La principal distinción que cabe señalar entre estos hitos legales y los acontecidos en suelo europeo radica en su enfoque. Los reconocimientos de derechos a las mujeres parecen ser de orden pragmático y eminentemente vinculado a la actividad económica, en tanto que Europa se muestra más sensible a la equiparación en los derechos matrimoniales y con un carácter emancipatorio.

Además del derecho de voto, otros derechos típicos de la conquista del feminismo estadounidense de la primera ola fueron: el derecho a poseer y administrar bienes en su propio nombre durante la incapacidad del cónyuge; el derecho de propiedad en su propio nombre; el derecho al régimen de separación de bienes en el matrimonio; el derecho (o licencia) para ejercer el comercio; el derecho a obtener derechos de patente sobre los bienes producidos; el derecho a controlar las propias ganancias y, finalmente, el derecho a poseer una tierra. La continua actividad legislativa y la rápida expansión de estos derechos en suelo estadounidense, se remite, eso sí, solo a los ya mencionados, siendo estos los que cada año, uno o más Estados fueron reconociendo. La única limitación importante a estos derechos fue su reconocimiento exclusivo a quienes estaban casadas (véase por ejemplo: House Joint Resolution 159, Proposing an Amendment to the Constitution to Extend the Right to Vote to Widows and Spinsters who are Property Holders, April 30, 1888).

Ninguno de los cuarenta y cinco estados registrados en este periodo otorgó la totalidad de derechos a su población femenina. De hecho, solo Maine y Oregon reconocieron hasta cinco de estos derechos. En Maine se permitió a las casadas poseer y administrar bienes en su propio nombre durante la incapacidad de su cónyuge; el derecho a poseer propiedades en su propio nombre; el derecho al régimen de separación de bienes en el matrimonio, el derecho a ejercer el comercio y el derecho a controlar sus propias ganancias. Oregon coincidió con la legislación de Maine, excepto en el derecho de separación de bienes. En cambio, Oregon reconoció a las mujeres casadas el derecho a poseer sus tierras, tal como estaba previsto en la Ley de Donación de Tierras de 1850 (Oregon Donation Land Act of 1850), por razones territoriales y para hacer posible la consolidación de ese estado.

Otra característica típica de Estados Unidos en la historia de estos derechos es la rápida expansión y la conquista total del derecho al voto de las mujeres<sup>20</sup>. Antes de anexionarse a este país, los territorios de Wyo-

---

<sup>20</sup> BRAUN y KVASNICKA, *op. cit.*, p. 11.

ming (1869), Utah (1870) y Washington (1883) ya habían aceptado el sufragio femenino<sup>21</sup>. Cuando estos territorios se incorporaron a Estados Unidos, todos lo mantuvieron (Female Suffrage bill, December 10, 1869 (Territory of Wyoming), y su posterior refrendo en Constitution of the State of Wyoming, adoptada por la Convención en Cheyenne, Wyoming, 30 de septiembre de 1889 (ratificada en 5 de noviembre de 1889). Otros estados siguieron en la promulgación del derecho al voto: New York (1872), Colorado (1893), Idaho (1896), California (1911), Arizona, Kansas y Oregon, (1912); Alaska e Illinois (1913). Por último, el derecho de voto fue otorgado a todas las mujeres en Estados Unidos por la 19ª Enmienda a la Constitución (1920) (Joint Resolution of Congress proposing a constitutional amendment extending the right of suffrage to women, approved June 4, 1919)<sup>22</sup>.

### 3.4. El modelo británico

La Inglaterra del siglo XIX fue un hervidero social y político en el sector obrero industrial; ese fue precisamente el contexto original del movimiento feminista británico, deudor de los planteamientos sociológicos e ideológicos de aquel momento<sup>23</sup>.

La primera ley que reconoce un derecho a la mujer es la Ley de Custodia Infantil de 1839, (Custody of Infants Act 1839) que hizo posible que las madres divorciadas pudieran obtener la custodia de sus hijos<sup>24</sup>. La Ley de Causas Matrimoniales de 1857 (Matrimonial Causes Act 1857, Chapter 85, Section 27) también facilitó la igualdad de trato en los casos de divorcio, aunque, en la práctica, siguió haciendo un tratamiento diferenciado<sup>25</sup>. Las tensiones sociales derivadas de la lucha por la igualdad continuaron manifestándose en la Inglaterra victoriana sin demasiado éxito, hasta que se focalizaron en la conquista del derecho de sufragio universal.

La Gran Guerra terminó de agravar las tensiones sociales existentes hasta ese momento y propició las reivindicaciones asumidas por la enseña

---

<sup>21</sup> Jean BICKMORE, WHITE, "Woman's Place Is in the Constitution: The Struggle for Equal Rights in Utah in 1895"; Tom REA, "Right Choice, Wrong Reasons: Wyoming Women Win the Right to Vote".

<sup>22</sup> BRAUN y KVASNICKA, *op. cit.*, pp. 2-3; Beverly BEETON, *Women Vote in the West: The Woman Suffrage Movement 1869-1896 (American Legal and Constitutional History)*, p. 145 ss.

<sup>23</sup> Mary WOLLSTONECRAFT, *A Vindication Of The Rights Of Woman, With Structures On Political And Moral Subjects*; Derek HEATER, *Citizenship in Britain: A History*, p. 136.

<sup>24</sup> John WROATH, *Until They Are Seven, The Origins of Women's Legal Rights*, p. 139 ss.

<sup>25</sup> Stephen CRETNEY, "Ending Marriage by Judicial Divorce under the Matrimonial Causes Act 1857", p. 62 ss; Margaret K., WOODHOUSE, "The Marriage and Divorce Bill of 1857", p. 265 ss.

de los movimientos sociales obrero y feminista en el corazón de la sociedad británica<sup>26</sup>. La Ley de Representación del Pueblo de 1928 (Representation of the People (Equal Franchise) Act 1928, 18 & 19 Geo. 5 c. 12, 2 July 1928), es el documento formal que permitió el derecho de voto de las mujeres en Reino Unido. Esta ley se presentó debido al elevado número de hombres fallecidos durante la Primera Guerra Mundial. Los que regresaron no tenían derecho a votar, careciendo de los requisitos legales de propiedad y dirección residencial. Esta ley eliminó los requisitos de propiedad para los hombres y abrió el derecho de votar a todas aquellas que, habiendo cumplido treinta años, aprobaran los estándares mínimos exigidos para ejercer el derecho de propiedad.

### 3.5. Los derechos de las mujeres en la *Commonwealth* y Finlandia

Nueva Zelanda, Australia y Finlandia también merecen un lugar propio en la cronología histórica del derecho al voto femenino, siendo Nueva Zelanda el primer país del mundo que admitió el voto universal en el ámbito nacional<sup>27</sup>, tal como se promulgó en la Electoral Act, 1893 (57 VICT 1893 No. 18). Las diferentes colonias en Australia siguieron rápidamente el mismo patrón que su país vecino: Australia del Sur, Act to amend the Constitution, No. 613 December 21, (1894); Australia Occidental, Act to amend the Constitution Act, No. 19, December 16, (1899); Nueva Gales del Sur, según se promulgó en la Commonwealth Franchise Act, June 12; (1902); Tasmania, a través del cambio de “hombre” a “persona” en la Constitution Act (1903); Queensland, por la Elections Acts Amendment Act (5 Edw VII, No. 1) (1905) y Victoria, a través la Victorian Adult Suffrage Bill, November 18, en 1908. La discriminación contra las mujeres se superará del todo en 1962, mediante la enmienda a la Commonwealth Electoral Act de 1918 (de reciente modificación en 2016)<sup>28</sup>.

Finlandia ofrece otro ejemplo relevante para la historia de este derecho a sufragio. En 1863, cuando era un gran ducado dependiente del Imperio ruso, logró aprobar el derecho de sufragio femenino limitándolo a las elecciones municipales y solo a aquellas que trabajaban en el campo

<sup>26</sup> Krista COWMAN, “What Was Suffragette Militancy? An Exploration of the British Example”, pp. 299-322.

<sup>27</sup> Charlotte MACDONALD, “Suffrage, Gender and Sovereignty in New Zealand”, pp. 14-33.

<sup>28</sup> Patricia GRIMSHAW, “Colonialism, Power and Women’s Political Citizenship in Australia, 1894-1908”, pp. 34-55; Patricia GRIMSHAW, “Women’s Suffrage in New Zealand Revisited: Writing from the Margins”, p. 40; Alan FENNA, Jane ROBBINS & John SUMMERS, *Government Politics in Australia*, p. 312.

y pagaban impuestos. Nueve años después, en 1872, se extendió el mismo derecho a las mujeres que vivían en las ciudades. Así, finlandesas fueron las primeras en obtener el sufragio activo en Europa, y las primeras en el mundo en obtener el derecho de sufragio pasivo en su país, en 1906, año en el que la Dieta Finlandesa fue reemplazada por un Parlamento de cámara única.

El derecho de sufragio, entonces, obedeció más a una estrategia política general que a una ideología. Finlandia deseaba independizarse de Rusia, y visibilizó esa voluntad mediante el mayor número de votos posibles, razón por la cual estableció el sufragio universal. El derecho al voto fue precedido por una violenta huelga general en 1905 y logró su forma universal antes que en otros países europeos. En 1907, diecinueve mujeres fueron elegidas miembros del Parlamento<sup>29</sup>.

### 3.6. Consolidación de los derechos de las mujeres en el ámbito educativo, familiar y social

Otros países limitaron el reconocimiento de estos derechos durante el siglo XIX a la esfera educativa, reconociendo el derecho a la educación, la garantía del libre acceso al trabajo y otros derechos conexos: Austria-Hungría, Argentina, Bélgica, Haití, Nicaragua, Egipto, Serbia, Chile, el Imperio otomano (Turquía de hoy), los Países Bajos, España, Rusia, Bohemia, Suiza, Croacia, Irán, Bulgaria, Brasil, Polonia, Corea, Albania, Grecia, Túnez y Sri Lanka. De todos ellos, Austria fue el primero de estos países en otorgarles la libertad de elegir su trabajo en 1811, como se establece en el *Código Civil* de Austria y en la Ley de Propiedad de Mujeres Casadas (Austrian Civil Code; Married Women's Property Act)<sup>30</sup>; en Argentina, un antiguo Ministerio de Gobernación estableció la Sociedad de Damas para la Beneficencia que, entre otros servicios, llevó a cabo la educación de las niñas hasta 1946<sup>31</sup>. Por lo demás, resulta destacable cómo el resto de los países embarcado en el reconocimiento de estos derechos tardó en reaccionar a su favor hasta la tercera parte del siglo XIX, desde 1870 en adelante. Una nota común a todos estos países es la garantía del derecho a la educación básica, bien en centros exclusivamente femeninos, bien en el sistema co-

<sup>29</sup> Irma SULKUNEN, *The General Strike and women's suffrage*; Henrik MEINANDER, *Democracy's Long Road. Finland's representative democracy and civil society from 1863 to the present day*, p. 8.

<sup>30</sup> Ute GERHARD & Valentine MEUNIER, "Civil law and gender in nineteenth-century Europe", p. 252 ss.

<sup>31</sup> Laura GOLBERT y Emilia ROCA, *De la Sociedad de Beneficencia a los derechos sociales*, pp. 23-26.



educativo; algunos países también reconocieron el derecho a la educación secundaria. Otro hito educativo es la apertura de las universidades a las mujeres, que se extiende en Europa: Austria<sup>32</sup>, Bélgica<sup>33</sup>, España<sup>34</sup>, Países Bajos<sup>35</sup>, Rusia<sup>36</sup> en América del Sur, como en Chile, Nicaragua o Brasil<sup>37</sup> y Corea<sup>38</sup>. Otros avances legales frecuentes durante este periodo consistieron en otorgarles acceso a nuevos puestos de trabajo: oficinas de correos y telégrafos, puestos docentes, como médicos y cirujanos, desempeñando diferentes oficios, o como obreras en la industria.

Otro grupo de países enfocó su legislación del siglo XIX en reconocer nuevos derechos a las mujeres en el contexto familiar, dentro y fuera del matrimonio como: Guatemala, Colombia, Irlanda, Escocia, Islandia y Montenegro. El reconocimiento de este tipo de derechos fue diferente en cada país: en Guatemala y Colombia se promovieron a través de la reforma que legalizaba el divorcio (Ley de Matrimonio Civil de 1857 en Guatemala y 1887 en Colombia)<sup>39</sup>. En Escocia (Married Women's Property Act 1881, c. 21, July 18) e Irlanda (Married Women's Property Act 1865 (28 & 29 Vict.) c. 43), los derechos llegaron a través de la reforma legal que concedía a las casadas el derecho a la propiedad. En Islandia y Montenegro, las reformas comenzaron a partir del reconocimiento de la mayoría legal femenina<sup>40</sup>.

Otros países presentaron reformas legales en favor de la igualdad de derechos para las mujeres, pero fueron revocadas y olvidadas hasta entrado el siglo XX, o promulgadas con nuevas limitaciones. Tales reformas al menos atestiguan la conciencia social viva que existió en algunos territorios acerca de esta desigualdad jurídica y social. En este grupo aparecen países como: Japón, Rumania, Portugal, México y Alemania. Su desarrollo legal puede parecer casi insignificante si se compara con el desarrollo de estos derechos en otros lugares; sin embargo, son países que se distinguen de

---

<sup>32</sup> Juliane JACOBI, "The Influence of Confession and State: Germany and Austria", pp. 41-57.

<sup>33</sup> Eliane GUBIN, "Genre et citoyenneté en Belgique (1885-1921)", p. 58 et ss.

<sup>34</sup> Consuelo FLECHA, "Barreras ante las pioneras universitarias: una mirada transnacional", pp. 48-50.

<sup>35</sup> Mineke VAN ESSEN, "Strategies of women teachers 1860-1920: feminization in Dutch elementary and secondary schools from a comparative perspective", pp. 413-443.

<sup>36</sup> FLECHA, *op. cit.*, pp. 26-29.

<sup>37</sup> Simon SCHWARTZMAN, "Policies for higher education in Latin America: the context", pp. 11-13.

<sup>38</sup> Andrea MATLES SAVADA & William SHAW, "Changing Role of Women".

<sup>39</sup> Elisa CÁRDENAS AYALA, "La construcción de un orden laico en América Hispánica", p. 104.

<sup>40</sup> Jenny JOCHENS, *Women in Old Norse Society*, p. 26.



aquellos que durante el siglo XIX ignoraron los cambios jurídicos y políticos que habían comenzado a producirse.

Se justifica así la afirmación inicial donde se señalaba el origen local y no global, de las primeras conquistas de los derechos de las mujeres, a partir de leyes y reformas particulares, ampliándose (o estancándose) a través de debates parlamentarios en favor de medidas específicas, según cada lugar.

## *II. Debate sobre la inclusión de los derechos femeninos en las constituciones de las democracias contemporáneas, con particular mención del caso español*

La noción constitucional de estos derechos en la categoría de “derechos fundamentales” es reciente<sup>41</sup>. Si bien el malestar social existe desde la puesta en marcha de la legislación contra la violencia de género<sup>42</sup>, su noticia ha suscitado controversias, al entenderse por algunos como discriminatoria para los hombres y, por otros, como potencialmente adversa para las mujeres. En todo caso, la inclusión de los derechos *femeninos* en las constituciones contemporáneas ha servido en bandeja el debate jurídico<sup>43</sup> sobre el principio de igualdad jurídica y la discusión política acerca del papel que ellas tienen en la sociedad.

Desde su reconocimiento explícito en la legislación nacional, los derechos de las mujeres se habían entendido como una necesaria conclusión en buena lógica del principio de igualdad entre géneros, uno de los principios democráticos centrales que, por lo general aparece en el preámbulo o en los primeros artículos de las constituciones modernas y

---

<sup>41</sup> La prensa de los días 5 y 6 de diciembre de 2018 se hizo eco en España de esta cuestión. Véase uno de los titulares del 6 de diciembre de 2018: “Sánchez quiere reformar la Constitución para blindar la igualdad entre hombres y mujeres”, en *20Minutos*. Disponible en <https://bit.ly/3LayCLA> [fecha de consulta: 5 de octubre de 2021].

<sup>42</sup> Véase, por ejemplo, [www.malostratosfalsos.com/](http://www.malostratosfalsos.com/) organización privada que presta servicios jurídicos y e informes y materiales audiovisuales de divulgación en torno a los abusos y discriminación de varones que la aplicación de la nueva legislación “viogen” fa\_vorece.

<sup>43</sup> Algunos ejemplos actuales: “Carmen Calvo, la política que quiere constitucionalizar la igualdad de género”, *elEconomista.es*, 5 de junio de 2018. Disponible en <https://bit.ly/3omiQU7> [fecha de consulta: 5 de octubre de 2021]; “Irene Montero pide una ‘Constitución feminista’ para un ‘país feminista’ como España”, en *Libertad Digital*, 20 de octubre de 2021. Disponible en <https://bit.ly/35RnuTH> [fecha de consulta: 5 de octubre de 2021].

contemporáneas, bajo la más amplia de sus expresiones, garantizando la dignidad humana y la igualdad de todos, sin importar el sexo, la raza, la religión o cualquier otra circunstancia social que pueda afectar a un ser humano en particular<sup>44</sup>. Y es que la cuestión del fundamento no es baladí. Si se fundamentan o explican las relaciones humanas desde el poder de unos sobre otros (en este caso, otras) y se fortalece dicha interpretación desde los medios, cine, literatura y publicidad, se perpetúan los estereotipos del binomio “agresor-oprimida”, y se comprende que el siguiente paso sea visibilizar el sometimiento injusto de la mujer al hombre, bajo su posesión y violencia.

La extensión particular del principio de igualdad se ha abordado expresamente en la CEDAW<sup>45</sup>, conocida en algunos sectores como la Carta Magna de Derechos de las Mujeres de la época contemporánea. Llama la atención la definición de igualdad que recoge en su art. 1<sup>46</sup>, pues en vez de expresar una igualdad en términos de fundamento y propósito –que podría expresarse como la idéntica dignidad de hombres y mujeres en cuanto personas, compartiendo los mismos derechos y deberes en función de la situación jurídica que cada uno protagonice–<sup>47</sup> dicho primer artículo define la igualdad a partir de una discriminación omnipresente en todas las relaciones entre sexos, por lo que la igualdad se concibe como un objetivo que se reclama desde la situación de agravio<sup>48</sup>.

La anterior definición de igualdad, a partir de la eliminación de cualquier tipo de discriminación, parece acogerse a los elementos básicos de un delito: acción antijurídica, típica y culpable, faltándole solo la punibilidad, a la que se apuntará en el futuro. La definición que va a sustentar el principio de igualdad toma como punto de partida una realidad antijurídica (discriminación) y culpable, y produce un enfrentamiento *de iure* entre

---

<sup>44</sup> Tasmania (véase apartado 3.5), es, quizá, el ejemplo más temprano de esta idea de universalidad, implícita en el principio de igualdad de derechos entre hombre y mujer, como evidencia la reforma de su constitución de 1903, donde consta el cambio de término ‘*man*’ por el de ‘*person*’, para reconocer a las mujeres los mismos derechos.

<sup>45</sup> CEDAW. Disponible en [www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/](http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/)

<sup>46</sup> CEDAW, art. 1: “cualquier distinción, exclusión o restricción hecha sobre la base del sexo que tenga el efecto o el propósito de menoscabar o anular el reconocimiento, disfrute o ejercicio por parte de las mujeres, independientemente de su estado civil [...]”.

<sup>47</sup> Así se entiende la igualdad cuando se enuncia como principio jurídico universal reconocido en diversos textos internacionales sobre derechos humanos y como principio fundamental en la Unión Europea, por ejemplo.

<sup>48</sup> Este es el sesgo que desarrolla la Exposición de Motivos (véanse secciones II y III) de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres vigente en España y el de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

las partes, dejando fuera otras posibles causas de desigualdad que pueden obedecer a circunstancias o contextos *no culpables* (o no intencionados, al menos; como sucedía en los países en los que la igualdad llegaba de la mano de intereses generales o como fruto del avance general de la sociedad), siendo pacífica su mediación y posible solución. El efecto de considerar la discriminación *culpable* sitúa el origen del problema de la desigualdad humana en una ofensa intencionada que los varones les infligen, convirtiéndoles en sus presuntos enemigos. La definición excluye toda posible agresión o discriminación entre mujeres, por el hecho de serlo<sup>49</sup>.

### 1. RE-DEFINICIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS MUJERES A LA LUZ DE LA CEDAW

#### Y DE LAS CONSTITUCIONES CONTEMPORÁNEAS DE LA UNGGECD<sup>50</sup>

Si bien el principio de igualdad aparece como la referencia clave que ampara los derechos de las mujeres hasta inicios del siglo XX, la posterior evolución casi metamórfica de estos derechos no permite ya encontrar su razón de ser en dicho principio<sup>51</sup>. Estos derechos ya no buscan igualar los derechos que pertenecían exclusivamente a los varones, sino que se conciben como derechos desde la perspectiva de la agresión que se sufre por ser mujer, y por ello hoy se reconocen como verdaderos logros feministas los obtenidos a través de las leyes de violencia de género. Ya no es el principio de igualdad jurídica, sino la ideología de género quien se alza como principal abanderado de esta lucha. La antigua pugna de clases se plantea hoy en clave neomarxista, en términos de batalla de género<sup>52</sup>.

No extraña que la noción “derechos de las mujeres” sea cada vez más exigente y detallada, si se compara con las categorías iniciales del siglo precedente. Por dichos derechos según la CEDAW y en su transposición inmediata en las ciento cuarenta y cinco constituciones registradas en la UNGGECD, se entiende una amplia gama de derechos y libertades que se establecen como *específicas de género*, afectando su reconocimiento social, su protección jurídica frente a los hombres y su promoción en innume-

<sup>49</sup> Véase, por ejemplo, como lo justifica el editorial *Redacción*, “¿Por qué los hombres no pueden ser incluidos en la Ley de Violencia de Género?”.

<sup>50</sup> UNGGECD. Disponible en <https://bit.ly/3lnH1PJ> [fecha de consulta: 5 de octubre de 2021].

<sup>51</sup> Angela APARISI, *Varón y mujer, complementarios*, pp. 10-20; Amelia VALCÁRCCEL, *Feminismo en el mundo global*, p. 23; Jorge SCALA, *La ideología de género o el género como herramienta de poder*, pp. 80, 118 y 123.

<sup>52</sup> María CALVO, “Cuando la confusión sexual se inscribe en la ley”, pp. 104-11 y también véase “Esclavitud pospatriarcal y liberación feminista”.

rables ámbitos. Muchos de ellos ya se habían logrado en el siglo pasado<sup>53</sup>. Aparecen también otros que se desmarcan del principio de igualdad para privilegiar a la mujer, y promover su apoyo solo *por el hecho de serlo, para reforzar su estatus social y político* frente a los hombres. Así se reconocen: el derecho al desarrollo y a la libertad para contribuir oficialmente a la vida social y pública, gozando de una acción afirmativa de apoyo público por parte del Estado<sup>54</sup>; el derecho a una discriminación positiva en todos los ámbitos garantizada por el Estado<sup>55</sup>; el derecho a la derogación de la pena de muerte para las mujeres<sup>56</sup>; el derecho al acceso a la composición y ejercicio de funciones en los órganos gubernamentales de su país, entre los más destacables<sup>57</sup>. No ven privilegio quienes conciben estos derechos desde la interpretación discriminatoria de la mujer como punto de partida.

Para ello, algunos países de la comunidad internacional han considerado necesario reconocer en sus constituciones un derecho a cuotas femeninas<sup>58</sup> que garantice sus derechos a asociarse, a participar en partidos políticos y en organismos electorales, a ser jefe o miembro de instituciones públicas y servicios públicos<sup>59</sup>, así como a trabajar y ser protegidas en el ejercicio profesional<sup>60</sup>.

Finalmente, se defiende que los Estados garanticen todos estos derechos y cualesquiera que se les reconozcan otorgándoles una protección

---

<sup>53</sup> Como son, por ejemplo, el derecho al reconocimiento del principio de igualdad y no discriminación con respecto al sexo o género (arts. 2 y 3); el derecho al reconocimiento del derecho a la ciudadanía y el derecho a la nacionalidad, el derecho a la educación, cultura y esparcimiento (arts. 10 y 13); los derechos en el matrimonio y en la vida familiar (art. 16); los derechos a la propiedad, la herencia y la tenencia de la tierra (art. 14 y 15), todos ellos derechos proclamados en la CEDAW. Disponible en <https://bit.ly/3L7tNmh> como esenciales de las mujeres.

<sup>54</sup> Arts. 3 y 4 de la CEDAW.

<sup>55</sup> Según datos actualizados de la UNGGECD: Art. 48.3 de la Constitución de Sudán, disponible en <https://bit.ly/3s4dxcN>; art. 48 de la Constitución de China, disponible en <https://bit.ly/343rgJ4> [fecha de consulta: 5 de octubre de 2021].

<sup>56</sup> Según datos actualizados de la UNGGECD: Sección 48.2 d) Constitución de Zimbawe, disponible en <https://bit.ly/34glwMi>; art. 18, b) de la Constitución de Guatemala, Disponible en <https://bit.ly/3J86BlQ> [fecha de consulta: 5 de octubre de 2021].

<sup>57</sup> SCALA, *op. cit.*, pp. 123-134 y 139-149.

<sup>58</sup> Según datos actualizados de la UNGGECD así se contempla en las Constituciones vigentes de: Algeria, Burundi, República Centro-Africana, Gambia, Sudáfrica, Sudan del Sur, Uganda, Zimbawe, Ecuador y México. Véase *Composición y nombramiento de mujeres para órganos judiciales y constitucionales*, en UNGGECD, disponible en <https://bit.ly/3smjRNn> [fecha de consulta: 10 de octubre de 2021]. Véase también descripción de programas en parlamentos nacionales y la mención del caso de Argentina, SCALA, *op. cit.*, pp. 136 a 138.

<sup>59</sup> Art. 8 de la CEDAW.

<sup>60</sup> Art. 11 de la CEDAW.

judicial específica, donde se consideren las ofensas solo desde la perspectiva de género<sup>61</sup>. La comunidad internacional reconoce el derecho de las mujeres a la existencia de organismos de vigilancia para la igualdad de género<sup>62</sup> y se autoconcede el derecho a monitorizar a los países para incrementar la participación femenina en la vida pública y en las instituciones<sup>63</sup>.

## 2. ALCANCE JURÍDICO DE LA INCLUSIÓN

### DE LOS DERECHOS DE LAS MUJERES EN EL MARCO CONSTITUCIONAL

La descripción de los derechos hasta aquí enunciados por la UNGGECD en constituciones vigentes del mundo en cumplimiento de la CEDAW<sup>64</sup>, desciende a un grado de detalle que merece, cuanto menos, una breve reflexión. No se desea obviar la existencia de costumbres ancestrales aún vigentes contrarias a la dignidad de las mujeres, ni se duda de las situaciones reales de inseguridad, abuso y discriminación que muchas de ellas sufren en distintos lugares del mundo. La crítica se expone desde la empatía y con el propósito de cooperar en el esclarecimiento de las vías jurídicas más idóneas para alcanzarlo.

En primer lugar, se percibe y valora un esfuerzo cuasiprogramático<sup>65</sup> reflejado el enunciado de todos estos derechos; también se evidencia una preocupación difícil de armonizar: la de equiparar la situación de desigualdad que sufren las mujeres en todas las latitudes del mundo. Esfuerzo encomiable y de compleja consecución, por las enormes diferencias entre tradiciones, grados de desarrollo y diversidad cultural existente entre todos los países.

No se puede dejar de señalar que, quizá, por la complejidad unida al tono programático y antidiscriminatorio del enunciado de los derechos fundamentales de las mujeres, la tarea de su consecución práctica puede

<sup>61</sup> Art. 2 c) de la CEDAW.

<sup>62</sup> Art. 17 y ss de la CEDAW y según datos actualizados de la UNGGECD así se contempla en las Constituciones vigentes de: Sudáfrica (sec. 181, 187, 193); Sudán (art. 38); Rwanda (art. 139); Marruecos (arts. 19 y 164); Nepal (arts. 252-253); Congo (arts. 232-233); Zambia (art. 231); Zimbawe (arts. 232, 245-247); Egipto (art. 214); Guyana (arts. 212G y 212R), disponible en *Gender Equality Mechanisms* de la UNGGECD, <https://bit.ly/3J6PyRj> [fecha de consulta: 10 de octubre de 2021].

<sup>63</sup> Arts. 17-30 de la CEDAW.

<sup>64</sup> UNGGECD, *Why put a gender lens on constitutions?*. Disponible en <https://bit.ly/331MvdR> [fecha de consulta: 12 de octubre de 2021].

<sup>65</sup> Art. 5 de la CEDAW: "Los Estados Parte tomarán todas las medidas apropiadas para: a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres; [...]".

suponer un verdadero problema jurídico, más aún si se aspira a reconocerlos como “derechos universales”, equiparables a los derechos humanos en el ámbito internacional<sup>66</sup>. Se señalará a continuación las principales dificultades jurídicas, tanto en línea teórica como práctica.

### 2.1. Derechos reproductivos y sexuales

El principal problema jurídico surge con el cambio de fundamentación, pues se sustituye la igualdad por la identidad. Y como acertadamente apunta Hoff Sommers<sup>67</sup>:

“los derechos humanos no pueden depender de la negación de los hechos básicos de la naturaleza humana. Todos tenemos nuestros derechos, sin contar con las diferencias que nos distinguen. Más aún, las mujeres en la mayor parte del mundo occidental son una prueba viviente de que la igualdad política y social puede existir, aunque los hombres y mujeres sean esencialmente diferentes”.

De hecho, al poner el énfasis en la identidad (derechos de las *mujeres*) aparecen de inmediato los derechos más exclusivamente femeninos, los reproductivos y sexuales, como algo solo suyo (en apariencia, pues si se les reconocen también habría que reconocer estos derechos a los hombres, por su contribución a la reproducción y su realidad sexuada). Este planteamiento, además de excluir al menos de forma nominal, que los varones tengan derechos sexuales, pone en entredicho una de las relaciones que más las afecta, como es la relación materno-filial. Más aún, la convierte en campo de batalla, enfrentado a la madre contra su hijo al poder ella interrumpir el embarazo abortando, con la consiguiente pérdida de la vida del feto, bajo la misma garantía que está llamada a proteger la vida del concebido no nacido<sup>68</sup>.

---

<sup>66</sup> UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER, HR/PUB/14/2 *Women's Rights are Human Rights*, pp. 25-34. Ver también SCALA, *op. cit.*, pp. 123, 126-133.

<sup>67</sup> Christina HOFF SOMMERS, *La guerra contra los chicos*, p. 79.

<sup>68</sup> Respecto a estos dilemas conviene destacar la contribución de Andrea R. INIGUEZ MANSO y Marcela I. PEREDO ROJAS, “Propuestas de solución para los aparentes conflictos jurídicos que se pueden suscitar entre el derecho a la vida del que está por nacer y los derechos de la madre”, en particular de la página 45 a la 59, con énfasis en los razonamientos de las autoras válidamente extrapolables a cualquier legislación, y en particular su Conclusión 4, p. 60: (los derechos reproductivos y sexuales de la mujeres) “[...] pueden constituir una facultad personal de cada uno, pero esto es muy distinto a considerarlo como un derecho exigible respecto del Estado o de otra persona, institución o grupo. Tampoco puede ser asegurado por el sistema jurídico, por muy rectas intenciones que se tengan al respecto. Tal pretensión parece tan poco realista como pensar que el sistema jurídico asegure el derecho de una persona a no ser pobre o a la felicidad. Menos

## 2.2. Ámbito social

Se destacarán dos ejemplos, uno perteneciente al ámbito laboral y otro al social. El primer caso lo constituye la nueva prevalencia de los derechos de las mujeres en el ámbito laboral frente a los derechos de los varones, aspecto un tanto controvertido, pues plantea una paradoja: Qué decir, si no, de la elevación a derechos fundamentales de los derechos que suponen *de facto* actualmente en algunas legislaciones una *discriminación positiva* para ellas, en el mundo profesional. Reconocer esta ventaja como *derechos suyos* buscando una mayor igualdad, genera *mayores desigualdades*, y provoca, aun sin pretenderlo, *nuevas tensiones sociales*<sup>69</sup>. Cuando se les garantiza la libertad de poder trabajar, asociarse y participar en la vida pública mediante políticas de cuotas y de ahí se pasa a su reconocimiento como un derecho fundamental que se les debe por ser mujeres, se está introduciendo un elemento ajeno a la finalidad y funcionamiento de las instituciones, pues el principal criterio de ingreso no obedece al mérito, a la preparación, o a la experiencia, sino al hecho de ser mujer. Si se piensa en si se prefiere que ingresen los mejores expedientes de medicina en un hospital (mujeres y varones) o, si es preferible, asegurar la presencia femenina con independencia de su mérito científico<sup>70</sup>. Las cuotas femeninas en el ámbito laboral parecen volverse en contra de quienes buscan favorecer, pues *en vez de eliminar la discriminación, la continúan, revirtiéndola*, y pudiendo ser interpretadas casi como una forma de “revancha”. La solución debería lograrse por superación e integración pacífica de las partes en pie de igualdad, en vez de continuar enfrentándolas<sup>71, 72</sup>. O en el ámbito social, ¿por qué se debe cambiar el orden de los subsidios favoreciendo

---

todavía, el ejercicio de esta facultad puede dejar sin efecto la protección del derecho a la vida de un tercero”.

<sup>69</sup> En España, Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Véanse arts. 51 d), 52, 53, 54, 67 y 75 en aplicación del principio de igualdad en el empleo público establece un sistema de cuotas femeninas que promueva la presencia equilibrada de mujeres y hombres en administraciones públicas, órganos de dirección, representación y comisiones públicas, así como en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y en los Consejos de Administración de sociedades mercantiles. Véase también disposiciones adicionales de esta ley, en particular la Primera, que describe numéricamente lo que se entiende por presencia equilibrada y su aplicación efectiva en legislación española: ley electoral, poder judicial, etcétera.

<sup>70</sup> La excelente obra de Natalia MORATALLA, *Cerebro de mujer y cerebro de varón*, pp. 73-78; también, Jutta BURGGRAF, *¿Qué quiere decir género? En torno a un nuevo modo de hablar*, pp. 24-26 y HOFF, *op. cit.*, pp. 13-19 y 22-29.

<sup>71</sup> HOFF, *op. cit.*, p. 186.

<sup>72</sup> Como sugiere María ELÓSEGUI ITXASO, “Tres diversos modelos filosóficos sobre la relación entre sexo y género”, pp. 65-68. También, BURGGRAF, *op. cit.*, pp. 31-32.



las con esas ayudas, frente a otras personas que pudieran necesitar más el subsidio?<sup>73</sup>.

### 2.3. Ámbito penal y jurisdiccional

Esta forzada simetría no deja de extrañar: por ejemplo en el ámbito penal, ¿por qué razón debe un juez eximir de la pena de muerte a una mujer cómplice culpable de un delito castigado con esa pena y, en cambio, debe aplicarse al resto de los cómplices (varones) por ese mismo delito; ¿por qué abolir la pena de muerte para ellas y no abolir la pena de muerte en general? o ¿qué decir del sistema de reversión de la carga de la prueba de inocencia al demandado en cualquier denuncia por discriminación sexual?<sup>74</sup>.

### 2.4. Aporías jurídicas

La pretensión de garantizar la exclusiva titularidad de género femenino de ciertos derechos fundamentales hace que surjan situaciones paradójicas entre quienes son y se perciben genéricamente hablando como mujeres y quienes son varones y se perciben como mujeres<sup>75</sup>; o en los casos de violación de esos derechos femeninos, una presunción sobre quienes son los únicos culpables posibles, que, por razón de su condición sexual, serán exclusivamente los varones. Evidentemente, aquellas quedan desprotegidas en el caso de que el agresor sea otra mujer<sup>76</sup>. Se señala finalmente otra posible paradoja del reconocimiento de los *derechos específicos de las mujeres* por tener relación con su dimensión sexual y de género. Al incluir en la categoría de derecho la opción de abandonar su condición sexual, se excluiría de la

---

<sup>73</sup> Art. 35 de la Ley Orgánica 3/2007..., *op. cit.*, vigente en España.

<sup>74</sup> Caso de España, Ley Orgánica 3/2007..., *op. cit.*; véase art. 13: “1. De acuerdo con las Leyes procesales, en aquellos procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias, por razón de sexo, corresponderá a la persona demandada probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y su proporcionalidad. [...]”.

<sup>75</sup> Robert ÁLVAREZ y Carlos ARRIBAS, “Transexuales, el gran debate del deporte”; véase también BBC News Mundo, “Condenan a cadena perpetua al violador que se declaró transgénero y fue recluso en una cárcel de mujeres donde abusó de las presas”.

<sup>76</sup> LUCAS FRANCO ABOGADOS, “¿Es aplicable la ley de violencia de género a las relaciones de personas del mismo sexo? Violencia machista,” afirma en su blog: “resulta claro que el legislador ha pretendido efectuar una especial protección sobre la mujer en el ámbito familiar hombre-mujer, sancionando todas aquellas conductas que directa e indirectamente suponen un menoscabo a la figura de la mujer con respecto al hombre. Sancionar el sentido de superioridad masculino o carácter ‘machista’. Por tanto NO ES APLICABLE, a día de hoy, a las relaciones entre personas del mismo sexo (relaciones homosexuales y lesbianas)”.



lista de derechos hasta ahora mencionados a mujeres biológicas que no se perciben como mujeres, colocándolas en desventaja respecto de las demás. Se incluiría, además, como sujetos activos de estos derechos a los hombres que se perciban como mujeres. Parece que la adopción constitucional de ciertos derechos sexuales o de género de las mujeres podría no solo provocar la indefensión de algunas de ellas, sino que introduce, además, una sorprendente categoría jurídica: la de “derechos fundamentales *opcionales*”. ¿No conduciría esta innovación al absurdo jurídico?

### 2.5. Simetrías jurídicas forzadas

En otros casos, este reconocimiento exclusivo podría generar una situación de *redundancia jurídica*, al afirmar unos derechos fundamentales que hoy ya no se niegan (al menos a las mujeres en las sociedades de países desarrollados, donde la desigualdad está ausente). Sin embargo, el hecho de aparecer explícitamente como derechos de las mujeres (sin incluir a los hombres) daría la posibilidad jurisdiccional de que una mujer pudiera forzar su contratación frente a la de otro(s) compañeros, incluso en inferioridad de condiciones, o la de ejercer privilegios jurídicos, justificados por ser mujer, para obtener el favor judicial, social o económico en un momento dado. Idéntica redundancia acontece si se considera la pretensión de dotar de carácter universal a los “derechos de las mujeres”, al igual que sucede con los derechos humanos. La enumeración de estos nuevos derechos, según la CEDAW, se solapa con derechos reconocidos en la Declaración Universal de 1948<sup>77</sup> que se establecen con titularidad universal para hombres y mujeres de toda condición.

Dada la evidente complejidad de la cuestión y los riesgos jurídicos que introduce, parece que la inclusión de derechos específicos de las mujeres en los textos constitucionales debería ser cuidadosamente sopesada. Sin embargo, y a pesar de todas estas dificultades, el movimiento del feminismo constitucional favorable a la inclusión de expresiones relativas a estos derechos, en los textos constitucionales continúa creciendo en adhesiones. La presencia de dichas expresiones en las constituciones parece reflejar una voluntad más ideológica que jurídica. Sus efectos se ven reforzados al ser consagrados por la norma de mayor rango jurídico de cada país. Muchos de los países que han acogido a la mención explícita de dichos derechos, tienen en común, bien la fuerte influencia del derecho consuetudinario o religioso en la configuración de su vida social o, bien, su reciente emergencia como estados independientes. En ambos

---

<sup>77</sup> DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS, 10 de diciembre de 1948.

casos, su mención explícita en cada Constitución podría entenderse como una voluntad de querer aparecer como democracias “mayores de edad” frente al resto de los estados de la comunidad internacional, testigos de su evolución política y con poder de decisión en posibles ayudas o apoyos internacionales. Si, además, por razones culturales, sociales, o religiosas, estos países pudieron legitimar en el pasado la violencia contra sus mujeres, su deseo de adquirir una mejor reputación en el seno internacional habría podido influir de modo decisivo en su adhesión constitucional a las políticas feministas o a la ideología de género, recogidos como parte de su nueva identidad política<sup>78</sup>.

Otros Estados políticamente estables como: Estados Unidos, Reino Unido, Países Bajos, Suecia, Noruega, Islandia o Australia, no se han mostrado en exceso permeables a las pretensiones del feminismo constitucionalista, y no parece ser síntoma de discriminación contra su población femenina, sino, más bien, una señal de cómo la igualdad jurídica entre sexos es ya patrimonio de sus democracias, pudiendo desarrollarse y gestionarse en cada momento a través de las políticas sociales.

El principio de igualdad reconocido en las constituciones contemporáneas se reconoce no solo por la prohibición de la discriminación por razón de sexo/género, sino que parte de reconocer la igual dignidad, garantiza la igualdad ante la ley, así como la aplicación efectiva de dicha igualdad en el ejercicio de sus derechos<sup>79</sup>. El principio aparece invocado a menudo en sede judicial y se aplica en función de las circunstancias objetivas de cada caso y de la legislación vigente brindando protección tanto a hombres como mujeres.

Ante la vigencia de ciertas costumbres con marcado arraigo y en ausencia de una legislación nacional adecuada, el principio sigue operando jurisdiccionalmente en favor de la mujer dentro del ámbito matrimonial y familiar. Protegerla en esas situaciones no por el hecho de ser mujer, sino por el hecho de ser el sujeto en inferioridad de condiciones necesitado de justicia equitativa en virtud de su dignidad humana, dentro y fuera del matrimonio. El principio de igualdad garantiza su igualdad de derechos en todo tipo de uniones (consensuales, matrimonios religiosos, civiles o matrimonios consuetudinarios) y supone la eliminación de disposiciones

---

<sup>78</sup> Un ejemplo de lo dicho puede encontrarse en los arts. 1,2, 21 y 46 de la Constitución de la República de Túnez, 27 de enero de 2014 (tal como aparece en la UNGGECD: <https://bit.ly/3HvyEeE>) o en los arts. 25, 34 y 18 de la Constitución de la República Islámica de Pakistán, 19 de abril de 1973, suspendida y restaurada varias veces, y modificada por última vez en 2018 (tal como aparece en la UNGGECD: <https://bit.ly/3AZHv5U>). [fecha de consulta: 15 de octubre de 2021].

<sup>79</sup> Art. 2 de la CEDAW.

ya existentes con base en la historia local que constituyan una quiebra a la igualdad en temas de adopción, matrimonio, divorcio, devolución de bienes, entierros y otros asuntos personales<sup>80</sup>. Como se ve, la aplicación efectiva aún deja espacio para nuevas reformas legales y, en definitiva, para una comprensión más honda de lo que significa esta igualdad en el ámbito jurídico y social.

### 3. Evaluación y conclusiones

- I. Los feminismos de la primera y segunda olas y el actual feminismo constitucional obedecen a lógicas diferentes. Los primeros se deben a circunstancias históricas y reivindicaciones sociales concretas, y promovieron cambios legislativos en sentido “ascendente”, de la realidad a la norma. La culminación del movimiento se logró al incluir el reconocimiento de los derechos de las mujeres en el enunciado e interpretación del principio de igualdad en las constituciones modernas. Por contraste, el neofeminismo constitucional, formado a partir de aquellos de tercera y cuarta generación, es un movimiento ideológico, que sigue una lógica “descendente”, haciendo de la fuerza normativa del derecho un instrumento para lograr una concienciación colectiva impuesta desde organismos e instituciones internacionales. Se trata de un movimiento político programático de alcance global, promovido a través de reformas constitucionales<sup>81</sup>. Aspira a intervenir y conformar legislaciones y políticas nacionales, y, por ello, desea establecerse en las constituciones de cada país, que son su puerta de entrada.
- II. La noción de “derechos de las mujeres” presenta graves dificultades tanto en la teoría como en la práctica jurídica. En la línea práctica, el reconocimiento y elevación de los derechos de las mujeres a categoría fundamental contribuye a profundizar la

---

<sup>80</sup> Art. 2 de la CEDAW.

<sup>81</sup> La inclusión de los derechos de la mujer en las Constituciones es un ítem previsto por la ONU para la Agenda sobre la Condición de la Mujer en el Mundo y la Agenda 2030. UNITED NATIONS, *Transforming Our World: The 2030 Agenda for Sustainable Development*, p. 6; UNITED NATIONS WOMEN POLICY DIVISION, *Monitoring Gender Equality and the Empowerment of Women and Girls in the 2030 Agenda for Sustainable Development: Opportunities and Challenges*, pp. 14-20. UNITED NATIONS WOMEN POLICY DIVISION, *A transformative stand-alone goal on achieving gender equality, women's rights and women's empowerment: Imperatives and key components*, pp. 21-33.

brecha discriminatoria y el enfrentamiento entre sexos, así como entre mujeres y quienes se perciben mujeres sin serlo biológicamente (consecuencias estudiadas en el apartado anterior, subepígrafes 2.2 y 2.3).

- III. En línea teórica, rompe el principio general de igualdad y, llevado al ámbito constitucional, conduce a una serie de aporías y redundancias jurídicas mencionadas con detalle en el apartado anterior (véanse subepígrafes 2.4 y 2.5).
- IV. Mención especial merece la supuesta colisión de derechos que se produciría si los derechos sexuales y reproductivos fuesen reconocidos en el ámbito constitucional. Con este movimiento, los derechos de las mujeres quedarían en pie de igualdad normativa al derecho a la vida, quebrando la realidad materno-filial en su lógica originaria (se pasa de la lógica reproductiva a la productiva<sup>82</sup>) y se la somete a un pulso de derechos en el que el más débil será probablemente el más perjudicado (véase punto 2.1 del apartado anterior).
- V. El reconocimiento de estos derechos, fundados en la ideología de género, reduce su alcance actual (fundado en el principio de igualdad, sin discriminación sexual ni de género, que abarca a ambos géneros). Convertir su protección a todas las personas –protección debida por su dignidad como seres humanos– en una bandera de sus derechos por ser mujeres, supone introducir en la defensa de los seres humanos una lógica restrictiva: en vez de considerar el aspecto objetivo que ha causado su agresión, se considera solo la condición sexual del agresor y se le castiga sobre todo si es hombre.
- VI. Existen mujeres que viven situaciones dramáticas de colisión entre sus derechos humanos y las costumbres locales. Es necesario brindarles protección jurisdiccional efectiva a aquellas en situación de vulnerabilidad (por ejemplo, para superar castigos profundamente arraigados socialmente o para hacer cumplir el principio de igualdad). Desde el punto de vista de la protección efectiva de los derechos de la mujer general, parece más adecuado promover la actividad jurisprudencial del principio de igualdad jurídica ya reconocido en todas las constituciones, sin que se excluya ni enfrente, si quiera dialécticamente, los derechos de las mujeres y los derechos de los hombres.

---

<sup>82</sup> José LOPEZ GUZMÁN, “Nuevas tecnologías reproductivas y postfeminismo de género”, pp. 274-285.

## Bibliografía

- APARISI, Angela, *Varón y mujer, complementarios*, Madrid, Ediciones Palabra S.A., 2007.
- ÁLVAREZ, Robert y Carlos ARRIBAS, “Transexuales, el gran debate del deporte”, en *El País*, 2 de enero de 2022. Disponible en <https://bit.ly/3GqcEjX> [fecha de consulta: 5 de octubre de 2021].
- BBC NEWS MUNDO, “Condenan a cadena perpetua al violador que se declaró transgénero y fue recluso en una cárcel de mujeres donde abusó de las presas”, 11 de octubre de 2018. Disponible en <https://bbc.in/3J9ZvNE> [fecha de consulta: 5 de octubre de 2021].
- BEETON, Beverly, *Women Vote in the West: The Woman Suffrage Movement 1869-1896 (American Legal and Constitutional History)*, Massachusetts, Garland Publishing, 1986.
- BERGLUND, Louise, “A Medieval Heroine for the Modern Woman. The Fredrika Bremer Association writes women’s history (c. 1859-1916)”, in *Scandinavian Journal of History*, No. 42, vol. 1, Oxfordshire, 2017.
- BICKMORE WHITE, Jean, “Woman’s Place Is in the Constitution: The Struggle for Equal Rights in Utah in 1895”, in *Utah Historical Quarterly*, No. 42, Utah, Fall, 1974.
- BLANC, Olivier, *Une Femme de Libertés: Olympe de Gouges*, Paris, Syros Alternatives, 1989.
- BRAUN, Sebastian Till & Michael KVASNICKA, *Men, Women, and the Ballot. Gender Imbalances and Suffrage Extensions in US States*, Kiel Working Paper Num. 1625, Kiel, Kiel Institute for the World Economy, 2010.
- BURGGRAF, Jutta, *¿Qué quiere decir género? En torno a un nuevo modo de hablar*. San José, Promesa, Serie Antropología 2001.
- CAINE Bárbara y Glenda SLUGA, *Género e historia: mujeres en el cambio sociocultural europeo, de 1780 a 1920*, Narcea, Ediciones SEPS, 2000.
- CALVO, María, “Cuando la confusión sexual se inscribe en la ley”, en *Nuestro Tiempo*, n.º 712, Pamplona, invierno 2017.
- CALVO, María, “Esclavitud pospatriarcal y liberación feminista”, en Sección Artículos, publicado en la web personal de la autora. Disponible en <https://bit.ly/3urtlnr> [fecha de consulta 5 de febrero de 2022].
- CÁRDENAS AYALA, Elisa, “La construcción de un orden laico en América Hispánica”, en Roberto BLANCARTE (coord.), *Los retos de la laicidad y la secularización en el mundo contemporáneo*, México D.F., Colegio de México, Centro de Estudios Sociológicos, 2008.
- CLARK, Linda L., *Schooling the daughters of Marianne: textbooks and the socialization of girls in modern French primary schools*, New York, Suny Press, 1984.
- COWMAN, Krista, “What Was Suffragette Militancy? An Exploration of the British Example”, in Irma SULKUNEN, Seija-Leena NEVALA-NURMI & Pirjo MARKKOLA

- (eds.), *Suffrage, Gender and Citizenship: International Perspectives on Parliamentary Reforms*, Cambridge, Cambridge Scholars Publishing, 2009.
- CRETNEY, Stephen, “Ending Marriage by Judicial Divorce under the Matrimonial Causes Act 1857”, in Stephen CRETNEY, *Family Law in the Twentieth Century: A History*, Oxford, Oxford University Press, 2005.
- DALEY, Caroline & Melanie NOLAN (eds.), *Suffrage and beyond: international feminist perspectives*, Auckland, Auckland University Press, 1994.
- DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS, 10 de diciembre 1948. Disponible en [www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights](http://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights) [fecha de consulta: 5 de octubre de 2021].
- ELÓSEGUI ITXASO, María, “Tres diversos modelos filosóficos sobre la relación entre sexo y género”, en Ángela APARISI (coord.), *Persona y género*, Cizur Menor, Aranzadi Thomson Reuters, 2011.
- FENNA, Alan, Jane ROBBINS & John SUMMERS (eds.), *Government Politics in Australia*, Melbourne, Pearson Higher Education, 2013.
- FLECHA, Consuelo, “Barreras ante las pioneras universitarias: una mirada transnacional”, en *Revista de Historia de las Universidades*, vol. 22, n.º 1, 2019. DOI: <https://doi.org/10.20318/cian.2019.4799>
- FRAISSE, Geneviève & Michelle PERROT (eds.), *A History of Women in the West*, Massachusetts, Harvard University Press, 1993, vol. 4: Emerging Feminism from Revolution to World War.
- GERHARD, Ute & Valentine MEUNIER. “Civil law and gender in nineteenth-century Europe”, in *Clio, Gender and the Citizen*, No, 43, London, 2016.
- GOLBERT, Laura y Emilia ROCA, *De la Sociedad de Beneficencia a los Derechos Sociales*, Buenos Aires, Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, 2010.
- GOLDSTEIN, Leslie. F., “Early Feminist Themes in French Utopian Socialism: The St.-Simonians and Fourier”, in *Journal of the History of Ideas*, vol. 43, No. 1. Pennsylvania, 1983.
- GOODMAN, Joyce, James ALBISETTI & Rebecca ROGER (eds.), *Girls' Secondary Education in the Western World: From the 18th to the 20th Century*, London, Palgrave Macmillan, 2010.
- GOUGES, OLYMPE DE, *Les droits de la femme*, 1791. Disponible en <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k426138/f5.image> [fecha de consulta: 5 de octubre de 2021].
- GRIMBERG, Carl, *Svenska Folkets Underbara Öden. IX Den Sociala Och Kulturella Utvecklingen Från Oskar I:s Tid Till Våra Dagar Samt De Politiska Förhållandena Under Karl XV:s, Oscar II:s Och Gustaf V:s Regering*. Norstedt & Söners Förlag, 1925. Disponible en <http://runeberg.org/sfubon/9/> [fecha de consulta: 5 de octubre de 2021].
- GRIMSHAW, Patricia, “Colonialism, Power and Women’s Political Citizenship in Australia, 1894-1908” in Irma SULKUNEN, Seija-Leena NEVALA-NURMI & Pirjo MARKKOLA (eds.), *Suffrage, Gender and Citizenship: International Perspectives on Parliamentary Reforms*, Cambridge, Cambridge Scholars Publishing, 2009.



- GRIMSHAW, Patricia, "Women's Suffrage in New Zealand Revisited: Writing from the Margins", in Caroline DALEY & Melanie NOLAN (eds.), *Suffrage and beyond: international feminist perspectives*, Auckland, Auckland University Press, 1994.
- GUBIN, Eliane, "Genre et citoyenneté en Belgique (1885-1921)", in Hans JOST (ed.), *La politique des droits. Citoyenneté et construction des genres aux 19e et 20e siècle*, Paris, Kimé 1994.
- HALSALL, Paul (ed.), "The Declaration of Sentiments, Seneca Falls Conference, 1848". Disponible en Fordham University: <https://sourcebooks.fordham.edu/mod/senecafalls.asp> [fecha de consulta: 5 de octubre de 2021].
- HEATER, Derek, *Citizenship in Britain: A History*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 2006.
- HESSE, Carla, *The Other Enlightenment: How French Women Became Modern*, New Jersey, Princeton University Press, 2001.
- HOFF SOMMERS, Christina, *La guerra contra los chicos*, traducción Lourdes Huanqui, versión epub, Lectulandia 2014.
- HOSKEN, Fran P., "Towards a Definition of Women's Rights", in *Human Rights Quarterly*, vol. 3, No. 2, Baltimore, May 1981.
- HUMAN RIGHTS FIRST, *Human Trafficking by the Numbers*, Factsheet September 2017. Disponible en [www.humanrightsfirst.org/resource/human-trafficking-numbers](http://www.humanrightsfirst.org/resource/human-trafficking-numbers) [fecha de consulta: 5 de octubre de 2021].
- ÍÑIGUEZ MANSO, Andrea. R. y Marcela I. PEREDO ROJAS, "Propuestas de solución para los aparentes conflictos jurídicos que se pueden suscitar entre el derecho a la vida del que está por nacer y los derechos de la madre", en *Revista Derecho Público Iberoamericano*, n.º 11, Santiago, octubre 2017.
- JACOBI, Juliane, "The Influence of Confession and State: Germany and Austria", in Joyce GOODMAN, James C. ALBISETTI, J. & Rebecca ROGERS (eds.), *Girls' Secondary Education in the Western World: From the 18th to the 20th Century*, New York, Palgrave Macmillan 2010.
- JOCHENS, Jenny, *Women in Old Norse Society*. Ithaca, New York, Cornell University Press, 1995.
- KARLSSON SJÖGREN, Åsa, "Women's Voices in Swedish Towns and Cities at the Turn of the Twentieth Century: municipal franchise, polling, eligibility and strategies for universal suffrage", in *Women's History Review*, vol. 21, No. 3, London, 2012.
- LÓPEZ GUZMÁN, José, "Nuevas tecnologías reproductivas y postfeminismo de género", en Ángela APARISI (coord.), *Persona y género*, Cizur Menor, Aranzadi Thomson Reuters, 2011.
- LUCAS FRANCO ABOGADOS, "¿Es aplicable la ley de violencia de género a las relaciones de personas del mismo sexo? Violencia machista". Disponible en <https://bit.ly/3B394v7> [fecha de consulta: 6 de febrero de 2022].
- MACDONALD, Charlotte, "Suffrage, Gender and Sovereignty in New Zealand", in Irma SULKUNEN, Seija-Leena NEVALA-NURMI & Pirjo MARKKOLA (eds.), *Suffrage*,

- Gender and Citizenship: International Perspectives on Parliamentary Reforms*, Cambridge, Cambridge Scholars Publishing, 2009.
- MATLES SAVADA, Andrea & William SHAW, “Changing Role of Women”, in Andrea MATLES SAVADA & William SHAW (eds.), *South Korea: A Country Study*, Washington, GPO for the Library of Congress, 1990. Disponible en <http://countrystudies.us/south-korea/>
- MCMILLAN, James F., *France and Women, 1789-1914: Gender, Society and Politics*, London, Routledge, 2002.
- MEINANDER, Henrik, *Democracy's Long Road. Finland's representative democracy and civil society from 1863 to the present day*, Helsinki, Parliament of Finland, 2013.
- MORATALLA, Natalia, *Cerebro de mujer y cerebro de varón*, 2ª ed., Madrid, Rialp, 2009.
- NASH, Mary, *Mujeres en el mundo. Historia, retos y movimientos*, 2ª ed., Madrid, Alianza Editorial, 2012.
- NORBAKK, Mari, *The women's rights champion. Tunisia's potential for furthering women's rights*. CMI Report R. 5. Bergen, Chr. Michelsen Institute, 2016.
- OFFEN, Karen, *European Feminisms 1700-1950. A political history*, California, Stanford University Press, 2000.
- OFFEN, Karen (ed.), *Women's Petition to the National Assembly, Liberty, Equality, Fraternity*. Disponible en <http://chnm.gmu.edu/revolution/d/629> [fecha de consulta: 5 de octubre de 2021].
- REA, Tom, “Right Choice, Wrong Reasons: Wyoming Women Win the Right to Vote”, in *Encyclopedia of Wyoming History. A Project of the Wyoming State Historical Society*. Disponible en [www.wyohistory.org/encyclopedia/right-choice-wrong-reasons-wyoming-women-win-right-vote](http://www.wyohistory.org/encyclopedia/right-choice-wrong-reasons-wyoming-women-win-right-vote) [fecha de consulta: 5 de octubre de 2021].
- REDACCIÓN, “¿Por qué los hombres no pueden ser incluidos en la Ley de Violencia de Género?”, en *elDiario.es*, de 26 de noviembre de 2015. Disponible en <https://bit.ly/3sfj2pg> [fecha de consulta: 5 de octubre de 2021].
- ROCHA DA SILVA, Pascal, *La politique de l'enfant unique en République Populaire de Chine*, Genève, Université de Genève, 2006.
- SCALA, Jorge, *La ideología de género o el género como herramienta de poder*, 2ª ed., Madrid, Sekotia, 2010.
- SCHWARTZMAN, Simon, “Policies for higher education in Latin America: the context”, in *Higher Education*, vol. 25, Issue 1, 1993.
- STANTON, E. Cady, *A History of Woman Suffrage*, Rochester, New York, Fowler and Wells, 1889, vol. 1.
- STOLKE, Verena, “La mujer es puro cuento:\* la cultura del género”, en *Estudios Feministas*, vol. 12, n.º 2, Florianópolis, 2004.
- SULKUNEN, Irma, *The General Strike and women's suffrage*. Disponible en [www.helsinki.fi/sukupuolentutkimus/aanioikeus/en/articles/strike.htm](http://www.helsinki.fi/sukupuolentutkimus/aanioikeus/en/articles/strike.htm) [fecha de consulta: 5 de octubre de 2021].



- SULKUNEN, Irma, Seija-Leena NEVALA-NURMI & Pirjo MARKKOLA (eds.), *Suffrage, Gender and Citizenship: International Perspectives on Parliamentary Reforms*, Cambridge, Cambridge Scholars Publishing, 2009.
- TAUFFIQUE AHMAD and Anil KUMAR MISHRA, "Legal status and rights of women in Indian constitution", in *International Journal of Advanced Education and Research*, Vol. 1, Issue 1, Rohini, January, 2016.
- TOURAINÉ, Alain, *El mundo de las mujeres*. Barcelona, Paidós Ibérica, 2007.
- UNGGECD. Disponible en <http://constitutions.unwomen.org/en/about>
- UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER, HR/PUB/14/2, *Women's Rights are Human Rights*, New York & Geneva, 2014.
- UNITED NATIONS WOMEN OBSERVATORY, disponible en [www.unwomen.org/en](http://www.unwomen.org/en)
- UNITED NATIONS WOMEN OBSERVATORY, ACADEMIC PAPER, *Gender Equality and Women's Empowerment: Constitutional Jurisprudence*, New York, United Nations, May 2017.
- UNITED NATIONS WOMEN POLICY DIVISION, *A transformative stand-alone goal on achieving gender equality, women's rights and women's empowerment: Imperatives and key components*, New York, United Nations, 2013.
- UNITED NATIONS WOMEN POLICY DIVISION, *Monitoring Gender Equality and the Empowerment of Women and Girls in the 2030 Agenda for Sustainable Development: Opportunities and Challenges*, New York, United Nations, 2015.
- UNITED NATIONS, *Transforming Our World: The 2030 Agenda for Sustainable Development*, New York, United Nations Summit, September 25-27, 2015.
- VALCÁRCEL, Amelia, *Feminismo en el mundo global*, Madrid, Cátedra/Grupo Anaya, 2008.
- VAN ESSEN, Mineke, "Strategies of women teachers 1860-1920: feminization in Dutch elementary and secondary schools from a comparative perspective", in *Journal of the History of Education Society*, vol. 28, Issue 4, 1999. DOI: <https://doi.org/10.1080/004676099284546>
- WOLLSTONECRAFT, Mary (Amy E. Zelmer, Col Choat & Sue Asscher, eds.), *A Vindication Of The Rights Of Woman, With Structures On Political And Moral Subjects*. Disponible en [www.gutenberg.org/cache/epub/3420/pg3420-images.html](http://www.gutenberg.org/cache/epub/3420/pg3420-images.html)
- WOODHOUSE, Margaret K. "The Marriage and Divorce Bill of 1857", in *American Journal of Legal History*, vol. 3, Issue 3, Oxford, 1959.
- WOOLFREY, Joan, "Olympe de Gouges (1748-1793)". Disponible en [www.iep.utm.edu](http://www.iep.utm.edu) [fecha de consulta: 5 de octubre de 2021].
- WROATH, John, *Until They Are Seven, The Origins of Women's Legal Rights*, London, Waterside Press, 1998.

### Siglas y abreviaturas

art. artículo  
arts. artículos

c.	circa
CEDAW	Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer
CEU	Centro de Estudios Universitarios
cfr.	confróntese
DF	Distrito Federal
DOI	Digital Object Identifier
ed.	editor a veces edición
eds.	editores
etc.	etcétera
http	Hyper Text Transfer Protocol
https	Hyper Text Transfer Protocol Secure
ibid.	ibidem (allí, en ese mismo lugar)
n.º a veces No.	número
ONU	Organización de las Naciones Unidas
op. cit.	opus citatis (obra citada)
p.	página
pp.	páginas
S.A.	Sociedad anónima
sec.	sección
ss.	siguientes
UNGGECD	United Nations Global Gender Equality Constitutional Database
vol.	volumen
www	World Wide Web

LA MODERNIDAD EN DISPUTA.  
LA TEMPRANA RUTA CHILENA  
AL CONSTITUCIONALISMO  
(1823-1833)

MODERNITY IN DISPUTE.  
THE EARLY CHILEAN ROUTE  
TO CONSTITUTIONALISM  
(1823-1833)

*Valentina Verbal\**

*Resumen*

Con el objetivo de situar la ruta chilena al constitucionalismo en la temprana república chilena (1823-1833), este trabajo apunta a problematizar dos omisiones frecuentes de la historiografía. Por una parte, aquella que subsume dicho periodo bajo la exclusiva categoría de liberalismo, sin considerar que en ese momento actuaron dos grandes fuerzas políticas: conservadores y liberales. Por otra, aquella que tiende a descartar que dichas fuerzas hayan participado de una fuerte disputa entre dos concepciones de la modernidad: absolutista, que viene del antiguo régimen, y alternativa, que supone una mayor exaltación de los individuos.

Palabras clave: Constitucionalismo, modernidad, conservadores, liberales, libertades civiles.

*Abstract*

Intending to define Chile's route to constitutionalism in the early Chilean republic (1823-1833), this article problematizes two frequent omissions in historiography. The first omission subsumes the period exclusively under the category of liberalism, without considering that two great political forces acted at the time: the conservatives and liberals. The se-

---

\* Magister en Historia por la Universidad de Chile. Artículo recibido el 7 de octubre de 2021 y aceptado para publicación el 5 de marzo de 2022. Correo electrónico: vvverb001@fiu.edu

cond tends to discount the participation of these two forces in a dispute over two conceptions of modernity: absolutist, which comes from the ancient regime, and alternative, which presupposes a greater exaltation of individuals.

Keywords: Constitutionalism, modernity, conservatives, liberals, civil freedoms.

### *Introducción*

Diversos pensadores del siglo XX, de las más variadas disciplinas académicas y tendencias ideológicas, han expresado una gran decepción por los magros resultados del constitucionalismo que tomó fuerza en el mundo occidental desde fines del siglo XVIII –con las llamadas “revoluciones atlánticas”– y que, para el caso latinoamericano, se desarrolló profusamente en la centuria decimonónica, aunque proyectándose con nuevos bríos a la siguiente<sup>1</sup>. No por nada, Bernardino Bravo Lira reconoce –muy a su pesar– que Latinoamérica ha sido tierra fértil para la creación de Constituciones escritas. Nota Bernardino Bravo que, ya en 1825, todos los países latinoamericanos, salvo Paraguay, habían promulgado textos constitucionales<sup>2</sup>.

La decepción de este autor se expresa en el hecho de que las Constituciones dan cuenta de un desajuste con las instituciones políticas tradicionales, propias del antiguo régimen y que, desde su perspectiva, serían mucho más flexibles para enfrentar los problemas concretos que, en cada caso o tiempo histórico, van surgiendo. Señala este autor:

“El intento de canalizar la vida institucional dentro de los moldes uniformes y rígidos de un documento legal no podía menos que chocar con la variedad y variabilidad propias de ella”<sup>3</sup>.

Y agrega que en esto consistiría la disociación “entre el país legal de la constitución escrita y el país real de las instituciones”<sup>4</sup>.

Sin embargo, la decepción frente a los tímidos logros del constitucionalismo en doscientos años de historia institucional en Occidente no ha provenido solo de pensadores conservadores, sino, también, de liberales.

---

<sup>1</sup> Para el concepto de revoluciones atlánticas, sigue siendo fundamental la obra de Jacques GODECHOT, *Las revoluciones (1770-1799)*.

<sup>2</sup> Bernardino BRAVO LIRA, *El Estado de derecho en la historia de Chile. Por la razón o la fuerza*, p. 253.

<sup>3</sup> *Op. cit.*, p. 254.

<sup>4</sup> *Ibid.*

Por ejemplo, Friedrich Hayek en su célebre *Derecho, legislación y libertad* –cuyo primer tomo fue publicado en 1973, un año antes de obtener el Premio Nobel de Economía– manifestaba que todos:

“Los gobiernos han logrado, por medios constitucionales, hacerse con los poderes que aquellos hombres precisamente pretendían negarles”,

añadiendo: El “intento de garantizar la libertad individual por medio de constituciones ha fracasado”<sup>5</sup>. Refiriendo a Montesquieu y a los padres de la Constitución estadounidense<sup>6</sup>, el pensador austriaco sostenía que la promesa del constitucionalismo de garantizar la libertad individual –que fue la promesa del constitucionalismo originario o liberal– no se ha cumplido. Y en buena medida esto ha sido así, afirmaba, porque más que proteger la libertad de las personas, lo que en la práctica ha hecho es restringirla.

Una visión similar, aunque en su caso atendiendo a una perspectiva semántica, ha sido sostenida por el politólogo italiano Giovanni Sartori. Para este autor, el concepto original de constitución, como un mecanismo orientado a garantizar los derechos individuales, devino en el siglo XX en un concepto formal, que da lugar a documentos constitucionales que no permiten, al menos no de manera suficiente, el despliegue de ese mecanismo. Dice él:

“En todo Occidente los pueblos pedían una ‘constitución’ porque ese vocablo significaba para ellos una ley fundamental, o una serie fundamental de principios, paralelos a una cierta disposición institucional, dirigida a delimitar el poder arbitrario y asegurar un gobierno limitado”<sup>7</sup>.

Pero, en cambio, después de la Primera Guerra Mundial, y bajo la égida del positivismo jurídico, lo que importará será la forma más bien que el hecho de si el gobierno es o no limitado o si, al serlo, garantiza o no –y hasta qué punto– los derechos o libertades de las personas<sup>8</sup>.

Frente a estos tres ejemplos de decepción, resulta fundamental retroceder en el tiempo e insertarse –historiográficamente– en los procesos de formación estatal a que dieron lugar las revoluciones atlánticas, de la mano de los más diversos textos constitucionales. Para el caso latinoamericano, surgen varias preguntas: ¿Realmente se entendieron las constituciones como mecanismos de garantía de derechos o libertades individuales?

---

<sup>5</sup> Friedrich A. HAYEK, *Derecho, legislación y libertad. Una nueva formulación de los principios liberales de la justicia y de la economía política*, p. 15.

<sup>6</sup> *Ibid.*

<sup>7</sup> Giovanni SARTORI, *Elementos de teoría política*, p. 17.

<sup>8</sup> *Ibid.*

Y si así se entendieron, ¿hasta qué punto esos derechos fueron en efecto reconocidos? ¿No existieron acaso excepciones que quizá confirmarían la regla, pero que en realidad estaban orientadas a convertir los derechos o libertades individuales en letra muerta?

Pero tal vez se podría plantear otras preguntas más de fondo que, en todo caso, se conectan con las precedentes: ¿Hasta qué punto, las constituciones latinoamericanas del siglo XIX, en particular aquellas surgidas después de las guerras de Independencia, fueron Constituciones modernas en términos de poner en el epicentro de la vida social y política a los individuos? ¿O, más bien, dichos documentos fueron, o terminaron siendo, la expresión de visiones tradicionales o premodernas de la sociedad, según las cuales las personas valen no por el hecho de ser tales, sino en la medida en que pertenecen a tal o cual grupo social?

Frente a ese conjunto de preguntas, consta que un importante sector de historiadores tiende a cometer dos omisiones fundamentales. La primera se vincula al hecho de que se suele subsumir la lucha política por la formación del Estado y la sociedad del futuro, que se dio con posterioridad a las revoluciones hispánicas, en un concepto demasiado amplio de “liberalismo”. En otras palabras, tienden no pocos historiadores a desconocer o minimizar la existencia de un conflicto, incluso no pocas veces a sangre y fuego, entre conservadores y liberales, entre visiones premodernas y modernas de la sociedad. De alguna u otra manera, se estira tanto el elástico de la categoría liberalismo que se termina sosteniendo que prácticamente todas las élites políticas habrían sido “liberales”, por lo que, por extensión, las cartas constitucionales creadas por ellas, no cabría sino calificarlas de ese modo.

Por ejemplo, para el caso de la situación de las mujeres en el conjunto de Latinoamérica en el siglo XIX, Elizabeth Dore afirma que el liberalismo decimonónico habría implicado una profunda regresión para las mujeres. Señala:

“Yo concluyo que, en general, las políticas del Estado [liberal] tuvieron consecuencias más negativas que positivas para la igualdad de género, lo cual sugiere la necesidad de reevaluar [la idea según la cual] el largo siglo XIX fue un periodo de progreso para las mujeres”<sup>9</sup>.

Como se observa, subsume dicha centuria bajo la categoría liberalismo, minimizando o de plano negando el papel de las fuerzas conservadoras. Pareciera que, al exaltar con tanta unilateralidad la categoría clase, la distinción entre conservadores y liberales termina por difuminarse<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> Elisabeth DORE, “One Step Forward, Two Steps Back”, p. 5.

<sup>10</sup> Dice Elisabeth Dore que la primera función de los Estados “es habilitar la explotación de clases para apropiarse del trabajo y recursos de las clases subordinadas”.

La segunda omisión –muy conectada a la anterior– está asociada al concepto de modernidad, en particular de “modernidad alternativa”, que para las revoluciones hispánicas utiliza François-Xavier Guerra en su célebre libro *Modernidad e independencias*. Para el autor, esta modernidad pone por delante la existencia de “un hombre individual, desgajado de los vínculos de la antigua sociedad estamental y corporativa”<sup>11</sup>. Por lo tanto, lo que caracteriza a la modernidad alternativa –frente a la absolutista– “es ante todo la ‘invención’ del individuo”, que se va a convertir en el eje normativo de las instituciones<sup>12</sup>.

Uno de los historiadores que, en Chile, posee mayor notoriedad pública, Gabriel Salazar, sostiene que el proceso de construcción estatal habría estado conformado por una lucha entre los “pueblos” productores, que habrían buscado participar de la deliberación sobre la sociedad del futuro, y la aristocracia dominante de los mercaderes, que habría buscado impedir esa participación<sup>13</sup>. Aunque acierta en algunas de sus conclusiones<sup>14</sup>, lo cierto es que prácticamente no considera el periodo de Independencia y de formación estatal (1810-1837) desde el punto de vista de los individuos, sino solo desde entidades corporativas como: los cabildos, las asambleas provinciales o las fuerzas armadas.

Este trabajo argumentará que la temprana ruta chilena al constitucionalismo, que se dio con posterioridad a la guerra de la Independencia, puede expresarse en la lucha frontal –tanto física como intelectual–<sup>15</sup> entre dos grandes fuerzas políticas: conservadores y liberales, entre partidarios –siguiendo la distinción de Guerra– de una “modernidad absolutista” y de una “modernidad alternativa”, respectivamente<sup>16</sup>. Se buscará, en fin, defender la tesis según la cual, si bien en Chile existió desde muy tem-

---

DORE, *op. cit.*, p. 7. Para una crítica a la visión marxista de la historia, muy interesante es la conclusión del libro de Harold J. BERMAN, *Law and Revolution. The formation of the Western Legal Tradition*, pp. 540-558.

<sup>11</sup> François-Xavier GUERRA, *Modernidad e independencias. Ensayos sobre las revoluciones hispánicas*, p. 28.

<sup>12</sup> *Op. cit.*, p. 113.

<sup>13</sup> Véase Gabriel SALAZAR, *Construcción de Estado en Chile (1800-1837). Democracia de los “pueblos”. Militarismo ciudadano. Golpismo oligárquico*.

<sup>14</sup> Por ejemplo, en cuanto a la existencia de militarismo, de autoritarismo en el caso de Portales, etcétera.

<sup>15</sup> Este artículo se ocupará solo de la primera. Para la lucha física, a través del uso de la fuerza militar, puede revisarse Valentina VERBAL, “De hermana mayor a madre protectora. Santiago frente a las provincias (1810-1860)”, pp. 187-217.

<sup>16</sup> Un ejemplo de la primera tiene que ver con el hecho de que los monarcas absolutos buscaron poner fin a “las especificidades –fueros, privilegios y libertades– de las diferentes comunidades políticas cuyo conjunto constituía precisamente la monarquía”. GUERRA, *op. cit.*, p. 79.

prano la intención de mirar el constitucionalismo como un mecanismo asegurador de libertades civiles, también desde la primera hora se expresó la intención contraria, orientada a limitar esas libertades, en la medida en que se desconfiaba de los individuos como agentes de su propio destino.

