







**Universidad del Desarrollo**  
Facultad de Derecho

DERECHO PÚBLICO IBEROAMERICANO  
REVISTA DEL CENTRO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL

*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. Región Metropolitana, Chile  
Teléfono: (56 2) 2327 9110 - Correo electrónico: rdpi@udd.cl

DERECHO PÚBLICO IBEROAMERICANO  
REVISTA DEL CENTRO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL

AÑO XIII • N.º 26 • ABRIL DE 2025

ISSN 0719-2959

---

PRESENTACIÓN

7

---

ESTUDIOS

INSTITUCIONES ESENCIALES

*Iván Aróstica Maldonado*

El factor estamental.

Una clave del derecho público occidental

13

*Arturo Salazar Santander*

El concepto de función correctiva de la buena fe  
y su recepción por la jurisprudencia chilena

39

DERECHOS FUNDAMENTALES

*Andrea Íñiguez*

Las acciones afirmativas en el sistema de admisión universitario:  
el fallo dictado por la Corte Suprema de Estados Unidos  
en la causa *students for fair admission inc. v. President and fellows of Harvard College*

81

HISTORIA DE LAS IDEAS POLÍTICAS

*José Díaz Nieva*

Jean-Marie le Pen:

*L'enfant terrible* de la V República Francesa

105

*Carlos Manuel Rosales - Oscar Ruiz Vargas*

Un estudio sobre la laicidad

141

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

---

*Rodrigo Cespedes*

Extradición y principios generales del derecho internacional:  
Un caso del siglo XIX  
207

RECENSIONES

---

*Juan Fernando Segovia*

*Maestros del derecho natural hispánico en la segunda mitad del siglo XX*  
de Miguel Ayuso Torres y Camilo Noguera Pardo (eds.)  
219

NORMAS EDITORIALES

E

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

225

# PRESENTACIÓN

*Derecho Público Iberoamericano* presenta su vigésimo sexto número. En esta ocasión hemos reunido importantes colaboraciones de especialistas chilenos, españoles y argentinos.

Distribuimos los estudios científicos en tres áreas:

- “Instituciones esenciales”,
- “Derechos fundamentales”
- “Historia de las ideas políticas”.

En el ámbito de las “instituciones esenciales” ofrecemos un trabajo del expresidente del Tribunal Constitucional chileno, Iván Aróstica Maldonado, titulado “El factor estamental: una clave del derecho público occidental”, donde ahonda en las actuales tensiones de la legislación política e institucional. Un segundo artículo es de autoría de Arturo Salazar Santander y versa sobre el concepto de función correctiva de la buena fe y su recepción por la jurisprudencia chilena, con una oportuna evaluación crítica.

En el área de los “derechos fundamentales” publicamos una investigación de Andrea Iñiguez, donde se estudian las acciones afirmativas en el sistema de admisión universitario estadounidense, a partir de la sentencia dictada por la Corte Suprema del país del norte en la causa “Students for Fair Admission Inc. v. President and Fellows of Harvard College”. La autora profundiza en la materia desde el horizonte de la igualdad ante la ley.

En el campo de la “historia de las ideas políticas”, damos a conocer dos investigaciones de muy distinto signo. La primera, del académico español José Díaz Nieva, titulada “Jean-Marie Le Pen: *l'enfant terrible* de la V República Francesa”, donde repasa la biografía ideológica del exlíder de la derecha nacionalista francesa, en un intento de delimitar sus repercusiones en la narrativa política contemporánea. En segundo lugar, incluimos un estudio sobre la laicidad de Carlos Manuel Rosales y Oscar Ruiz Vargas. En él decantan por un concepto fuerte de laicidad.

En “Comentarios de Jurisprudencia” hemos recibido el análisis de Rodrigo Céspedes acerca de la extradición y los principios generales del derecho internacional en el caso histórico de los hermanos Alberto y Guillermo Sachs, revisado por nuestros tribunales en la década de los ochenta del siglo XIX.

Finalmente, en las “Recensiones” publicamos la reseña de Juan Fernando Segovia sobre el libro *Maestros del derecho natural hispánico en la segunda mitad del siglo XX*, de reciente aparición.

Dr. Julio Alvear Téllez  
Director

# Estudios

---

Derecho Publico Iberoamericano

Universidad del Desarrollo

N. 26 | 2025



Instituciones esenciales

---



# EL FACTOR ESTAMENTAL. UNA CLAVE DEL DERECHO PÚBLICO OCCIDENTAL

## THE ESTATE FACTOR. A KEY TO WESTERN PUBLIC LAW

*Iván Aróstica Maldonado\**

“Examinar de nuevo los sucesos del pasado y los cambios  
que han sufrido los imperios; así podrás prever el futuro.  
Pues será muy parecido y no es posible salirse del ritmo  
que marcan los acontecimientos actuales.  
Por eso da lo mismo relatar los acontecimientos  
de cuarenta años de vida que los de diez mil.  
*¿Qué vas a ver de nuevo?*”  
Marco Aurelio, *Meditaciones*, libro VII, n.º 49<sup>1</sup>

### *Resumen*

Simbolizada en la ceremonia de apertura de los Juegos Olímpicos de París 2024, reivindicando la decapitación del “antiguo régimen”, la abolición del milenarismo régimen triestamental propiciada por la Revolución de 1789 y sus aplicaciones posteriores, no ha terminado, sin embargo, con la eliminación completa y definitiva de los respectivos estatutos jurídicos o “privilegios”. A la preeminencia del *ethos* del pueblo o III estado burgués y a su deriva crematística, característica de la Modernidad, se suman profundos cuestionamientos desde los demás estratos; unos, tratando de consumir la revolución y otros procurando salvar su propio estatus.

Este clivaje es el telón de fondo contra el cual se proyectan no pocas tensiones en la legislación política e institucional actual.

Palabras clave: Factor estamental, estructura trifuncional del Estado, Derecho público occidental, Revolución Francesa.

---

\* Expresidente del Tribunal Constitucional chileno. Maestría en Derecho Constitucional, Universidad de Bolonia. Profesor de Derecho Administrativo. Correo electrónico: iarostica@vtr.net

Artículo recibido el 4 de enero de 2025 y aceptado para publicación el 28 de marzo de 2025.

<sup>1</sup> MARCO AURELIO, *Meditaciones o soliloquios*, p. 135.

## Abstract

Symbolized in the opening ceremony of the Paris 2024 Olympic Games, calling for the decapitation of the “ancien régime,” the abolition of the millennia-old tri-estate regime brought about by the 1789 Revolution and its subsequent applications has not, however, resulted in the complete and definitive elimination of the respective legal statutes or “privileges”. The pre-eminence of the ethos of the people or the Third Estate, and its chrematistic drift, characteristic of Modernity, are compounded by profound questions from other strata; some seeking to consummate the revolution and others seeking to save their own status. This cleavage is the backdrop against which many tensions are projected in current political and institutional legislation.

Keywords: Estate Factor, trifunctional structure of the State, Western public law, French Revolution

## Introducción

Se dice, con razón, que una buena teoría debe poseer gran poder explicativo. Esto es, que la variable independiente que funge como causa sirva para comprender dentro de un mismo concepto varios hechos o sucesos a la vez, los que con anterioridad aparecían dispersos y desconectados entre sí<sup>2</sup>. Tanto mejor si ello es útil para entender escenas del pasado cuyos ecos repercuten en panoramas más actuales, en especial, producto de la *histéresis*: la tendencia de ciertos grupos sociales a mantener sus hábitos gregarios o conductas atávicas, que en alguna medida perduran, incluso, más allá de su “hábitat originario”, en ambientes donde ya no se dan las condiciones iniciales que concurrieron a su aparición<sup>3</sup>.

Es el caso de la estructura trifuncional de carácter estamental, que escoltó durante siglos la concepción metafísica del derecho público occidental, en cuya virtud la justicia se entendía como parte de cierto orden superior (Cosmos) dispuesto así por un logos supremo y cuyos principios esencia-

---

<sup>2</sup> Stephen VAN VERA, *Guía para estudiantes de ciencia política. Métodos y recursos*, pp. 22-23.

<sup>3</sup> Pierre BOURDIEU, *El sentido práctico*, pp. 97, 101-102.