En lo que sigue, y en la línea de ejemplificar el conflicto referido entre conservadores y liberales, este artículo pondrá frente a frente a algunos de los protagonistas de la “batalla cultural” que libraron ambas fuerzas en Chile entre 1823 y 1833, que es el periodo que transcurre entre el término del gobierno de Bernardo O’Higgins (1817-1823) y la Carta Constitucional de 1833, que simboliza en el ámbito jurídico el triunfo final de los conservadores por sobre los liberales. Mientras las fuerzas conservadoras serán representadas en la figura intelectual de Juan Egaña y en la Constitución de 1823, de su propia autoría, así como en la Carta de 1833, elaborada por su hijo Mariano, las fuerzas liberales estarán simbolizadas en el periódico *El Liberal*, publicado entre 1823 y 1825, así como también en la Carta liberal de 1828. Y, en efecto, teniendo a la vista el concepto de modernidad alternativa, en las siguientes secciones se abordarán tres temas fundamentales: el orden de género, la tolerancia religiosa y la libertad de prensa.

Aunque ciertamente estas materias no siempre se regularon al detalle por la vía constitucional, sí de las normas constitucionales pueden desprenderse sus lineamientos centrales. En todo caso, a la hora de pensar en las Constituciones como mecanismos aseguradores de las libertades civiles, no solo cabe tener en mente a las cartas constitucionales en sí mismas, sino, también, a las leyes, a los proyectos que no alcanzaron a regir, a la doctrina de los autores y a la prensa periódica<sup>17</sup>. Todo esto, por lo demás, no puede disociarse con facilidad del impulso –normativo e ideológico– llevado a cabo por las propias Constituciones escritas como baluartes de las revoluciones atlánticas, incluyendo de un modo emblemático a las hispánicas.

### *I. El orden de género*

Juan Egaña (1768-1836) fue, sin lugar a dudas, uno de los más importantes ideólogos políticos de la temprana república chilena. Después de la dicta-

---

<sup>17</sup> Muy importante es considerar que las fuentes de la historiografía constitucional no cabe reducirlas, únicamente, a los textos constitucionales, sino que corresponde ampliarlas a las discusiones doctrinarias, que se dan en los cuerpos legislativos, en la academia e, incluso, en la prensa. Véase, a este respecto, el excelente trabajo de Joaquín VARELA, “Algunas reflexiones metodológicas sobre la historia constitucional”, pp. 411-425.



dura de Bernardo O'Higgins, Fue el autor principal de la Constitución de 1823. Aunque esta Carta fue discutida en el Parlamento, su respetada voz jurídica prevaleció sin mayores contrapesos<sup>18</sup>. En este sentido, el historiador británico Simon Collier afirma con razón: "La puesta en vigencia de la constitución de 1823 representó una victoria magna para Juan Egaña, su principal autor"<sup>19</sup>. Pero a pesar de que esta carta fue promulgada el 29 de diciembre de ese mismo año, ya durante la primera mitad de 1824 fue objeto de las más diversas críticas, en especial de parte de líderes políticos de tendencia liberal. Muchos de ellos comenzaron a darse cuenta de que la implementación de ese documento era prácticamente imposible, a causa de las complicaciones de la institucionalidad que consagraba. En concreto, el orden constitucional que se había dictado estaba fundado sobre la base de un complejo sistema de cuerpos políticos y administrativos, que requerían la elaboración de más de treinta leyes complementarias y la contratación de un alto número de funcionarios públicos<sup>20</sup>.

Por otra parte, un importante sector de la historiografía sobre Chile tiende a caracterizar la Carta de 1823 como un documento de corte "moralista"<sup>21</sup>. Este carácter se suele asociar al hecho de que contenía un capítulo entero dedicado a la "moralidad nacional", estableciendo en su artículo 249 lo siguiente:

"En la legislación del Estado, se formará el Código Moral que detalle los deberes del ciudadano en todas las épocas de su edad y en todos los estados de la vida social, formándole hábitos, ejercicios, deberes, instrucciones públicas, ritualidades y placeres que transformen las leyes en costumbres y las costumbres en virtudes cívicas y morales"<sup>22</sup>.

Aunque, en parte por su muy corta duración, la mayoría de los historiadores ha visto en esta carta un experimento utópico, por no decir pintoresco, de Juan Egaña al momento de pensar la sociedad ideal que

---

<sup>18</sup> Con la excepción del proyecto del padre Arce, presentado el 16 de diciembre de 1823, que no alcanzó a ser discutido. Véase Diego BARROS ARANA, *Historia general de Chile*, pp. 178-179.

<sup>19</sup> Simon COLLIER, *Ideas y política de la Independencia de Chile*, p. 246.

<sup>20</sup> Esta Constitución implicaba la contratación de aproximadamente veinte mil funcionarios públicos. Véase Luis GALDAMES, *Historia de Chile. La evolución constitucional*, p. 641. Valga, además, considerar que el Censo de 1835 dio un número de 1 103 036 personas. Véase *Repertorio chileno año de 1835*.

<sup>21</sup> Véase, por ejemplo, Sergio CARRASCO DELGADO, *Génesis y vigencia de los textos constitucionales chilenos*, p. 81.

<sup>22</sup> *Constitución Política de la República de Chile, jurada y promulgada el 25 de mayo de 1833*, p. 69. En las siguientes páginas, esta fuente será citada solo desde sus artículos.

quería construir para el futuro<sup>23</sup>. Pero, más allá de estas caracterizaciones, ¿puede la Constitución de 1823 leerse con perspectiva de género, es decir, desde los papeles que hombres y mujeres estarían llamados a cumplir en esa sociedad?<sup>24</sup> Por supuesto que sí. De hecho, el art. 250 señalaba que se reputan como virtudes principales para ser declarados “beneméritos” del Estado acciones que prácticamente solo podían ser ejercidas por los varones, por ejemplo, la “particular reputación que adquieran los jueces por su integridad y celo por la justicia” y el “valor, la singular actividad y desempeño en los cargos militares, y los grandes peligros arrojados en la defensa de la Patria”.

Pero, para pensar con mayor profundidad en el orden de género defendido por Juan Egaña, es necesario acercarse al *Código Moral*, elaborado por él en 1825, aunque publicado en 1836. Pese a que se trata de un proyecto de ley que nunca siquiera fue discutido en el Parlamento, sí resulta representativo del pensamiento conservador en las más diversas materias, incluyendo, en concreto, las asociadas a la familia y al género. De esta fuente histórica, puede colegirse que Juan Egaña consideraba a la familia como un “pequeño Estado”. De hecho, ya en la introducción del *Código Moral* afirmaba: “Una familia en cualquier Estado es el germen y el modelo del carácter y la moralidad nacional”. Y agregaba que los hogares representan “Estados en miniatura”<sup>25</sup>.

Tomando en cuenta esta visión de Juan Egaña, es importante considerar que, para él, la familia no solo constituía una esfera privada, que relegaba a la esposa a una suerte de confinamiento bajo la autoridad del marido, sino que, también, era una parte relevante de la esfera pública. De hecho, el ejercicio de las mismas virtudes cívicas debería darse, en primer lugar, en el seno de la familia. Por ejemplo, el art. 69 del *Código Moral* disponía lo siguiente:

“Todo individuo que presencia un acto de grave irreverencia contra los padres o ascendientes, está obligado a aprender al hijo, si puede, y presentarlo al magistrado; y siempre a denunciarlo, aun cuando lo resistan los

---

<sup>23</sup> Véase, por ejemplo, COLLIER, *Ideas y política...*, *op. cit.*, pp. 264-268.

<sup>24</sup> Aquí vale la pena señalar que, de acuerdo con Joan Scott, “el género se ha convertido en una categoría particularmente útil [para la historia], porque permite diferenciar la práctica sexual de los roles asignados a los hombres y las mujeres”, Joan W. SCOTT, *Género e historia*, p. 52.

<sup>25</sup> Juan EGAÑA, “Proyecto del Código Moral de la República chilena, decretado por el soberano Congreso Constituyente y encargado por el Senado Conservador al senador Dr. Don Juan Egaña”, p. XIII. Todas las fuentes legales serán referidas de acuerdo con sus páginas solo la primera vez en que ellas sean citadas; luego se hará lo propio únicamente desde sus artículos.

padres. El que no cumpla con esta aprensión o denuncia es condenado a multa o prisión”.

Este caso muestra de forma patente que el cumplimiento de los deberes filiales no era, para Juan Egaña, solo un asunto “puertas adentro”, sino que asumía también un carácter público. Y lo era al punto de que una tercera persona, incluso en contra de la voluntad del mismo padre, tenía la obligación –además del derecho– de denunciar al hijo o hija que cometiera una falta contra sus padres. Este es otro caso, entre otros, de la consideración, por parte de Juan Egaña, de la familia como un pequeño Estado, y de la falta –en su pensamiento– de una separación tajante entre espacio público y privado para hombres y mujeres, respectivamente.

Además, en la línea de subsumir el siglo XIX chileno casi todo al liberalismo, la historiadora estadounidense Nara B. Milanich sostiene que el *Código Civil* de Andrés Bello, promulgado en 1855 y vigente desde 1857, fue un instrumento de carácter liberal que apuntaba a reproducir las desigualdades de género (y de clase) entre hombres y mujeres<sup>26</sup>. El gran mecanismo para hacer esto posible habría sido la consagración, en dicha legislación, del principio de autonomía contractual<sup>27</sup>. Añade Nara Milanich:

“La codificación de la ley civil en el siglo XIX transformó el derecho y la cultura legal en materia de filiación, aumentando el poder de los hombres sobre las mujeres y de los padres sobre los niños”<sup>28</sup>.

Sin embargo, no se aprecia en este punto una decisiva innovación de Andrés Bello con respecto al proyecto conservador de Juan Egaña, expresado en su *Código Moral*. De hecho, el poder marital (*potestas maritalis*, en latín) estaba descrito de la siguiente manera en el art. 53 del *Código* de Juan Egaña:

“Los esposos se deben mutua fidelidad, socorro y asistencia. El marido es protector natural de su mujer, su representante y administrador de

<sup>26</sup> Con respecto a la clase, Nara Milanich sigue una línea bastante similar a la de Elisabeth Dore.

<sup>27</sup> Una simple y muy didáctica definición del principio de autonomía contractual es la siguiente: “Denominaremos libertad contractual o autonomía contractual al derecho que cualquier individuo tiene de obligarse (a través de un acuerdo contractual) en favor de un tercero; a su vez, la libertad contractual conllevará necesariamente la libertad de no contratar: la libertad de negarse a asumir obligaciones en favor de un tercero (pues nadie tiene derecho a imponer unilateralmente obligaciones sobre otra persona”. Juan Ramón RALLO, *El liberalismo. Los 10 principios básicos del orden político liberal*, p. 76.

<sup>28</sup> Nara B. MILANICH, *Children of Fate. Childhood, Class, and the State in Chile, 1850-1930*, p. 7.

los bienes que trae al matrimonio. La mujer está obligada a obedecer y acompañar a su marido, mientras subsista la unión doméstica”.

Se leerá ahora la forma en que el art. 131 del *Código* de Andrés Bello disponía el mismo poder. Decía este cuerpo legal: “[Los] cónyuges están obligados a guardarse fe, a socorrerse y ayudarse mutuamente en todas las circunstancias de la vida”. Y luego agregaba: “[El] marido debe protección a la mujer y la mujer obediencia al marido”<sup>29</sup>. Finalmente, en la misma línea de Juan Egaña, Andrés Bello definía, en el art. 132, el poder marital como “el conjunto de derechos que las leyes conceden al marido sobre la persona y bienes de la mujer”.

Aunque el *Código* de Andrés Bello corresponde a un periodo posterior al abarcado en este trabajo, vale la pena compararlo con el de Juan Egaña. Y pese a que, por supuesto, no pueda decirse que los liberales del siglo XIX chileno hayan sido algo así como “protofeministas”, tampoco puede sostenerse que la concepción de familia y de género que el Estado adoptó haya sido en esencia diferente de la existente en la época colonial y, ya bajo la república, de aquella defendida por las fuerzas conservadoras. Al menos en los primeros tres cuartos de la centuria decimonónica, la concepción de familia y de género predominante no fue sino aquella impulsada por sectores conservadores de raigambre católica.

Esta fue la visión, como ya se ha visto, de Juan Egaña y, aunque no tan conservador como este, fue también la línea seguida por Andrés Bello. No obstante que este último se inspiraba en forma parcial en el liberalismo, él fue más bien un conservador. A pesar de que pueda discutirse esta etiqueta para él, al menos puede concordarse que lo fue en cuestiones de moral familiar. En este sentido, Iván Jaksic señala que, pese a que el intelectual venezolano no puede ser definido con ligereza ni como un liberal ni tampoco como un conservador, en la práctica:

“Tomó partido, no con los defensores de la liberalización, sino con los conservadores que entendían la necesidad del cambio, pero que rechazaban o reprimían cualquier demanda considerada radical”<sup>30</sup>.

En otras palabras, precisamente porque los liberales de los primeros tres cuartos del siglo XIX no hayan pretendido innovar en las relaciones entre hombres y mujeres, mal puede sostenerse –como así lo hace Nara Milanich– que Andrés Bello construyó un nuevo orden de género sobre la base de principios liberales. Por lo demás, aunque sea cierto que el

---

<sup>29</sup> *Código Civil de la República de Chile*, p. 45.

<sup>30</sup> Iván JAKSIC, *Andrés Bello. Pasión por el orden*, p. 24.

principio de autonomía contractual ha sido siempre un componente clave del liberalismo, estaba ya presente en el derecho canónico de la época colonial, al menos al momento de contraerse el vínculo matrimonial. Es cierto que esto no se opone al hecho de que, en esa época, la expresión del consentimiento de las novias estaba fuertemente condicionada por la determinación de los padres, como muy bien así lo ha demostrado Susan Socolow<sup>31</sup>.

## II. La tolerancia religiosa

Donde sí los liberales pudieron “dar batalla”, al menos en mayor medida, fue en materia de tolerancia religiosa. Y cabe aquí destacar el concepto “tolerancia religiosa” –y no “libertad religiosa”– porque, realismo mediante, los liberales chilenos no aspiraban a una plena igualdad entre los católicos y los protestantes, sino solo al reconocimiento del culto privado de los segundos. Esto, considerando el contexto de la época, representado en la herencia católica del país, constituía un avance para nada irrelevante.

Cabe primero, a manera de contexto, señalar que, en el periodo histórico aquí estudiado, Chile experimentó profundos debates en la prensa o folletos periódicos. No se discutía sobre temas políticos en sentido estricto, por ejemplo, sobre las atribuciones de los distintos poderes del Estado, sino, también, sobre asuntos de orden cultural, como cuestiones asociadas al mérito, a la libertad de imprenta y a la tolerancia religiosa. En otras palabras, había en el país un espacio público nutrido –lo que François-Xavier Guerra llama “república de las letras”–<sup>32</sup>, a través del cual las diversas fuerzas políticas –conservadores y liberales– discutían con gran vehemencia y pasión.

Mientras los conservadores creían que Chile era en sus fundamentos, un país católico y que, por lo tanto, no había que reconocer el culto privado de los protestantes, los liberales aspiraban a concederles un cierto reconocimiento, al menos si ese culto se practicaba en recintos privados. En otras palabras, pese a que los liberales aspiraban a la igualdad ante la ley, también eran realistas y consideraban que la igualdad religiosa total entre católicos y protestantes era algo difícil de conseguir en el corto plazo. Además, parece que los liberales identificaban a los protestantes

---

<sup>31</sup> Sobre la base, por ejemplo, de desigualdades económicas y de raza. Véase Susan SOCOLOW, “Capítulo VI. Cónyuges aceptables. La elección de consorte en la Argentina colonial, 1778-1810”, pp. 229-268.

<sup>32</sup> Guerra, *op. cit.*, p. 114.

con la cultura anglosajona y, por lo tanto, los asociaban con el camino de progreso que el país debía seguir hacia el futuro<sup>33</sup>.

Mientras el tema anterior (orden de género) pone sobre la mesa el papel predominante de los conservadores en el orden constitucional y social de la temprana república chilena, en este segundo tópico puede apreciarse con mayor claridad la disputa por la modernidad que enfrentó a dichos bandos. Para apreciarla, se comparará la posición de Juan Egaña con la sostenida por los autores del periódico *El Liberal*.

La postura de Juan Egaña está, en primer lugar, reflejada en el art. 10 de la Constitución de 1823, por él escrita. Esta disposición establecía lo siguiente: “La religión del Estado de Chile es la católica, apostólica y romana, con exclusión del culto y ejercicio de cualquier otra”. Cabe precisar que esta disposición no decía “exclusión del culto público”, y menos todavía que “no serán perseguidas las opiniones privadas”. Por lo tanto, no había en esta Carta ningún tipo de reconocimiento al ejercicio de las denominaciones protestantes.

Aunque es importante aclarar que Juan Egaña no era partidario de perseguir penalmente el culto privado de los protestantes, tampoco lo era de reconocer ese culto, porque la moralidad del país pasaba por afirmar con fuerza la unidad católica de la sociedad. Lo contrario equivalía a la destrucción del Estado, que precisaba de dicha unidad. No por nada, en el *Examen Instructivo sobre la Constitución de Chile*, un folleto orientado a difundir la Carta de 1823, Juan Egaña decía lo siguiente: “Sin religión uniforme se formará un pueblo de comerciantes, pero no de ciudadanos”<sup>34</sup>.

Pero ¿qué pensaban los liberales, la otra cara de la moneda de este debate? Los autores de *El Liberal* creían que el país debería superar su atraso colonial, el cual en gran medida estaba representado por el enorme peso que poseía la Iglesia católica<sup>35</sup>. Por lo mismo, sostenían que la existencia de un nutrido espacio público permitiría avanzar hacia un país de mayor progreso, tanto en términos materiales como culturales. ¿Qué argumentos daban en favor de la tolerancia religiosa, es decir, de reconocer el culto privado de los protestantes? Cuatro tipos de argumentos, que aquí serán calificados como histórico, religioso, utilitario y liberal.

---

<sup>33</sup> Para las relaciones británico-chilenas, muy importante es el reciente libro de Andrés BAEZA, *Contacts, Collisions and Relationships: Britons and Chileans in the Independence era, 1806-1831*. En esta obra puede captarse el gran influjo de Gran Bretaña sobre las élites chilenas.

<sup>34</sup> Juan EGAÑA, “Examen instructivo sobre la Constitución de Chile”, p. 39.

<sup>35</sup> Se usará la expresión ‘autores’, sin identificar nombres propios, considerando que en la época los artículos se escribían con seudónimo.

El argumento histórico sostenía que Chile debía transitar desde la infancia a la adultez, desde el atraso colonial al progreso de la modernidad. Ya en su primer número, los autores de *El Liberal* vinculaban el periodo colonial con la niñez. Decían ellos:

“Trescientos años esclavos de un rey absoluto, hijos de una madre cruel e insensata que, temiendo nuestro crecimiento, no quería quitarnos los andadores de la infancia”<sup>36</sup>.

En general, consideraban que la Iglesia católica simbolizaba el antiguo régimen que había que superar, por estar asociado a una época de atraso y barbarie. No por casualidad, la Iglesia católica solía asociarse con el concepto de “manos muertas”. Por ejemplo, decían:

“Con estos fondos estancados en manos muertas, con esos campos cerrados en medio de nuestra ciudad, ¡cuántas cosas útiles podrían emprenderse!”<sup>37</sup>.

El argumento religioso, que podría sonar sorprendente viniendo de los defensores de la secularización, consideraba tanto el Antiguo como el Nuevo Testamento. Los autores de *El Liberal* constantemente insistían que su objetivo no consistía en atacar a la fe religiosa en sí misma, sino el peso de la Iglesia católica sobre la sociedad, sobre todo en la medida en que ese peso afectaba el despliegue de las libertades individuales. Un argumento muy frecuente sostenía que Jesús enseñaba en favor del amor y la tolerancia, incluso frente a quienes tienen creencias o costumbres diferentes a las propias<sup>38</sup>.

En tercer lugar, el argumento utilitario afirmaba que la diversidad permitiría la innovación y el progreso. Quizá este era el argumento con mayor frecuencia levantado. Partía de la base de que la libertad posibilitaría el florecimiento de buenas ideas. Por ejemplo:

“Podemos todavía volver a la ignorancia, al embrutecimiento, a la servidumbre. [Pero ahora] somos ya más inteligentes, [porque] nuestras ideas han tomado más vuelo, [por lo que] somos capaces de grandes cosas: todo es un efecto, una serie de vuestras virtudes, que de vuestros corazones se comunicaron a los nuestros”<sup>39</sup>.

Por último, cabe señalar el argumento, más propio del liberalismo, según el cual solo los individuos tienen derecho a determinar sus propias

<sup>36</sup> *El Liberal*, n.º 1, Santiago, 28 de julio de 1823, p. 10.

<sup>37</sup> *Op. cit.*, n.º 2, 6 de agosto de 1823, p. 15.

<sup>38</sup> *Op. cit.*, n.º 37, 11 de noviembre de 1824, p. 235.

<sup>39</sup> *Op. cit.*, n.º 25, 16 de enero de 1824, p. 133.



creencias e ideas. Este argumento se utilizaba cuando se buscaba criticar el art. 10 de la Carta de 1823. Por ejemplo, se decía que “mi conciencia y mi opinión no pertenecen sino a mí solo, y yo no debo dar cuenta de ellas sino al mismo Dios que adoro”<sup>40</sup>. Aunque este argumento tenía, como se advierte, un componente religioso, a la vez destacaba el papel esencial de los individuos a la hora de determinar la vida que querían vivir.

Cabe indicar que la visión liberal de la tolerancia religiosa tuvo un triunfo momentáneo, puesto que se consagró en el art. 4º de la Constitución de 1828, mediante la cláusula de que “nadie será perseguido por sus opiniones privadas”<sup>41</sup>. Pero este triunfo será muy pronto eliminado en la Carta posterior de 1833, que fue el producto de una insubordinación militar del bando conservador, liderada por Diego Portales (1793-1837), y que, supuestamente, estaba orientada a defender la Constitución de 1828<sup>42</sup>.

En concreto, el art. 5º de la Carta de 1833 estableció que la “religión de la República de Chile es la católica, apostólica y romana, con exclusión del ejercicio público de cualquier otra”<sup>43</sup>. Aunque esta disposición parece reconocer de manera tácita el ejercicio privado de los cultos no católicos, supuso un retroceso respecto a la Carta liberal de 1828, que había dispuesto que “nadie será perseguido por sus opiniones privadas”. El país tendrá que esperar hasta 1865 cuando una ley interpretativa de la Constitución de 1833 dispondrá que los no católicos podrán realizar su culto en recintos privados, tal como treinta y siete años antes lo había así dispuesto la Constitución de 1828<sup>44</sup>.

### III. La libertad de prensa

Como bien se sabe, la libertad de prensa es uno de los grandes pilares de la modernidad occidental. No por casualidad, la Declaración de Derechos del Pueblo de Virginia (del 12 de junio de 1776) dispuso, en su art. XII: “la libertad de prensa es uno de grandes baluartes de la libertad y no puede ser nunca restringida, salvo por gobiernos despóticos”<sup>45</sup>. Precisamente el periodo 1823-1833 se caracterizó por la activa presencia de múltiples

<sup>40</sup> *El Liberal*, n.º 26, Santiago, 17 de agosto de 1824, p. 141.

<sup>41</sup> *Constitución política de la República de Chile de 1828*, p. 2.

<sup>42</sup> Véase, desde la perspectiva de los militares, Alejandro SAN FRANCISCO, “El Ejército y la definición de sus principios constitucionales. Obediencia y no deliberación política en Chile. 1829-1830”, pp. 235-277.

<sup>43</sup> *Constitución Política... 1833, op. cit.*, p. 3.

<sup>44</sup> Fernando CAMPOS HARRIET, *Historia constitucional de Chile*, pp. 366-367.

<sup>45</sup> George JELLINEK, *La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*, p. 161.



medios de prensa en Chile. En palabras de Eduardo Santa Cruz, estos medios constituían “una suerte de modelo, que ha sido calificado bajo el rótulo de prensa doctrinaria”<sup>46</sup>. Modelo que Elías Palti define como aquella “que contiene un conjunto orgánico de ideas compartidas por un grupo de individuos”<sup>47</sup>. En palabras simples, la prensa era el gran campo de batalla en que las fuerzas políticas se enfrentaban y en el que, de acuerdo con la tesis sostenida en este trabajo, conservadores y liberales disputaban dos concepciones de la modernidad.

La posición de Juan Egaña en materia de libertad de prensa quizá quepa insertarla en su visión más amplia del Estado como una “gran familia”<sup>48</sup>. Hay que decir que esta visión no se refería únicamente al control o censura de los medios de prensa como tales, sino, en general, a toda forma de expresión de las personas.

Debido a lo anterior, las restricciones a la libre expresión de las personas se insertaban en la idea de “vicios legales”. De hecho, el título XIII del *Código Moral* hablaba sobre: “Algunos vicios y abusos que corrompen la moral social y doméstica”. Además de controlar o penalizar los juegos de azar, el consumo de bebidas alcohólicas, los duelos o desafíos, el *Código* castigaba la irreligión y la “jactancia de inmoralidad”. En materia de irreligión, el art. 359 disponía:

“El ateísmo, el conato de formar prosélitos para otra religión que la dominante del país, la profesión de una religión sin culto externo, o que niegue a los actos morales las penas y recompensas de una vida futura, son penados con la separación del delincuente de todos los términos de la jurisdicción del Estado, y con la de trabajos perpetuos si la quebrantase volviendo al país”.

Y en materia de jactancia de inmoralidad, el art. 361 establecía:

“El que se jacta de una vida y costumbres licenciosas, el que escribe o propone argumentos seductores contra la moral, el que satiriza o burla la honestidad de las costumbres, y el que de cualquier otro modo incite a la depravación será escarmentado proporcionalmente desde la corrección más leve, que es la reforma moral, hasta la reclusión, calificación de inmoralidad, destierro y trabajos forzados”<sup>49</sup>.

Los dos ejemplos anteriores, entre varios otros, daban cuenta del marcado paternalismo de Juan Egaña. Cabe hablar de paternalismo, porque no

---

<sup>46</sup> Eduardo SANTA CRUZ, *La prensa chilena en el siglo XIX. Patricios, letrados, burgueses y plebeyos*, p. 17.

<sup>47</sup> *Ibid.*

<sup>48</sup> COLLIER, *Ideas y política...*, *op. cit.*, p. 260.

<sup>49</sup> Énfasis en el original.

solamente era partidario de establecer crímenes contra las personas o sus bienes, sino, también, contra la sociedad considerada de manera holística. De alguna u otra manera, constituía una suerte de anticipo del concepto criminológico de “peligro social”, que caracterizará al derecho penal del mundo occidental entre la segunda mitad del siglo XIX y la primera del XX<sup>50</sup>.

Ahora bien, con respecto a la prensa en cuanto tal, el art. 181 del *Código Moral* establecía:

“La libertad de derechos concedida a la introducción de libros, folletos y grabados debe comprender únicamente a los que enseñen una virtuosa moral y conocimientos naturales e industriales. Jamás se permitirá los que corrompan la religión o la moral”.

Por su parte, el art. 263 n.º 2 de la Constitución de 1823 prohibía “entrometerse en los misterios, dogmas y disciplina religiosa, y la moral que generalmente aprueba la Iglesia católica”. Como se observa, la libertad de prensa no limitaba solo con el honor que podía afectar a otros individuos, sino, también, a la Iglesia católica.

De hecho, justo a partir de la norma constitucional, el periódico *El Liberal* dejó “voluntariamente” de funcionar el 16 de enero de 1824<sup>51</sup>. Al criticar el fanatismo de Juan Egaña, se despedía de sus lectores señalando:

“La libertad de la prensa es el garante más seguro de la libertad civil, como los periódicos son el barómetro de la opinión. Pero en Chile faltan aquel y este. En Chile, el criminal, el fanático, el orgulloso se expone de mejor gana a ser vil esclavo, que no a ser sindicado por la prensa”<sup>52</sup>.

Sin embargo, hay que decir que la visión de Juan Egaña sobre la libertad de prensa, estaba en línea con la tendencia de la época, representada por una fuerte influencia de la Iglesia católica. Por lo mismo, las cartas constitucionales anteriores a 1823 ya contenían restricciones en materia de fe religiosa. Por ejemplo, el art. XXIII del reglamento constitucional provisorio de 1812, promulgado bajo el gobierno de José Miguel Carrera, establecía:

<sup>50</sup> Por ejemplo, y entre otros muchos casos, esta idea está emblemáticamente representada por el *Código de Defensa Social* de Cuba de 1936. Para una explicación de esta fuente legal, véase Juana Marta LEÓN IGLESIAS, “Evolución de las ideas filosófico-penales en Cuba. El Código de Defensa Social y otras normativas penales (1938-1958)”, pp. 111-140.

<sup>51</sup> Después de su cierre, este periódico resurgirá el 17 de agosto del mismo año, cuando ya la Constitución de 1823 había caído en desgracia. Véase Raúl SILVA CASTRO, *Prensa y periodismo en Chile (1812-1956)*, p. 76.

<sup>52</sup> *El Liberal*, n.º 25, Santiago, 16 de enero de 1824, p. 131.

“La imprenta gozará de una libertad legal; y para que esta no degenerare en licencia nociva a la religión, costumbres y honor de los ciudadanos y del país, se prescribirán por el Senado”<sup>53</sup>.

Lo mismo puede decirse para las Constituciones promulgadas por Bernardo O’Higgins. Por ejemplo, el art. XI de la Carta provisoria de 1818 (pero que rigió más tiempo que la “definitiva” de 1822), prescribía lo siguiente:

“Todo hombre tiene libertad para publicar sus ideas y examinar los objetos que están a su alcance, con tal que no ofenda a los derechos particulares de los individuos de la sociedad, a la tranquilidad pública y Constitución del Estado, conservación de la religión cristiana, pureza de su moral, y sagrados dogmas, y en su consecuencia se debe permitir la libertad de imprenta, conforme al reglamento que para ello formará el Senado o el Congreso”<sup>54</sup>.

Pero, no obstante ser cierto que –como se ha visto– la defensa de la religión católica tendía a constituir una fuerte restricción a la libertad de prensa (o de imprenta, como también a veces se le llamaba), igualmente existían grupos disidentes que se oponían a ello, y que cabe representarlos en las fuerzas liberales del país. En este sentido, ¿qué argumentos en favor de una libertad de prensa más radical daban los autores de *El Liberal*? ¿Eran esos argumentos similares a los planteados con relación a la tolerancia religiosa? En gran medida sí, porque la prensa constituía un espacio mediante el cual los liberales de ese tiempo podían criticar a la Iglesia católica, que simbolizaba, para ellos, el atraso colonial.

Un argumento utilizado se refería a la inutilidad de la censura, porque se consideraba que los errores –que sí podían existir– se podían combatir de mucha mejor manera al descubierto que desde la opacidad que aquel mecanismo encerraba. Decían los autores de *El Liberal*:

“El medio más seguro de destruir el error es refutándolo libremente. ¿Quién duda de la fuerza eterna e invencible de la verdad? ¿Necesita acaso para triunfar de la policía, ni de las prohibiciones? Estas son las armas favoritas del error. Combátase al descubierto: acogerse bajo la fortaleza de las leyes prohibitivas y de la censura, es un signo de debilidad, y hace sospechosas las causas. Permitid que la verdad se desenvuelva libremente, bajo cualquiera forma que se presente; no intentéis encadenarla mientras reposa, porque enmudecerá”<sup>55</sup>.

En diciembre de 1824, al derogarse la Constitución de 1823, *El Liberal* celebraba el restablecimiento de la libertad de prensa, que califi-

<sup>53</sup> *Reglamento Constitucional Provisorio del Pueblo de Chile*, p. 9.

<sup>54</sup> *Proyecto de Constitución Provisoria para el Estado de Chile*, p. 4.

<sup>55</sup> *El Liberal*, n.º 25, Santiago, 16 de enero de 1824, p. 133.

caba “como el baluarte de todas las libertades y el garante de todas las garantías”<sup>56</sup>. En ese caso, acudían ellos a un argumento comparativo para dar a entender que los países más avanzados del orbe poseían una libertad de prensa prácticamente ilimitada:

“Restablecida por el gobierno esta libertad al pie en que estuvo anteriormente, y sujeta a las leyes tan sabiamente calculadas en otros países para contener los abusos, y redactadas quizá aquí en otra época por el mismo autor del mensaje, no se alcanza por qué el virtuoso pueblo de Chile sea responsable de los crímenes o imprudencia en que incurran los escritores públicos. Hasta ahora no sabemos que la casi ilimitada libertad de la imprenta que existe en Inglaterra, en Estados Unidos y en Buenos Aires, haya excitado reclamaciones de las otras potencias, ni haya disminuido el alto concepto que aquellos pueblos se merecen por su moderación y sabiduría”<sup>57</sup>.

Habiendo dejando ya sentado que los liberales hacían una defensa más fuerte de la libertad de prensa, ¿cómo reguló este derecho la Carta de 1828? ¿Puede decirse que, al igual que en materia de tolerancia religiosa, esta Carta constituyó un triunfo, al menos momentáneo, para los liberales? Sí, porque, a diferencia de las Cartas anteriores, la Constitución de 1828 no impuso ninguna restricción asociada a la fe religiosa<sup>58</sup>. El art. 18:

“Todo hombre puede publicar por la imprenta sus pensamientos y opiniones. Los abusos cometidos por este medio serán juzgados en virtud de una ley particular, y calificados por un tribunal de jurados”.

Aunque daba a entender que una ley particular podía establecer restricciones a la libertad de prensa, al menos constituía un notable avance excluir de la propia Carta Magna el deber de defender (y no ofender) a la fe católica.

Por lo mismo, no deja de llamar la atención que la mayoría de los historiadores haya tendido a pasar por alto el carácter disidente que, en no pocos temas –hoy calificados de “culturales” o “valóricos”–, asumían los

<sup>56</sup> *El Liberal*, n.º 40, Santiago, 11 de diciembre de 1824, p. 261.

<sup>57</sup> *Ibid.*

<sup>58</sup> Patricio Ibarra explica de manera muy clara que los abusos de la libertad de prensa, que afectaban a la fe católica, podían clasificarse en dos tipos: blasfemia e inmoralidad. Explica: “Los primeros se relacionaban con la ofensa de los dogmas, doctrinas o la institucionalidad de la Iglesia Católica, como se sabe credo oficial de la República hasta 1925; los segundos se inscriben entre aquellos que vulneraban las creencias y normas de comportamiento de las personas en su vida en sociedad en concordancia con su contexto espacial y temporal, pudiendo ser de tipo ético, familiar, sexual o de otra índole todos los cuales se encontraban regulados por la moral que establecía los parámetros de conducta obligatorios para todo buen creyente, explicitados en la ley de Dios, base de los cánones del proceder social de la cultura judeo-cristiana occidental”. Patricio IBARRA, “Liberalismo y prensa: leyes de imprenta en el Chile decimonónico (1812-1872)”, p. 301.

liberales de la temprana república chilena. Por ejemplo, en un excelente trabajo sobre la evolución de la regulación en materia de imprenta en el Chile decimonónico, Patricio Ibarra parece no considerar la oposición que –justamente a través de la prensa– ejercían los liberales en contra de las fuerzas conservadoras, que defendían la unidad religiosa y la imposición estatal de una moral sustantiva<sup>59</sup>.

Da la impresión de que las cosas se tienden a ver de manera teleológica, en el sentido de pensarse que sobre bases conservadoras. Pero se olvida que el triunfo pelucón de 1830 no se dio en el terreno de la opinión pública, sino en el campo de batalla, literalmente. Y será, en verdad, este triunfo bélico el que, como ya se ha dicho, llevará a la elaboración de una nueva Carta Fundamental en 1833. Una Carta que, aunque no dispuso restricciones a la libertad de prensa desde el punto de vista de la religión<sup>60</sup>, sí terminó constituyendo la herramienta fundamental de represión en contra de la oposición política, sobre todo a partir de los llamados “poderes de emergencia” –estado de sitio y facultades extraordinarias–, que se utilizaron para limitar y perseguir la actividad política de los liberales durante los decenios conservadores (1830-1860)<sup>61</sup>.

#### IV. Conclusión

No deja de llamar la atención que tanto pensadores conservadores como liberales hayan, en el siglo XX, expresado una profunda decepción por los pocos resultados que el constitucionalismo habría alcanzado en el

---

<sup>59</sup> IBARRA, *op. cit.*, pp. 293-313.

<sup>60</sup> El art. 12, n.º 7, garantizaba a todo individuo: “La libertad de publicar sus opiniones por la imprenta, sin censura previa, y el derecho a no poder ser condenado por el abuso de esta libertad, sino en virtud de un juicio en que se califique previamente el abuso por jurados, y se siga y sentencie la causa con arreglo a la ley”.

<sup>61</sup> Una buena descripción de estos poderes puede leerse en el siguiente extracto de Simon Collier: “El ejecutivo tenía extensos poderes de emergencia a su disposición, pero era el congreso el que votaba para otorgar al presidente ‘facultades extraordinarias’, aunque cuando el congreso estaba en receso, el presidente y el consejo de Estado podían decretar ‘estados de sitio’ en provincias específicas, los que estaban sujetos a la aprobación posterior del congreso, pero en la práctica nunca fueron rechazados. En ambos casos, todas las libertades civiles quedaban suspendidas. El poder del gobierno estaba limitado técnicamente al arresto y detención de personas dentro del territorio nacional, aunque los gobiernos a menudo sobrepasaron dichos límites a través de los destierros”. Luego, en la misma página, agrega que, de acuerdo con el célebre cálculo de Benjamín Vicuña Mackenna, el uso de estos poderes ascendió a prácticamente un tercio del periodo 1833-1861. Simon COLLIER, *Chile. La construcción de una república 1830-1865. Política e ideas*, p. 59.

conjunto de Occidente. Para un historiador cercano al hispanismo, como Bernardino Bravo Lira, las constituciones poseerían un carácter abstracto que no sería capaz de adaptarse a las realidades que caracterizan a los países. Dice él: “las constituciones escritas son expresión del revisionismo crítico que anima a la Ilustración”, ya que su “meta no es perfeccionar las instituciones vigentes, sino reemplazarlas por una constitución perfecta, desafiada según ideales de validez universal”<sup>62</sup>.

Aun así, se da la paradoja de que, luego del ciclo que denomina “carusel de constituciones” (1818, 1822, 1823 y 1828), Bernardino Bravo valora la instauración de una “monocracia presidencial” a través de la Carta de 1833. Dice que, de la mano de Diego Portales, se llegó a la conclusión de que solo mediante:

“Un gobierno fuerte, que mantuviera a raya a los facciosos, [el país] estaba en condiciones de realizar empresas de largo alcance, como las que requiere la felicidad pública y de volver a concitar, por eso mismo, la confianza pública”<sup>63</sup>.

Como bien se sabe, la Constitución de 1833 duró en el país noventa y dos años, aunque dando cuenta de dos grandes regímenes políticos: presidencialismo y parlamentarismo<sup>64</sup>.

Asimismo, lleva la razón cuando dice que esta Constitución dio lugar a un régimen autoritario, en especial durante el periodo conservador (1830-1860). Dicha Carta Fundamental se caracterizó tanto por la preeminencia del Presidente de la República frente al Parlamento como por la presencia y utilización efectiva de los ya referidos poderes de emergencia, que apuntaban a la suspensión de las libertades y a la persecución de los opositores políticos.

Por lo mismo, resulta también sorprendente que no pocos historiadores reduzcan el siglo XIX latinoamericano –y, en particular, el chileno– a la supuesta existencia de una hegemonía liberal, pasando por alto el referido triunfo conservador desde 1830 y la presencia de una disputa entre conservadores y liberales en los años inmediatamente precedentes. Una

---

<sup>62</sup> BRAVO, *op. cit.*, p. 250.

<sup>63</sup> *Op. cit.*, p. 292.

<sup>64</sup> Aunque, en el segundo caso, cabe hacer la aclaración de que no se trata del parlamentarismo clásico, como emblemáticamente lo ha sido el británico, sino de un parlamentarismo criollo o “a la chilena” que, entre 1891 y 1925, se caracterizó por el ejercicio de la facultad de los parlamentarios de censurar y derribar a los gabinetes ministeriales. Gonzalo Vial aporta la cifra de “ochenta ministerios durante veintinueve años, siendo por tanto la duración promedio de cada uno, alrededor de cuatro meses y medio”. Gonzalo VIAL, *Chile. Cinco siglos de historia. Desde los primeros pobladores hasta el año 2006*, p. 1025.

disputa, como ya se ha visto, entre dos concepciones de la modernidad, de acuerdo con la célebre caracterización de François-Xavier Guerra. Y, aunque en algunas materias los consensos fueron mayores, como en el caso del orden de género, es difícil poder hablar de una hegemonía liberal. Los hechos hablan más bien de lo contrario: la persistente subsistencia de un conservadurismo que se remonta a la época colonial, pese a la batalla que dieron los liberales en la década de 1820.

Por eso es que no se equivocaba José Victorino Lastarria cuando identificaba el régimen portaliano, representado en la Carta de 1833, con una “reacción colonial”<sup>65</sup>. Refiriéndose a la revolución pelucona de 1829:

“El Ejército insurrecto había llegado hasta las puertas de la capital a fines de 1829. Se apellidaba *Libertador*, en tanto que los autores de la revolución no tenían otro propósito que reaccionar contra la única administración liberal que ha tenido la República, destrozando la Constitución democrática de 1828. ¿Se pretendía acaso libertar a Chile de los liberales y de la Constitución más liberal de que nos cuenta su historia?”<sup>66</sup>.

Pero, a pesar de que la temprana república chilena se terminó consolidando como conservadora y autoritaria, no cabe duda de que la década de 1820 fue testigo de profundos debates entre las fuerzas conservadoras y liberales que actuaban en el país. Siendo muy diversos estos debates, en este trabajo se han mencionado dos ejemplos fundamentales: el que tuvo relación con la tolerancia religiosa y el que se vinculó a la libertad de prensa. A diferencia del orden de género, en el que no se expresaron grandes diferencias, en estos dos debates sí pueden apreciarse visiones contrapuestas, aunque situadas en el contexto histórico que se vivía.

Por ejemplo, a pesar de que los liberales aspiraban a la plena libertad religiosa, se limitaban a demandar simplemente el reconocimiento del culto de los protestantes en recintos privados. Asimismo, y pese a su fuerte oposición al peso político de la Iglesia católica, en reiteradas ocasiones demostraban que se su lucha no se dirigía contra de la religión en sí misma, sino contra el poder que dicha institución ejercía en la sociedad, en especial si afectaba, restringía o, incluso, suprimía las libertades individuales, como el libre comercio y la libertad de expresión.

Y fue precisamente en materia de libertad de prensa donde, quizá, los liberales asumieron una postura más doctrinaria o menos realista. Yendo

---

<sup>65</sup> “Portales tenía carácter y prendas para ser el jefe y representante de la reacción colonial que se inauguraba entonces contra la revolución de la Independencia, la que había llegado en 1828 a sus últimos resultados en Chile”. José Victorino LASTARRIA, *Don Diego Portales. Juicio histórico*, p. 40.

<sup>66</sup> *Op. cit.*, p. 25. Énfasis en el original.



en contra de las constituciones precedentes, los liberales chilenos de la década de 1820 creían que no existía ninguna excepción, salvo la honra personal, que pudiese justificar las restricciones a la libertad de imprenta. En otras palabras, a diferencia de las Cartas anteriores que sí establecían abusos en materia de fe religiosa, la Carta de 1828 descartó la existencia de estas limitaciones. En la estela de la Declaración de Virginia, los liberales chilenos consideraban que la libertad de expresión era “el baluarte de las libertades”, y así lo hacían ver en los medios de prensa, que ellos poseían y en los que, con decida pasión, defendían sus ideas.

Por otra parte, si se revisan los manuales de historia constitucional chilena es fácil constatar que ella ha sido muy estudiada desde la perspectiva de la lucha entre los poderes del Estado –Presidente y Parlamento, especialmente–, pero en mucha menor medida desde el punto de vista de la garantía de los derechos o libertades civiles. En estos manuales, en efecto, los autores dedican muchísimas páginas a estudiar la cuestión del régimen político, tanto establecido en los textos constitucionales mismos como, de manera práctica, por las fuerzas políticas que actuaban en el Parlamento<sup>67</sup>.

Pero si se miran las cosas más de cerca, la cuestión de los derechos siempre ha poseído una importancia relevante y, en algunas ocasiones, decisiva. No por nada, cuando los liberales reaparecieron con fuerza en la escena política chilena, una de sus grandes exigencias fue el respeto de la libertad de imprenta y de la libertad electoral. Así lo estableció el documento *Bases de la reforma*, publicado en 1850 por José Victorino Lastarria y Federico Errázuriz Zañartu, y que propone, además de las mencionadas libertades, el cese de los poderes de emergencia, el reconocimiento de los matrimonios mixtos “a fin de proteger la inmigración” de protestantes, y la ampliación de la enseñanza de las mujeres<sup>68</sup>.

Pero retornando al periodo de este artículo (1823-1833), podría agregarse que resulta curiosa la omisión del estudio de los derechos o libertades civiles porque en la garantía de estas facultades subjetivas consistió la promesa del constitucionalismo originario, y que en el siglo XX despertó la decepción de autores como Friedrich Hayek o Giovanni Sartori. Y justamente en la línea de considerar el individualismo político como una de las grandes expresiones de la modernidad occidental, el estudio

---

<sup>67</sup> Un ejemplo, entre varios otros, es el mismo manual de Fernando CAMPOS HARRIET, *Historia constitucional de Chile*. Para el tránsito desde el presidencialismo originario de la Carta de 1833 al llamado “parlamentarismo a la chilena”, fundamental es la obra de Julio HEISE GONZÁLEZ, *Evolución histórica del pensamiento parlamentario en Chile*.

<sup>68</sup> José Victorino LASTARRIA y Federico ERRÁZURIZ ZAÑARTU, *Bases de la reforma*, pp. 4-5.



de la ruta chilena al constitucionalismo en la república temprana puede hacerse desde la confrontación entre dos formas culturales de entender el tránsito desde un antiguo a un nuevo régimen, que en verdad justifique el apelativo de revolucionario que se le suele asignar a las independencias hispanoamericanas.

Además, no obstante que la confrontación entre dos concepciones de la modernidad pueda, a primera vista, parecer dicotómica o, incluso, simplista, al menos resulta mucho más compleja que la doble omisión en la que con frecuencia incurren no pocos historiadores. Por una parte, se expande demasiado el concepto de ‘liberalismo’, convirtiéndoselo casi en sinónimo de ‘poscolonial’. Y, por otra, se pasa por alto la existencia de la referida confrontación entre conservadores y liberales. Aunque, por supuesto, las fuerzas políticas de la república temprana no fueron meramente binarias, sí al menos, la consideración de conservadores y liberales actuando frente a frente da cuenta de una lucha política real, y no de un simple contubernio entre los representantes de una misma clase social<sup>69</sup>.

### Bibliografía

- “El Liberal”, en Guillermo Feliú Cruz (ed.), *Colección de antiguos periódicos chilenos 1823-1824*, Santiago, Ediciones de la Biblioteca Nacional, 1965.
- BAEZA, Andrés, *Contacts, Collisions and Relationships: Britons and Chileans in the Independence era, 1806-1831*, Liverpool, Liverpool University Press, 2019.
- BARROS ARANA, Diego, *Historia general de Chile*, Santiago, Josefina M. v. de Jover Editora, 1897, tomo XIV.
- BERMAN, Harold J., *Law and Revolution. The formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge, Harvard University Press, 1985.
- BRAVO LIRA, Bernardino, *El Estado de derecho en la historia de Chile. Por la razón o la fuerza*, Santiago, Ediciones UC, 1996.
- CAMPOS HARRIET, Fernando, *Historia constitucional de Chile*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997.
- CARRASCO DELGADO, Sergio, *Génesis y vigencia de los textos constitucionales chilenos*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002.
- CAVIERES, Eduardo, y René SALINAS, *Amor, sexo y matrimonio en Chile tradicional*, Valparaíso, Universidad Católica de Valparaíso, 1991.

---

<sup>69</sup> Se trata de una idea que no solo puede verse en autores de inspiración marxista, como las referidas Elisaberth Dore y Nara Milanich, sino, también, en historiadores de corte conservador, como puede ser el caso emblemático de Alberto EDWARDS, *La fronda aristocrática*.

- Código Civil de la República de Chile*, promulgado en 1855.
- COLLIER, Simon, *Chile. La construcción de una República 1830-1865. Política e ideas*, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2008.
- COLLIER, Simon, *Ideas y política de la Independencia de Chile*, Santiago, Editorial Andrés Bello, 1977.
- Constitución política de la República de Chile de 1828*, Santiago, Imprenta de R. Rengifo.
- Constitución Política de la República de Chile, jurada y promulgada el 25 de mayo de 1833*, Santiago, Imprenta de La Opinión, 1833.
- Constitución Política del Estado de Chile promulgada el 29 de diciembre de 1823*.
- DORE, Elisabeth, “One Step Forward, Two Steps Back”, in Elisabeth DORE & Maxine MOLYNEUX (eds.), *Hidden Histories of Gender and the State in Latin America*, Durham, Duke University Press, 2000.
- EDWARDS, Alberto, *La fronda aristocrática*, Santiago, Imprenta Nacional, 1928.
- EGAÑA, Juan, “Examen instructivo sobre la Constitución de Chile”, en Guillermo FELIÚ CRUZ (ed.), *Colección de antiguos periódicos chilenos 1824-1825*, Santiago, Ediciones de la Biblioteca Nacional, 1966.
- EGAÑA, Juan, “Proyecto del Código Moral de la República chilena, decretado por el soberano Congreso Constituyente y encargado por el Senado Conservador al senador Dr. Don Juan Egaña”, en Juan EGAÑA, *Colección de algunos escritos políticos, morales, poéticos y filosóficos del Dr. Don Juan Egaña, senador de la República de Chile, Código Moral*, Burdeos, Imprenta Laplace y Beaume, 1836, tomo v.
- GALDAMES, Luis, *Historia de Chile. La evolución constitucional*, Santiago, Balcells & Compañía, 1925, tomo i.
- GODECHOT, Jacques, *Las revoluciones (1770-1799)*, Barcelona, Editorial Labor, 1985.
- GUERRA, François-Xavier, *Modernidad e independencias. Ensayos sobre las revoluciones hispánicas*, Madrid, Ediciones Encuentro, 2009.
- HAYEK, Friedrich A., *Derecho, legislación y libertad. Una nueva formulación de los principios liberales de la justicia y de la economía política*, Madrid, Unión Editorial, 2006.
- HEISE GONZÁLEZ, Julio, *Evolución histórica del pensamiento parlamentario en Chile*, Santiago, Instituto de Chile/Academia Chilena de Ciencias Sociales, 1986.
- IBARRA, Patricio, “Liberalismo y prensa: leyes de imprenta en el Chile decimonónico (1812-1872)”, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, n.º XXVI, Valparaíso, 2014.
- JAKSIC, Iván, *Andrés Bello. Pasión por el orden*, Santiago, Editorial Universitaria, 2009.
- JELLINEK, George, *La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*, México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.
- LASTARRIA, José Victorino, *Don Diego Portales. Juicio histórico*, Santiago, Imprenta del Correo, 1861.

- LASTARRIA, José Victorino, y Federico ERRÁZURIZ ZAÑARTU, *Bases de la Reforma*, Santiago, Imprenta del Progreso, 1850.
- LEÓN IGLESIAS, Juana Marta, "Evolución de las ideas filosófico-penales en Cuba. El Código de Defensa Social y otras normativas penales (1938-1958)", en *Revista de Historia del Derecho*, n.º 45, Buenos Aires, 2012.
- MILANICH, Nara B., *Children of Fate. Childhood, Class, and the State in Chile, 1850-1930*, Durham, Duke University Press, 2009.
- Proyecto de Constitución Provisoria para el Estado de Chile*, Santiago, Imprenta del Gobierno, 1818.
- RALLO, Juan Ramón, *El liberalismo. Los 10 principios básicos del orden político liberal*, Madrid, Ediciones Deusto, 2019.
- Reglamento Constitucional Provisorio del Pueblo de Chile*, Santiago, Imprenta del Gobierno, 1812.
- RENGIFO, Francisca, *Vida conyugal, maltrato y abandono. El divorcio eclesiástico en Chile, 1850-1890*, Santiago, Editorial Universitaria, 2011.
- SALAZAR, Gabriel, *Construcción de Estado en Chile (1800-1837). Democracia de los "pueblos". Militarismo ciudadano. Golpismo oligárquico*, Santiago, Editorial Sudamericana.
- SAN FRANCISCO, Alejandro, "El Ejército y la definición de sus principios constitucionales. Obediencia y no deliberación política en Chile. 1829-1830", en *Historia Caribe*, vol. 15, n.º 36, Barranquilla, 2020.
- SANTA CRUZ, Eduardo, *La prensa chilena en el siglo XIX. Patricios, letrados, burgueses y plebeyos*, Santiago, Editorial Universitaria, 2010.
- SARTORI, Giovanni, *Elementos de teoría política*, Madrid, Alianza, 1992.
- SCOTT, Joan W., *Género e historia*, México D.F., Fondo de Cultura Económica/ Universidad Nacional Autónoma de México, 2008.
- SILVA CASTRO, Raúl, *Prensa y periodismo en Chile (1812-1956)*, Santiago, Ediciones de la Universidad de Chile, 1958.
- SOCOLOW, Susan, "Capítulo VI. Cónyuges aceptables. La elección de consorte en la Argentina colonial, 1778-1810", en Asunción LAVRIN (ed.), *Sexualidad y matrimonio en la América hispánica. Siglos XVI-XVIII*, México D.F., Grijalbo, 1991.
- URÍZAR GARFÍAS, Fernando *Repertorio chileno año de 1835*, Santiago, Imprenta Araucana, 1835.
- VARELA, Joaquín, "Algunas reflexiones metodológicas sobre la historia constitucional", en *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 21, Madrid, 2008.
- VERBAL, Valentina, "De hermana mayor a madre protectora. Santiago frente a las provincias (1810-1860)", en Armando Cartes (ed.), *Región y nación. La construcción provincial de Chile. Siglo XIX*, Santiago, Editorial Universitaria, 2020.
- VIAL, Gonzalo, *Chile. Cinco siglos de historia. Desde los primeros pobladores hasta el año 2006*, Santiago, Editorial Zig-Zag, 2009, tomo 2.

## *Siglas y abreviaturas*

art.	artículo
D.F.	Distrito Federal
ed.	editor a veces editora
eds.	editores
<i>ibid.</i>	<i>Ibidem</i> (allí, en ese mismo lugar)
n.º	número
<i>op. cit.</i>	opus citatis (obra citada)
p.	página
pp.	páginas
UC	Universidad Católica
vol.	volumen

# ALGUNOS RIESGOS DE LA LEGITIMACIÓN DEL DERECHO POR VÍA DEL CONSENSO Y EL PROCEDIMIENTO

## SOME RISKS OF THE LEGITIMATION OF THE RIGHT THROUGH CONSENSUS AND PROCEDURE

*Gonzalo Carrasco Astudillo\**

### *Resumen*

Este ensayo advierte sobre algunos riesgos de concebir la legitimación del derecho por vía del consenso y estructuras procedimentales de formación de este, tales como: el totalitarismo, la pérdida del concepto de verdad y el uso instrumental del orden jurídico para la imposición del más fuerte por sobre el débil.

Palabras clave: Moral, derecho, consenso, constructivismo, ética, política.

### *Abstract*

This essay aims to warn about some risks of conceiving the legitimation of law through consensus and procedural structures for its formation, such as totalitarianism, the loss of the concept of truth and the instrumental use of the legal order for the imposition of the strongest by on the weak.

Keywords: Moral, law, consensus, constructivism, ethics, politics.

### *Introducción*

El derecho no es capaz de dar validez a las normas morales, por cuanto ellas se validan a sí mismas a través de su razonabilidad, su apego a la realidad o,

---

\* Magister en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Artículo recibido el 25 de noviembre de 2021 y aceptado para publicación el 4 de marzo de 2022. Correo electrónico: gscarrasco@uc.cl

bien, a la voluntad de Dios<sup>1</sup>. Desde dicha premisa desarrollada por Robert Spaemann, se sostendrá una idea sencilla en la reflexión de los fundamentos de la ciencia del derecho, esta es que, en aquellos casos en que el derecho es identificado de forma exclusiva con el resultado de la voluntad del legislador, apartando cualquier otra fuente generadora o legitimadora del mismo, se termina por identificar la ley con el Estado como una misma cosa, con el consecuencial riesgo del totalitarismo, debido a la ausencia de una limitación al poder estatal basado en la fundamentación de derechos preestatales.

En este sentido, este ensayo tiene la aspiración de advertir ciertos riesgos a los que conduce el apartar como criterio legitimador del derecho, aspectos como: la verdad, la moral y una libertad fundada en una antropología teleológica, para lo cual se usará la reflexión de diversos autores que contrastan en la discusión sobre un derecho y un Estado liberal y neutral. Lo anterior, por cuanto se considera relevante en una época de crisis (como la actual), volver sobre ciertas ideas que comprometen la verdad del hombre, dando algunos lineamientos a fin de otorgar la relevancia que se merece la condición humana, la cual basta que se enfrente a su propia contingencia para descubrir que el ordenamiento institucional no puede dar una respuesta profunda que dé sentido a la proyección de lo específicamente humano.

La matriz de pensamiento en el cual se insertan estas reflexiones tratan de ser expresión del método epistemológico utilizado por san Anselmo denominado *fides quaerens intellectum*, es decir, aquel mediante el cual la fe busca “entender” a través de una vinculación con la razón a objeto de evitar su autorreferencia racionalista como forma de clausura operacional del intelecto. En definitiva, este ensayo espera poder ser un aporte en una crisis que más que institucional, es antropológica y cuya importancia es de primer orden, porque lo que está en juego es el valor de la libertad y el destino de los miembros de la comunidad política.

### *I. La libertad y la verdad como sustento de un sistema de derecho*

Desde Hans Kelsen en adelante<sup>2</sup>, es posible distinguir desde una perspectiva político-jurídica, tres ejes fundamentales en la generación de un marco jurídico para una sociedad, desde el prisma de la libertad. Estos son:

<sup>1</sup> Robert SPAEMANN, “Normas morales y orden jurídico”, p. 109.

<sup>2</sup> Siempre puede resultar arbitrario poner un punto de arranque a cierta estructura jurídica. Se piensa en Hans Kelsen, por ser un jurista icono del positivismo. Sin embargo, los ejes modernos de creación del derecho pueden rastrearse hasta la ilustración.

- i) entender la libertad como una mera obediencia a la propia voluntad sin criterios orientadores externos y limitadores,
- ii) la identificación del régimen democrático con el relativismo ético y
- iii) el abandono de la verdad como elemento relevante para el debate público,

lo cual deriva en lo que el filósofo Vittorio Possenti califica como el “divorcio entre política y verdad”<sup>3</sup>.

En esta perspectiva político-jurídica, la libertad humana debe ser libre de contaminaciones metafísicas o morales, de tal manera que permita legitimar y justificar el derecho, solo por la pertenencia al sistema jurídico mismo. En este sentido, si bien existe cierta heteronomía por la constante adhesión a suscribir un contrato o pacto social que limita dicha libertad, esta se escinde del bien común para apoyarse en componentes exclusivamente empíricos, debido a una eventual ininteligibilidad del Absoluto.

Esta idea sería parte del sustento democrático según Hans Kelsen, porque confirmaría el “relativismo”, evitando cualquier visión o contaminación metafísica. En efecto, señala dicho autor que el relativismo “es la visión del mundo presupuesta en la democracia”<sup>4</sup>. Lo anterior, por cuanto una visión objetiva de la realidad presenta características absolutistas que no son tolerables en un sistema con diversidad de proyectos de vida.

La posición de identificar la metafísica con una especie de violencia que no respeta la diversidad y los distintos proyectos vitales de cada persona, ha llevado a Gianni Vattimo a sostener aquello que se conoce como “el pensamiento débil”, es decir, que la inteligencia humana y el resultado de sus operaciones no son de fiar, por cuanto el acceso a la verdad se encuentra en la práctica vedado al ser humano, correspondiendo aceptar la libre voluntad de cada uno de los miembros de la sociedad sin referencia moral alguna que permita limitarla a través de las normas<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> Vittorio POSSENTI, *Las sociedades liberales en la encrucijada*, p. 179. Hay un evidente abandono del análisis sobre el conocimiento y la verdad. En efecto: “La mutua relación entre entendimiento y la realidad objetiva tiene tres nombres: vista desde el entendimiento se llama ‘conocer’, vista desde la cosa se llama ‘conocimiento’, vista desde ambos a la vez se llama ‘verdad’”, Josef PIEPER, *El descubrimiento de la realidad*, p. 40.

<sup>4</sup> Hans KELSEN, *Forma de Estado y visión del mundo*, p. 237.

<sup>5</sup> Esta forma de relacionar la verdad con la democracia no tiene ninguna relación con la forma de tratamiento clásica de este régimen de gobierno. Por ello, Hannah Arendt sostenía: “Para poder asimilar una perspectiva tan distinta como la griega, es preciso recordar que el descubrimiento de la política estaba basado en concienzudo intento de apartar la violencia de la comunidad, y que dentro de la democracia griega solo se consideraba una forma de interacción válida, la *peitho*, que era el arte de convencer y de hablar los unos con los otros”, Hannah ARENDT, *Cultura y política*, p. 45. Empero, concebir la inteligencia

Este sustrato relativista con características absolutas del régimen democrático se muestra claramente en Hans Kelsen cuando describe aquel momento en que Jesucristo es llevado ante Pilatos para ser juzgado, generándose una conversación que gira en torno a la verdad. Señala Hans Kelsen:

“Pilato, para quien como romano, aquel hombre no podía ser sino un pobre infeliz, le pregunta irónicamente: ‘¿Eres tú el rey de los judíos?’ Y Jesús, con absoluta seriedad, transportado por el ardor de su divina misión, responde: ‘Tú lo dices: yo soy rey. Yo para eso nací, y para eso vine al mundo, para testificar la verdad; todo el que es de la verdad escucha mi voz’. Y Pilato, escéptico como es, pregunta: ‘¿Qué es la verdad?’. Y porque no sabe lo que es la verdad, y porque en su provincia debe preservar las formas democráticas, se dirige al pueblo y lo somete a voto”<sup>6</sup>.

Esta interpretación de Hans Kelsen sobre el juicio de Jesucristo revela que, frente a la incapacidad de determinación de una verdad absoluta, solo queda apelar al voto mayoritario como fuente legitimadora de la decisión. Lo anterior genera como consecuencia una disociación entre política y verdad, con evidentes consecuencias para el derecho, a pesar de ciertas tendencias jurídicas que reclaman neutralidad en el sistema legal<sup>7</sup>.

---

humana como una cualidad que no permite ningún acceso a la verdad está en una clara contradicción con la discusión, persuasión o convencimiento al que está llamado el político o teórico de la política, para argumentar la existencia de una realidad. Véase a Norberto BOBBIO, *Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política*, p. 222, donde incluso sostiene: “Hoy es tan común llamar ‘dictaduras’ a todos los gobiernos que no son democracias, y que generalmente surgieron abatiendo a las democracias anteriores, que el término técnicamente más correcto de ‘autocracia’ ha sido relegado a los manuales de derecho público, y la gran dicotomía que hoy domina no es la que se basa en la contraposición entre democracia y autocracia, sino la que contrapone, aunque con un uso históricamente incorrecto del segundo término, a la democracia la dictadura”.

<sup>6</sup> KELSEN, *Forma de Estado...*, *op. cit.*, p. 241.

<sup>7</sup> Por ello, el cardenal Robert Sarah ha sostenido: “Se ha oscurecido también el horizonte ético, para dejar espacio al relativismo y a una concepción ambigua de la libertad que, en lugar de ser liberadora, acaba vinculando al hombre a ídolos”, Robert SARAH, *Se hace tarde y anochece*, p. 23. Es decir, que el bien y el mal ya no existen, sino que todo es manipulable, nada es definitivo y por ello la persona humana se transforma en la medida su propio yo, como espejo de sus “deseos”. En definitiva, sin verdad, no hay ética y el instinto junto con el placer forman parte de la judicatura de la propia conducta, que sirve de narcótico para discernimiento justificador de los propios actos, sin ninguna referencia a un autodomínio que eleve la categoría humana a la real dignidad de “persona”. En virtud de lo anterior radica la importancia de las teorías de la ley natural, las cuales componen “reflexiones críticas que explican aspectos constitutivos del bienestar y la realización de las personas humanas y de las comunidades que las conforman [...]”, recogiendo aspectos fundamentales de la prosperidad humana como directivas o prescripciones valiosas para su perfeccionamiento, George P., ROBERT, *Moral pública: Debates actuales*, p. 2.



En este orden de ideas, cuando el derecho es identificado de forma exclusiva con el resultado de la voluntad del legislador, apartando cualquier otra fuente generadora o limitadora del mismo, como la moral y la autosuficiencia de esta (señalada por Robert Spaemann), la consecuencia implica una ausencia de limitación al poder estatal, el cual puede usar como vehículo de sus decisiones a las normas jurídicas, con el eventual riesgo de abusos totalitarios. En otras palabras, lo anterior conduce a una identificación completa de “ley” y “Estado”, dejando fuera cualquier derecho de existencia preestatal<sup>8</sup>.

Esta manera de concebir el derecho es reflejo de una sociedad que, según Alasdair MacIntyre, se caracteriza por la incapacidad para resolver problemas morales y que solo contiene un fragmentado mundo conceptual de lo moral, sin un contexto coherente que supla de sentido a su importancia y fundamentación racional y que lleva a abandonar la búsqueda de la verdad y la orientación normativa de la misma. Esta situación influye decisivamente en el debate público y legislativo, no siendo casual que se extienda de modo indefinido sin fruto solucionador más que la idea de llegar a un “consenso”, debido al abandono de los recursos intelectuales para llegar a ellos<sup>9</sup>.

En este sentido, Antonio Millán-Puelles rescata y reconoce a Jürgen Habermas:

“El acierto de haber mantenido la exigencia esencialmente concordante, en principio, con el pensamiento ético más clásico, de una razón práctica no instrumental, sino moral. Y por su íntimo enlace con la exigencia de

---

<sup>8</sup> Por ello, “el positivismo jurídico afirma que los valores sociales son los que en cada caso determina la sociedad, hasta el punto de que una conducta, por ejemplo, no se castiga porque sea mala, sino que es mala porque se castiga. El positivismo conduce a pensar que los derechos humanos se ligan a una determinada situación histórica, social o cultural, y por tanto no son universales. El valor que se defiende hay que adscribirlo a un lugar geográfico en el que haya adquirido vigencia legal, puesto que la ley positiva se debe exclusivamente a la autoridad que la promulga, cuyo mandato se restringe a un espacio y un tiempo. De este modo, estamos obligados a admitir el carácter exclusivamente cultural de los Derechos Humanos, y por tanto relativos a la época y cultura en que son admitido”, José Ángel GARCÍA CUADRADO, *Antropología filosófica*, p 144. En definitiva, y tal como afirma John Finnis, “El positivismo jurídico es una empresa intelectual incoherente. Se incapacita a sí mismo para llevar a cabo la tarea explicativa que se propone. En consecuencia, ofrece a quienes lo estudian pretendidas e inválidas derivaciones del deber a partir del ser”. JOHN FINNIS, *Estudios de teoría del derecho natural*, p. 17.

<sup>9</sup> Conviene recordar en este punto lo que señala Carlos Mellizo, cuando sostiene: “La meta de toda especulación moral es enseñarnos nuestro deber, y mediante representaciones adecuadas de la fealdad del vicio y la belleza de la virtud, engendrar en nosotros los hábitos correspondientes que nos lleven a rechazar el uno y abrazar la otra. En Carlos MELLIZO, *Investigación sobre los principios de la moral*, p. 48.

esta razón es, también en principio, un indiscutible mérito de Habermas su tesis de la posibilidad de la verdad en el ámbito propio de la praxis moralmente calificable<sup>10</sup>.

La relevancia de lo anterior radica en que la única posibilidad de construir una red de referencias a través de las cuales se impugne la “cultura del repudio”, entendida como aquel proyecto político y cultural que deshace los presupuestos tradicionales y espirituales en los cuales se ha sostenido la sociedad, es por medio del reconocimiento de los propios límites de la autodeterminación que otorga el “consenso”, apoyado en un orden social que desarrolle una hermenéutica de la continuidad con bienes que otorgan un significado profundo a nuestra libertad y que provienen de la tradición tales como: el patriotismo, la religión, el fomento del pensamiento filosófico y el afianzamiento de los vínculos familiares.

En efecto, si bien el consensuar es un medio necesario que sirve como prevención contra autoridades arbitrarias dentro del régimen democrático, corre el riesgo de transformarse un criterio exclusivo de herramienta política que desconecta la virtud, la libertad y la verdad de la existencia humana, erosionando consecuentemente las instituciones de autoridad con tendencias autodestructivas provenientes de una pulsión irreflexiva sobre la igualdad, y que buscan una revolución democrática que condena a la servidumbre.

Esta servidumbre se refleja en la búsqueda de una maximización de los derechos humanos por ciertos teóricos y activistas, que intentan a su vez redefinir la institución familiar, debilitar la soberanía nacional, remitiendo la judicatura a pequeñas jurisdicciones internacionales, elevando la autonomía personal y el orden democrático a criterios de autosuficiencia y completitud, como si no dependieran de una herencia civilizatoria que les dé un recto orden. En definitiva, es la forma en que se estructura el fanatismo moral nihilista, que rechaza cualquier deuda con el pasado y por ello busca refundar desde cero o como una hoja en blanco, que debe volver a ser escrita.

En definitiva, una libertad entendida como pura indeterminación, donde todas las opciones vitales de la existencia humana tienen igual validez, sin una guía entregada por la herencia espiritual cristiana y por la reflexión filosófica, conduce al despotismo, por cuanto el hombre se despliega en una autodivinización que lleva sin remedio a una autoesclavitud, que carece del sentido del orden, de la autoridad y de límite que tempere la voluntariedad humana. Es por ello que la figura del héroe,

---

<sup>10</sup> Antonio MILLÁN-PUELLES, *Léxico filosófico*, p. 128.

del comandante, del maestro o las virtudes de la valentía, la fortaleza, la moderación, la magnanimidad y la prudencia parecen obsoletas, a pesar de la íntima conexión que tienen con la dignidad humana.

## II. Conexión del derecho y la moral

Si bien la ley impone preceptos que gozan de imperio, dichos preceptos también pueden ser analizados desde la perspectiva de la razón de la justicia, cuyo cumplimiento implica la realización de un acto justo y beneficioso para la convivencia. No obstante, para que ello ocurra es preciso que la ley mandate actos al súbdito para el ejercicio de virtudes que suponen una importancia para el bien común y la sociedad. Esto no quiere decir que deban regularse o sancionarse todos aquellos actos que impliquen un desorden moral, sino aquellos que resultan indispensables para el normal desenvolvimiento de la sociedad<sup>11</sup>.

En este sentido:

“Santo Tomás introduce una distinción ulterior en lo que se refiere a la práctica de las virtudes, a saber: la distinción entre actos virtuosos sin los cuales no se conserva el orden de la virtud, y actos virtuosos que no son estrictamente necesarios, aunque pertenecen a la perfección de la virtud. Según él mismo apunta, sólo los primeros son objeto de precepto, mientras que los segundos serían objeto de consejo”<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> Por el motivo referido es que Robert Spaemann sostiene: “La opción por el modelo de la completa separación de derecho y moral resulta tan lejana como el postulado de la identificación de moral y derecho a través de la reducción de lo moral a lo jurídicamente exigible”, SPAEMANN, “Normas morales...”, *op. cit.*, p. 113. Por otra parte: “Para que la libertad social sea efectiva es precisa la integración entre la autoridad y la libertad personal promoviendo la responsabilidad personal. De esta manera una autoridad despótica (tratar a los súbditos como meros instrumentos técnicos, es decir, como esclavos) no sólo disminuye la libertad, sino también la responsabilidad personal. Por el contrario, una verdadera autoridad política supone tratar a los súbditos como personas, esto es, como seres libres capaces de responder por sí mismos de sus acciones”, GARCÍA, *op. cit.*, p. 166. Por tanto, un régimen de gobierno protege la libertad en la medida en que logra dar oportunidades a sus ciudadanos a fin de lograr el proyecto de vida deseado, por ejemplo, fomentando la unión matrimonial con hijos numerosos, a través de salarios y viviendas que permitan esa aquello. Sin embargo, resulta una libertad social defectuosa cuando la autoridad es “permissivista”, en el sentido de aceptar una pluralidad ideológica escindiéndose de los criterios objetivos propios del orden social como, asimismo, cuando la autoridad es “autoritarista”, en el sentido de considerar la autoridad por sobre la libertad personal, transformando el Estado en un guardián “dirigista” donde desaparece la libertad personal.

<sup>12</sup> Ana Marta GONZÁLEZ, *Claves de la Ley Natural*, p. 45.

De esta manera, el derecho regula aspectos de mínima convivencia sin que deba regular o sancionar todos y cada uno de los actos desordenados.

Mas esta conexión entre derecho y una moral objetivamente valida ha, en la práctica, desaparecido y sus causas son múltiples. Dentro de ellas, se puede indicar aquellas que identificaba Hilaire Belloc:

- a) el progreso autorreferencial de las ciencias físicas y del conocimiento demostrable y medible de las cosas;
- b) la aparición del capitalismo, estructura económica caracterizada por la propiedad de los medios de producción concentradas en las manos de pocos y el atropello de una minoría sobre muchos;
- c) la corrupción del principio de autoridad, identificado solo con la fuerza;
- d) la expansión del escepticismo, que llega a poner en duda toda institución humana y toda forma de conocimiento;
- e) y, por último, como resumen de las anteriores consecuencias, una difusión de la desesperación<sup>13</sup>.

Conforme a lo anterior, la fragmentación moral a la que alude Alasdair MacIntyre, que conlleva la incapacidad actual de resolver problemas por falta de herramientas intelectuales en la comprensión de la ética, tiene un fuerte componente ilustrado, con una incapacidad para sostener absolutos morales intrínsecos que vayan más allá de satisfacer la propia demanda categorizada como un “derecho”, lo cual termina siendo un mero reflejo

---

<sup>13</sup> Mariano FAZIO, *Cristianos en la encrucijada. Los intelectuales cristianos en el período de entreguerras*, p. 111. Sobre estas causas, véase a Étienne GILSON, *Dios y la filosofía*, quien responsabilizaba en gran medida a Immanuel Kant y a Auguste Comte en estos aspectos. En efecto, afirmó: “Para el criticismo de Kant y el positivismo de Comte, las cosas van de manera muy distinta. Puesto que Dios no es objeto aprehendido en las formas apriorísticas de la sensibilidad –el espacio y el tiempo–, no es posible referirle sino a la categoría de causalidad. De aquí concluye Kant que, ya que Dios no es objeto de conocimiento, pudiera ser muy bien principio general de unificación de nuestros conocimientos. También puede ocurrir que nosotros hayamos establecido su existencia para contestar a las exigencias de la razón práctica, en cuyo caso la existencia de Dios vendría a ser un postulado sin llegar aún a conocimiento. Por su parte, y de modo mucho más radical, Comte llegó en seguida a la misma conclusión. La ciencia –dice Comte– no nos ayuda a lograr la noción de causa, pues los hombres de ciencia nunca preguntan por qué suceden las cosas, sino cómo suceden. Ahora bien, en cuanto sustituyamos la noción positivista de relación por la noción metafísica de causa, perderemos todo derecho a preguntar por qué son las cosas y por qué son lo que son. Echar a un lado tales cuestiones por considerarlas impropias del orden de los conocimientos positivos es, a la vez, cortar la raíz misma de toda especulación concerniente a la naturaleza y existencia de Dios”, pp. 125-126. Esta obra se conformó por cuatro conferencias pronunciadas en la Universidad de Indiana de Estados Unidos y que posteriormente fue editada por la Universidad de Yale.

de la propia utilidad, llegándose a la negación de cualquier deontología que incluya absolutos éticos<sup>14</sup>.

Esto implica enarbolar el derecho y su configuración a un mero pragmatismo del consenso, mediante los procedimientos legislativos y democráticos que permiten alcanzar su legitimación, convirtiéndose en una ética pública. En efecto, la ausencia de un modelo de vida bueno y justo conlleva a que el derecho se legitime conforme a dos pilares, estos son el “acuerdo” y una “secuencia procedimental” para su obtención, nada más.

Así, se considera como valor supremo la libre elección o autonomía particular y, por tanto, la única posibilidad de convivencia que puede aceptarse es la de una autoridad que funcione mediante el acuerdo recíproco surgido entre las fuerzas políticas miembros de un régimen democrático. En este contexto, la ética pública se constituye en un “valor”, con un cierto respeto a lo que se denomina una “moral privada” que solo puede ejercerse en grupos intermedios reducidos o grupos familiares específicos<sup>15</sup>.

Ahora bien, se piensa que una ética pública de este tipo, plasmado en el derecho, resulta imposible de llevarse a la práctica, aunque se quiera creer lo contrario. Lo anterior, por cuanto:

“En una sociedad donde haya grupos y comunidades que invoquen absolutos morales, la situación descrita no funciona de ningún modo”<sup>16</sup>.

Esto se evidencia, por ejemplo, en el aborto y el derecho a la vida, ya que la vulneración de este derecho frente a un inocente e indefenso no admite un punto de consenso entre dar muerte o no a un niño en el vientre materno.

<sup>14</sup> Es debido a ello que la dignidad humana como fundamentación de los derechos humanos se hace tan dificultosa. En efecto: “La idea de dignidad humana encuentra su fundamentación teórica y su inviolabilidad en una ontología metafísica, es decir, en una filosofía del absoluto. Por eso el ateísmo despoja la idea de dignidad humana de fundamentación y, con ello, de la posibilidad de autoafirmación teórica en una civilización. No es casualidad que tanto Nietzsche como Marx hayan caracterizado la dignidad sólo como algo que debe ser construido y no como algo que debe ser respetado”. Robert SPAEMANN, *Lo natural y lo racional*, p. 122.

<sup>15</sup> Es interesante la descripción de la ética pública y la ética privada que realiza Ángel Beleña López, quien señala: “Se entendería por ética pública aquella que marca unas ‘reglas de juego’ generales, incorporadas por el Derecho para hacer posible la vida pública, la convivencia. Sería una ética procedimental: lo único que importa es el procedimiento mediante el cual se establecen dichas reglas, a saber, un consenso derivado del diálogo racional. Mientras que la ética privada consistiría en los valores que cada cual quiera personalmente asumir por las razones que sea (religiosas o no), siempre que se respete el marco establecido por la ética pública”, en Ángel BELEÑA LÓPEZ, *Sociopolítica del hecho religioso*, p. 137.

<sup>16</sup> Vittorio POSSENTI, *La revolución biopolítica*, p. 53.

En este sentido, una ley que sea resultado de un proceso “consensual” que permita abortar a quien lo estime pertinente hacerlo, sin obligar a nadie a efectuarlo, no puede de ninguna manera, dejar en paz a quien renuncie personalmente al aborto, cuando esta persona sabe que se están eliminando vidas humanas, lo cual constituye un mal en sí mismo que socaba los fundamentos de una sociedad. En consecuencia:

“La idea de muchos –postmetafísicos, seguidores del pensamiento débil, popperianos– de que es posible construir un pensamiento normativo a partir de una concepción fundamentalmente consensual, centrada en la negociación continua, no puede sostenerse si no se presuponen de algún modo valores estables en el sustrato del consenso”<sup>17</sup>.

Por tanto, ¿es posible que el derecho se legitime a sí mismo?, ¿o es necesario que el derecho tenga puntos de referencia moral *ad extra* para obtener una legitimación? Estas interrogantes son relevantes, por cuanto es difícil que el orden social pueda exigir solidaridad, comprensión con el prójimo o dotar de recursos morales coherentes para cimentar de forma duradera una sociedad.

En este sentido, la única manera de mantener un orden social con los recursos morales recién indicados es mediante la consideración de que la herencia de la espiritualidad cristiana, de la reflexión filosófica y de la tradición deben ser salvaguardadas de forma constante por cada generación, ya que ella siempre está amenazada por la barbarie totalitaria e ideológica y que en la actualidad se manifiesta en lo que Pierre Manent denomina como “democracia pura”, es decir, un tipo de democracia que no tiene ningún tipo de referencia en los presupuestos históricos, culturales y que solo busca maximizar la autonomía y el consentimiento individual, convirtiendo el régimen democrático en un enemigo de la libertad y la dignidad humana que rehace al ser humano bajo la idea del “pluralismo” como principio autónomo, en vez de funcionar como un medio para alcanzar la verdad.

En efecto, la maximización de la autonomía se lleva a cabo mediante el establecimiento de un largo catálogo de derechos humanos que deifican al hombre sin contrapeso que restrinja las pulsiones más básicas, implicando un rechazo a la naturaleza como a cualquier otra autoridad fuera de la propia voluntad. De ahí se materializan los derechos reproductivos de la mujer, el derecho a la propia identidad sexual y de género, derecho a la autodeterminación o el derecho al disfrute de una atmósfera libre de contaminación para respirar aire puro y observar cielos oscuros<sup>18</sup>.

<sup>17</sup> POSSENTI, *La revolución...*, *op. cit.*, p. 53.

<sup>18</sup> “No hay indicador más revelador de la medida en que los conceptos jurídicos han penetrado el discurso popular y político que nuestra creciente tendencia a referirnos a lo

Lo anterior se vincula a criterios nihilistas, que lejos de intentar justificarse, buscan sin rodeos la expansión del permisivismo basado en una libre elección bajo un manto de protección otorgado por el respeto a la diversidad. La gravedad de esto radica en que dicho permisivismo golpea sensiblemente en los ámbitos más importantes de la existencia humana sobre los cuales descansa la integridad de una persona, es decir, en el matrimonio, en la familia, en la procreación, en el despliegue ascético de sus virtudes, etcétera.

### *III. La justificación del derecho a partir del constructivismo*

En este punto, se considera correcto lo que sostiene Jürgen Habermas, al poner de manifiesto la dificultad que tiene un Estado secularizado de mantenerse al margen y de manera neutral frente a situaciones de la vida<sup>19</sup>. En efecto, señala:

“Las tradiciones religiosas están provistas de una fuerza especial para articular intuiciones morales, sobre todo en atención a las formas sensibles de la convivencia humana. Este potencial convierte el discurso religioso, cuando se trata de cuestiones políticas pertinentes, en un serio candidato para posibles contenidos de verdad, que pueden ser traducidos entonces desde el vocabulario de una comunidad religiosa determinada a un lenguaje universalmente accesible”<sup>20</sup>.

Se sostiene que un aspecto relevante de lo afirmado por Jürgen Habermas está en la admitir la posibilidad de que el régimen democrático y del derecho sea susceptible a la verdad y que la indiferencia de “lo público” es propio de un sistema liberal.

---

que es más importante para nosotros en función de derechos, y a caracterizar casi todas las controversias sociales como un choque de derechos. Sin embargo, durante la mayor parte de nuestra historia, el discurso político no estuvo tan generosamente salpicado de referencias a los derechos como lo está en la actualidad, y el discurso relativo a los derechos no era tan legalista”, Mary Anne GLENDON, “El lenguaje de los derechos”, p. 81.

<sup>19</sup> Robert Spaemann da como ejemplo una realidad cotidiana que también se puede presentar en Chile. Esta es la dificultad que presenta el dogma liberal de la neutralidad moral en las escuelas públicas frente a la creciente violencia de los jóvenes. En este sentido, si las orientaciones morales son un asunto privado en el cual la escuela no debe intervenir, difícilmente se le podrá enseñar a los estudiantes algo más allá de la tolerancia, y es fácil advertir que la disposición a la violencia florece más ahí donde el profesor no tiene nada más que ofrecer que tolerancia y relatividad moral. SPAEMANN, *Lo natural...*, op. cit.

<sup>20</sup> Jürgen HABERMAS, *Entre naturalismo y religión*, p. 139.



“Hace muchos años, un filósofo americano de la comunicación pública, W. Lippmann, captó la naturaleza del problema cuando escribió: ‘Los defensores de un modo de vida liberal se baten por conseguir las garantías legales contra cualquier restricción de las opiniones. Pero la ciudadela está vacía, porque la filosofía de la comunicación pública la ha abandonado, y todo lo que los defensores de la libertad todavía deben proteger no es más que neutralidad pública y público agnosticismo’”<sup>21</sup>.

Esta perspectiva que se extrae de Jürgen Habermas, puede considerarse análoga con lo que ya sostenía Alexis de Tocqueville, al observar el comportamiento de la ciudadanía estadounidense y democrática en sus inicios y que ha influido hasta hoy en Estados Unidos. En efecto, según Alexis de Tocqueville, el sustento o *ethos* democrático de dicho país estaba fundado en un fuerte puritanismo de los colonos ingleses, quienes entendían la libertad con una inspiración cristiana<sup>22</sup>.

Alexis de Tocqueville, al referirse a la libertad estadounidense, señala:

“No deberíais confundiros a propósito de vuestra libertad. Hay una libertad de naturaleza corrupta, que afecta a hombres y bestias, que consiste en hacer aquello a lo que se inclinan; esta libertad es inconsistente con la autoridad, se impacienta ante cualquier traba; en base a esta libertad, *Sumus Omnes Deteriores* (somos todos inferiores); ella es la gran enemiga de la verdad y la paz, y todos los mandatos de Dios se establecen en su contra. Pero hay una libertad civil, moral, federal, que constituye un fin adecuado y se compadece con la autoridad; es una libertad que solo se adhiere a lo que es justo y bueno, pues mediante ella os cubrís de los azares de vuestras propias vidas”<sup>23</sup>.

Patrick Deneen sostiene que Alexis de Tocqueville ve:

“Con aprobación una distinción que puede rastrearse hasta la Antigüedad clásica, entre una libertad entendida como licencia –‘hacer aquello a lo que uno se inclina’ y la libertad entendida como consecuencia de la autodisciplina, y en particular, la elección libre realizada en aras del bien

<sup>21</sup> POSSENTI, *La revolución...*, *op. cit.*, p. 58.

<sup>22</sup> Sin embargo, en relación con Europa, la irrelevancia del cristianismo y la instalación del progresismo como reemplazo, es una de las causas de su decadencia. En este sentido: “Stefan Zweig atribuía el declive del orden civil en Europa al mito del progreso. En todas las ideologías de su tiempo –comunismo, socialismo, nazismo, fascismo– Zweig veía el mismo pernicioso esfuerzo por reescribir los principios del orden social en términos de una progresión lineal del pasado hacia el futuro. El culto del líder, del ‘partido de vanguardia’, de la propia ‘vanguardia’: todo esto daba por supuesto que la sociedad tiene una dirección, del mismo modo que un negocio tiene un propósito y los ejércitos, un objetivo. Y todo ello autorizaba al creciente reclutamiento de los ciudadanos y la constante absorción de las funciones de la sociedad en la maquinaria del Estado”, véase Roger SCRUTON, *Cómo ser conservador*, p. 34.

<sup>23</sup> Alexis de TOCQUEVILLE, *La democracia en América*, p. 46.



común. Tocqueville recomienda una articulación más contemporánea de la noción clásica y cristiana de libertad, consistente en hacer lo que está en consonancia con lo 'que es justo y bueno', a diferencia del concepto liberal que define la libertad como actuar como a uno le apetezca, en tanto en cuanto no se lesione a los demás. Esta forma de libertad, es consistente con la autoridad que entonces trata de ordenar la sociedad para que los ciudadanos sean incitados a tomar solamente aquellas decisiones y a realizar aquellas acciones que están orientadas a 'lo justo y bueno' <sup>24</sup>.

Conforme a lo anterior, el ideólogo del liberalismo sostiene:

"Casi no hay actos de los hombres, por más singulares que se les suponga, que no nazcan de una idea muy general que concibieran de Dios, de sus relaciones con el género humano, de la naturaleza del alma y de los deberes para con sus semejantes. Estas ideas son el manantial común de donde brota todo lo demás. Por eso a los hombres les interesa inmensamente formarse ideas bien definidas de Dios, del alma, de sus deberes generales para con el Creador y sus semejantes; pues la duda en estos últimos puntos principales haría accidentales todos sus actos, y los condenaría, en cierto modo, al desorden y a la impotencia" <sup>25</sup>.

Por tanto, el mencionado autor aplica referencias morales *ad extra* del derecho, que permiten dar legitimidad a un sistema con aplicación del principio *nulla potestas nisi a Deo*, donde la función de la verdad se hace relevante en la esfera pública <sup>26</sup>.

Este es un tema relevante para Jürgen Habermas, quien recordando a Ernst Wolfgang Böckenförde y su pregunta relativa a si el Estado liberal se sustentaba en presupuestos normativos que el mismo Estado no podía asegurar. Al efecto, señala:

<sup>24</sup> Patrick DENEEN, *¿Por qué ha fracasado el liberalismo?*, pp. 121-122. En este sentido, Marcelino Menéndez Pelayo sostiene: "Enseña terminantemente el Areopagita que lo hermoso es la misma cosa que lo bueno, y que no hay criatura que no tenga parte de lo bueno y de lo hermoso y no aspire a la bondad y a la belleza", Marcelino MENÉNDEZ PELAYO, *Historia de las ideas estéticas en España*, p. 240.

<sup>25</sup> TOCQUEVILLE, *op. cit.*, p. 32.

<sup>26</sup> Resulta interesante en este punto, recordar lo sostenido por C[live] S[taples] Lewis en torno a la perspectiva sobrenatural: En toda mi vida solo he conocido una persona que dijera haber visto un espíritu. Era una mujer, y lo interesante es que antes de verlo ella no creía en la inmortalidad del alma, y sigue sin creer después de haberlo visto. Piensa que fue una alucinación. En otras palabras, ver no es creer. Esto es lo primero que hay que aclarar al hablar de los milagros. No consideraremos milagrosa ninguna experiencia que podamos tener, sea la que sea, si de antemano mantenemos una filosofía que excluye lo sobrenatural. Cualquier suceso que se considera milagro es, a la postre, una experiencia recibida por los sentidos, y los sentidos no son infalibles. Siempre podremos decir que hemos sido víctimas de una ilusión. Si no creemos en lo sobrenatural, eso es lo que diremos en todos los casos. En C[live] S[taples] LEWIS, *Dios en el banquillo*, p. 13.

“Esta pregunta pone en duda la capacidad del Estado constitucional democrático de recurrir a sus propias fuentes para renovar sus fundamentos normativos, a la vez que hace surgir la sospecha de que depende de lo religioso, de tradiciones autóctonas arraigadas en cosmovisiones o, en todo caso, de tradiciones éticas que vinculan a la sociedad”<sup>27</sup>.

Y luego indica:

“Si se toma en consideración el ‘hecho del pluralismo’ de Rawls, este cuestionamiento haría tambalear a un Estado obligado a mantenerse neutral en lo relativo a la cosmovisión (*Weltanschauung*)”<sup>28</sup>.

Ahora bien, está lejos de admitir que ideas bien definidas de Dios y de nuestros deberes para con el Creador y sus semejantes sean los puntos de referencia adecuados que fundamenten moralmente el derecho. Por este motivo, señala:

“El liberalismo político (al que defiendo en forma especial de un republicanismo kantiano) se entiende como una justificación no religiosa y posmetafísica de los principios normativos del Estado constitucional democrático. Esta teoría se sitúa en la tradición de un derecho racional que ha renunciado a las enseñanzas del derecho natural clásico y religioso fuertemente ancladas en suposiciones cosmológicas o relativas a la historia de la salvación”<sup>29</sup>.

En efecto, sostiene que la justificación del derecho está dada por la Constitución que los ciudadanos se dan a sí mismos, la cual cuenta con la capacidad para defender su legitimación con autosuficiencia, requiriendo eso sí, de “existencias cognitivas de un conjunto de argumentos independiente de la tradición religiosa y metafísica”<sup>30</sup>. Lo anterior, se da

---

<sup>27</sup> Jürgen HABERMAS y Joseph RATZINGER, *Entre razón y religión. Dialéctica de la secularización*, p. 9. La sociedad, creía Edmund Burke, depende de relaciones de afecto y lealtad, y estas solo pueden construirse desde abajo, a través de interacciones cara a cara. Es: en la familia, en los casinos y sociedades locales, en el colegio, en el lugar de trabajo, en la iglesia, en el equipo, en el regimiento y en la universidad donde la gente aprende a interactuar como seres libres, responsabilizándose de sus actos y rindiendo cuentas a sus vecinos. Cuando la sociedad se organiza desde arriba, bien por un gobierno que se impone, o por una dictadura revolucionaria, o por los edictos impersonales de una burocracia inescrutable, la responsabilidad desaparece rápidamente del orden político y de la propia sociedad. El gobierno ordenado de arriba abajo fomenta individuos irresponsables, y la confiscación de la sociedad civil por el Estado lleva a la extendida negativa por parte de los ciudadanos a actuar por sí mismos, Scruton, *Cómo ser...*, *op. cit.*, p. 28.

<sup>28</sup> HABERMAS y RATZINGER, *op. cit.*, p. 10.

<sup>29</sup> *Op. cit.*, p. 11.

<sup>30</sup> *Op. cit.*, p. 15.

en un marco de procedimiento de establecimiento de la ley con garantías de una construcción jurídica inclusiva<sup>31</sup>.

Cabe advertir, que no considera que el sistema jurídico se legitime a sí mismo por el mero procedimiento, sin más. En esto es categórico cuando señala:

“Un procedimiento en cuanto tal no puede generar legitimación; más aún, el mismo procedimiento de establecer las normas está sujeto al deber de legitimación; la forma técnico-jurídica sola a la larga no podrá asegurarse el reconocimiento”<sup>32</sup>.

En este sentido, es de considerar que se inserta de mejor manera en una línea ética de tipo constructivista, para quien las ideas morales no son el resultado de un conocimiento receptivo, sino de marcos conceptuales elaborados por la persona o la sociedad y necesarios en un Estado constitucional<sup>33</sup>.

No obstante, esta legitimación del derecho dada por la Constitución no da una respuesta satisfactoria sobre la manera de asegurar que el derecho no se transforme en el establecimiento de lo que se entenderá por justo, por aquellos que detentan el poder y que normalmente estará identificada con la mayoría de los votantes. En efecto, el poder del fuerte contra el débil y con facultades para establecer aquello que es “justo” en una Constitución, no resuelve la justificación del derecho, al menos si se quiere entender por derecho una expresión de la justicia que resguarde a toda la sociedad, incluyendo al débil.

---

<sup>31</sup> Pero la fragilidad de lo que afirma Jürgen Habermas resulta patente en aquellos casos en que principios básicos de moralidad o costumbre se destruyen y amenazan la estabilidad institucional. Hannah Arendt sostenía al respecto: “Lo que quedan son las costumbres y tradiciones de la sociedad (y, dicho sea de paso, esto explica la frecuente longevidad de los cuerpos políticos cuya sangre vital ha menguado). Mientras que éstas permanezcan intactas, los hombres, en tanto que individuos particulares, continúan comportándose de acuerdo con ciertos patrones de moralidad. Pero esa moralidad ha perdido su fundamento. No podemos confiar ilimitadamente en la tradición para prevenir el peor de los males. Cualquier incidente puede destruir una moralidad y unas costumbres que ya no tienen su base en la legalidad, cualquier eventualidad puede amenazar a una sociedad que ya no cuenta con el sustento de su ciudadanía”, Hannah ARENDT, “Comprensión y política”, p. 17. La versión del mismo que aquí se cita es la que ofrece Jerome Kohn en su edición de distintos artículos y manuscritos inéditos de Hannah Arendt: *Essays in Understanding, 1930-1945*, New York, Harcourt Brace & Company, 1994. Pues, está lejos de dar dicho sustento un texto constitucional.

<sup>32</sup> Jürgen HABERMAS, *La crisi della razionalità del capitalismo maturo*, p. 108.

<sup>33</sup> En una línea similar de pensamiento en este punto se encuentra Neil McCormick, quien comentando el libro *Natural Law and Natural Rights* de John Finnis, señaló: “La explicación de Finnis de los bienes (humanos) básicos parte de lo que todavía me parece una inaceptable versión del cognitivismo meta-ético. Yo permanezco en búsqueda de una explicación del bien diferente y más constructivista”, en Neil McCormick, “Natural Law and the Separation of Law and Morals”, p. 125.

Por ello, resulta acertado lo que afirma Joseph Ratzinger cuando señala:

“También las mayorías pueden ser ciegas o injustas. ¿Se puede seguir hablando de justicia y de derecho cuando, por ejemplo, una mayoría, incluso si es grande, aplasta con leyes opresivas a una minoría religiosa o racial? Por tanto, con el principio mayoritario queda siempre abierta la cuestión de las bases éticas del derecho, la pregunta de si hay o no algo que no puede convertirse en derecho, es decir, algo que es siempre injusto de por sí, o viceversa, si hay algo que por naturaleza es siempre indiscutiblemente, según el derecho, algo que precede a cualquier decisión de la mayoría y que debe ser respetado por ella”<sup>34</sup>.

En efecto, el conjunto de argumentos independientes de la tradición religiosa o metafísica a la que alude Jürgen Habermas, para dar satisfacción a la legitimación del derecho, que se plasma en la Constitución, no asegura la inviolabilidad de derechos indisponibles, por ejemplo, el de la vida.

En el mismo sentido, el sustento cognitivo y racional al que alude Jürgen Habermas no obsta a que las normas se puedan terminar resolviendo en términos de poder o solo dominación del más fuerte o, bien, desde una perspectiva meramente ideológica, sentimental o emotivista. En efecto, esta especie de constructivismo procedimental de autolegitimación interna del derecho por vía constitucional no es capaz de llenar el vacío que queda al abandonar una racionalidad objetiva, frente a la cual el derecho debe someterse.

Para la profesora Onora O’Neill, cuyo director de tesis doctoral fue John Rawls, este último tampoco escapa a una racionalidad instrumental. Señala:

“La idealización enmascarada como abstracción, produce teorías que pueden aparecer como aplicándose ampliamente, pero que de hecho excluyen encubiertamente de su alcance a todos aquellos que no igualan un cierto ideal. Ellas privilegian ciertos tipos de vida y de agente humano, presentando sus características específicas como ideales universales”<sup>35</sup>.

Esto no es muy diferente a lo que pasa con Jürgen Habermas, quien detrás de la abstracción y racionalidad presenta una preferencia por un cierto tipo de ideales que más que universales, son particularistas y que a su vez, trata de universalizar. En otras palabras, busca que la sociedad y sus individuos sean liberales.

<sup>34</sup> HABERMAS y RATZINGER, *op. cit.* p. 39.

<sup>35</sup> Onora O’NEILL, *Constructions of Reason. Explorations of Kant’s Practical Philosophy*, p. 210.

Sin embargo, se considera que la visión justificadora del derecho a partir de un constructivismo, ya sea ético (Jürgen Habermas) o procedimental, resulta insuficiente para poner el poder bajo su regulación, evitando que rija el derecho del más fuerte<sup>36</sup>. Más bien, si se quiere que rija la fuerza del derecho, es preciso que este encuentre su legitimidad en las normas morales que sirven de límite para la regulación jurídica, por cuanto solo ellas se justifican a sí mismas, tal como sostiene Robert Spaemann y que fue la premisa con la cual se ha iniciado.

En este sentido, considerar las ideas morales como meros conceptos comunes elaborados a discreción por determinadas sociedades, aunque estén plasmadas en una Constitución previa discusión racional, yerra sobre la manera correcta en cómo opera el intelecto, ya que tal como afirma Antonio Millán-Puelles:

“La facultad de entender es una potencia activa respecto de la intelección. Esa potencia es la que realiza la aprehensión intelectual de lo que ya hay inteligible en los datos empíricos. Pero no hace más que esa aprehensión y lo que al ejecutarla es necesario para que lo así captado se encuentre en el sujeto inteligente como algo que este posee en virtud de su propia actividad”<sup>37</sup>.

De esta manera, el conocimiento y el acto de entender conlleva la aprehensión de la realidad que se conoce, por ello Étienne Gilson sostiene:

---

<sup>36</sup>“Platón afirmó que no es la acción (*práigma*) sino la contemplación (*theoría*) la que se adhiere a la verdad. Desde entonces se ha repetido una y otra vez que la deficiencia principal de la acción reside en el hecho de que yo nunca acabo de saber del todo qué estoy haciendo. En el pensar o en la fabricación de cosas, yo sé, o he de saber, exactamente qué estoy haciendo”. Hannah Arendt, *Ensayos de comprensión, 1930-1954, Escritos no reunidos e inéditos de Hannah Arendt*, p. 476. Bajo el mismo contexto, resulta factible sostener que el mero procedimiento, como acción, no permite dar un sustento teórico al derecho. Aun así, y más allá de la analogía planteada respecto a las formas procedimentales, la preponderancia de la acción ha llegado, incluso, a afectar la labor del intelectual cuya actividad está cada vez más cercana al administrador y gestor académico, que a la figura del pensador propiamente tal. Por ello, Julián Marías sostenía: “Los intelectuales de nuestro tiempo hacen demasiadas cosas. Tienen cargos públicos, hacen vida social, presiden comisiones, hacen declaraciones a los periodistas, hablan por la radio, aparecen en la televisión, forman parte de innumerables asociaciones, intervienen en la política de su país y de los otros. Temo que les falte en muchos casos tiempo, más aún calma para pensar. El pensamiento supone siempre un repliegue, un retraimiento o retiro a las soledades de uno mismo, a su intimidad silenciosa. Es esencial ese movimiento hacia atrás y hacia adentro; quiero decir que hay que estar en las cosas para poder retraerse de ellas; en ocasiones es necesaria hasta la inmersión en la acción, desde la cual se ejecuta la sutil retirada que pone distancia y deja lo real en la perspectiva justa para ser conocido”, Julián MARIAS, *El oficio del pensamiento*, p. 14.

<sup>37</sup> MILLÁN-PUELLES, *op. cit.*, p. 157.

“Conocer no es aprehender una cosa tal como esta es en el pensamiento, sino, en el pensamiento, aprehender la cosa tal como ella es”<sup>38</sup>.

Es lo anterior y con ese punto de referencia de aprehender la moral tal como es, lo que permite que el derecho pueda encontrar la legitimidad que no le da el mismo sistema, ni abstracciones intelectuales que van desde el “consenso” hasta el desprecio de la función de la metafísica. En este sentido, se es consciente de que el argumento, aunque no es nuevo, se inserta en aquello que Robert P. George describe como:

“La creencia de que la política razonable y el buen derecho aspiran no solo a ayudar a hacer a la gente segura, confortable y próspera, sino también a ayudar a hacerlos virtuosos. Se trata, principalmente, de la creencia en que el derecho y la política están estrechamente vinculados con la buena vida ética de los miembros de las comunidades políticas”<sup>39</sup>.

### Conclusión

En definitiva, se piensa que el derecho solo puede entenderse y desarrollarse de forma más íntegra y coherente cuando se analiza en el contexto de la totalidad en el cual se encuentra inserto, lo cual incluye de forma relevante a la moral y la política. En efecto, si el derecho se encuentra desligado de su referencia ética, corre el serio riesgo de transformarse en un instrumento o técnica que refuerza el poder del más fuerte.

Esta situación instrumental del derecho, en manos del más fuerte, conlleva la destrucción de la confianza y la única razón vigente para el mantenimiento del poder es la justificación para aumentarse a sí mismo o, a lo menos, conservarse. Así, el orden jurídico solo constituye una tregua, un contrato social que trata de limitar la lucha por la supervivencia, que está lejos de promover el bien común.

En consecuencia, si un orden jurídico quiere asegurar la libertad, deberá hacerlo mediante una estructuración de contenido con presupuestos morales que den cabida a un juzgamiento de las acciones humanas, aun

<sup>38</sup> Étienne GILSON, *El realismo metódico*, p. 177.

<sup>39</sup> MACCORMICK, *op. cit.*, p. 130. Por otra parte, parece acertada la definición moderna de virtud que señala Roger Scruton, quien afirma: “La virtud es la capacidad de asumir todas las responsabilidades que se derivan de nuestros actos, intenciones y declaraciones, frente a las razones que existan para no hacerlo. Es la capacidad, en definitiva, de mantener la perspectiva de primera persona y la centralidad del yo en nuestra vida y emociones, frente a las tentaciones de sucumbir al descentramiento que nos rodean y que reflejan que somos seres humanos, es decir, seres con miedos y apetitos de naturaleza animal, y no sujetos transcendentales guiados únicamente por las exigencias de la razón”. Roger SCRUTON, *La naturaleza humana*, p. 54.

cuando sean polémicos o controvertidos, por cuanto esta característica última no autoriza a que se privaticen y relativicen en su totalidad, ni mucho menos promover o financiar estatalmente, actos que contradigan lo que la tradición cristiana occidental considera como mandamientos morales válidos e incondicionados.

### Bibliografía

- ARENDETT, Hannah, "Comprensión y política", en *Partisan Review*, vol. 20, n.º 4, Nueva York, julio-agosto, 1953.
- ARENDETT Hannah, *Cultura y política*, Madrid, Ed. Trotta, S. A., 2014.
- ARENDETT, Hannah, *Ensayos de comprensión, 1930-1954, Escritos no reunidos e inéditos de Hannah Arendt*, Barcelona, Caparrós Editores, 2005.
- BELEÑA LÓPEZ, Ángel, *Sociopolítica del hecho religioso*, Madrid, Ed. Rialp, 2007.
- BOBBIO, Norberto, *Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política*, Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, 1996.
- DENEEN, Patrick, *¿Por qué ha fracasado el liberalismo?*, Madrid, Ed. Rialp, 2018.
- FAZIO, Mariano, *Cristianos en la encrucijada. Los intelectuales cristianos en el periodo de entreguerras*, Madrid, Ed. Rialp, 2008.
- FINNIS, John, *Estudios de teoría del derecho natural*, Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017.
- GARCÍA CUADRADO, José Ángel, *Antropología filosófica*, Navarra, Ed. EUNSA, 2010.
- GEORGE P., Robert, *Moral pública: Debates actuales*, Santiago, Ed. Instituto de Estudios de la Sociedad, 2009.
- GILSON, Étienne, *Dios y la filosofía*, Buenos Aires, Emecé Editores.
- GILSON, Étienne, *El realismo metódico*, Madrid, Ed. Encuentro, 1997.
- GLENDON, Mary Anne, "El lenguaje de los derechos", en *Estudios Públicos*, n.º 70, Santiago, otoño 1998.
- GONZÁLEZ, Ana Marta, *Claves de la Ley Natural*, Madrid, Ed. Rialp, 2006.
- HABERMAS, Jürgen, *Entre naturalismo y religión*, Barcelona, Ed. Paidós, 2006.
- HABERMAS, Jürgen, *La crisi della razionalità del capitalismo maturo*, Roma, Ed. Laterza, Roma-Bari, 1982.
- HABERMAS, Jürgen y Joseph RATZINGER, *Entre razón y religión. Dialéctica de la secularización*, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 2008.
- KELSEN Hans, *Forma de Estado y visión del mundo*, Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1989.
- LEWIS, C[live] S[taples], *Dios en el banquillo*, Madrid, Ed. Rialp, 2017.
- MACCORMICK, Neil, "Natural Law and the Separation of Law and Morals", in Robert P. GEORGE (ed.), *Natural Law Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1994.



- MARIAS, Julián, *El oficio del pensamiento*, Madrid, Ed. Biblioteca Nueva, 1958.
- MELLIZO, Carlos, *Investigación sobre los principios de la moral*, Madrid, Ed. Alianza, 1993.
- MENÉNDEZ PELAYO, Marcelino, *Historia de las ideas estéticas en España*, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1909, tomo I.
- MILLÁN-PUELLES, Antonio, *Léxico filosófico*, Madrid, Ed. Rialp, 1984.
- O'NEILL, Onora, *Constructions of Reason. Explorations of Kant's Practical Philosophy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000.
- PIEPER, Josef, *El descubrimiento de la realidad*, Madrid, Ediciones Rialp, 1974.
- POSSENTI, Vittorio, *La revolución biopolítica*, Madrid, Ed. Rial, 2016.
- POSSENTI, Vittorio, *Las sociedades liberales en la encrucijada*, Pamplona, Eiuinsa, 1997.
- SARAH, Robert, *Se hace tarde y anochece*, Madrid, Ediciones Palabra, 2019.
- SCRUTON, Roger, *Cómo ser conservador*, Madrid, Ed. Homo Legens, 2014.
- SCRUTON, Roger, *La naturaleza humana*, Madrid, Ed. Rialp, 2018.
- SPAEMANN, Robert, *Lo natural y lo racional*, Santiago, Ed. Estudios de la Sociedad, 2011.
- SPAEMANN, Robert, "Normas morales y orden jurídico", en *Revista Persona y Derecho*, n.º 42, Navarra, 2000.
- TOCQUEVILLE, Alexis de, *La democracia en América*, Madrid, Ed. Akal, 2007.

### *Siglas y abreviaturas*

Ed.	editor <i>a veces</i> editorial, ediciones
EIUNSA	Ediciones Internacionales Universitaria
EUNSA	Ediciones Universidad de Navarra
LL.M	<i>Legum Magister</i>
n.º	número
<i>op. cit.</i>	<i>opus citatis</i> (obra citada)
p.	página
pp.	páginas
S.A.	Sociedad anónima



¿PUEDE UNA CONSTITUCIÓN  
MODIFICARSE TÁCITAMENTE?  
ANÁLISIS COMPARADO AL PROBLEMA  
DE LA MODIFICACIÓN TÁCITA  
DE LA CONSTITUCIÓN  
Y LA JERARQUÍA NORMATIVA  
DE LOS TRATADOS EN CHILE

CAN A CONSTITUTION BE TACITLY AMENDED?  
COMPARATIVE ANALYSIS TO THE PROBLEM  
OF THE TACIT AMENDMENT TO  
THE CONSTITUTION AND THE NORMATIVE  
HIERARCHY OF TREATIES IN CHILE

*Alejandro Lagos Torres\**

*Resumen*

El clásico dilema de la jerarquía de los tratados internacionales dentro del ordenamiento jurídico chileno, dejando las argumentaciones basadas en lo semántico y en la literalidad de los textos, para abordar el asunto desde una perspectiva moderna enfocada en los problemas que pueden provocar las reformas constitucionales “tácitas”. Para esto estudiamos la teoría del bloque de constitucionalidad en el derecho comparado, con una especial mención al fenómeno del derecho de la Unión Europea, de manera que sea la experiencia quien nos ayude a resolver esta controversia.

Palabras clave: Constitución, tratados internacionales, jerarquía, reforma tácita, experiencia.

---

\* Profesor de Derecho Constitucional Universidad del Desarrollo sede Concepción. Magíster en Derecho de la Empresa mención en Derecho Tributario, Universidad del Desarrollo. Máster Universitario en Análisis Económico del Derecho y las Políticas Públicas Universidad de Salamanca, España. Artículo recibido el 13 de octubre de 2021 y aceptado para su publicación el 5 de marzo de 2022. Correo electrónico: af.lagos@udd.cl

## *Abstract*

The classic dilemma of the hierarchy of international treaties within the Chilean legal system is analyzed, leaving the arguments based on the semantic and literalness of the texts, now addressing the matter from a modern perspective focused on the problems caused by the “tacit” constitutional amendments. The theory of the constitutional block in comparative law is studied, with a special mention to the phenomenon of European Union law, so that experience helps us to resolve this controversy.

Key words: Constitution, international treaties, hierarchy, tacit amendments, experience.

## *Introducción*

En este trabajo nos adentraremos en el ya clásico problema del ordenamiento jurídico chileno referido a cuál sería el lugar que corresponde a los tratados internacionales entre el conjunto de normas que integran nuestro sistema jurídico, problema que, especialmente en la última década del siglo xx y posterior a la reforma constitucional del año 2005, ríos de tinta hizo correr y, si bien pareciera que la intensidad del debate ha disminuido, lo cierto es que a la fecha, hecho un somero barrido a la doctrina más reciente, creemos que en lo sustantivo el problema sigue insoluble. Es probable que el proceso constituyente vuelva a encender el debate, como también es posible que un nuevo texto zanje en definitiva la controversia<sup>1</sup>. Pero sea cual sea el derrotero que adopte el asunto, el desafío que nos proponemos en esta ocasión es, sin evitar ni dejar de ponderar los diversos argumentos que se han enarbolado a través de estos años, intentar resolver la controversia con una mirada moderna, esto es, desechando las meras repeticiones de argumentos doctrinarios, descartando caer en la trampa de atrincherarse en la literalidad de los textos, y observando la experiencia que nos puede aportar el derecho extranjero y el funcionamiento de organizaciones internacionales.

Para comenzar, repasemos las normas constitucionales sobre las que recae el asunto. Como es sabido, a diferencia de lo que ocurre en otros países, el texto original de 1980 no señaló de manera explícita el lugar que en la jerarquía de la Carta Magna, le corresponde a los tratados internacio-

---

<sup>1</sup> De hecho, parece observarse una tendencia a reconocer el rango constitucional o supraconstitucional a los tratados sobre derechos fundamentales.

nales respecto de las demás normas que integran el ordenamiento jurídico nacional. Aunque siempre se entendió que tenían la jerarquía de una ley ordinaria<sup>2</sup>, posteriores reformas constitucionales solo tangencialmente abordaron el tema, con lo cual, en definitiva, no resolvió la controversia.

El punto de partida es indudablemente el inciso 2° del art. 5 original de la Carta de 1980, el cual señalaba lo siguiente: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”.

A su vez, el art. 50 n.º 1 del texto original de 1980, sobre atribuciones del Congreso, señalaba:

“Aprobar o desechar los tratados internacionales que le presentare el Presidente de la República antes de su ratificación. La aprobación de un tratado se someterá a los trámites de una ley”.

En lo referente a las atribuciones del Tribunal Constitucional, los numerales 1 y 2 del art. 82 original de 1980 indicaban:

“1° Ejercer el control de la constitucionalidad de las leyes orgánicas constitucionales antes de su promulgación y de las leyes que interpreten algún precepto de la Constitución”;

y

“2° Resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso”.

Tras la reforma de 1989, el inciso 2° del art. 5 quedó redactado en los términos siguientes:

“El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

Por su parte, luego de la última reforma –la de 2005– el nuevo art. 54 n.º 1, sobre las atribuciones del Congreso, quedó en los incisos pertinentes de la siguiente manera:

(Inciso 1°) “Aprobar o desechar los tratados internacionales que le presentare el Presidente de la República antes de su ratificación. La aprobación

---

<sup>2</sup> No obstante, en la CENC se comentó que lo lógico sería que tuviera un rango “supralegal”, sesión 47. Raúl BERTELSEN REPETTO, “Rango jurídico de los tratados internacionales en el derecho chileno”, p. 214.

de un tratado requerirá, en cada Cámara, de los quórum que corresponda, en conformidad al artículo 66, y se someterá, en lo pertinente, a los trámites de una ley”.

(Inciso 5º) “Las disposiciones de un tratado sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de derecho internacional”.

Y finalmente, tras la misma reforma de 2005, los numerales 1 y 3 del art. 93 quedaron señalando como atribuciones del Tribunal Constitucional lo siguiente:

“1. Ejercer el control de constitucionalidad de las leyes que interpreten algún precepto de la Constitución, de las leyes orgánicas constitucionales y de las normas de un tratado que versen sobre materias propias de estas últimas, antes de su promulgación”;

y

“3. Resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso”.

Podemos observar que el art. 5 original declara un principio de general aceptación, el que el ejercicio de la soberanía reconoce como límite el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, los derechos fundamentales, que son tales por ser parte de la esencia misma del ser humano, y que, por tanto, la Constitución no los crea, sino que los reconoce por ser previos a la existencia de la norma. Hasta aquí, no hay problema alguno. Sin embargo, la reforma de 1989, queriendo ampliar el catálogo de los derechos reconocidos por la Constitución, así como buscando evitar de parte de los poderes públicos el desconocimiento de nuevos derechos, se quiso incorporar la mención a los tratados en la nueva redacción dada al inciso 2º. Esto en especial, surge como consecuencia de no haberse aplicado con anterioridad ciertas normas sobre derechos fundamentales contenidas en tratados internacionales, usando como argumento que dichos instrumentos estaban ratificados por Chile, pero no estaban vigentes por no haberse publicado formalmente en el *Diario Oficial de la República de Chile*. Y aquí sí que comienzan los problemas en cuanto al lugar que, sobre la base de esta nueva redacción, correspondería a los tratados en Chile, rango legal, rango supralegal, pero infraconstitucional, rango constitucional, o, incluso, un eventual rango supraconstitucional en el caso de tratados sobre derechos fundamentales, aunque es fácil constatar que la norma no se pronuncia explícitamente al respecto.

En cuanto a la aprobación de tratados por el Congreso, en sus inicios, la norma solo indicaba que la aprobación se sometía a los trámites de una

ley, lo cual reforzaba la teoría de que la ley y el tratado tenían la misma jerarquía normativa por asimilarse el tratado a una ley, en tanto que el texto reformado en 2005 precisó que los tratados se aprobarán con el quórum que corresponda de acuerdo con la materia que traten, se someterán solo en lo que resulte pertinente a los trámites de una ley, con lo que se reconoce la distinta naturaleza de la ley y del tratado<sup>3</sup>, precisando de paso la normativa que a cada uno es aplicable, y se explicita, por ende, que los tratados solo pueden ser derogados, modificados o suspendidos de acuerdo con lo previsto en los mismos tratados o según las normas generales de derecho internacional. Nuevo problema: según algunos, esta reforma sería la prueba definitiva de que los tratados tienen una naturaleza superior a la ley, aunque aquí también es fácil constatar que las nuevas normas no se pronuncian explícitamente en este aspecto.

Por último, respecto al control de constitucionalidad de los tratados, en el texto original de 1980 se establecía su control facultativo, en tanto que tras la reforma de 2005 se establece, además, el control preventivo obligatorio de aquellos tratados que recaen sobre materias propias de leyes orgánicas constitucionales. Otro problema: ¿por qué una característica propia de una norma nacional “infraconstitucional” –esto es, que el tratado recaiga sobre una materia que según la Constitución debe ser regulada por una “ley orgánica”–, hace obligatorio el control preventivo del tratado, que cierta doctrina entiende que tiene una jerarquía superior a la ley? ¿Puede ser la ley (la ley orgánica en vez de la Constitución) la medida de la misma ley (si entendemos que el tratado tiene rango supralegal)?<sup>4</sup>. El problema se agrava o se esfuma según la jerarquía que se le atribuya a los tratados dentro del ordenamiento jurídico.

Los problemas enunciados han dividido a la doctrina en dos corrientes que Sergio Verdugo<sup>5</sup> ha denominado los “internacionalistas”<sup>6</sup>, que

---

<sup>3</sup> En definitiva, la ley y el tratado tienen distinta naturaleza por ser distintas las reglas que les son aplicables en cuanto a los órganos que intervienen en su creación, los procedimientos de gestación respectivos, los efectos que corresponden a cada uno, así como por las reglas de vigencia, suspensión y causales de terminación de una y otra clase de norma.

<sup>4</sup> Tomás JORDÁN, “El TC y la jerarquía infra-constitucional de los tratados de derechos humanos: un caso de creación de equivalencia jerárquica”.

<sup>5</sup> Sergio VERDUGO, “Entre la responsabilidad internacional del Estado y la supremacía de la Constitución: Una propuesta para enriquecer el debate nacional”, p. 56.

<sup>6</sup> Considérese en este grupo a Humberto NOGUEIRA ALCALÁ, “Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno”; Francisco CUMPLIDO CERECEDA, “Alcances de la modificación del artículo 5° de la Constitución Política chilena en relación a los tratados internacionales”; José Luis CEA EGAÑA, “Mérito constitucional del tratado que establece la Corte Penal Internacional”; Emilio PFEFFER URQUIAGA, “Los tratados internacionales sobre derechos humanos y su ubicación en el orden normativo interno”; Hugo

postulan el rango constitucional o, incluso, supraconstitucional de los tratados, rechazando el control de constitucionalidad (aunque hay matices), privilegiando así la estabilidad de las relaciones internacionales y los “constitucionalistas”<sup>7</sup>, partidarios de la primacía de la Constitución y del control de constitucionalidad.

Sin perjuicio de lo anterior, también la doctrina observa que en Chile la discusión se ha centrado más en defender de manera semántica la forma en que operan las expresiones lingüísticas dentro de la Constitución, que abordando el debate desde una perspectiva estrictamente jurídica<sup>8</sup>, lo cual nos lleva a caer en una trampa argumentativa al suponer que la literalidad de los textos refleja con exactitud las ideas que el constituyente o el legislador han deseado transmitir, olvidando que en los hechos las normas suelen surgir de procesos de negociación, que no siempre desembocan en textos finales que expresan el pensamiento inicial de quienes promovieron el respectivo proyecto de ley, o de la reforma constitucional en estudio. Considérese por ejemplo que, si bien el exministro Francisco Cumplido, uno de los negociadores de la reforma de 1989, por una parte defiende la tesis del rango constitucional de los tratados que versan sobre derechos fundamentales, por otra parte, reconoce que el texto final del inciso 2º del art. 5 resultante de dicha reforma no dice lo que en un inicio se esperaba que dijera, señalando:

“En suma, pensamos que en este caso se justificaba la mala técnica legislativa en aras de obtener las reformas; todo quedaba a la interpretación judicial futura”.<sup>9</sup>

Y esto, sin olvidar aquellas ocasiones en que simplemente el lenguaje ha sido utilizado de una manera impropia al legislar.

También es frecuente que quien argumenta o interpreta caiga en el error de hacerlo sin considerar los textos en su conjunto, sino que solo leyendo frases o expresiones aisladas, es decir, no se lee el texto completo, como suele ocurrir con la Carta de 1980 al analizar disposiciones

---

LLANOS MANCILLA y Edgardo RIVEROS MARIN, “Jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos en Chile”.

<sup>7</sup> Forman parte de este segundo grupo Fernando SAENGER GIANONI, “Consideraciones para estimar que los tratados en materia de derechos humanos no forman parte de la Constitución”; BERTELSEN, *op. cit.*; Lautaro RÍOS ÁLVAREZ, “Jerarquía normativa de los tratados internacionales de derechos humanos”; Teodoro RIBERA NEUMANN, “Los tratados internacionales y su control a posteriori por el Tribunal Constitucional”; Eduardo ALDUNATE LIZANA, “La posición de los tratados internacionales en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico chileno a la luz del derecho positivo”.

<sup>8</sup> VERDUGO, “Entre la responsabilidad...”, *op. cit.*, p. 56.

<sup>9</sup> CUMPLIDO, “Alcances...”, *op. cit.*, p. 257.

específicas sin considerar todos los principios y valores fundamentales, los señalados en las bases de la institucionalidad, en este caso no solo el que la soberanía reconozca como límite los derechos fundamentales, como señala el art. 5, sino que, además, y muy especialmente lo declarado en el complejo art. 1º, por ejemplo, la libertad, la igualdad, la dignidad, la autonomía de los cuerpos intermedios, la servicialidad del Estado, y el bien común, todos ellos operando en armonía.

Y, por último, en lo que a derechos fundamentales se refiere, tampoco debemos olvidar que, conforme a lo ya señalado respecto a la redacción original del art. 5 de la Carta de 1980, la propia CENC entendió que la protección que otorga la Constitución a los derechos fundamentales se refiere no solo a los por ella mencionados, sino que recae sobre todos los derechos inherentes a la naturaleza humana<sup>10</sup>, lo cual, a la luz de la problemática que estamos abordando, nos agrega nuevas interrogantes. A la nueva frase del inciso 2º:

“...tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”,

se le puede terminar dando un sentido literal, absurdo y peligrosamente reductivo, es decir, que el deber de los órganos del Estado de respetar y promover “tales derechos” se refiere a aquellos garantizados por la Constitución y por los tratados ratificados y vigentes, y no más, como si todos los derechos imaginables que pudieren emanar de la naturaleza humana estuvieran contenidos en la Constitución y los señalados tratados, lo cual es, de hecho, imposible. Por tanto, considerando que el inciso 2º original no hacía dicha “precisión”, sino que tenía una redacción más abierta y abstracta, desde un punto de vista práctico y haciendo un ejercicio de realismo jurídico, ¿qué es lo realmente nuevo y que de modo objetivo incorporó la reforma de 1989 al inciso 2º? ¿Si en concreto no hay nada nuevo, de qué sirvió dicha reforma? Y en referencia a la Constitución, ¿es en verdad admisible y deseable que existan procedimientos secundarios de reforma, en la práctica “reformas tácitas”, aunque sea para “incorporar” nuevos derechos?

Por todo lo ya señalado, es que queremos abstraernos de las discusiones semánticas, apartarnos de las clásicas argumentaciones en favor o en contra de las diversas posturas, y así aventurarnos a encontrar el lugar que corresponde a los tratados en el ordenamiento jurídico nacional, buscando los efectos prácticos que producen las diferentes teorías, considerando la experiencia comparada y, en especial, efectuar este análisis desde la Carta

---

<sup>10</sup> CENC, sesión 203.

Fundamental: ¿qué puede ocurrirle a la Constitución bajo cada teoría? Esperamos que sea la realidad la que nos dé las respuestas.

### *I. Planteamiento tradicional:*

#### *El “bloque de constitucionalidad” y la jerarquía de los tratados*

Tras la reforma constitucional de 1989, a partir de la nueva frase del inciso 2º:

“Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”,

comienza a tomar fuerza en nuestro país la teoría del “bloque de constitucionalidad”, el cual se refiere al conjunto normativo que contiene disposiciones, principios o valores materialmente constitucionales, entre otros, que sirve de complemento congruente para reforzar y legitimar la fuerza normativa de los derechos en la Constitución desde fuera de ella misma, de manera tal que esta agrupación supera la concepción formal de la Constitución y esta se hace más elástica, dando mayor amplitud a las valoraciones en materia de constitucionalidad, reforzando la fuerza normativa de la Constitución<sup>11</sup>. Se trataría de una totalidad de valores, principios y preceptos de la Carta Suprema y de la normativa u ordenamiento establecido que, de manera directa e inmediata, y tanto en forma como en contenido, ha sido dictado respetando el texto, contexto y espíritu de ella, quedando absorbida la serie de tratados internacionales solemnes que versan sobre derechos, deberes y garantías de la persona, ratificada por Chile y vigente en nuestro país<sup>12</sup>.

Así, se señala que la Constitución establece en este inciso 2º, en forma expresa, dos modalidades de institucionalización de derechos naturales, la propia norma constitucional y el tratado internacional, donde la primera modalidad permite la introducción de nuevos derechos o el fortalecimiento de los ya asegurados por medio del procedimiento de reforma, mientras que la segunda modalidad permite incorporar a la Constitución material los derechos naturales que no están expresamente contenidos en la Carta Magna, o no se hayan incorporado a ella, con la formalidad

<sup>11</sup> NOGUEIRA, *op. cit.*, p. 32.

<sup>12</sup> Marisol PEÑA TORRES y Patricio ZAPATA LARRAÍN, *Justicia constitucional. Teoría y práctica en el derecho chileno y comparado*, p. 307 y ss.



procedimental que dicha reforma requiere<sup>13</sup>. Por tanto, como consecuencia de esta nueva redacción del inciso 2º, los tratados que versan sobre derechos fundamentales habrían sido elevados a rango constitucional e, incluso, según algunos a un rango supraconstitucional,<sup>14</sup> puesto que en virtud de las disposiciones de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, cuyo art. 27 prohíbe a los Estados miembros dejar de cumplir un tratado invocando su derecho interno, así como también de las normas que son parte del *ius cogens*, es decir, aquellas normas generales del derecho internacional indisponible para los Estados como: la buena fe, el principio *pacta sunt servanda* (lo pactado obliga), el respeto de los actos propios y los derechos fundamentales entre otros, los tratados sobre derechos fundamentales quedarían excluidos de la posibilidad de ser inaplicados, desconocidos o vulnerados por normas del derecho interno chileno, como consecuencia de versar sobre derechos que limitan el ejercicio de la soberanía por emanar de la naturaleza humana.

E, incluso, en tiempos más recientes ha surgido doctrina que propone ya no solo esta conjunción de carácter “general” dentro de nuestro ordenamiento jurídico, sino que se ha aventurado la posibilidad de establecer otros de carácter sectorial como sería, por ejemplo, un “bloque de constitucionalidad ambiental”<sup>15</sup>, en este caso, compuesto por un conjunto de derechos esenciales o fundamentales ambientales, asegurados directamente por la Constitución y por las normas de reenvío establecidas de forma expresa y directa por ella, incluyendo las de derecho internacional, teniendo especial relevancia, como fuente de dichos derechos ambientales, los tratados ambientales ratificados por el país y que se encuentran vigentes, que al ser incorporados al ordenamiento jurídico nacional, se entienden formar parte de él, al igual que su contenido, con todo lo que ello significa para el Estado chileno y su población<sup>16</sup>.

Como hemos señalado, en Chile la discusión ha tendido a centrarse en tratar de determinar la “jerarquía” de los tratados, planteándose al menos cuatro posiciones doctrinarias distintas: rango legal, rango supralegal, pero infraconstitucional, rango constitucional y rango supraconstitucional para el caso de los tratados sobre derechos fundamentales. Creemos, sin embargo, que el tema es mucho más complejo, pues nos presenta varias interrogantes, en especial al contrastar el caso chileno con un todo nor-

---

<sup>13</sup> NOGUEIRA, *op. cit.*, p. 24.

<sup>14</sup> *Op. cit.*

<sup>15</sup> Raúl CAMPUSANO DROGUETT, “Estado de derecho y bloque de constitucionalidad Ambiental. Primera parte”.

<sup>16</sup> *Op. cit.*, p. 506 y s.

mativo reconocido en otros países. En primer lugar, si bien pareciera haber consenso entre quienes defienden la teoría del bloque chileno en cuanto a que este se trataría de un conjunto de normas que tendrían rango constitucional o supraconstitucional con carácter material, consideramos que de todas maneras este tiene poco sustento en el texto normativo. No queda del todo claro qué elementos específicamente lo conformarían, en contraposición a lo que se observa en otras latitudes en cuanto a que los componentes de aquellos bloques suelen estar muy bien individualizados, tratándose más que todo de un grupo cerrado de normas, principios y valores, y no de componentes solo referidos en términos genéricos, como sería en Chile la referencia a “tratados internacionales sobre derechos fundamentales”: ¿cuáles tratados específicamente? Tampoco queda del todo clara la función que cumpliría el bloque, si bien se señala que es un conjunto de elementos de contenido constitucional material, de nuevo esa descripción resulta demasiado vaga, en contraposición a las funciones específicas que desempeñan bloques extranjeros, por ejemplo, como veremos, suplir lagunas normativas o regular la distribución de competencias entre los diferentes niveles de la administración. De la mano con lo anterior, cabe también preguntarse, ¿son del todo posibles bloques sectoriales? Si aceptamos que cada uno de ellos, en su respectivo país está concebido para desempeñar una sola tarea específica, la respuesta lógica sería que el bloque es uno solo y, por tanto, no proceden los sectoriales. Otro problema es el del control de constitucionalidad de los tratados, que en el caso chileno se ha centrado en el hecho de que la Constitución exige el control preventivo obligatorio de los tratados sobre materias propias de leyes orgánicas constitucionales, mientras que en otros países el control de constitucionalidad procede sin distinción en cuanto al tema que regula el tratado, lo cual nos hace dudar en cuanto a si en realidad es natural que un tratado pueda equipararse sin más a la Constitución. Y, en última instancia, para el caso especial de los tratados sobre derechos fundamentales, que podrían ser una vía secundaria de reforma constitucional, ¿es razonable y aconsejable que una Constitución se reforme tácitamente?

Creemos que en Chile la teoría del bloque de constitucionalidad se ha planteado demasiado a la ligera, en un intento un tanto irreflexivo de introducir dicha doctrina a nuestro ordenamiento constitucional sin suficiente sustento normativo, en especial considerando los problemas prácticos que puede generar la extraña figura de la “reforma tácita”, que en cierto modo le resta a la Constitución su categoría de norma suprema. Estimamos que la jerarquía de las distintas clases de normas dentro del ordenamiento jurídico debe señalarla de modo explícito la Constitución, lo cual, en el caso chileno, respecto de los tratados, no ha ocurrido hasta la fecha. En

los apartados siguientes, analizaremos algunos bloques de constitucionalidad extranjeros, el lugar que en otros países ocupan los tratados, y el caso especial del derecho de la Unión Europea, para así, con las conclusiones obtenidas, tratar de hallar solución a nuestra encrucijada.

## II. ¿Qué es realmente el bloque de constitucionalidad?

Para comprender con exactitud en qué consiste esta noción, vamos a analizar el ordenamiento constitucional de dos países en los que se ha desarrollado significativamente esta teoría, ambos de profunda influencia en nuestro derecho chileno: Francia y España. Con este examen pretendemos dilucidar los elementos esenciales que configuran el bloque, las funciones que se le atribuyen en cada uno de estos países, así como también tratar de determinar en qué medida y de qué manera esta teoría puede ser extrapolada a la realidad de nuestro país. En definitiva, queremos analizar el grado de coincidencia que podría existir entre la forma en que se plantea en Chile la teoría del “bloque”, con la forma en que esta funciona en otras latitudes.

Comencemos por Francia. Se dice en este país que el bloque de constitucionalidad son normas de referencia utilizadas por el Consejo Constitucional en su actividad de control de constitucionalidad de normas inferiores a la Constitución, para lo cual estas se confrontan con las normas de referencia que conforman el bloque<sup>17</sup>. Se trata del conjunto de principios y reglas de valor constitucional cuyo respeto se impone al Poder Legislativo, al Poder Ejecutivo y también a los particulares<sup>18</sup>. Esta realidad de conjunto surge en Francia con la famosa sentencia del Consejo Constitucional de 16 de julio de 1971 sobre la libertad de asociación, como consecuencia de lo pobre del texto constitucional en lo que a derechos fundamentales se refería<sup>19</sup>, para suplir la carencia de una adecuada parte dogmática de la Constitución es que el Consejo crea la teoría del bloque, apoyándose en los principios y valores que razonablemente podían desprenderse del texto constitucional, con lo cual se amplía de forma considerable la base normativa sobre la que deben compararse los actos y normas sujetos a control<sup>20</sup>. Se trataba, en definitiva, de superar una verdadera laguna normativa. Por consiguiente, en la cúspide de la jerarquía normativa se encuentra este conjunto de normas de valor constitucional, referente en la que se apoya el Consejo Constitucional para

<sup>17</sup> Éric SALES, *Le droit constitutionnel de la V<sup>e</sup> République*, p. 258.

<sup>18</sup> Karine ROUDIER, *Droit constitutionnel*, p. 175.

<sup>19</sup> SALES, *op. cit.*, p. 212.

<sup>20</sup> Philippe FOILLARD, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, p. 389.

realizar su labor de control<sup>21</sup>. Este conjunto de normas, conocido también como “carta jurisprudencial de derechos y libertades”<sup>22</sup>, no es rígido, sino que está abierto a la evolución, tanto como consecuencia del natural desenvolvimiento de la sociedad, de las reformas introducidas por la acción del poder constituyente derivado, como también de la interpretación efectuada por el juez constitucionalmente habilitado para ello.

El bloque francés se compone de elementos “explícitos”<sup>23</sup> e “implícitos”<sup>24</sup>. Los elementos explícitos son aquellos mencionados directamente en el texto constitucional de 1958, ya sea en el texto mismo de la Constitución, que sabemos es en su mayor parte orgánica, por ejemplo, el carácter laico, democrático, social y descentralizado de la república (art. 1º), el sufragio universal, igualitario y secreto (art. 3º), la continuidad del Estado (arts. 5º y 16), el respeto a los tratados internacionales (arts. 5º y 55), la libertad personal (art. 66), la prohibición de la pena de muerte (art. 66-1) o la participación de Francia en la Unión Europea (art. 88-1)<sup>25</sup>, como también en los instrumentos a cuyos principios y valores, de acuerdo con el Preámbulo<sup>26</sup> de la Constitución, adhiere el pueblo francés, y que según la jurisprudencia del Consejo Constitucional tienen valor constitucional, a saber: la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, el Preámbulo a la Constitución de 1946 y la Carta del Medio Ambiente de 2004. Los elementos implícitos, en tanto, se desprenden del contenido del Preámbulo de la Constitución de 1946, y son los “Principios Fundamentales Reconocidos por las Leyes de la República” (numeral 1 del Preámbulo), los “Principios Particularmente Necesarios a Nuestro Tiempo” (numeral 2) de marcado carácter económico-social<sup>27</sup>, y las más recientemente reconocidas<sup>28</sup> “reglas del derecho público internacional”

<sup>21</sup> FOILLARD, *op. cit.*, p. 388.

<sup>22</sup> SALES, *op. cit.*, p. 258.

<sup>23</sup> *Op. cit.*, p. 258 et s.

<sup>24</sup> *Op. cit.*, p. 261 et ss.

<sup>25</sup> Valérie GOESEL-LE BIHAN, *Contentieux Constitutionnel*, p. 111 et s.

<sup>26</sup> El texto del Preámbulo de la Constitución francesa dice actualmente lo siguiente: “El pueblo francés proclama solemnemente su adhesión a los derechos del hombre y a los principios de la soberanía nacional definidos por la Declaración de 1789, confirmada y completada por el Preámbulo a la Constitución de 1946 y a los derechos y deberes definidos en la Carta del Medio Ambiente de 2004.

Por virtud de estos principios y de la propia determinación de los pueblos, la República ofrece, a los Territorios de Ultramar que hayan manifestado voluntad, adhesión a nuevas instituciones fundadas en el ideal común de libertad, igualdad y fraternidad, concebidas con el propósito del desarrollo democrático”.

<sup>27</sup> Por ejemplo: el derecho al trabajo, los derechos de la familia, derecho a la protección de la salud y derecho a la instrucción. FOILLARD, *op. cit.*, p. 389 et s.

<sup>28</sup> GOESEL-LE BIHAN, *op. cit.*, p. 142.

(numeral 14). Y, además, debemos agregar a este grupo de elementos implícitos los denominados “Principios y Objetivos de Valor Constitucional”, normas implícitas que el juez establece, por un método de interpretación inductivo, a partir de reglas escritas<sup>29</sup>.

Respecto de los elementos explícitos, señalaremos que estos corresponden a las normas que en términos generales hallaríamos en las Constituciones occidentales, pero, en cambio, respecto de los elementos implícitos se deben hacer mayores precisiones. Los Principios Fundamentales Reconocidos por las Leyes de la República son principios constantemente reafirmados por leyes republicanas anteriores al Preámbulo de 1946, es decir, son principios que provienen de leyes anteriores a la IVª República (1946), pero excluyendo a las dictadas por el imperio o la monarquía<sup>30</sup>, y que, además, no deben estar en contradicción con otras leyes republicanas<sup>31</sup>, por ejemplo, la libertad de asociación, la libertad de enseñanza, la libertad individual, la independencia de la jurisdicción administrativa, la libertad de cátedra, la atenuación de la responsabilidad penal de los menores o el respeto a la normativa reglamentaria propia no derogada o armonizada de los departamentos de Bajo Rhin, Alto Rhin y Mosela (en razón de su pasado alemán)<sup>32</sup>. Por consiguiente, se trata de principios que están en las leyes, y cuya positiva consagración impide que entren en esta categoría de principios fundamentales las meras tradiciones republicanas. Estos principios dan al Consejo Constitucional margen para conciliar entre ellas las normas constitucionales<sup>33</sup>. En cuanto a los Principios Particularmente Necesarios a Nuestro Tiempo, se trata de principios políticos, económicos y sociales formulados de manera general en el Preámbulo de 1946<sup>34</sup>. Sin embargo, advierte la doctrina que cada vez el Consejo Constitucional es más reacio a ampliar este catálogo de principios, como también lo es en cuanto a censurar leyes invocándolos<sup>35</sup>, con lo cual se puede constatar que dichos principios tienen un carácter marginal dentro de conjunto. Así, a modo de ejemplo, no fueron utilizados entre 1988 y 2002, por lo que, incluso, se llegó a postular su abandono (hasta 1996)<sup>36</sup>. Por esta razón, decimos que es difícil para quien pretenda invocarlos el identificar nuevos principios.

---

<sup>29</sup> Por ejemplo: la separación de poderes, la continuidad de los servicios públicos, la lucha contra el fraude fiscal y la accesibilidad e inteligibilidad de la ley. *Op. cit.*, p. 128 et s.

<sup>30</sup> *Op. cit.*, p. 124.

<sup>31</sup> FOILLARD, *op. cit.*, p. 389.

<sup>32</sup> SALES, *op. cit.*, p. 262.

<sup>33</sup> FOILLARD, *op. cit.*, p. 389.

<sup>34</sup> GOESEL-LE BIHAN, *op. cit.*, p. 127.

<sup>35</sup> *Ibid.*

<sup>36</sup> SALES, *op. cit.*, p. 262.

No forman parte del bloque los tratados internacionales<sup>37</sup>, las leyes orgánicas y los reglamentos de las asambleas, por así desprenderse de los arts. 54 y 61 de la Constitución<sup>38,39</sup>. No obstante, por excepción decimos que las leyes orgánicas sí deben incluirse, aunque en Francia se entiende que tales leyes tienen jerarquía supralegal pero infraconstitucional, ya que ellas tienen por objetivo precisar la organización y funcionamiento de los poderes públicos en el marco de principios señalados por la Constitución, es decir, son leyes que dan aplicación a esta<sup>40,41</sup> y, por ello, están sujetas al control preventivo obligatorio por parte del Consejo Constitucional, para evitar que en los hechos las disconformidades produzcan “Constituciones paralelas”<sup>42</sup>. El problema respecto del bloque surge porque el art. 53 de la Constitución señala que los tratados referidos a ciertas materias específicas deben ser autorizados por una ley ordinaria, en especial los tratados que

---

<sup>37</sup> Por excepción, el Consejo Constitucional se ha abierto a examinar la compatibilidad entre una ley nacional y una directiva de la Unión Europea solo respecto de las leyes que transponen una directiva en el derecho interno, ya que entiende que la transposición es resultado de una exigencia constitucional por el hecho de ser Francia miembro de la Unión (arts. 88-1 y ss. de la Constitución). SALES, *op. cit.*, p. 267.

<sup>38</sup> *Op. cit.*, p. 264 et ss.

<sup>39</sup> FOILLARD, *op. cit.*, p. 388.

<sup>40</sup> *Op. cit.*, p. 346 et s.

<sup>41</sup> Por el contrario, en España se entiende que las leyes orgánicas tienen la misma jerarquía que una ley ordinaria, y solo se diferencian de estas últimas por tener un procedimiento agravado de dictación, en este caso la exigencia de mayoría absoluta de la Cámara de Diputados (art. 81.2 de la Constitución): M<sup>a</sup> Isabel ÁLVAREZ VÉLEZ, “Las leyes de producción parlamentaria”, p. 89. En Chile, luego de un periodo inicial de confusión doctrinal y jurisprudencial, también terminó imponiéndose la teoría del rango legal de las leyes orgánicas, las que solo se diferenciarían de otros tipos de leyes por su procedimiento agravado de dictación: Eduardo CORDERO QUINZACARA, “La potestad legislativa, los tipos de ley y sus relaciones internas en el derecho nacional” y Sergio VERDUGO, “Regla de mayoría y democracia: el caso de las leyes orgánicas constitucionales”. Y tanto en Chile como en Francia se exige para su dictación quórum reforzado y control preventivo obligatorio de constitucionalidad.

<sup>42</sup> Art. 61: Las leyes orgánicas antes de su promulgación, las proposiciones de ley mencionadas en el artículo 11 antes de que sean sometidas a referéndum, y los reglamentos de las asambleas parlamentarias antes de su aplicación, deberán ser sometidos al Consejo Constitucional, el cual se pronunciará sobre su conformidad con la Constitución.

Con el mismo fin podrán presentarse las leyes al Consejo Constitucional antes de su promulgación por el Presidente de la República, el Primer Ministro, el Presidente de la Asamblea Nacional, el Presidente del Senado, o sesenta diputados o senadores.

En los casos previstos en los dos apartados anteriores, el Consejo Constitucional se pronunciará en el plazo de un mes. No obstante, a petición del Gobierno y si existiese urgencia, este plazo podrá reducirse a ocho días.

En estos mismos casos, la remisión al Consejo Constitucional suspenderá el plazo de la promulgación.

modifiquen disposiciones de naturaleza legislativa<sup>43</sup>, en tanto que el art. 54 señala que la ley que autoriza el tratado debe ser precedida por una reforma constitucional si el tratado contiene disposiciones contrarias a la Constitución<sup>44</sup>, lo cual provoca la manifiesta contradicción normativa de que una ley ordinaria pueda autorizar un tratado que contenga normas contrarias a una ley orgánica, y que, por consiguiente, sea contraria a la Carta Fundamental, por tratarse de una norma que da aplicación a esta, y es para evitar este conflicto normativo que el Consejo Constitucional ha entendido que las leyes orgánicas deben formar parte del bloque, no obstante su jerarquía infraconstitucional<sup>45</sup>. Por tanto, podemos constatar que no todos los elementos que integran el caso francés tienen jerarquía constitucional, es decir, integran también el grupo de normas de referencia para efectuar el control de constitucionalidad normas de naturaleza infraconstitucional.

Se dice que los elementos que lo integran tienen todos el mismo valor constitucional en lo formal, es decir, no hay en su interior elementos que tengan un mayor valor constitucional que otros<sup>46</sup>, pero sí habría diferencias entre ellos en cuanto a lo material, entendiéndose que existen derechos y libertades que son más o menos protegidos, fundamentalmente en razón del mayor o menor grado de desarrollo que contengan al respecto los textos de referencia, por ejemplo, gozarían de mayor protección la libertad de opinión y la libertad individual, por sobre otros derechos y libertades como la igualdad, la propiedad y la libertad de empresa<sup>47</sup>.

Pero, en todo caso, nos advierte la doctrina que se observa en el Consejo Constitucional la tendencia a resolver los casos que se le presentan buscando de preferencia apoyarse en el derecho escrito, es decir, que la

---

<sup>43</sup> Art. 53: Los tratados de paz, los tratados de comercio, los tratados o acuerdos relativos a la organización internacional, los que impliquen obligaciones financieras para la Hacienda Pública, los que modifiquen disposiciones de naturaleza legislativa, los relativos al estado de las personas y los que entrañen cesión, canje o accesión territorial, no podrán ser ratificados ni aprobados sino en virtud de una ley.

No surtirán efecto sino después de haber sido ratificados o aprobados.

Ninguna cesión, canje o accesión territorial será válida sin el consentimiento de las poblaciones interesadas.

<sup>44</sup> Art. 54: Si el Consejo Constitucional, requerido por el Presidente de la República, por el Primer Ministro, por el Presidente de cualquiera de las dos Cámaras o por sesenta diputados o senadores, declara que un compromiso internacional contiene una cláusula contraria a la Constitución, la autorización para ratificar o aprobar el referido compromiso internacional sólo podrá otorgarse previa reforma de la Constitución.

<sup>45</sup> GOESEL-LE BIHAN, *op. cit.*, p. 133 et s.

<sup>46</sup> *Op. cit.*, p. 148 et s.

<sup>47</sup> *Op. cit.*, p. 149 et ss.



tendencia es la explicitación de las fuentes de referencia con las que resuelve los casos, para así evitar que pueda ser acusado de “crear” derecho constitucional a partir de la nada y, en definitiva, de enriquecer el bloque como le plazca, afectando con ello su propia autoridad<sup>48</sup>.

El caso español es un tanto diferente. Se entiende en España que el bloque de constitucionalidad está formado por el conjunto de normas que determinan la distribución de competencias y atribuciones entre el gobierno nacional y los gobiernos de las Comunidades Autónomas, como consecuencia de ser un Estado regional. En efecto, como en todo Estado compuesto, la distribución de competencias en España parte de la Constitución, pero a diferencia de los Estados federales, la operación de distribución no se termina en la propia Constitución, porque esta contiene una lista de máximos y reenvía a los Estatutos de Autonomía para definir las competencias que corresponde a cada Comunidad. A lo anterior debe agregarse una situación de hecho: inicialmente la Constitución distinguía dos grupos de comunidades según si elaboraron sus estatutos por la “vía reforzada” del art. 151 (País Vasco, Cataluña, Galicia, Andalucía y Navarra) o por la “vía ordinaria” conforme a los arts. 143 y 146, estableciendo así dos niveles de competencias: uno amplio derivado del art. 149 para el grupo de la vía reforzada, que permitía a estas comunidades adoptar toda atribución que dicho artículo no atribuyera de modo explícito y exclusivo al gobierno central, y otro más reducido, compuesto por las competencias que taxativamente señalaba el art. 148 para el resto de la comunidades. Así, dentro del nivel competencial correspondiente a cada comunidad, cada Estatuto de Autonomía asumía las competencias que estimaba convenientes, sabiendo que las demás quedarían por defecto en la competencia del Estado central. Y, si bien en general las Comunidades Autónomas tendieron a recoger en sus estatutos todas las competencias que de acuerdo con la Constitución les eran atribuibles, de todas formas, la redacción de cada estatuto introdujo diferencias, sin perjuicio de que además, en ocasiones, algunas Comunidades no deseaban una determinada competencia o, incluso, se olvidaban de recogerla<sup>49</sup>.

El establecimiento de los Estatutos de Autonomía supuso la irrupción en el ordenamiento jurídico de una nueva clase de norma que va a transformarlo sustancialmente. Esto es así, porque los Estatutos de Autonomía fundan una comunidad autónoma, la dotan de poder político y permiten que este se desenvuelva a través de la emanación de leyes en su ámbito competencial respectivo, que son desarrolladas por sus ejecutivos y sus

---

<sup>48</sup> GOESEL-LE BIHAN, *op. cit.*, p. 131.

<sup>49</sup> Eliseo AJA, *Estado autonómico y reforma federal*, p. 157 y ss.



administraciones, y es lo que, en definitiva, permite calificar al Estatuto de norma institucional básica<sup>50</sup>. En tal sentido, el art. 147.1 de la Constitución nos señala:

“Dentro de los términos de la presente Constitución, los Estatutos serán la norma institucional básica de cada Comunidad Autónoma y el Estado los reconocerá y amparará como parte integrante de su ordenamiento jurídico”.