Que en la historia no todo son “cambios”, producidos por *actores* individuales que motorizan *variables*, dado que también existen “constantes”, que, incluso, permiten anticipar tendencias (como son los patrones de conducta de las élites), ha originado una nueva disciplina llamada “cliología”: Peter TURCHIN, *Fin de partida. Élite, contraélites y el camino de la desintegración política*, pp. 251-269.

les o puntos medulares son inmarcesibles, inalterables. Si esta convicción permaneció afirme gracias al apoyo de aquella sociedad tripartita conocida desde la época de los indoarios como sistema *varna* (usando la expresión sánscrita), entenderemos, entonces, por qué el trastocamiento de esa configuración social es una de las causas que radió más repercusiones o efectos en la vida política y en el campo constitucional actual.

Ser conscientes de la incidencia radical que ha tenido este factor, vgenite, pero desdibujado, permite abrimos paso hacia una comprensión intelectual muchísimo más profunda, tanto de la organización de la antigua polis y de la comunidad medieval en *oratores* (clero), *bellatores* (nobleza) y *laboratores* (tercer estado)<sup>4</sup>, cuanto de aquella magna revolución desatada en 1789, que (decadencia aparte de las élites dirigentes) buscó fracturar, en definitiva, la relación entre dichos tres Estados Generales. Empeño, en parte frustrado que –por esto mismo– explicaría otras tantas revoluciones análogas que le han seguido a título de réplicas o reencarnaciones<sup>5</sup>.

Nos proponemos, pues, complementar el paradigma que articula la historia (y la historia del derecho público por arrastre) únicamente como una sucesión de cambios sustitutorios (con amnesia de sus continuidades) que responderían a variables materiales junto a impulsos personales e iniciativas individuales (echando tierra sobre las mancomunidades espirituales)<sup>6</sup>. Sin negar la incidencia de esos elementos, resaltaremos, a continuación, una sub-

---

<sup>4</sup> La estructura estamental no se reduce a Europa ni a un momento de su historia. Generalmente críticos, connotados medievalistas no logran internalizar que la trifuncionalidad no nació en el Viejo Continente ni se dio allí por numen de ciertos personajes de época, como creen Régine PERNOUD, *A la luz de la Edad Media*, pp. 13-30 y Johan HUIZINGA, *El otoño de la Edad Media*, pp. 75-85.

El régimen estamental suele también presentarse erradamente como un constructo medieval (y con fines de dominación cultural): Harald KLEINSCHMIDT, *Comprender la Edad Media. La transformación de las ideas y actitudes en el mundo medieval*, pp. 134-137. Sobre las castas en contradicción con la individualidad: Jacob BURCKHARDT, *Reflexiones sobre la historia universal*, pp. 90-91, 132-138, 155, 171, 185-186 y 254.

<sup>5</sup> Y no solo en Occidente. “Las rebeliones importantes observadas en la historia de la India tienen una estructura que la Revolución Francesa reveló perfectamente: son activadas e iniciadas por los medios burgueses y no por el pueblo. El budismo nació de la sublevación de grupos adinerados y de príncipes, en contra de los sacerdotes. En el siglo XX, conjuntos de hindús enajenados por los ingleses se rebelaron, atacando a su propia civilización. Esta gente provenía de la alcurnia de mercaderes, como por ejemplo Gandhi, o eran Brahmanes caídos, tipo Nehru. Cada uno se dedicó a organizar movimientos en contra de la sociedad de castas con el fin de aumentar su poder personal o de clases”: Alain DANIELOU, “Le système hindou des castes et le racisme”, pp. 33-38.

<sup>6</sup> Un caso: Boris JOHNSON, *El factor Churchill. Un solo hombre cambió el rumbo de la Historia*, p. 16. “Él es el resonante mentís humano a todos los historiadores marxistas para quienes la Historia es un relato de vastas e impersonales fuerzas económicas. Lo que plantea el factor Churchill es que un solo hombre puede marcar toda la diferencia”.

yacente condición basal de las comunidades tradicionales en general, pujando por sobrevivir en los hostiles entornos de la Modernidad y de la Posmodernidad. Y relevaremos a quienes, como Julio Meinvielle, en 1932 enseñaba que buena parte de la historia consiste en la sucesiva hegemonía de una capa social por sobre otra:

“El clero primó en la Edad Media; la nobleza o aristocracia en los siglos XVII y XVIII; los ricos o burgueses en el siglo XIX, y hoy ha de dominar la multitud proletaria o democrática”<sup>7</sup>.

## I

Fue la asunción del ser humano en su doble dimensión, como cuerpo y espíritu, y por eso en incesante búsqueda tanto de la trascendencia inmaterial cuanto de los medios físicos necesarios para subsistir o –según dice nuestra Constitución– en procura de alcanzar su “mayor realización espiritual y material posible” (art. 1.º inciso cuarto)<sup>8</sup>, fue –repetimos– esta condición del hombre que apetece y busca lo corporal e incorporeal, la que en tiempos inmemoriales dio origen a comunidades estructuradas conforme al esquema tripartito de división de funciones, que confluían en un único “cuerpo social” tendente a ligar armónicamente “el cielo con la tierra”<sup>9</sup>.

Hablamos de las castas de milenario pasado indoeuropeo, cada una de ellas gobernada por un *dharma* o virtud<sup>10</sup>, por un “estatuto” que le era inhe-

<sup>7</sup> Julio MEINVIELLE, *Concepción católica de la política*, p. 181.

<sup>8</sup> En la poesía teológica de Dante, el castigo divino por no elevar los apetitos materiales a los bienes inmateriales, satisfechos que sean aquellos, hace plañir al avaro atrapado para siempre en el contrapaso: “así como nuestros ojos no se dirigieron a lo alto, fijos en las cosas terrenales, así la justicia aquí los clava en la tierra”: Dante ALIGHIERI, *Divina comedia*, canto 20, pp. 118 y 288.

<sup>9</sup> Acerca de la estructura trifuncional de la sociedad y su posible origen, Jean HAUDRY, *Los indoeuropeos*, 326 pp. Sobre las castas en la India y su repercusión política, Ananda KENTIS, *Autoridad espiritual y poder temporal en la teoría india del gobierno*, 121 pp.

Tocamos el tema en Iván ARÓSTICA, “La rebelión de los nuevos Shudras”, pp. 13-41.

<sup>10</sup> La expresión ‘privilegio’ o *ius singularis*, no se toma acá en sentido peyorativo, como sinónimo de ventaja injustificada o prebenda inmerecida. Tampoco equivale a ley excepcional ni a ley especial, donde los principios que inspiran una ley general son excluidos o modificados, según corresponda. En su sentido literal, *privilegium* significa ley particular de una persona o grupo de personas (composición del latín *privus*, privado; *legalis*, relativo a la ley, y el sufijo *ium*, indicativo de relación). Entenderemos aquí por tal un “estatuto jurídico diferenciado”.

*Dharma*: “ley moral, conjunto de normas y hábitos que forman lo ‘debido’”, en la traducción del sánscrito que hacen Ana AGUD y Francisco Rubio, *La ciencia del brahmán. Once Upaniṣad antiguas*, p. 327.

rente conforme a su función, compuesto por un conjunto de deberes y responsabilidades atinentes a su estatus social<sup>11</sup>. A ellas se refirió Pitágoras al dividir a los hombres en tres clases o capas: los buscadores de conocimiento, los buscadores de honor y los buscadores de provecho, respecto a los cuales y comparando su ubicación en los juegos olímpicos, equiparaba la primera clase con los espectadores que contemplan, la segunda con los atletas que compiten por alcanzar la gloria y la corona, y la tercera con los mercaderes que comercian procurándose un lucro o ganancia vendiendo sus productos y refrigerios en el lugar<sup>12</sup>.

Platón aludió a los mismos tres estratos<sup>13</sup>, sobre todo para criticar a los poetas inspirados por la divinidad, a los políticos e igualmente a los artesanos, cuando teniendo solo un conocimiento específico atingente a la virtud correspondiente al estamento al que pertenecen según su función<sup>14</sup>, pretenden saber más de lo que en realidad saben, ya que:

“por el hecho de realizar bien su arte, cada uno de ellos estimaba ser sumamente sabio también en las demás cosas, incluso las más importantes, y tal desmesura opacaba aquella sabiduría”

distintiva (*Apología de Sócrates*, 22a-22e)<sup>15</sup>. Aristóteles, por su parte, en la *Ética a Nicómaco*, aun sin mencionar con explicitud a los estamentos o castas, a propósito de las virtudes observó que, mientras la “masa” busca el placer y ama la vida voluptuosa, en el “mundo de los negocios” se persigue la riqueza y en la “vida política” los honores, en cambio, entre los “sabios” la virtud se halla en su dedicación a la vida contemplativa (I. 1095a - 1096a)<sup>16</sup>.