Esta norma ha planteado el clásico dilema referente a la naturaleza jurídica de los Estatutos de Autonomía, en cuanto a si son una norma estatal o una regional, afirmándose que la respuesta depende del procedimiento que se ha seguido para su elaboración: si se utilizó el procedimiento del art. 146<sup>51</sup>, se trata sin duda de un acto unilateral del Estado, mientras que si se ha seguido el largo y complejo procedimiento del art. 151, estamos, entonces, frente a un pacto, es decir, un acto complejo que requiere la participación de dos sujetos jurídicos públicos, sin perjuicio de que, para ambos casos, los procedimientos de reforma a los estatutos los consideran como un pacto, todo ello teniendo en cuenta que el estatuto es, ante todo, una norma estatal, pues forma parte tanto del ordenamiento jurídico estatal como del de la comunidad, y que la Comunidad Autónoma no existe como tal hasta la entrada en vigor de dicho Estatuto<sup>52</sup>.

Otro importante problema práctico para estudiar las dificultades que plantea la distribución de competencias entre el Estado central y la Comunidades es determinar qué clase de norma es el estatuto dentro del ordenamiento jurídico nacional. Aquí la norma clave es el art. 81.1 de la Constitución<sup>53</sup>, el cual señala que son leyes orgánicas las que aprueban Estatutos de Autonomía, precepto que ha llevado a la doctrina a discutir si solo es ley orgánica la que aprueba el Estatuto o si también el Estatuto mismo tiene dicho carácter. El problema radica en que, si bien el tenor literal del art. 81.1 pareciera indicar que solo es ley orgánica la que aprueba

---

<sup>50</sup> Enrique ÁLVAREZ CONDE, Alfonso GARCÍA-MONCÓ y Rosario TUR AUSINA, *Derecho autonómico*, p. 123.

<sup>51</sup> Art. 146: El proyecto de Estatuto será elaborado por una asamblea compuesta por los miembros de la Diputación u órgano interinsular de las provincias afectadas y por los Diputados y Senadores elegidos en ellas y será elevado a las Cortes Generales para su tramitación como ley.

<sup>52</sup> ÁLVAREZ, GARCÍA-MONCÓ y TUR, *op. cit.*, p. 123 y s.

<sup>53</sup> Art. 81: 1. Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución. 2. La aprobación, modificación o derogación de las leyes orgánicas exigirá mayoría absoluta del Congreso, en una votación final sobre el conjunto del proyecto.

un estatuto, un sector de la doctrina defiende la imposibilidad de distinguir entre la ley de aprobación y el estatuto mismo, ante la ausencia de una norma constitucional que señale explícitamente la posición de los Estatutos dentro del ordenamiento jurídico e el ámbito estatal<sup>54</sup>. Se argumenta, en cambio, la necesidad de hacer la distinción en razón de que el procedimiento de elaboración de una ley orgánica y de un estatuto son diferentes, en especial si este se dicta siguiendo el procedimiento del art. 151, los procedimientos de reforma también son distintos, ya que un estatuto no puede modificarse por una ley orgánica y, como consecuencia de lo anterior, el estatuto, una vez aprobado, se convierte en algo indisponible para el Estado, lo cual no procede respecto de las leyes orgánicas, es decir, solo puede modificarse con la concurrencia de voluntades del Estado y de la Comunidad Autónoma respectiva<sup>55</sup>. Pero en contrapartida, los estatutos forman parte del “bloque de constitucionalidad”, convirtiéndose en uno de los parámetros para apreciar la constitucionalidad de la demás leyes, es decir, se puede distinguir de modo claro entre anticonstitucionalidad y antiestatutoriedad, siendo ambos supuestos motivos suficientes para declarar la nulidad de una norma<sup>56</sup>, sea que el Estado invada la esfera de competencias que la respectiva Comunidad o, bien, sea que esta desborde el marco competencial que le señala su propio Estatuto.

Así las cosas, la sentencia del Tribunal Constitucional 247/2007 sintetizó las principales características de los Estatutos de Autonomía, señalando que son normas complejas en las que confluyen diversas voluntades para su elaboración, son normas del Estado subordinadas a la Constitución, que deben ser interpretadas conforme a esta, si bien la complementan integrando el denominado “bloque de constitucionalidad”, su relación con las restantes normas estatales es de carácter material, por lo que el estatuto no puede desconocer los criterios que utiliza la Constitución para reservar determinadas materias a otras leyes orgánicas, al tiempo que la potestad estatuyente debe conectarse con la capacidad normativa del legislador ordinario, ya que el principio democrático puede verse afectado por las regulaciones estatutarias que estuvieren dotadas de tal densidad normativa que resulte limitada la actividad del legislador autonómico<sup>57</sup>.

En este contexto, un arduo trabajo recayó en el Tribunal Constitucional para ir delimitando jurisprudencialmente qué competencias corres-

---

<sup>54</sup> ÁLVAREZ, GARCÍA-MONCÓ y TUR, *op. cit.*, p. 124 y s.

<sup>55</sup> *Ibid.*

<sup>56</sup> *Op. cit.*, p. 125.

<sup>57</sup> *Op. cit.*, p. 126.

pondían a cada Comunidad Autónoma y cuáles, en cambio, correspondían al gobierno central, tarea en gran medida abordada durante la primera década de vigencia del sistema autonómico, la cual estuvo caracterizada por una alta litigiosidad por no resultar muchas veces del todo claro qué atribución correspondía a cada nivel de competencia, sumado a esto los naturales intereses circunstanciales de carácter partidista que no hacían más que aprovechar la coyuntura de los efectos de esta alta litigiosidad<sup>58</sup>. De suma conflictividad resultó la aplicación de la atribución correspondiente al gobierno central señalada en el art. 149.1.13º “Bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica”, ya que esta importante competencia, combinada con la redacción tan general que se le dio a dicha norma, hacía extremadamente fácil que el gobierno nacional terminara invadiendo las competencias de las Comunidades Autónomas<sup>59</sup>. La alta litigiosidad poco a poco fue decreciendo, según se iba asentando la jurisprudencia constitucional, y también en gran medida a consecuencia de los “pactos autonómicos” de 1992, acuerdo político que permitió la ampliación de competencias, igualando entre sí a las Comunidades<sup>60</sup>. Es en este complejo contexto que surge la teoría del bloque en España. El Tribunal Constitucional ha reiterado la posición de determinadas leyes cuyo respeto a otras normas con rango de ley condiciona su constitucionalidad, por ejemplo, las leyes dictadas por las Comunidades están sometidas al contenido del respectivo estatuto dadas las competencias que la propia Constitución le reconoce mediante la ley orgánica que lo aprueba<sup>61</sup>.

Y esta ardua labor del Tribunal Constitucional en cuanto a delimitar las atribuciones que corresponden a cada nivel competencial, dando origen al bloque de constitucionalidad español, tiene, además, su fuente normativa en la propia Ley orgánica 2/1979 que reglamenta el funcionamiento del Tribunal Constitucional, cuyo art. 28.1 señala lo siguiente:

“Para apreciar la conformidad o disconformidad con la Constitución de una Ley, disposición o acto con fuerza de Ley del Estado o de las Comunidades Autónomas, el Tribunal considerará, además de los preceptos constitucionales, las Leyes que, dentro del marco constitucional, se hubieran dictado para delimitar las competencias del Estado y las diferentes Comunidades Autónomas o para regular o armonizar el ejercicio de las competencias de éstas”.

---

<sup>58</sup> AJA, *op. cit.*, p. 51 y ss.

<sup>59</sup> *Op. cit.*, p. 161 y ss.

<sup>60</sup> *Op. cit.*, p. 56 y ss.

<sup>61</sup> M<sup>a</sup> Fuencisla ALCÓN YUSTAS y Federico DE MONTALVO JAASKELAINEN, “La Constitución”, p. 69.

Tenemos, por tanto, que al igual que en el caso francés, en que el Consejo Constitucional construyó la teoría del bloque a partir de lo señalado con explicitud en el Preámbulo de la Constitución de 1958, el fundamento del ejemplo español también está en la normativa positivamente establecida, en este caso en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional al señalar esta que, para apreciar la conformidad o disconformidad con la Constitución de una norma, el Tribunal Constitucional deberá considerar, además de la propia Carta Fundamental, las leyes que, dentro del marco constitucional, delimiten competencias entre el Estado y las Comunidades.

En este punto, nos parece interesante hacer una breve mención al derecho constitucional de Austria, dado que su Constitución, que data de 1920, y en cuya redacción participó decisivamente el ilustre Hans Kelsen instaurando allí el primer Tribunal Constitucional, carece de un catálogo de derechos definido, al igual que en Francia, ya que cuenta con un número indeterminado de derechos fundamentales dispersos en el texto (por ejemplo, el art. 7 señala algunas igualdades), y en varias otras normas constitucionales. Lo anterior se produce porque dicha Carta Fundamental no consta de un único texto, sino que, por orden de la misma Constitución, en dicho país existe un interesante bloque de constitucionalidad del cual forman parte disposiciones contenidas en leyes federales ordinarias (cerca de mil), pero con valor constitucional. En efecto, el art. 44 de la Constitución señala que el Consejo Nacional (la Cámara Baja) puede aprobar disposiciones de valor constitucional contenidas en leyes comunes<sup>62</sup>, al tiempo que el art. 149 señala un catálogo de leyes a las cuales les asigna valor constitucional, entre ellas la Ley Fundamental de Estado sobre derechos generales de los ciudadanos de 21 de diciembre de 1867, que reconoce derechos como: la igualdad ante la ley, la libertad de circulación, el derecho de propiedad y los derechos de reunión y asociación, y la ley de inviolabilidad del domicilio de 27 de octubre de 1862<sup>63</sup>, más otras leyes constitucionales que regulan derechos como: el acuerdo sobre libertad de prensa de 1918, la ley sobre protección de la libertad personal de 1988 y más otras leyes estatales o regionales que contienen algún derecho<sup>64</sup>.

---

<sup>62</sup> Art. 44.1: Las leyes constitucionales o las disposiciones constitucionales contenidas en leyes simples pueden ser aprobadas por el Consejo Nacional solo en presencia de al menos la mitad de los miembros y por mayoría de dos tercios de los votos emitidos; se especificarán explícitamente como tales (“derecho constitucional”, “disposición constitucional”).

<sup>63</sup> Señala el art. 149.1: “Además de la presente ley, las siguientes leyes, con las modificaciones exigidas por esta ley, se considerarán, en el sentido del artículo 44, párrafo 1, como derecho constitucional [...]”, señalando a continuación el catálogo de leyes.

<sup>64</sup> Cristina ELÍAS MÉNDEZ, “El modelo constitucional austriaco desde la perspectiva de su integración con el derecho de la Unión Europea”, p. 137 y ss.

Podemos observar que en Austria no todo el derecho constitucional está contenido en la Constitución, sino que, similar a lo que ocurre en Francia, encontramos normas de valor constitucional en leyes comunes con el fin de abordar adecuadamente los derechos fundamentales.

Habiendo analizado, aun con brevedad, ambos casos, el francés y el español, podemos arribar a las siguientes conclusiones generales:

1. En ambos países el respectivo bloque de constitucionalidad surge de la jurisprudencia de la judicatura constitucional a partir de lo explícitamente señalado en las Constituciones respectivas y en la ley, es decir, en ambos casos el origen normativo se encuentra dentro de lo que está positivamente regulado. El bloque no es ni una mera invención abstracta, ni una suerte de interpretación creativa del juez constitucional o de la doctrina.
2. En ambos países el bloque es un conjunto taxativo y cerrado de elementos señalados por las respectivas Constituciones. No se les pueden agregar nuevos componentes a discreción. En el caso francés, se entiende que el Consejo Constitucional puede de pronto descubrir nuevos principios y valores que integren el bloque, pero siempre a partir de los elementos ya señalados en la Constitución, y en ningún caso podrá crear derecho constitucional. En el caso español, en cambio, parece más difícil engrosar el bloque, ya que este, en principio, se compone en exclusiva de la Constitución y los estatutos de las diecisiete Comunidades Autónomas.
3. Si bien en ambos países el bloque cumple el mismo “objetivo general”, que es servir de referencia para velar por el cumplimiento de la supremacía constitucional, en cada país los respectivos bloques están concebidos para desempeñar “funciones específicas” del todo diferentes, pues mientras en Francia se trata de velar por el respeto de los derechos y libertades fundamentales para suplir así la carencia del texto constitucional de una adecuada parte dogmática, en España, por el contrario, se busca velar por el cumplimiento de la delimitación constitucional entre las competencias que corresponden al Estado central y las que recaen en cada una de la Comunidades Autónomas.
4. En ambos países podemos observar que los respectivos bloques están formados por normas que no solo tienen diferente naturaleza, sino que, además, se trata de elementos que tienen diferente jerarquía normativa, como es el caso de las leyes orgánicas en el bloque francés, y de los Estatutos de Autonomía en el español, es decir, en ambos casos no todos los elementos que

conforman los bloques tienen rango constitucional. Por tanto, no es necesario que todas las normas de referencia tengan igual jerarquía y, entonces, es falso afirmar que solo lo que se eleva a rango constitucional adquiere mayor preponderancia en el ordenamiento jurídico.

5. Los elementos que conforman el bloque, que siempre surgen del texto mismo de las respectivas Constituciones, pueden tener igual jerarquía en lo formal, pero no necesariamente igual jerarquía en lo material.
6. El bloque de constitucionalidad es uno solo y tiene un carácter general. Por consiguiente, no existen “bloques sectoriales” relativos a materias específicas, como sería, por ejemplo, un supuesto “bloque de constitucionalidad ambiental”. Refuerza esta conclusión lo ya señalado en cuanto a que en ambos países está concebido para desempeñar la misma función “general”, pero que, a la vez, es distinta en lo específico a la de su homólogo.
7. Según ambos textos normativos, tanto en Francia como en España los tratados y acuerdos internacionales están excluidos de dicho bloque.
8. Lo referido sobre Austria, en general coincide con lo señalado respecto de Francia y España.

### *III. Posición general del derecho internacional en el derecho occidental*

Habiendo estudiado este fenómeno en dos países que gran influencia han ejercido sobre el derecho chileno a lo largo del tiempo, vamos a enfocarnos en descubrir cuál es el lugar que naturalmente ocupa el derecho internacional en algunos de los más influyentes países occidentales de tradición continental, tratando que sea la realidad la que nos dé las respuestas.

En Francia el art. 53 de la Constitución señala ciertas materias que requieren la autorización de una ley ordinaria para su aprobación, el art. 54 establece que si el Consejo Constitucional declara que un compromiso internacional contiene una cláusula contraria a la Constitución, la autorización para ratificar o aprobar dicho compromiso solo podrá otorgarse previa reforma de la Constitución; a su vez, el art. 55 prescribe que los tratados o acuerdos debidamente ratificados o aprobados tendrán, desde el momento de su publicación, una autoridad superior a las leyes, a reserva, para cada acuerdo o tratado, de su aplicación por la otra parte, aunque la doctrina

entiende que respecto de aquellos referidos a derechos fundamentales no debiera exigirse la reciprocidad<sup>65</sup>, en tanto que el numeral 14 del Preámbulo de la Constitución de 1946 señala que Francia, fiel a sus tradiciones, respetará las normas del derecho internacional público, es decir, el derecho internacional consuetudinario, el *ius cogens*, no los tratados, los cuales se rigen por los artículos ya señalados de la Constitución. Cabe señalar que en Francia el Consejo Constitucional se ha declarado incompetente para realizar el control de convencionalidad, o sea, la conformidad de una norma a los tratados, dado que estos no integran el bloque de constitucionalidad francés y, además, porque la declaración de constitucionalidad produce efectos absolutos, mientras que la superioridad del tratado sobre la ley es relativa, por cuanto opera solo circunscrita al ámbito de aplicación del tratado y, en consecuencia, el control de convencionalidad ha recaído en la Corte de Casación y en el Consejo de Estado<sup>66</sup>.

En España, señala el art. 93 de la Constitución que la autorización para celebrar tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución requiere de ley orgánica; el art. 94 indica un grupo de materias que requieren autorización previa del Parlamento para que el Estado se obligue por medio de tratados o convenios; el art. 95 prescribe que la celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional y el art. 96 señala que los tratados celebrados de manera válida, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno, y solo podrán ser derogados, modificados o suspendidos en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del derecho internacional. No señala en términos generales que el derecho internacional consuetudinario será parte del derecho nacional. Pero, al igual que en Francia, se ha entendido en España que los tratados tienen rango supralegal, pero infraconstitucional<sup>67</sup>. Cabe agregar que el art. 10 señala que las normas relativas a derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce “se interpretarán” de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España, es decir, es esta una norma de interpretación conforme a los señalados tratados, es

---

<sup>65</sup> GOESEL-LE BIHAN, *op. cit.*, p. 137 et s.

<sup>66</sup> *Op. cit.*, p. 136 et s. y ROUDIER, *op. cit.*, p. 173.

<sup>67</sup> JUSTE RUIZ, José, Mireya CASTILLO DAUDÍ y Valentín BOU FRANCH, *Lecciones de derecho internacional público*, p. 471 y M<sup>a</sup> Isabel ÁLVAREZ VÉLEZ y M<sup>a</sup> Fuencisla ALCÓN YUSTAS, “Los tratados internacionales”, p. 130.



una regla interpretativa que solo se refiere a los tratados que el artículo señala, no a todos los tratados, ni es un orden de prelación jerárquico por no señalarlo así la Constitución<sup>68</sup>. De no entenderse así, lo señalado en el art. 95 sobre la revisión previa de la Constitución para celebrar tratados contrarios a ella sería inútil y carente de todo sentido.

Respecto de Alemania, la Ley Fundamental en su art. 24 señala que la Federación puede transferir, por vía legislativa, derechos de soberanía a instituciones interestatales, es decir, se requiere de ley, precepto que debe ser complementado con el art. 59 en cuanto a que los tratados que regulen las relaciones políticas de la Federación o se refieran a materias de la legislación federal, requieren la aprobación o la participación, bajo la forma de una “ley federal”, de los órganos competentes en la respectiva materia de legislación federal<sup>69</sup>, entendiéndose por “ley federal”, de acuerdo con el art. 78, aquellas leyes que caso a caso la misma Ley Fundamental señala que deben ser aprobadas de manera forzosa por el *Bundesrat*, la Cámara Alta que representa a los gobiernos de los *Länder*, es decir, respecto de este tipo de leyes el *Bundesrat* tiene poder de veto, sin que el *Bundestag* (la Cámara Baja) pueda vencer dicho veto<sup>70</sup>. Por consiguiente, la exigencia de ley federal otorga al tratado, incluso si versa sobre derechos fundamentales, un rango infraconstitucional, por cuanto este es el rango de las leyes federales<sup>71</sup>. Por otra parte, de acuerdo con el art. 23, se requiere la aprobación del *Bundesrat* para transferir derechos de soberanía a la Unión Europea, en tanto que, para la modificación de los tratados constitutivos de la Unión y otras normas análogas que reformen o complementen la Ley Fundamental, se requiere, además, por reenvío al art. 79, que regula el procedimiento de reforma constitucional, por razones propias de la Unión que veremos más adelante, del voto conforme de los dos tercios de cada Cámara<sup>72</sup>. En definitiva, toda transferencia de soberanía requiere de acto legislativo, jamás habrá una cesión tácita por

<sup>68</sup> ÁLVAREZ y ALCÓN, *op. cit.*, p. 129 y s.

<sup>69</sup> Art. 59.2: Los tratados que regulen las relaciones políticas de la Federación o se refieran a materias de la legislación federal, requieren la aprobación o la participación, bajo la forma de una ley federal, de los órganos competentes en la respectiva materia de legislación federal. A los convenios administrativos se aplicarán por analogía las disposiciones relativas a la administración federal.

<sup>70</sup> Art. 78: Un proyecto adoptado por el Bundestag se convertirá en ley si el Bundesrat lo aprobare o si no hiciere uso de la facultad que le confiere el Artículo 77, apartado (2), o si en el plazo indicado en el Artículo 77, apartado (3), no expresare su oposición o la retirare, o si la oposición fuere rechazada por el Bundestag.

<sup>71</sup> RIBERA, “Los tratados...”, *op. cit.*, p. 94.

<sup>72</sup> Art. 79.2: Una ley de este carácter requiere la aprobación de una mayoría de dos tercios de los miembros del Bundestag y de dos tercios de los votos del Bundesrat.



vía reglamentaria, ni menos podría postularse la posibilidad de reformas tácitas a la Ley Fundamental. Por último, el art. 25 señala que las reglas generales del derecho internacional público son parte integrante del derecho federal, tienen primacía sobre las leyes y crean de forma inmediata derechos y obligaciones para los habitantes del territorio federal, pero no priman sobre la Constitución por no señalarlo así la Ley Fundamental<sup>73</sup>. Nótese que se trata solo de las reglas generales, el *ius cogens*, igual que en Francia, no los tratados, y solo con jerarquía supralegal.

En Austria, el art. 9 de la Constitución señala que las normas de derecho internacional, por lo general reconocidas se consideran parte integrante del derecho federal, el *ius cogens*, pero sin asignarle un valor superior a la legislación interna. Sin embargo, en cuanto a los tratados, se entiende que el Convenio Europeo de Derechos Humanos, ratificado por Austria en 1958, tiene rango constitucional en virtud de una reforma de 1964, como consecuencia de adolecer la Carta austriaca de un catálogo sistemático de derechos fundamentales<sup>74</sup>, esto sin perjuicio de lo que diremos más adelante al respecto al estudiar el derecho de la Unión Europea.

En el caso de Italia, el art. 10 de la Constitución señala que el ordenamiento jurídico se ajustará a las normas del derecho internacional generalmente reconocidas, esto es el *ius cogens*, mientras que el art. 11 señala que Italia concuerda, en condiciones de igualdad, con los demás Estados, en las limitaciones de soberanía necesarias para un ordenamiento que asegure la paz y la justicia entre las naciones, pero sin señalar más, es decir, se trata de un precepto que simplemente declara un principio de acción, mas no precisa el procedimiento y, aunque es razonable que se pueda pensar que esta limitación de soberanía requiere de acto legislativo, esto no es suficiente para admitir un procedimiento secundario de reforma al más alto nivel. Por el contrario, el art. 72 señala que se adoptará siempre el procedimiento normal de examen y aprobación directa por la Cámara para las propuestas de ley en materia constitucional y electoral y para las de delegación legislativa, de autorización para la ratificación de tratados internacionales, de aprobación de los presupuestos y de los balances del Estado, es decir, todo tratado requiere autorización por ley para ser ratificado. Como último punto, cabe mencionar al art. 117, el cual señala que el Poder Legislativo es ejercido por el Estado y por las regiones dentro de los términos establecidos por la Constitución y en cumplimiento de las obligaciones que deriven del ordenamiento comunitario y de los acuerdos internacionales. Si bien se dice que este artículo ha permitido

<sup>73</sup> RIBERA, "Los tratados...", *op. cit.*, p. 94.

<sup>74</sup> ELÍAS, *op. cit.*, p. 138.

considerar que el Convenio Europeo de Derechos Humanos forma parte del parámetro constitucional de validez de las normas italianas<sup>75</sup>, en el apartado siguiente veremos que esto realmente ocurre como consecuencia de la aplicación del derecho de la Unión Europea en Italia en su calidad de Estado miembro, y no como efecto del art. 117. Por el contrario, este artículo solo reparte competencias entre el Estado central y las regiones, señalando –entre las materias cuya regulación es competencia exclusiva del Estado– la política exterior y relaciones internacionales del Estado y las relaciones entre el Estado y la Unión Europea, mientras que entre aquellas materias de legislación concurrente entre el Estado y las regiones señala las relaciones internacionales y con las regiones de la Unión Europea, por lo cual este artículo tampoco parece suficiente para asignar una categoría normativa especial a los tratados, ni menos para permitir reformas tácitas a la Constitución.

Otro caso interesante de analizar es el Reino de los Países Bajos, donde el art. 90 de la Constitución declara como principio general que el gobierno promoverá el desarrollo del orden jurídico internacional. Asimismo, agrega el art. 93 que los tratados y acuerdos de organizaciones internacionales de derecho público que por su contenido puedan obligar a toda persona, tendrán fuerza obligatoria una vez publicados. También, señala el art. 95 que la ley regulará la publicación de tratados y acuerdos de organizaciones internacionales de derecho público, agregando, por último, el art. 94 que los preceptos legales en vigor dentro del Reino no serán de aplicación, si la aplicación de los mismos fuere incompatible con estipulaciones de tratados y de acuerdos de organizaciones internacionales de derecho público que obligan a toda persona. De las normas anteriores podemos observar una clara primacía de los tratados sobre las normas nacionales. Sin embargo, el art. 91 apartado 3 señala que, en todo caso, cuando un tratado contuviere estipulaciones que deroguen la Constitución o que impongan la necesidad de tal derogación, se requerirá para su adopción por las Cámaras una mayoría de al menos dos tercios del número de votos emitidos<sup>76</sup>, agregando el art. 92 que, con observancia, en la medida necesaria, de lo dispuesto en el apartado 3 del art. 91, se podrán conferir competencias legislativas, administrativas y jurisdiccionales a organizaciones internacionales de derecho público, es decir, con el voto conforme de al menos dos tercios de ambas Cámara. Lo anterior lleva a concluir que

---

<sup>75</sup> CAMPUSANO, “Estado...”, *op. cit.*, p. 500.

<sup>76</sup> Art. 91.3: Cuando un tratado contuviere estipulaciones que deroguen la Constitución o que impongan la necesidad de tal derogación, se requerirá para su adopción por las Cámaras una mayoría de al menos dos tercios del número de votos emitidos.

los tratados no pueden estar por sobre la Constitución y, en consecuencia, debe descartarse la posibilidad de procedimientos secundarios de reforma, pues con tan altos quórum parece más razonable reformar de manera directa en forma previa la Constitución.

Para finalizar, analicemos el curioso caso de Argentina. Algún autor ha afirmado que, en virtud del art. 31 de la Constitución, los tratados internacionales tienen jerarquía constitucional<sup>77</sup>. Ello, por que dicho artículo señala que la Constitución, las leyes de la nación –que en su consecuencia se dicten por el Congreso– y los tratados con las potencias extranjeras “son la ley suprema de la Nación”, y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a los tratados ratificados después del pacto de 11 de noviembre de 1859, no obstante no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires. ¿Cómo es posible que, por igual, la Constitución, las leyes de la nación y los tratados sean “norma suprema” de la nación? Creemos que la correcta interpretación de la expresión “ley suprema de la nación”, especialmente considerando que el mismo artículo se refiere luego a las autoridades y normas provinciales, así como también que el art. 35 señala que con la expresión ‘nación’ se hace referencia a la República Argentina, es que la Constitución, las leyes de la nación y los tratados son “la normativa de nivel federal”, y por ello son la norma suprema respecto de la legislación de las provincias, por lo que en ningún caso se está equiparando los tratados a la Constitución federal (sería absurdo). Por el contrario, no existe en dicha Constitución una norma que incorpore expresamente las normas generales del derecho internacional público al derecho interno, aunque los tribunales de justicia sí han incorporado estas normas mientras no contravengan la Constitución<sup>78</sup>. En cambio, sí pronuncia respecto del derecho de los tratados el complejo numeral 22 del art. 75<sup>79</sup>, señalando

---

<sup>77</sup> Raúl CAMPUSANO DROGUETT, “Disposiciones sobre derecho internacional en Constituciones Políticas de América del Sur”, p. 134.

<sup>78</sup> RIBERA, “Los tratados...”, *op. cit.*, p. 94 y s.

<sup>79</sup> Art. 75.- Corresponde al Congreso: 22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre

primero que los tratados tienen una jerarquía superior a la ley federal, pero infraconstitucional, luego enumera un conjunto de tratados sobre derechos fundamentales a los que atribuye de forma expresa rango constitucional, pero que no derogan sino que complementan lo que en esta materia señala la Constitución, agregando luego que los tratados de este grupo solo pueden ser denunciados por el voto conforme de los dos tercios de cada Cámara, señalando por fin que los demás tratados sobre derechos fundamentales solo pueden adquirir rango constitucional con el voto conforme de los dos tercios de cada Cámara. Para finalizar, el numeral 24 del mismo artículo permite al Congreso la aprobación de tratados que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, teniendo las normas dictadas en su consecuencia jerarquía superior a las leyes (entiéndase a las leyes “federales”).

De todo lo señalado, podemos recoger las siguientes conclusiones:

1. En general, se incorpora al derecho interno el derecho internacional consuetudinario, el *ius cogens*, no los tratados, los que suelen tener un rango supralegal, pero infraconstitucional.
2. La jerarquía de las normas la señala expresamente la Constitución. En consecuencia, cuando un tratado tiene rango constitucional es la Constitución la que así lo dice.
3. Al contrario de lo que se suele postular, el que una norma de un tratado sea autoejecutable no le confiere por ese solo hecho una mayor jerarquía.
4. La aprobación de un tratado tiende a ser materia de ley, o, al menos, siempre requiere de una autorización explícita del Parlamento. La exigencia de ley tiene la ventaja de permitir el control de constitucionalidad del tratado.
5. Los procedimientos secundarios de reforma no existen. Siempre prima la Constitución por sobre el tratado, lo que no obsta a que el Estado deba hacerse responsable de las consecuencias que derivan del incumplimiento de sus compromisos internacionales. Admitir “reformas tácitas” es contrario a la esencia de una Constitución, es una contradicción en los términos, lo cual justifica

---

los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.

la necesidad de reformar la Constitución antes de aprobar un tratado con el cual presente conflicto.

6. Solo existen tres clases de jerarquía posibles para una norma: rango legal, rango suprallegal pero infraconstitucional y rango constitucional. El rango “supraconstitucional” no existe.

#### *IV. El especialísimo caso del derecho de la Unión Europea*

Ahora vamos a revisar un caso que constituye una anomalía tanto desde el punto de vista del derecho constitucional como del derecho internacional público: la Unión Europea. Veremos que esto ocurre, pues dicha organización no es propiamente un Estado, pero tampoco es una entidad regida por el derecho internacional. La Unión Europea es un espacio de libre circulación de personas, servicios, mercancías y capitales, que busca la integración de sus Estados miembros, es decir, la supranacionalidad, con el fin de garantizar la paz y el progreso<sup>80</sup>. Por esta razón, los Estados miembros han accedido, haciendo uso de su libertad a ceder parte de su soberanía respecto de ciertas temáticas específicas, en favor de la Unión, establecidas con claridad y delimitadas en los respectivos tratados, para que esta gestione en forma unificada dichas materias en beneficio del colectivo. Así, el art. 5 del Tratado de la Unión Europea señala que la delimitación de las competencias de la Unión se rige por el principio de atribución, en cuya virtud ella actúa dentro de los límites de las competencias que le atribuyen los Estados miembros en los tratados para lograr los objetivos que estos determinan, y toda competencia no atribuida a la Unión en los tratados corresponde a los Estados miembros. Por ejemplo, en virtud de estas cesiones de soberanía, corresponde en exclusiva a la Unión Europea la política comercial común y la unión aduanera, las normas sobre competencia y el derecho del consumo, y la política monetaria, cuya máxima expresión es el uso de una moneda común (el euro). Y para tales efectos, estas cesiones de soberanía están reguladas en muchas de las Constituciones de los Estados miembros<sup>81</sup>.

Cabe precisar que, si bien los tratados que dieron origen a la Unión Europea, a saber, el derecho originario, se rigieron inicialmente por las reglas del derecho internacional, no ocurre lo mismo con el derecho deri-

---

<sup>80</sup> Amparo ROCA ZAMORA, “El sistema institucional de la Unión Europea”, p. 54 y ss.

<sup>81</sup> Ejemplos: art. 23 de la Ley Fundamental alemana, y el art. 88-1 y ss. de la Constitución francesa.

vado, aquel que se va generando a través de la propia institucionalidad de la Unión, como el Parlamento Europeo, el Consejo Europeo y la Comisión Europea, por ejemplo, los reglamentos, las directivas y las decisiones, constituyendo todas estas normas el derecho interno de la Unión, el cual, por consiguiente, se rige por sus propias normas, y no por las reglas generales del derecho internacional<sup>82</sup>.

Este especial derecho europeo se caracteriza por ciertos principios básicos: la autonomía, la interpretación conforme, la primacía y el efecto directo. En virtud del principio de *autonomía*, en un mismo país coexisten dos ordenamientos jurídicos, el nacional y el de la Unión, donde este último es derecho interno de la Unión, no es derecho internacional. Para esto, se requiere que exista total claridad en los tratados en cuanto al reparto de competencias entre el Estado miembro y la Unión, en virtud del ya referido principio de atribución del art. 5 del Tratado de la Unión Europea. Es la propia Unión quien decide cómo se aplica el derecho comunitario, no el derecho internacional, al tiempo que la misma Unión puede imponer decisiones a los Estados miembros, salvo en unas cuantas materias específicas que requieren unanimidad, como la ciudadanía y la admisión de nuevos miembros. La clave del éxito del derecho de la Unión es que los jueces nacionales son también jueces de la Unión<sup>83</sup>, quienes tienen a su cargo la aplicación de esta normativa europea y, además, siguiendo el principio de la *interpretación conforme*, en virtud del cual, si el juez ve contradicción en la aplicación efectiva de normas nacionales y europeas, debe aplicar el derecho de la Unión. El principio de *primacía*, creado por la famosa sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 1964 Costa con ENEL 6/64<sup>84</sup>, impide que una norma nacional posterior reste eficacia al derecho de la Unión, es decir, el derecho europeo no admite excepciones. Así, si bien se ha entendido que los tratados originarios tienen rango constitucional para los Estados miembros, por el principio de primacía tanto dichos tratados como el derecho derivado desplazan a las normas nacionales, incluidas las constitucionales, lo cual no hace excepción a lo dicho en cuanto a que no existen normas de derecho internacional

---

<sup>82</sup> ROCA, *op. cit.*, p. 59 y ss.

<sup>83</sup> En la conocida sentencia “Simmenthal” de 9 de marzo de 1978 el Tribunal de Justicia de la Unión Europea declaró: “Todo juez nacional, competente en una materia determinada, tiene la obligación de aplicar íntegramente el Derecho de la Unión Europea y proteger los derechos que éste confiere a los particulares, dejando sin aplicación toda disposición eventualmente contraria a la ley nacional anterior o posterior a la regla comunitaria”: ÁLVAREZ y ALCÓN, *op. cit.*, p. 138.

<sup>84</sup> El principio de *primacía* también está reafirmado por la ya señalada sentencia “Simmenthal” de 9 de marzo de 1978.

de rango supraconstitucional, pues, como venimos señalando, el derecho europeo es un derecho interno de la Unión de naturaleza *sui generis* fundado en la cesión de soberanía que efectúan los Estados miembros en favor de la Unión, y es en virtud de esta cesión que la Unión puede imponer decisiones a los Estados miembros. Como último punto, por el principio del *efecto directo*, creado por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 1963 Van Gend en Loos 26/62, las normas de la Unión Europea crean derechos y obligaciones de manera directa sin necesidad de otra norma nacional, en la medida que la norma europea tenga, precisamente, dicha intención, lo cual ocurre, por ejemplo, con los reglamentos, que están así concebidos para tener eficacia directa, pero no sucede con las directivas, las cuales deben transponerse por los Estados miembros para que sean aplicables en su ordenamiento interno, y, en todo caso, por seguridad jurídica. Este efecto directo será siempre vertical entre los particulares y los Estados miembros, no entre particulares<sup>85</sup>.

Y como medio de tutela de este ordenamiento jurídico europeo por sobre los derechos nacionales es que el art. 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea establece la “cuestión prejudicial”, mecanismo procesal que permite a los jueces nacionales consultar al Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la aplicación y correcta interpretación de normas europeas en juicios nacionales, donde, si bien en principio la consulta es potestativa, en caso de que se suscite una duda interpretativa durante la última instancia el juez está obligado a consultar. De hecho, el Tribunal Constitucional austriaco ha considerado como vulnerado el derecho al juez cuando un tribunal ordinario no ha planteado la cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, procediendo a anular la respectiva sentencia sin necesidad de recurrir al tribunal europeo, procediendo luego a devolverla al tribunal ordinario de última instancia<sup>86</sup>. Mientras se tramita la consulta, el procedimiento nacional se suspende, y, si bien formalmente la sentencia que resuelve la consulta va dirigida al juez que consultó, la decisión tiene validez para todos los Estados miembros. Solo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea puede anular normas dictadas por la Unión. Este sistema de justicia da mucho poder a los jueces, pues la posibilidad de presentar la cuestión prejudicial puede desplazar a las cortes supremas y a los tribunales constitucionales, con lo cual los jueces forzarían cambios en los ordenamientos jurídicos nacionales, lesionándose así la debida legitimidad democrática.

---

<sup>85</sup> Joaquín ALCAIDE FERNÁNDEZ y Rafael CASADO RAIGÓN (coords.), *Curso de derecho de la Unión Europea*, p. 164 y ss. y ÁLVAREZ y ALCÓN, *op. cit.*, p. 136 y ss.

<sup>86</sup> ELÍAS, *op. cit.*, p. 155.



En virtud de lo dicho, podemos notar que el derecho de la Unión Europea tiene un comportamiento del todo distinto al de las normas que emanan del derecho de los tratados regido por el derecho internacional, y esto es así porque, en caso contrario, si el derecho de la Unión no desplazara el derecho de los Estados miembros, este espacio supranacional de libre circulación de personas, servicios, mercancías y capitales que es la Unión Europea no funcionaría. Por esta razón, resulta indispensable que los Estados miembros se desprendan de parte de su soberanía, es decir, para que la Unión funcione no basta “limitar” la soberanía, sino que los Estados miembros deben “ceder”, de plano, soberanía a la Unión en aquellas materias que son de su competencia. Limitar implicaría solo establecer cortapisas al accionar nacional, mientras que la cesión inhibe al Estado miembro a disponer sobre ciertas materias. Esta distinción nos explica por qué, como hemos visto, en la Ley Fundamental alemana el art. 24 permite transferir por ley federal (no ley ordinaria) derechos de soberanía a instituciones interestatales, pero para transferir derechos de soberanía a la Unión Europea o para modificar los tratados constitutivos de la Unión se debe seguir el procedimiento de reforma constitucional. En otras palabras, se requiere del voto conforme de los dos tercios de cada Cámara, es decir, se reconoce que en un caso se limita la soberanía mientras que en el otro se cede parte de ella a la Unión. De no admitirse esta distinción, la diferencia de procedimiento no tendría sentido, con lo cual se refuta la afirmación de autores chilenos que ponen a este art. 24 como ejemplo de una norma constitucional que permite “ceder” soberanía “por simple ley”<sup>87</sup>. Así, por ejemplo, el art. 88 de la Ley Fundamental permite que parte de las atribuciones del Banco Federal, en este caso específico referido a la gestión de la política monetaria, sea cedida al Banco Central Europeo. Por el contrario, esta distinción entre “limitar” y “ceder” no es lo normal cuando se analiza el comportamiento del derecho internacional. En todo caso, en la Unión no se discute que “desplazar” la norma nacional no implica “derogarla”: la norma nacional sigue existiendo.

Nótese, además, que en Austria, para que dicho país ingresara a la Unión Europea en 1995, se estimó que no resultaba aplicable la normativa del art. 9 apartado 2 de la Constitución, el cual señala que para “transferir competencias federales específicas” a otros Estados u organizaciones, por reenvío al art. 50 apartado 1, se requiere del acuerdo del Consejo Nacional (la Cámara Baja), ya que en este caso se entendió que la cesión de competencias que iba a realizarse a la Unión era de tal magnitud por impactar sobre los principios democrático, federal y del Estado de

---

<sup>87</sup> Por ejemplo: NOGUEIRA, *op. cit.*, p. 26.



derecho, que era necesario reformar en tal sentido la Constitución más un referéndum, según el procedimiento señalado por el art. 44.3 para la revisión “total” de la Constitución<sup>88</sup>. En consecuencia, al igual que en Alemania, se entendió que es distinto “transferir competencias específicas”, algo puntual circunscrito al ámbito del tratado, que derechamente “ceder soberanía” con consecuencias significativas en el desempeño general de la institucionalidad y, por tanto, una auténtica “cesión” de soberanía no puede efectuarse solo suscribiendo un tratado, sino que antes debe reformarse en tal sentido la Constitución.

Pero el sistema descrito no es inmune a abusos de parte de los gobiernos de los Estados miembros, quienes muchas veces utilizan a la Unión Europea como chivo expiatorio respecto de la adopción de decisiones impopulares, dadas las características ya mencionadas del derecho europeo, el cual, en la práctica, permite un sistema de toma de decisiones difuso que diluye responsabilidades. Por ejemplo, un gobierno de un Estado miembro que no tiene mayoría en su país, y que, por tanto, no puede implementar por sí mismo su programa, tratará de llevar sus intereses a nivel de la Unión para que sea esta la que imponga una decisión acorde a dichos intereses, diluyéndose así la responsabilidad del gobierno nacional (dirá que “la Unión lo obligó”).

En última instancia, en lo que a derechos fundamentales se refiere, el art. 6 del Tratado de la Unión Europea señala que la Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, aunque esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los tratados, pero que los derechos fundamentales que garantiza este Convenio y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales<sup>89</sup>, es decir, el Convenio forma parte del derecho interno de la Unión, con todas las consecuencias que ya hemos señalado al respecto, incluido el hecho de que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, conocido también como el “Tribunal de Estrasburgo”, supremo garante de la aplicación del Convenio, se considere un tribunal nacional de los Estados miembros, igual como lo es el Tribunal de Justicia de la Unión Europea o “Tribunal de Luxemburgo”. Nótese que lo dicho sobre el Tribunal de Estrasburgo vale solo para los Estados miembros de la Unión, en tanto que otros países miembros del Convenio, pero que no son parte de la Unión, por ejemplo, Rusia, se relacionarán con el Tribunal de Estrasburgo según las reglas gene-

---

<sup>88</sup> ELIAS, *op. cit.*, p. 145 y s.

<sup>89</sup> ALCAIDE y CASADO, *op. cit.*, p. 87 y ss.

rales del derecho internacional, sin que dicho tribunal se entienda ser un tribunal “ruso”. Tenemos, entonces, que tanto el Tribunal de Estrasburgo como el Tribunal de Luxemburgo se entienden tribunales nacionales de los Estados miembros de la Unión, aunque cada uno actuando dentro de su competencia: Estrasburgo vela por el cumplimiento del Convenio Europeo de Derechos Humanos respecto de actos de los Estados miembros del Convenio, mientras que a Luxemburgo le corresponde la aplicación e interpretación del derecho de la Unión Europea, el cual, como dijimos, desplaza los derechos nacionales, entendiéndose el Convenio parte del derecho de la Unión.

Así, cuando Austria ingresa a la Unión en 1995, no obstante ya haber ratificado el Convenio en 1958 y haberle dado rango constitucional en 1964, ahora, como miembro de la Unión, dicho instrumento internacional va a desplazar el derecho nacional austriaco por considerársele parte del derecho interno de la Unión, que es la fuente superior del derecho de los Estados miembros<sup>90</sup>. Y aquí, entonces, debemos volver a lo que ya adelantamos acerca de la errónea afirmación que suele hacerse en cuanto a que el art. 117 de la Constitución de Italia hace al Convenio parte de la Constitución material de dicho país. Lo que realmente ocurre, es que la aplicación directa del Convenio en Italia, incluido el considerar al Tribunal de Estrasburgo como un tribunal italiano, es consecuencia de que el art. 6 del Tratado de la Unión Europea hace al Convenio parte integrante del derecho interno de la Unión, desplazando en lo pertinente al derecho italiano, lo cual no tiene relación alguna con un supuesto bloque de constitucionalidad que pudiere emanar del art. 117 de la Constitución.

A mayor abundamiento, los denominados Criterios de Copenhague, aquellos criterios definidos por el Consejo Europeo en 1993 que un país debe cumplir para ser admitido como miembro de la Unión Europea, y que básicamente pueden enunciarse como “tener instituciones que garanticen la democracia”, “tener una economía de mercado viable” y “aceptar y respetar el acervo normativo de la Unión Europea” que incluye ratificar el Convenio, implican que todo país que se integre como nuevo miembro de la Unión, por ejemplo, Rusia, en ese mismo instante verá su derecho nacional desplazado en lo pertinente por el derecho de la Unión, y los tribunales de Estrasburgo y Luxemburgo pasarán a entenderse tribunales nacionales. Y como hemos dicho, todo lo anterior no se rige por el derecho internacional, con lo cual, solo cabe concluir que el derecho de la Unión Europea constituye una situación excepcional que confirma lo señalado en cuanto a que lo normal desde el punto de vista constitucional es lo

---

<sup>90</sup> ELÍAS, *op. cit.*, p. 144.

contrario, lo que significa que, por regla general, nada puede haber por sobre una Constitución nacional, y que, por tanto, en términos generales, el rango supraconstitucional no existe.

*V. Necesidad de replantear el problema:  
¿Puede una Constitución reformarse tácitamente?*

A partir de todo lo que hasta aquí hemos analizado, consideramos que es erróneo e insuficiente circunscribir el problema de la posición de los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno a la sola determinación de cuál sería la “jerarquía” de los tratados en nuestro sistema jurídico, que es lo que se ha solido plantear por la doctrina hasta la fecha. Por otra parte, sabemos que el legislador, y en este caso el constituyente, no siempre utiliza las palabras más adecuadas para expresar lo que quiere, en especial para referirse a temas muy técnicos, así como también por el hecho de que las normas son fruto de negociaciones cuyos efectos alteran la pureza del lenguaje, razón por la cual abordar esta problemática sobre la base de aspectos semánticos, vale decir, a partir del significado de las palabras que suele utilizar la Constitución, diluye la calidad del razonamiento jurídico. Tampoco nos parece adecuado el recurrir a la distinción entre los derechos fundamentales considerados en abstracto y los tratados que se refieren a ellos, pues, en general, los tratados sobre derechos fundamentales no difieren esencialmente del estatuto que al respecto señalan las Constituciones. Además, los tratados en sí suelen ser vagos, abstractos, referentes a los valores o núcleos esenciales y, por ello, dicen en lo sustancial lo mismo, lo cual hace difícil que lleguen en verdad a producirse colisiones de derechos fundamentales o que haya contradicciones entre catálogos de derechos, sino que más bien las contradicciones aparecen con las normas de desarrollo de los tratados y con la forma en que los tribunales aplican los tratados, es decir, se trata, más bien, de choques entre tribunales, por ejemplo, nacionales con extranjeros<sup>91</sup>. Y por esto hay autores que advierten sobre el riesgo de que jueces extranjeros, con menos legitimidad democrática, influyan en la vida y valores nacionales<sup>92</sup>. Por estas consideraciones es que dudamos que lo realmente esencial del asunto sea la determinación de la jerarquía de los

---

<sup>91</sup> Considérese que si una norma A colisionare con una norma B, el atribuirle mayor jerarquía a una de ellas no evita que dos tribunales interpreten las normas de manera distinta, con lo cual el criterio jerárquico no evita toda colisión posible.

<sup>92</sup> VERDUGO, “Entre la...”, *op. cit.*, p. 90 y ss.

tratados, y es por esta razón que hemos asumido el desafío de abordar el problema desde otras perspectivas.

Si bien resulta evidente que ley y tratado tienen naturaleza distinta, esto no implica diferente jerarquía si así no lo señala de manera expresa la Constitución. Por ejemplo, en Chile no se discute que los decretos con fuerza de ley, la ley ordinaria, las leyes orgánicas y los decretos leyes tienen entre sí diferente naturaleza y forma de creación, sin embargo, tienen la misma jerarquía por no hacer distinción en este aspecto el texto constitucional. Igual ocurre, por ejemplo, en Francia con las ordenanzas (art. 38) y en España con los decretos legislativos y decretos leyes (arts. 85 y 86), todos con naturaleza distinta a la ley ordinaria, pero con su misma jerarquía. Por consiguiente, la diferente naturaleza entre la ley y el tratado no es argumento suficiente para atribuirle al segundo mayor jerarquía que a la primera.

Por el contrario, creemos que el fondo de la problemática y, por ende, la manera más correcta y jurídica de abordarla, es considerar qué es lo que le ocurre o puede llegar a ocurrirle a la Constitución en los diversos escenarios posibles. Así, en vista de todo lo precedentemente analizado, la “*livianidad*” con que ciertos autores postulan y defienden sin más la modificación tácita de la Constitución cuando se suscribe un tratado que le pueda ser contradictorio. Ya hemos advertido que en el derecho comparado no existen ni vías secundarias de reforma constitucional, ni el supuesto rango supraconstitucional. Creemos, por tanto, que la verdadera interrogante que al ser despejada tiene la virtud de solucionar este dilema, no es la “*jerarquía*” de los tratados, sino que es determinar si es concebible o no la posibilidad de que una Constitución “*sea modificada tácitamente*”.

Cabe mencionar dos casos especialísimos de derogación tácita que podríamos aceptar en la Constitución española, cada uno consecuencia de situaciones puntuales que son propias del contexto español. El primer caso lo constituyen dos artículos un tanto contradictorios: el 38, que reconoce la libertad de empresa, en el marco de la economía de mercado y el 131, que permite al Estado, mediante ley, planificar la actividad económica general para atender a las necesidades colectivas, equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial y estimular el crecimiento de la renta y de la riqueza y su más justa distribución, debiendo entenderse dicha contradicción zanjada en favor de la libertad de empresa, por ser la planificación contraria a las reglas económicas de la Unión Europea, pues, como ya señalamos, el derecho de la Unión desplaza el derecho de los Estados miembros, y en este caso los Criterios de Copenhague exigen que los Estados miembros tengan una economía de mercado viable. El otro caso es el capítulo tercero del título VIII referente a las Comunidades Autónomas, el cual contiene muchas disposiciones transitorias concebidas

para reglar la creación de las Comunidades, y que, por haberse concluido dicho proceso de creación, hoy resulta perfectamente razonable considerar que esta normativa ya no tiene aplicación práctica.

Estos casos especiales no hacen más que confirmar que no existen procedimientos secundarios de reforma constitucional. Admitir vías secundarias de reforma es un contrasentido con el carácter de norma suprema que reviste una Constitución. Es, en definitiva, una irresponsabilidad. ¿Qué se gana objetivamente con las reformas tácitas? ¿Para qué reformar de esta manera? Creemos que solo se logra desorden e inseguridad jurídica. Además, igual vía referéndum el pueblo, el supremo soberano, podría negar validez a un tratado, con lo que la jerarquía constitucional, o, incluso, supraconstitucional para algunos, no es inmune a la fuerza de los hechos<sup>93</sup>, lo cual refuta la afirmación de que sea necesario una mayor jerarquía de los tratados implique forzosamente mayor seguridad, evitando así que el país incurra en responsabilidad internacional por incumplimiento de un tratado. De hecho, ya vimos que tanto en el bloque francés como en el español no toda la normativa de referencia tiene rango constitucional. Postular lo contrario solo parece ser una especie de sesgo cognitivo. Por el contrario, es responsabilidad del Presidente de la República no suscribir tratados que sean contrarios a la Constitución, norma que él jura respetar y hacer respetar, y por esto se justifica revisar la Constitución antes de firmar un tratado que le sea contradictorio, así como también demuestra la importancia del control preventivo de la constitucionalidad de los tratados.

Afirmamos que la reforma tácita solo da pie a una falta de control del Parlamento sobre el Ejecutivo, así como también constituye un incentivo para que el Ejecutivo “se salte” al Parlamento, lo cual es igual de perjudicial para el desempeño institucional que si a la inversa el Parlamento se saltare al Ejecutivo. He aquí la importancia de los quórum reforzados, que impiden que mayorías circunstanciales en las Cámaras, que no siempre coinciden en todo momento con el sentir ciudadano<sup>94</sup>, adopten decisiones que a la larga resulten perjudiciales para el país. Recordemos que la voluntad general es una ficción que se construye, en tanto que con los sistemas electorales la ciudadanía designa representantes que tendrán la misión de construir la equivalencia a “una” voluntad general, y no “la” voluntad general<sup>95</sup>. Y si en un momento dado no se alcanza el quórum

---

<sup>93</sup> Considérese, por ejemplo, el caso del referéndum del Brexit celebrado el 23 de junio de 2016, en el cual el pueblo británico decidió la salida del Reino Unido de la Unión Europea.

<sup>94</sup> Alejandro LAGOS TORRES, “Una o dos Cámaras: ¿Sirve realmente el Senado? Perspectivas comparadas para el futuro constitucional chileno”, p. 73 y ss.

<sup>95</sup> LAGOS, *op. cit.*, p. 72.

necesario, no hay reforma ni se firma el tratado, no es aún “el momento”, así es la democracia.

No comprendemos por qué algunos estiman más reprochable incumplir un tratado firmado que suscribir a la fuerza un tratado contrario a la Constitución, si en ambas situaciones se está incumpliendo una norma a sabiendas, con todo lo que ello implica. Creemos que el sano juicio llama a la prudencia para evitar problemas, lo que implica revisar primero la Constitución, el texto que permite firmar el tratado, antes de firmar el tratado mismo (armonizar primero): sin control preventivo y eventual reforma constitucional, no hay tratado. En definitiva, no hay que caer en la tentación de hacer “la del flojo”, por la razón que sea, buena o mala, y luego terminar trabajando el doble para enmendar lo mal hecho, al tiempo que se compromete la responsabilidad internacional del país.

Podría admitirse que solo los tratados internacionales existentes antes de la reforma de 1989 fueron en virtud de ella incorporados automáticamente para así superar el problema de que los tribunales no aplicaban aquellos tratados que no habían sido publicados. Pero en ningún caso esto es aceptable para los tratados posteriores, pues dicha automaticidad equivaldría a la nefasta reforma tácita. Y también es erróneo afirmar que la reforma de 1989 haya otorgado mayor jerarquía a los tratados, sino que es solo la incorporación al derecho nacional de los tratados a esa fecha existentes la que podría aceptarse, por cuanto, como ya señalamos, en su momento el mismo exministro Francisco Cumplido reconoció que, producto del contexto de la reforma, la Constitución al final no quedó diciendo lo que se pretendía y que cierta doctrina quisiera que dijese.

En consecuencia, sobre la base de todo lo que hemos señalado hasta este momento, tanto desde el punto de vista comparado como del análisis de nuestro propio texto constitucional, estimamos que debe descartarse la posibilidad de que la actual Constitución pueda reformarse tácitamente, en tanto que la reforma de 1989 nada innovó al respecto. Postular lo contrario no es más que una interpretación voluntariosa que no se sostiene en el ámbito jurídica.

## VI. De lege ferenda, *¿cuál debiera ser el lugar de los tratados en Chile?*

Sabemos que en el derecho público solo se puede hacer lo que la norma de modo expreso permite, es decir, siempre será necesaria una regulación expresa para que los poderes públicos se entiendan jurídicamente

habilitados para realizar una determinada conducta o para entender que en el tráfico jurídico ha de producirse algún efecto. Por esta razón, no es posible en el derecho público elucubrar sentidos y alcances de una norma constitucional más allá de lo que en el ámbito nacional pueda desprenderse de la aplicación de las reglas de interpretación de la ley, en línea con el señalado principio de la necesidad de que una norma expresa permita un determinado resultado con verdadero valor jurídico. En ausencia de estas condiciones, nos encontraremos a la fuerza ante interpretaciones falsas, antojadizas y, en definitiva, contrarias a derecho. Por otra parte, la superioridad material de la Constitución resulta del hecho de que es ella quien organiza las competencias y, como creadora de competencias, es necesariamente superior a las autoridades por ella investidas, por lo que, siendo la Constitución de donde arranca el poder de los legisladores, no sería posible obrar contra ella sin despojarla al mismo tiempo de su título jurídico<sup>96</sup>. Si han de existir varios tipos de leyes, o diversas jerarquías de normas, o varios procedimientos de reforma de la Constitución, esto solo será admisible sí y solo sí la misma Carta Fundamental así lo señala, lo cual, en cuanto al tema que nos ocupa, hasta este momento no ha ocurrido. Por este motivo, no son admisibles en Chile las reformas tácitas.

Por otra parte, no es normal que una Constitución contemple el logro automático de la jerarquía constitucional mediante un simple proceso semántico como el que se pretende hacer con la oración agregada al inciso 2° del art. 5 de nuestra Carta<sup>97</sup>. Por el contrario, el sentido más lógico de dicho inciso tras la reforma de 1989 es el restaurar el deber de promoción de los derechos fundamentales, atribuyendo este deber a los órganos del Estado a través de los cuales se ejerce la soberanía, y especificando que tales derechos no son solo los garantizados por la Constitución, sino que, también, los contenidos en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes y, en consecuencia, el efecto práctico de dicha reforma solo sería el que la oración agregada al inciso 2° constituiría un vigoroso refuerzo a lo que ya se señalaba en el texto original<sup>98</sup>, pero nada más. Y, aunque haya quienes consideren “bizantina” la distinción entre los derechos fundamentales y los tratados que a ellos se refieren<sup>99</sup>, ya nos hemos referido a que, en realidad, por emanar los derechos fundamentales de la naturaleza humana, es difícil que en su esencia o núcleo

---

<sup>96</sup> SAENGER, *op. cit.*, p. 653.

<sup>97</sup> RÍOS, *op. cit.*, p. 110.

<sup>98</sup> *Op. cit.*, p. 104 y s.

<sup>99</sup> FRANCISCO CUMPLIDO CERECEDA, “La reforma constitucional de 1989 al inciso 2° del artículo 5° de la Constitución: sentido y alcance de la reforma. Doctrina y jurisprudencia”, citando al respecto a José Luis Cea Egaña.



lleguen a colisionar, y con mayor razón si consideramos que los tratados tienden a ser generales y vagos en cuanto a su lenguaje, señalando entre sí más o menos lo mismo, sino que, más bien, las colisiones se refieren a problemas que se suscitan por su aplicación entre tribunales. La fuerza de los derechos fundamentales emana de la naturaleza humana, no de la jerarquía de la norma, por lo que la sola diferencia jerárquica entre normas no evita la ocurrencia de problemas, es un sesgo cognitivo.

La Constitución chilena no se refiere, como en otras latitudes, al derecho internacional en carácter general, sino que los actuales arts. 5 y 54 n.º 1 solo se refieren explícitamente al derecho internacional “convencional”, es decir, a los tratados ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, nada más, y no al derecho internacional “consuetudinario”, el *ius cogens*, como hemos podido observar en otras Constituciones, por cuanto no existe en nuestro texto una norma que de forma expresa lo incorpore al ordenamiento jurídico chileno. Así quedó establecido durante la tramitación de la reforma constitucional de 2005 respecto del actual art. 54 n.º 1<sup>100</sup>. Si bien el desconocimiento de las normas generales del derecho internacional consuetudinario por parte de Chile es hoy una hipótesis del todo inconcebible, esto no obsta a que, al no existir una norma constitucional que lo incorpore expresamente, con mayor razón resulta un exceso pretender que, sin referencia positiva alguna, el derecho internacional consuetudinario esté por encima de la Constitución. Por otra parte, la sola mención al derecho internacional convencional tampoco es suficiente para modificar la jerarquía normativa de los tratados, pues, en efecto, el art. 54 n.º 1 solo alude a normas especiales de procedimiento aplicables a los tratados, sin mención alguna a una eventual mayor jerarquía. Y a esto debemos agregar que el propio Tribunal Constitucional ha resuelto que la inaplicabilidad de un tratado no equivale a “suspender” el tratado, lo cual, según el art. 54 n.º 1, solo podrá ocurrir bajo las reglas del mismo tratado o del derecho internacional convencional ratificado por Chile y que se encuentre vigente<sup>101</sup>.

Y considerando ahora solo aspectos más procesales, nos parece un error abordar el problema que estamos analizando en cuanto a considerar que “los derechos fundamentales asegurados en los tratados se incorporen al ordenamiento jurídico interno” para formar parte de la Constitución material<sup>102</sup>, si ya hemos establecido que no hay discusión respecto a que

---

<sup>100</sup> Teodoro RIBERA NEUMANN, “La incorporación de los tratados internacionales al orden jurídico chileno”, p. 520 y s.

<sup>101</sup> VERDUGO, “Entre la...”, *op. cit.*, p. 73 señala la sentencia 1288-2008 del Tribunal Constitucional, la cual resuelve que la inaplicabilidad no es suspensión, pero la inconstitucionalidad sí constituye una derogación.

<sup>102</sup> NOGUEIRA, *op. cit.*, p. 24.



los derechos fundamentales emanan de la naturaleza humana y que la Constitución reconoce todos los derechos que revisten esta característica, y no solo el catálogo conformado por los que ella y los tratados señalan. ¿Cómo se van a “incorporar” si emanan de la naturaleza humana? Es un contrasentido. Lo que en realidad se incorpora es “el tratado” y no el derecho fundamental que contiene, con el fin de que con dicha incorporación se puedan materializar en el orden interno las medidas concretas que pretende implementar. En consecuencia, no es baladí la forma en la cual se efectúa dicha incorporación en el derecho interno, y a esto se refiere en específico el art. 54 n.º 1, cuyo inciso 1º, al señalar que la aprobación de un tratado se someterá “en lo pertinente” a los trámites de una ley, solo establece que deben tenerse en consideración las demás normas constitucionales relativas a los tratados<sup>103</sup>, con lo cual, como es obvio, no se puede concluir que la Constitución asimile el tratado a una ley, pero tampoco es suficiente para considerar que el tratado tenga mayor jerarquía que la ley. Nuevamente, el texto no dice lo que se quiere que diga, pues solo se trata de una norma procedimental que no atiende al verdadero concepto material de la ley y del tratado<sup>104</sup>. Y como el precepto hace referencia a la normativa de implementación del tratado, resulta conveniente precisar que, si las normas de derecho internacional requieren de un acto de transformación para regir en el plano interno, en consecuencia, adquieren solo el valor normativo de la norma que las incorpora, y no otro<sup>105</sup>, resultando ilógico que esta normativa de implementación deba aprobarse en bloque y sin atender a la naturaleza o tipo de materia que se está incorporando.

Finalmente, también sería un error el distinguir en los tratados las cláusulas que son autoejecutables de las que no lo son para determinar su jerarquía, pues si lo que define la posibilidad práctica de aplicar las disposiciones de un tratado no es el tratado mismo, sino que la configuración de las potestades creadoras de las fuentes del derecho, pudiendo dicha configuración contemplar facultades de actuación jurisdiccional en el caso de omisión de producción regulatoria por parte de los primeramente llamados a ella, la cuestión sobre el carácter ejecutable o no de las disposiciones del tratado se desplaza, desde una apreciación aislada de su texto, a un análisis más integrado, tanto de las disposiciones del tratado como de la disposición que hace el ordenamiento jurídico interno de las potestades de los órganos jurisdiccionales, con lo que la distinción entre cláusulas autoejecutables y no autoejecutables en el texto del tratado

---

<sup>103</sup> RIBERA, “La incorporación...”, *op. cit.*, p. 514.

<sup>104</sup> VERDUGO, “Entre la...”, *op. cit.*, p. 72.

<sup>105</sup> RIBERA, “Los tratados...”, *op. cit.*, p. 102 y s.

mismo no es idónea para justificar un detrimento de la fuerza normativa del tratado, con mayor razón si el juez, en cuanto poder del Estado, no puede incurrir en actos que puedan frustrar el objeto y fin del tratado<sup>106</sup>.

*De lege ferenda*, creemos que es conveniente que la Constitución resuelva en forma expresa la ya dilatada problemática que analizamos en cuanto al lugar que corresponde a los tratados en el ordenamiento jurídico nacional, pero, a la luz de todo lo que ya estudiamos en este trabajo, debiera abordarse el asunto no solo desde la perspectiva de la jerarquía del tratado en abstracto, sino que, tanto o más importante, debe realizarse considerando, además, las consecuencias que una u otra posición doctrinal producen sobre la Constitución misma.

En definitiva, consideramos que nuestro texto constitucional debiera señalar al menos lo siguiente:

1. Hacer referencia expresa a la situación del derecho internacional consuetudinario;
2. Precisar la jerarquía del derecho internacional convencional, sea esta legal o supralegal, pero siempre infraconstitucional, cualquiera sea la materia sobre la que verse el tratado y
3. Establecer el control preventivo obligatorio de los tratados y la reforma constitucional previa a la suscripción de un tratado que colisione con la Constitución, cerrando incuestionablemente la puerta a vías secundarias de reforma constitucional, y asegurando que toda nueva obligación internacional adoptada por Chile sea fruto de mayorías que a través de la democracia se han manifestado y dentro del marco de la institucionalidad.

### *Conclusiones*

La Constitución, por definición, es la norma suprema de la república. En aquellos países en que existe un bloque de constitucionalidad este es uno solo, no hay bloques sectoriales, es taxativo y cerrado, no todos sus componentes tienen por necesidad la misma jerarquía, está concebido para desempeñar una función específica, y siempre tiene su origen en el texto mismo de la Constitución.

El rango supraconstitucional no existe, como tampoco existen formas secundarias de reformar una Constitución, con lo cual no proceden las

---

<sup>106</sup> ALDUNATE, *op. cit.*, p. 202.

reformas tácitas. ¿Para qué podría racionalmente justificarse una reforma tácita? Nos parece innecesario y además es muy inseguro en lo jurídico..

Por excepción, el derecho de la Unión Europea, es un derecho interno de la misma y no derecho internacional, desplaza el derecho nacional de los Estados miembros como consecuencia de la naturaleza de la Unión y de los fines que ella persigue, primacía que no es extrapolable al derecho internacional convencional.

Se observa como tendencia en Occidente que toda transferencia de competencias regida por el derecho internacional se efectúa explícitamente por acto legislativo, y en caso de colisión del tratado con la Constitución, esta transferencia se efectúa mediante procedimientos agravados que no confieren a la norma resultante una mayor jerarquía. Por su parte, la “interpretación conforme al tratado” es, para ser precisos, una regla de interpretación, no de jerarquía.

Cualquiera sea el rango específico que se le asigne a los tratados, debe señalarlo de manera explícita la Constitución, no pudiendo deducirse o inferirse. En Chile, hasta el momento en que escribimos estas líneas, esta declaración constitucional explícita no existe, por lo que solo cabe concluir que los tratados tienen en nuestro país un rango infraconstitucional.

Para terminar, creemos que, respecto de los tratados, debiera establecerse el control preventivo obligatorio de constitucionalidad, así como también la obligación de reformar la Constitución antes de suscribir un tratado al que el control preventivo declare en colisión con la Carta Fundamental. Hacer las cosas bien y a tiempo evita incurrir en responsabilidades futuras.

## 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.
- ALCÓN YUSTAS, Mª Fuencisla y Federico de MONTALVO JAASKELAINEN, “La Constitución”, en Mª Isabel ÁLVAREZ VÉLEZ (coord.), *Lecciones de derecho constitucional*, 6ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.
- ALDUNATE LIZANA, Eduardo, “La posición de los tratados internacionales en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico chileno a la luz del derecho positivo”, en *Ius et Praxis*, año 16, n.º 2, Talca, 2010.
- ÁLVAREZ CONDE, Enrique, Alfonso GARCÍA-MONCÓ y Rosario TUR AUSINA, *Derecho autonómico*, Madrid, Editorial Tecnos, 2013.
- ÁLVAREZ VÉLEZ, Mª Isabel, “Las leyes de producción parlamentaria”, en Mª Isabel ÁLVAREZ VÉLEZ (coord.), *Lecciones de derecho constitucional*, 6ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.

- ÁLVAREZ VÉLEZ, M<sup>a</sup> Isabel y M<sup>a</sup> Fuencisla ALCÓN YUSTAS, “Los tratados internacionales”, en M<sup>a</sup> Isabel ÁLVAREZ VÉLEZ (coord.), *Lecciones de derecho constitucional*, 6<sup>a</sup> ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.
- BERTELSEN REPETTO, Raúl, “Rango jurídico de los tratados internacionales en el derecho chileno”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 23, n.º 2-3, tomo I, Santiago, 1996.
- CAMPUSANO DROGUETT, Raúl, “Disposiciones sobre derecho internacional en Constituciones Políticas de América del Sur”, en *Actualidad Jurídica*, n.º 24, Santiago, 2011.
- CAMPUSANO DROGUETT, Raúl, “Estado de derecho y bloque de constitucionalidad ambiental. Primera parte”, en *Actualidad Jurídica*, n.º 44, Santiago, 2021.
- CEA EGAÑA, José Luis, “Mérito constitucional del tratado que establece la Corte Penal Internacional”, en *Ius et Praxis*, año 5, n.º 2, Talca, 1999.
- CORDERO QUINZACARA, Eduardo, “La potestad legislativa, los tipos de ley y sus relaciones internas en el derecho nacional”, en *Revista de Derecho*, vol. XXIII, n.º 1, Valdivia, 2010.
- CUMPLIDO CERECEDA, Francisco, “Alcances de la modificación del artículo 5º de la Constitución Política chilena en relación a los tratados internacionales”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 23, n.º 2 y 3, tomo I, Santiago, 1996.
- CUMPLIDO CERECEDA, Francisco, “La reforma constitucional de 1989 al inciso 2º del artículo 5º de la Constitución: sentido y alcance de la reforma. Doctrina y jurisprudencia”, en *Ius et Praxis*, vol. 9, n.º 1, Talca, 2003.
- ELÍAS MÉNDEZ, Cristina, “El modelo constitucional austriaco desde la perspectiva de su integración con el derecho de la Unión Europea”, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 14, Granada, 2010.
- FOILLARD, Philippe, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 22<sup>a</sup> ed., Bruxelles, Éditions Larcier, 2016.
- GOESEL-LE BIHAN, Valérie, *Contentieux Constitutionnel*, Paris, Ellipses Édition Marketing S.A., 2016.
- JORDÁN, Tomás, “El TC y la jerarquía infra-constitucional de los tratados de derechos humanos: un caso de creación de equivalencia jerárquica”, 2013. Disponible en [www.diarioconstitucional.cl/articulos/el-tc-y-la-jerarquia-infraconstitucional-de-los-tratados-de-derechos-humanos-un-caso-de-creacion-de-equivalencia-jerarquica/](http://www.diarioconstitucional.cl/articulos/el-tc-y-la-jerarquia-infraconstitucional-de-los-tratados-de-derechos-humanos-un-caso-de-creacion-de-equivalencia-jerarquica/) [fecha de consulta: 21 de julio de 2021].
- JUSTE RUIZ, José, Mireya CASTILLO DAUDÍ y Valentín BOU FRANCH, *Lecciones de derecho internacional público*, 3<sup>a</sup> ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.
- LAGOS TORRES, Alejandro, “Una o dos Cámaras: ¿Sirve realmente el Senado? Perspectivas comparadas para el futuro constitucional chileno”, en *Derecho Público Iberoamericano*, n.º 18, Santiago, 2021.
- LLANOS MANCILLA, Hugo y Edgardo RIVEROS MARÍN, “Jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos en Chile”, 2021. Disponible en [www.diarioconstitucional.cl/articulos/jerarquia-constitucional-de-los-tratados-de-derechos-humanos-en-chile/](http://www.diarioconstitucional.cl/articulos/jerarquia-constitucional-de-los-tratados-de-derechos-humanos-en-chile/) [fecha de consulta: 21 de julio de 2021].

- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno”, en *Ius et Praxis*, año 2, n.º 2, Talca, 1997.
- PEÑA TORRES, Marisol y Patricio ZAPATA LARRAÍN, *Justicia constitucional. Teoría y práctica en el derecho chileno y comparado*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008.
- PFEFFER URQUIAGA, Emilio, “Los tratados internacionales sobre derechos humanos y su ubicación en el orden normativo interno”, en *Ius et Praxis*, vol. 9, n.º 1, Talca, 2003.
- RIBERA NEUMANN, Teodoro, “La incorporación de los tratados internacionales al orden jurídico chileno”, en *Revista de Derecho Público*, n.º 69, tomo I, Santiago, 2007.
- RIBERA NEUMANN, Teodoro, “Los tratados internacionales y su control a posteriori por el Tribunal Constitucional”, en *Estudios Constitucionales*, año 5, n.º 1, Talca, 2007.
- RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro, “Jerarquía normativa de los tratados internacionales de derechos humanos”, en *Ius et Praxis*, año 2, n.º 2, Talca, 1997.
- ROCA ZAMORA, Amparo, “El sistema institucional de la Unión Europea”, en Josep María JORDÁN GLADUF y Cecilio TAMARIT ESCALONA (coords.), *Economía de la Unión Europea*, 7ª ed., Pamplona, Thomson Reuters, 2013.
- ROUDIER, Karine, *Droit constitutionnel*, Mesnil-sur-l’Estrée, Bréal, 2017.
- SAENGER GIANONI, Fernando, “Consideraciones para estimar que los tratados en materia de derechos humanos no forman parte de la Constitución”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 20, n.º 2-3, Santiago, 1993.
- SALES, Éric, *Le droit constitutionnel de la V<sup>e</sup> République*, Paris, Ellipses Édition Marketing S.A., 2015.
- VERDUGO, Sergio, “Entre la responsabilidad internacional del Estado y la supremacía de la Constitución: Una propuesta para enriquecer el debate nacional”, en *Actualidad Jurídica*, n.º 22, Santiago, 2010.
- VERDUGO, Sergio, “Regla de mayoría y democracia: el caso de las leyes orgánicas constitucionales”, en *Actualidad Jurídica*, n.º 20, tomo II, Santiago, 2009.

## NORMAS

- CENC, 1973-1978.
- Constitución de Alemania, 1949.
- Constitución de Argentina, 1994.
- Constitución de Austria, 1920.
- Constitución de Chile, 1980.
- Constitución de España, 1978.
- Constitución de Francia, 1958.
- Constitución de Italia, 1947.
- Constitución de Países Bajos, 1815.
- Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, última versión dada por el Tratado de Lisboa de 2007. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT>

Tratado de la Unión Europea, última versión dada por el Tratado de Lisboa de 2007. Disponible en [www.europarl.europa.eu/about-parliament/es/in-the-past/the-parliament-and-the-treaties/treaty-of-lisbon#:~:text=El%20Tratado%20de%20Lisboa%20se,Derechos%20Fundamentales%20en%20el%20Parlamento](http://www.europarl.europa.eu/about-parliament/es/in-the-past/the-parliament-and-the-treaties/treaty-of-lisbon#:~:text=El%20Tratado%20de%20Lisboa%20se,Derechos%20Fundamentales%20en%20el%20Parlamento)

### *Siglas y abreviaturas*

art.	artículo
arts.	artículos
CENC	Comisión de Estudios para la Nueva Constitución Política de la República de Chile
coord.	coordinador
coords.	coordinadores
ed.	edición <i>a veces</i> édition
https	HyperText Transfer Protocol Secure
<i>ibid.</i>	<i>Ibidem</i> (allí, en ese mismo lugar)
n.º	número
<i>op. cit.</i>	<i>opus citatis</i> (obra citada)
p.	página
s.	siguiente
S.A.	Société anonyme
ss.	siguientes
vol.	volumen
www.	World Wide Web

# Una crítica a la Ilustración

---





# IMMANUEL KANT, LA ILUSTRACIÓN, EL INDIVIDUO Y EL ESTADO. EXAMEN Y CRÍTICA

## IMMANUEL KANT, THE ENLIGHTENMENT, INDIVIDUAL AND STATE EXAM AND CRITIC

*Juan Fernando Segovia\**

### *Resumen*

El conocido ensayo de Immanuel Kant sobre la Ilustración es una suerte de pórtico que habilita el ingreso a su pensamiento moral, jurídico y político. El trabajo propone considerar la idea kantiana de la Ilustración en el cuadro de la Modernidad, para luego penetrar en algunas de sus ramificaciones: el uso público de la razón, la intersubjetividad racional, el contractualismo hipotético, el constitucionalismo, la república liberal y la libertad negativa o autonomía.

Palabras clave: Immanuel Kant, Ilustración, convencionalismo, constitucionalismo, republicanism, liberalismo, libertad negativa.

### *Abstract*

The well-known essay of Immanuel Kant on the Enlightenment is a kind of porch that enables the entry into his moral, legal, and political thought. The work proposes to consider the Kantian idea of the Enlightenment in the frame of Modernity, and then penetrate some of its ramifications: The public use of reason, rational intersubjectivity, hypothetical contractualism, constitutionalism, the liberal republic and the negative freedom or autonomy.

---

\* Doctor en Derecho y Doctor en Historia. Profesor de Historia de las Ideas Políticas de la Universidad de Mendoza. Investigador del Conicet (Argentina). Miembro del Consejo de Estudios Hispánicos Felipe II (España). Artículo recibido el 13 de agosto de 2021 y aceptado para su publicación el 7 de marzo de 2022. Correo electrónico: [juan.segovia@um.edu.ar](mailto:juan.segovia@um.edu.ar)

Keywords: Immanuel Kant, Enlightenment, conventionalism, constitutionalism, republicanism, liberalism, negative freedom.

El breve texto de Immanuel Kant conocido con el título *Respuesta a la pregunta ¿qué es la Ilustración?*, escrito en 1784, da la impresión, a una persona de nuestro tiempo, en una primera lectura, de puerilidad, incluso de vulgaridad<sup>1</sup>. Pero no es una ni otra cosa. En su sencillez encierra toda la complejidad de una infantil pregunta que pone en aprieto al padre o al maestro al que se dirige. Es, además, un texto breve que, no obstante, reenvía a otros que lo hacen más rico y complejo, preñado de efectos filosóficos, morales, jurídicos y políticos, pues buena parte de la producción intelectual de su autor en los años siguientes está relacionada con la respuesta a aquella pregunta, como han visto sus estudiosos, en un contexto particular<sup>2</sup>.

Nuestra intención es sencilla: leer su trabajo a la luz de su filosofía y la política resultante, entrelazando los textos más importantes del filósofo sobre estas materias. Y en la misma medida que avanzamos en la lectura, someterlo a reflexiones y observaciones críticas para probar su resistencia, su coherencia, su seriedad, tanto como exponer sus problemas y precisar sus consecuencias.

## I. ¿Qué es la Ilustración?

### MODERNIDAD E ILUSTRACIÓN

En el surgimiento de la época y del espíritu que llamamos Modernidad fue decisivo el cambio conocido como la subjetivación del mundo de la

<sup>1</sup> Immanuel KANT, “Respuesta a la pregunta ¿qué es la Ilustración?”, pp. 33-39. El ensayo se publicó en el mes de diciembre en el *Berlinische Monatsschrift* (órgano público del club secreto de los amigos de la Ilustración llamado *Mittwochsgesellschaft*, del que Immanuel Kant no era miembro) en contestación al ministro luterano Johann Friedrich Zöllner. El escrito de J. F. ZÖLLNER (en el que se formula la pregunta, ¿qué es Ilustración?), se titula: “¿Es aconsejable, en lo sucesivo, dejar de sancionar por la religión el vínculo matrimonial?”, pp. 3-9.

<sup>2</sup> Véase Katerina DELIGIORGI, *Kant and the culture of Enlightenment*, pp. 41-53; Steven LESTITION, “Kant and the end of Enlightenment in Prussia”, pp. 57-112; James SCHMIDT, “Kant and the politics of Enlightenment: reason, faith, and revolution”, pp. 225-244; James SCHMIDT, “What Enlightenment was: how Moses Mendelssohn and Immanuel Kant answered the Berlinische Monatsschrift”, pp. 77-101 y James SCHMIDT, “The question of Enlightenment: Kant, Mendelssohn, and the *Mittwochsgesellschaft*”, pp. 269-291.

vida, el volverse el hombre sobre sí mismo; subjetivación que, en lo que aquí interesa, consiste en un encerrarse el sujeto en su propio pensamiento para conocer y obtener o elaborar los criterios de juicio acerca del mundo exterior, de las cosas, incluido el hombre mismo. Esto es: la subjetivación del objeto y de la verdad, en el sentido de que la realidad (el ser) y el significado del mundo están determinados por el sujeto pensante, es decir, por el pensamiento. Es el “principio de la inmanencia” en el que Cornelio Fabro ha cifrado la esencia de la filosofía moderna.

“Cuando el inicio se da con *el cogito*, con el acto de pensamiento que ha removido todo contenido del ser, la filosofía ha negado en sí misma su fundamento en el ser y ha colocado el ser bajo la dependencia del pensamiento, mediado por el acto de pensamiento, como quiera que el acto de esta mediación se conciba por los diversos sistemas de la filosofía moderna”<sup>3</sup>.

Se trata del giro fundamental que Immanuel Kant llamó “revolución copernicana”<sup>4</sup>, pues atribuye a Copérnico el haber observado que el movimiento de los astros era relativo al movimiento del espectador, cambio científico del que se valió para sostener que los objetos de conocimiento son relativos a quien conoce. Esto quiere decir que, al contrario de la filosofía clásica de corte aristotélico, no son los objetos los que dirigen, miden y ordenan nuestro conocer, sino, a la inversa, es nuestra capacidad de conocer (de pensar) la que dirige, mide y ordena los objetos que conoce (que piensa). Con método y estilo cartesiano, distingue el yo, que es sujeto pensante, de los objetos exteriores que son pensados (entre ellos el propio cuerpo del sujeto):

“Distingo mi propia existencia, como [existencia] de un ente pensante, de otras cosas fuera de mí (entre las que está también mi cuerpo)[...]”<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> Cornelio FABRO, *Introduzione all'ateismo moderno*, vol. 1, p. 72; Immanuel KANT, *Cómo orientarse en el pensamiento*, p. 61, lo dice de este modo: “[...] la libertad de pensar significa el sometimiento de la razón a ninguna otra ley sino a las que ella se da a sí misma [...]”. Esas leyes que la razón se da son llamadas máximas: “A todos los principios subjetivos que no proceden de la naturaleza del objeto, sino del interés de la razón con respecto a cierta perfección posible del conocimiento de ese objeto, los denomino máximas de la razón”. Immanuel KANT, *Crítica de la razón pura*, 1928, vol. I, p. 704. Esta es la versión que emplearemos, salvo que se indique lo contrario.

<sup>4</sup> KANT, *Crítica de la razón pura*, *op. cit.*, prólogo de la segunda edición, en el año de 1787, p. 15 y ss.

<sup>5</sup> *Op. cit.*, vol. I, p. 470. Más decisiva, por clara, es la traducción de Manuel García Morente: “La conciencia de mi propia existencia es al mismo tiempo una conciencia inmediata de la existencia de otras cosas fuera de mí”, *op. cit.*, p. 171.

De la revolución copernicana se ha dicho que es la “toma de conciencia del sujeto cognoscente”, la “autoconciencia”<sup>6</sup>, la conciencia del sujeto cognoscente acerca de sus facultades cognitivas en tanto determinantes, constitutivas, de los objetos de su conocimiento. Es el pensamiento (el acto de la razón humana) el que da forma a la realidad, pues sin nuestro pensamiento la realidad sería una materia informe e inaprehensible, pura empiria. El objeto, la realidad, dependen de las categorías *a priori* del pensar del sujeto. Al mismo tiempo, significa la ausencia de fundamento para el pensamiento, desde que el pensamiento se funda a sí mismo, no deriva de nada ajeno al pensamiento mismo, él es su fundamento<sup>7</sup>. Immanuel Kant dirá que la razón no tiene más fundamento que ella misma, de modo que la verdad está en el hombre, es el hombre mismo.

“*Pensar por sí mismo* significa buscar la suprema piedra de toque de la verdad en sí mismo (esto es, en la propia razón), la máxima de pensar siempre por sí mismo es la *ilustración* [*Aufklärung*]. [...] servirse de la propia razón no significa sino el hecho de preguntarse a propósito de todo lo que se debe admitir”<sup>8</sup>.

El Renacimiento y la Reforma, movimientos iniciales de la Modernidad, conciben la Ilustración, pues el humanismo renacentista es ya el primer paso a la “rehabilitación antropocéntrica del hombre”, “rehabilitación de la criatura”, “rehabilitación de lo humano”, que es tanto como la autonomía del sujeto<sup>9</sup>. Sin la reivindicación del sujeto no hay libertad –en el sentido moderno– y, por tanto, no hay razón libre. Estos precedentes permiten entender por qué el filósofo prusiano concibe la Ilustración partiendo de la libertad de la razón como libertad de pensar y de expresar lo pensado, en sus propias palabras: “[La] libertad de hacer un uso público de la propia razón, en cualquier dominio”<sup>10</sup>, íntegramente. El proyecto kantiano de la Ilustración se centra en la “emancipación a

<sup>6</sup> Ernst CASSIRER, *Individuo y cosmos en la filosofía del Renacimiento*, p. 160.

<sup>7</sup> Agapito MAESTRE, “Estudio preliminar. Notas para una nueva lectura de la Ilustración”, p. XXV, lo dice con más elegancia: “La problematización indefinida de todos los presupuestos”.

<sup>8</sup> KANT, *Cómo orientarse...*, *op. cit.*, p. 65 nota.

<sup>9</sup> Expresiones de Jacques MARITAIN, *Humanismo integral, passim*. Tal elevación de la actitud subjetiva tiene enorme trascendencia en la concepción renacentista de la dignidad humana que está a la altura de la divina, como se ve en Giannozzo MANETTI, *Dignidad y excelencia del hombre*, y en especial en PICO DE LA MIRÁNDOLA, *Discurso sobre la dignidad del hombre*, pero también Giordano Bruno, Lorenzo Valla, Tomasso Campanella, Marsilio Ficino y otros. Cfr. Ernst CASSIRER, Paul Oskar KRISTELLER and John Herman RANDALL JR. (eds.), *The Renaissance philosophy of man, passim*.

<sup>10</sup> KANT, “Respuesta a la pregunta...”, *op. cit.*, p. 34.

través del conocimiento”, dijo Karl Popper<sup>11</sup>, aunque más bien debería decirse “emancipación a través del pensamiento”, más aún en el campo de la razón práctica<sup>12</sup>.

Asimismo, refiere que se trata del pensar de la razón libre del ciudadano, de la independencia intelectual del filósofo, no la del funcionario, pues solo la de aquel/aquellos es una razón pública que necesita expresarse de esta manera<sup>13</sup>. Podría decirse que su propuesta pone a la Ilustración como consagración de la Modernidad: autonomía del individuo o liberación de la razón; más libertad como autodeterminación, con prescindencia de las cosas que la libertad quiera<sup>14</sup>; y menos poder, cualesquiera que estos fueren: religiosos, morales, corporativos, jurídicos, políticos, etc. La libertad ilustrada es libertad para la razón que se orienta hacia lo general y público (la del filósofo o del ciudadano, cuyo público es universal), frente a la razón que responde a lo particular y privado (la del funcionario sujeto a restricciones específicas del cargo)<sup>15</sup>.

### ILUSTRACIÓN Y RACIONALISMO

La Ilustración del siglo XVIII, la definió como “el hecho por el cual el hombre sale de la minoría de edad”. El hombre mismo es responsable de esa *capitis diminutio* que es la minoría de edad, la cual:

“Estriba en la incapacidad de servirse del propio entendimiento, sin la dirección de otro. Uno mismo es culpable de esta minoría de edad, cuando la causa de ella no yace en un defecto del entendimiento sino en la falta de decisión y ánimo para servirse con independencia de él, sin la conducción de otro”<sup>16</sup>.

<sup>11</sup> Karl R. POPPER, “La crítica de Kant y la cosmología”, pp. 220-221.

<sup>12</sup> Consúltense las agudas apreciaciones de J. B. SCHNEEWIND, *Essays on the history of moral philosophy*, p. 308 ss., basadas en el texto de la nota final de *Cómo orientarse en el pensamiento*, que recién hemos citado parcialmente en el cuerpo del texto. Es también la posición de varios otros estudiosos de Immanuel Kant, por caso DELIGIORGI, *op. cit.*, pp. 4, 55 ss., *passim*.

<sup>13</sup> KANT, “Respuesta...”, *op. cit.*, p. 34.

<sup>14</sup> Immanuel KANT, “Idea de una historia universal desde el punto de vista cosmopolita”, octavo principio, p. 29: “Cuando al ciudadano se le impide que busque el bienestar según le plazca –con la única reserva de que emplee medios compatibles con la libertad de los demás– se obstaculiza la vitalidad de la actividad general y con ello las fuerzas del todo”.

<sup>15</sup> El que ejerce un oficio, sea príncipe, militar o sacerdote, hace un uso privado de la razón y por ello impone o padece limitaciones a su libertad, porque no habla por él (en nombre propio) sino por otros. Cfr. Roberto R. ARAMAYO, “Kant y la Ilustración”, pp. 293-309. Es uno de los aspectos más problemáticos de la tesis kantiana, sobre el que volveremos.

<sup>16</sup> KANT, “Respuesta...”, *op. cit.*, p. 33. Sobre las variaciones kantianas en torno al pensar por sí mismo, véase Claudio LA ROCCA, “Kant y la Ilustración”, pp. 107-127.

Si leemos con atención este juicio de Immanuel Kant advertiremos que la minoría de la edad, la inmadurez, en la que han vivido los hombres hasta él, es culposa porque se ha dejado conducir por otro y no por uno mismo en el uso de la propia razón, y eso hace a los hombres responsables de su niñez. Especialmente se trata de la tutela de la religión y la Iglesia, que considera es, entre todas, la más peligrosa y “la más deshonrosa”<sup>17</sup>. Es una condición servil. La mayoría de edad, en cambio, consiste en atreverse a usar de la razón que cada uno tiene para juzgarlo todo –*sapere aude*–, porque esa potencia intelectual no tiene defecto, aunque se altera si se la somete a curadores que la sojuzgan. Adulta es la razón autónoma<sup>18</sup>; autonomía que se define como “el derecho de la libertad subjetiva” (Georg Hegel) y esta es una ganancia moderna<sup>19</sup>. Contra “el yugo de los tutores”, que acorrala la propia subjetividad, la nueva edad de la razón celebra: “El espíritu de una estimación racional del propio valor y de la vocación que cada hombre tiene: la de pensar por sí mismo”<sup>20</sup>.

Además de la kantiana, varias metáforas se han empleado para hacer visible esta idea central de la Ilustración; la más usual ha consistido en traer la imagen platónica del mito de la caverna, oponiendo la libertad a las cadenas, la luz del fuego a la oscuridad, el saber a la ignorancia. De aquí también el presentar a la Ilustración como el tiempo en el cual el Sol sale y disipa las nubes, simbolizando el triunfo actual de la razón y la libertad sobre el lóbrego pasado de superstición y despotismo<sup>21</sup>.

Pensar por sí mismo hace al hombre libre y, por lo mismo, lo hace moral, es decir, dueño de sí mismo y no sujeto a otro. En efecto, Immanuel Kant estima que el oficio del libre pensar del hombre es la causa de su libertad moral<sup>22</sup>, de la libertad de obrar conforme a la propia razón. La Ilustración es percibida como un proceso sistemático de crítica inmanente y de autocomprensión de la razón<sup>23</sup>, un proceso de desarrollo de estándares no autoritarios ni atrofiantes, un proceso subversivo de las autoridades opuestas a la autoridad de la razón<sup>24</sup>.

<sup>17</sup> KANT, “Respuesta...”, *op. cit.*, p. 39. La intromisión de los religiosos en la actividad del filósofo es repudiada en Immanuel KANT, *La religión dentro de los límites de la mera razón*, prólogo a la primera edición, del año 1793, pp. 23-26.

<sup>18</sup> MAESTRE, *op. cit.*, p. XIII: “La Ilustración es un ‘mecanismo’ a través del cual se constituye autónomamente la razón frente a cualquier tipo de dogmatismo”.

<sup>19</sup> Georg W. F. HEGEL, *Rasgos fundamentales de la filosofía del derecho o compendio de derecho natural y ciencia del Estado*, segunda parte, segunda sección, § 124, p. 192.

<sup>20</sup> KANT, “Respuesta...”, *op. cit.*, p. 34.

<sup>21</sup> SCHNEEWIND, *Essays...*, *op. cit.*, p. 296 ss. Sin embargo, es una metáfora plausible, pero no duradera, dice Hans BLUMENBERG, *La legitimación de la Edad Moderna*, p. 379.

<sup>22</sup> KANT, “Respuesta...”, *op. cit.*, p. 38.

<sup>23</sup> LESTITION, *op. cit.*, p. 90.

<sup>24</sup> Onora O’NEILL, “The public use of reason”, pp. 533-534.

El hombre no solo tiene libertad de usar su razón (“razonar sobre todo”<sup>25</sup>) y exponer su pensamiento a la sociedad; tiene, además, el deber de hacerlo. La determinación originaria de todo hombre consiste en ese “progresar”<sup>26</sup>; el progreso es su destino humano y por ello ha de usar la razón y hablar en nombre propio de manera ilimitada, pues está obligado al progreso, especialmente el del conocimiento, aunque este no lo sea todo<sup>27</sup>. La Ilustración es, por lo mismo, un programa siempre avanzando en persecución de la liberación del hombre de autoridades extrañas a su razón. Se entiende que Immanuel Kant dijera que su época era de ilustración, no todavía ilustrada<sup>28</sup>, porque la Ilustración es un “proyecto” consistente en salir la humanidad de su infancia y alcanzar su madurez.

Para Immanuel Kant esa liberación, en la que consiste el progreso, es obra de la razón. Es la razón libre la que opera el paso de la condición de tutela a la situación de libertad; es ella la que produce su libertad por la eliminación de toda autoridad extraña. La razón emancipa al hombre, porque ella “en sus proyectos no conoce límite alguno”<sup>29</sup>.

Cuando indaga sobre el posible comienzo de la historia humana, confirma su proyecto ilustrado de salir del control de la naturaleza y alcanzar el estado de libertad, porque el trabajo de la razón humana radica en la liberación del hombre del dominio de la naturaleza en la que ha sido creado y puesto por Dios, “la *emancipación* por parte del hombre del seno materno de la Naturaleza”, la salida del estado tosco y simple de sus orígenes, el tránsito de la inmadurez a la mayoría de edad. Sorprendente y herética lectura de la Caída, pues afirma que la expulsión del Paraíso no es sino:

“El tránsito de la rudeza propia de una simple criatura animal a la humanidad, de las andaderas del instinto a la guía de la razón, en una palabra, de la tutela de la Naturaleza al estado de libertad”<sup>30</sup>.

<sup>25</sup> Véase Jesús GONZÁLEZ FISAC, “Ilustración y mecanismo. Metafísica del uso privado de la razón”, p. 187 y ss., quien, deteniéndose en la distinción kantiana de entendimiento y razón, concluye, con pasajes de la *Crítica de la razón pura*, que este razonar es un uso caracterizado como un pensar de carácter no cognoscitivo, porque no tiene relación con objeto alguno, es un indicio de la animación de la facultad, “el rendimiento propio de la razón”.

<sup>26</sup> KANT, “Respuesta...”, *op. cit.*, p. 37.

<sup>27</sup> Progresar para el hombre significa, según Immanuel Kant, que el hombre sea “causa” de su propio progreso hacia lo mejor, que sea su “autor», porque posee libertad. Immanuel KANT, “Reiteración de la pregunta de si el género humano se halla en constante progreso hacia lo mejor”, p. 155.

<sup>28</sup> KANT, “Respuesta...”, *op. cit.*, p. 38.

<sup>29</sup> KANT, “Idea de una historia...”, *op. cit.*, segundo principio, p. 19.

<sup>30</sup> Immanuel KANT, “Probable inicio de la historia humana”, p. 66.



Estado de libertad al que se llega usando libremente de la razón, ganancia del pecado original, ya que el carácter distintivo del uso público de la razón está en la crítica pública (“la franca crítica a lo existente”<sup>31</sup>), entendida como el enjuiciamiento de lo que se considera “inconmovible” (tal, la religión y sus dogmas) en atención al progreso, al mejoramiento humano. La razón, llegada la mayoría de edad de la humanidad, se convierte en censura y el uso de la razón es incensurable, salvo por la razón misma<sup>32</sup>.

¿Censura de qué y de quién? Censura de todo aquello que signifique no usar la propia razón para descubrir la verdad, *rectius*, para pensar; censura de nuestra flaqueza y pereza para pensar por nuestra cuenta; censura de los tutores (las iglesias, el gobierno, etc.), aquellos guardianes que nos ahorran el trabajo del pensamiento autónomo; censura de la ignorancia y de la dependencia; censura de las ideas y doctrinas recibidas y no repensadas por uno mismo (la tradición, la costumbre, las normas, etc.); censura de las leyes que no vienen de la razón sino de la autoridad o poder<sup>33</sup>. En suma, censura de los prejuicios, porque pensar por uno mismo es tener un espíritu libre de prejuicios<sup>34</sup>.

Esta es la virtud del filósofo, que, según el autor, “no es un artista de la razón, sino el legislador de la razón humana”<sup>35</sup>. El filósofo es quien tiene la capacidad de conocer y legislar sobre el fin de la vida humana<sup>36</sup>, fin del

---

<sup>31</sup> KANT, “Respuesta...”, *op. cit.*, p. 39. Véase el notable libro de Reinhart KOSSELLECK, *Crítica y crisis del mundo burgués*.

<sup>32</sup> KANT, *Crítica de la razón pura*, *op. cit.*, vol. II, pp. 765-766: “La razón, en todas sus empresas, debe someterse a la crítica, y no puede menoscabar la libertad de esta con ninguna prohibición, sin perjudicarse a sí misma y sin atraer sobre sí una sospecha que le es desfavorable. No existe nada tan importante, en lo que toca al provecho, nada tan sagrado, que pueda sustraerse a esta inspección que controla y que examina, y que no conoce acepción de personas. En esa libertad se basa incluso la existencia de la razón, que no tiene autoridad dictatorial, sino que la sentencia de ella es siempre solo el consenso de ciudadanos libres, cada uno de los cuales debe poder expresar sin reservas sus escrúpulos e incluso su *veto*”.

<sup>33</sup> KANT, “Respuesta...”, *op. cit.*, p. 34: “Los grilletes que atan a la persistente minoría de edad están dados por leyes y fórmulas: instrumentos mecánicos de un uso racional, o mejor de un abuso, de sus dotes naturales”.

<sup>34</sup> Immanuel KANT, *Crítica del juicio*, § XL, p. 121. Y agrega en nota sobre ese espíritu libre que es: “[...] el no dejar su razón un estado puramente pasivo, y el no recibir nada de ninguna ley más que de sí mismo [...]”.

<sup>35</sup> KANT, *Crítica de la razón pura*, *op. cit.*, vol. II, p. 850. Lo que significa que se vale de todos los otros hombres y saberes como de instrumentos para “promover los fines esenciales de la razón humana”.

<sup>36</sup> Escribe LA ROCCA, *op. cit.*, p. 115, que estos fines esenciales son el “fin final” del hombre, un fin que se basta a sí mismo, él mismo: “El hombre es el fin de la naturaleza solo porque es el ente que en la naturaleza *puede* interpretar la tarea de dar fines, y además



hombre que es él mismo<sup>37</sup>, de ahí su “dignidad”. En buen romance, la tarea del filósofo es “hacer lo mismo que Dios”, revelar al hombre que la naturaleza está a su servicio y que él es la razón de ser de todo; y este develamiento teórico ha de convertirlo en norma práctica, en ley universal, como se sabe<sup>38</sup>. La “fuerza mágica” que antes estaba en posesión de las autoridades mundanas es traspasada a los filósofos<sup>39</sup>. Si bien sigue siendo una prescripción moral vacua, puramente formal<sup>40</sup>.

---

solo si consigue interpretar plenamente esta tarea, moviéndose en el horizonte de un fin que no tenga necesidad de fundaciones extrínsecas, ni en la naturaleza ni en un Dios”.

<sup>37</sup> Que el hombre sea el fin en sí mismo, fin y no medio, Immanuel Kant lo ha dicho reiteradas veces, por ejemplo, en *Crítica del juicio*, *op. cit.*, § LXXXIII, p. 245: “Considerando el hombre (así como todo ser racional en el mundo) como ser moral, no se puede preguntar, por qué (*quem in finem*) existe. Su existencia tiene en sí misma un fin supremo, y se puede someter a ella toda la naturaleza [...]”. LA ROCCA, *op. cit.*, p. 115, nota 26, que transcribe este mismo pasaje, traduce “para qué” en lugar de “por qué”.

<sup>38</sup> SCHNEEWIND, *Essays...*, *op. cit.*, p. 245, afirma que, por la autonomía moral, el hombre se iguala a Dios, no es un mero siervo, pues –como veremos– se da a sí su ley y se gobierna por lo que su voluntad ha establecido, lo mismo que Dios.

<sup>39</sup> En *El conflicto de las facultades*, Immanuel Kant señala ciertas autoridades de la vida cotidiana que se imponen al propio pensamiento: el médico, que cuida de nuestra salud; el abogado, que se encarga de nuestros bienes y el sacerdote, que nos previene para la vida eterna. Como dice ARAMAYO, *op. cit.*, p. 297, retomando palabras del propio Immanuel Kant: “Al filósofo le tocaría oponérseles públicamente, no para derribar sus doctrinas, sino para desmentir esa fuerza mágica que se les atribuye de un modo supersticioso”. Pero esa fuerza mágica es ahora depositada en la Facultad de Filosofía, que es la que hace uso público de la razón libre. Immanuel KANT, *El conflicto de las facultades*, primera parte, p. 23: “Que, independiente de las órdenes del gobierno en lo que se refiere a sus doctrinas, tenga la libertad, si no de dar órdenes, al menos de juzgar a todos los que se interesan por la ciencia, es decir, por la verdad, y en que la razón tenga el derecho de hablar con franqueza; porque sin esta libertad la verdad no podría manifestarse (lo que va en perjuicio del gobierno mismo), pues la razón es libre por su naturaleza y no acepta órdenes que le impongan tomar por cierta a tal o cual cosa (ningún credo, simplemente un credo libre)”.

<sup>40</sup> Lo ha visto LA ROCCA, *op. cit.*, p. 116, al sostener que lo que hace que el hombre se convierta “en un *proyecto histórico*, es la pura *posibilidad formal de una donación (libre) de sentido*, como el último horizonte intocable en que toda actuación humana se mueve y se debe mover (y se debe poder mover históricamente). No se identifica así ningún proyecto peculiar de sentido, no se prescribe así ninguna sabiduría particular de vida: lo que una razón ilustrada puede y debe pretender es que subsista la posibilidad del libre proyecto del sentido de la actuación. Y esta posibilidad, dentro de una concepción de la razón esencialmente procedimental y no autoritaria (basada no en axiomas, sino en la lógica interna del proceso racional), está presente en todo ser racional con los mismos derechos (por decirlo así), y por eso hace de todo ser de ese tipo ‘un fin en sí mismo’, según una fórmula Kantiana que se malinterpreta a menudo”.

### RAZÓN PÚBLICA Y RAZÓN PRIVADA

Obsérvese que el filósofo prusiano se cuida de que la razón conserve el orden, no mine la potestad gubernativa<sup>41</sup>, de forma tal que no cualquier pensamiento que conciba –especialmente en el ámbito de la razón práctica, que es la legislación moral– se convierta en ley. Debe cumplir con el principio formal de la moral kantiana: quien usa de la propia razón tiene que preguntarse a sí mismo si es factible que el fundamento por el cual admite o asume algo (o la regla que así resulta) puede convertirse en principio universal del uso de su razón<sup>42</sup>. Debemos esta distinción de los usos de la razón.

El argumento kantiano parece vicioso<sup>43</sup>, ya sus contemporáneos se mostraron confundidos<sup>44</sup>. Según él, el uso privado de la razón es un uso reglado por la función u oficio, como el del funcionario, el sacerdote o el médico, que poseen límites inherentes porque están reglamentados; en cambio, en el uso público de la razón, el hombre no tiene más límite que la razón misma. Así, el filósofo o el hombre (que no se debe sino a la verdad que está en su propia razón) se erige en una autoridad por sobre toda otra, como veremos. La paradoja es evidente<sup>45</sup>: si un legislador usa de la razón en tanto legislador, se sujeta a las restricciones de la función (la de los reglamentos, las leyes y Constituciones, e, incluso, las propias del oficio legislativo); en cambio, si habla como hombre puede hacerlo con la boca suelta solo sujeta a la regla de su razón, que es la verdad. La diferencia está en que en el primer caso ocupa en escaño y en el segundo no. Por tanto, si el legislador habla a los medios de prensa como “hombre público” (que hoy es lo que hacen con más gusto y frecuencia que pe-

<sup>41</sup> Por ejemplo, en la primera sección de KANT, *El conflicto...*, *op. cit.*, p. 25 y ss., advierte que las discusiones académicas son eso, académicas; no pueden resentir la obediencia a las autoridades jurídicas y políticas, no son una guerra (p. 47).

<sup>42</sup> Máxima que se explanará en Immanuel KANT, *La metafísica de las costumbres*.

<sup>43</sup> KANT, “Respuesta...”, *op. cit.*, p. 35: “Entiendo por uso público de la propia razón, el que alguien hace de ella en cuanto *docto* y ante la totalidad del público del *mundo de lectores*. Llamo uso privado al empleo de la razón que se le permite al hombre dentro de un *puesto civil* o de una función que se le confía”. »En el uso privado, no se especula, se obedece. Tiene autorizado el uso público de la razón todo aquel que lo haga en nombre de la comunidad o de la humanidad: “Pero en cuanto a esta parte de la máquina se la considera miembro de una comunidad íntegra o, incluso, de la sociedad cosmopolita; en cuanto se la estima en su calidad de *docto* que, mediante escritos, se dirige a un público en sentido propio, puede razonar sobre todo, sin que por ello padezcan las ocupaciones que en parte le son asignadas en cuanto miembro pasivo”.

<sup>44</sup> Véase SCHMIDT, “The question...”, *op. cit.*, pp. 287-291.

<sup>45</sup> Lo pone de resalto José Luis VILLACAÑAS BERLANGA, *Dificultades con la Ilustración. Variaciones sobre temas kantianos*, p. 252 y ss.

rorar en la Cámara) tiene el derecho a ser lenguaraz, solo él controla su lengua desatada.

La distinción kantiana, así entendida, parece no funcionar. Quizá podría expresarse en otros términos: en tanto sujetos privados nuestra razón tiene un uso particular, se vale de sus propios “prejuicios”; en cambio, como sujetos públicos usamos de nuestra razón de un modo universal, “cosmopolita”<sup>46</sup>. Esta nueva interpretación de la distinción kantiana entre uso público y uso privado de la razón no aporta ninguna claridad distintiva y se muestra problemática, aunque muy actual. ¿Es que acaso tenemos el deber moral de legislar para la humanidad y no para nosotros mismos? ¿Podemos ser legisladores universales y no corregir los errores de nuestra patria o seguir viviendo en el vicio o el error, dominados por nuestros propios condicionamientos?

Algunos han creído que la distinción kantiana apunta a un uso de la razón (el privado) que no puede ser cuestionado, mientras que el otro (el uso público) está sometido al escrutinio público, puesto que el propio Immanuel Kant lo escribió:

“Llamo uso privado al empleo de la razón que se le permite al hombre dentro de un puesto civil o de una función que se le confía. Ahora bien, en muchas ocupaciones concernientes al interés de la comunidad son necesarios ciertos mecanismos por medio de los cuales algunos de sus miembros se tienen que comportar de modo meramente pasivo, para que, mediante cierta unanimidad artificial, el gobierno los dirija hacia fines públicos o, al menos, para impedir la destrucción de los mismos. Como es natural, en este caso no es permitido razonar, sino que se necesita obedecer”<sup>47</sup>.

Convengamos que es su interpretación sugerida, pero no deja de ser problemática. En primer lugar, porque parecería subordinar la razón pública a la razón privada (en contra de lo recién apuntado) en todo lo atinente al interés público y, en segundo lugar, porque al invertir las

---

<sup>46</sup> KANT, *Crítica del juicio*, *op. cit.*, § XL, pp. 122-123, reclama del hombre “un *espíritu extensivo*, sabiendo elevarse sobre las condiciones particulares o subjetivas del juicio (a las cuales tantos otros quedan, por decirlo así, pegados y complaciéndose en reflexionar sobre su propio juicio), bajo un *punto de vista universal* (que no se puede determinar más que colocando bajo el punto de vista de otro)”. Es la interpretación, por ejemplo, de Andrew BENJAMIN, “Towards an affective structure of subjectivity. Notes on Kant’s Answer to the question: what is the Enlightenment?”, p. 33; VILLACAÑAS, *op. cit.*, p. 255 parece coincidir cuando escribe que la Ilustración “no es un compromiso con nuestro Estado, sino con el ser humano”.

<sup>47</sup> KANT, “Respuesta...”, *op. cit.*, p. 35. Véase Ciaran CRONIN, “Kant’s politics of Enlightenment”, p. 54 ss.

prioridades, el uso público de la razón no entendería de la cosa pública, de modo que los filósofos o razonadores estarían inhibidos de cuestionar al gobierno y obligados a una obediencia pasiva, mecánica. ¿Es así?

No. Dice que el ciudadano está obligado a pagar los impuestos establecidos por la autoridad, pero, por otra parte:

“No actuará en contra del deber de un ciudadano si, como docto, manifiesta públicamente sus ideas acerca de la inconveniencia o injusticia de tales impuestos”<sup>48</sup>.

La dificultad del argumento kantiano es perceptible, pues, ¿cómo universalizar el uso de la razón sino a través de un poder público político?<sup>49</sup>. ¿Quién puede adoptar una regla universal práctica sino el legislador de una república, supuesta su legitimidad?<sup>50</sup>. Supongamos que unos individuos (mejor, filósofos universitarios) mediante el uso de la razón creen moralmente legítimo y bueno para la cosa pública el aborto; y que otros filósofos, por el mismo método, se oponen al aborto en defensa de la vida desde que perjudica la república. ¿Quién decide? ¿Sobre qué base decidirá? Si damos al legislador la última palabra, ¿no se habrá convertido el uso público de la razón en uso privado? ¿O Immanuel Kant solo pretende un foro que reflexione y discuta y nada resuelva? La razón que por sí lo piensa todo, ¿se conforma con pensarlo sin pasar al plano práctico, renunciando a ser legisladora moral, abandonado la exigencia ético-filosófica?<sup>51</sup>.

<sup>48</sup> KANT, “Respuesta...”, *op. cit.*, p. 35. Lo mismo afirma del sacerdote como docto ciudadano en las pp. 36-37.

<sup>49</sup> Sobre la colaboración entre las autoridades políticas y los filósofos, véase Michael CLARKE, “Kant’s rhetoric of Enlightenment”, pp. 53-73.

<sup>50</sup> Decimos legitimidad en el alcance que le da el autor, el asentimiento popular: “Porque lo que un pueblo no puede decidir por sí mismo, menos lo podrá hacer un monarca en nombre del mismo”. KANT, “Respuesta...”, *op. cit.*, p. 37.

<sup>51</sup> LA ROCCA, *op. cit.*, p. 117, entiende que uso privado de la razón es el relativo a las actividades que tienen un fin prefijado (como el económico), en tanto que el uso público de la razón corresponde al horizonte de la posición libre de fines. Pero no resuelve el problema, no solo porque el obrar es siempre en orden un fin (Aristóteles *dixit*), sino, además, porque el filósofo kantiano tiene un fin: hacer progresar al hombre y la sociedad, o, en términos de LA ROCCA, *op. cit.*, p. 118: “Contribuir a la institución de las condiciones de una posibilidad compartida universalmente de configurar libremente las propias experiencias de sentido”. Sin embargo, GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 190, pone el aspecto moral, práctico, en segundo plano, pues la ilustración kantiana consistiría primariamente en la voluntad de usar la razón, que es previo, anterior, a toda ley. “La libertad de la ilustración no es, o todavía no es, la libertad práctica. El nivel antropológico en que se ubica la ilustración –afirma– la aparta del cumplimiento de la ley moral aunque no de su preparación (la ilustración podría incluirse acaso en una metodología de la razón práctica). Por eso, hablando en términos dinámicos, la libertad se presenta como una resolución, *Entschliessung*, de la voluntad”.

Puede tenerse la impresión de que la Ilustración se diluye en concursos, torneos y competencias intelectuales. Es cierto que hay en ella mucho de teatralidad, pero esta escenificación no debe hacernos perder de vista las ulteriores resonancias que las ideas nuevas tuvieron y tienen en la sociedad. La divagación de los intelectuales resulta en reformas morales, jurídicas y políticas, porque las ideas tienen consecuencias prácticas, como advirtió Benedetto Croce. Era lo que Immanuel Kant esperaba.

Insistimos en un aspecto: un mismo individuo es, en términos kantianos, ciudadano de un Estado determinado y, a la vez, miembro de una sociedad o república cosmopolita<sup>52</sup>. En la primera condición, debe sujetarse a las leyes de su Estado, obedeciendo a sus autoridades y sus normas, como quien hace uso privado de la razón. Pero en la segunda condición está autorizado, incluso obligado, a no silenciar su razón, a hacer un uso desembozado de ella<sup>53</sup>. Siendo así, la dificultad no se evacua, pues, ¿cómo y por qué distinguir la condición en la que uno está cuando habla o escribe? Según esta hipótesis<sup>54</sup>, como ciudadano de un Estado no debería cuestionar la constitución política o la ley local que autoriza el aborto, pero como ciudadano del mundo sí podría. ¿Quién decide qué condición asumir sino el dicente o escribiente? Como ciudadano de una república particular, si nos asociamos a un poder extranjero para derrocar el gobierno de nuestro país, cometemos el delito de traición a la patria; pero como ciudadano de la aldea global, según el argumento de Immanuel Kant, nadie podría condenar tal asociación<sup>55</sup>.

Y, por si fuera poco, ¿por qué someter a la persona al juego de múltiples personalidades para evitar que se lo castigue o no censurar su lengua? ¿Qué es esto sino esquizofrenia moral, jurídica y política?<sup>56</sup>. Esquizofrenia moral, porque ya no se sabe qué está bien y qué mal (relativismo

<sup>52</sup> Immanuel KANT, *Sobre la paz perpetua*, segunda sección, nota 1, pp. 14-15. Según James SCHMIDT, "Civility, Enlightenment, and society: conceptual confusions and Kantian remedies", pp. 424-425, el uso privado de la razón es el propio de la sociedad civil, en tanto que el uso público se refiere a la sociedad cosmopolita.

<sup>53</sup> El ejemplo lo pone ARAMAYO, *op. cit.*, p. 303.

<sup>54</sup> Véase John Christian LAURSEN, "The subversive Kant: the vocabulary of 'public' and 'publicity'", pp. 584-603, que habla de la doctrina de los dos sombreros (p. 588).

<sup>55</sup> A esta absurda conclusión parece llegar CRONIN, *op. cit.*, pp. 58-60.

<sup>56</sup> No queremos insistir en el punto, pero este juego entre lo local/privado y lo global/público, es maniqueo. ¿No hay acaso variadas instancias intermedias entre el Estado nacional y la Humanidad? Si como argentino o chileno formamos parte de la Gran Hispanidad, ¿qué lugar ocupa ella en el uso de la razón? Si como europeo integramos la Comunidad Europea, ¿de qué tipo es esta en cuanto al uso de la razón por sus miembros? Un parlamentario de las Naciones Unidas, al hablar, ¿en nombre de qué lo haría, del mundo unido o de su país?

subjetivista); esquizofrenia jurídica, porque lo justo queda en manos de quien tiene el poder de decidir (positivismo voluntarista) y esquizofrenia política, porque el individuo es, como apuntó Jean-Jacques Rousseau, súbdito (cuando usa la razón pública) y soberano (en uso de la razón privada), de modo que el soberano nunca puede ser universal, nunca será libre como el filósofo lo es.

Tal vez haya una respuesta (solamente mental) que haga compatible ambos usos aduciendo que el uso privado de la razón, siendo necesario, radica en la prohibición de pensar sus propios fines<sup>57</sup>: el sacerdote no puede disponer del fin de salvar las almas, tampoco el médico del fin de dar salud al enfermo y el gobernante de regir la república por su interés general, etc. Valga, pero ¿qué sucede en caso de conflicto? ¿Qué ocurriría si el fin de la Iglesia colisiona con el de la humanidad, por ejemplo, pretendiendo condenar las herejías? ¿Qué sucedería si el médico propone medidas sanitarias (como en esta pandemia) que lesionan elementales libertades humanas?

La solución kantiana es por completo mental y en principio deja sin respuesta práctica, como no sea la limitación de la libertad del uso privado de la razón<sup>58</sup>, sujeta a la razón de Estado, aunque sea la razón del Estado de los filósofos, esto es, el despotismo ilustrado. Si tomamos en cuenta esto y el momento en el que Immanuel Kant escribe, podría colegirse que cuando la razón tiene un uso político que afecta al Estado, está limitada por el interés general; no así si el uso público se dirige a la crítica de la religión<sup>59</sup>. En ello, como veremos, es consecuente: el Estado es intocable.

Podríamos decir, porque es posible, que haya querido argumentar que el uso de la razón en actividades o funciones que tienen fines establecidos (la política, la religión, la medicina, la economía, etc.) debe sujetarse a esos fines. Tal sería el uso privado, un uso especial o específico. Pero si no tienen fines fijos, si es la misma razón la que se pone los fines, si el uso de

---

<sup>57</sup> GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 193 y ss. El uso privado sería semejante a una técnica, por eso habla de un mecanismo, porque aglutina diversos miembros en orden a un fin. Lo que sugiere el autor (véase nota 21 de su trabajo) es que el uso privado sería de medios en orden a un fin que es determinado por el uso público (político republicano) de la razón. No estamos seguros de que sea esa la intención de Immanuel Kant, porque importaría la primacía de la autonomía política sobre la autonomía individual, aunque de esto hablaremos más adelante.

<sup>58</sup> *Op. cit.*, p. 200, uso privado es el “uso de la libertad de acción debidamente limitada por la legislación”.

<sup>59</sup> SCHMIDT, “Kant and the politics...”, *op. cit.*, pp. 228-229; HANS REISS, “Kant’s politics and the Enlightenment: reflections on some recent studies”, p. 251, dice bien que el interés principal de la Ilustración alemana no es la política sino la religión, la secularización de la vida. Véase LAURSEN, *op. cit.*, p. 590 ss.

la razón consiste en el pensar como ejercicio de la facultad humana, en el ejercicio de la fe en la razón (como ocurre con los filósofos), entonces es de modo absoluto libre, puede pensar todo y decirlo todo. En eso consistiría el uso público de la razón, el uso general o universal, el librepensamiento<sup>60</sup>. No se trata de una razón pasiva, atrofiada, ni de una razón cargada de prejuicios, sino atrevida, es decir, ejercida con plena libertad.

Sin embargo, encontrará siempre el muro de la obediencia a la autoridad secular, salvo que se escurra en la nebulosa sociedad cosmopolita o se erija en el bastión de un “orden nuevo”.

## II. Ilustración y constitucionalismo liberal

No pocas interpretaciones de la Modernidad y de la Ilustración se centran especialmente en el despliegue de la libertad en todos los ámbitos, hasta la consagración de un estatuto de los derechos del hombre. Pero esta perspectiva debe sí o sí complementarse con otra, la de la soberanía, porque no hay libertad ni derechos para los hombres sin el poder del Estado, de un Estado que las proteja y garantice, protección y garantía que conllevan la obediencia política, demandada por la autoconservación del Estado, incluso, un Estado constitucional de derecho<sup>61</sup>. Pues bien, Immanuel Kant es un claro ejemplo de lo dicho.

### LA RAZÓN INTERSUBJETIVA

Según algunos intérpretes, el uso público de la razón es un uso compartido y generalizado, inclusivo, pues en principio está encomendado a todo hombre: nadie debe pensar por el otro y cada cual debe pensar por sí mismo.

<sup>60</sup> Lo creemos esbozado por LESTITION, *op. cit.*, pp. 79-80. De acuerdo con O'NEILL, “The public...”, *op. cit.*, pp. 523-551, el uso público de la razón es el ámbito de la tolerancia en materias de la razón práctica, en especial la política. La autora prefiere, en lugar de fines, referirse a la autoridad: en el uso privado de la razón hay una autoridad exterior a ella; en cambio, en el uso público, la autoridad es interna, la razón misma. *Op. cit.*, p. 531. El hecho de que en el uso privado de la razón haya una comunidad restringida de oyentes, y en el uso público una comunidad extensa o global –otro argumento de la autora–, es secundario, pues la propia Onora O'Neill insiste en que no habla de comunidades actuales sino posibles, en el sentido de hipotéticas. Además, la publicidad, en el texto de este intelectual, es decisión de quien usa de la razón, está ligada principalmente a los temas o a la condición de quien habla, siendo secundaria la magnitud del público. En tal sentido, LAURSEN, *op. cit.*, pp. 591-592.

<sup>61</sup> Remitimos a Juan Fernando SEGOVIA, *Tolerancia religiosa y razón de Estado. De la reforma protestante al constitucionalismo liberal*.



Si la razón es crítica, ella no está libre de esa crítica (autocrítica)<sup>62</sup>, que es algo así como el método del progreso de la propia razón. Luego, implica un espacio de expresión del propio pensamiento y de confrontación con el pensamiento del otro, un espacio público de comunicación del pensamiento –de diálogo racional– que sea tan amplio como la misma razón<sup>63</sup>. Es decir, un espacio de correspondencia intersubjetiva<sup>64</sup>.

En *Cómo orientarse en el pensamiento* el filósofo propone abandonar la idea del pensador solitario e integrar una comunidad de pensamiento, algo así como ejercer en común el derecho a pensar:

“¿Pensaríamos mucho, y pensaríamos bien y con corrección, si no pensaríamos, por decirlo así, en comunidad con otros, que nos comunican sus pensamientos y a los que comunicamos los nuestros?”<sup>65</sup>.

La cuestión es, entonces, cómo establecer este parlamento y, una vez instituido, cómo resolver el conflicto entre razones parlantes con pretensiones de constituir las propias ideas en una norma universal. La decisión que se adopte, ¿no acaba con la autonomía de la razón o la limita? ¿No se ha vuelto a los despreciados tutores, poniendo en el legislador la resolución del diálogo?

El idealista alemán lo sabía y se las ingenió para hacernos creer que, al decidir el legislador, nosotros mismos somos los que nos decidimos. Por necesidad el planteo kantiano impulsa un remedio político, que en su momento, se expondrá. Por lo pronto retengamos que el ejercicio de la razón supone la construcción de un ámbito nuevo, el de la razón pública, que es un espacio de intercambio racional, del libre pensamiento crítico.

<sup>62</sup> KANT, *Crítica de la razón pura*, op. cit., vol. II, p. 765.

<sup>63</sup> Es la tesis de O'NEILL, “The public...”, op. cit., p. 532 y ss. Cfr. BENJAMIN, op. cit., pp. 35-37.

<sup>64</sup> De estas impresiones ha tomado Jürgen Habermas (y los por él persuadidos) las ideas de acción comunicativa y democracia deliberativa. Baste como ejemplo, Ileana Paola BEADE, “Reflexiones en torno a la concepción kantiana de la Ilustración”, pp. 85-113. Lo que en Immanuel Kant es una utopía, si se quiere “literaria”, filosófica, en Jürgen Habermas se ha vuelto una utopía “sociológica”, política. Cfr. Juan Fernando SEGOVIA, *Habermas y la democracia deliberativa. Una “utopía” tardomoderna*.

<sup>65</sup> KANT, *Cómo orientarse...*, op. cit., p. 60. Continúa diciendo: “[...] que el poder externo que priva a los hombres de la libertad de comunicar públicamente sus pensamientos los priva también de la libertad de pensar [...]”. Y al concluir el ensayo (p. 66 nota), critica el principio de autoconservación de la razón, la defensa del propio juicio, de la propia ilustración. Por eso en *Crítica del juicio*, op. cit., § XL, pp. 122-123, afirma que no se trata solo de “pensar por sí mismo” (máxima del entendimiento); se debe “pensar en sí pero colocándose en el puesto de otro” (máxima del juicio); para lograr “pensar de manera que se esté siempre de acuerdo consigo mismo” (máxima de la razón).



“Nuestra época –escribió el autor en la presentación de la *Crítica de la razón pura*– es, propiamente, la época de la crítica a la que todo debe someterse”,

época que concede el respeto genuino que solo acuerda la razón a “quien ha podido sostener un examen libre y público”<sup>66</sup>.

La opinión pública –de eso es de lo que incipientemente se trata<sup>67</sup>– es esa expansión de la razón crítica individual a toda la sociedad, la puesta en marcha de la Ilustración cosmopolita, una gran devoradora de la autoridad, secular o religiosa; un gran cerebro pensante (un “pleroma” gnóstico) compuesto de una miríada de razones<sup>68</sup>, una suerte de psicoanalista colectivo que descubre la locura de la civilización –el fanatismo y el prejuicio, el dogmatismo y el oscurantismo– y ofrece el remedio de la racional y dulce reconciliación –la libertad de pensamiento y de palabra–<sup>69</sup>. La enseñanza de este pensador dice: “Dejad que nuestro adversario hable sólo con la razón, y atacadle sólo con armas de la razón”<sup>70</sup>, pues no hay ninguna autoridad extraña a la razón.

Concepción elitista muy típica de la Ilustración, que expresa suficientemente la confianza en los ya ilustrados, los “ideólogos” como se los llamó en Francia<sup>71</sup>. Sin embargo, un inconveniente intrínseco a la propuesta kantiana es la imposibilidad práctica, ya no de alcanzar la verdad o “un sentido unitario de lo real”, como prescribe Claudio La Rocca<sup>72</sup>, sino de un acuerdo práctico que tenga permanencia en el tiempo. Por la sencilla razón de que el avance de la razón está montado sobre la crítica no sobre el acuerdo; la razón progresa en la medida que censura y se censura, critica y se critica. Porque la crítica es lo que hace la razón, con libertad.

<sup>66</sup> KANT, *Crítica de la razón pura*, *op. cit.*, prólogo de 1781, p. 8, nota.

<sup>67</sup> Jürgen HABERMAS, *Historia y crítica de la opinión pública. La transformación estructural de la vida pública*, pp. 136-149.

<sup>68</sup> KANT, *Cómo orientarse...*, *op. cit.*, p. 66, cree que son los ya ilustrados los que deben ilustrar a la sociedad, a la época. Estos ilustrados son, como expresa en *El conflicto...*, *op. cit.*, vol. II, p. 123, los filósofos educadores del pueblo (*Aufklärer*), instructores o profesores libres de derecho, que tienen también la tarea de hacer saber al gobierno la voluntad popular en cuanto a sus derechos.

<sup>69</sup> Voltaire, el censor universal, demoleedor de prejuicios, exorcista de supersticiones, forense de las religiones, en nombre de la razón y su religión racional, demuele la religión revelada y la Iglesia: “El gran medio de disminuir el número de Maniáticos, si quedan –escribió–, es someter esta enfermedad del espíritu al régimen de la razón, que ilumina lenta, pero infaliblemente, a los hombres”. VOLTAIRE, *Traité sur la tolérance*, chapitre V, p. 38. Immanuel Kant estaría completamente de acuerdo.

<sup>70</sup> KANT, *Crítica de la razón pura*, *op. cit.*, vol. II, p. 770.

<sup>71</sup> En contra, DELIGIORGI, *op. cit.*, p. 61, quien niega que se privilegie a los filósofos, pues el autor propone un libre debate público basado en la autoridad de la razón no en la de las personas. Empero, los textos kantianos son clarísimos.

<sup>72</sup> LA ROCCA, *op. cit.*, p. 123.

De nuevo, para impedir esta tarea demoledora y autodemoledora de la razón, es indispensable una instancia no criticable, es decir, un uso privado de la razón que sea límite, como el de los funcionarios y las instituciones estatales garantes de la “constitución republicana”. Ni la tradición ni Dios o la religión pueden serlo. Todos los racionalistas, de Thomas Hobbes a Immanuel Kant y Georg Hegel, pasando por Baruch Spinoza y John Locke, acaban admitiendo el poder de la soberanía para controlar, reglar y prohibir las ideas inconvenientes a la subsistencia del Estado, es decir, la “razón de Estado”.

*LOS DERECHOS DE LA RAZÓN:  
HACIA LA REPÚBLICA*

La idea de este pensador acerca de la libertad de la razón se puede encontrar en toda su obra<sup>73</sup>. Tomemos un escrito posterior al ensayo sobre la Ilustración, En torno al tópic: “Tal vez eso sea correcto en teoría, pero no sirve para la práctica”, de 1793. Allí reconoce que el hombre tiene “derechos inalienables”, no solo en el sentido que no puede renunciar a ellos aunque lo quisiera, sino, fundamentalmente, porque el propio individuo titular de esos derechos es quien tiene la facultad para juzgar de ellos<sup>74</sup>. La inalienabilidad del derecho comporta tanto su inenajenabilidad en cuanto la autonomía individual, la libre autodeterminación, porque el hombre es dueño de sí mismo<sup>75</sup>, dueño de “buscar su felicidad por el camino que mejor le parezca”, dice la kantiana prescripción<sup>76</sup>.

Entre tales derechos, derechos de la Ilustración, todo individuo tiene el de criticar en el ámbito público las resoluciones del gobierno que no lo conformen o lo contraríen. Es la libertad de expresión, paradigma del uso público de la razón, pues *la libertad de pluma* es el único paladín de los derechos del pueblo, bajo la sola condición de ser ejercida:

“Dentro de los límites del respeto y amor a la constitución en que se vive, gracias al modo de pensar liberal de los súbditos, también inculcado por esa constitución, para lo cual las plumas se limitan además mutuamente por sí mismas con objeto de no perder su libertad”<sup>77</sup>.

---

<sup>73</sup> Cfr. Julio ALVEAR TÉLLEZ, *La libertad moderna de conciencia y de religión. El problema de su fundamento*, capítulo III.

<sup>74</sup> Immanuel KANT, “En torno al tópic: ¡Tal vez eso sea correcto en teoría, pero no sirve para la práctica!”, Conclusión, p. 46.

<sup>75</sup> *Op. cit.*, p. 32.

<sup>76</sup> *Op. cit.*, p. 27.

<sup>77</sup> *Op. cit.*, p. 47. Es decir, según expone al final de *Cómo orientarse...*, *op. cit.*, p. 66, la libertad de pensamiento que se somete a patrones racionales no convulsiona la or-

Así, el escritor está dando un paso trascendental hacia la formación, vía uso público de la razón, de un régimen político tan racional como liberal. Ese espíritu liberal ha de imperar en las repúblicas significa que los reyes y príncipes deben dejar que los filósofos expongan públicamente sus cuestiones<sup>78</sup>, concederles una suerte de inmunidad para la discusión racional, campo libre de la razón para que despliegue sus proyectos, al librepensamiento, porque el principio regulador de la razón práctica es la libertad<sup>79</sup>.

Para Immanuel Kant la libertad de la razón constituye un sistema: la libre obediencia a la ley resulta de un régimen de libertad que tiene su origen en la autolegislación de la razón que da la constitución libre. Si el hombre tiene el deber de obedecer la constitución estatal, es porque existe:

“Un *espíritu de libertad*, pues en lo que atañe al deber universal de los hombres todos exigen ser persuadidos racionalmente de que tal coacción es legítima, a fin de no incurrir en contradicción consigo mismos”<sup>80</sup>.

Argumento circular por inmanente. Algo queda, sin embargo, en el cedazo, pues, más acá de las tensiones, el hecho decisivo está en la postulación de la razón como piedra de toque de la verdad. El concepto puede sonar clásico, pero solamente en la cacofonía, porque, dado el paso copernicano del comienzo, el que la razón sea la piedra de toque de la verdad cobra otro significado: pensar por uno mismo es lo mismo que buscar la verdad en uno mismo, no la verdad de las cosas en las cosas, sino la verdad que el hombre es y que tiene en sí. Eso es la Ilustración. “La máxima de pensar siempre por sí mismo es la ilustración”, insiste<sup>81</sup>.

El hombre, que es actor de su bienestar, que es capaz de mejorar porque es libre por dotado de razón, es el sujeto racional del proceso político que culmina en una constitución republicana. En su escrito sobre de si la humanidad avanza hacia un estadio mejor, responde con una afirmación al planteo, aduciendo una doble causa moral:

“En primer lugar, la del derecho: un pueblo no debe ser impedido por ningún poder para darse la constitución civil que le parezca conveniente; en segundo lugar, la del fin (que, al mismo tiempo, es deber): la constitución de

---

ganización civil: “Servirse *legalmente* de esa libertad y, así, a usarla con el fin del bien de la humanidad”. Estado y humanidad se identifican en este pasaje.

<sup>78</sup> KANT, *Sobre la paz...*, *op. cit.*, suplemento al segundo artículo secreto para la paz perpetua, p. 42.

<sup>79</sup> KANT, *Crítica de la razón pura*, *op. cit.*, vol. II, Doctrina trascendental del método, capítulo 2, p. 816: “Práctico es todo lo que es posible por libertad”.

<sup>80</sup> KANT, “En torno al tópico...”, *op. cit.*, Conclusión, p. 48.

<sup>81</sup> KANT, *Cómo orientarse...*, *op. cit.*, p. 65.

un pueblo únicamente será en sí conforme al derecho y moralmente buena si su naturaleza es tal que evita, según principios, la guerra agresiva, lo cual, al menos según la idea, sólo puede hacerlo una constitución republicana, es decir, capaz de ingresar en la condición que posibilita el alejamiento de la guerra (fuente de todo mal y de toda corrupción de las costumbres)<sup>82</sup>.

Con ello, ha dado el paso de la abstracta libertad de pensar a la formulación de una constitución republicana sobre la base de esa libertad y con el propósito de garantirla y reforzarla.

#### ILUSTRACIÓN Y CONVENCIONALISMO KANTIANOS

El imperativo práctico de sustituir la violencia del estado de naturaleza por el pacto como acuerdo pacificador es lo que ha llevado a los filósofos modernos a proponer la idea del contrato social<sup>83</sup>. Los teólogos, y los príncipes no menos, al poner los fundamentos de la asociación civil en otra cosa que la razón, habrían justificado el disenso y abierto el camino a la violencia. Por eso para Immanuel Kant el imperativo práctico de vivir en concordia implica sacudirse la inestabilidad producida por la necesidad de dirimir las desavenencias nacidas de esta disputa generalizada. La idea de una constitución republicana, idea racional a la que deberá ajustarse la república real, sirve a tal fin.

“La idea de una constitución, en armonía con el derecho natural del hombre, es decir, de una constitución por la cual los que obedecen la ley deben, al mismo tiempo, reunidos, ser legisladores, fundamenta todas las formas estatales, y la comunidad que se adecua a ella –pensada por conceptos puros de la razón– se denomina un ideal platónico (*res publica noumenon*), que no es una hueca quimera, sino la eterna norma de cualquier constitución civil en general y del alejamiento de toda guerra. Una sociedad civil organizada de acuerdo con ella la patentiza a través de un ejemplo de la experiencia y según leyes de la libertad (*res publica phaenomenon*). Pero sólo se la puede conquistar penosamente a lo largo de muchas hostilidades y guerras; mas, una vez lograda en su conjunto, merece el calificativo de ser la mejor posible, porque aleja la guerra destructora de todo bien”<sup>84</sup>.

<sup>82</sup> KANT, “Reiteración...”, *op. cit.*, p. 157.

<sup>83</sup> De hecho, algunos entienden que el supuesto contractualista funda la distinción entre uso privado y uso público de la razón, de modo tal que el uso privado (el de las autoridades) supone una base contractual que lo legitima. Cfr. CRONIN, *op. cit.*, pp. 56-57 y SCHMIDT, “The question...”, *op. cit.*, pp. 288-291. No obstante, si, como veremos, el contrato para el filósofo es una ficción, la distinción tan discutida será ficticia también, de donde habrá que concluir que el remedio propuesto es, ya lo advertimos, puramente mental.

<sup>84</sup> KANT, “Reiteración...”, *op. cit.*, p. 162.

Una década después del ensayo sobre la Ilustración, ha abandonado la viabilidad de un paternalismo ilustrado, calificando al despotismo de régimen despreciable: la libertad de pensamiento exige libertad política. Escribe:

“No un gobierno paternalista, sino uno patriótico (*imperium non paternale, sed patrioticum*), es el único que cabe pensar para hombres capaces de tener derechos, tomando en consideración, al mismo tiempo, la benevolencia del soberano”<sup>85</sup>.

Nótese que ya no respeta la distinción entre uso privado y uso público de la razón, porque la misión de diseñar idealmente la república supone desdoblarse ese uso público. De forma esquemática, sería así: en la base del nuevo régimen está el uso público de la razón por parte de los filósofos que discuten y censuran la deriva de la libertad o del poder; en una instancia media, está el uso privado de la razón ejercido por los funcionarios civiles y las autoridades intermedias esclavos de las normas de su oficio; y en la cúspide se encuentra el uso público de la razón de los ciudadanos que pactan con total libertad la constitución republicana, la norma suprema. Usemos de nombres más conocidos: opinión pública, poderes constituidos y poder constituyente.

Retomemos el razonamiento kantiano. Hay que organizar la paz. En esta inquietud se funda el optimismo utópico liberal de Immanuel Kant a Jürgen Habermas: establecer una comunidad de diálogo que produzca el consenso constitutivo de la república. Otfried Höffe dice que el filósofo prusiano busca “un orden puramente racional, la situación de derecho, que no es el Estado en general, sino la república, es decir, un Estado constitucional”, que libere del despotismo<sup>86</sup>. Por eso el pacto o contrato social, entendido como la unión civil, es un fin en sí mismo, no hay otro medio de establecer la paz.

El estudioso expone en el Prólogo de *La metafísica de las costumbres*, que en la filosofía práctica hay que distinguir los elementos empíricos, propios de una antropología práctica (que dan lugar a la libertad negativa como eliminación de la determinación por impulsos sensibles), de los elementos racionales correspondientes a una moralidad pura (que es la libertad positiva, determinada solo por la razón práctica en sí misma)<sup>87</sup>. En

<sup>85</sup> KANT, “En torno al tópico...”, *op. cit.*, pp. 27-28.

<sup>86</sup> Otfried HÖFFE, “Acerca de la fundamentación contractualista de la justicia política: una comparación entre Hobbes, Kant y Rawls”, p. 26.

<sup>87</sup> El procedimiento es similar al de Jean-Jacques Rousseau: descartar los hechos, apartar la consideración de las circunstancias, salir de la historia, para entrar en el reino de la razón pura. En las consideraciones morales, en especial, manda no atender a ningún fundamento material, en especial los fines. Cfr. KANT, *La religión...*, *op. cit.*, pp. 19-20.

esta pureza de la voluntad consiste la “libertad del arbitrio”<sup>88</sup>. Es así como concibe la moralidad como pura racionalidad porque no se deriva ni se funda en lo empírico: el principio de la moralidad es la autonomía de la voluntad, el imperativo categórico<sup>89</sup>. No lo son el amor propio, el propio interés o la felicidad o la virtud personales porque son formas heterónomas, espurias, de la voluntad, no están libres de elementos empíricos<sup>90</sup>.

Esta inicial separación nos encamina hacia los fundamentos del contractualismo kantiano, si bien todavía hace falta separar derecho y virtud, legalidad y moralidad<sup>91</sup>, esto es, separar las normas de las acciones externas de las personas (su ordenación según la ley), de las convicciones personales que fundan las conductas de los individuos<sup>92</sup>. La moral de la pura racionalidad exige considerar el deber por el deber mismo, sin la interferencia de criterios exteriores o valoraciones personales. La república no puede tener otro fundamento, no debe depender de lo que los sujetos quieran o pretendan.

En el ámbito teórico el contrato se funda en el imperativo categórico de la autonomía de la voluntad y acomete en la práctica una organización exterior de la conducta humana, abstracción hecha de los valores o virtudes subjetivamente pretendidos por las personas. Para este autor el bien más elevado es la buena voluntad<sup>93</sup>, la voluntad que actúa conforme a máximas que pueden ser universalizadas de modo que no viole la dignidad humana, o sea, los hombres considerados como un fin en sí mismos<sup>94</sup>. Con estas separaciones pretende subordinar el derecho y la política a la moral.

El contrato social es una idea universal de la razón práctica que no se sustenta en suposiciones empíricas sobre la naturaleza humana; una

<sup>88</sup> KANT, *La metafísica...*, *op. cit.*, Introducción, pp. 16-17.

<sup>89</sup> *Op. cit.*, Prólogo, p. 5 y ss.; Introducción, p. 13 y ss.

<sup>90</sup> LESTITION, *op. cit.*, pp. 87-88.

<sup>91</sup> Cfr. Patrick RILEY, *Will and political legitimacy. A critical exposition of social contract theory in Hobbes, Locke, Rousseau, Kant, and Hegel*, chapter 5.

<sup>92</sup> KANT, *La metafísica...*, *op. cit.*, primera parte, Introducción a la Doctrina del Derecho, § B, p. 39: “El derecho es el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno puede conciliarse con el arbitrio del otro según una ley universal de la libertad”. Y a renglón seguido (*op. cit.*, § C) añade: “Una acción es conforme a derecho (*recht*) cuando permite, o cuya máxima permite a la libertad del arbitrio de cada uno coexistir con la libertad de todos según una ley universal”.

<sup>93</sup> Immanuel KANT, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, p. 79: “No es posible pensar nada dentro del mundo, ni después de todo tampoco fuera del mismo, que pueda ser tenido por bueno sin restricción alguna, salvo una *buena voluntad*”. Luego, el bien moral depende solo de la volición, lo que llama “principio del querer”, *op. cit.*, pp. 90-91.

<sup>94</sup> Tal el imperativo categórico establecido en *La metafísica...*, *op. cit.*, primera parte, División de la doctrina del derecho, A, p. 47. La dignidad del hombre racional es irrenunciable, porque es el índice de su sublimidad moral, *op. cit.*, pp. 299, 300, 335, *passim*.

idea cargada de moralidad que puede aplicarse a las personas humanas. En tanto “idea”, es reguladora de la legalidad, de las leyes positivas del Estado y de las conductas individuales, porque es el principio mismo de la justicia y la norma política fundamental. Pues siendo autónomos los Estados, no puede pensarse ningún derecho originario sobre un pueblo sino a partir de la idea de un contrato también originario<sup>95</sup>.

El estado de naturaleza preconstitucional es de la misma índole: una situación de absoluta libertad de hacer lo que se quiera, una construcción racional elaborada sobre una privación, la del derecho y la Constitución y, por lo mismo, de inseguridad, ya de la propiedad, ya de la propia felicidad<sup>96</sup>. Dice bien Otfried Höffe que todo lo que se habían planteado los anteriores contractualistas sobre la vida en el estado de naturaleza, en Immanuel Kant es superado por *vía* de disolución, pues se han vuelto discusiones irrelevantes<sup>97</sup>. Le basta con señalar la conflictividad del estado natural de los hombres, conflicto que nace de la misma condición humana, la libre arbitrariedad, y *el común ámbito de vida*, la guerra<sup>98</sup>.

Toda la sección primera de *Sobre la paz perpetua* consiste en un ejercicio racional: el intelectual imagina a los Estados como si fuesen individuos, los pone a vivir en un estado de naturaleza e imagina leyes que llevarán a celebrar un tratado que asegure la paz perpetua, un contrato que permita el paso al estado civil, saliendo del estado de guerra. Hecho esto, la sección segunda comienza con una definitiva caracterización:

“El estado de paz entre hombres que viven juntos no es un estado de naturaleza (*status naturalis*), que es más bien un estado de guerra, es decir, un estado en el que, si bien las hostilidades no se han declarado, sí existe una constante amenaza. El estado de paz debe, por tanto, ser *instaurado*, pues la omisión de hostilidades no es todavía garantía de paz y si un vecino no da seguridad a otro (lo que sólo puede suceder en un estado *legal*), cada uno puede considerar como enemigo a quien le haya exigido esa seguridad”<sup>99</sup>.

El pacto en Immanuel Kant no explica ni expone un proceso histórico, solo establece racionalmente el mecanismo para controlar y dominar la diversidad violenta entre los hombres; el Estado no persigue la mejora

<sup>95</sup> KANT, *Sobre la paz...*, *op. cit.*, sección primera, p. 6.

<sup>96</sup> KANT, *La metafísica...*, *op. cit.*, primera parte de la Doctrina del Derecho, capítulo primero, § 9, pp. 70-72, capítulo tercero, § 41 y 42, pp. 135-138 y segunda parte, sección primera, § 44, pp. 140-142.

<sup>97</sup> HÖFFE, *op. cit.*, p. 23.

<sup>98</sup> La guerra es propia del estado de naturaleza en el que no hay tribunal, sino fuerza para afirmar el derecho, afirma KANT, *Sobre la paz...*, *op. cit.*, sección primera, p. 10.

<sup>99</sup> *Op. cit.*, sección segunda, p. 14; toma de aquí y de allá, de Thomas Hobbes y de John Locke.



de los ciudadanos, no busca su bien, nada más procura instaurar procedimientos que aseguren una conducta cívica colectiva obediente de la organización colectiva. Cree que el Estado establece un contexto jurídico (legal) que hace posible la moralidad<sup>100</sup>. Si el principio de moralidad implica conformar la voluntad particular a los principios universales de la razón práctica, el derecho político manda a ajustar las acciones externas a una regla coherente con una libertad igual para todos.

“Una constitución de la máxima libertad humana según leyes que hagan que la libertad de cada cual pueda coexistir con la de los otros (no de la máxima felicidad, pues ésta seguiría ya por sí misma) es, por lo menos, una idea necesaria, que se debe poner por fundamento no solamente en el primer diseño de la constitución de un Estado, sino también en todas las leyes; y en ella, al comienzo, se debe hacer abstracción de los obstáculos presentes, que quizá no surjan tanto de la naturaleza humana de manera inevitable, sino más bien del abandono de las auténticas ideas en la legislación”<sup>101</sup>.

Las leyes del Estado deben ser principios a los que los hombres puedan consentir a través de su razón, mientras que las normas morales requieren de una voluntad y un esfuerzo actuales. Para Immanuel Kant, lo ha visto bien Patrick Riley, el contractualismo es una hipótesis que no envuelve un consentimiento real, actual, del pueblo<sup>102</sup>. Esta es la condición por la cual el Estado puede evolucionar en la dirección del republicanismo de *La paz perpetua*:

---

<sup>100</sup> KANT, *Sobre la paz...*, *op. cit.*, apéndice 1, p. 60: “La verdadera política no puede dar un paso sin haber antes rendido pleitesía a la moral, y, aunque la política es por sí misma un arte difícil, no lo es, en absoluto, la unión de la política con la moral, pues ésta corta el nudo que la política no puede solucionar cuando surgen discrepancias entre ambas. El derecho de los hombres debe mantenerse como cosa sagrada, por grandes que sean los sacrificios del poder dominante. En este asunto no se puede partir en dos e inventarse la cosa intermedia (entre derecho y utilidad) de un derecho condicionado por la práctica; toda política debe doblar su rodilla ante el derecho, si bien cabe esperar que se llegará a un nivel, aunque lentamente, en que la política brillará con firmeza”.

<sup>101</sup> KANT, *Crítica de la razón pura*, *op. cit.*, división segunda, libro primero, p. 396.

<sup>102</sup> KANT, *La metafísica...*, *op. cit.*, segunda parte de la Doctrina del Derecho, sección primera, § 47, pp. 145-146: “El acto por el que el pueblo mismo se constituye como Estado –aunque, propiamente hablando, sólo la idea de éste, que es la única por la que puede pensarse su legalidad– es el *contrato originario*, según el cual todos (*omnes et singuli*) en el *pueblo* renuncian a su libertad exterior, para recobrarla en seguida como miembros de una comunidad, es decir, como miembros del pueblo considerado como Estado (*universi*): Y no puede decirse que el Estado, el hombre en el Estado, haya sacrificado a un fin una *parte* de su libertad exterior innata, sino que ha abandonado por completo la libertad salvaje y sin ley, para encontrar de nuevo su libertad en general, íntegra, en la dependencia legal, es decir, en un estado jurídico; porque esta dependencia brota de su propia voluntad legisladora”. Aquí toma de Jean-Jacques Rousseau.



“De modo que un día un universo de repúblicas legislará sólo aquellas cosas que son congruentes con las demandas de moralidad, aunque los motivos de la obligación moral y política seguirán siendo distintos”<sup>103</sup>.

Dicho de otra manera: la república ideal que surge del contrato social ficticio es un régimen de gobierno que establece la legalidad, que, a su vez, permite a cada persona la persecución de sus metas morales. Es el típico planteo liberal que desdobra las razones de la obligación: el contrato social funda la obligación de obedecer al gobierno y las leyes, y como el gobierno y las leyes sirven al fin de los individuos, la obligación moral surge de la autonomía personal.

El contrato social es una ficción que cumple con la función de legitimar las ficciones subsiguientes, similar a la *Grundnorm* de Hans Kelsen. Primero, pues, es el fundamento legítimo de toda sociedad civil, no hay otro modo por medio del cual puedan erigirse legítimamente:

“He ahí un *contrato originario*, el único sobre el que se puede fundar entre los hombres una constitución civil, legítima para todos sin excepción, el único sobre el que se puede erigir una comunidad”.

Ergo, la comunidad política no es natural, proviene de una convención que, en todo caso, es irreal. Además, del contrato depende el principio de legalidad de la legislación secundaria, en el sentido de que la voluntad popular es “la piedra de toque de la legitimidad de toda ley pública”<sup>104</sup>. Y también: el convencionalismo, método político moderno, se funda en la desnaturalización de los hombres, los saca de la naturaleza y los pone en una situación artificial que es condición de su ser moral<sup>105</sup>.

#### CONVENCIONALISMO Y CONSTITUCIONALISMO REPUBLICANO

La constitución republicana es posible gracias a la Ilustración<sup>106</sup>, pues la libertad que la Ilustración reclama para el uso público de la razón, avan-

<sup>103</sup> RILEY, *op. cit.*, pp. 18, 132 ss.

<sup>104</sup> KANT, “En torno al tópico...”, *op. cit.*, Conclusión, pp. 36-37.

<sup>105</sup> Juan Fernando SEGOVIA, “Le contrat social comme mécanisme de contrôle politique”, pp. 17-31.

<sup>106</sup> Michel Foucault, en su lectura de estos textos kantianos, entiende que ese es el fruto de la Ilustración, es decir, de la Revolución: “Un tal fenómeno en la historia de la humanidad no se olvida ya porque ha revelado una disposición en la naturaleza humana, una facultad de progresar tal que ninguna política habría podido sacarla del curso anterior de los acontecimientos a fuerza de sutilezas; únicamente la naturaleza y la libertad reunidas en la especie humana, según los principios internos del derecho, estaba en condiciones de anunciarlo aun cuando de una manera indeterminada y como un acontecimiento contingente”. Michel FOUCAULT, “Un curso inédito”, p. 94.

za la crítica de la religión a la crítica de la legislación<sup>107</sup>. Es cierto que este intelectual coqueteó con el absolutismo ilustrado prusiano en sus primeros trabajos sobre dicho periodo<sup>108</sup>, pero con los años diseñó una nueva legitimidad. En su escrito de 1795 *Sobre la paz perpetua*, apoyó el “contrato originario” en tres pilares, que son derechos humanos innatos e inalienables, a saber: la libertad jurídica de los ciudadanos, la subordinación de los súbditos a una legislación común por ellos consentida, y la igualdad de todos los ciudadanos<sup>109</sup>.

La Constitución aglutina la multitud dispersa, una masa humana, dándole la forma de pueblo, dotado de una voluntad general, constitutiva del Estado<sup>110</sup>. Caminando en las huellas de Jean-Jacques Rousseau, entiende Immanuel Kant que la voluntad general es ley, goza de universalidad, generalidad, es la ley y no gobierno o ejecución de la ley.