La ciudad antigua, la Polis, refleja lo anterior, al reunir a su alrededor los templos religiosos y los edificios representativos de lo político, contiguos al mercado reservado a los comerciantes, y cuyo centro, más que un punto

<sup>11</sup> En la lírica de Grecia, dirigiéndose admonitoriamente a guerreros y políticos (los dos brazos del cuerpo social, de la casta de los kshatriyas) sobre los deberes y virtudes que debían honrar, se sitúan las elegías bélicas de Calino y política de Tirteo: Juan FERRATÉ, *Líricos griegos arcaicos*, pp. 47-59. Un estudio sobre ambos, en Hermann FRÄNKEL, *Poesía y filosofía en la Grecia arcaica*, pp. 154-159.

<sup>12</sup> Cecil Maurice BOWRA, *La aventura griega*, p. 45. La cita aquí es a JÁMBICO, *Vida pitagórica*, p. 58 y a CICERÓN, *Tusculanae Disputationes*, V, 9. Para la primera, citamos por la introducción, traducción y notas de Miguel Periago Lorente, p. 56. La segunda en Cicerón, *Obras completas*, pp. 402-403.

<sup>13</sup> Véase la introducción de José Manuel Pabón y Manuel Fernández-Galiano a PLATÓN, *La república*, LIII-LIV. En el texto mismo de *La república*, v. libros VIII 547b (p. 55) y IX 580d-582, pp. 117-121.

<sup>14</sup> Patricio DOMÍNGUEZ y José Antonio GIMÉNEZ, “Introducción”, pp. 29-31.

<sup>15</sup> PLATÓN, *Diálogos*, pp. 47-49.

<sup>16</sup> ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, pp. 2-5.

meramente geométrico-espacial, simboliza un acto de creación e irradiación de cierta visión cósmica<sup>17</sup>. Un paseo en torno a la plaza de armas de Santiago bastará para que lo comprendamos mejor y nos ahorra mayores pruebas: cada uno en su lugar, pero juntos confluyendo al centro, en sentido común<sup>18</sup>. Jaime Eyzaguirre nos recuerda, por ello, que este es el espacio –inaugurado en 1541– donde convergen los

“coincidentes intereses religiosos, económicos, de defensa o de justicia”. “Allí en el medio –detalla–, se alzaba una columna de piedra o tronco de árbol: el rollo de la justicia o picota, imagen de la ley, donde se aplicaban las penas mayores. En torno a la misma plaza se erigían la iglesia mayor o catedral, las casas del gobernador, el Cabildo, las cárceles y las tiendas de los mercaderes”<sup>19</sup>.

## II

De un modo especial, gracias a la obra del historiador francés Georges Dumézil<sup>20</sup>, en otras ramas del saber ha penetrado la necesidad de reestudiar el orden trifuncional que caracterizó a las culturas tradicionales con raíces indoeuropeas<sup>21</sup>. En civilizaciones como la hinduista y la germana, e igual como seguiría siendo en la romana y en la cristiandad medieval, cierta semejante

<sup>17</sup> Ángel FARETTA, *Dominio eminente*, pp. 47 y 116.

Sobre el ágora o el foro, como el espacio físico y mental donde a su alrededor se administra justicia, se ejerce el poder político y se intercambian bienes, y su importancia en la configuración del derecho occidental, cfr. Paolo PRODI, *Séptimo: no robarás. Hurto y mercado en la historia de Occidente*, 472 pp.

<sup>18</sup> Fernando CHUECA, *Breve historia del urbanismo*, pp. 62-66. Nacida del movimiento disruptivo de mayo de 1968, la “nueva izquierda” impugna actualmente esa concepción tradicional de la polis, como sitio de encuentro urbano y espiritual de una comunidad, ordenado por alguna conexión con lo alto, para postular en su lugar “la ciudad como sistema anárquico”, abierta a aceptar “lo diferente y lo extraño”: Richard SENNETT, *Los usos del desorden. Identidad personal y vida urbana*, pp. 161-265.

<sup>19</sup> Jaime EYZAGUIRRE, *Historia de Chile*, pp. 99-100.

<sup>20</sup> Georges DUMÉZIL, *Mito y epopeya. I. La ideología de las tres funciones en las epopeyas de los pueblos indoeuropeos*, 701 pp. Un esquema del plan de trabajo que guió al autor, en Georges DUMÉZIL, *Los dioses soberanos de los indoeuropeos*, 305 pp. Al respecto, véase Mircea ELIADE & Ioan P. COULIANO, *Diccionario de las religiones*, pp. 262-263.

La idea primera en este sentido pertenece a otro francés: René GUÉNON, *Autoridad espiritual y poder temporal*, 168 pp.

<sup>21</sup> Para su proyección en la poesía-pedagógica con que se formaban las élites respectivas, Ernst Robert CURTIUS, *Literatura europea y Edad Media latina, I*, pp. 242-248.

Inserto en la Escuela de los Annales y la “historia de las mentalidades”, en sus tempranos trabajos Jacques LE GOFFM *En busca de la Edad Media*, capítulo 3: “Mercaderes, banqueros e intelectuales” pp. 65-86, rozó el tema, posteriormente incluidos en su obra.

cosmovisión –por coincidencia sustancial de mitos fundacionales– cuajó en una organización social análoga, dividida en tres funciones o clases: la función sagrada-jurídica, que correspondía a los brahmanes o sacerdotes y a los catedráticos; la función gobernante-guerrera, que correspondía a los dirigentes políticos o *kshatriyas* y la función productiva-mercantil, perteneciente a los *vaishyas* y de donde tiempo después se desgajará un cuarto estamento conformado por los siervos o *shudras*, que en el siglo XIX se asimilarán con los *sans-culottes* y el proletariado. De forma tal que, contribuyendo solidariamente todos esos estratos al bien común general al alero de una gran ley suprema y trascendental, en todo caso cada uno participaba de su propia ley particular o “privilegio”, constitutiva del *dharma* o virtud que la caracterizaba y diferenciaba un estatuto de los demás.

Con referencia al medioevo, Titus Burckhardt resaltó la importancia de:

“las cuatro clases sociales o castas para el mantenimiento del equilibrio natural que no se puede valorar con arreglo a los criterios sociológicos generalmente aceptados hoy en día. Las clases surgen originariamente de una distribución natural de las disposiciones o talentos humanos”,

por lo que nada tienen que ver con la riqueza, pues los más ricos de un estamento apoyaban a los más pobres de su grupo, sino con la predisposición a las actividades o funciones que cada cual es capaz de ejercer.

“En la Edad Media –continúa– esta clasificación era tan evidente como la división del mundo material en los elementos aire, fuego, agua y tierra, gradación que no deja de tener similitudes con la de las clases sociales o castas”<sup>22</sup>.

Mas, dadas las confusiones en que incurre del ser humano entre el bien y el mal, es evidente, nos lo advierte el mismo Titus Burckhardt: “no solo posee cada casta unas capacidades que pueden convertirse en virtudes, sino que también tiene sus debilidades particulares” que pueden resultar peligrosas para la generalidad. Como la tendencia principal de la aristocracia hacia el valor y la generosidad, representadas por la espada y el amor, puede degradar en “un orgullo desmesurado unido a una pasión destructiva que puede ser causa de una verdadera conflagración”<sup>23</sup>.

Asimismo, como –frente a una nobleza decadente– ocurre con

“el tercer estado, el de los comerciantes, artesanos y campesinos independientes, [que] tiene la ventaja de que instintivamente busca el equilibrio y

<sup>22</sup> Titus BURCKHARDT, *Siena. Ciudad de la Virgen*, pp. 64-65.

<sup>23</sup> *Op. cit.*, p. 66.

tiende, como el agua, a esquivar las dificultades y encontrar su propio nivel. La virtud de la tercera clase es el sentido de la moderación; su debilidad es el afán de lucro. Esta tendencia se impone cuando las clases superiores pierden el sentido de la responsabilidad para con los subordinados. Cuando la clase media se deteriora, la cuarta casta –cuya virtud principal es una paciencia como la tierra– no tarda mucho en rebelarse contra todo el orden tradicional<sup>24</sup>.

Es decir, cada estamento ostentaba, entonces, una propia escala axiológica. Al de los sacerdotes e intelectuales (*brahmanes*<sup>25</sup>) le eran especialmente exigibles las virtudes espirituales, fundadas en los contrastes verdadero-falso, justo-injusto, bello-feo. El estamento de los gobernantes y guerreros (*kshatriyas*) debía cultivar las virtudes vitales, basadas en la contraposición noble-vulgar. Al estamento que después se denominaría III Estado, le correspondían las virtudes sensibles y prosaicas, concretadas en la polaridad pragmática útil-inútil tocante a los comerciantes y artesanos (*vaishyas*), y en la oposición agradable-desagradable atinente a los campesinos y trabajadores (*shudras*)<sup>26</sup>.

### III

No era que alguien no pudiera cambiar de función para pasar de un estamento a otro, pues no eran castas cerradas, al menos en Occidente. Si todo es efímero” en el concepto heleno, por las mudanzas de la fortuna en un momento se podía pasar de mendigo a rey y también a la inversa<sup>27</sup>. Era, eso sí, que nadie podía desplazar el régimen al que arribaba, queriendo asentar allí el estatuto de su proveniencia. Del mismo modo, como había que evitar la confusión de lo público con los intereses privados, sin riesgo de corrupción del cuerpo social, Jesús expulsó a los mercaderes del templo no porque Él fuera un enemigo del comercio<sup>28</sup>, ni porque estos no pudieran entrar a orar, sino porque en suelo sagrado –para no trastocar el orden universal– no podían regir reglas profanas que allí se encontraban por completo fuera lugar:

<sup>24</sup> BURCKHARDT, *Siena...*, *op. cit.*, p. 66.

<sup>25</sup> En la cristiandad occidental, el cuerpo de los brahmanes se identifica con los sacerdotes y catedráticos que, desde la catedral, fundan la universidad, epitome de la relación armónica entre fe y razón. En el campo del derecho, no existe mejor ejemplo de tal simbiosis entre teólogos y juristas que la Escuela de Salamanca, durante el Siglo de Oro español.

<sup>26</sup> Cfr. Miguel OLIVA, “Introducción”, p. 36.

<sup>27</sup> FRÄNKEL, *op. cit.*, pp. 138-139.

<sup>28</sup> Cfr. Antonio ESCOHOTADO, *Los enemigos del comercio*, p. 153 y ss.

“y halló en el templo vendedores de bueyes, ovejas y palomas, y cambistas en sus puestos. Hizo un látigo de cuerdas y los echó a todos del templo, con las ovejas y los bueyes; esparció por el suelo las monedas de los cambistas y volcó las mesas. Y dijo a los vendedores de palomas: *Quitad esto de aquí; no hagáis de la casa de mi Padre un mercado*”<sup>29</sup>.

Las *Siete partidas* (promulgadas a partir de 1348) de Alfonso X el Sabio, al definir “qué cosa es privilegio”, en el sentido del derecho propio que rige a la Iglesia, a los emperadores, reyes y señores, así como al pueblo, al referirse a los lugares sagrados prevenía “E otrosí no deben hacer en ella mercado” (*Partida* primera, título XI Ley I)<sup>30</sup>. Por lo mismo, que hasta hoy no suelen colocarse puestos comerciales en un cementerio o campo santo<sup>31</sup>.

La preeminencia de una justicia superior por sobre la política y la economía quedaría así –conforme a esta idealización– asegurada, ya que la función de los juristas y catedráticos consistía precisamente en orientar a los demás Estados en su prosecución del bien para la comunidad con arreglo a conceptos torales y a principios fundamentales del derecho<sup>32</sup>, siendo tales aquellas directrices de justicia y proporcionalidad deducidas del susodicho orden superior que rige el Cosmos por entero (*kata kosmon*)<sup>33</sup>.

Desde que la narrativa indoeuropea forjó la leyenda mítica de una originaria “guerra de fundación” en que se enfrentaron los sabios (cuyo color emblemático era el blanco) junto con los guerreros (de color rojo), en contra de los más numerosos y ricos productores que representaban la abundancia y fecundidad (agrupados bajo los colores azul o verde), para luego acordar la paz uniéndose en un solo pueblo, diferenciado, pero indivisible<sup>34</sup>; esta imagen arquetípica de concordia fue de una u otra forma asumida durante milenios. Hasta que en Europa (mucho antes de que en 1513 Maquiavelo es-

<sup>29</sup> Juan 2: 13-16. También Mateo 21: 12-13; Marcos 11: 15-17; Lucas 19: 45-46. En griego, εὐφήμεῖ es una palabra religiosa, que significa “no turbes el silencio místico con palabras vulgares o procaces”: Platón, *La República...*, *op. cit.*, p. 217 nota 1.

<sup>30</sup> Las *Siete partidas*, p. 117.

<sup>31</sup> MINISTERIO DE SALUD, Reglamento general de cementerios, art. 16.

<sup>32</sup> Entre los bemoles que ha tenido este cuerpo de los juristas a lo largo de la historia, se pueden nombrar el elitismo jurídico de Friedrich Savigny, para quien la clase de los juristas doctos –los profesores de derecho– debía conducir a que el espíritu del pueblo se encarnara en los proyectos legislativos, hasta nuestra criolla “comisión experta” creada para alumbrar una nueva carta magna por la fallida LRC n.º 21533.

<sup>33</sup> Sobre el Estado justo, donde cada uno hace su parte sin usurpación, asimismo, Platón enseñó que “en el alma de cada uno hay las mismas clases que en la ciudad”, como son la parte racional (de los gobernantes), la parte fogosa (de los militares) y la parte apetitiva (de la clase productora): Platón, *La República*, *op. cit.*, libro III, 369<sup>a</sup>, p. 75 y libro IV, 436b-441c, pp. 91-101.

<sup>34</sup> HAUDRY, *op. cit.*, pp. 41, 49-50.

cribiera *El príncipe*) esta estructuración quedó tocada de muerte y se empieza a distorsionar tras la asociación de Felipe IV de Francia con la burguesía<sup>35</sup>, primero para combatir al papa Bonifacio VIII (1302) y, enseguida, para perseguir las riquezas de los templarios (1307), imponiendo así ambos estamentos (monarquía y burguesía) su propio *ethos* por sobre el estatuto jurídico-espiritual<sup>36</sup>.

Después, en 1789, cuando los tres Estados Generales son convocados, será el “pueblo” de la burguesía mercantilista, apoyada ahora con la violencia de los *sans-culottes* o del bajo pueblo (que al poco andar quedarán marginados del poder político gracias al voto censitario), la que tratará de imponer sus particulares moldes y reglas de conducta al resto de la sociedad.

#### IV

La ruptura de la relación de descendencia del hombre con respecto a la divinidad, que en épocas anteriores a 1789 era considerada signo de decadencia necesitada de recomposición, ahora con la Modernidad adquiere rasgos parenéticos, hasta imponerla como símbolo de progreso e imperativo moral. Lo que va a oasionar el intento de desmantelamiento más completo e intenso de la estructura tripartita de la comunidad, con la “abolición de los derechos feudales” en sesión de la Asamblea General del 4 de agosto de 1789<sup>37</sup>.

Veamos este trasfondo con retrospectiva. Tomando prestada la idea de Karl Jasper, de que en la Antigüedad hubo una era axial donde se asentaron los cimientos espirituales de la humanidad en varias civilizaciones a la vez<sup>38</sup>, vi-

<sup>35</sup> En obras de sinopsis o divulgación general, este acontecimiento apenas merece una mención fugaz, y sin recalcar en sus enormes consecuencias futuras: *v.gr.* Jean TOUCHARD, *Historia de las ideas políticas*, pp. 145-147.

<sup>36</sup> La irrupción de la burguesía mercantilista durante el llamado “Renacimiento del siglo XII”, en principio aparece más cercana a la idea de posicionarse dentro de esta estructura social que al propósito de romper dicho esquema.

<sup>37</sup> Una síntesis de esta sesión puede consultarse en Claudio ROLLE, Ricardo KREBS, Jacqueline DOUSILLANT, *La Revolución francesa en sus documentos*, pp. 62-63.

<sup>38</sup> El célebre catedrático alemán (1883-1969) concibió que en torno a los años 800-200 a.C., con un tiempo eje ocurrido hacia el año 500 a.C., se asentaron las bases metafísicas de la humanidad subsistentes hasta hoy, de manera simultánea e independiente en lugares tan remotos como China, India, Persia, Palestina y Grecia, sin apoyar, pero tampoco sin descartar en ello el influjo de elementos superracionales o de alguna potencia superior más alta: Karl JASPERS, *Origen y meta de la historia*, 413 pp.