“El acto de la voluntad general no es un acto ejecutivo; no se trata de la voluntad de la voluntad, si puede decirse así. Lo que quiere la voluntad es el estado, la comunidad misma –entiende Jesús González Fisac–. En cierto modo, también podríamos expresarlo así, es una *voluntad de forma*. Por eso este acto tiene que ser específico, que es lo que en el régimen republicano se expresa como separación de poderes”<sup>111</sup>.

Dejando a Jean-Jacques Rousseau, el autor toma de la vulgata liberal generalizada por Montesquieu, pues la confusión de los poderes es propia del despotismo, dicho democracia.

“El *republicanismo* es el principio político de la separación del poder ejecutivo (gobierno) del legislativo; el despotismo es el principio de la ejecución arbitraria por el Estado de leyes que él mismo se ha dado, con lo que la voluntad pública es manejada por el gobernante como su voluntad particular”.

<sup>107</sup> KANT, “Respuesta...”, *op. cit.*, p. 38.

<sup>108</sup> Mucho se ha dicho sobre este particular, pero véase la síntesis de CRONIN, *op. cit.*, pp. 65-69.

<sup>109</sup> KANT, *Sobre la paz...*, *op. cit.*, segunda sección, primer artículo definitivo de la paz perpetua, pp. 15-16; *La metafísica...*, *op. cit.*, p. 143 y “En torno al tópico...”, *op. cit.*, p. 27.

<sup>110</sup> KANT, *Sobre la paz...*, *op. cit.*, p. 18, dice que la constitución es: “[...] el acto de la voluntad general por el que una masa se convierte en un pueblo [...]”.

<sup>111</sup> GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 198. Continúa así: “El acto ejecutivo, en cambio, no afecta a la voluntad. El acto ejecutivo quiere de otra manera porque no considera a los otros, no quiere poniéndose en el lugar de cualquier otro, sino que tan sólo tiene en cuenta al sujeto que detenta el poder, quiere desde sí mismo. Es decir, no tiene en cuenta la generalidad como objeto, o como fin, tanto da, que es una consideración de carácter formal, y se limita a tener, *inne haben*, el poder, que sólo atiende a los efectos que emanan de quien lo detenta y al curso que pueden o no pueden seguir [...]”.

Sin división de poderes, el gobierno que ejecuta la ley es también legislador. La democracia, que confunde los poderes, es:

“Necesariamente un *despotismo*, porque funda un poder ejecutivo donde todos deciden sobre y, en todo caso, también contra *uno* (quien, por tanto, no da su consentimiento), con lo que todos, sin ser todos, deciden; esto es una contradicción de la voluntad general consigo misma y con la libertad”<sup>112</sup>.

La separación de poderes en legislativo y ejecutivo replica, en cierto modo, el uso público y el uso privado de la razón, pero con una salvedad: ya no hablamos de razón sino de “voluntad”, como volición de lo universal (el pensar, la ley) y de lo particular (el hacer, el gobierno). Tal separación es el fundamento del carácter representativo de la república, porque el legislador no se confunde con el ejecutor de la ley<sup>113</sup>.

La constitución republicana, entonces, goza de representatividad, lo que quiere decir que, siendo una voluntad pública, es capaz de ponerse en el lugar de otro, ser la voluntad de todos, lo que no puede hacer una voluntad particular. Tal voluntad pública es la justicia que asegura la universalidad de la ley o de la norma; *rectius*, la justicia es la ley misma, la voluntad que quiere la ley<sup>114</sup>. El pueblo de ciudadanos constituyentes piensa y legisla en el lugar de todos; el Estado es un mecanismo que solo mira por sí mismo y para sí mismo. Podría decirse que Immanuel Kant, como antes Jean-Jacques Rousseau, funda la razón de Estado ilustrada en la ficción de la voluntad popular: el Estado, que no hace la ley constitucional sino que la aplica, actúa por sí según sus fines fijados por el mismo pueblo soberano.

Es necesario insistir en que el contrato kantiano es hipotético, una idea reguladora de la razón; luego el consentimiento de los ciudadanos también es hipotético, ficticio, en tanto nunca actual. En su obra, el contrato no tiene más forma que la de la constitución republicana y el único consentimiento expreso que requiere es para declarar la guerra<sup>115</sup>; todo otro consentimiento es supuesto por imaginario, es un presupuesto para el funcionamiento de las instituciones. Si se quiere, es un acto de autonomía individual, de la libertad interna de los individuos que se manifiesta en la

<sup>112</sup> KANT, *Sobre la paz...*, *op. cit.*, segunda sección, primer artículo definitivo de la paz perpetua, pp. 18-19.

<sup>113</sup> *Op. cit.*, p. 19.

<sup>114</sup> *Op. cit.*, apéndice II, p. 61 y ss., cuando Immanuel Kant trata de la publicidad como medio idóneo de conciliación de la política y el derecho o moral.

<sup>115</sup> KANT, *Sobre la paz...*, *op. cit.*, segunda sección, primer artículo definitivo de la paz perpetua, p. 17.

obediencia a las autoridades establecidas<sup>116</sup>. El consenso es un acto de la autoconciencia, vive en el interior intangible de los individuos y se hace público en el acatamiento del poder. Tenemos la tentación de afirmar que el consenso, confundido en la obediencia al poder, constituye un uso privado de la razón.

#### MECANICISMO POLÍTICO Y EGOÍSMO LIBERAL

El contrato republicano kantiano está moldeado en el procedimiento de Jean-Jacques Rousseau e inspirado, como Jean-Jacques Rousseau, en una concepción protestante del Estado en la que está ausente todo fin piadoso o moral: basta que el Estado se convierta en el mecanismo que ampara la libertad humana y proporcione incentivos externos a la obediencia<sup>117</sup>. Las leyes de la república no son normas morales; son resortes reguladores que garantizan el desacuerdo moral. Al ciudadano le basta la obediencia a las leyes que él ha consentido. Y así lo afirma tajantemente: “El hombre está obligado a ser un buen ciudadano aunque no esté obligado a ser moralmente un hombre bueno”<sup>118</sup>.

Jean-Jacques Rousseau había eliminado de la república los intereses privados; en cambio, Immanuel Kant –como buena parte de la ilustrados–, hace del conflicto de intereses el corazón del perfeccionamiento moral de la humanidad y de la estabilidad del Estado. El motor del progreso de la humanidad, escribe en *Idea de una historia universal*, está en el propio hombre, es su “insociable sociabilidad”, que despierta la competencia e influye más allá del raciocinio y de la volición. Si el hombre quiere la concordia, la naturaleza, a través de la discordia, lo lleva a su bien<sup>119</sup>. El idealista afirma que, incluso, una sociedad de demonios puede vivir ordenadamente en una república, pues obtendrían la mutua protección

---

<sup>116</sup> KANT, *Sobre la paz...*, *op. cit.*, p. 16 nota: “Por lo que respecta a mi libertad, no tengo ninguna obligación en relación con las leyes divinas, conocidas por mí a través de la razón, a no ser que haya podido prestar mi consentimiento (pues por la ley de la libertad de mi propia razón me hago el primer concepto de la voluntad divina)”. De la misma manera, por un acto de la libre razón todo ciudadano se hace la idea de la voluntad política.

<sup>117</sup> El último fundamento de esta exigencia es la idea protestante de la maldad intrínseca del hombre, que está en *Sobre la paz perpetua*, y se desarrolla largamente en *La religión dentro de los límites de la mera razón*.

<sup>118</sup> KANT, *Sobre la paz...*, *op. cit.*, suplemento primero, p. 38. Un mensaje contra Aristóteles, que aquí solo destacamos.

<sup>119</sup> KANT, “Idea de una historia...”, *op. cit.*, pp. 17-32. El Cuarto Principio, p. 21, dice así: “El medio de que se sirve la Naturaleza para alcanzar el desarrollo de las disposiciones consiste en el antagonismo de las mismas dentro de la sociedad, por cuanto éste llega a ser, finalmente, la causa de su orden regular”.

de sus intereses egoístas por el antagonismo entre ellos<sup>120</sup>. Del mismo modo, los Estados, que viven en un estado de naturaleza, por el espíritu del comercio (el *doux commerce* de Montesquieu), en lugar de discordia, sobrepujan los conflictos<sup>121</sup>. Es la naturaleza la que produce sus propósitos, la paz, aun contra lo que los particulares quieren.

“Pues no se trata del perfeccionamiento moral del hombre sino del mecanismo de la naturaleza; el problema consiste en saber cómo puede utilizarse este mecanismo en el hombre para ordenar la oposición de sus instintos no pacíficos dentro de un pueblo de tal manera que se obliguen mutuamente a someterse a leyes coactivas, generando así la situación de paz en la que las leyes tienen vigor”<sup>122</sup>.

Precisamos exponer algunas observaciones. Primera: La constitución republicana, es decir, liberal, se dirá realista en un sentido cínico, maquiavélico, permitiendo a los individuos gozar de derechos y libertades que son el despliegue de su individualismo egoísta, presuponiendo que la maquinaria estatal, de manera semejante al mecanicismo de la naturaleza (o gracias a él), producirá un balance, equilibrio o armonía que resulte en provecho del pueblo todo. Vicios privados, virtudes públicas, conforme a la fórmula del ingenioso Bernard Mandeville.

Segunda: La propuesta kantiana invierte la relación entre moral y política. En el pensamiento clásico, de cuño aristotélico, el problema político viene después del problema moral, de su reconocimiento y solución, ayudando la política a la moral, estableciendo las condiciones para la vida virtuosa. Immanuel Kant y los liberales creen que es al revés, que es la constitución política republicana la que hará buenos a los hombres. Y así lo escribe:

“[La moral no es] [...] causa de la buena constitución del Estado, sino más bien al contrario; de esta última hay que esperar la formación moral de un pueblo [...]”<sup>123</sup>.

---

<sup>120</sup> KANT, *Sobre la paz...*, *op. cit.*, suplemento primero, pp. 38-39: “El problema del establecimiento del Estado tiene solución, incluso para un pueblo de demonios, por muy fuerte que suene (siempre que tengan entendimiento), y el problema se formula así: ‘ordenar una muchedumbre de seres racionales que, para su conservación, exigen conjuntamente leyes universales, aun cuando cada uno tienda en su interior a eludir la ley, y establecer su constitución de modo tal que, aunque sus sentimientos particulares sean opuestos, los contengan mutuamente de manera que el resultado de su conducta pública sea el mismo que si no tuvieran tales malas inclinaciones’”.

<sup>121</sup> *Op. cit.*, p. 41.

<sup>122</sup> *Op. cit.*, p. 39.

<sup>123</sup> KANT, *Sobre la paz...*, *op. cit.*, p. 39.

El remedio político que prevé el ilustrado consiste en “poner el carro delante del caballo”, procedimiento heredero del pesimismo protestante que da vuelta la reflexión de Aristóteles. Según el estagirita el hombre tiende al bien por naturaleza y la ciudad toma al hombre en su constitución natural y le facilita el logro de la vida buena. Para Immanuel Kant y los ilustrados el hombre por naturaleza tiende al mal y solo una constitución liberal republicana hace que sus inclinaciones malvadas resulten en su provecho. Por eso el Estado es y será siempre, para los liberales, una institución coercitiva.

Recuérdese la distinción kantiana entre derecho y virtud. El derecho supone la constitución del Estado, su autoridad legislativa y su poder judicial y punitivo; no tiende a la felicidad (o perfección) de los individuos, porque esta difiere de uno a otro (es empírica o fenoménica); su propósito es garantizar la máxima libertad individual (autonomía) armonizándola para que cada uno busque su felicidad conforme la conciba. De este modo, el derecho estaría fundado en la libertad y en la ley como coacción, es decir, en la constitución republicana:

“El *derecho* es la limitación de la libertad de cada uno a la condición de su concordancia con la libertad de todos, en tanto que esta concordancia sea posible según una ley universal; y el *derecho público* es el conjunto de *leyes externas* que hacen posible tal concordancia sin excepción. Ahora bien: dado que toda limitación de la libertad por parte del arbitrio de otro se llama *coacción*, resulta que la constitución civil es una relación de hombres *libres* que (sin menoscabo de su libertad en el conjunto de su unión con otros) se hallan, no obstante, bajo leyes coactivas; y esto porque así lo quiere la razón misma, y ciertamente la razón pura, que legisla *a priori* sin tomar en cuenta ningún fin empírico (todos los fines de esta índole son englobados bajo el nombre genérico de “felicidad”); como a este respecto, y a propósito de aquello en lo cual cada uno cifra su fin empírico, los hombres piensan de modo muy diverso, de suerte que su voluntad no puede ser situada bajo ningún principio común, síguese de ahí que tampoco puede ser situada bajo ninguna ley externa conforme con la libertad de todos”<sup>124</sup>.

Tercera: En el elogio del trabajo insensible de la naturaleza Immanuel Kant reformula, con otro lenguaje, la tesis liberal de “la mano invisible”: el mecanismo natural contrapesa las pasiones y compensa los intereses, produciendo una sensible armonía.

“De esta suerte garantiza la naturaleza la paz perpetua mediante el mecanismo de los instintos humanos; esta garantía no es ciertamente suficiente

---

<sup>124</sup> KANT, “En torno al tópico...”, *op. cit.*, p. 26.

para vaticinar (teóricamente) el futuro, pero, en sentido práctico, sí es suficiente y convierte en un deber el trabajar con miras a este fin (en absoluto quimérico)”<sup>125</sup>.

No es la Providencia divina, tampoco la virtud, quienes acomodan las diferencias y producen el buen resultado; es la naturaleza mecánica que hace sus cosas en beneficio de los hombres con independencia de que ellos lo quieran o no<sup>126</sup>. La naturaleza actúa mecánicamente y las sociedades se rigen por su ritmo. Con Immanuel Kant han desaparecido ya todos los vestigios del viejo organicismo, estamos en pleno mecanicismo hobbesiano<sup>127</sup>. Algo más: resulta extraño que el intelectual, que ha desnaturado a los hombres al hacerlos del todo racionales, introduzca la naturaleza por la ventana del Estado para garantizar un progreso que, en principio, solo nace de la obediencia.

Cuarta: Es útil volver sobre un texto que ya hemos citado, el contrato original no tiene por qué ser un hecho, le basta con ser una idea de la razón<sup>128</sup>, aunque debería decirse mejor: una idea de la razón para justificar la razón de Estado<sup>129</sup>. El contrato social tiene la forma de una “experiencia mental”<sup>130</sup>, pero de *él* resulta una “experiencia real”, el Estado príncipe de la paz, la razón de Estado que es la paz en sí misma. El pesimismo protestante late en su conclusión: los hombres no pueden progresar

<sup>125</sup> KANT, *Sobre la paz...*, *op. cit.*, suplemento primero, p. 41.

<sup>126</sup> *Op. cit.*, p. 37.

<sup>127</sup> Observó Carl SCHMITT, *El Leviathan en la Teoría del Estado de Tomás Hobbes*, p. 39: “La aguda distinción entre ‘organismo’ y ‘mecanismo’ no se impone hasta fines del siglo XVIII. La filosofía del idealismo alemán, el primero de todos Immanuel Kant en su *Crítica del juicio* (1790), formuló la distinción tomando por base el antagonismo de lo ‘interno’ y lo ‘externo’, llegando a oponer el ser vivo a la cosa muerta, con la cual se despejaba la idea de mecanismo de todo carácter mítico y hasta viviente. Mecanismo y máquina se convierten entonces en puras instituciones de fines sin alma”.

<sup>128</sup> KANT, “En torno al tópico...”, *op. cit.*, Conclusión, pp. 36-37 (el concepto se repite en pp. 43-44). También como segunda parte de *El conflicto...*, *op. cit.*, sección 8, p. 125: “La cosa pública que habéis concebido conforme a ella por puros conceptos racionales, y que vosotros llamáis un ideal platónico (*respublica noumenon*), no es una vana quimera, sino la norma eterna para toda Constitución civil en general y que aleja toda guerra”. Por eso RILEY, *op. cit.*, p. 143 ss., lo denomina contractualismo hipotético. Para su defensa, cfr. Onora O’NEILL, “Kant and the social contract tradition”, pp. 25-41.

<sup>129</sup> Tómese nota del cinismo que es idéntico al de Baruch DE SPINOZA, *Tratado teológico-político*, XVI, 29: “Rara vez se ve dictar a los soberanos órdenes absurdas, porque les importa sobre todo, para conservar el poder, velar por el bien público, y no dejarse llevar en sus decretos sino de la razón”. Maquiavelo en estado puro, la conveniencia del soberano es la suprema regla de conducta política. Es el mismo que en la “Carta 50” a Jarig Jelles, de 2 de julio de 1674, dice –como antes Thomas Hobbes– que el derecho del soberano es equivalente a su poder sobre los súbditos Baruch DE SPINOZA, *Correspondencia*, pp. 308-310.

<sup>130</sup> HÖFFE, *op. cit.*, p. 28.



moralmente, bueno es que el Estado progrese en lo jurídico. O, en todo caso, los hombres solo pueden mejorar bajo un sistema coercitivo<sup>131</sup>. Lo que progresa es la legalidad, quizá con la esperanza que avance también la moralidad<sup>132</sup>.

*DE LA REPÚBLICA UTÓPICA A LA REPÚBLICA LIBERAL*

En una nota calificamos a la utopía kantiana de literaria y filosófica. Su ideal es el gobierno libre de los filósofos libres y los políticos ilustrados. Según Jesús González Fisac, la verdadera república de la razón:

“Es la del mundo de los escritos y de los lectores; la república en la que todos los que participan son y lo hacen como representantes de la razón misma”.

Esta república es un espacio público de pensamiento, “un espacio no despótico en el que lo único que puede hacerse es pensar”<sup>133</sup>. Immanuel Kant imagina, o pretende, una comunidad pensante; una comunidad, como hemos advertido, de filósofos<sup>134</sup> o “doctos”<sup>135</sup>, una república literaria de librepensadores, sueño de muchos ilustrados.

Empero, el uso público de la razón por los filósofos demanda de un uso privado de la razón por los políticos. Los filósofos imaginan, los políticos realizan. Nuestro estudioso no puede evitar que el uso privado de la razón acabe imponiéndose en la sociedad, por más que afirme que está subordinado a las leyes que sanciona la razón pública. Dicho de otro modo: todo sueño que en tal no se queda, encarna en otra cosa, según hemos venido apuntando, en este caso en el mecanismo estatal, el Estado republicano, que debe ponerse en marcha. Y así lo ha diseñado y también puesto a andar. Veamos.

Para Immanuel Kant, está dicho ya, el acto por el cual un pueblo se constituye como un Estado, más precisamente su “idea”, idea que se basta a sí misma para pensar en la legalidad, es el “contrato original”, por el cual

---

<sup>131</sup> KANT, “Idea de una historia...”, *op. cit.*, Quinto Principio, p. 23: “La necesidad que fuerza al hombre, ordinariamente tan aficionado a una libertad sin límites, a entrar en ese estado de coacción es, por cierto, la mayor de las necesidades, a saber, la que los hombres se infligen entre sí, puesto que sus inclinaciones no le permiten que puedan subsistir mucho tiempo unos al lado de los otros en libertad salvaje. Pero, dentro de un recinto tal como el de la asociación civil, esas mismas inclinaciones producen el mejor efecto”.

<sup>132</sup> KANT, *El conflicto...*, *op. cit.*, segunda parte, sección 9, pp. 126-127. Sobre las dificultades de la coexistencia de moralidad y legalidad, cfr. RILEY, *op. cit.*, pp. 133-134.

<sup>133</sup> GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 201.

<sup>134</sup> KANT, *Sobre la paz...*, *op. cit.*, suplemento segundo, pp. 42-44.

<sup>135</sup> KANT, “Respuesta...”, *op. cit.*, pp. 35, 37-38.



todos, en el ámbito individual y colectivo, abandonan o entregan en el pueblo su libertad exterior, y la recuperan como ciudadanos de una república, es decir, de un pueblo considerado como Estado. Con otra terminología, está repitiendo la idea central de Jean-Jacques Rousseau. Asimismo, Immanuel Kant también entiende esta constitución de la soberanía contractual como la:

“Relación entre un *soberano* universal (que, desde el punto de vista de las leyes de la libertad, no puede ser ningún otro más que el pueblo unido) el conjunto de los individuos del pueblo como *súbdito*, es decir, la relación del que manda (*imperans*) con el que obedece (*subditus*)”<sup>136</sup>.

El pueblo ideal, no la multitud informe de individuos, es un sujeto que no tiene sobre sí un gobernante, es soberano universal, el mismo pueblo abstracto soberano. Al constituirse en soberanos, por el contrato original, los individuos abdicar de una libertad de segundo orden –una libertad salvaje– para concederse a sí mismos una libertad política, de primer rango. Por tal motivo no se puede decir que el hombre en el Estado haya sacrificado parte de su libertad natural exterior, sino que ha abandonado por completo la libertad salvaje y sin ley, para recuperar en la dependencia legal, es decir, en un estado legal (el Estado coercitivo de derecho), su libertad en general, sin mengua alguna de ella, porque esta dependencia que se establece proviene de la propia voluntad legislativa del pueblo<sup>137</sup>.

La ficción del contrato (de la que depende la obediencia), que supone la ficción del pueblo como poder constituyente, es para el filósofo prusiano, incuestionable, no se puede revisar; y quien la desafíe o contradiga es un rebelde, un subversivo, reo imperdonable de muerte:

“El menor intento en este sentido es un crimen de alta traición (*proditio eminens*) y el traidor de esta clase ha de ser castigado, al menos con la muerte, como alguien que intenta dar muerte a su patria (*parricida*)”<sup>138</sup>.

El origen del poder supremo es, para las personas los súbditos, inexplorable, “inescrutable” desde un punto de vista práctico; los súbditos no deben discutir (sutilizar) activamente este origen como si tuvieran un derecho controvertible (*ius controversum*) en cuanto a la obediencia que deben a ese poder. Cuestionar si ha existido en realidad el contrato de sujeción o sumisión al Estado, es algo del todo vano, desde que el pueblo ya está constituido bajo la ley civil y, en todo caso, tales cuestionamientos pondrían en riesgo al Estado.

<sup>136</sup> KANT, *La metafísica...*, *op. cit.*, segunda parte de la Doctrina del Derecho, sección primera, § 47, pp. 145-146.

<sup>137</sup> *Ibid.*

<sup>138</sup> *Op. cit.*, § 49, observación general “A”, p. 152.

Si el que indaga acerca del origen último del Estado lo hace para resistir a la autoridad existente, es de pleno derecho que se lo castigue bien con la muerte, bien con la expulsión (ostracismo), como fuera de la ley (muerte civil), castigado, aniquilado o desterrado con pleno derecho. Disputar esta ley es ya un acto de insumisión, una quiebra del contrato, un delito. “Una ley que es tan sagrada (inviolable) que, *considerada con un propósito práctico*, es ya un crimen sólo ponerla en duda”, remata. Esta es la interpretación kantiana de la máxima paulina (*Romanos XIII*) según la cual toda autoridad viene de Dios:

“Que no enuncia un *fundamento histórico* de la constitución civil, sino una idea como principio práctico de la razón: el deber de obedecer al poder legislativo actualmente existente, sea cual fuere su origen”<sup>139</sup>.

Es evidente que no tolera el derecho de resistencia: “El poder que en el Estado da efectividad a la ley no admite resistencia (*es irresistible*)”, porque ninguna comunidad organizada estatalmente, es decir, de acuerdo con el imperativo categórico del contrato social, puede subsistir sin tal poder, “sin un poder que eche por tierra toda resistencia interior”. Una máxima que autorizara la resistencia, si universalizada, “destruiría toda constitución civil, aniquilando el único estado en que los hombres pueden poseer derechos en general”. Si el súbdito debe sus derechos al Estado, difícil es que pueda encararlo y enfrenarlo, pues quitada su autoridad, se pierde la ley y se evaporan los derechos civiles. Se vuelve al abominable estado de naturaleza.

No son palabras. Immanuel Kant ha dicho con toda gravedad que pensar en teoría (sutilizar) que el contrato es un engaño, no queda libre de las consecuencias prácticas, porque pensarlo y decirlo es un acto subversivo. Y ha agregado que el poder del Estado es irresistible, y debe echar “por tierra toda resistencia interior”. Interior es el pensamiento.

Prosigue argumentando, a modo de conclusión:

“Toda oposición contra el supremo poder legislativo, toda incitación que haga pasar a la acción de descontento de los súbditos, todo levantamiento que estalle en rebelión, es el delito supremo y más punible en una comunidad, porque destruye sus fundamentos”.

Y esta prohibición, agrega, es “incondicional”, no admite excepción, ni siquiera en el caso de un gobernante que proceda “de modo absolutamente despótico (tiránico)”, pues, incluso, en este supuesto el súbdito está impedido de resistir u oponerse de ninguna manera “a título de con-

---

<sup>139</sup> KANT, *La metafísica...*, *op. cit.*, pp. 149-150.

traviolencia". Dado que está establecida una constitución civil: "El pueblo no sigue teniendo el derecho de emitir constantemente un juicio sobre cómo debe ser administrada tal constitución"<sup>140</sup>.

En síntesis: Con la institución de la república liberal, cesa el uso de la razón ilustrada, se concluye con la censura, acaba toda crítica<sup>141</sup>. Algunos<sup>142</sup> creen que debe no obstante distinguirse el juicio de Immanuel Kant como filósofo del derecho y la política, que es condenatorio de las revoluciones, del juicio histórico favorable a las revoluciones contra el tirano, como habría sido la francesa<sup>143</sup>. Pero el argumento es especioso, pues, ¿quién decide sino el filósofo, el propio Immanuel Kant, cuándo es por un motivo o por el otro? En última instancia, si las revoluciones son liberales, republicanas, bienvenidas; si son contra el liberalismo y la república, rechazadas como traición a la patria (parricidio, dice el autor). Es el típico argumento liberal-democrático: solo las revoluciones liberales y democráticas son justas. El Estado liberal y democrático debe ser inmunizado contra las revoluciones injustas<sup>144</sup>.

Lo singular de la tesis kantiana es que se dice en oposición a la filosofía política hobbesiana, y alcanza la crítica mezclando a Jean-Jacques Rousseau, ¡con el propio Thomas Hobbes! Como buen discípulo de ambos, pone la "razón de Estado" por delante de todo otro concepto o principio. Un pasaje de *La metafísica de las costumbres* prueba que Immanuel Kant piensa el Estado de la misma manera que Jean-Jacques Rousseau:

"El poder legislativo sólo puede corresponder a la voluntad unida del pueblo. Porque, ya que de él debe proceder todo derecho, no ha de poder actuar injustamente con nadie mediante su ley".

El Estado siempre es justo, nunca se equivoca, como la Voluntad General de Jean-Jacques Rousseau es infalible, porque no infligiría un daño a sí mismo.

"Pues si alguien decreta algo respecto de otro, siempre es posible que con ello cometa injusticia contra él, pero nunca en aquello que decide sobre

---

<sup>140</sup> KANT, "En torno al tópico...", *op. cit.*, Conclusión, p. 40. De esta página son todas las citas del texto.

<sup>141</sup> El único caso que Immanuel Kant admite es el de la rebelión que triunfa. KANT, *Sobre la paz...*, *op. cit.*, apéndice, p. 64. Cfr. LAURSEN, *op. cit.*, p. 597.

<sup>142</sup> ARAMAYO, *op. cit.*, pp. 299-300.

<sup>143</sup> KANT, "Reiteración...", *op. cit.*, pp. 156-158.

<sup>144</sup> Nótese que toda esta construcción opuesta al derecho de resistencia se basa en una petición de principios: la soberanía del pueblo, que así mismo se da la constitución y que por sí legisla en el Poder Legislativo. Lo que Immanuel Kant nunca ha pretendido ni querido mostrar o probar (hubiera sido vano), ya que es una hipótesis de la razón y nada más que eso.

sí mismo (en efecto, *volenti non fit iniuria*). De ahí que sólo la voluntad concordante y unida de todos, en la medida en que deciden lo mismo cada uno sobre todos y todos sobre cada uno, por consiguiente, sólo la voluntad popular universalmente unida puede ser legisladora<sup>145</sup>.

El poder soberano (el pueblo reunido o su órgano representativo, el Legislativo) es irresistible porque es irresponsable, supuesto que siempre actuará bien. Pero la soberanía de derecho se confunde con el soberano de hecho, porque el gobierno, sometido al legislador, hace cumplir la ley; luego, es también irresponsable. El soberano no tiene deber alguno para con los súbditos por el cual pueda ser coaccionado y obligado actuar de una manera determinada o retractarse<sup>146</sup>. El soberano solo tiene derechos<sup>147</sup>.

Esta conclusión, muy a tono con la ideología de la Modernidad, esconde las libertades del súbdito en la libertad del soberano. Y si este soberano es ahora tolerable y respetado, es porque se trata del mismo súbdito visto desde otro lado. Por eso la obediencia al soberano es incondicional, según la máxima kantiana.

“Que se ha de obedecer a aquél que se encuentra en posesión del poder supremo de mandar y legislar sobre el pueblo, y ciertamente de un modo tan incondicionado jurídicamente que es ya punible el solo hecho de investigar públicamente el título de esta su adquisición, por tanto de ponerlo en duda para oponerse a él por una eventual falta del mismo; que es un imperativo categórico: *obedeced a la autoridad que tiene poder sobre vosotros* (en todo lo que no se oponga a lo moral interno), es la proposición escandalosa que se pone en tela de juicio<sup>148</sup>.”

Patrick Riley entiende que esta resolución no es la misma de Jean-Jacques Rousseau porque en el filósofo prusiano la rectitud, esto es: el derecho y la justicia, no provienen de la sola voluntad popular, sino de la voluntad unida del pueblo que interpreta y aplica la ley natural<sup>149</sup>. Vale, pero ¿qué es la ley natural para nuestro autor? ¿Acaso no es otra cosa que la garantía de la autonomía?<sup>150</sup>. En Immanuel Kant, constituida la

<sup>145</sup> KANT, *La metafísica...*, *op. cit.*, segunda parte de la Doctrina del Derecho, sección primera, § 46, p. 143.

<sup>146</sup> Cfr. CRONIN, *op. cit.*, pp. 73-75.

<sup>147</sup> KANT, *La metafísica...*, *op. cit.*, segunda parte de la Doctrina del Derecho, sección primera, observación general, A, p. 150: “El soberano en el Estado tiene ante el súbdito sólo derechos y ningún deber (constrictivo)”.

<sup>148</sup> *Op. cit.*, primera parte, apéndice, p. 217.

<sup>149</sup> RILEY, *op. cit.*, p. 147. De hecho, Patrick Riley no pasa de lo dicho y todo lo que expone a continuación tiene que ver con la autonomía política y no con la ley natural.

<sup>150</sup> El iusnaturalismo kantiano concibe “un derecho racional que evoluciona mediante la publicidad y el acuerdo político”, según la observación de VILLACANAS, *op. cit.*, p. 47.

república liberal, no hay más ley que la del Estado. La coherencia de los principios exige que la ley sea “inmanente”, porque una ley natural que estableciera los deberes de los hombres es contradictoria con el imperativo categórico que funda la obligación moral en la autonomía de los sujetos.

Una última acotación: desde el punto de vista del desarrollo histórico de las doctrinas políticas, el soberano, como lo inventara Juan Bodino, siempre ha sido absoluto, dígase del monarca (como en el derecho divino de los reyes), de la nación (como con los revolucionarios franceses) o del pueblo, tal como hacen Jean-Jacques Rousseau e Immanuel Kant. De hecho, la coronación del pueblo ocurre tras la decapitación del Rey, confirmando el dicho “a rey muerto, rey puesto”<sup>151</sup>.

Aquí hay que retomar la idea de la autodeterminación como imperativo categórico que constituye el principio fundamental del mundo moral y político kantiano, que contradice la heteronomía de la voluntad.

### III. Ilustración, autonomía y autodeterminación

#### MORALIDAD Y VOLUNTAD

Cuando tratamos de la constitución republicana deslizamos un cambio en los conceptos usados por Immanuel Kant: la voluntad ganó, en ese momento, una dimensión hasta entonces no advertida. Esto porque el fundamento de la moral<sup>152</sup>, del deber moral, no está en la felicidad, el placer o la utilidad sino, simplemente, en la idea de una voluntad libre que obedece las leyes de la razón<sup>153</sup>. De aquí nace el concepto de libertad como la voluntad autodeterminada, independiente de causas extrañas a la misma voluntad. Hemos visto cómo Immanuel Kant depuró el concepto de libertad en la moralidad hasta alcanzar la idea de autonomía. Así, la voluntad es la facultad de autodeterminación del sujeto de acuerdo con la ley, ya que la voluntad establece la causalidad en las acciones<sup>154</sup>.

El intelectual presenta la voluntad como la causalidad indeterminada de un ser racional que entiende la concepción de las leyes según las cuales actúa, mientras que los objetos en la naturaleza física actúan de acuerdo

<sup>151</sup> Sobre este interesantísimo tema, véase Edmund. S. MORGAN, *La invención del pueblo. El surgimiento de la soberanía popular en Inglaterra y los Estados Unidos*, *passim*.

<sup>152</sup> Cfr. Louis DUPRÉ, *The Enlightenment and the intellectual foundations of Modern culture*, chapter 5, pp. 133-145; SCHNEEWIND, *Essays*, *op. cit.*, parte v.

<sup>153</sup> KANT, “En torno al tópico...”, *op. cit.*, pp. 10-11.

<sup>154</sup> KANT, *La metafísica...*, *op. cit.*, primera parte, Introducción, p. 13 y ss.

con las leyes, pero sin tener la concepción de ellas<sup>155</sup>. Por eso la separación entre el hombre cuya personalidad es independiente de determinaciones físicas, el *homo noumenon*, y el mismo hombre como sujeto afectado por tales determinaciones, el *homo phaenomenon*<sup>156</sup>.

De este modo, la personalidad moral no es sino la libertad de un ser racional sometido a leyes morales, por eso una persona no está sometida a otras leyes más que las que se da a sí misma. La personalidad psicológica, en cambio, es nada más que la facultad de “hacerse consciente de la identidad de sí mismo en los distintos estados de la propia existencia”<sup>157</sup>. La libertad positiva, concluye, consiste en la voluntad pura, independiente de los elementos empíricos; solo ella es el origen de la moralidad<sup>158</sup>.

En los sujetos racionales, la causalidad está en ellos mismos, esto es, autonomía, no heteronomía, porque las personas no son causalmente determinadas<sup>159</sup>. Esto hace posible el imperativo categórico en moral: la idea de la libertad por la que el hombre pertenece al mundo de la razón, de lo inteligible, por lo cual todas las acciones se podrían conformar a la autonomía de la voluntad; y que, en tanto perteneciente al mundo sensible, se deben conformar a ella. Permitásenos una extensa transcripción de un pasaje crucial de *La metafísica de las costumbres*.

“En la conciencia de un deber hacia sí mismo el hombre se considera, como sujeto de tal deber en una doble calidad: primero como ser sensible, es decir, como hombre (como perteneciente a una de las especies animales); pero luego también como ser racional (*Vernunftwesen*) (no simplemente como un ser dotado de razón (*vernünftiges Wesen*), porque la razón en su facultad teórica bien podría ser también la cualidad de un ser corporal viviente), al que ningún sentido alcanza, y que sólo se puede reconocer en las relaciones práctico-morales, en las que se hace patente la propiedad inconcebible de la libertad por el influjo de la razón sobre la voluntad internamente legisladora. Ahora bien, el hombre, como ser natural dotado de razón (*homo phaenomenon*), puede ser determinado por su razón, como causa, a realizar acciones en el mundo sensible, y con esto todavía no entra en consideración el concepto de una obligación. Pero el

<sup>155</sup> RILEY, *op. cit.*, p. 139.

<sup>156</sup> KANT, *La metafísica...*, *op. cit.*, primera parte, División de la Doctrina del Derecho, p. 51. Cfr. la distinción correlativa entre noúmeno y fenómeno de la *Crítica de la razón pura*, *op. cit.*, vol. I, parte segunda, división primera, capítulo tercero, p. 329 y ss.

<sup>157</sup> KANT, *La metafísica...*, *op. cit.*, primera parte, Introducción, p. 30.

<sup>158</sup> *Op. cit.*, pp. 26-27.

<sup>159</sup> Afirma SCHNEEWIND, *Essays...*, *op. cit.*, p. 240 y ss., que en esto consiste la revolución kantiana en moral, en que el hombre se da a sí mismo la ley mediante su voluntad racional, la razón práctica, haciendo de la moral una creación humana. En las conclusiones volveremos sobre ello.

mismo, pensado desde la perspectiva de su personalidad, es decir, como un ser dotado de libertad interna (*homo noumenon*), se considera como un ser capaz de obligación y, particularmente, de obligación hacia sí mismo (la humanidad en su persona): de modo que el hombre (considerado en el doble sentido) puede reconocer un deber hacia sí mismo, sin caer en contradicción consigo (porque no se piensa el concepto de hombre en uno y el mismo sentido)”<sup>160</sup>.

La libertad es una idea de la razón consistente en la libre voluntad que obra o actúa la ley de la razón como autodeterminación, siendo la persona el propio legislador, porque la libertad es la causa de la ley moral<sup>161</sup>. Entonces la voluntad es “la conciencia de una capacidad de ser una causa incausada”, que se afirma positivamente conformándose a la razón, “cuando va más allá de la mera libertad de causalidad a la autodeterminación mediante la razón”, en expresión de Patrick Riley<sup>162</sup>.

La dignidad de la voluntad se debe a que ella es capaz de querer un fin objetivo, que en Immanuel Kant es la dignidad del hombre considerado como un fin en sí mismo, como un fin existente e independiente de todo otro fin. El imperativo categórico cumple la función de un fin objetivo, pues si no hubiera un fin objetivo, o si fuera imposible, no habría doctrina de la ética (ni ley ni deber), pues, entonces, todo sería un medio para un fin. Sin un fin objetivo racional el hombre dejaría de ser un fin en sí mismo, sería tratado como un medio, como se argumenta en los “Principios metafísicos de la doctrina de la virtud”, la segunda parte de *La metafísica de las costumbres*.

Son pertinentes dos observaciones: en primer lugar, la objetividad del fin es, en su obra, solamente subjetiva e intersubjetiva, es la compartida convicción de que los hombres son fines en sí mismos; en segundo lugar, el autor toma como fin lo que la mente crea o propone, esto es: aquello que la razón concibe se convierte en fin preexistente<sup>163</sup>. Los fines objetivos no derivan de una inclinación natural humana (la felicidad, la necesidad, la virtud, la subsistencia, la perfección, etc.), porque en estos casos se diría que el hombre es algo completamente extraño al fin por el cual existe, cuando en verdad el hombre es un fin en sí mismo. Que es lo mismo que afirmar que la existencia del hombre comprende, de modo inherente a ella, el más elevado fin, pues en el mundo natural todo es causado salvo el

<sup>160</sup> KANT, *La metafísica...*, *op. cit.*, segunda parte, Principios Metafísicos de la Doctrina de la Virtud, primera parte, § 3, p. 276.

<sup>161</sup> Immanuel KANT, *Crítica de la razón práctica*, *op. cit.* Nota al Prólogo, p. 4: “La libertad es en todo caso la *ratio essendi* de la ley moral y la ley moral la *ratio cognoscendi* de la libertad”.

<sup>162</sup> RILEY, *op. cit.*, p. 146.

<sup>163</sup> *Op. cit.*, p. 151.



hombre, cuya voluntad es “causalidad incausada”. Por eso todas las otras cosas (o fines) le están subordinadas<sup>164</sup>.

Luego, el hombre es para sí su propio último fin; no del hombre en tanto que natural sino del hombre racional; fin en sí mismo, no medio, porque es capaz de autodeterminación. Destacó Immanuel Kant que el hombre es para sí mismo el fin último, al decir que en el mundo “el objeto más importante al cual él puede aplicarlos, es el *ser humano* [mismo]; porque él es su fin último”<sup>165</sup>.

La crítica de Georg Hegel a la ética kantiana da en el clavo: nunca justifica la validez de un contenido moral, solo muestra que determinada clase de conducta podría ser errónea si se presume un cierto contenido (que no sea la misma persona racional); la ética no consiste en el deber de perseguir un determinado contenido moral (la virtud) sino en la búsqueda del deber por sí mismo. Nunca se sabe qué es bueno en sí, sino que ciertas acciones podrían contradecir un contenido que no es tal<sup>166</sup>. A lo sumo, se trata de una ética estética e individualista, puritana: cada uno, en su autodeterminación, es autor de su propia persona conforme a la idea que tenga de su propia humanidad. Immanuel Kant es, por tanto, un precursor del personalismo hodierno.

#### EL INMANENTISMO SUBJETIVISTA MODERNO

Cabe retomar aquí algunas ideas que se expusieron al comienzo de este trabajo para comprender el lugar central que ocupa la libertad como voluntad autónoma o autorrealización, en el sistema kantiano.

El sujeto moderno no reconoce la existencia de un orden del que él forma (es) parte, un orden dado para su conocimiento (el natural) o que lo comprenda en tanto hombre (el humano). Al contrario, todo orden es el resultado de su propia racionalidad, de la capacidad subjetiva personal para representarse las cosas en una organización que su subjetividad construye<sup>167</sup>. El orden ontológico, tanto el físico como el humano, se ha disuelto, en-

<sup>164</sup> Recuérdese el texto de la *Crítica del juicio*, *op. cit.*, § LXXXIII, p. 245: “Considerando el hombre (así como todo ser racional en el mundo) como ser moral, no se puede preguntar, por qué (*quem in finem*) existe. Su existencia tiene en sí misma un fin supremo, y se puede someter a ella toda la naturaleza [...]”.

<sup>165</sup> Immanuel KANT, *Antropología en sentido pragmático*, Prólogo, p. 11.

<sup>166</sup> HEGEL, *op. cit.*, segunda parte, tercera sección, § 135, pp. 201-201. Véase FRANCISCO ELÍAS DE TEJADA, *Tratado de filosofía del derecho*, vol. 2, p. 524.

<sup>167</sup> Walter ULLMANN, *Principios de gobierno y política en la Edad Media*, p. 302, bien dice que esta idea moderna constituye una “auténtica reversión del orden tradicional de las cosas”, pues los criterios objetivos de las normas y las instituciones, inclusive la existencia de un mundo exterior al sujeto, son desplazados por “la valoración, el juicio, la evaluación subjetivas”.



tonces, en lo observable en tanto que verificable y cuantificable por el pensamiento humano.

El sujeto racional, conforme a la preceptiva del método cartesiano, se ha separado del objeto convirtiéndolo en una imagen de su propia razón<sup>168</sup>. Como la llamó Martin Heidegger, la Modernidad es la época de la “imagen del mundo”<sup>169</sup>, imagen que se construye a partir de separación cartesiana entre la *res cogitans* y la *res extensae*, que engendra otras separaciones que se han visto en Immanuel Kant: lo interior y lo exterior, lo racional y lo natural, la conciencia y el mundo, lo privado y lo público, etcétera.

#### LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD AUTOLEGISLADORA

Esta idea cartesiana tiene un momento significativo en la doctrina kantiana sobre la indeterminación moral. La voluntad autónoma kantiana se distingue de una voluntad determinada porque la autonomía presupone el actuar según un principio no determinado de la elección. Todo agente moral, en primer lugar, es el autor de la ley que obedecerá y, en segundo lugar, la ley que el agente crea para sí mismo debe ser querida como ley universal.

Esta doctrina no está exenta de dificultades interpretativas<sup>170</sup>. Si seguimos los textos del filósofo alemán, veremos que la razón individual es legisladora de la propia persona porque todo hombre racional es modelo para sí mismo, él es su propio fin; y esta autolegislación racional se convierte en una ley universal que permite a todos y a cada uno fijar sus fines y perseguirlos. Se trata de una autonomía individual que, en principio, no tiene una dimensión política, si bien el primado universal de la autonomía racional constituye un reino de fines en el que idealmente se da una cooperación de todos los individuos para lograr en armonía esos propósitos particulares.

“Pues los seres racionales están todos bajo la ley de que cada cual nunca debe tratarse a sí mismo ni tampoco a cualquier otro tan sólo como mero

<sup>168</sup> Sobre esta autoconstitución de la Modernidad, véase BLUMENBERG, *op. cit.*, *passim* y Louis DUPRÉ, *Passage to modernity. An essay on the hermeneutics of nature and culture*, *passim*.

<sup>169</sup> Martin HEIDEGGER, “La época de la imagen del mundo”, pp. 75-109.

<sup>170</sup> En la excelente historia de J. B. SCHNEEWIND, *The invention of autonomy. A history of modern moral philosophy*, Immanuel Kant es la figura central por ser el inventor de la moderna autonomía como moralidad del autogobierno. Sobre la autonomía en Immanuel Kant, cfr. SCHNEEWIND, *Essays...*, *op. cit.*, especialmente el capítulo 14, p. 248 y ss.; Paul GUYER, “Kant on the theory and practice of autonomy”, pp. 70-98; Paul GUYER, “Freedom: will, autonomy”, chapter 5 y Jerrold SEIGEL, *The idea of the self. Thought and experience in Western Europe since the seventeenth century*, chapter. 9.

medio, sino siempre y al mismo tiempo como un fin en sí mismo. Mas de aquí nace una conjunción sistemática de los seres racionales merced a leyes objetivas comunes, esto es, nace un reino que, como dichas leyes tienen justamente por propósito la relación de tales seres entre sí como fines y medios, puede ser llamado un reino de los fines (que, claro está, sólo es un ideal)<sup>171</sup>.

Pero el armonioso sistema racional no cierra sin la institución de la república ilustrada. Y de este modo, debe pasar de la autonomía personal a la autonomía colectiva, ahora desde el ángulo de la *mora pura*. Veamos.

La libertad como “no dominación” es esbozada por Immanuel Kant en diversos lugares de sus obras, especialmente cuando distingue dos clases de libertad: la de elección y la de acción. Por “libertad de elección” entiende la facultad racional de los individuos para determinar sus fines sin que esa elección sea obstruida por sus inclinaciones, deseos y pasiones; se trata del concepto trascendental de la libertad. La libertad de acción, por su parte, es la capacidad individual de elegir y perseguir los fines propios con independencia del dominio de otras personas; esta es la autonomía, la libertad en sentido práctico. La primera, la libertad de la voluntad, o libertad trascendental, es una condición para la segunda, prepara la autonomía personal, porque, se ha repetido, no es libre quien actúa bajo el imperio de sus inclinaciones, necesidades o pasiones. Sin embargo, la libertad trascendental no basta para que el individuo sea autónomo y se autodetermine, es necesario que se convierta en “no dominación”<sup>172</sup>.

La autonomía de la voluntad (su bondad) consiste, primero, en la capacidad racional de distinguir lo que debemos hacer, entendiendo por “deber” lo que hemos establecido como bueno para nosotros (libertad en sentido trascendental); y también, segundo, en el comportarnos de la manera establecida (libertad en sentido práctico). La autonomía reside, entonces, en la facultad racional de autolegislación y en el seguimiento de las normas de conducta que nos hemos dado nosotros mismos. Autónoma es la persona que no solo concibe con libertad sus fines, sino que, además, con igual libertad los persigue.

La voluntad está diseñada por la naturaleza para dar leyes universales, no en atención del beneficio propio (la felicidad, por ejemplo). La voluntad autónoma es la que se determina a sí misma por leyes que reconocen fines objetivos (el hombre mismo en virtud de su dignidad). Será heterónoma si sus fines son meramente contingentes de acuerdo con una máxima, regla subjetiva o autoimpuesta. Esto diferencia al hombre racional (noumeno) y

<sup>171</sup> KANT, *Fundamentación...*, *op. cit.*, p. 146.

<sup>172</sup> Immanuel KANT, *Lecciones de ética*, pp. 161-166; 169-175, 178-187.

la animal (fenómeno), tantas veces martillada. El razonamiento es paralelo al concepto de Ilustración: la autonomía se diría pensar por uno mismo, la heteronomía radicaría en el estar la propia razón bajo el yugo de tutores.

“La autonomía de la voluntad es el único principio de todas las leyes morales y de los deberes que les corresponden; por el contrario, toda heteronomía del arbitrio no sólo no funda obligación alguna, sino que es contraria a este principio y a la moralidad de la voluntad”<sup>173</sup>.

La autolegislación, que funda la libertad, es válida para todo ser racional que puede hacer de su norma una ley universalmente válida<sup>174</sup>. La voluntad libre “debe” elegir el principio de autonomía para la acción, ya que solo este principio conserva la espontaneidad de la voluntad<sup>175</sup>. Y, como hemos visto, la espontaneidad no necesita de un contenido específico de la acción: la voluntad elige una ley por sí misma, bastando ello para ser autónoma, moral.

Quisiéramos resaltar la enorme actualidad de esta doctrina. Immanuel Kant, al contraponer autonomía a dependencia, ratifica que la forma acabada de la libertad consiste en la fidelidad a uno mismo –lo que John Stuart Mill llamó autenticidad–, por la cual el sujeto racional es modelo de sí, o como hoy suele decirse, su identidad consiste en un hacerse a sí mismo. Tal el principio clave del personalismo: el hombre es un fin sí mismo y está disponible a la voluntad del mismo hombre.

#### *DE LA AUTONOMÍA PERSONAL A LA AUTONOMÍA POLÍTICA*

Immanuel Kant, un liberal racionalista ilustrado, fue precursor de un individualismo cosmopolita y universalista. Dada su preocupación por la humanidad, necesariamente debió concebir la conexión entre la autonomía del individuo –la no dominación que resiste la imposición de los poderes heterónomos– y el derecho del pueblo al autogobierno, es decir, a su autonomía política. Ambas son la misma autonomía, se alimentan de la misma fuente, de “la libertad frente a la coerción, frente a la determinación de algo que uno no puede controlar”, en palabras de Isaiah Berlin<sup>176</sup>. Para

<sup>173</sup> KANT, *Crítica de la razón práctica*, op. cit., libro I, capítulo I, § 8, p. 38.

<sup>174</sup> La Ley fundamental de la razón pura práctica consiste en la norma de la universal autolegislación: “Actúa de modo que la máxima de tu voluntad pueda, al mismo tiempo, valer siempre como principio de una legislación universal”, op. cit., § 7, p. 35.

<sup>175</sup> Christine KORSGAARD, “Morality as freedom”, pp. 23-48.

<sup>176</sup> Isaiah BERLIN, *El sentido de la realidad. Sobre las ideas y su historia*, p. 339.

Immanuel Kant la voluntad legisladora del individuo lo hace soberano, es decir, no sujeto a la voluntad de otros. De ahí la tesis de la dignidad humana, pues la persona no es un medio sino un fin en sí mismo, un fin objetivo y no solo subjetivo, fin universal y no particular, que Immanuel Kant repite hasta el hartazgo<sup>177</sup>.

De aquí se sigue que la idea de la voluntad de todo ser racional, que es una “voluntad universalmente legisladora”<sup>178</sup>, es el principio fundamental tanto de la ética cuanto de la política. Es un imperativo categórico, esto es, un principio de universalidad, pues ninguna voluntad particular puede ser legisladora para una comunidad, en especial en el momento de su constitución. El pacto originario, que ya tratamos, fuerza a relacionar la autonomía de la sociedad civil y la de los individuos. Hay que recordar un texto ya citado, al que recurre en varias ocasiones:

“El estado civil [...] como estado jurídico, se funda en los siguientes principios *a priori*: 1. La *libertad*, de cada miembro de la sociedad, en cuanto *hombre*. 2. La *igualdad* de éste con cualquier otro, en cuanto *súbdito*. 3. La *independencia* de cada miembro de una *comunidad*, en cuanto *ciudadano*”<sup>179</sup>.

La libertad negativa, que consiste en la autodeterminación según la autolegislación de la voluntad racional, es, para este intelectual, absoluta; por otro lado, la independencia hace de cada ciudadano un colegislador, de modo que, en el momento constitutivo de la sociedad política, se entremezclan ambas autonomías legiferantes, la de cada individuo para sí y la del pueblo devenido república. Sin embargo, la formulación kantiana contiene un aspecto problemático por incierto: si fuera “simplemente posible”, dice que el pueblo prestase su conformidad a una ley pública (como puede ser el contrato original), entonces –continúa– se deberá tener por legítima la ley, aun cuando cada individuo, teniendo mejor conocimiento o posición actual, “probablemente denegaría su conformidad”.

<sup>177</sup> Por caso, KANT, “Probable inicio...”, *op. cit.*, p. 64, sostiene que la razón, que saca al hombre de la naturaleza, de la animalidad, lo iguala con todos los seres racionales, “en lo tocante a la pretensión de *ser un fin en sí mismo*, de ser valorado como tal por los demás y no ser utilizado meramente como medio para otros fines”. O el célebre pasaje de la *Fundamentación...*, *op. cit.*, p. 137: “El hombre y en general todo ser racional *existe* como un fin en sí mismo, *no simplemente como un medio* para ser utilizado discrecionalmente por esta o aquella voluntad, sino que tanto en las acciones orientadas hacia sí mismo como en las dirigidas hacia otros seres racionales el hombre ha de ser considerado siempre *al mismo tiempo como un fin*”.

<sup>178</sup> La idea dominante en el reino de la práctica es la autonomía de la voluntad legisladora, según se repite en *La metafísica de las costumbres*.

<sup>179</sup> KANT, “En torno al tópico...”, *op. cit.*, p. 27; *La metafísica...*, *op. cit.*, segunda parte de la Doctrina del Derecho, sección primera, § 46, p. 143 y en *Sobre la paz...*, *op. cit.*, segunda sección, primer artículo definitivo de la paz perpetua, pp. 15-16.

Vemos que hace esta afirmación luego de haber afirmado que el contrato originario es una mera idea, una hipótesis de la razón, indispensable en la práctica para poder explicar que el legislador sanciona leyes como provenientes de la voluntad popular unida, y considerar que cada súbdito obedecerá la ley “como si hubiera expresado su acuerdo con una voluntad tal”. Entonces viene el pasaje que queremos comentar. Dice así:

“Pues ahí se halla la piedra de toque de la legitimidad de toda ley pública. Si esa ley es de tal índole que resultara *imposible* a todo un pueblo otorgarle su conformidad (como sucedería, por ejemplo, en el caso de que cierta clase de *súbditos* hubiera de poseer el privilegio hereditario del *rango señorial*), entonces no es legítima; pero si es *simplemente posible* que un pueblo se muestre conforme con ella, entonces constituirá un deber tenerla por legítima, aun en el supuesto de que el pueblo estuviese ahora en una situación o disposición de pensamiento tales que, si se le consultara al respecto, probablemente denegaría su conformidad”<sup>180</sup>.

Analicemos el texto transcrito. Allí se afirma que si fuera “imposible” al pueblo todo consentir la ley, la constitucional, en la que se basa la autonomía política, entonces sería ilegítima. En cambio, si fuera “simplemente posible” que la consintiera, la constitución o ley tendrían legitimidad absoluta; y seguirían siendo legítimas si las condiciones o los pensamientos populares cambiaran, inclinándose después posiblemente por negar el consentimiento. Es así porque el consentimiento es hipotético, ficticio, supuesto. No hay consentimiento real o actual. La autonomía política, que es la legitimidad del gobierno y la constitucional, se sostiene en una idea o “sospecha” favorable, que no puede variarse, aunque con el tiempo se sospeche lo contrario. La autonomía estatal ha quedado sellada con un nuevo candado.

No quitemos mérito a su ingenio. Sabemos ya que el contrato social es una ficción; que la constitución republicana se sostiene en esa ficción; y que el consentimiento popular, esto es, del pueblo constituyente, también es ficticio. Agreguemos lo dicho sobre la imposibilidad de cuestionar las ficciones y de resistir al poder, incluso en caso de despotismo, de modo que el pueblo no puede más que obedecer. El Estado absoluto, la razón de Estado racionalmente concebida.

Al hacer uso de su razón compatibiliza las dos autonomías de un modo hipotético: “suponiendo” que el consentimiento de los individuos autónomos produce la ley o constitución (consentimiento que también se “supone”). De este modo traslada la autonomía individual a la esfera

<sup>180</sup> KANT, “En torno al tópicico...”, *op. cit.*, Conclusión, p. 37.

estatal, haciendo que los individuos autónomos sean también estatalmente libres, de manera que la autonomía de la república es un reflejo o corolario de la autonomía de los individuos que la constituyen. Todo el edificio reposa en una “presunción” y en una “sospecha”, pues la justicia de la autodeterminación política que se plasma en la constitución republicana se resuelve en un consentimiento presunto; y la ley es producto de tal hipotético consentimiento.

Vale la pena retener el argumento kantiano porque sustenta todas las teorías contemporáneas de la legitimidad republicana o democrática: la conjetura, la ficción, de que la ley del Estado es sancionada por los individuos mismos; la hipótesis, la suposición de que la ley de la voluntad general lo es también de las voluntades particulares. Nada es real, todo es virtual, por aparente, no real<sup>181</sup>.

Así cierra el cuadro de la Ilustración diseñado por Immanuel Kant. El filósofo que piensa por sí mismo, en el ejercicio público de la libertad de su razón, ha construido una república ideal que, podemos decir, es una mejora respecto del despotismo. Lo mejor está en suponer que los individuos autónomos se han obligado a someterse a la ley que, suponemos, ellos se han dado en una sociedad política que han convencionalmente constituido de una manera hipotética. Uno supondría que se trata de un progreso tanto moral como legal. Pero no. Immanuel Kant entiende que lo que se gana en la vida civil:

“[...] No [es] una cantidad siempre creciente de *moralidad* en el sentir [*in der Gesinnung*], sino un aumento de los productos de su *legalidad* en acciones conformes a deber, cualesquiera sean los móviles que las ocasionen [...]”<sup>182</sup>.

De esta forma, el autor es consecuente con el egoísmo que ha puesto en la base de la motivación de los individuos. Las exigencias de la vida civil no significan progreso alguno en la conducta moral de las personas, pero sí un incremento en los mecanismos legales para que las acciones (normas, decisiones) sean más adecuadas en el reino de los fines, es decir, atendiendo a los efectos prácticos en vista de la moralidad, por la adecuación de la voluntad individual al deber impuesto por voluntad colectiva.

Bien vale preguntarnos, ¿es así como la naturaleza opera, lo quieran o no los individuos? La naturaleza, ¿no se ha mudado en el Estado? El mecanismo natural que a la larga acomoda las diferentes cargas y las ar-

<sup>181</sup> Cfr. Francesco GENTILE, *El ordenamiento jurídico, entre la virtualidad y la realidad*, *passim*.

<sup>182</sup> KANT, “Reiteración...”, *op. cit.*, p. 96.

moniza, ¿no es replicado o reduplicado por el mecanismo estatal que con sus leyes coercitivas compensa las tendencias negativas con contrapesos positivos hechos de imposiciones? La mano invisible del orden espontáneo de la naturaleza ha devenido el brazo firme del mecanismo estatal, que funciona con premios y castigos, Thomas Hobbes *dixit*.

Todo el monumento kantiano remata en una gran paradoja: construido para celebrar la autonomía de la voluntad en un sistema moral de vacío relativismo subjetivista, acaba por admitir que la insociable sociabilidad exige una secuencia mecánica de presunciones: presumir la necesidad del Estado, presumir la legalidad de las acciones estatales, presumir que todo es consentido; presunciones que finalmente concluyen en el reconocimiento de que, bajo el imperio de la estatalidad, no habrá una mejora de la autonomía personal (de la moralidad), sino un progreso en términos de estatalidad-legalidad, que, de carambola, puede hacer que la vida moral adelante. Immanuel Kant está más próximo a Jean-Jacques Rousseau de lo que él creía<sup>183</sup>.

#### IV. Consideraciones finales

Muchos intérpretes de Immanuel Kant entienden que, con su concepción progresista de la historia y su confianza en la ilustración del gobierno y el pueblo, esperaba casi proféticamente que en el futuro se corregirían todos los errores y vicios que frenaban el progreso y estorbaban la constitución republicana, alcanzándose lenta y después de todo, la meta cosmopolita de una civilización ilustrada. No cabe duda, por otra parte, que ha sido (y sigue siendo) uno de los filósofos que ha inspirado nuestras instituciones, nuestros valores culturales, al haber insuflado el espíritu que alienta la vida de nuestras sociedades: la dignidad humana, el hombre tomado como fin<sup>184</sup>.

Pues bien, por ambos motivos, corresponde hacer un balance, preguntándonos adónde nos ha llevado la Ilustración kantiana, pues hoy esa

<sup>183</sup> Véase SEIGEL, *op. cit.*, p. 299 ss. Cfr. Alexander KAUFMAN, "Reason, self-legislation and legitimacy: conceptions of freedom in the political thought of Rousseau and Kant", pp. 25-52, que interpreta mejor a este autor que a Jean-Jacques Rousseau.

<sup>184</sup> En el párrafo final de su "Respuesta...", *op. cit.*, p. 39, escribió Immanuel Kant: "Una vez que la Naturaleza, bajo esta dura cáscara, ha desarrollado la semilla que cuida con extrema ternura, es decir, la inclinación y disposición al *libre pensamiento*, ese hecho repercute gradualmente sobre el modo de sentir del pueblo (con lo cual éste va siendo poco a poco más capaz de una *libertad de obrar*) y hasta en los principios de *gobierno* que encuentra como provechoso tratar al hombre conforme a su dignidad, puesto que es algo más que una *máquina*".



Ilustración se ha convertido en algo más que una pregunta; es un problema serio. Para cerrar, entonces, trataremos de hacer algunas puntualizaciones.

1. ¿Hemos alcanzado la mayoría de edad? Tras más de dos siglos del triunfo de las ideas ilustradas, ¿somos maduros? Nuestras sociedades, sostenidas en las máximas de la Ilustración, ¿han llegado a un estadio de progreso? Progreso que deberíamos medir y pesar, para comenzar, legalmente, como demandaba Immanuel Kant. Si hay una mejora en términos jurídicos, ¿ha acarreado alguna mejora moral?

Lo primero que podría hacerse es acudir a una observación honesta de la realidad. Nuestra madurez jurídica se ha traducido en un enjambre legislativo, en una abundancia obstinada y obesa de leyes y reglamentaciones locales, nacionales, estatales, internacionales y globales, que constituye un progreso en función de la cantidad de disposiciones más que de su calidad. Regulaciones no pocas veces contradictorias que hacen tambalear a las repúblicas reales inspiradas en la república pura. El hecho es que esta madeja normativa no atiende a la justicia –que es el fin del derecho– sino, más bien, a la regulación de la vida humana, como quería Immanuel Kant, que otras tantas veces se manifiesta como una desregulación.

Además, la lograda mayoría de edad parece haber pagado el precio de una alta y creciente inmoralidad si se la juzga conforme a los cánones tradicionales. El derecho, y las actividades que regla o desregla, ya no dice de la justicia ni de criterio moral alguno. Huelgan los ejemplos, que omitimos por obvias razones. No nos atreveríamos a juzgar con optimismo este cuadro. Antes bien, la idea kantiana del progreso de la legalidad se ha hecho a costa de la moralidad y de la juridicidad<sup>185</sup>. Fruto de la separación realizada por el filósofo.

2. Hemos llegado a este punto siguiendo la primacía de la razón como estándar crítico y último de todo ámbito y accionar humano, de la intimidad a la política, del individualismo al cosmopolitismo. Cabría, entonces, averiguar si la razón tiene un patrón crítico. Si dejamos de lado el imperio de las pasiones que hoy se observa, habría que afirmar que la Ilustración ha hecho de la razón autónoma su propio modelo. Es el absolutismo de la razón

---

<sup>185</sup> Remitimos, por la precisión y agudeza de sus juicios, a tres libros de Danilo CASTELLANO, *Ordine etico e diritto; Quale diritto? Su fonti, forme, fundamento della juridicità y Del diritto e della legge. Oltre la legalità della Modernità e il diritto come "pretesa" della Postmodernità*.



que Johann Georg Hamann, un contemporáneo de Immanuel Kant, denunciara enfáticamente, el purismo de una razón que no acepta ningún presupuesto<sup>186</sup>.

No se podía pedir otra regla o medida, pues en lo denunciado por Johann G. Hamann consiste la Ilustración. Lo explica Hans Blumenberg:

“Se haría sospechosa [en la Modernidad] la adquisición intelectual mediante algo así como un *traspaso*, en el sentido más amplio del término. Esto pertenece también al complejo de cosas que tienen que ver con la autoafirmación de la razón, que se opone aquí a una agudización extrema del factor *gracia* en la teología y en sus equivalentes filosóficos (desde la *illuminatio* hasta el *concursus*). Su postulado es la autopropiedad de la verdad mediante la autoproducción de la misma. El saber mediante la mera enseñanza se convierte en una forma derivada del saber proveniente de la posesión de la verdad, que todo sujeto racional podría hacer suya mediante su propia labor cognoscitiva”<sup>187</sup>.

Cuando llevó a cabo su “revolución copernicana” encumbró a la razón por sobre la realidad, barriendo a sus pies todo aquello en lo que otrora se empinara, desde la gracia divina a la tradición humana; a partir entonces la razón se posee a sí misma y en soledad, y en la experiencia de ese insociable autodominio, onanista o anacoreta, ha pervertido antes que construido. Con Immanuel Kant no se puede salir de la subjetividad, aunque se la conciba como intersubjetividad o subjetividad reflexiva<sup>188</sup>.

Es cierto que advirtió que la razón “no tiene autoridad dictatorial”, porque su sentencia “es siempre solo el consenso de

<sup>186</sup> Johann Georg HAMANN, “Carta a Christian Jacob Kraus” (1784), seguida de “La metacrítica sobre el purismo de la razón pura”. La crítica de Johann Hamann al absolutismo de la razón kantiana puede prolongarse en la crítica, mucho más extensa y severa, de Heinrich Friedrich Jacobi en su disputa con Gotthold Lessing acerca de la filosofía de Baruch de Spinoza que embarga el decir de los ilustrados berlineses, a los que acusa de conducir al irracionalismo. Se puede consultar en Heinrich Friedrich JACOBI, “Sobre la doctrina de Spinoza en cartas al señor Moses Mendelssohn”.

<sup>187</sup> BLUMENBERG, *op. cit.*, p. 78.

<sup>188</sup> Afirma la kantiana Onora O’NEILL, “Enlightenment as autonomy: Kant’s vindication of reason”, p. 194: “Nada ha de contar como principio de la razón si exige la sumisión a una autoridad injustificada; cualquier cosa que cuente como un principio de la razón debe ser aquello que todos puedan seguir. Los principios de la razón son aquellos que pueden garantizar la posibilidad de la intersubjetividad. Kant no fundamenta la razón en el consenso real, ni en el acuerdo y los estándares de ninguna comunidad histórica; la fundamenta en el repudio de principios que excluyen la posibilidad de una interacción y comunicación abiertas”.

ciudadanos libres, cada uno de los cuales debe poder expresar sin reservas sus escrúpulos e incluso su *veto*<sup>189</sup>. Pero el argumento no nos libra del cerco de la razón, de una razón que toma de sí misma los principios y las máximas para abordar la realidad y construirla, porque ha eliminado todo contenido del ser, volviéndolo inmanente y haciéndose ella el fundamento del ser.

3. La razón que piensa por sí misma es “incontinente”. Immanuel Kant se rebeló contra la dependencia de la razón, del pensamiento. Pero esa razón libre y carente de supuestos y de maestros, esa razón que es maestra en inventar sus supuestos, se ha degradado de varias maneras. Para comenzar, esa misma razón esgrimida en público, lejos de ser la razón adulta que por sí misma piensa, fue y es una razón imitadora, mimética. Así desde el siglo XVIII. En Inglaterra se imitaban las ideas de John Locke o de Jeremy Bentham; en Alemania, las de Immanuel Kant, Georg Hegel o de Johann Fichte; en Francia, las de Montesquieu o las de Jean-Jacques Rousseau; en Estados Unidos de Norteamérica, las de Thomas Jefferson o las de James Madison. En Hispanoamérica se copió las ideas de todos, las de John Locke y las de Jeremy Bentham, las de Immanuel Kant, las de Georg Hegel y las de Johann Fichte, las de Montesquieu y las de Jean-Jacques Rousseau, las de Thomas Jefferson y las de James Madison. Y a partir del siglo XX, el cosmopolitismo kantiano ha llevado a la incontinente réplica de las ideas democráticas dominantes hasta el imperialismo del pensamiento único.

Y como el que copia o imita no tiene necesidad de denunciar el *copyright*, en estos días cualquiera es autor de ideas para ilustrarnos. Todo ha devenido en uso público de la razón: la razón pública es la de los políticos, de no importa qué partido; la de los periodistas, de cualquier medio; la de los intelectuales, ideólogos y propagandistas a la moda, etc., porque hoy cualquiera es filósofo o maestro, y todos quieren educar, corregir, enseñar. La utopía de la república literaria kantiana encarna hoy en una democracia de opinadores y regentes de toda clase que dicen representar la voluntad del pueblo o el espíritu de la humanidad<sup>190</sup>. El pensa-

<sup>189</sup> KANT, *Crítica de la razón pura*, op. cit., capítulo 1, p. 766.

<sup>190</sup> Ya advirtió que no todos los tutores o guardianes o gobernantes o intelectuales son malos, los hay buenos: los ilustrados. Tal la paradoja kantiana: comienza criticando toda autoridad y termina recomendando el poder de los filósofos como guías del pueblo inmaduro. Pero, ¿quiénes son los actuales tutores y educadores, esos que replican el rey/filósofo de Platón?

miento se ha tornado cautivo<sup>191</sup>. Dejó la cueva platónica, pero conservó las cadenas.

Un ilustrado de nuestros días podrá decir que esto no es Ilustración, que es lo contrario de ella, que Immanuel Kant nos ha advertido ya de los “tutores incapaces de suyo de toda ilustración”<sup>192</sup>. Pero lo cierto es que a este resultado nos ha traído la Ilustración con sus oleadas. En palabras de Reinhart Koselleck, “el veredicto autónomo de los ciudadanos” se ha constituido en el poder social, y “la constante ejecución y consumación de la censura moral” hace de la crítica ciudadana la ley de la sociedad.

“El veredicto de los ciudadanos, que se justifica a sí mismo como justo y verdadero, esto es, la censura, la crítica, se convierte en el poder ejecutivo de la nueva sociedad”<sup>193</sup>.

Siguiendo el imperativo kantiano, la razón pública de los hombres públicos ya no está contenida por la conciencia moral de tinte religioso, porque la conciencia se ha secularizado y la razón, que en el siglo XVIII se desplegó públicamente en la forma de la moral burguesa y profana, hoy es el instrumento de todo tipo de pasiones e intereses, también de librepensamientos. En su movimiento dialéctico, que va de la razón privada a la razón pública, la política se vació primero de la religión y luego de la moral y por último de la razón misma.

4. José Luis Villacañas afirma que Immanuel Kant no sigue a Jean-Jacques Rousseau, pues no introduce, *Deus ex machina*, al “legislador” para solucionar el problema político-constitucional, el convertir la soberanía en ley; Immanuel Kant, dice, apuesta a la educación política, a un poder constituyente ilustrado<sup>194</sup>. Sin embargo, en lo que no repara José L. Villacañas es que el artilugio kantiano es también mítico-místico-ficticio. Nos preguntamos, ¿de dónde saldrá ese pueblo de ciudadanos ilustrados sino de una idealización de la comunidad política, de una república pura e irreal? Porque si se atendiera a la comunidad política real, habría que decir que solamente los doctos están

<sup>191</sup> Antoon BRAECKMAN, “The moral inevitability of Enlightenment and the precariousness of the moment: reading Kant’s ‘What Is Enlightenment?’”, pp. 291-294.

<sup>192</sup> KANT, “Respuesta...”, *op. cit.*, p. 34.

<sup>193</sup> KOSELLECK, *op. cit.*, pp. 101-102.

<sup>194</sup> VILLACAÑAS, *op. cit.*, p. 40 y ss.

en condiciones de representar a todo el pueblo en la función constituyente, tanto en aquellos tiempos como en el nuestro. La ficción de la ilustración popular remata en la tutela bien real de los ilustrados y libres sobre una masa ignara, infantil, esclavizada.

La puesta de Immanuel Kant es secularizar la ya secularizada puesta de Jean-Jacques Rousseau. Immanuel Kant, como otros modernos, procura reemplazar el control sobrenatural de la religión por el político estatal, asociando poder político y filosofía, el gobernante secular a la razón ilustrada de los filósofos. Tal la nueva mediación política que avizoraron los ilustrados y que este autor muestra en grado sumo: una nueva élite que se dice docta y se acopla a la soberanía, dándole el barniz de sabia, culta, representativa. Por un lado, el pensamiento de dimensión universal, por el otro, la voluntad particular de poder.

5. El hombre y el Estado, ¿pueden ambos ser un fin en sí mismo? La república convencional propuesta por el filósofo es la que saca a los hombres de su originario constitutivo patológico (el individualismo bélico) y los convierte en un todo moral, es decir, social<sup>195</sup>. Hay que reparar en el significado de esta tesis kantiana, que es común a la Modernidad toda. La antropogénesis, la autocreación del hombre por el pensamiento libre, se vuelve también, si se nos permite el término, en ‘estadogénesis’, en la autocreación del Estado republicano por el librepensamiento.

Por eso, si nos preguntamos por el “primer motor” en Immanuel Kant, que no es inmóvil como el aristotélico; si nos preguntamos, ¿cuál es ese primer motor que pone en movimiento las poleas y los engranajes de la gran maquinaria kantiana?, deberíamos responder que es la libertad humana entendida como autonomía individual pendiente de la autonomía del Estado. El Estado constitucional republicano es el motor de la maquinaria emancipatoria del proyecto ilustrado kantiano. El Estado es el que genera el desarrollo de la libertad humana porque es un mecanismo racional, no un producto de la naturaleza, sino de la razón y la voluntad de los hombres. El propio autor lo afirma

---

<sup>195</sup> KANT, “Idea de una historia...”, *op. cit.*, Cuarto Principio, pp. 21-22: “Mediante una ilustración continua se inicia la fundamentación de una clase de pensamiento que, con el tiempo, puede transformar la grosera disposición natural en discernimiento ético, en principios prácticos determinados y, de ese modo, convertir el acuerdo de establecer una sociedad, *patológicamente* provocada, en un todo *moral*”.

cuando sugiere –lo hemos leído ya– que el Estado republicano constitucional es la condición racional para salir del estado natural de libertad salvaje. Quitemos el Estado, ¿qué queda? El salvajismo de la libertad absoluta, la pérdida de la autonomía moral, el retorno a la superstición y el entusiasmo, el despotismo, la guerra.

El Estado, la república liberal kantiana, permite que hacia su interior se manifiesten las tensiones propias de la libertad de individuos que compiten entre sí; esto es, el egoísmo de la insociable sociabilidad humana. Pero les pone el límite de su propia existencia, del egoísmo cercado por la obediencia al soberano, la autopreservación del Estado, que, como vio Thomas Hobbes, es el máximo egoísta desde que es el rey de los soberbios.

El Estado, entonces, no deja de ser absoluto, porque después de abandonar el primitivo intento del despotismo ilustrado acaudado en Federico II, se alcanza el absolutismo popular, llámese republicano o democrático o patriótico. Variaciones todas del despotismo estatal, encarnado antes en el príncipe paternalista –la Ilustración sin liberalismo– y más tarde en el pueblo de ciudadanos soberanos –la Ilustración liberal. Pero, entonces, la moralidad, que es el del bien humano, queda subordinada a la legalidad o, si se quiere, a los derechos individuales. El bien del hombre lo determina finalmente el Estado que reconoce o concede los derechos y que solo exige la obediencia sin resistencia a sus disposiciones.

6. El método kantiano, que es el de la Modernidad, no es otro que el “arte de la separación” en el que se funda la filosofía moderna<sup>196</sup>. En el texto hemos visto repetidamente este procedimiento: Immanuel Kant separa el hombre real (fenoménico) del hombre ideal (nouménico); la religión de la moralidad; la moralidad de la virtud; la moral del derecho; lo empírico de lo racional; la felicidad del deber; el derecho de la justicia; el ciudadano del súbdito; lo privado de lo público; etcétera.