Sobre estas enigmáticas “coincidencias religiosas” o “arquetipos espirituales comunes”, que han sido las bases históricas del derecho, y los métodos comparativos que han tratado de explicarlas (en vano) por difusión o contagio, por derivación de una única fuente o por derivación de estructuras innatas al ser humano, puede ser útil la introducción de Robert

sualizamos la existencia de un tiempo eje situado en algún momento cuando convergen en un único “principio” –literalmente en el mismo inicio– el Génesis veterotestamentario hebreo con la *Teogonía* de los griegos<sup>39</sup>. Y que desde un muy afín patrón mítico revelador nos informan acerca de cierta originaria Creación, consistente en la separación entre el Cosmos y el Caos, operada gracias a un logos divino que distingue (λόγος) por sobre un Eros que todo lo mezcla y confunde (*Eρως*)<sup>40</sup>. De aquí, en definitiva, saldrá la convicción arquetípica de que el imperio del primero consiste en la preeminencia de ese orden impuesto como constante universal.

Esta dicotomía primigenia Cosmos/Caos (que determina lo que es verdadero, justo y bueno<sup>41</sup>) es la llave maestra entonces –en cuanto primer principio axial– para entender la inspiración que anima las leyes fundamentales de la ciudad, habida cuenta que la *Polis* no ha de aspirar más que a ser un reflejo de aquel orden cósmico trascendente y superior. El cielo con la tierra en directo diálogo. La ulterior concepción griega de la *Eunomia* (estado de derecho o imperio de la justicia decimos en nuestra época) resulta comprensible solo a partir de su congruencia con dichas normas e instituciones inmortales que ellos dedujeron de tal cosmovisión.

Para más precisión sobre cómo entendían esto en la Antigüedad y luego en la Cristiandad medieval, de que el orden cósmico impuesto por una razón superior (allá arriba) debe iluminar la filosofía política y la legalidad en el micromundo de la polis (acá abajo), un encuentro con Cicerón resulta indis-

---

Fraser a la polémica obra de James George FRAZER, *La Rama dorada. Mito y religión*, pp. XXIV-XXXIX, así como el estudio final de Joaquín SANMARTÍN (editor y traductor), *Gilgamesh, rey de Uruk*, pp. 429-448.

<sup>39</sup> El Cosmos y el Caos y su escisión como acto consustancial a la creación, aparecen, asimismo, en el antiquísimo (c. 2.000 a.C.) poema babilónico *Enūma Elish*, representados respectivamente por los principios primordiales de Apsú y Tiamat. Hay versiones en castellano: de Federico LARA, *Enūma eliš. Poema babilónico de la creación*, pp. 3-4 y de Rafael JIMÉNEZ, *Enūma elish. El poema babilonio de la creación*, pp. 111-112.

Sobre este poema de Mesopotamia y su relación con las creencias durante el reino antiguo en Egipto, que, asimismo, entendían el agua salada o caos acuático representado por la Ocultación, las Tinieblas, el Estado amorfo y el Abismo acuoso: ELIADE & COULIANO, *op. cit.*, pp. 196-197 y 327-328.

<sup>40</sup> Esta creencia abarca a otras grandes civilizaciones de la Antigüedad. Así en el *Libro de los Muertos* la religión egipcia refiere a la serpiente Atum declarando: “Yo soy lo que permanece [...] ¡el mundo volverá al caos, a lo indiferenciado, yo me transformaré entonces en serpiente que ningún hombre conoce, que ningún dios ha visto!”: Jean CHEVALIER y Alain GHEERBRANT, *Diccionario de los símbolos*, p. 929.

<sup>41</sup> Hemos profundizado el punto en Iván ARÓSTICA, *Estado de derecho y revolución legal. Chile: 2014-2020*, 308 pp. Con todas sus contradicciones, véase Cornelius CASTORIADIS, *Lo que hace a Grecia I. De Homero a Heráclito. Seminarios 1982-1983. La creación humana II*, pp. 62, 157, 185-191, etcétera.

pensable, quien tras una larga y fructífera carrera gubernamental y forense nos legó un genuino ensayo de teología política en su obra del año 52 a.C., sintomáticamente titulada *Sobre la naturaleza de los dioses*<sup>42</sup>.

## V

Será en *Las leyes*, sin embargo, cuando pasean los tres interlocutores del último de los grandes diálogos de Platón, Clinias de Creta, Megilo de Esparta y quien responde al nombre del Ateniese, un trasunto del mismo autor, donde quedará plantada la duda que siglos más tarde se hará sistémica y crucial, acerca del gran problema para los encargados de idear el sistema legal de la polis, en particular la Constitución:

“¿Es aún posible afirmar que lo divino impregna las leyes a las que los hombres se someten? ¿O tales leyes se deben solo al cambiante arbitrio de los hombres?”<sup>43</sup>.

Algo así como un anticipo del príncipe Segismundo, que luego avanzará a paso firme y muy orondo pregonando “nada me parece justo en siendo contra mi gusto”<sup>44</sup>.

La Revolución francesa puso el punto de inflexión. Sin recalar acá en lo mucho que argumentaron antes un cúmulo de pensadores para posicionar a 1789 como el inicio de un nuevo tiempo eje, bástenos destacar acá que este acontecimiento refleja por autodefinición la titánica ambición de alcanzar la más completa desacralización de la cultura occidental, en toda su extensión, altura y profundidad<sup>45</sup>. Con varias reactualizaciones hasta hoy, este rupturismo en procura de la mayor soberanía o autodeterminación será el bajo continuo o hilo conductor tendente a cortar cualquier nexo de la política y de la economía con lo divino. Y que –por derivación– inaugura una nueva concepción de la legalidad, entendida ahora como espacio autónomo cerrado sobre sí, capaz de crear su propia justificación en la voluntad humana (monárquica o popular) y despojada de toda conexión con normas e instancias sagradas superiores.

---

<sup>42</sup> CICERÓN, *Sobre la naturaleza de los dioses*, pp. 117-231 donde hace explicar lo dicho al estoico Quinto Lucilio Balbo.

<sup>43</sup> Edgardo DOBRY, *¿Existe un sistema Calasso?*, p. 66.

<sup>44</sup> Pedro CALDERÓN DE LA BARCA, *La vida es sueño*, p. 110.

<sup>45</sup> No hay mejor manera de explicar qué es una “revolución” que acudiendo a las dimensiones de Pablo de Tarso: “para que podáis comprender con todos los creyentes cuál es la anchura, la longitud, la altura y la profundidad” que permiten acceder a la Verdad (*Carta a los efesios* 3:18).

Es así que una visión menos manida de este episodio central, que lo identifica con el triunfo de la libertad, la igualdad y la fraternidad, en realidad vincula la Revolución francesa con la legalización no solo de la referida emancipación antimetafísica, de donde luego saldrá la idea de que la ley debe aislarse en torno a una autorreferente e incontaminada “pureza”. Además, como complemento a ello, revela que dicho acto refundacional no implicó abolir del todo el régimen estamental, sino que constituyó el intento por reconducirlo (tergiversándolo) en beneficio de los nuevos intereses gravitantes<sup>46</sup>, como, por lo demás, lo demuestran sus secuelas, que se arrastran soterradamente hasta hoy.

## VI

Pues la verdad es que la Revolución francesa no abolió la unanimidad de los “privilegios”, como se mal cree, sino que, junto con pretender eliminar al estamento religioso-jurídico, donde imperaba el clero, así como al estamento político-militar, donde sentaba sus reales la nobleza, la clase mercantilista triunfante –a partir de este *breaking point*– buscó, en paralelo, imponer su propio estatuto como paradigma universal de toda la sociedad. Vale decir, la impronta materialista y demás inclinaciones, que son inherentes al *dharma* del estamento comercial (culto al trabajo, el afán de lucro acompañado de cierta voluptuosidad, las virtudes apetitivas y la crematística inherente al interés por los negocios propios, el pragmatismo e inmediatez, su arraigada tendencia a las transacción y negociaciones, etc.), siendo innegablemente aptas e idóneas todas ellas para operar dentro de esa su específica función social, óptimas para desplegarlas dentro del mercado, después de 1789 son extendidas y se convierten en el modelo predominante o “ley general”, aportando de esta forma los nuevos principios arquetípicos conforme a los cuales se habría de constituir o moldear el resto de la sociedad<sup>47</sup>.

So capa de eliminar los “privilegios”, que se hizo sinónimo de ventajas irritantes o granjerías inmerecidas, este nuevo cartabón que inaugura la Modernidad no buscó cortar tal o cual prebenda improcedente u opresiva, que

---

<sup>46</sup> Un primer acercamiento a la incidencia de esta continuidad, se halla en la ya clásica obra de Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *Revolución francesa y administración contemporánea*, 150 pp.

<sup>47</sup> Mientras las cosas materiales o de mundo físico se pueden medir y pesar cuantitativamente (art. 51 del *Código Civil*) según parámetros definidos por el pueblo (III orden estamental) o la autoridad (II estado), un acto justo –resultante de un proceso que es inmaterial o espiritual– debe bascular en la “balanza de la justicia” y en manos de una divinidad (Maat, Isis, Temis, etc.): de aquí la inserción inmemorial de los juristas dentro de la casta sacerdotal (I estado).

las había. Es que, en vez de emprender una cirugía selectiva que permitiera extirpar específicas anomalías, que con el paso del tiempo habían devenido insostenibles, 1789 desde un inicio quiso hacer tabula rasa y abrogar indiscriminadamente los estatutos del Clero o I Estado y de la nobleza política y militar englobados en el II Estado que, aunque en condiciones de decadencia y en plano de declive, de todas formas venían apuntalando, sosteniendo, una cierta impronta metafísica de la comunidad. Para sustituirlos por una única “ley común”, que no otra cosa era que el estatuto materialista de la burguesía mercantilista dominante dentro del III Estado, el Pueblo, ubicado a la izquierda del rey<sup>48</sup>.

El actual epítome progresista de la igualdad rasante que rechaza “cualquier discriminación” (por justificadas que algunas distinciones puedan ser) comienza con la constitución de la sociedad modernista y su máxima de que a partir de este momento bisagra ya “no hay grupo privilegiado”. Lo que no solo se entiende como eliminar las diferencias arbitrarias, es decir, las discriminaciones injustificadas, sino que supone, asimismo, derogar los fueros del “antiguo régimen” estamental con vistas a uniformar la sociedad bajo el alero de un único código, reflejante de aquel *ethos* pecuniario o patrimonial que los comerciantes y mercaderes hicieron suyo ya en épocas remotas. Es el viejo estatuto crematístico o *vaishya* que se había venido conformando por siglos a través de antiguas prácticas y costumbres, más las medidas legislativas tomadas a lo largo de todo el tiempo intermedio para evitar el lucro in-moral o el abuso de la usura, a lo que se suma el aporte del derecho romano, y que culmina con su sistematización en rigurosos cuerpos legales organizados conforme a la triunfante racionalidad burguesa.

Por efecto demostración, entonces, así como desde la Baja Edad Media la élite dirigente del II Estado quería desprenderse de toda tutela espiritual, proclamando su soberanía respecto de cualquier estamento superior; a continuación, es el estatuto del III Estado –del Pueblo que lidera la burguesía mercantilista y financiera– el que inicia su larga marcha hacia la monopolización del derecho. Primero, tratando de separarse del *ethos* de los agricultores, cuya riqueza se basaba en el trabajo de la tierra y en el consiguiente arraigo a determinadas tradiciones fijas y enraizadas. Segundo, buscando en paralelo afianzar una legalidad más flexible y sin amarres metafísicos, que dejara al comercio adaptarse a las nuevas dinámicas que le imponen los

---

<sup>48</sup> La división entre Izquierda y Derecha puede remontarse al Concilio de Nicea (año 325), cuando a la derecha se sentaron los más ortodoxos junto a san Atanasio y a la izquierda Arrio y sus partidarios (a la centro-derecha se ubicó Eusebio de Cesarea y a la centro-izquierda lo hizo Eusebio de Nicomedia), esquema que se repetiría en el Concilio Vaticano II: Roberto DE MATTEI, *Concilio Vaticano II*, pp. 271 y 318.

ingentes negocios financieros de la banca internacionalizada. Para terminar con la imposición de su propio paradigma ético-normativo y hasta llegar a extrapolarlo a la política; que –en este nuevo contexto– significa que el poder se adquiere con transacciones y las fórmulas del mercadeo (nueva legitimidad de origen), amén que se practica homogeneizando la política con el comercio y a los electores o gobernados con los clientes o consumidores (nueva legitimidad de ejercicio). La dialéctica entre intereses e ideologías traería la síntesis o solución a los problemas.

## VII

No se trata, naturalmente, de sublimar el pasado, de trocar una leyenda negra en leyenda rosa, admitido sea que dentro del esquema trifuncional siempre debió existir alguna recurrente “tensión” entre los diferentes estamentos. Pero todo indica que se trataba de bregas intrasistema, por legitimarse y mantener cada uno su estatuto diferenciado y una relativa autonomía entre sí. Una metáfora que no busca hacer proselitismo embozado, sería compararlo con la pulsión armónica entre el arco y la lira productora de aquella música que incita al movimiento acompasado. Como el nervio o la fuerza dialéctica vital que cohesiona los elementos constituyentes de una misma arquitectura u organización, evitando que se distiendan y separen, es en los tiempos modernos cuando recién la tensión se torna en sinónimo de fractura u hostilidad<sup>49</sup>.

Conflicto estamental que no se va a dar en el solo plano de la legalidad, donde cada capa social se afanará en lo sucesivo por elevar su propio y particular régimen o privilegio funcional a la categoría de ley general, con exclusión (o al menos reducción) del estatuto de los demás. Se proyecta, asimismo, en la violencia desatada de unos estamentos sobre otros, como anticipaba la Guerra de la Vendée (1793-1796), que implicó la aniquilación de los agricultores contrarrevolucionarios de esa región francesa que se habían atrincherado en defensa del régimen monárquico y estamental.

Si a esta matanza no ha querido llamársela genocidio, se admitirá, en todo caso, el efecto mimético que tuvo, tanto en las posteriores campañas de eliminación de los “enemigos de clase” o en la criminalización de categorías humanas por parte del totalitarismo comunista (no por “hacer algo” ilícito sino “por ser” banqueros, terratenientes, dueños de fábricas, militares o abogados, campesinos antagonistas de la revolución, etc.)<sup>50</sup>, cuanto también en

<sup>49</sup> Patricio SERRANO, *Curso de literatura griega*, clase del 18 de septiembre de 2024.

<sup>50</sup> Sobre la internación en campos de concentración y eventual eliminación de personas por el mero hecho de pertenecer a “categorías peligrosas” para el régimen soviético, entre

la inauguración del terrorismo anarquista moderno. Cuando el joven ácrata Emile Henry arrojó una bomba con dinamita en el café Terminus, en París, el 12 de febrero de 1894, a una hora en que el local estaba lleno de gentes normales y corrientes, anuncia con ello la colectivización de la violencia política, pasando del magnicidio o atentado selectivo contra una víctima elegida que hasta aquel entonces había ocupado el anarquismo como método de “propaganda por los hechos”, al empleo de un medio de destrucción masivo que se lleva a cabo mediante un ataque indiscriminado contra personas inocentes, por el solo hecho de pertenecer a la burguesía y porque de esta forma se simboliza el caos primigenio de lo indiferenciado<sup>51</sup>.

Cumplíase así la vieja sugestión de Maquiavelo:

“Debéis, pues, saber que existen dos formas de combatir: la una con las leyes, la otra con la fuerza. La primera es propia del hombre; la segunda, de las bestias; pero como la primera muchas veces no basta, conviene recurrir a la segunda”<sup>52</sup>.

Lo que condice con uno de los aforismos de la Posmodernidad, acuñado por Michel Foucault: “la política es la continuación de la guerra por otros medios”<sup>53</sup>.

## VIII

Luego de nuestra propia *stásis* (1965-1973), algo de esto puede advertirse en Chile detrás de las definiciones primarias vertidas en los documentos matrices que inspiraron la Constitución doctrinaria de 1980<sup>54</sup>. Elaborados por un núcleo intelectual adherente a la “concepción cristiana del hombre de la sociedad”, propugnaron la “integración de todas las fuerzas vitales de

---

muchos véase José M. FARALDO, *Las redes del terror. Las policías secretas comunistas y su legado*, pp. 54-55, 61-63, 80, 83, 86-87, 97, etcétera.

<sup>51</sup> John MERRIMAN, *El club de la dinamita*, 263 pp. Esta pertenencia indiscriminada a una clase a quien se quiere castigar con la violencia, explica la tipificación originaria en nuestro derecho penal del delito de “terrorismo”, como la perpetración de ataques “con la finalidad de producir en la población o en una parte de ella el temor justificado de ser víctima de delitos de la misma especie”. MINISTERIO DEL INTERIOR, Ley n° 18314, art. 1.º.

<sup>52</sup> MAQUIAVELO, *El príncipe*, capítulo XVIII, p. 119.

<sup>53</sup> Michel FOUCAULT, *Defender la sociedad*, pp. 28-29.