Todas las antinomias del arte de la separación se fundan en la desnaturación del hombre que se hace racional y, por lo tanto, libre cuando se humaniza a sí mismo, creándose a sí mismo, en el acto de pensar, que lo arranca de la naturaleza y lo pone en

<sup>196</sup> KANT, “En torno al tópico...”, *op. cit.*, p. 15 y ss. Immanuel Kant separa artísticamente la virtud de la felicidad, el deber moral de la naturaleza y el derecho de la justicia, excluyendo los fines; y así queda nada más que el deber desinteresado.

la historia como campo librado a su libertad<sup>197</sup>, a la ilimitación de sus posibilidades.

7. El edificio kantiano, no nos cansaremos de recalcarlo, se sostiene en ficciones, que son una especie de mental arte de sutura de una realidad desmembrada por el arte de la separación. Penetrar en su filosofía es adentrarse en un universo de suposiciones, de construcciones hipotéticas. La razón que activa su función visceral, el pensar, es una razón que imagina, que inventa; por eso representa la cumbre del convencionalismo llevándolo al extremo absoluto, que en los días que corren pone en duda la propia identidad personal, convirtiéndola en una ficción mudable conforme al uso de la razón, al pensamiento que piensa por sí mismo.

El principio de inmanencia, que configura la Modernidad en su más íntimo pliegue, tiene en Immanuel Kant un expositor decisivo: a partir de la inmanencia del filosofar, se progresa en la inmanencia de la moral, de la religión, del derecho y de la política. El hombre, que ha hecho de sí el principio de la verdad (el *cogito*), hace también de sí el principio de la moralidad (el *voló*)<sup>198</sup>. Ahora bien, por su no correlato con el ser, la inmanencia racionalista conduce a la virtualidad de las construcciones ilustradas.

El culto a la razón acaba en un fetichismo de la razón, y este lleva a una suerte de clericalismo racionalista con su templo rebosante de sacerdotes, sus reliquias, sus dispensadores de gracia, sus sacramentos y sus credos<sup>199</sup>. El fetiche de la razón no es solo algo falso, es la perversión absoluta, la muerte de la razón y con ella de la religión (la religión de la razón, por cierto). El fetichismo de la razón es la más abominable condición de tutela y sumisión del ser humano, porque es de raíz demoníaca.

8. La razón que se funda libremente a sí misma y que ejerce esa libertad de forma omnímoda, es la versión kantiana de la libertad negativa, que hace las veces de piedra angular de su sistema,

---

<sup>197</sup> VILLACANAS, *op. cit.*, p. 64: "La Ilustración, así, supone una previsión básica, la de una retirada, la de un abandono de la naturaleza, como la Reforma supuso un Dios que se escondía. Todo infante humano transita desde la animalidad que ya no es, a la libertad racional que todavía no es. La historia no es el terreno ni de la animalidad ni de la libertad. Es el terreno de una antropogénesis nunca iniciada ni nunca concluida, porque, como diría Ramon Llull, el ser humano es el ser que se humaniza".

<sup>198</sup> FABRO, *op. cit.*, vol. 1, p. 190.

<sup>199</sup> Uso de las expresiones que escribí en *La religión...*, *op. cit.*, parte, 2ª sección 3, p. 170 y ss.

porque pretende que vincule lo privado con lo público, la libertad con la obediencia, el súbdito con el ciudadano; libertad negativa que es fundamento y bóveda de la construcción, porque es el fin al que se tiende, la meta que se quiere.

Hay que insistir en esta paradoja de la libertad negativa: la no dominación remata en el dominio del Estado. Immanuel Kant parte de la esquizofrenia de la libertad negativa:

“La *libertad* en cuanto hombre, cuyo principio para la constitución de una comunidad expreso yo en la fórmula: ‘Nadie me puede obligar a ser feliz a su modo (tal como él se imagina el bienestar de otros hombres), sino que es lícito a cada uno buscar su felicidad por el camino que mejor le parezca, siempre y cuando no cause perjuicio a la libertad de los demás para pretender un fin semejante, libertad que puede coexistir con la libertad de todos según una posible ley universal (esto es, coexistir con ese derecho del otro)’ ”<sup>200</sup>.

Y, de inmediato, se da cuenta que esa libertad incoercible produce el caos porque incita a la desobediencia. Entonces, presenta el remedio, la “razón de Estado”, que es llamada ley de la salud pública en vista de la libertad general:

“La sentencia *salus publica suprema civitatis lex est* conserva íntegramente su valor y su crédito; pero la salud pública que se ha de tomar en consideración *ante todo* es precisamente aquella constitución legal que garantiza a cada uno su libertad por medio de leyes, con lo cual cada uno sigue siendo dueño de buscar su felicidad por el camino que mejor le parezca, siempre y cuando no perjudique a esa legítima libertad general y, por tanto, al derecho de los otros cosúbditos”<sup>201</sup>.

Así es como el pensamiento virtual, mecanicista, produce un orden también virtual, vía contrato social, que se convierte en una maquinaria de control social.

9. A nuestro juicio, encuentra el nacimiento de la subjetividad, que lleva a la inmanencia del conocer y del querer, en el pecado. Asimismo, ha dicho, expurgando en los orígenes de la historia humana con apoyo en el relato bíblico, que el hombre deja de ser bruto y torpe después del pecado original, que la expulsión del Paraíso importó el paso del hombre animal al hombre racional.

Ahora bien, el hombre racional es el hombre autónomo, es decir, libre, que en el uso de la razón elabora leyes para conocer

<sup>200</sup> KANT, “En torno al tópico...”, *op. cit.*, p. 27.

<sup>201</sup> *Op. cit.*, Conclusión, p. 38.



el mundo exterior y otras leyes para construir un mundo moral y, en consecuencia, el mundo del derecho y la política. Pero el hombre moral, autónomo, es hijo del pecado que lo ha hecho libre y el Estado, que tiene la tarea de calzar esa libertad con la legalidad, es también criatura del pecado.

Por eso Immanuel Kant dice que la verdad es el hombre mismo, porque el hombre racional, nacido de la soberbia del *non serviam*, no puede ni debe tener más verdad que él mismo; no puede ni debe tener más fin que él mismo. La libertad se sirve a sí misma, ella es su propio fin. Ha escrito que su república ampara también a los demonios racionales, que es una manera elíptica de referirse al hombre emperrado en el pecado. También dijo que su constitución amparaba el egoísmo, que no es sino resultado de la naturaleza pecadora.

La voluntad, sobre la que ha construido la moralidad, el derecho y la república, es para él una potencia radicalmente corrupta y, sin embargo, es esa voluntad viciada de raíz la que hace al hombre capaz de seguir la ley moral que él mismo se ha dado.

10. El núcleo protestante del pensamiento virtual, que se dice libertad de la razón, es la maldad de los hombres, expresada en la fórmula de la insociable sociabilidad humana<sup>202</sup>, el bascular entre el pecaminoso egoísmo natural y la necesidad del Estado coercitivo que los haga obrar atendiendo a la moral. Maldad que aligera, quitándole la carga religiosa y convirtiéndola en un problema moral<sup>203</sup>, porque el actuar conforme a las máximas de la razón se dificulta por nuestra debilidad que nos hace preferir los deseos y necesidades personales.

El hombre siempre puede mejorar, esa es su condición; sin embargo, contra Immanuel Kant el propio Immanuel Kant entiende que es un animal que necesita de un jefe que lo conduzca para dominar sus tendencias egoístas. Los hombre necesitan ser conducidos por otro.

“El hombre es un animal que, al vivir entre otros de la misma especie, *necesita un señor*. Pues, con seguridad, abusaría de la libertad con relación a sus semejantes; y aunque, como criatura racional, desea una ley que ponga límites a la libertad de todos, la inclinación egoísta y animal lo incitará, sin embargo, a exceptuarse osadamente a sí mismo. Por eso necesita un *señor* que quebrante su propia voluntad y lo obligue a obe-

<sup>202</sup> KANT, “Idea de una historia universal...”, *op. cit.*, Cuarto Principio, p. 21.

<sup>203</sup> KANT, *La religión...*, *op. cit.*, IV parte.



decer a una voluntad universalmente válida, con el fin de que cada uno pueda ser libre”<sup>204</sup>.

Si el hombre necesita de un señor que le diga lo que debe hacer y lo obligue a hacerlo, no se ha liberado de los tutores y su yugo. La Ilustración kantiana solamente ha cambiado los señores: ahora es el Estado, antes fue la Iglesia. El Estado nos hará libres contra nuestra voluntad, contra nuestra libertad.

### Bibliografía

- ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *La libertad moderna de conciencia y de religión. El problema de su fundamento*, Madrid, Marcial Pons, 2013.
- ARAMAYO, Roberto R., “Kant y la Ilustración», en *Isegoría*, n.º 25, Madrid, 2001.
- BEADE, Ileana Paola, “Reflexiones en torno a la concepción kantiana de la Ilustración”, en *Las Torres de Lucca*, n.º 4, Madrid, 2014.
- BENJAMIN, Andrew, “Towards an affective structure of subjectivity. Notes on Kant’s An answer to the question: what is the Enlightenment?”, in *Parallax*, vol. 18, No. 4, Oxfordshire, 2012.
- BERLIN, Isaiah, *El sentido de la realidad. Sobre las ideas y su historia*, editado por H. Hardy, Madrid, Taurus, 1998.
- BLUMENBERG, Hans, *La legitimación de la Edad Moderna*, edición corregida y aumentada, Valencia, Pre-Textos, 2008.
- BRAECKMAN, Antoon, “The moral inevitability of Enlightenment and the precariousness of the moment: reading Kant’s ‘What Is Enlightenment?’”, in *The Review of Metaphysics*, vol. 62, No. 2, Washington D.C., 2008.
- CASSIRER, Ernst, *Individuo y cosmos en la filosofía del Renacimiento*, Buenos Aires, Emecé, 1951.
- CASSIRER, Ernst, Paul Oskar KRISTELLER and John Herman RANDALL, JR. (eds.), *The Renaissance philosophy of man*, Chicago, London/Toronto, Phoenix Press/The University of Chicago Press, 1959.
- CASTELLANO, Danilo, *Del diritto e della legge. Oltre la legalità della Modernità e il diritto come «pretesa» della Postmodernità*, Napoli, Edizione Scientifiche Italiane, 2019.
- CASTELLANO, Danilo, *Ordine etico e diritto*, Napoli, Edizione Scientifiche Italiane, 2011.
- CASTELLANO, Danilo, *Quale diritto? Su fonti, forme, fundamento della juridicità*, Napoli, Edizione Scientifiche Italiane, 2015.
- CLARKE, Michael, “Kant’s rhetoric of Enlightenment”, in *The Review of Politics*, vol. 59, No. 1, Notre Dame, 1997.

<sup>204</sup> KANT, “Idea de una historia universal...”, *op. cit.*, Sexto Principio, pp. 23-24.

- CRONIN, Ciarar, “Kant’s politics of Enlightenment”, in *Journal of the History of Philosophy*, vol. 41, No. 1, Baltimore, 2003.
- DELIGIORGI, Katerina, *Kant and the culture of Enlightenment*, New York, State University of New York Press, 2005.
- DUPRÉ, Louis, *The Enlightenment and the intellectual foundations of Modern culture*, New Haven/London, Yale University Press, 2004.
- DUPRÉ, Louis, *Passage to modernity. An essay on the hermeneutics of nature and culture*, New Haven/London, Yale University Press, 1993.
- ELÍAS DE TEJADA, FRANCISCO, *Tratado de filosofía del derecho*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1977, 2 vols.
- FABRO, Cornelio, *Introduzione all’ateismo moderno*, 2ª ed., Roma, Ed. Studium, 1969, 2 vols.
- FOUCAULT, Michel, “Un curso inédito”, en *Sociología. Revista de Sociología de UN-AULA*, n.º 8-9, Medellín, 1985.
- GENTILE, FRANCESCO, *El ordenamiento jurídico, entre la virtualidad y la realidad*, Madrid. Marcial Pons, 2001.
- GONZÁLEZ FISAC, Jesús, “Ilustración y mecanismo. Metafísica del uso privado de la razón”, en *Estudios Kantianos*, vol. 1, n.º 1, Marília, 2013.
- GUYER, Paul, “Freedom: will, autonomy”, in Will DUDLEY and Kristina ENGELHARD (eds.), *Immanuel Kant. Key concepts*, Abingdon/New York, Routledge, 2014.
- GUYER, Paul, “Kant on the theory and practice of autonomy”, in Ellen FRANKEL PAUL, Fred MILLER, Jr. and Jeffrey PAUL (eds.) *Autonomy*, New York, Cambridge University Press, 2003.
- HABERMAS, Jürgen, *Historia y crítica de la opinión pública. La transformación estructural de la vida pública*, Barcelona, Gustavo Gili, 1994.
- HAMANN, Johann Georg, “Carta a Christian Jacob Kraus” (1784), seguida de “La metacrítica sobre el purismo de la razón pura”, en J. B. ERHARD *et al.*, *¿Qué es Ilustración?*, 5ª ed., Madrid, Tecnos, 2009.
- HEGEL, Georg W. F., *Rasgos fundamentales de la filosofía del derecho o compendio de derecho natural y ciencia del Estado*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2000.
- HEIDEGGER, Martin, “La época de la imagen del mundo”, en Martin HEIDEGGER, *Caminos de bosque*, Madrid, Alianza, 1995.
- HÖFFE, Otfried, “Acerca de la fundamentación contractualista de la justicia política: una comparación entre Hobbes, Kant y Rawls”, en Otfried HÖFFE, *Estudios sobre teoría del derecho y la justicia*, Ciudad de México, Fontamara, 2004.
- JACOBI, Heinrich Friedrich, “Sobre la doctrina de Spinoza en cartas al señor Moses Mendelssohn”, en Heinrich Friedrich JACOBI, *Cartas a Mendelssohn y otros textos*, Barcelona, Círculo de Lectores, 1996.
- KANT, Immanuel, *Antropología en sentido pragmático*, Buenos Aires, Losada, 2009.
- KANT, Immanuel, *Cómo orientarse en el pensamiento*, Buenos Aires, Leviatán, 1982.
- KANT, Immanuel, *Crítica de la razón pura*, trad. Manuel García Morente, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1928.

- KANT, Immanuel, *Crítica del juicio*, Madrid, Librerías de Francisco Iruveda, Antonio Novo, 1876.
- KANT, Immanuel, *El conflicto de las facultades* Buenos Aires, Losada, 2004.
- KANT, Immanuel, “En torno al tópico: ‘Tal vez eso sea correcto en teoría, pero no sirve para la práctica’”, en Immanuel KANT, *Teoría y práctica*, 2ª ed., Madrid, Tecnos, 1993.
- KANT, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, 2ª ed., Madrid, Alianza, 2012.
- KANT, Immanuel, “Idea de una historia universal desde el punto de vista cosmopolita”, en Immanuel KANT, *Filosofía de la historia. Qué es Ilustración*, La Plata, Terramar, 2004.
- KANT, Immanuel, *La metafísica de las costumbres*, 4ª ed., Madrid, Tecnos, 2004.
- KANT, Immanuel, *La religión dentro de los límites de la mera razón*, 2ª ed., Madrid, Alianza, 1981.
- KANT, Immanuel, *Lecciones de ética*, Barcelona, Crítica, 1988.
- KANT, Immanuel, “Probable inicio de la historia humana”, en Immanuel KANT, *Ideas para una historia universal en clave cosmopolita y otros escritos sobre Filosofía de la Historia*, Madrid, Tecnos, 1987.
- KANT, Immanuel, “Reiteración de la pregunta de si el género humano se halla en constante progreso hacia lo mejor”, en Immanuel KANT, *Filosofía de la historia. Qué es Ilustración*, La Plata, Terramar, 2004.
- KANT, Immanuel, “Respuesta a la pregunta ¿qué es la Ilustración?”, en Immanuel KANT, *Filosofía de la historia. Qué es Ilustración*, La Plata, Terramar, 2004.
- KANT, Immanuel, *Sobre la paz perpetua*, 6ª ed., Madrid, Tecnos, 1998.
- KAUFMAN, Alexander, “Reason, self-legislation and legitimacy: conceptions of freedom in the political thought of Rousseau and Kant”, in *The Review of Politics*, vol. 59, No. 1, Notre Dame, 1997.
- KORSGAARD, Christine, “Morality as freedom”, in Yirmiah Yovel (ed.), *Kant's practical philosophy reconsidered*, Dordrecht, Springer, 1989.
- KOSSELCK, Reinhart, *Crítica y crisis del mundo burgués*, Madrid, Rialp, 1965.
- LA ROCCA, Claudio, “Kant y la Ilustración”, en *Isegoría*, n.º 35, Madrid, 2006.
- LAURSEN, John Christian, “The subversive Kant: the vocabulary of ‘public’ and ‘publicity’”, in *Political Theory*, Vol. 14, No. 4, Princeton, 1986.
- LESTITION, Steven, “Kant and the end of Enlightenment in Prussia”, in *The Journal of Modern History*, No. 65, Chicago, 1993.
- MAESTRE, Agapito, “Estudio preliminar. Notas para una nueva lectura de la Ilustración”, en J. B. ERHARD *et al.*, *¿Qué es Ilustración?*, 5ª ed., Madrid, Tecnos, 2009.
- MANETTI, Giannozzo, *De dignitate et excellentia hominis*, ed. Elizabeth R. Leonard, Padua, Editrice Antenore, 1974.
- MARITAIN, Jacques, *Humanismo integral*, Buenos Aires, Carlos Lohlé, 1966.

- MIRÁNDOLA Pico, Giovanni DELLA, *Discurso sobre la dignidad del hombre*, Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.
- MORGAN, Edmund. S., *La invención del pueblo. El surgimiento de la soberanía popular en Inglaterra y los Estados Unidos*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2006.
- O'NEILL, Onora, "Enlightenment as autonomy: Kant's vindication of reason", in Peter HULME and Ludmilla JORDANOVA (eds.), *The Enlightenment and its shadows*, New York, Routledge, 1990.
- O'NEILL, Onora, "Kant and the social contract tradition", in Elisabeth ELLIS (ed.), *Kant's political theory. Interpretations and applications*, University Park, Pennsylvania State University Press, 2012.
- O'NEILL, Onora, "The public use of reason", in *Political Theory*, vol. 14, No. 4, Princeton, 1986.
- POPPER, Karl R., "La crítica de Kant y la cosmología", en Karl POPPER, *Conjeturas y refutaciones. El desarrollo del conocimiento científico*, Barcelona, Paidós, 1991.
- REISS, Hans, "Kant's politics and the Enlightenment: reflections on some recent studies", in *Political Theory*, vol. 27, No. 2, Princeton, 1999.
- RILEY, Patrick, *Will and political legitimacy. A critical exposition of social contract theory in Hobbes, Locke, Rousseau, Kant, and Hegel*, Cambridge, Harvard University Press, 1982.
- SCHMIDT, James, "Civility, Enlightenment, and society: conceptual confusions and Kantian remedies", in *American Political Science Review*, vol. 92, No. 2, New York, 1998.
- SCHMIDT, James, "Kant and the politics of Enlightenment: reason, faith, and revolution", in *Studies in Eighteenth-Century Culture*, vol. 25, Baltimore, 1996.
- SCHMIDT, James, "The question of Enlightenment: Kant, Mendelssohn, and the *Mittwochsgesellschaft*", in *Journal of the History of Ideas*, vol. 50, Pennsylvania, 1989.
- SCHMIDT, James, "What Enlightenment was: how Moses Mendelssohn and Immanuel Kant answered the *Berlinische Monatsschrift*", in *Journal of the History of Philosophy*, vol. 30, Baltimore, 1992.
- SCHMITT, Carl, *El Leviathan en la Teoría del Estado de Tomás Hobbes*, Buenos Aires, Struhart & Cía., 1990.
- SCHNEEWIND, J. B., *Essays on the history of moral philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 2010.
- SCHNEEWIND, J. B., *The invention of autonomy. A history of modern moral philosophy*, New York, Cambridge University Press, 1998.
- SEGOVIA, Juan Fernando, *Habermas y la democracia deliberativa. Una "utopía" tardomoderna*, Madrid, Marcial Pons, 2008.
- SEGOVIA, Juan Fernando, "Le contrat social comme mécanisme de contrôle politique", dans *Catholica*, n° 150, Paris, 2021.
- SEGOVIA, Juan Fernando, *Tolerancia religiosa y razón de Estado. De la reforma protestante al constitucionalismo liberal*, Madrid, Dykinson, 2021.

- SEIGEL, Jerrold, *The idea of the self. Thought and experience in Western Europe since the seventeenth century*, Cambridge/New York, Cambridge University Press, 2005.
- SPINOZA, Baruch de, *Correspondencia*, Madrid, Alianza, 1988.
- SPINOZA, Baruch de, *Tratado teológico-político*, Buenos Aires, Acervo Cultural Ed., 1977.
- ULLMANN. Walter, *Principios de gobierno y política en la Edad Media*, Madrid, Revista de Occidente, 1971.
- VILLACAÑAS BERLANGA, José Luis, *Dificultades con la Ilustración. Variaciones sobre temas kantianos*, Madrid, Ed. Verbum, 2013.
- VOLTAIRE, *Traité sur la tolérance*, s/d, 1768.
- ZÖLLNER, J. F., "¿Es aconsejable, en lo sucesivo, dejar de sancionar por la religión el vínculo matrimonial?", en J. B. ERHARD *et al.*, *¿Qué es Ilustración?*, 5ª ed., Madrid, Tecnos, 2009.

### Siglas y abreviaturas

<i>al.</i>	<i>alii</i>
cfr.	confróntese
Conicet	Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas
ed.	edición <i>a veces</i> editorial, ediciones
eds.	editores
D.C.	Distrito de Columbia
etc.	etcétera
<i>ibid.</i>	<i>Ibidem</i> (allí, en ese mismo lugar)
n.º <i>a veces</i>	No., nº número
<i>op. cit.</i>	<i>opus citatis</i> (obra citada)
p.	página
pp.	páginas
s/d	sin dato
ss.	siguientes
trad.	traducción
UNAULA	Universidad Autónoma Latinoamericana
vol.	volumen
vols.	volumenes



# Comentarios de Jurisprudencia

---

Derecho Público Iberoamericano

Universidad del Desarrollo

N.º 20 | 2022





JUECES HACIENDO POLÍTICA:  
LA REDEFINICIÓN  
DEL CONCEPTO DE 'CIUDADANÍA'.  
COMENTARIO A LA SENTENCIA  
DE LA CORTE SUPREMA  
CASILLA CON JUNJI, ROL 43.005-2017.  
DEL 18 DE ABRIL DE 2018

*Luis Alejandro Silva Irrázaval\**  
*Gustavo Adolfo Díaz Sáez\*\**

*Resumen*

La sentencia Casilla con Junji, dictada por la Corte Suprema, es un acto de lo que podemos llamar “judicialización de la política”. Lejos del papel que corresponde a un tribunal de justicia, en esta sentencia se advierte un verdadero acto legislativo, por cuanto se redefine el concepto de ‘ciudadanía’ consagrado en la Constitución, trastocando con ello parte de la legislación. El propósito de este comentario es proyectar las consecuencias de esta decisión, y mostrar cómo esta sentencia representa una intromisión de los jueces en un asunto de naturaleza política.

*Introducción*

La sentencia de la Corte Suprema Casilla con Junji es una decisión contra el texto de la Constitución que se justifica a sí misma desde la propia Constitución. Pero esta no es la peculiaridad que nos interesa comentar. En ella, el tribunal redefine el concepto de ‘ciudadanía’ al desconocer una de sus condiciones, la nacionalidad chilena, y exigir una condición nueva: el derecho a sufragio y la residencia en el país por un tiempo determinado. Esta novedad representa una intromisión de los jueces en el campo de la política, porque la ciudadanía es una categoría eminentemente política. Esto es lo que nos interesa criticar.

---

\* Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de los Andes. Correo electrónico: lsilva@uandes.cl

\*\* Egresado de Derecho. Ayudante de Investigación. Correo electrónico: gustavodiazsaez@gmail.com

En el fallo, la Corte Suprema sostuvo que la recurrente, una mujer de nacionalidad peruana, cuya contratación fue objetada por Contraloría General de la República por no ser ciudadana, debía ser reincorporada a la Administración Pública, ya que sí cumplía con el requisito del art. 12 del Estatuto Administrativo –que exige la ciudadanía para desempeñar funciones en el aparato público–, aun cuando la reclamante jamás había adquirido tal calidad, pues el art. 13 de la Constitución exige la nacionalidad chilena para ser ciudadano.

Esta decisión judicial es un ejemplo de la facilidad con que los jueces pueden traspasar la frontera que separa la interpretación y la creación de normas jurídicas; es una prueba de que el discurso de los derechos fundamentales puede servir para desactivar, incluso, normas expresas de la Constitución; es, en fin, una confirmación del papel político que asumen los jueces cada vez que reemplazan una definición normativa por otra.

La finalidad de este comentario jurisprudencial es ofrecer un balance de los alcances políticos que tiene una decisión que ignora el texto expreso de la norma, con la intención de iluminar los riesgos que encierra una práctica judicial cada vez más frecuente. De allí que el análisis crítico de esta sentencia pasa por descubrir la naturaleza política de la norma reemplazada, lo cual nos obliga a responder dos preguntas secuenciadas. La primera: ¿Por qué la ley exige, para ingresar a la Administración Pública, que el interesado sea ciudadano? La segunda: ¿Por qué la Constitución exige, para ser ciudadano, que el interesado sea chileno? Como veremos, la respuesta a estas preguntas tiene un origen común, que es la carga política positiva atribuida a la calidad de ciudadano.

El argumento de este comentario crítico se desarrolla a partir de una descripción del caso Casilla con Junji (II), seguido de una síntesis del problema que el caso plantea desde la perspectiva de la separación entre las funciones judicial y política (III). En la siguiente sección (IV) buscamos justificar la naturaleza esencialmente política de ciertas decisiones y cómo, en consecuencia, quien las toma deviene en un órgano político. A continuación (V), exponemos la premisa fundamental de nuestra crítica, que es el eminente carácter político del concepto de ciudadanía. Este punto es esencial al argumento, porque de su solidez pende la conclusión. Por ello es que su desarrollo lo abordamos en tres secciones cuyos planteamientos se refuerzan unos a otros. La primera (V. 1) resume diversas perspectivas que encarecen el carácter eminentemente político de la ciudadanía, para luego (V. 2) ofrecer una síntesis de las formas en que se expresa ese carácter político. La tercera subsección (V. 3) centra su atención en la exigencia del art. 12 letra a) del Estatuto Administrativo, destacando su dimensión política. En la sección siguiente (VI) desarrollaremos el vínculo entre ciuda-

danía y nacionalidad en tres subsecciones. En la primera de ellas (VI. 1), se destaca el trasfondo geográfico y moral de dicho concepto, con el propósito de señalar la naturaleza prejurídica de su definición. En la segunda (VI. 2), explicaremos por qué y cómo la nacionalidad es un elemento que cataliza esa dimensión moral de la ciudadanía. En la tercera (VI. 3) se presenta el art. 13 de la Constitución como expresión coherente del vínculo entre ambos conceptos. La última sección (VII) busca enfatizar el carácter político de la decisión Casilla con Junji, indicando los alcances del entramado de que ciudadanía y nacionalidad forman parte, y las potenciales consecuencias del criterio sostenido en la decisión judicial.

### *I. Descripción del caso*

El año 2017, en el marco de un concurso público que la Junji hiciera para proveer el cargo de auxiliar de servicio, una mujer peruana alegó haber sido discriminada por la decisión que puso término a su contrato de trabajo, porque incumpliría el requisito de la letra a) del art. 12 del Estatuto Administrativo, esto es, tener la calidad de ciudadana para ingresar a la Administración del Estado.

La afectada interpuso un recurso de protección, alegando que el acto por el que la Junji revocó su decisión de contratarla vulneraba el derecho garantizado por el art. 19 n.º 2. Sostuvo que ella, al gozar de residencia permanente en el país y estar inscrita en los registros electorales, sí gozaba de la calidad de ciudadana que la ley exigía para desempeñarse en la Administración, aun cuando no contara con la nacionalidad chilena.

Habiendo obtenido una sentencia desfavorable en primera instancia, la recurrente apeló<sup>1</sup>. La Corte Suprema acogió el recurso y declaró que la actora sí cumplía con la exigencia legal, porque el permiso de residencia definitiva y el estar habilitada para sufragar en nuestro país, eran dos antecedentes que le conferían indiscutiblemente la calidad de ciudadana.

El fundamento normativo de la decisión de la Corte habría sido el art. 19 n.º 16 inciso 2º de la Constitución, que garantiza el “derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa retribución”. Esta garantía constitucional, según la entienden los jueces, “no distingue para efectos de su vigencia la nacionalidad del sujeto de derecho” (cons. 5º)<sup>2</sup>. Después, en un párrafo algo confuso, dice:

---

<sup>1</sup> CORTE DE APELACIONES DE ARICA, rol 691-2017.

<sup>2</sup> En este punto, es alejosa la omisión que la sentencia hace del inciso 3º del art. 19 n.º 16, que específicamente señala la nacionalidad chilena como una de las condiciones que la ley puede exigir para el desempeño de ciertos trabajos.

“En consecuencia, es dable establecer que la norma legal en análisis [entiéndase la letra a) del artículo 12 del Estatuto Administrativo] alude a quien, cumpliendo con los requisitos legales dispuestos al efecto, goza de derechos individuales y sociales, como asimismo cumple con deberes establecidos por el ordenamiento vigente”<sup>3</sup>.

El párrafo final del cons. 5º de la sentencia refuerza la interpretación que viene haciendo de la exigencia legal, al destacar el derecho a sufragio de la recurrente y el significado de ese derecho: una “herramienta palmaria de participación ciudadana”. En pocas palabras, la Corte Suprema infiere que, porque puede votar, es ciudadana. Así lo sintetiza rotundamente en la última línea del mismo considerando: “solo cabe concluir que la recurrente es ciudadana aun cuando no ostente la nacionalidad chilena”. En consecuencia, la Corte ordenó la reincorporación laboral de la recurrente y el pago de las remuneraciones adeudadas desde su separación de funciones. Es oportuno agregar que Casilla con Junji representa una novedad dentro de la jurisprudencia de la Corte Suprema<sup>4</sup>.

## II. El problema

Existe una contradicción patente entre lo decidido por la Corte Suprema y lo dispuesto por la Constitución. La primera dice que la ciudadanía no requiere la nacionalidad chilena y la segunda dice, en el art. 13, que sí: “Son ciudadanos los chilenos que [...]”. Esta contradicción no puede ser atribuida a ignorancia del derecho porque *iura novit curia*. Luego, ella refleja un acto intencional del tribunal, que modifica los requisitos de la ciudadanía para acoger la demanda de la recurrente. Esta intencionalidad viene reforzada por la omisión –que cuesta no presumirla deliberada– del inciso 3º del art. 19 n.º 16 en el argumento desarrollado por los jueces.

---

<sup>3</sup> A la luz de la conclusión a la que apunta, entendemos que este párrafo estaría esbozando los rasgos esenciales de la ciudadanía, como título de derechos y deberes.

<sup>4</sup> El nuevo criterio judicial plantea un problema de compatibilidad con la jurisprudencia administrativa. Contraloría General de la República ha sostenido siempre de manera consistente la nacionalidad como una condición de la ciudadanía y, por lo mismo, como un requisito para ingresar a la Administración del Estado. Las resoluciones que afirmaron este criterio no vieron en esta exigencia una discriminación arbitraria –como lo sostiene hoy la Corte Suprema– sino una diferencia legítima establecida por el legislador, a quien la Constitución le permite discriminar según la nacionalidad para el desempeño de ciertas funciones. Por todos, véase CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, dictámenes n.ºs 6532-2008, 14605-2010, 61998-2011 y 84692-2014).

El problema –o, al menos, uno de los problemas– planteado por esta redefinición judicial del término es el desajuste entre dicha operación y la función propia de un tribunal de justicia. Este desajuste se puede expresar diciendo que la Corte Suprema ha excedido su competencia, conduciéndose como un órgano político. Porque la ciudadanía es un concepto eminentemente político, su modificación (o redefinición) es una tarea propia de los poderes políticos. En el caso chileno, por su rango constitucional, es una materia reservada al poder constituyente a través de los procedimientos de reforma constitucional.

Los órganos judiciales no están diseñados para realizar funciones políticas como la de legislar. De allí que sea problemática esta sentencia que comentamos, puesto que la incongruencia entre diseño y función de modo necesario se proyectará en las consecuencias de los actos del órgano. Como veremos más adelante, la *ratio decidendi* de Casilla con Junji introduce una distorsión en todo el entramado normativo que exige la ciudadanía como condición, y un debilitamiento orgánico a la exigencia normativa de la nacionalidad chilena<sup>5</sup>. En general, la incompetencia como límite de la actuación de los órganos estatales responde con precisión a la necesidad de evitar o minimizar estos efectos perjudiciales.

### III. Lo jurídico y lo político in re

La crítica del presente comentario descansa sobre la distinción entre lo político y lo jurídico, en cuanto ámbitos de la realidad social que expresan necesidades distintas. En el plano del orden social que asegura los mínimos para una convivencia pacífica, estas necesidades pueden caracterizarse de acuerdo con un criterio temporal: El futuro y el pasado plantean a la sociedad política exigencias diferentes. Las reglas, para ser útiles, deben operar sobre criterios de identificación de sus destinatarios. Esto, por definición, se traduce en un resultado de inclusión/exclusión. La determinación de los criterios de inclusión/exclusión es una función que mira al futuro y corresponde al ámbito de lo político; mientras que la aplicación de dichos criterios mira al pasado y corresponde al ámbito de lo jurídico.

---

<sup>5</sup> Si se argumentara que la Corte no desliga, en la práctica, el elemento nacionalidad del de ciudadanía, puesto que su decisión no comprende sí o sí tal resultado, seguiría siendo objeto de la misma crítica. Puesto que, en ese caso, lo que estaría haciendo el tribunal de justicia sería otorgar la nacionalidad chilena por una causal no contemplada en el art. 10 de la Constitución, es decir, el juez estaría creando una nueva regla de adquisición de nacionalidad.

Estas funciones diferentes se satisfacen mediante órganos diseñados de manera congruente con la naturaleza de cada una. Desde la perspectiva estatal, la tarea de fijar reglas corresponde al Congreso y la de aplicarlas a los tribunales de justicia. La competencia de cada órgano viene dada por las exigencias propias de la función que está llamado a cumplir, y esta se corresponde con una específica necesidad. Por ello es que los tribunales de justicia son incompetentes para fijar reglas y el Congreso es incompetente para aplicarlas. La existencia de estas fronteras entre los órganos del Estado significa que los ámbitos de cada uno resultan de la proyección de las exigencias propias de cada función. En otras palabras, si un tribunal de justicia fijara reglas, se estaría conduciendo como un órgano político; *contrario sensu* la fijación de reglas no se transforma en una función del ámbito jurídico porque la realice un tribunal de justicia.

Si la sentencia Casilla con Junji fuera un caso en el que se fijan (nuevos) criterios de identificación de los destinatarios de una regla, entonces habría razón para afirmar que se trata de una decisión política, aunque revista la forma de una decisión judicial. Se impone, por lo tanto, la necesidad de examinar, en lo principal, el concepto de ciudadanía y, secundariamente, el de uno de sus requisitos: la nacionalidad. Esto, con el propósito de probar si, al ignorar el requisito de la nacionalidad, la Corte Suprema fijó un nuevo criterio de inclusión/exclusión y, si así fuera, concluir que la naturaleza de la decisión es política.

#### *IV. La ciudadanía:*

##### *Un concepto eminentemente político*

Este es un concepto que significa la aptitud para participar activamente en la *res publica*. El universo de los ciudadanos y sus formas de expresión son variables dinámicas, pero la ciudadanía es en esencia un criterio de inclusión/exclusión; es una categoría que adquiere la plenitud de su sentido al contrastarse con el universo de los no-ciudadanos.

#### *IV. 1 LA CAPACIDAD PARA INTERVENIR DIRECTAMENTE EN LA RES PUBLICA*

A lo largo de la historia, dicho concepto ha cumplido una función política: Servir como factor de igualación entre aquellos que cuentan con las aptitudes para la cosa pública y como criterio de discriminación respecto de los que no. En Chile, el significado constitucional obedece a motivaciones políticas profundas, y quien las define es un poder político. Frente a

casos como Casilla con Junji, es importante tratar de entender el porqué. Desde ya podemos afirmar que la Constitución exige esta condición porque entiende la ciudadanía como una figura de las cualidades necesarias para participar de la *res publica* y que esta virtud encarnada en la idea de ciudadanía se nutre de la nacionalidad.

El carácter político eminente de esta noción queda de manifiesto al sumar a su naturaleza esencialmente inclusiva/exclusiva, su origen, su finalidad y su historia.

### Origen

En cuanto la ciudadanía significa el estatus de una persona para participar de la *res publica*, fuerza es reconocerle a dicho estatus un carácter autopoietico. Aquellos que cumplen con las condiciones para tomar las decisiones públicas son los que definen las condiciones que deben cumplir quienes tomen esas decisiones. A diferencia de lo que ocurre con otros estatutos personales (el de militar o el de abogado, por ejemplo), el de ciudadano es definido por quienes lo son. Casi podría señalársela como la primera de las definiciones políticas, una que carece de progenitores. Es más, correspondería calificarla como una definición prepolítica.

### Finalidad

El estatus designado por la ciudadanía está asociado a un fin: la conducción de la *res publica*. Esta es la función política por antonomasia y el ciudadano es quien está llamado a realizarla. Desde esta perspectiva, la ciudadanía realiza la política: es su actividad específica, su ámbito propio.

### Historia

Los vaivenes históricos que han marcado el itinerario del término analizado dan cuenta de su carácter político por partida doble. Por una parte, son prueba de su contingencia. Por otra, prueban lo sensible de su contenido. Ninguna de estas dos circunstancias es conclusiva, porque prácticamente cualquier concepto puede invocarlas respecto de su propia historia. Sin embargo, el grado de intensidad que caracteriza la definición del ciudadano es paralelo al de las revoluciones políticas (cruentas e incruentas)<sup>6</sup>. Sin ir más lejos, el proceso de independencia de Chile es inseparable de la

---

<sup>6</sup> Las revoluciones modernas se apoyan en el dogma "de que todos los habitantes de un determinado territorio tienen derecho a ser admitidos en la esfera pública y política", Hannah ARENDT, *Sobre la revolución*, p. 449.



discusión acerca de quiénes son ciudadanos; una discusión que se renueva cada cierto tiempo, casi identificada con la discusión sobre los titulares del derecho a sufragio.

#### IV. 2 TÍTULO DE DERECHOS Y DEBERES POLÍTICOS

La aptitud representada por la ciudadanía se traduce en una posición ambivalente del ciudadano: Es sujeto de derechos y sujeto de deberes. El contenido de estos derechos/deberes se corresponde con su finalidad, que es la conducción de la *res publica*. Se pueden calificar, por lo tanto, como derechos/deberes políticos, de los que la ciudadanía es su título. El examen de los más característicos ayuda a reconocer la naturaleza política del concepto.

##### El derecho/deber de sufragio

El derecho/deber que mejor la caracteriza es el sufragio, particularmente en las materias que conciernen de modo más directo a la conducción del Estado, como la elección de autoridades, la fijación de impuestos o la dictación de leyes. Pero si él ha venido a confundirse en la práctica con el concepto de 'ciudadanía', es por el empobrecimiento de este último. En el contexto de un régimen democrático, es innegable que este derecho/deber de sufragio expresa la esencia de la responsabilidad inherente a la calidad de ciudadano y que, por lo mismo, se justifica a cabalidad como un atributo cuasiesencial de la ciudadanía. Pero no agota su contenido. Esta ordenación entre ciudadanía y sufragio queda bien iluminada cuando este se concibe como un deber. En efecto, la obligación de votar hace más explícita la existencia de una necesidad que reclama ser satisfecha y destaca la naturaleza del sufragio como un mínimo necesario para atenderla, dejando, como es obvio, un espacio a formas voluntarias de atender la misma necesidad (*v.gr.* ser candidato a un cargo de elección popular o desempeñarse en la Administración Pública). Estas formas, junto con aquellas necesarias o indispensables (*v.gr.* el sufragio), se encuadrarían todas dentro de la misma noción, que estaría expresando la posición del sujeto/titular respecto de la *res publica*, y que conocemos como ciudadanía.

##### Otros derechos/deberes:

La milicia, los partidos políticos, la Administración Pública

Dicho concepto es el título de un haz de derechos/obligaciones asociados a la *res publica*. Un derecho/obligación especialmente representativo de esta asociación es el de servir en la guerra. La defensa armada del Estado y su territorio es *conditio sine qua non* de su existencia y su necesidad es

una exigencia evidente de la *res publica*. Desde que Chile inició su vida como república independiente esto se entendió así, y las guardias cívicas lo prueban<sup>7</sup>. Las cosas no son distintas hoy: “El servicio militar es la incorporación de ciudadanos a las Fuerzas Armadas [...]”<sup>8</sup>. Al lado de este derecho/deber hay otros (véase más adelante VII. 2).

#### IV. 3. CIUDADANÍA Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Está fuera de discusión que las exigencias contenidas en la noción de ciudadanía se vuelven difusas hacia los bordes. Esto significa que ciertos derechos/deberes incardinados en el concepto son más difíciles de justificar, porque su distancia con el núcleo semántico es mayor. Es del todo razonable que el derecho/deber del ciudadano para trabajar en la Administración Pública esté sujeto a cuestionamiento, por la dificultad de reconocer su conexión con la finalidad que estaría justificándolo. Con el tiempo, las circunstancias cambian y es fácil que se oscurezcan las razones que, en su momento, explicaron este derecho como algo propio del contenido de aquel término. En cualquier caso, la incorporación como funcionario de la Administración Pública tiene una historia que fundamenta su carácter político y aún puede defenderse su vigencia.

La ciudadanía (una cualidad que para la época de la Independencia se confundía con la nacionalidad) como requisito para trabajar en la Administración puede rastrearse hasta los albores de la patria. El 17 de febrero de 1813 la Junta anunció:

“Que a ningún individuo del Reino que no sea adicto al sistema de la patria y lo manifieste sin equivocación, se confiera empleo alguno civil o militar”<sup>9</sup>.

El 8 de mayo de 1813, el gobierno chileno decretó:

“En adelante no podrá persona alguna adquirir empleo, eclesiástico regular o secular, político, militar o civil, sin ser Americano afecto a la causa de la Patria, o Europeo Ciudadano” (art. 4°).

El art. 5° dejaba “a disposición del Gobierno acordar lo conveniente sobre los empleados actuales, que no pidan carta de Ciudadanía”<sup>10</sup>. Esta exigen-

<sup>7</sup> Gabriel CID RODRIGUEZ, “La forja de la ciudadanía en Chile: Debates y espacios para su ejercicio durante la república temprana (1810-1851), pp. 209-211.

<sup>8</sup> [www.defensa.cl/temas-de-contenido/servicio-militar/](http://www.defensa.cl/temas-de-contenido/servicio-militar/) [fecha de consulta: 5 de enero de 2022].

<sup>9</sup> *Boletín de Leyes y Decretos 1810-1818*, tomo 1, p. 197.

<sup>10</sup> *El Monitor Araucano*, n.º 15, Santiago, 11 de mayo de 1813. La ciudadanía era equivalente a la nacionalidad, y la carta de ciudadanía a la carta de nacionalización. Esta

cia se forja en la fragua de los principios estructurantes del nuevo orden: Nación, Patria, Ciudadanía, Representación, República, Soberanía. Como veremos más adelante, la ciudadanía/nacionalidad y la burocracia estatal son elementos que, simultáneamente, expresan y configuran la forma del naciente Estado chileno.

La nacionalidad fue desde entonces un requisito para trabajar en la Administración del Estado, aunque en los comienzos hubiera que hacer muchas excepciones debido a la escasez de personal idóneo<sup>11</sup>. Junto con la nacionalidad, se exigió una edad mínima y cierto estándar de idoneidad técnica, moral y cívica<sup>12</sup>.

El año 1945 se dictó, por primera vez en Chile, un estatuto administrativo que reguló, además de los procedimientos administrativos, los requisitos de acceso de las personas al sector público<sup>13</sup>. El art. 7 letra a) requería, para ingresar a la Administración Pública en calidad de funcionario, que el interesado fuera chileno. El mismo artículo contenía las demás exigencias que, implícitamente, perfilan al ciudadano: madurez<sup>14</sup> e idoneidad moral<sup>15</sup> y cívica<sup>16</sup>.

Esta norma se mantendría intacta hasta 1989 cuando, con la dictación de la Ley n.º 18834, el requisito de la nacionalidad chilena fue absorbido por el de la ciudadanía, que sintetizaba en sí los requisitos de edad e idoneidad moral y cívica. Aunque en la historia de la ley se omite una motivación del cambio, el contexto de la misma norma lleva a pensar que no quiso decir nada distinto a lo que ya decía<sup>17</sup>.

equivalencia quedó en el art. 6 n.º 3 de la Constitución de 1833: “Son Chilenos [...] los extranjeros que soliciten carta de ciudadanía”. Véase más adelante notas 25 y 30.

<sup>11</sup> “Luego de la victoria definitiva sobre los realistas, una de las primeras medidas del gobierno independiente será pedirle la carta de ciudadanía a todos los funcionarios, como forma de cerciorar las lealtades”, Elvira LÓPEZ, *El proceso de construcción estatal en Chile. Hacienda pública y burocracia (1817-1860)*, p. 237. Se creó el Tribunal de Vindicación, cuya “misión era certificar el patriotismo de los empleados y de aquellos que postulan a cargos públicos”, *op. cit.*, p. 238.

<sup>12</sup> *Op. cit.*, pp. 246-251.

<sup>13</sup> Ley n.º 8282, de 1945. No hubo debate acerca de la nacionalidad como condición para ser funcionario público. El antecedente de esta ley es el decreto n.º 3740, de 22 de agosto de 1930, que regulaba el estatuto administrativo y que exigía la nacionalidad como condición para ingresar a la Administración Pública en el art. 11 letra a).

<sup>14</sup> “Tener dieciocho años de edad, a lo menos” (letra b).

<sup>15</sup> “No haber sido condenado ni estar declarado reo por resolución ejecutoriada, en proceso por crimen o simple delito de acción pública” (letra e).

<sup>16</sup> “Haber cumplido con las Leyes de Reclutamiento y de Inscripción Electoral, cuando proceda” (letra d). El DFL 338/Hacienda, de 1960 dividió el conjunto de estos requisitos en artículos: la nacionalidad quedó en el artículo 9, la mayoría de edad en el artículo 10, la idoneidad moral en el artículo 13, y la exigencia de idoneidad cívica en el artículo 12.

<sup>17</sup> El Informe Técnico del Proyecto (18 de julio de 1988) hace especial mención, respecto de los arts. 11 y 12, “de la eliminación de exigencias en lo relativo a comprobación

La forma en que se configura la Administración Pública es parte del proceso más amplio de configuración del Estado. Su organización tiene, por lo tanto, una dimensión política. Desde esta perspectiva, parece razonable concebir la burocracia como un espacio abierto a quienes cumplan con ciertas condiciones que se estimen relevantes para y desde el Estado. Aparte de la idoneidad técnica para el cargo, que podría asumirse como una premisa obvia en el perfilamiento del funcionario público, es legítimo reclamar alguna prueba del respeto y lealtad para con las definiciones políticas que sustentan la organización estatal, como serían, por ejemplo, la independencia y soberanía estatales, o la forma republicana y democrática de gobierno.

Si es verdad que existe una correspondencia entre la visión filosófico-política del Estado y la forma en que este se organiza, entonces debemos presumir que la decisión del legislador plasmada en el art. 12 letra a) del Estatuto Administrativo es coherente con una determinada manera de entender, por lo menos, el carácter republicano y democrático del Estado chileno<sup>18</sup>.

La congruencia entre Administración Pública y Estado en el plano filosófico-político encuentra en la burocracia de los Estados modernos un punto de expresión. En el caso específico que nos interesa –la nacionalidad/ciudadanía como requisito para ingresar a la Administración Pública–, es pertinente observar que la fidelidad o lealtad del funcionario público al cargo que desempeña ya no se funda en una relación personal –como la que habría caracterizado a la del vasallo con su señor, por ejemplo– sino en valores impersonales, como la nación<sup>19</sup>.

---

de requisitos, que en la legislación que se propone se simplifica al máximo”, BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, *Historia de la Ley 18834*.

<sup>18</sup> “Siendo la Administración Pública la parte actuante del Estado, la forma que asuma para cumplir sus finalidades, la estructura que adopte para alcanzar los fines que le compete cumplir y el cómo adecua a esos objetivos las partes que la constituyen, esto es cómo se articula en categorías y tipos organizacionales, será, en verdad, una resultante de la filosofía-visión que de sí mismo tenga el Estado respecto de su rol en la sociedad y de la misión que ha de cumplir en ella, como protagonista social que es de la obra societal, depositario del poder público”. Rolando PANTOJA, *La organización administrativa el Estado*, pp. 9-10.

<sup>19</sup> “Para el carácter específico de la moderna fidelidad a un cargo es esencial el hecho de que, en el tipo puro, el cargo no determine una relación con una persona, como la fe del vasallo o el discípulo en las relaciones de autoridad feudal o patrimonial. La lealtad moderna se adhiere a finalidades impersonales y funcionales”, Max WEBER, *¿Qué es la burocracia?*, p. 11.

## V. Nacionalidad y ciudadanía

En la Constitución, la nacionalidad chilena es un requisito de la ciudadanía. Lógicamente, este requisito –como los demás– es congruente con la capacidad significada por esta última. En efecto, la nacionalidad provee de dos notas esenciales al concepto de ‘ciudadanía’, que deben entenderse mutuamente implicadas: la disposición moral y la identidad territorial.

### V.1 CONTENIDO DE LA CAPACIDAD SIGNIFICADA POR LA CIUDADANÍA

Las dimensiones espiritual y local se refuerzan de modo recíproco en el concepto de ‘ciudadanía’. La identificación con un espacio geográfico se honra mediante el ejercicio de unas determinadas cualidades morales en que se expresa ese vínculo territorial. Esa original combinación, ya conceptualizada en el mundo antiguo, se proyecta en el curso de la historia hasta nuestros días.

La dimensión moral y espiritual de la ciudadanía se encuentra en la antigüedad clásica, al amparo de los sistemas políticos de Atenas y Roma, donde se entendió que las cualidades de quienes tenían a su cargo la ciudad eran fundamentales para la subsistencia de la misma. Esto significaba que para ser ciudadano era indispensable la virtud<sup>20</sup>.

El fundamento de esta exigencia radicaba en el llamado superior de los hombres, en orden a contribuir a la vida plena de la comunidad y alcanzar felicidad. De allí que el ciudadano fuese a la vez condición y fin del Estado, de forma que “se identifique a la ciudad con el conjunto de sus ciudadanos”<sup>21</sup>. Esta noción fue compartida por los romanos, quienes entendieron que la virtud en el ciudadano era lo apropiado para el Estado o, en otras palabras, lo que mejor se avenía con sus necesidades. Por ello, afirmaba Marco Tulio Cicerón:

“[...] Quienes van a estar al frente de la república deben respetar dos normas de Platón: la primera, mirar por el provecho de los ciudadanos de tal manera que todo lo que hacen lo refieran a él, olvidándose de sus intereses propios; la segunda, cuidar de todo el cuerpo de la república para evitar que mientras miran por el bien de una parte, desatiendan las restantes”<sup>22</sup>.

<sup>20</sup> “Ni los individuos ni los pueblos pueden ser dichosos, si para gobernar o gobernarse no tiene por guía la sabiduría y la justicia”. PLATÓN, *Obras completas*, p. 308; ARISTÓTELES, *Ética Nicomaquea*, 1140b, p. 155.

<sup>21</sup> Benita BENÉITEZ, “La ciudadanía de la democracia ateniense”, p. 56.

<sup>22</sup> Marco Tulio CICERÓN, *Los deberes*, p. 60.

Con todo, los valores de prudencia y sabiduría no bastaban si se quería ser ciudadano, porque era condición pertenecer a la ciudad, es decir, ser hijo de ciudadanos de la respectiva ciudad, unidad política inescindible de un territorio determinado. En este sentido, dicho término es una cualidad que se comprende a cabalidad cuando se contrasta con la del extranjero<sup>23</sup>. De esta suerte, el hecho de ser de una determinada ciudad –lo que hoy podríamos llamar nacionalidad–, antecedía a la virtud moral y la prefiguraba, de forma que solo podían ser ciudadanos aquellos que pertenecían a la ciudad y, además, demostraban su valor. Los extranjeros quedaban excluidos de la participación política; ellos no debían “inmiscuirse en asuntos públicos que no les competen”<sup>24</sup>.

## V. 2 LAS DIMENSIONES DE LA NACIONALIDAD

El concepto de ‘nacionalidad’ puede llegar a expresar con tanta exactitud el contenido de la ciudadanía, que en determinados contextos son conmutativos. Es lo que ocurrió en los primeros momentos del movimiento independentista, cuando ambos términos se confundían con la nacionalidad en la búsqueda del término para expresar la idoneidad de quienes asumían como propios los desafíos de la nueva nación<sup>25</sup>.

En todo caso, hoy designan realidades diferentes y sobre este supuesto descansa la disposición constitucional que enumera la nacionalidad como requisito de la ciudadanía. Hay entre ambos una suerte de relación género-especie: todo ciudadano es chileno, pero no todo chileno es ciudadano<sup>26</sup>. La nacionalidad se completa con el aporte de otros requisitos

<sup>23</sup> Fustel DE COULANGES, *La ciudadanía antigua*, p. 188 y ss., quien destaca el origen religioso de la distinción ciudadano/extranjero.

<sup>24</sup> CICERÓN, *op. cit.*, p. 69.

<sup>25</sup> El fenómeno es prácticamente universal: “Nacionalidad y ciudadanía se consideran intercambiables al significar simultáneamente la pertenencia nominal y sustantiva a un Estado, que con frecuencia se piensa además que están arraigadas en un sentimiento subjetivo ‘étnico-nacional’ compartido de identidad”, Verena STOLCKE, “La ‘naturaleza’ de la ciudadanía”, p. 137. “En la Constitución de 1833 los dos conceptos de nacionalidad y ciudadanía no estaban perfectamente definidos. Había artículos en los que aparecía de manifiesto la confusión”, Carlos ESTÉVEZ, *Elementos de derecho constitucional*, p. 71. Véase más adelante notas 30 y 36.

<sup>26</sup> El comisionado Guillermo Bruna describe tres órbitas concéntricas. De la más amplia a la más restringida: Los habitantes del país, los nacionales y los ciudadanos, ACTAS COMISIÓN DE ESTUDIOS DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN, *Historia del artículo 13*, p. 37. Lo propio hace Alejandro Silva, *Actas Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, op. cit.*, pp. 88-89. Los inicios del constitucionalismo hispanoamericano enseñan la misma lógica. En la Constitución de Cádiz (1812), los ciudadanos son el círculo más restringido de una serie de cuatro: los habitantes del país (libres y esclavos), los libres (nacionales y

que terminan de perfilar al ciudadano<sup>27</sup>. Con todo, ¿cuál es el específico aporte de la nacionalidad a la ciudadanía?

Una primera respuesta la encontramos en el trinomio nación-patria-república, tan determinante en el proceso chileno de creación de una identidad política independiente. La nacionalidad designa el vínculo con una nación. La nación se identifica con la patria por antonomasia (el elemento territorial del concepto de ‘nación’ absorbe los demás). La patria es el hogar de los pueblos que reclaman independencia, y el movimiento independiente se articula en torno al ideal republicano, con toda la carga semántica que lo opone a la monarquía. La república, en fin, es vivificada por la ciudadanía<sup>28</sup>.

Como una ampliación de la dinámica entre esos tres conceptos, la consolidación del Estado también ofrece una respuesta. Porque en dicho proceso, la nación es indispensable: “No hay República moderna sin nación”<sup>29</sup>. Esto no significa necesariamente que la nacionalidad haya precedido a la república en el itinerario político de Chile. Más bien se acompañaron, nutriéndose entre ellas:

“desde la política, desde la república, iba surgiendo una comunidad nacional congruente con ella en un proceso de construcción cultural”<sup>30</sup>.

---

extranjeros), los nacionales y los ciudadanos, FRANÇOIS-XAVIER GUERRA, “El soberano y su reino. Reflexiones sobre la génesis del ciudadano en América Latina”, p. 44.

<sup>27</sup> En el marco del proceso revolucionario francés de 1789, “La cualidad de nacional acaba siendo requisito necesario para la de ciudadano, porque para ser ciudadano activo se requiere previamente ser ciudadano pasivo y, además, reunir una serie de requisitos adicionales de edad, sexo, capacidad, etc. [...] Y la condición de ciudadano pasivo coincide en sus requisitos con la de nacional, como muestra el artículo 2 de la Constitución francesa de 1791”, Benito ALÁEZ CORRAL, “Nacionalidad y ciudadanía, una aproximación histórica-funcional”, p. 55.

<sup>28</sup> “Camilo Henríquez [...] sostuvo que ‘para que los ciudadanos amen la patria, o digamos mejor, para que haya patria y ciudadanos’, era necesario la implementación de la república”, CID, *op. cit.*, p. 199 [la referencia interna es “Del patriotismo, o del amor a la patria”, *La Aurora de Chile*, Santiago, 6 de agosto de 1812]. La Constitución de 1823, redactada por Juan Egaña, ofrece un ejemplo elocuente de la conexión entre Patria y ciudadanía, en la institución del mérito cívico: “El mérito cívico, es un servicio particular a la Patria que protege los derechos, y cuya prosperidad está identificada con la del Ciudadano” (art. 115).

<sup>29</sup> Ana María STUVEN, “La cuestión social y la consolidación de la nación: el problema de la inclusión civil y política”, p. 232.

<sup>30</sup> *Op. cit.*, p. 283; CID, *op. cit.*, p. 197. Según indica Bernardino Bravo Lira, los afanes independentistas y de mayor autonomía de los pueblos americanos llevarían a la consolidación de una conciencia patria, cuya base sería la homogeneidad étnica y cultural de los pueblos, dando lugar así a la ‘nación’, entendida como una identidad política del ciudadano dentro una comunidad democrática”, Bernardino BRAVO LIRA, “El Chile de los pueblos, el pueblo y los partidos. Vasallos, ciudadanos y electores: actores de la historia”, en *Revista de Derecho Público*, pp. 27-28.



En cualquier caso, república y nación serán inseparables en el esfuerzo por edificar la identidad de Chile<sup>31</sup>.

Por razones obvias, la determinación del universo de personas con derecho a sufragio –lo que poco después se conocerá como ciudadanía activa– es una preocupación central en esta primera época de vida independiente. ¿Quiénes ejercen el poder soberano que, con la desaparición del Rey, ha vuelto al pueblo? El primer reglamento electoral de la república, el de la Junta de 1810 que convocaba la elección del primer Congreso Nacional, dispone: “No tienen derecho de asistir a las elecciones los extranjeros”. El reglamento electoral de 1813, aparentemente redactado por Camilo Henríquez, definió:

“Se calificarán para electores y podrán ser diputados en el Congreso: todo chileno siendo americano de las Américas españolas con un año de residencia en Chile, todo europeo con carta de ciudadanía y cualquiera otro extranjero que la tenga”.

La nacionalidad como condición del derecho a sufragio se mantendrá intacta hasta la Constitución de 1980<sup>32</sup>.

Las antiguas categorías de vecino y vasallo fueron sustituidas por las de nacional y ciudadano, más o menos sin distinción<sup>33</sup>. El área jurisdiccional del vecino, que era la ciudad, se amplía hasta las fronteras nacionales y el sujeto pasa a llamarse ciudadano<sup>34</sup>. Este movimiento de superposición entre nacionalidad y ciudadanía encierra dentro de sí un movimiento de división entre lo que se designará como ciudadanía activa y ciudadanía pasiva. Esta división refleja la tensión inherente al fenómeno de expansión del concepto, que transita desde la aristocracia –naturalmente asociada a la república– hacia la democracia. En uno y otro caso, el conjunto de esta dinámica permite reconocer la irreductible necesidad de configurar, dentro del universo social, un grupo de personas idóneas para responder

---

<sup>31</sup> Un estudio sobre esta combinación de conceptos en los textos escolares de comienzos del siglo XX en Chile, Pablo TORO, “Como se quiere a la madre o a la bandera: notas sobre nacionalismos, ciudadanía y civilidad en la educación chilena (1910-1945)”, pp. 140-148.

<sup>32</sup> Con la excepción hecha por el artículo 19 de la Ley n.º 5357, de 1934, que admitió el voto de los extranjeros en las elecciones municipales.

<sup>33</sup> El vínculo del vasallaje se “compara al que tiene cada uno con su lugar de nacimiento, la naturaleza, lo que después se ha llamado ciudadanía”, BRAVO, *op. cit.*, pp. 27-28.

<sup>34</sup> “En cierta manera la nación moderna es concebida como una vasta ciudad. Por tanto, muchos de los atributos del ciudadano remiten, generalizándolos y abstrayéndolos, a los del vecino. La nacionalidad –pertenencia jurídica a la nación– generaliza el vecinazgo como origen: *ser natural de [...]*”. GUERRA, *op. cit.*, p. 47.



por los intereses de la comunidad política<sup>35</sup>. Este desmembramiento de la ciudadanía activa desde el tronco común de la nacionalidad nos ayuda a entender el itinerario que condujo a la exigencia del art. 13 de la Constitución.

### V. 3 EL ART. 13 DE LA CONSTITUCIÓN

La nacionalidad como presupuesto de la ciudadanía es un patrón de nuestra historia constitucional que halla en el art. 13 de la Constitución su última versión. Desde la Constitución de 1822, la primera de nuestra historia que describe la ciudadanía, la nacionalidad chilena es uno de sus presupuestos (art. 14). Así lo repitió la Constitución de 1823 (art. 11), la de 1828 (art. 7), la de 1833 (art. 8) y la de 1925 (art. 7). A partir de la Constitución de 1828, se habla de ciudadanía “con derecho a sufragio” o ciudadanía “activa”. El silencio del texto respecto de la ciudadanía *in genere* o la “pasiva” o la “sin derecho a sufragio” debe explicarse como signo de la superposición o confusión entre nacionalidad y ciudadanía<sup>36</sup>. La Constitución de 1980 se mantuvo fiel al patrón histórico. Las actas de la CENC son explícitas en cuanto al fundamento de los requisitos para adquirirla: satisfacer los estándares de idoneidad que supone la conducción de la *res publica*. Es significativo que la discusión se haya detenido en los requisitos de la edad y la sanción penal, pasando prácticamente por alto la nacionalidad. Parece tan obvio que solo los chilenos pueden ser ciudadanos que la exigencia no requeriría de justificación.

El reconocimiento del derecho a sufragio de los extranjeros (art. 14) ofrece un ángulo de interés a la cuestión que estamos tratando. Porque ahora los extranjeros comparten con los ciudadanos dos de los tres requisitos del art. 13: la edad y la buena conducta (idoneidad moral). Luego, la nacionalidad es el rasgo que especifica la ciudadanía, es decir, el atributo que provee de aquello que en definitiva sostiene su identidad frente al

<sup>35</sup> Confirma esta lógica el que la “ciudadanía activa” como categoría constitucional haya nacido con la obligación de inscribirse en los registros electorales, en la Constitución de 1823.

<sup>36</sup> “Las expresiones de ‘ciudadano con derecho a sufragio’ [...] son impropias y representan un simple resabio de la equivalencia vulgar que se hacía de los vocablos nacionalidad y ciudadanía”, Alejandro Silva en ACTAS COMISIÓN DE ESTUDIOS DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN, *op. cit.*, p. 12 [la referencia corresponde a su *Tratado sobre la Constitución* de 1925]. Véase más atrás nota 25. “La ciudadanía activa es, o simplemente activa, cuando el ciudadano no está inscrito en los Registros Electorales; o activa con derecho de sufragio, cuando el ciudadano activo está inscrito; y es ciudadanía pasiva la del chileno que no tiene requisitos para ser elector”. Sentencia de la Corte Suprema, de 11 de noviembre de 1915, citada en CENC sesión 56ª de 23 de julio de 1974, informe anexo.

universo de los no-ciudadanos. Lo único que preserva la especificidad de la ciudadanía como categoría política y jurídica es la nacionalidad. Y esto es precisamente lo que desconoció la sentencia Casilla con Junji.

## *VI. Ciudadanía sin nacionalidad: Proyecciones*

Más allá del significado propio de la nacionalidad en relación con la ciudadanía, aquella cumple una función normativa: Es un requisito material, una exigencia necesaria para adquirir el estatus de ciudadano. Al reconocer la ciudadanía a una extranjera, la Corte Suprema no solo impuso su criterio político, sustituyendo la nacionalidad por el derecho a sufragio, sino que relativizó la función que aquella cumple como requisito de esta última. Esta circunstancia produce, en general, incertidumbre respecto de todos aquellos casos en que la nacionalidad es una exigencia jurídica y, en particular, en los casos en que se exige la ciudadanía. Por otra parte, diluye las diferencias entre los estatutos jurídico-políticos del nacional y del extranjero.

### *VI. 1 LA AMPLIACIÓN DEL UNIVERSO DE LA CIUDADANÍA*

El criterio establecido por la sentencia Casillas con Junji amplía considerablemente el universo de personas comprendido por el concepto de 'ciudadano'. Todos los extranjeros con derecho a sufragio en Chile podrían invocar el mismo reconocimiento granjeado por la Corte Suprema a la señora Casillas<sup>37</sup>. Esto supondría para ellos no solo el derecho a ingresar como funcionarios a la Administración Pública, sino, también, poder ser elegidos como diputados o senadores de la república (arts. 48 y 50 de la Constitución), designados como fiscal nacional o regional o adjunto (art. 85-86 y 88 de la Constitución) o como Contralor General de la República (art. 98 de la Constitución), así como para ser elegidos "gobernador regional, consejero regional, alcalde o concejal y para ser designado delegado presidencial regional o delegado presidencial provincial" (art. 124 de la Constitución). El elenco se extiende a la legislación:

- El derecho a incorporarse como profesionales de la educación a la dotación docente de un servicio local sin autorizaciones especiales (art. 24 del DFL 1/2017 educación);

---

<sup>37</sup> Al 2020 eran 378 829 personas, según la cifra oficial disponible en [www.servel.cl/participacion-electoral-de-extranjeros-en-chile-por-nacionalidad-plebiscito-2020-2/](http://www.servel.cl/participacion-electoral-de-extranjeros-en-chile-por-nacionalidad-plebiscito-2020-2/) [fecha de consulta: 7 de enero de 2022].

- El derecho a ingresar como funcionarios a la Comisión para el mercado financiero (art. 3 del DFL 1/2019 hacienda);
- Para ser designados apoderado de mesas en las elecciones populares (art. 171 del DFL 2/2017 de la Segpres);
- Afiliarse a un partido político (art. 18 del DFL 4/2017 de la Segpres);
- Integrar la dotación de atención primaria de salud municipal (art. 10 de la Ley n.º 19378);
- Ingresar como funcionario al Ministerio Público (art. 69 de la Ley n.º 19640);
- Trabajar en la Defensoría Penal Pública como defensor nacional, regional o local (arts. 6, 19 y 26 de la Ley n.º 19718);
- Ser defensora de los derechos de la niñez (art. 11 de la Ley n.º 21067).

Ciertamente, existirán buenas razones para defender que los extranjeros con derecho a sufragio puedan acceder a estos cargos y empleos, ya sea eliminando el requisito de la ciudadanía, ya sea reconociéndolos como ciudadanos. Pero no podrá ignorarse la connotación política de una decisión así.

## VI. 2 LA DILUCIÓN DE LA DIFERENCIA ENTRE NACIONAL Y EXTRANJERO

La sentencia Casillas con Junji amplió la designación a una persona extranjera, sustituyendo el requisito de la nacionalidad por el derecho a sufragio. Esta decisión de la Corte Suprema puede generalizarse diciendo que la nacionalidad no ha de ser un obstáculo para que los extranjeros accedan a los cargos o empleos reservados a los ciudadanos. Ya vimos los alcances de esta lectura en el acápite precedente. Ahora nos fijaremos en el efecto que tiene en la distinción nacional/extranjero.

Como veíamos al final de la sección VI. 3, la nacionalidad es el único requisito que excluye de la ciudadanía a los extranjeros en cuanto tal. Por lo mismo, una sentencia que ignora este requisito abre un cuestionamiento sobre la pertinencia del mismo. Si la nacionalidad no es una condición que pueda invocarse para gozar de la ciudadanía, ¿por qué podría invocarse para gozar de otros estatutos o derechos? Los alcances de la cuestión pueden apreciarse al repasar los cargos o empleos que están reservados a los chilenos.

La ley reserva a los chilenos el derecho a ser:

- Miembros de la Junta de Adelanto de Arica (art. 3 de la Ley n.º 13039);
- A integrar el Tribunal de Contratación Pública (art. 22 de la Ley n.º 19886);

- A representar al menos el 85 % de los trabajadores que sirvan a un mismo empleador (art. 19 del *Código del Trabajo*);
- A trabajar como: presidentes, directores, gerentes, administradores y representantes legales de personas jurídicas titulares de concesiones de TV (art. 18 de la Ley n.º 18838) o de concesiones de radiodifusión (art. 22 de la Ley n.º 19277);
- Para ser designado agente de aduanas (art. 196 del DFL 30/2005 de Hacienda);
- Para ser Presidente de la República o ministro de Estado (arts. 25 y 34 de la Constitución);
- Para emplear trabajadores portuarios eventuales (art. 136 del *Código del Trabajo*);
- Para ser subsecretario (art. 40 del DFL 1-19653/2001 de la Segpres);
- Para ser presidente, administrador, representante legal o director de un medio de comunicación social (arts. 9-10 de la Ley n.º 19733);
- Para integrar el directorio de empresas portuarias estatales (art. 25 de la Ley n.º 19452);
- Para ser beneficiarios del crédito universitario estatal (art. 4 de la Ley n.º 19287);
- Para integrar el directorio de la Empresa de Ferrocarriles del Estado (art. 4 del DFL 1/93 de Hacienda);
- Para pertenecer a la planta de Carabineros (art. 9 de la Ley n.º 18961), o de las Fuerzas Armadas (art. 9 de la Ley n.º 18948), o del Servicio de Impuestos Internos (art. 25 del DFL 7/80 de Hacienda);
- Para matricular aeronaves en el Registro Nacional de Aeronaves sin autorizaciones especiales (art. 38 del *Código Aeronáutico*);
- Para desempeñarse en ciertas ocupaciones relacionadas con el comercio marítimo (arts. 917 y 1041 del *Código de Comercio*);
- Para matricular una nave en Chile, para que pueda enarbolar la bandera nacional, para ser capitán, oficial o tripulante de la nave matriculada (arts. 11, 14, 49, 61 y 65 del DL 2222/78 de Defensa);
- Para desempeñarse como juez de letras, ministro o fiscal de Corte de Apelaciones, secretario o ministro de la Corte Suprema, o postulante a un cargo del Escalafón del Personal de Empleados (arts. 252-254 y 295 del *Código Orgánico de Tribunales*)<sup>38</sup>.

---

<sup>38</sup> A esta enumeración añadimos la obligación de desempeñarse como vocal de mesa (el art. 45 de la Ley n.º 18700 prohíbe expresamente que los extranjeros puedan desempeñar tal calidad). La recién promulgada Ley n.º 21325 de migración y extranjería

Al repasar los criterios tan amplios y abstractos de la sentencia Casillas con Junji, cualquier intento por restringir su validez con exclusividad al supuesto de ese caso deviene arbitrario. La verdad es que, a primera vista, el mismo argumento podría invocarse sin complicaciones casi para eludir la exigencia de la nacionalidad en cualquier de los supuestos enumerados en el párrafo anterior. No cabe duda de que esta posibilidad abriría un debate acerca de la pertinencia de hacerlo así en todos los casos, en alguno o en ninguno. Además del efecto que una discusión como esta podría tener en cada uno de estos casos y otros que cabría imaginar, está en juego el sentido último de una distinción basada en la nación: ¿Por qué habríamos de reconocer siquiera la existencia de un valor que justificara una distinción entre nacionales y extranjeros? Por supuesto, esto sería una discusión esencialmente política, acerca del significado de la nacionalidad como factor de inclusión/exclusión, que debería ser procesada por un órgano político *ad hoc*. Lo que resulta perturbador es que esta cuestión sea resuelta por un tribunal de justicia. Porque la proyección lógica del criterio de la Corte Suprema en la sentencia Casillas con Junji agudiza la sospecha sobre el carácter arbitrario y discriminador de la nacionalidad. En consecuencia, cada vez más, el intérprete se ve forzado a justificar la exigencia normativa –legal o constitucional– de la nacionalidad como condición para el ejercicio de ciertos derechos, un esfuerzo que la norma de hecho debería ahorrarle, porque ya lo habría realizado el legislador que la creó.

## VII. Conclusión

El concepto de ‘ciudadanía’ puede estar cambiando. Quizá la nacionalidad es un criterio obsoleto en la configuración del estatus del ciudadano. La globalización, el multiculturalismo, el fenómeno migratorio, el cosmopolitismo, entre otros, son factores que tienden a debilitar la fuerza de la nacionalidad como criterio de inclusión/exclusión. Es dable pensar que está cerca el momento en que la distinción nacional/extranjero no tendrá relevancia jurídica alguna. Ese momento, si llega, tiene una importancia política extraordinaria, en la medida que reconfigurará el estatus de la ciudadanía y, con ello, definirá el universo de personas idóneas para participar activamente en la *res publica*. Esta determinación es política. Los derechos y deberes asociados a la ciudadanía obedecen también a una

---

queda en mal pie con el criterio de Casillas con Junji, porque se debilita la distinción básica que la sostiene, que es la de nacional/extranjero.

decisión política, porque expresan, tanto en el plano operativo como simbólico, lo que dicha noción significa para el Estado. Este conjunto de decisiones es esencialmente político, y político será quien las tome.

Hay una decisión política plasmada en el art. 13 de la Constitución que establece una clara diferencia entre nacionales y extranjeros: Solo los chilenos pueden ser ciudadanos. Es esta una definición política en la que convergen determinadas convicciones acerca de lo que significa la nacionalidad chilena, la ciudadanía, la soberanía nacional y los derechos políticos, por mencionar algunos de los elementos comprendidos en la decisión que se expresa en la disposición constitucional. Lo mismo vale para el proceso político que dio origen al art. 12 letra a) del Estatuto Administrativo, agregando que aquí también entran otras consideraciones políticas, como el significado de la Administración Pública para el Estado o las condiciones de idoneidad para desempeñarse como funcionario público.

Si la nacionalidad es un requisito de la ciudadanía o no, debería entenderse que es una discusión reservada al Congreso, porque supondría una reforma constitucional. También, por supuesto, sería propio de la órbita de una asamblea constitucional o instancias análogas de ejercicio del poder constituyente. Por otra parte, si dicha condición es un requisito para ser funcionario de la Administración Pública o no, también correspondería al Congreso resolverlo modificando la ley, o al Tribunal Constitucional, si es el caso, a través de los requerimientos de inaplicabilidad e inconstitucionalidad. Pero, en cualquier caso, la respuesta a estas dos cuestiones estaría fuera de la competencia de los tribunales de justicia, porque se trata de una materia esencialmente política.

Es preciso decir que, por su naturaleza política, todas estas definiciones pueden discutirse y, llegado el caso, modificarse. Pero el foro y el proceso para que esto ocurra debe ser congruente con ella, esto es, político. Cuando la sentencia de la Corte Suprema dictamina que una persona extranjera posee la calidad de ciudadano, lo que en propiedad está haciendo es crear una nueva noción de ciudadanía, ahora desvinculada de la nacionalidad. En otras palabras, se está conduciendo como un órgano político, porque está tomando una decisión política.

### *Bibliografía*

ALÁEZ CORRAL, Benito, "Nacionalidad y ciudadanía, una aproximación histórico-funcional", en *Revista Electrónica de Historia Constitucional*, n.º 6, 2005.

ARENDRT, Hannah, *Sobre la revolución*, reimpresión, Madrid, Alianza Editorial, 2020.

ARISTÓTELES, *Ética Nicomaquea*, Madrid, Editorial Gredos, 2019.

- BENÉITEZ, Benita, “La ciudadanía de la democracia ateniense”, en *Foro Interno*, n.º 5, Madrid, 2005.
- BRAVO LIRA, Bernardino, “El Chile de los pueblos, el pueblo y los partidos. Vasallos, ciudadanos y electores: actores de la historia”, en *Revista de Derecho Público*, vol. 79, Santiago, segundo semestre, 2013.
- CICERÓN, Marco Tulio, *Los deberes*, Madrid, Editorial Gredos, 2014.
- CID RODRÍGUEZ, Gabriel, “La forja de la ciudadanía en Chile: Debates y espacios para su ejercicio durante la república temprana (1810-1851)”, en Armando CARTES y Pedro DÍAZ (ed.), *Ciudadanía. Temas y debates*, Santiago, Centro de Estudios Bicentenario, 2015.
- DE COULANGES, Fustel, *La ciudad antigua*, Ciudad de México, Editorial Porrúa, 2015.
- ESTÉVEZ, Carlos, *Elementos de derecho constitucional*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1949.
- GUERRA, Françoise-Xavier, “El soberano y su reino. Reflexiones sobre la génesis del ciudadano en América Latina”, en Hilda SÁBATO (comp.), *Ciudadanía política y formación de las naciones. Perspectivas históricas de América Latina*, Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica/El Colegio de México, 1999.
- LÓPEZ, Elvira, *El proceso de construcción estatal en Chile. Hacienda pública y burocracia (1817-1860)*, Santiago, Ediciones de la Dirección de Bibliotecas, Archivos y Museos, Centro de Investigaciones Diego Barros Arana, colección Sociedad y Cultura, 2014, vol. LVII.
- PLATÓN, *Obras completas*, Madrid, Medina y Navarro editores, Imprenta de la Biblioteca de Instrucción y Recreo, 1872.
- PANTOJA, Rolando, *La organización administrativa del Estado*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004.
- STOLCKE, Verena, “La ‘naturaleza’ de la nacionalidad”, en *Illes i Imperis: Estudios de Historia de las Sociedades en el Mundo Colonial y Post-colonial*, n.º 5, Barcelona, 2001.
- STUVEN, Ana María, “La cuestión social y la consolidación de la nación: el problema de la inclusión civil y política”, en Ana María STUVEN y Marco PAMPLONA (eds.), *Trayectorias y construcciones. Estado y nación en Chile y Brasil en el siglo XIX*, Santiago, Ediciones Pontificia Universidad Católica de Chile, 2009.
- TORO, Pablo, “Como se quiere a la madre o a la bandera: notas sobre nacionalismo, ciudadanía y civilidad en la educación chilena (1910-1945)”, en Gabriel CID y Alejandro SAN FRANCISCO (eds.), *Nacionalismos e identidad nacional en Chile. Siglo XX*, Santiago, Ediciones Bicentenario, 2010.
- WEBER, Max, *¿Qué es la burocracia?*, Ediciones Elaleph.com, 2010.

### JURISPRUDENCIA

- CORTE DE APELACIONES DE ARICA, rol 691-2017, 11 de octubre de 2017.
- CORTE SUPREMA, rol 43.005-2017, 18 de abril de 2018.



CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, dictamen n.º 6532-2008, 11 de febrero de 2008.

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, dictamen n.º 14605-2010, 18 de marzo de 2010.

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, dictamen n.º 61998-2011, 30 de septiembre de 2011.

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, dictamen n.º 84692-2014, 30 de octubre de 2014.

### NORMAS

Constitución política y permanente del Estado de Chile, de 1823.

Constitución Política de la República, de 1980.

Ley n.º 5357, sobre Elecciones, Registro y otros, de 18 de enero de 1934.

Ley n.º 8282, sobre Estatuto Orgánico de los Funcionarios de la Administración Civil del Estado, 24 de septiembre de 1945.

DFL 338 de Hacienda, sobre Estatuto Administrativo, 6 de abril de 1960.

Ley n.º 18834, que aprueba Estatuto Administrativo, en *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 15 de septiembre de 1989.

Ley n.º 18700, sobre Votaciones Populares y Escrutinios, 6 de septiembre de 2017.

Ley n.º 21325, de Migración y Extranjería, 20 de abril de 2021.

### OTROS

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, *Historia de la Ley 18.834*, 1989.

Disponible en <https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursolegales/10221.3/3816/4/HL18834.pdf>

*Boletín de Leyes y Decretos 1810-1818*, Londres, Edit. Forgotten Books, 2018.

ACTAS COMISIÓN DE ESTUDIOS DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN, *Historia del artículo 13*. Disponible en <https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursolegales/10221.3/396/1/HLArt13CPR.pdf> [fecha de consulta: 4 de diciembre de 2021].

### Siglas y abreviaturas

art.	artículo
arts.	artículos
cons.	considerando
CENC	Comisión de Estudios de la Nueva Constitución
comp.	compiladora



DFL	decreto con fuerza de ley
DL	decreto ley
Edit.	editorial
eds.	editores
https	Hypertext Transfer Protocol Secure
Junji	Junta Nacional de Jardines Infantiles
n.º	número
n.ºs,	números
<i>op. cit.</i>	<i>opus citatis</i> (obra citada)
p.	página
pp.	páginas
Segpres	Secretaría General de la Presidencia
ss.	siguientes
TV	televisión
<i>vr. gr.</i>	<i>verbi gratia</i>
www.	World Wide Web

# CONTRIBUCIONES DE GUERRA DURANTE LA OCUPACIÓN DE TACNA: EL CASO VARGAS (1907)

*Rodrigo Céspedes\**

## *Resumen*

En el caso comentado, el tribunal decide la legitimidad de las contribuciones de guerra durante la ocupación de Tacna por parte de las fuerzas chilenas durante la Guerra del Pacífico (1879-1884). El tribunal fundamenta su decisión según el incipiente derecho humanitario de la época y las costumbres y los principios de derecho internacional.

## *Introducción*

La Guerra del Pacífico (1879-1883) fue motivo de interesantes conflictos jurídicos decididos por los tribunales chilenos. Estas decisiones son una magnífica fuente para entender cómo se formó el derecho internacional. En la ausencia de entes internacionales o tratados multilaterales, la costumbre y los principios generales del derecho eran las fuentes principales del *ius gentium*. Este tipo de decisiones (y los fallos arbitrales) son la mejor evidencia de esas fuentes, que tienden a ser difusas<sup>1</sup>. El caso comentado se desarrolla durante la administración chilena de Tacna. Chile tuvo el control efectivo sobre ese territorio al poco tiempo de iniciada la guerra. En 1883, el Tratado de Ancón fue firmado entre Chile y Perú. Su objetivo era poner fin a las hostilidades, resolver las diferencias territoriales entre los dos países y estabilizar las relaciones *post-bellum*. Bajo los términos del Pacto, Chile podría retener las provincias ocupadas durante diez años, después de lo cual su destino se decidiría mediante un referéndum. No

---

\* Doctor en Derecho. Research associate, Max Planck Institute for Social Anthropology, Department of Law and Anthropology. Correo electrónico: cespedes@eth.mpg.de

<sup>1</sup> Casos como el comentado pueden tomarse como antecedentes de los futuros tratados que regulan las acciones bélicas como las convenciones de La Haya de 1898 y 1907; los tres últimos convenios de Ginebra y sus protocolos adicionales y la Convención de 1980 sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados.

hubo acuerdo sobre los términos del plebiscito y este nunca se celebró. El control chileno del territorio ocupado a la época del conflicto era, por lo tanto, temporal y condicional<sup>2</sup>. Se llegó a un acuerdo con el Tratado de Lima de 1929. Chile retuvo Arica, mientras que Perú recuperó Tacna. La disputa en el caso comentado tuvo lugar durante ese periodo de ocupación. Se expondrán los hechos, el fallo y un comentario de esta sucinta, pero contundente sentencia nacional.

### *I. Hechos*

Etelvina Vargas y otros ciudadanos peruanos demandaron a Chile porque, durante la ocupación de Tacna y Arica en la Guerra del Pacífico, el Ejército chileno utilizó, por varios años, un edificio de su propiedad (un teatro)<sup>3</sup> como hospital de campaña primero y luego como alojamiento para soldados chilenos. Según Etelvina y los demás, Chile les debía indemnizar con el equivalente al alquiler por el uso de dicho recinto. Además, cuando el teatro fue devuelto a los demandantes, había sufrido deterioro. En consecuencia, también pidieron una compensación equivalente a los daños causados a su propiedad por su uso. El promotor fiscal adujo, entre otras razones, que Chile no les debía indemnización alguna, ya que los propietarios eran ciudadanos peruanos, nacionales del Estado vencido en guerra.

### *II. Fallo*

Según la sentencia, Etelvina Vargas y los demás eran ciudadanos peruanos, hecho fundamental para decidir el conflicto. Los demandantes eran nacionales del Estado que había sido derrotado en guerra. Esa contienda bélica fue la causa de la carga impuesta. A los demandantes nunca se les privó el derecho de propiedad sobre su edificio; de hecho, la carga aplicada fue solo una restricción temporal del uso del mismo para satisfacer una

---

<sup>2</sup> De hecho, la ocupación bélica es esencialmente provisional y, si bien hay control efectivo del territorio enemigo, no está bajo su soberanía formal. La autoridad militar ocupante *de facto* sustituye a las autoridades de la potencia vencida. Su carácter temporal la distingue de la anexión. Además, los derechos de los nacionales de la nación ocupante no se confieren a la población del Estado vencido, derechos que deberían extenderse en caso de una anexión. No obstante, los nacionales del país ocupado gozaban de cierta protección dada por el incipiente derecho humanitario de la época.

<sup>3</sup> Es el actual teatro municipal de Tacna, declarado patrimonio histórico peruano.

necesidad humanitaria, como atender a los heridos y, luego, proporcionar alojamiento a las fuerzas militares ocupantes. Estas cargas fueron solo una contribución de guerra, requerida por las necesidades bélicas. Aquellas obligaciones, que causaron daños, no eran contrarias a los objetivos legítimos de la guerra, y fueron una consecuencia natural de ella. Los usos de la guerra y los principios del derecho internacional autorizan la imposición de cargas de este tipo, por lo que no crean ninguna responsabilidad sobre la potencia ocupante. La Corte de Apelaciones de Santiago confirmó la decisión del Tribunal de Tacna.

### III. Comentario

Parte de las costumbres de la guerra al momento del conflicto requerían que los involucrados respetaran la propiedad privada de los civiles. Sin embargo, un Estado ocupante legítimamente podía gravar de forma moderada a los ciudadanos del Estado vencido. En ese momento, un país ocupante tenía perfecto derecho a cobrar contribuciones de guerra. Durante el siglo XIX, el término “contribuciones de guerra” se empleaba para referirse a todo tipo de pagos o servicios por parte de la población del Estado vencido al país vencedor, con el fin de apoyar los esfuerzos bélicos, incluida la administración del territorio ocupado. El alojamiento de las tropas en el inmueble, propiedad de los nacionales del Estado derrotado, podría considerarse una contribución de guerra<sup>4</sup>. El tribunal distinguió de modo implícito una contribución de guerra de otros tipos de cargas que podían imponerse. El uso de la propiedad como contribución bélica es temporal; solo es una restricción de la propiedad de los civiles, no una privación de su derecho.

El tribunal también destacó que la carga de las contribuciones en efecto causaba daños, y normalmente el Estado ocupante tendría que compensar el perjuicio. Sin embargo, dado que los propietarios eran peruanos, *ratio personae* el Estado ocupante podía imponer esas cargas sin ninguna responsabilidad. Entonces, no hay discriminación ni enriquecimiento sin causa: el movimiento patrimonial tiene una causa legítima y está justificada por el ordenamiento. En consecuencia, los demandantes no tenían derecho a una indemnización por ese uso. *A contrario sensu*, si ese tipo de carga se hubiera impuesto a los chilenos o a los nacionales de Estados no-beligerantes<sup>5</sup>, se habría debido una indemnización. Según el

---

<sup>4</sup> Ingo VENZKE, ‘Contributions’.

<sup>5</sup> Los nacionales de países neutrales podían concurrir a los tribunales chilenos para exigir compensaciones por daños sufridos por las actividades bélicas, al igual que los

derecho de guerra de la época, las autoridades militares podían incautar bienes de privados para apoyar los esfuerzos de guerra. El destino de los activos incautados variaría según la nacionalidad del propietario. Los bienes de los ciudadanos de Estados no-beligerantes podrían restringirse o privarse, pero sujeto al pago de una compensación (el derecho de angaria, por ejemplo). En el caso de sus nacionales (los chilenos en este caso), el Estado beligerante puede requisar bienes muebles o inmuebles, a cambio de una indemnización<sup>6</sup>.

Chile invoca el principio de humanidad<sup>7</sup> para destacar la legitimidad de la carga impuesta, ya que la contribución de guerra era necesaria para prestar atención médica a los heridos. Según el Tribunal de Tacna, parece que el Estado ocupante tenía la obligación prioritaria de garantizar la atención médica a los enfermos y heridos. Según las costumbres de la guerra de la época, tratar a los enfermos y heridos en los conflictos armados internacionales reflejaba consideraciones básicas de la humanidad<sup>8</sup>. Este principio jurídico consuetudinario protegía a las personas contra sufrimientos innecesarios y se debía tanto a los combatientes como a los civiles: las personas entonces debían recibir un trato humano en todo momento.

Esta sentencia es un muy buen ejemplo histórico de la formación del derecho internacional, el incipiente derecho humanitario y la cristalización de las costumbres y usos de guerra durante el siglo XIX. Probablemente, además, es uno de los pocos precedentes judiciales sobre la institución de las “contribuciones de guerra”.

---

chilenos. Sin embargo, para tener total imparcialidad, Chile creó, después de la guerra, comisiones mixtas de reclamación, tribunales arbitrales encargados de adjudicar indemnizaciones sobre la base del derecho internacional.

<sup>6</sup> Robustiano VERA, *Código Civil de la República de Chile Comentado i explicado*, pp. 64-66.

<sup>7</sup> En el *ius in bello* de la época, existía un incipiente derecho humanitario que regulaba la restricción de los métodos de combate y la protección de las personas ajenas al conflicto. En 1879, Chile editó un folleto denominado *El derecho de la guerra según los últimos progresos de la civilización* que incluyó Código Lieber de 1863 (las Instrucciones para la conducción de los Ejércitos de EE.UU. durante la Guerra de Secesión); la Convención Internacional de Ginebra (1864, más el *adendum* de 1868), destinado a aliviar la suerte de los heridos y prisioneros; la Declaración de San Petersburgo (1868), que prohibía el uso de munición que causase daños innecesarios a los combatientes, en particular prohibía el uso de balas explosivas y la Declaración de Bruselas (1874), sobre las Leyes y Costumbres de Guerra (nunca entró en vigencia, pero sirvió de base para la Convención de la Haya de 1899). Con frecuencia los tribunales chilenos hacen alusión al principio humanitario y a estos textos internacionales.

<sup>8</sup> Geoffrey S. CORN, ‘Humanity, Principle of’.

#### IV. Sentencia completa

*EVELVINA VARGAS I OTROS CON EL FISCO*

*Gaceta de los Tribunales* n.º 7569, año LXVII, 31 de agosto de 1907, sentencia n.º. 611, Corte de Apelaciones de Santiago, pp. 1023-1024

Tacna, 5 de agosto de 1905.

Considerando:

- (1) Que implícitamente se haya reconocida en autos la nacionalidad peruana de los demandantes, o sea de ciudadanos de la nación que fue vencida en la guerra en que se efectuaron los actos que motivan la actual reclamación;
- (2) Que los hechos que sirven de base a la demanda son: el haber sido ocupado por orden de la autoridad chilena el edificio del teatro de esta ciudad, en parte de propiedad de los demandantes, durante el tiempo comprendido entre el día de la ocupación de Tacna por el Ejército chileno y el 25 de mayo de 1885, para ser destinado a hospital militar primero y a cuartel militar más tarde; y haberse causado con dicha ocupación perjuicios y deterioros en el edificio;
- (3) Que de los fundamentos mismos de la demanda se desprende que no se trata de actos que importen la privación de la propiedad del inmueble en referencia, sino sólo de una limitación del dominio realizada con el objeto de proveer a la satisfacción de una necesidad de carácter humanitario, consiguiente a la ocupación bélica, como es la de atender a la curación de los heridos y a la no menos necesaria de hospedar la tropa del ocupante;
- (4) Que estos servicios importan sólo una contribución impuesta por las necesidades de la guerra a los habitantes del país vencido, servicios que, si bien pueden ocasionar un daño efectivo, no se oponen al fin legítimo de la guerra y son una consecuencia natural de ella;
- (5) Que las leyes y usos de la guerra y los principios del Derecho Internacional autorizan la imposición de contribuciones de la naturaleza de aquella de que se trata, sin que ellas impongan obligación alguna al vencedor;
- (6) Que aun cuando la demanda comprende también el período de tiempo transcurrido entre el 21 de mayo de 1884, fecha de

la promulgación del Tratado de Ancón, que puso término a la guerra de 1879, y el 25 de mayo de 1885, los demandantes con relación a este espacio de tiempo no han justificado en forma la ocupación de que reclaman, exhibiendo la orden o decreto de la autoridad competente que autorizó aquel servicio.

A mérito de estas consideraciones y de acuerdo con las prácticas y principios de Derecho Internacional citados, se declara sin lugar en todas sus partes la demanda de f. 1, con costas.

Anótese y consúltese. - J. Salinas. - Alba, secretario.

### *Bibliografía*

- CORN, Geoffrey S., 'Humanity, Principle of', in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. Disponible en <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1810>
- VENZKE Ingo, 'Contributions', in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. Disponible en <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e456>
- VERA, Robustiano, *Código Civil de la República de Chile Comentado i explicado*, Santiago, Imprenta Gutenberg, 1892, tomo III.

### *Siglas y abreviaturas*

EE.UU.	Estados Unidos
https	HyperText Transfer Protocol Secure
pp.	páginas

# Recensiones

---

Derecho Público Iberoamericano  
Universidad del Desarrollo  
N.º 20 | 2022





TELIOS THOMAS, DIETER THOMÄ & ULRICH SCHMID (EDS.),  
*THE RUSSIAN REVOLUTION AS IDEAL AND PRACTICE. FAILURES, LEGACIES AND THE FUTURE OF REVOLUTION*, CHAM,  
PALGRAVE MACMILLAN, 2020 (E-BOOK).

*Juan Fernando Segovia*

La serie intitulada “Teoría política crítica y práctica radical”, que dirige el especialista en ciencia política Stephen Eric Bronner, de la Universidad Rutgers (New Jersey, Estados Unidos de Norteamérica), promueve nuevos autores, temas heterodoxos, interpretaciones críticas de los clásicos y otros trabajos destacados en veta heterodoxa ([www.palgrave.com/gp/series/14938](http://www.palgrave.com/gp/series/14938)). Se trata de una colección que busca salirse de lo establecido desde el punto de vista de la teoría crítica de la política, una publicación de inconformistas. Comenzó en el año 2013 con un trabajo sobre Sigmund Freud y la política subterránea y el último ejemplar, aparecido el pasado año, está dedicado a revalorizar a Pico de la Mirandola.

El tomo que acá comentamos encara la Revolución rusa en sus aspectos ideales y prácticos, sus fracasos, sus legados y el futuro de la revolución. Los tres editores son profesores universitarios de la Universidad de San Galo en Suiza. Thomas Telios y Dieter Thomä enseñan filosofía; Ulrich Schmid se encarga de estudios sobre Rusia. La obra consta de dieciséis capítulos distribuidos en tres partes.

El capítulo 1 es el “Prefacio” de los editores, que comienza haciendo propia una declaración de la artista rusa Julia Kissina: “todos somos hijos de las revoluciones Francesa y Rusa”; hijos tironeados en una dialéctica entre la realidad de la revolución y su imagen ideal, sus éxitos y sus fracasos. Pero algo más: los editores entienden que la Revolución rusa es, en cierto modo, la medida de las revoluciones siguientes y de las futuras, sea por imitación, optimización, continuación o rechazo. Se trata, entonces, de saber qué es la Revolución rusa, significado que aparece unido inextricablemente a la figura de Vladimir Lenin.

Estamos ante un estudio teórico, pero con una finalidad práctica, algo así como un balance que permite retomar las tácticas revolucionarias. Tal el interés de los autores y de los lectores. Pruebas al canto:

“La revolución radica en entender su realización no mediada, no preparada, urgente e intrusiva *hic et nunc*; en la repetición de prácticas cotidianas que llevan dentro de sí la posibilidad de cambiar su propio curso y, mediante ello, el contexto en el que ocurren u ocurrieron; en el darse cuenta de que la revolución sólo puede ser un proyecto holístico, horizontal e inclusivo, en el que el comunismo se asocia menos con los procesos secretos de la toma de decisiones de un politburó, que con la producción socio-ontológica de una subjetividad revolucionaria” (p. 7).

La parte I: “Reconsiderar la Revolución Rusa” presenta la revolución tal como fue percibida por sus actores, sus agentes, sus teóricos y sus propagandistas, las representaciones diversas de una historia violenta tomada ahora como un evento. En concreto: considera la historicidad de la revolución a través de cuatro fenómenos distintivos: la moral sexual, la religión, el derecho y las formas de vida. Por eso el capítulo 2, a cargo de Karl Schlögel (Universidad Europea Viadrina de Fráncfort del Óder), se titula: “Más allá del horizonte: la Revolución Rusa vista desde lejos”, en el que se pregunta si la Revolución rusa quedó anclada a un pasado ahora incomprensible. Valiéndose de la idea de Ernst Bloch de la simultaneidad de la disimultaneidad, sugiere acabar la linealidad y secuencialidad de los procesos históricos y admitir la contingencia como centro de todas las cosas que suceden. Solamente así es posible una narrativa histórica adecuada a los procesos complejos: la simultaneidad de la causa (los choques) y los efectos (las repercusiones), la proximidad de los acontecimientos y la continuidad de la larga duración, el despegue y la decadencia, las pesadillas apocalípticas y las utopías geniales, la disciplina de los revolucionarios profesionales y los eventos caóticos descontrolados.

Sylvia Sasse, de la Universidad de Zurich, en el capítulo 3 inquiere: “¿Recreando la Revolución? Teatro y política de repetición”, consistente en una propuesta acerca del modo de diferenciar lo que efectivamente ocurrió, lo que se creía había ocurrido y lo que se montó en escena. Porque si los bolcheviques cultivaron una narrativa que quisieron fuera realista y documental, lo cierto es que no siempre el realismo y el documento coinciden con el original. La respuesta parece hallarla en la obra de teatro dirigida por Nikolai Evreinov en 1920: “Asalto del Palacio de Invierno”, pues la puesta en escena no es el hecho histórico, tampoco es una simple recreación del hecho, sino una recreación por medio de una producción escenificada que solo quiere ser una repetición de un acontecimiento histórico.

El capítulo 4, denominado “Revolución en la ética sexual: el comunismo y el ‘problema del sexo’ (1920-1930)”, estuvo a cargo de Enikő Darabos (Universidad Eotvos Lorand de Hungría), y es un panegírico de la emancipación sexual propuesta por la política soviética Aleksandra Kolontái, la austro-americana prosoviética Elfriede Friedländer (alias Ruth Fischer) o el psicoanalista austro-americano Wilhelm Reich, de un sistema ético sexual progresivo encarado por los comunistas, que se frustró por la oscura ideología partidaria de los bolcheviques rusos, los socialistas austriacos y los comunistas alemanes.

Christian Schmidt, de la Universidad Leipzig, plantea en el capítulo 5 “Revolución y salvación”, relativo a la teología secularizada de raíz hegeliana que se reviste de concepción de la historia y se convierte en una experiencia política revolucionaria sostenida en el conocimiento del curso de la historia, que el Partido Comunista acabó por desbaratar. En el capítulo 6, “Derecho, voluntad absoluta y el ‘debilitamiento del Estado’: la soberanía en los límites de la ‘dictadura del proletariado’ de Lenin”, Naveen Kanalu (Universidad de California en Los Angeles) presenta un interesante ejercicio intelectual: el comunismo anuncia la desaparición del Estado a través de la dictadura del proletariado, pero al no extinguirse la dictadura se convirtió, con Vladimir Lenin, en la forma jurídica del Estado soviético. Esta dictadura, ¿es legal, ilegal o extralegal? El propio Vladimir Lenin en *El Estado y la revolución* (1917) reconoció que estaba fuera del derecho, no obstante lo cual lo juristas soviéticos batallaron por darle a la dictadura del proletariado un estatus jurídico, lo que llevó a la gradual juridicización del Estado soviético.

El capítulo 7, redactado por Dieter Thomä, encara la vida después de la Revolución, esto es: “Administración, hábito y democracia en ‘El Estado y la revolución’ de Lenin, y más allá”, que analiza el escenario posrevolucionario que Vladimir Lenin plantea es su clásica obra recurriendo a metáforas como que la nueva sociedad será un gran despertar y una realización de los sueños, en tanto el Estado mengua hasta morir, se apaga y se extingue. La paradoja es que, en el mientras tanto, se aplica el hábito, el acostumbramiento a la administración, lo que contrasta con la ideología y el planteo trotskista de la revolución permanente. El autor plantea la necesidad de discutir la intrincada relación entre revolución, democracia y Estado.

La parte II: “Recontar la Revolución Rusa” se concentra en cómo la revolución fue relatada de nuevo después de sucedida, lo que impulsó a los teóricos críticos a allanar nuevos caminos de pensamiento radical, esto es, métodos para superar los fracasos y atascos de la revolución, pero también produjo la subversión de la revolución por políticas reaccionarias y empresas teóricas conservadoras. Comienza con el trabajo de Ulrich

Schmid, que constituye el capítulo 8, bajo la rúbrica: “Conspiraciones alemanas y judías: la Revolución de Octubre desde la perspectiva de los fascistas italianos y los nacionalsocialistas alemanes”, que ya lo dice todo. Tatjana Jukic (Universidad de Zagreb) nos trae en el capítulo 9 “Una teoría narrativa para la Revolución de Octubre (de Maugham a Benjamin y vuelta)”, recurriendo a la novela *Ashenden* (un agente secreto) escrita en 1927 por Somerset Maugham, que entiende es una muestra de la revolución no consolidada, dando lugar a una teoría narrativa que aparece en *Hamlet o Hecuba* de Carl Schmitt (1956). La narrativa de la que habla tiende a agotar la revolución porque, en lugar de revelar que la revolución es una heredera fallida de la francesa, se la presenta como el agotamiento de la lógica de modernidad y revolución.

“Octubre y las perspectivas de la revolución”, capítulo 10 a cargo de Marie-Josée Lavallée, de la Universidad de Montreal, Quebec, estudia las interpretaciones de Hannah Arendt, Theodor Ludwig Wiesengrund Adorno y Herbert Marcuse sobre la revolución y el cambio social y político, coincidentes todos en el fracaso de la Revolución rusa; pero el objetivo de la autora es eminentemente práctico: conservar la revolución y no repetir sus errores. De inmediato, en el capítulo 11, Tora Lane, de la Universidad Södertörn (Huddinge, Suecia) escribe acerca de “La memoria política y ‘las políticas de la memoria’”, en el cual, valiéndose de Jacques Derrida y Jean-Luc Nancy, adhiere a una política de la memoria como una idea que podría recuperar un recuerdo de lo común como ser-en-común, como aparece en los escritos de Andrey Platonov.

De todas las colaboraciones de esta parte –menos interesante que la anterior–, tal vez sea la más instructiva la de Stephan Rindlisbacher, de la Universidad de Wisconsin-Madison, titulada “En el limbo histórico: el legado de la Revolución de Octubre en Rusia”, basada en las ceremonias oficiales de 2017, y que contiene sentencias como las siguientes: “La conmemoración de la Revolución de Octubre parece borrosa en Rusia” (p. 207);

“El recuerdo de 1917 genera problema a las élites políticas en Rusia. Dado que no parece obtenerse ningún beneficio político del pasado revolucionario, su conmemoración es, en el mejor de los casos, delicada” (p. 208);

para concluir:

“En la Rusia de hoy, el directo enfrentamiento de puntos de vista contradictorios sobre 1917 se evita casi a toda costa. Esta conmemoración borrosa revela la incertidumbre oficial respecto del ‘Octubre Rojo’. Por ello, permanece en una especie de histórica tierra de nadie” (p. 222).

Sin comentarios.

Avancemos a la tercera y última parte que promete mayor actividad: “Rehabilitar la Revolución”, esto es, cómo la Revolución rusa puede estimular un replanteo de la idea de revolución. Y la propuesta arranca con “Los conceptos de revolución”, capítulo 13, de la pluma de Geoffroy de Lagasnerie (Escuela Nacional Superior de Artes de París-Cergy). Entiende el autor que las formas anteriores de experimentar la política estaban estructuradas por un sentimiento de esperanza revolucionaria, mientras que la política posrevolucionaria está cada vez más marcada por la experiencia de impotencia, de desempoderamiento, que pone en cuestión la efectividad de las prácticas transformadoras radicales. Buscando la causa, la encuentra en la imagen de la revolución a la que se adhiere actualmente, que impide actuar con radicalidad y percibir y participar en las luchas cotidianas; en otras palabras, se discute y no se actúa. ¿Cómo salir del atolladero? Recurriendo a Herbert Marcuse, pero sin convertirlo en sistema, y a un filtrado generalizado (*general leaking*), que haga las veces de una huelga general (*general strike*), cree que proporcionarían un marco teórico y una praxis radical, respectivamente, que permitirán superar la parálisis (p. 241).

El capítulo 14, de Christoph Menke (Universidad Goethe, Fráncfort del Meno) analiza “La posibilidad de la revolución” de cara a la actual urgencia revolucionaria, con una atención especial al sujeto de la revolución. Su tesis es que el sujeto revolucionario no se identifica con ninguna de las formas sociales producidas históricamente (por ejemplo, el proletariado); no existe tal sujeto en tanto anterior a la historia y la sociedad. Es la aporía entre el sujeto que la historia produce y el sujeto que rompe con el desarrollo histórico, aporía que se puede superar recurriendo a un giro trascendental de la subjetividad, consistente en recurrir a las capacidades y formas sociales adquiridas a lo largo del tiempo, pero disponiendo de ellas libremente, no según un determinismo histórico. Algo así como si se dijera que el sujeto revolucionario se descubre en la praxis de la revolución.

Donatella della Porta, de la Escuela Normal Superior de Florencia, una especialista en movimientos sociales, en el capítulo 15 desarrolla una de las colaboraciones más inquietantes: “La intensificación del tiempo en la dinámica revolucionaria”, un análisis acerca de cómo se producen las revoluciones, teniendo en cuenta el cambio que se opera en la percepción del tiempo, que, por lo general, pareciera agotarse hasta la vuelta a la normalidad.

Entiende que si se analizan los movimientos de protesta ligadas a episodios que en lo usual se describen como acontecimientos repentinos, cargados de sorpresa, de emoción, de innovación, se estaría delante de un agitado proceso de democratización propio de momentos excepcionales. La transformación que interesa a la autora es la llamada intensificación

del tiempo, que se da a niveles macro, meso y también micro. Su teoría es que los cambios significativos se producen en el nivel meso, pues la protesta agitada interrumpe la rutina; si se actúa colectivamente, los movimientos sociales interpretarán que están provocando quiebres críticos a nivel macro, haciendo que las estructuras se vuelvan más líquidas; y todo ello hará que, a nivel micro, los sujetos busquen en los pensamientos y conductas de los otros las señales que podrían guiar sus propias elecciones. La enseñanza, entonces, sería la siguiente: la temporalidad revolucionaria depende de dinámicas endógenas que se desarrollan en una serie de elecciones contingentes, las que, a su vez, resultan en un cambio inesperado, abrupto y abierto (pp. 274-277). Esto es: Dejar fluir la revolución sin dejar de conducirla.

Thomas Telios concluye la obra con el capítulo 16, denominado “Epílogo: La subjetividad comunista y la política del colectiversalismo”, neologismo que expresa la ideología del universalismo colectivista, esto es, la colectividad como el elemento central del proceso revolucionario por excelencia. Según el autor, el pueblo y el partido fueron las colectividades paradigmáticas de las revoluciones francesa y rusa, pero fracasaron en sus objetivos, porque en el decurso de las revoluciones tales sujetos colectivos se universalizaron, perdieron su carácter colectivo y diverso y, por fin, cayeron en la condición de meras entidades supraindividuales. El problema de la revolución consiste en la subjetividad que reconoce al sujeto individual tanto como al supraindividual una agencia revolucionaria fundamentada metafísicamente. Si no hay sujeto, entiende el autor, tampoco hay sujeto revolucionario; y si no hay sujeto revolucionario, no puede haber revolución.

¿Qué propone Thomas Telios? El autor cree que una comprensión alternativa del sujeto, esto es, el de una subjetividad colectiva construida en lo social –no dada de modo metafísico– puede servir como una alternativa. Aduce que tal comprensión de la subjetividad se remonta a Karl Marx y su idea del ser social. También se puede acudir a los aportes de Judith Butler y Jean-Luc Nancy, para repensar el sujeto como una entidad colectiva socialmente producida, una subjetividad comunista capaz de intervenir en prácticas colectivas, pues el colectivo es un producto socio-ontológico (p. 259). La lección del autor se resume en lo siguiente: la política revolucionaria no necesita ser normativa, no necesita compartir un mismo objetivo, perseguir los mismos intereses o exigir una identidad común; la acción revolucionaria y colectiva es inherente a cada sujeto debido al proceso socio-ontológico de su estructuración colectiva.

Y llegamos así a las ocho tesis revolucionarias actuales propuestas por Thomas Telios:

- primera, el comunismo es un asunto inmanente, no un ideal metafísico;
- segunda, la política de la subjetividad comunista no prioriza una lucha por sobre otra ni jerarquiza las necesidades;
- tercera, la política de la subjetividad comunista es una política de la solidaridad en razón de la colectiva codeterminación de los sujetos;
- cuarta, no hay un solo modo de política comunista, pues es experimental y opuesta al universalismo político;
- quinta, la política comunista no es *chronos* (tiempo), sino *kairos*, esto es, el instante propicio y el intervalo crítico, es la oportunidad de tomar una decisión, es un tiempo en el que no hay mucho tiempo, como lo entendió Cornelius Castoriadis;
- sexta, la política comunista no es activismo ni espontaneísmo, es organizada y táctica, pues la subjetividad se reorganiza conforme a lo exterior a ella;
- séptima, la libertad no es un ideal normativo de la política comunista, sino la autodeterminación como contrapuesta a la autonomía y
- octava, hay que recuperar el universalismo político de las revoluciones rusa y francesa (pp. 302-306).

Es hora de concluir y cerrar la reseña. Este libro, como hemos visto, excede con mucho el interés de los historiadores o la inquietud de los cultores de la Revolución rusa, incluso de los “cientistas políticos” escrutadores de los procesos. No es el ejercicio de un melancólico memorioso ni la fría investigación de un expediente judicial. Todo lo contrario. Es una suerte de anticipo revolucionario que permite, hasta cierto punto, conocer o descifrar cuáles serán los próximos objetivos de la revolución, qué actividades pueden desarrollar los movimientos sociales, qué actores se pueden incentivar, etc. No se puede negar que es útil a los revolucionarios y también a sus víctimas. Por lo menos sabemos que no bajarán los brazos.

Veamos sus iniciativas prácticas si lo hemos leído bien: Karl Schlögel sugiere revolucionar el tiempo, la historia y su narrativa; Sylvia Sasse propone teatralizar los hechos como repetición o recurrencia curativa; Enikő Darabos plantea profundizar la revolución sexual; Christian Schmidt llama a recuperar el carácter salvífico de la historia; Naveen Kanalu advierte de los pruritos jurídicos que estancan los procesos; Dieter Thomä previene de no caer en el hábito y la administración, dejando atrás la revolución misma; Ulrich Schmid señala al eterno enemigo: el fascismo; Tatjana Jukic se encarga de reencender el fuego de la revolución que no está agotado para nada; Marie-Josée Lavalée predica que no deben repetirse los errores;



Tora Lane quiere hacer de la revolución una política de la memoria, lo que ya es; Stephan Rindlisbacher insta a la celebración de la revolución independientemente de los intereses políticos; de Geoffroy de Lagasnerie sugiere reinventar la revolución superando las discusiones teóricas; Christoph Menke prescribe que la revolución depende de las capacidades del sujeto, no del determinismo histórico; Donatella della Porta expone de qué manera, de la protesta de los movimientos sociales, procede la revolución por un proceso endógeno y Thomas Telios recuerda que el sujeto revolucionario debe ser construido y no tomado de la metafísica.

Las lecciones también nos previenen acerca de lo que entorpece la revolución: los sujetos predeterminados por la ideología, los partidos que burocratizan los procesos, el derecho que fosiliza la experiencia, el Estado que se encarama por sobre las fuerzas y los movimientos sociales, los fines preestablecidos y los métodos programados, las teorías que encuadran y asfixian, etcétera.

Es cierto que hay mucho de voluntarismo y bastante de mistificación, siempre lo hubo en la revolución. Poco importa al revolucionario. El mensaje (la moraleja) del libro es que la revolución (“rusa”) tiene futuro, porque se justifica por sí misma; al menos eso esperan los autores. Así lo anuncia al final del “Prefacio”:

“Sólo podemos esperar que este libro ayude a reorientar la teoría (política crítica) y la práctica (radical) de lo que indudablemente fue uno de sus aspectos más destacados, a saber: el Octubre de los Rojos” (p. 17).

### *Siglas y abreviaturas*

p. página  
pp. páginas

ALFIE BOWN, *¡SUBVERSIÓN! CONVERSACIONES CON SREĆKO HORVAT*, PAMPLONA, KATAKRAK LIBURUAK, 2019.

*Juan Fernando Segovia*

Alfie Bown, un profesor de medios digitales en la Universidad Royal Holloway de Londres, publicó en 2016 sus conversaciones con Srećko Horvat, un filósofo y activista croata, nacido en 1983, que es autor de una decena de libros, varios de ellos circulan en traducción castellana, por caso *Después del Apocalipsis* (2021), *¡Todo debe cambiar!* –con Renata Ávila– (2021), *El discurso del terrorismo* (2017), *La radicalidad del amor* (2016) y con Slavoj Žižek *El sur pide la palabra. El futuro de una Europa en crisis* (2014).

Hace tiempo que la “calma chicha” del paraíso demoliberal fue cediendo a una “tensa calma” de dientes apretados, que en este rincón del mundo, que es la América española, se ha convertido en “tenso caos” por la pésima acción de los gobiernos o por la violenta reacción de los gobernados. Confesamos que la actual experiencia revolucionaria chilena nos ha conmocionado y desde entonces tenemos “las barbas en remojo”. Es ello lo que nos llevó a recorrer las páginas de este libro, no una morbosa pasión subversiva, sino la inquietud por el futuro próximo.

Alfie Bown puso como pórtico una “introducción” en el que anuncia que el libro procura contribuir a la materialización del cambio político en el contexto de una crisis global que todos experimentamos. La contribución –obvio es decirlo– viene de una izquierda que quiere ser realmente “radical”, de un radicalismo innovador que entrelaza la teoría y la práctica, siendo Srećko Horvat su activo representante. El autor cuenta algunos aspectos de la actividad de Srećko Horvat, por caso, que es miembro del paneuropeo movimiento DiEM25, que procura una democracia directa y real en Europa; es organizador del Festival Subversivo que anualmente se despliega en Zagreb; participa del Foro Social Mundial fundado por Francisco “Chico” Whitaker Ferreira; es colaborador de Julian Assange en WikiLeaks; etcétera.

La primera entrevista de Alfie Bown a Srećko Horvat se titula “Política”. Una idea que Srećko Horvat toma de Antonio Gramsci (pero que

tiene otros intérpretes) es la de estar viviendo en un interregno durante el cual el pasado no muere y lo nuevo no nace, interín en el que se presentan “síntomas mórbidos”: guerras nacionales e internacionales, terrorismo y refugiados, auge del fascismo y medidas de austeridad en el seno del capitalismo, que conforman un “estado permanente de guerra civil” o simplemente “estamos en guerra permanente” (p. 25), coincidiendo así con la *stasis* de Giorgio Agamben. Es una tercera guerra mundial no declarada.

Inicial reflexión: La guerra –dice Srećko Horvat– no la hacemos nosotros, la guerra ya está instalada, vivimos en guerra; por lo tanto es lógico que debemos hacer la guerra y no buscar la paz, hacer la guerra para nuestros fines.

En esta situación, el fracaso en plasmar los cambios progresistas de Alexis Tsipras y su partido Syriza (Coalición de la Izquierda Radical) en Grecia, lleva a Srećko Horvat a afirmar que la izquierda no puede enamorarse de causas particulares –un líder, un movimiento, lo que sea– y ha de tener claro que se necesita de un nuevo internacionalismo, porque “el comunismo no se puede dar en un solo país, o parafraseándola, la democracia no se puede dar en un solo país” (p. 29). Juicio que viene de la mano de otro: la ayuda, las acciones solidarias para con los refugiados o la gente común, no solucionan el problema y prolongan la crisis; hay que apuntar a cambiar las condiciones estructurales previas (pp. 37-38).

Segunda reflexión: El internacionalismo revolucionario, no una ni dos Vietnam, cien Vietnam, la dialéctica de lo doméstico y lo global. Tercera: ¿Es posible un populismo radical?, la izquierda, ¿apoya la solidaridad? Quizá en un primer momento, porque finalmente se deben cambiar las estructuras.

En cuanto a los mecanismos decisorios de los movimientos radicales, Srećko Horvat es partidario de que, en el momento oportuno, las protestas lleven a la “horizontalidad”, la democracia directa, sin representantes, de los cuerpos asamblearios (¿los soviets?); pero sabe también que se necesita combinarla con la “verticalidad”, esto es: “grupos de trabajo especializados en temas particulares”, según el “modelo organizativo de un partido político” (p. 41). ¿Significa esto que la subjetividad revolucionaria debe plasmar en un partido político? No siempre hay que evitar convertirse en socialdemocracia, deben darse al mismo tiempo la horizontalidad y la verticalidad.

Cuarta reflexión: El eterno problema de las asambleas populares es la no resolución; y el problema eterno de los partidos políticos es olvidar las asambleas. Por eso, el perenne problema de estos planteos es que bascularán entre unas y otros.

Concesiones: Pregunta Alfie Bown si en este interregno, mientras se combate el capitalismo, ¿puede la izquierda hacer concesiones? Más aún:

¿Hay algo fuera del capitalismo? Responde Srećko Horvat: Toda política que aspira a conquistar el poder se enfrenta a las concesiones; y es una ingenuidad –la de John Zerzan y de Unabomber– pensar que es posible salirse del capitalismo; afuera del capitalismo no hay nada. Por eso es importante la “subversión”, porque todos los hombres están metidos en el capitalismo.

¿Qué es la subversión? No es el terrorismo, el ataque frontal, que lo único que logra es empeorar las cosas, porque el sistema se refuerza. Pero Srećko Horvat se ve impedido de decir qué es la subversión; recurre a ejemplos y casos: para conquistar el poder se necesita una buena infraestructura, hace falta dinero, porque “no podemos vivir fuera del capitalismo” y, sin embargo, “tenemos que tratar de encontrar subversiones dentro del sistema para combatir al sistema”, como hace WikiLeaks (pp. 55-56).

Quinta reflexión: La izquierda radical ve al capitalismo no como un enemigo mortal, sino como la vaca lechera del vecino, no hay que matarla sino apropiársela. La subversión renuncia a la revolución universal y completa y se dedica a prácticas menores, con medios capitalistas, que sean insurrectas: Karl-Heinz Dellwo dirige una editorial en Hamburgo; Oliver Stone filma una película sobre Edward Snowden; Julian Assange sigue activo con WikiLeaks y Srećko Horvat organiza el Festival Subversivo. Esta respuesta es realmente esclarecedora: La izquierda radical no quiere otra cosa fuera del capitalismo; ya no pinta una utopía; lo que quiere es subvertir el capitalismo, subvertirlo una, dos, mil veces, para de nuevo volver a subvertirlo. El fin es la subversión.

No falta la pregunta sobre el sujeto de la revolución, porque Alfie Bown constata que en diversos países la clase trabajadora tiende a apoyar los partidos de extrema derecha. ¿Por qué esto? Srećko Horvat responde que en la crisis del capitalismo es más fácil convencer a los movimientos de los trabajadores de que la solución se halla dentro del Estado-nación que en el internacionalismo comunista. Confiesa que la izquierda no ha encontrado un respuesta convincente, al punto que algunos también apuestan al Estado-nación; pero la salida está en el internacionalismo radical que deconstruya la idea de nación y de soberanía nacional, porque en el capitalismo no hay fronteras.

Sexta reflexión: El problema clave de la izquierda hace más de cuatro décadas es la pérdida del sujeto revolucionario clásico, el proletariado, y las dificultades para hallar un sucedáneo. Srećko Horvat no lo soluciona de frente, pero sí de modo indirecto ha contestado: cualquier sujeto con potencial de internacionalizarse puede volverse revolucionario, sea una clase, un grupo, un partido, un instrumento cultural, etc. La subjetividad revolucionaria –como les gusta decir– está abierta y a disposición.

Empieza ahora la segunda parte de la entrevista llamada “Amor”, esto es, del amor y la revolución. Srečko Horvat responde sobre las aplicaciones de cita en línea, que reflejan la penetración del capitalismo en las relaciones personales, convirtiendo al amor en un mecanismo que puede externalizarse. Divaga luego sobre el narcisismo encerrado en la idea de Jacques Lacan: el “ego se enamora de sí mismo en el plano imaginario”. Y afirma en cuanto censor: “gracias a la tecnología, ya ni siquiera necesitamos al otro: podemos satisfacer todos nuestros deseos sin él” (p. 70).

Pero lo que interesa a los dos es el amor radical, al que Srečko Horvat dedicó un libro y que, en principio, se trataría de un amor que para no ser víctima del narcisismo se reconstruye a sí mismo, que respeta al otro, a su otredad. Es un amor perfectamente compatible con la política, con la revolución; el ejemplo es el Che Guevara: El amor que no se aísla, que no escapa de la política. Además, la política revolucionaria crea deseos, como se vio en la Revolución francesa.

Reflexión séptima: Srečko Horvat representa la decadencia del amor, que ya no renuncia al narcisismo, trata de arrinconarlo nada más; un amor que se confunde con el deseo y un deseo que el gobierno puede crear. Esto no es amor.

Última conversación. Tema: “Tecnología”. Primero, descripción: ya no es posible mantener la distinción aristotélica entre *techne* (habilidad, arte) y *episteme* (conocimiento), pues la *techne* se ha convertido en *episteme*, Martin Heidegger *dixit* (pp. 85-86). Y esto puede ser un peligro y una salvación, el platónico *phármakon*. Srečko Horvat aplica esta idea a Internet que está creando un nuevo nivel de conciencia, una nueva evolución de la mente humana, un intelecto general, que nos permitirá prescindir de los demás seres humanos.

Segundo, subversión: no podemos oponernos a estos cambios, sería reaccionario; hay que entrar en la red e intentar reprogramarla, como sugiriera Franco “Bifo” Berardi en *Fenomenologías del fin*. Otra vez el ejemplo es WikiLeaks: Usar la tecnología para subvertirla, porque en el capitalismo de la vigilancia las empresas tienen más poder que los gobiernos en cuanto poseen más información sobre la vida de las personas.

“Al revelar la verdad, WikiLeaks, básicamente, subvierte el paradigma dominante y ofrece herramientas para la resistencia. Utilizarlas depende de nosotros” (p. 109).

Última reflexión: ¿Ingenuo? Pareciera, pero el mensaje es claro: la izquierda radical llama a dominar la tecnología contemporánea, modificándola desde adentro. No solo porque de ella no podemos escapar, sino porque la van a necesitar –una vez la subversión triunfe– para controlar ella a los demás.

Conclusión. La vaguedad de las metas –por generales y humanitarias–, lo mismo que la debilidad aparente de los medios –la subversión– no debe impedirnos ver la causa o mejor el enemigo: Eso que la izquierda llama capitalismo y que parece abarcar todo lo existente y todos los vivientes; y tampoco debe cerrarnos los ojos a la carencia de propuestas: Después del capitalismo, ¿qué? ¿Qué van a hacer? ¿Qué quieren? Sabemos lo que no quieren y cómo quieren subvertirlo. Y después de subvertido, ¿qué? Contestan: No interesa tanto el después como la subversión misma, el hoy: “subvertir el sistema en lugar de intentar salir de él” (p. 56). La subversión es el fin y el medio.

### *Siglas y abreviaturas*

DiEM25	Democracy in Europe Movement 2025
etc.	etcétera
p.	página
pp.	páginas



EDGARDO LANDER Y SANTIAGO ARCONADA RODRÍGUEZ  
(INVESTIGADOR ASOCIADO), *CRISIS CIVILIZATORIA. EXPERIENCIAS DE LOS GOBIERNOS PROGRESISTAS Y DEBATES EN LA IZQUIERDA LATINOAMERICANA*, GUADALAJARA, CALAS, 2019.

*Juan Fernando Segovia*

El CALAS, se dedica a analizar aspectos críticos sobre los procesos de cambios sociales y funciona como una red que reúne centros de estudios avanzados de todo el mundo. Está dirigido por Sarah Corona Berkin y Olaf Kaltmeier, siendo sus codirectores Gerardo Gutiérrez Cham y Hans-Jürgen Burchardt. Su sede principal está en la Universidad de Guadalajara, México, y tiene subsedes en la Universidad de Costa Rica, Flacso Ecuador, y la Universidad Nacional de General San Martín de Argentina. Las instituciones latinoamericanas están asociadas a las universidades alemanas en Bielefeld, Kassel, Hannover y Jena, merced al apoyo del Ministerio Federal de Educación e Investigación en Alemania.

Este libro está a cargo de Edgardo Lander, profesor jubilado de la Universidad Central de Venezuela, asociado del Instituto Transnacional (Ámsterdam) y miembro del Grupo de Trabajo de Alternativas al Desarrollo de la Fundación Rosa de Luxemburgo (oficina de Quito) y del Grupo Global de Trabajo más allá del Desarrollo de la Fundación Rosa Luxemburgo (Oficina Bruselas). Ha contado con la colaboración de Santiago Arconada Rodríguez, quien es presentado como activista social, dirigente sindical, investigador y escritor, integrante de la Plataforma en Defensa de la Constitución Nacional venezolana.

De qué va el libro, se nos dice en la “Introducción”: realizar propuestas creíbles –luego, claro está, de un examen– de la “crisis terminal multidimensional del patrón civilizatorio moderno-colonial” (sic, p. 9), rimbombante terminología que se traduce: “el capitalismo de hoy”, un sistema de dominio de “carácter antropocéntrico, patriarcal, colonial, clasista y racista”



(p. 10). Nos expone ya –si alguna otra seña necesitábamos– la orientación ideológica de los autores: El marxismo, el socialismo; más ampliamente: La izquierda, enfrentada a las tendencias autoritarias, patriarcales y xenófobas de Latinoamérica. Pero también –como se nos revelará en la tercera parte– una izquierda contraria a la izquierda oficial. El estilo de la publicación se proclama “polémico”, pero bien podría decirse “maniqueo” (como son los escritos ideologizados).

La primera parte se titula “La crisis terminal del patrón civilizatorio de la modernidad colonial” y es un diagnóstico de este colapso generalizado que amenaza poner fin a una forma de vida; pues una cosa es decir crisis o decadencia y otra calificarla de terminal, esto es, conclusiva, mortal. Pruebas al canto del apocalíptico e irredento panorama:

“Sin un freno a corto plazo de este patrón de crecimiento desbordado y una reorientación hacia el decrecimiento, la *armonía con el resto de la vida* y sin una *radical redistribución del acceso a los bienes comunes del planeta*, no está garantizada la continuidad de la vida humana a mediano plazo”. (p. 14).

Es decir, ya no un sistema se perderá para dar lugar a otro; no, mucho más, se malogrará la vida humana misma, la existencia, de no corregirse el rumbo del barco:

“El capitalismo, en su escala actual, con su inevitable lógica expansiva de devastación, es incompatible con la preservación de la vida tal como la conocemos. Esto convierte en un asunto de vida o muerte la necesidad de poner freno a esta desbocada maquinaria” (p. 15).

Las dimensiones plurales de la crisis, referidas a la acelerada destrucción de las condiciones que han hecho posible la creación y reproducción de la vida, son expuestas en apretados apartados, comenzando por el cambio climático estudiado por el IPCC, que lleva a la propuesta del Stockholm Resilience Centre de la Universidad de Estocolmo sobre los límites planetarios para garantizar la salud del ecosistema terrestre. En el mismo terreno, se estudia la presión que ejercen los hombres sobre los sistemas de reproducción de la vida en el planeta, siguiendo los trabajos de la denominada Red Global de Huella Ecológica. Íntimamente vinculada es la descripción del Antropoceno como sexto evento de extinción masiva en el mundo conforme a los informes denominados “Planeta Vivo”, producidos por entes de Suiza, Estocolmo, Londres y Países Bajos.

Todo esto permite estimar los impactos socioambientales, presentes y futuros, de las transformaciones climáticas globales, en nueve ítems, en el que destaca –según el discurso anterior– la acelerada pérdida de biodiversidad que lleva a la pérdida de la capacidad de adaptación. Esta

panorama catastrófico (¡y mono causal!) demandaba el estudio de las respuestas de los poderes fácticos del sistema mundo capitalista, que al parecer es nula, porque los poderosos siguen apostando a un fuerte crecimiento económico global.

Quisiéramos hacer un alto en el camino y reflexionar acerca de lo leído hasta acá. Primero, simplemente anotamos el cambio de óptica en relación con los estudios de izquierda acostumbrados: Ya no es la economía sino el ambiente la causa de la crisis y la bancarrota final, y si fuera la economía lo es de forma indirecta, porque la explotación clasista ha mutado en crisis ecológica. Segundo, anticipado ya, el tono apocalíptico, el catastrofismo que impera en el texto, en el que aparece ausente toda esperanza, siquiera una mundana e ideológica esperanza. Tercero, la apuesta romántica y antimarxista, si bien socialista en algún caso, de frenar la caída frenando la economía; porque el marxismo siempre vio en el crecimiento económico algo inevitable y bueno, como inevitable era la llegada del comunismo que ese desarrollo traía.

La explicación está en el cacareado historicismo, la llamada conciencia histórica revolucionaria:

“La evaluación de la profundidad de un proceso de transformación social no puede, por lo tanto, basarse en criterios abstractos, universales, ahistóricos, sino que depende de las estructuras de poder, de las relaciones con el resto de la llamada ‘naturaleza’, de las modalidades productivas y de las prácticas e imaginarios culturales que caracterizan el patrón de dominación histórico que se enfrenta” (p. 58).

Sigamos. El “gatopardismo” de las élites (económicas, políticas, científicas) planetarias contrasta con la gravedad de la situación, pero es consecuente con la exclusión de otras miradas críticas. Tal vez aquí –siempre dentro del tono que advertimos– esté lo más saludable del texto (pp. 29-37). La izquierda denuncia la economía verde porque es una propuesta de acumulación capitalista; lo mismo cabe decir de la geoingeniería, fundada en concepción prometeica del hombre amo y dueño de la naturaleza. Bajo el lema “Antropoceno o la era de la plutocracia” se exponen las profundas desigualdades en la distribución de la riqueza y el poder político, comunicacional y militar que caracteriza al actual mundo posdemocrático, de acuerdo con los estudios de la organización Oxfam.

Segundo descanso: Se advierte ya un cambio, pues del ecosistema hemos pasado a las desigualdades en todos los ámbitos, que reproduce la dicotomía clasista del análisis marxista en clave nueva: todos vs. los súper ricos de la clase de Davos (p. 46). Ricos a los que sirve una intelectualidad libertaria apoyada internacionalmente, que tiene su hogar en Estados Unidos y su rostro ejecutivo en Donald Trump.

¿Cuál es el programa libertario? Cuando la izquierda lo define, según el método maniqueo, se define ella misma. Leemos que los libertarios apoyan:

“La lucha por la prohibición del aborto, la enseñanza de la evolución en la escuela como una teoría más al mismo nivel del denominado creacionismo, en contra de la intervención/regulación gubernamental en todos los ámbitos de la vida colectiva, en oposición a la expansión del sistema público de salud y en defensa de la libertad religiosa”.

Y, por supuesto, el libre mercado (pp. 48-49). Es muy fácil develar las banderas de la izquierda dando vuelta el sentido de la frase y volviendo a favor lo que se dice en contra y viceversa.

“Los gobiernos progresistas latinoamericanos ante la crisis civilizatoria” es el título de la segunda parte, concentrado en tres países progresistas: Bolivia, Ecuador y Venezuela, porque tras la caída del Muro de Berlín, Latinoamérica devino el continente de la esperanza. Lo que interesa a los autores no son tantos los resultados de estos países en la lucha contra el sistema capitalista actual; lo que degustan presentar son las ideas, proyectos y modos de enfocar esa lucha. Por eso comienzan con análisis de los procesos constituyentes, que ven caracterizados por la confrontación con el antropocentrismo al reconocer los derechos de la naturaleza; la postulación de Estados plurinacionales y la interculturalidad; una nueva democracia participativa, comunitaria, plebiscitaria y el antipatriarcalismo.

Nos detenemos: La nueva izquierda revolucionaria hace rato que viene aprovechando de los resortes del constitucionalismo liberal; no escupen sobre las magnas cartas, al contrario, las multiplican; no reniegan de la democracia, más bien la engordan con nuevos adjetivos; no plantean más el fin del Estado, sino que desean y quieren más Estado. La nueva izquierda se siente muy cómoda con aquello que Karl Marx criticara como reformismo y socialdemocracia; anula el estadio final del historicismo marxista (la sociedad comunista) y se queda con la estación intermedia: El Estado socialista o comunista, que ya no llama dictadura sino democracia.

Es cierto, como ven los autores, que este aprovechamiento progresista tiene escasa fortuna si la economía se sostiene en las riquezas naturales conforme a un modelo extractivista; es necesario buscar una alternativa al desarrollo, el posdesarrollo (p. 73). Se estudia el caso el Mandato Constituyente Minero ecuatoriano y el denominado “Mineralo-Estado”; el de Bolivia y el desarrollismo extractivista y los conflictos en el TIPNIS y el venezolano que se califica de “paroxismo del extractivismo”. Si bien los autores valoran que este aprovechamiento de los *commodities* ha funcionado como una limitación al desarrollo capitalista global –no se

ve cómo es así, pero no importa– e introducido mejoras económicas en esos países, el modelo entra en contradicción con las otras metas o valores constitutivos de estas izquierdas.

“Todo esto implica el impulso indetenible del ‘progreso’, acelerando con grandes inversiones de infraestructura la apropiación de territorios ocupados por pueblos indígenas y campesinos, expandiendo igualmente los procesos masivos de devastación ambiental” (p. 103).

La última parte se refiere a “Los debates de las izquierdas en torno a las luchas anticapitalistas actuales en América Latina” que se pregunta por las políticas antisistémicas en contestación al contexto vernáculo, entendidas como la visibilización (sic) de lo que hasta ahora, teniendo potencial revolucionario, había estado invisibilizado:

“Otros sujetos, otras culturas, otras historias, otras formas organizativas, otros saberes, otras formas no antropocéntricas de ser y estar en la naturaleza” (p. 108).

Esto significa pensar alternativas fuera de las usuales de la izquierda: Los partidos revolucionarios de vanguardia y el Estado. En tal sentido se traza una línea de estas opciones que arranca en mayo de 1968 y se continúa con el derrumbe del bloque soviético.

El significado del desparramo del comunismo después de 1989 es trascendente para la izquierda revolucionaria, de acuerdo con Edgardo Lander. No nos resistimos a transcribir un largo pasaje que bien explica la percepción actual: la caída del Muro de Berlín:

“Favoreció la liberación de los imaginarios de los pueblos del sometimiento a una única alternativa al capitalismo; del peso asfixiante de la teleológica filosofía de la historia [...]. Terminó de sepultar las pretensiones de la existencia de un sujeto histórico universal [...]. Contribuyó a deslegitimar la idea del progreso y la creencia en la posibilidad de un crecimiento económico sin fin y la explotación ilimitada de la Naturaleza [...]. Hizo más transparente el carácter autoritario y monocultural de las pretensiones de intentar dirigir al conjunto de la sociedad desde el monopolio de la verdad [...]. Se abrieron nuevas condiciones para el reconocimiento de la multiplicidad de las fuentes de saberes en la crítica y resistencia [...] Contribuyó igualmente a diluir el sentido de la contraposición clásica entre *reforma* y *revolución* [...]. Asumir que el futuro está abierto, que no está predeterminado por leyes de la historia, sino que es el producto de la acción humana, altera radicalmente el sentido de estos viejos debates” (pp. 110-111).

El autor ve en América Latina expresiones revolucionarias que responden de alguna manera a estos nuevos patrones; no obstante, las expe-

riencias boliviana, ecuatoriana y venezolana –se dijo– empiezan a fracasar cuando se consolidan acodadas al Estado. Existiría, al contrario, una amplia gama de perspectivas no estatales revolucionarias que no se mencionan ni se explicitan, porque lo que interesa es la crítica al “socialismo del siglo XXI”, que no va más allá de una “renovada ortodoxia socialista” calcada sobre las modalidades del pasado. La bestia negra es el Foro de San Pablo, ejemplo de una izquierda anclada en la Guerra Fría (p. 124), que concede primacía a la geopolítica, haciéndole el juego a una China capitalista e imperialista; una izquierda “oficial”, éticamente corrupta en el poder, que está personificada en el fracaso de los gobiernos de izquierda de Venezuela y Nicaragua.

Más allá del tono triunfalista del texto, se admite la crisis de las izquierdas en un tiempo en el que la derecha profundiza el modelo antropocéntrico, patriarcal, colonial, clasista y racista. El libro carece de conclusiones. El último apartado realiza “Una insistencia final sobre las izquierdas”, dos páginas que repiten la cantinela que sabemos. Hagamos un balance.

Las observaciones al texto las hemos hecho a medida que lo leíamos. No vamos a volver sobre ellas. Quisiéramos concluir con algunas reflexiones finales, porque tenemos la tendencia a creer que las ideologías viven en el mundo de las ideas, cuando es lo contrario: Las ideologías son aparatos prácticos. Está claro que las lecciones de este libro no son compartidas por todo el “arco zurdo”, pero ejemplifica uno de los caminos de la revolución, el que parecen estar andando algunas agrupaciones de izquierda en América hispana.

Lo que importa del marxismo (de la izquierda) a la altura de los tiempos no es tanto su aparato teórico cuanto su objetivo práctico: La revolución; el marxismo puede proporcionar a la izquierda un esquema simplificado de análisis: dominado vs. dominador, explotado vs. explotador, amigo vs. enemigo, etc., que se usa como recurso retórico para justificar la revolución. El motivo de la disensión/separación puede ser cualquiera: La propiedad privada o riqueza, el sistema medioambiental, la estructura económica global, el machismo, la cultura imperialista, la opresión de los pueblos originarios, el oscurantismo religioso, las tendencias antidemocráticas, etc. Pero lo que en verdad aporta el marxismo es la convicción en la prioridad de la *praxis* sobre la teoría, la preeminencia de la acción sobre las ideas, un historicismo radical.

La doctrina revolucionaria –se lee en las *Tesis sobre Feuerbach*– se saca de la praxis revolucionaria y, aunque en Karl Marx y en los grandes teóricos del socialismo fue siempre al contrario, lo cierto es que los grupos revolucionarios de hoy y de ayer lo que quieren es la revolución y después piensan cómo se justifica. En las revoluciones de nuestros días,

posmodernas, poshistóricas, esa naturaleza se exhibe desnuda: El discurso revolucionario puede ser cualquiera, lo que importa es la orgía destructiva, el caos festivo.

Pero este libro muestra otro momento para alertar: El de los Estados latinoamericanos de izquierda, la burguesía política revolucionaria en el poder, dueña del aparato. El tono retórico contrario al eurocentrismo revolucionario –otra forma de colonialismo político– parecería sugerir que desde esta parte del mundo se puede aportar una inventiva original. Lo que se pretende es una revolución triunfante que no replique formas estatales de dominación, aunque no se atine a concretarlo y se recaiga en el voluntarismo utópico. Porque no basta con la invocación de la defensa de lo femenino contra el patriarcalismo, de la naturaleza contra el antropocentrismo, de indígenas y LGTB contra el monismo cultural, etc. Todo esto tiene hoy potencial revolucionario, pero nada dice más allá de la revolución.

Tal vez parezca contradictorio: estamos admitiendo que los revolucionarios lo que quieren es la revolución y pedimos que digan lo que viene después de la revolución. Pero si destacamos los dos momentos encontrados es porque queremos mostrar la vaciedad del futuro que la revolución augura, porque si la revolución quiere seguir siendo revolucionaria debe renunciar a la estabilidad que le da la organización estatal; debe hacer votos por perpetuarse de otro modo que el del Estado; un trotskismo lúdico siglo XXI. Y de esto, nadie sabe nada.

El libro muestra, también, la corta mirada histórica de la izquierda: Todo nació en el siglo XVII con el capitalismo; la nula mirada transhistórica de la izquierda: No hay más que tierra sin cielo; la confianza ciega en la voluntad, pues las ideas son solo muletas de los deseos; el torpe materialismo que la marca desde sus orígenes; el utopismo antiestatista que se convierte en estatismo totalitarios; etcétera.

### *Siglas y abreviaturas*

CALAS	Centro María Sibylla Merian de Estudios Latinoamericanos Avanzados en Humanidades y Ciencias Sociales
etc.	etcétera
Flacso	Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales
IPCC	Grupo Intergubernamental de Cambio Climático

LGTB	Lesbianas, Gais, Bisexuales y Trans- género
p.	página
pp.	páginas
TIPNIS	Territorio Indígena y Parque Nacional Isiboro Secure
vs.	versus

JOHN KEANE, *THE NEW DESPOTISM*, CAMBRIDGE, HARVARD UNIVERSITY PRESS, 2020.

*Juan Fernando Segovia*

John Keane (1949) es profesor de Política en la Universidad de Sidney y también en el *Wissenschaftszentrum Berlin* (Centro de Ciencias Sociales Berlín). Quizá su libro más conocido sea *The life and death of democracy* (2009), que se publicó en español con el nombre *Vida y muerte de la democracia* por el Fondo de Cultura Económica en 2018. Recientemente había publicado con Ramón A. Feenstra, Simon Tormey y Andreu Casero-Ripollés, *Reconsiderando la democracia. El laboratorio político español* (2017), un análisis de las fuerzas políticas peninsulares favorable a “Podemos”.

Una ligera ubicación del universo intelectual al que pertenece John Keane: Es democrático, pero no liberal, aunque apoya las conquistas liberales y es muy *liberal*; es partidario de una mayor intervención del pueblo en las democracias mediante canales no institucionalizados, de una democracia que es control sin elenco gobernante; comparte todos los lugares comunes y tiquismiquis del pensamiento político moderno, con un toque de radicalismo, una dosis de progresismo, y un shock de disconformismo. Una naturaleza rebelde, se ha dicho de él.

En un mundo en el que la democracia manda en las cabezas e impera en las intenciones, ¿puede alguien ver otra cosa?, ¿se puede dedicar un libro a los gobiernos despóticos y las prácticas antidemocráticas que azotarían el mundo? Pues bien, así lo cree y así lo hizo, entonces, celoso guardián del orden democrático mundial, tiene los sentidos abiertos a las alarmas antidemocráticas doquiera suenen, en especial en los países emergentes: Aquellos que intentan salir de la pobreza, que se han liberado del dominio comunista, que surgen de las ruinas del colonialismo, etc. Esta celosa misión de cancerbero demanda muchos viajes, muchas notas y entrevistas, uno ojo atento a los cambios en la realidad y los sesos vitalmente comprometidos con la democracia. Ese podría ser el retrato de John Keane, el “monitoreador” de los estándares democráticos.



El libro consta de nueve capítulos sin numerar, cuyos acápites son: “Tiempos oscuros, otra vez”; “Bienestar, dinero, poder”; “Un pueblo fantasma”; “El poder de los medios”; “Puños de terciopelo”; “¿Por qué despotismo?” y “El futuro de la democracia”. Concluye con una lista de lecturas sugeridas, las notas y el índice.

Dentro de las rarezas del libro –en verdad, la única– está el nombre que John Keane da a estas prácticas antidemocráticas: “Nuevo despotismo”, designación en lugar de fascismo –no lo usa–, autoritarismo –lo descarta (pp. 212-215)–, dictadura –la menciona una sola vez–, populismo –que usa sin abusar–, etc. El término tiene claras reminiscencias de Montesquieu, pero aquí posee un propósito deliberadamente revulsivo, pues en palabras del autor lo que busca es:

“Desestabilizar las taxonomías ortodoxas, formas anticuadas de ordenar las cosas. Insta a los lectores a pensar de maneras frescas, a ver el mundo con nuevos ojos, a despertar diferentes sentimientos, a abrir horizontes de acción desconocidos” (p. 13).

Y todo eso con la sola palabrita revoltosa.

El nuevo despotismo, afirma John Keane, es más flexible y sutil, más eficiente de lo que se sospecha (p. 24). El nuevo despotismo no es criminal, no asesina gente; sin embargo, la violencia no ha desaparecido, más, si se trata de censurar o discriminar; pero, por lo general, la intimidación ha sido dejada de lado; en su lugar entra la seducción. Claro está que en todo ello los déspotas modernos se valen de la ley, no la violan, la cumplen.

Y los primeros seducidos son los hombres y las mujeres de la clase media, porque el nuevo despotismo ya no recurre sino por excepción a la violencia, y se vale de la seducción para conseguir apoyo. Y parece la clase media tiene ganas de que la seduzcan, y por eso está dispuesta a “vender algunas libertades a cambio de una paz y tranquilidad cómodas” (p. 237). Lo que le inquieta a John Keane es que la gente deje el compromiso público, se private, porque la falta de compromiso es de hecho lo que quiere el nuevo despotismo:

“Espera que los ciudadanos de carne y hueso permanezcan callados, encerrados en formas privadas de celebración consigo mismo (*self-celebration*)” (p. 97).

Y John Keane dice que de ello tiene gran responsabilidad el uso de los medios de comunicación, que los nuevos despotismos aprovechan ilimitadamente para calumniar y transmitir toda clase de noticias falsas (*fake news*). Se genera así un mundo incierto, falso, cargado de ambigüedad:

“Sí, está el lenguaje gubernamental controlado de gramática restringida y vocabulario típico del palabrerío (*newspeak*). Sí, los medios de difusión dominantes son libres, pero sólo para decir lo que se les dice que digan. Y hay mucho de eufemismo, de ambigüedad intencional, de inversión semántica y de pura confusa vaguedad, que son características del doble discurso” (p. 125).

John Keane observa que los gobiernos de Rusia y China (influyentes en Asia Central hasta alcanzar Medio Oriente y Europa) han montado una extraordinaria combinación de instrumentos políticos que ponen en peligro la democracia tanto en el plano teórico como en el práctico, por ejemplo: Propiciando el clientelismo, valiéndose del dinero sucio, controlando los medios de comunicación, atacando la independencia judicial, hasta llegar a la violencia contra sus opositores. Lo que está diciendo es que las viejas prácticas pueden remozarse si los déspotas (hombres, partidos, gobiernos) saben usar de muchos progresos democráticos. Por ejemplo, el recurso a los medios y las redes sociales (p. 95).

Ha esta altura caben muchas preguntas, pero empezamos por una: Los medios y las redes sociales, ¿son inventos de la democracia? Los líderes del mundo democrático, ¿no se valen también de las redes sociales para sus fines políticos? Sabemos que John Keane respondería: Lo hacen, pero no con propósitos manipuladores. Escribe:

“La táctica es, en efecto, una especie de populismo administrado: una forma de unir públicamente la política, un método para hacer que los sujetos se sientan incluidos en los asuntos de Estado, a pesar del hecho de que la mayoría de las personas están excluidas de los pasillos y trastiendas del poder gubernamental” (p. 99).

Cuando escribimos esta reseña, el “nuevo déspota Putin” (que John Keane cita en más de una docena de ocasiones) lleva cinco días haciéndole la guerra a la “joven democracia ucraniana” (mencionada dos veces por John Keane). Sin defender para nada al líder ruso, que no es de nuestro agrado –al igual que su política–, nos sorprende el silencio de los medios y los políticos democráticamente correctos en torno a las medidas tomadas por el mundo libre de las democracias acendradas y estables; silencio, decimos, respecto de la presencia de copiosos capitales rusos en sus países, que han aprovechado hasta este momento. Sabían, siempre supieron, que eran dineros malhabidos, que provienen de actividades *non sanctas*, que suelen ser billetes manchados de drogas y de sangre, sin embargo, mientras pudieron le sacaron el jugo. ¿Por qué decimos esto? Pues porque la doble moral, el discurso ambiguo y el silencio cómplice, delante de los cuales John Keane desgarró sus vestiduras, es tan común en las democracias como en los despotismos de los que abomina.

Y quisiéramos generalizar: Todas esas prácticas que John Keane repudia en los despotismos y denuncia con severidad, son prácticas que ocurren de modo frecuente en las democracias, y no porque sucedan se las califica de despotismos. Aunque John Keane seguramente lo haría, quitándolas de la lista blanca y llevándolas a la lista negra. Pero claro, eso supone que *Mr. Keane* es un papa secular que reabre el libro de las herejías y rellena el *Index*.

Bien leído el libro, entonces, y para concluir, es revelador de prácticas que todos conocemos; prácticas que John Keane imputa al nuevo despotismo, pero que se sabe son parte del capital de la democracias. Aconsejamos su lectura a quienes quieran aprender cómo se hace política en estos días. Aunque no acabará de dilucidar su mismo objeto, pues, ¿cómo es posible que una nación sea modelo de democracia –USA– y haya sido gobernada por un déspota de la nueva ola –Donald Trump–?

### *Siglas y abreviaturas*

etc.	etcétera
p.	página
pp.	páginas
USA	United State of America

# Instrucciones para los autores

Derecho Público Iberoamericano

Universidad del Desarrollo

N.º 20 | 2022



## 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 autores

Para el envío adecuado de los trabajos, deberá registrarse como autor en nuestra página web. Para ello, siga el siguiente enlace: <https://revistas.udd.cl/index.php/RDPI/about/submissions>

Una vez realizada la suscripción, el sistema le indicará los pasos a seguir para subir su contribución intelectual. Ante cualquier duda respecto del proceso, favor de escribir a los siguientes correos electrónicos: [rdpi@udd.cl](mailto:rdpi@udd.cl) o a [jalvear@udd.cl](mailto: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. 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 2022  
por Versión Producciones Gráficas  
Santiago de Chile