<sup>54</sup> ARCHIVO HISTÓRICO DEL SERVICIO ELECTORAL DE CHILE, *Metas y objetivos fundamentales para la nueva Constitución Política de la República* y JUNTA MILITAR DE GOBIERNO, *Declaración de principios del gobierno de Chile*. Las ideas allí expuestas muestran una coincidencia extraordinaria con las del sacerdote argentino MEINVILLE, *op. cit.* que tuvo una 3ª. ed. (1963) y una 4ª (1974), a la que posiblemente se tuvo acceso en Chile por esos años.

la Nación”, como eran a la sazón los militares, los políticos y los empresarios, en el sentido de que, con todo lo indispensable que eran en aquellos momentos, el poder económico y las agrupaciones gremiales no estaban destinadas a cogobernar, dado que este papel le pertenece al poder político el que, a su turno, se encuentra subordinado a la justicia y a una idea de alto vuelo metafísico, como es el logro del bien común general.

El texto aprobado tradujo, en parte, esta concepción, al reconocer y amparar a “los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad”, garantizándoles “la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos” (art. 1.º inciso tercero). Asimismo, al asegurar la libertad de empresa y el derecho a desarrollar cualquier actividad económica, pero –uno– a condición de que no sea “contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional”<sup>55</sup> y –dos– “respetando las normas legales que la regulen” (art. 19 n.º 21 inciso primero), lo que conlleva esa apropiada sujeción de la economía a la política, que no al partidismo ni menos a la ideología, sino que a las leyes que sean en verdad necesarias y vayan, en efecto, orientadas hacia el bien común general, a fin de alcanzar la “mayor realización espiritual y material” posible a todos y cada uno de los miembros del cuerpo social (art. 1.º inciso cuarto). Por lo mismo, esta Constitución le devolvió al mercado su legítimo carácter de espacio libre e igualitario, restringiendo a las empresas públicas y sociedades estatales cuya presencia y ventajas competitivas no se justifican sino en móviles partidistas que poco o nada tenían que ver con dicho bien común general (art. 19 n.º 21 inciso segundo)<sup>56</sup>.

Repitió, además, la Constitución algo que viene desde los griegos, pero que suele pasar desapercibido: que es materia de ley establecer “el sistema de pesos y medidas”, justamente tendente a impedir que se cometan excesos o abusos en el comercio (art. 63 n.º 12)<sup>57</sup>.

Dentro de la misma orientación, la Constitución acotó que no todos los bienes son susceptibles de apropiación privada, ya que el dominio no puede recaer sobre aquellos bienes “que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres” (art. 19 n.º 23). Para, a renglón seguido, admitir la existencia

---

<sup>55</sup> La rechazada propuesta de nueva carta fundamental del Consejo Constitucional de 2023 creado por la Ley n.º 21533, en el precepto equivalente (art. 16 n.º 32) eliminaba la referencia a “la moral”, por resultarle a ciertos economistas un concepto extraño a la lógica cuantitativa de los negocios.

<sup>56</sup> En Iván ARÓSTICA, *Derecho administrativo económico. Libre iniciativa privada y actividad empresarial del Estado*, 181 pp.

<sup>57</sup> El art. 51 del *Código Civil*, por su parte, dispone: “las medidas de extensión, peso, duración y cualesquiera otras de que se haga mención en las leyes, o en los decretos del Presidente de la República, o de los tribunales o juzgados, se entenderán siempre según las definiciones legales; y a falta de éstas, en el sentido general y popular, a menos de expresarse otra cosa”. La ley sobre pesos y medidas vigente data del 29 de enero de 1848.

de “diversas especies” de propiedad (art. 19 n.º 24), facultando así que determinados bienes de los otros estamentos tradicionales pudieran seguir destinados a su específica función y fuera de las lógicas del mercado<sup>58</sup>. Esta norma no solamente ampara los bienes adscritos a los espacios sagrados<sup>59</sup>, sino que explica y legitima la ley que a poco andar dispuso que las universidades privadas solo pueden instituirse como entidades sin fines de lucro (art. 15 del DFL n.º 1, de 1981)<sup>60</sup>.

Y así, otras disposiciones indican que en el texto constitucional siguió latiendo el antiguo concepto de economía, la *oikonomía* que combina las palabras griegas *oikos* (familia) y *nomos* (ley logos), expresión traída de Aristóteles a partir del siglo XIII para validar socialmente los nuevos rumbos que por aquel entonces empezaba a tomar el comercio<sup>61</sup>. Pues bajo la susodicha protección a las “diversas especies” de dominio, aún perdura la conocida relación familia-propiedad<sup>62</sup>, entendida esta como un medio encaminado a la subsistencia material y espiritual de aquella (partiendo por la posesión de un hogar y de una porción de tierra), y cuya proyección más visible era asociar el nombre de la casa comercial o firma propia con el apellido familiar. La observación atenta avala la impronta metafísica que para muchos posee el derecho de propiedad, revelada en la ancestral simbiosis del dueño con sus bienes y el consiguiente padecimiento en caso de separación<sup>63</sup>, tal como se percibiera poco antes de la Constitución de 1980 con la cruenta Reforma Agraria implementada entre los años 1965-1973<sup>64</sup>. Ignorar hoy esta raigambre,

---

<sup>58</sup> El nexo de la propiedad con la utilidad y el lucro –intrínseco al estatuto de la burguesía comerciante– no es del todo ajeno a la desamortización que la Revolución de 1789 llevó a cabo contra las “manos muertas”, que eran los bienes en poder de la Iglesia católica y de las órdenes religiosas que no podían explotarse por encontrarse fuera del comercio humano, lo que –en concepto del nuevo paradigma crematístico– impedía el desarrollo y el progreso material de la sociedad.

<sup>59</sup> La Constitución estatuye que los templos y sus dependencias, destinados exclusivamente al servicio de un culto, estarán exentos de toda clase de contribuciones (art. 19 n.º 6). En tanto que el *Código Civil* dispone que las cosas que han sido consagradas al culto divino, se regirán por el derecho canónico (art. 586).

<sup>60</sup> El DFL n.º 1 citado fue publicado en el *Diario Oficial de la República de Chile* el 3 de enero de 1981. Su decreto promulgatorio lleva las firmas de los ministros del Interior, Hacienda, Educación y Justicia.

<sup>61</sup> LE GOFF, *op. cit.*, p. 73.

<sup>62</sup> La garantía a la propiedad “en sus diversas especies” apareció con la Ley n.º 16615, misma que hizo alusión a la “propiedad familiar”, aunque casi al pasar y sin tampoco extraer consecuencias jurídicas concretas de ello.

<sup>63</sup> Para la relación entre lo sagrado-familia-propiedad, Fustel de COULANGES, *La ciudad antigua*, capítulo VI: El derecho de propiedad, pp. 73-85; Richard M. WEAVER, *Las ideas tienen consecuencias*, capítulo 7: El último derecho metafísico, pp. 155-175.

<sup>64</sup> En torno al “daño extrapatrimonial” (incorporal) causado a quien es separado de sus bienes familiares y de su historia vital (por una Ley de Reforma Agraria tendente a desinte-

estas creencias y costumbres atávicas, desdeñarlas por retrogradadas o casposas y apostar por lo pragmático de la *realpolitik*, suele deparar no pocas sorpresas<sup>65</sup>.

Así que el texto constitucional chileno desdice la creencia en una absoluta “autonomía del mercado”, en que este sería un espacio disciplinado internamente solo por sus propias normas y costumbres<sup>66</sup>; lo mismo que desecha cualquier idea de “soberanía de la política”, no sujeta más que a la sumatoria de un número de votos y donde la “pureza” de la legislación resultante hace de esta un compartimiento estanco. Esto explica la pretensión de ciertas élites mercantiles y partidistas, de que el interés económico o político adquiera prioridad y se libere de cualquier amarre jurídico superior, para que en ambos campos rija una suerte de *laissez faire, laissez passer*. Lo que las empeña en sustituir la vigente Ley Fundamental por una Constitución con “contenido minimalista” (sin principios sustanciales que pudieran recordar al *Ancien Régime*), e incapaz –por tanto– de elevarse por sobre el modesto papel de un código de procedimiento democrático, conducente a facilitar –sin “ataaduras anacrónicas”– toda suerte de negociaciones y transacciones en el Parlamento, eso mismo es lo que ocurre en el mercado.

## IX

¿Será esto del esquema trifuncional como pasa con el griego y el latín, que se dicen “lenguas muertas”, pero que sobreviven en los idiomas romances y neohelénicos? Cual un gran edificio que a contraluz proyecta sombras muy lejos de su ubicación, el andamiaje estamental hoy se percibe solo desde lo umbrío, mirando nada más que su cara oscura, como un espectro gimoteando por revivir privilegios fenecidos. Bien para los constituyentes originarios del modernismo, para quienes todo lo anterior al siglo XVIII es propio de una época negra o sombría.

---

gar políticamente a las familias fundadoras chilenas), recuérdese la famosa sentencia de la CORTE SUPREMA, 9 de octubre de 1981, pp. 207-224.

<sup>65</sup> El proyecto de nueva Constitución que alentó la Ley n.º 21200 fue rechazado por la inmensa mayoría en el plebiscito del 4 de septiembre de 2022, no tanto porque en caso de expropiación el Estado no indemnizaría a “valores de mercado”. Según el dirigente comunista Guillermo Teillier, el rechazo se debió a que amenazaba la “propiedad sobre la vivienda”, véase Guillermo Teillier, entrevista de prensa, p. 17.

El marxismo reconoce de antiguo la íntima relación entre familia y propiedad: Friedrich ENGELS, *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*, 309 pp.

<sup>66</sup> PRODI, *op. cit.*, pp. 43-49.

Pero esto sería como confundir las cosas con las sombras que se reflejan sobre la pared al fondo de la caverna, apenas iluminadas por una hoguera, según la clásica alegoría de Platón (*República*, libro VII, 514a-517a). Pues la realidad es que, a partir de 1789, lo que se ganó con la imposición en exclusiva del estatuto materialista del III Estado (el Pueblo de los *vaishyas* y *shudras*), en sí mismo legítimo dentro de su ámbito, se perdió con la cuasidesaparición de los códigos de honor e ideales virtuosos que estatuían los deberes de sabios y sacerdotes, de reyes, príncipes y guerreros, sin nadie parar mientes en las secuelas que ocasionaría su ausencia. Una falta de *ethos* que nosotros en esta época, aquejados por el vacío, no enfocamos bien y ni siquiera nos damos cuenta de ello.

Incomprensión que alcanza, asimismo, al pasado, muchos de cuyos episodios reverberan y se enfocan caleidoscópicamente mal, siendo que su nítido significado recién se revela cuando se los observa como piezas de ese gran edificio llamado *Ancien Régime*, expresión peyorativa que muchas veces no traduce sino la ruptura modernista con los legados clásico y bíblico. Esto es, con el sistema que ponía en conexión las creencias y hechos de los hombres con la divinidad, y que en esta subordinación encontraba el meollo del acontecer político<sup>67</sup>.

Sin embargo, a fin de imponer el nuevo canon, la amnesia decretada en 1789 echó tierra sobre todo lo que recuerde al enemigo metafísico, como nunca antes fue el intento por reorganizar la verdad, de un modo análogo a las revisiones de la memoria y de la historia presentes en la distopia orwelliana *1984*. “Junto a las que en otro tiempo fueran formas de percepción más familiares, hemos echado por la borda una parte de la propia estructura del pasado” anota David Lowenthal, toda vez que:

“hemos perdido la familiaridad con la herencia clásica y bíblica que durante mucho tiempo imprimieron la cultura y el entorno europeos. La brecha de este siglo con ese legado nos deja rodeados por monumentos y reliquias que apenas podemos comprender y que sólo a duras penas sentimos como nuestros; una alienación que se hace evidente de manera especial en los esfuerzos posmodernos por superarla”<sup>68</sup>.

---

<sup>67</sup> Parfraseo a Cecil Maurice BOWRA, *Introducción a la literatura griega*, p. 114. En todo caso, fue Werner Jaeger quien resumió que la armonía y la proporción no solo caracterizaron el temperamento artístico de los griegos, sino que, asimismo, incidieron en la aprehensión teórica de la realidad y en su extensión al reino de la ética y la política: Werner JAEGER, *La teología de los primeros filósofos griegos*, p. 55.

<sup>68</sup> David LOWENTHAL, *El pasado es un país extraño*, pp. 18-19.

## Corolario

El conflicto entre linajes, cada uno pugnando por la preeminencia de su *ethos*, se halla omnipresente y ha sido un denominador común a lo largo de la historia moderna<sup>69</sup>. Muy simbólicamente fue retratado para la posteridad en la “manzana de la discordia”, aquella que Eris o Éride, quien siembra la confusión y las luchas entre hombres, lanzó para que se disputaran las tres divinidades emblemas de la trifuncionalidad: Hera, que ofrece el poder soberano sobre el mundo, Atenea, que promete sabiduría e invencibilidad en la guerra y Afrodita, la diosa del amor erótico que obsequia la satisfacción de los apetitos sensuales<sup>70</sup>. La elección de Paris por esta última y su recompensa, la bella Helena, que desencadenó la funesta guerra de Troya, atraviesa la historia universal y resuena como un eco lejano cuando en 1918 Stefan Zweig se angustiaba “pensando en los espantosos escenarios que se avecinan, en que el odio entre clases y estamentos inundará el mundo”<sup>71</sup>.

En nuestra época no prestamos atención a estas cosas. Porque nos enseñan que la historia no sería más que una azarosa sucesión de “accidentes” que no admitiría la existencia de leyes constantes y fiables<sup>72</sup>, nos resistimos a la idea de que el acontecer albergaría en su más profundo seno una recóndita lucha estamental, unos por sobrevivir otros por imponerse, aunque en todas partes nos rodean señales de su presencia y efectos. De reyes contra sacerdotes primero; entre políticos y guerreros luego; enseguida, de mercaderes enfrentados con dirigentes, hasta arribar al actual conflicto de *shudras* y *vaishyas*, por separado luchando entre sí o embistiendo juntos contra el viejo enemigo común.

<sup>69</sup> En estrecha colaboración con determinados partidos, es notoria la influencia que han ejercido algunos sacerdotes, a modo de ideólogos o eminencia gris, en el montaje e impulso de determinantes programas políticos de hondo calado. Para el caso de Chile, recuérdese el influjo de Roger Vekemans y otros jesuitas en torno al Centro Bellarmino y la revista *Mensaje*, en la implementación de los cambios revolucionarios que tuvieron lugar en la década de 1960: Alejandro SAN FRANCISCO (director general) *Historia de Chile 1960-2010. Las revoluciones en marcha. El gobierno de Eduardo Frei Montalva*, tomo 3, primera parte, pp. 272-276, 450 y tomo 4, segunda parte, pp. 205-216, 243-244, 260-269, 296.

Por esos mismos años durante el gobierno de John F. Kennedy (1961-1963) llamado “Corte de Camelot”, al círculo más estrecho de asesores bostonianos se le conocía precisamente como los “brahmanes”: Max HASTINGS, *La crisis de los misiles de Cuba 1962*, pp. 276, 379.

<sup>70</sup> HESÍODO, *Teogonía*, 225-229, 123. Sobre la *Crestomatía*, de Proclus, citamos según D.M. SMITH, *The Cypria: Reconstructing the Lost Prequel to Homer's Iliad*, p. 1.

<sup>71</sup> Luis Fernando MORENO, *Stefan Zweig. Vida y obra de un gigante de la literatura*, p. 233.

<sup>72</sup> Una discusión tocante al tema, tan estimulante como plena de semiverdades y no pocas ambigüedades, con el Tolstói de “Guerra y paz”, en Isaiah BERLIN, *El erizo y el zorro*, capítulo tres, pp. 51-86.

Entre otras motivaciones mayormente destacadas, incluso sobredimensionadas, es esta una causa muda que contribuye a explicar no pocas vicisitudes en el devenir de nuestra legislación política y administrativa actual.

### *Bibliografía*

- AGUD, Ana y Francisco RUBIO, *La ciencia del brahmán. Once Upaniṣad antiguas*, Madrid, Editorial Trotta, 2000.
- ALIGHIERI, Dante, *Divina comedia en Obras completas de Dante Alighieri*, tercera reimpresión, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 2015.
- ARCHIVO HISTÓRICO DEL SERVICIO ELECTORAL DE CHILE, *Metas y objetivos fundamentales para la nueva Constitución Política de la República*, 26 de noviembre de 1973. Disponible en <https://archivo.servel.cl/index.php/metas-u-objetivos-fundamentales-para-la-nueva-constitucion-politica-de-la-republica> [fecha de consulta: 10 de abril de 2025].
- ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, edición bilingüe, 10ª. ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014.
- ARÓSTICA, Iván, *Derecho administrativo económico. Libre iniciativa privada y actividad empresarial del Estado*, Santiago, Universidad Santo Tomás, Escuela de Derecho, 2001.
- ARÓSTICA, Iván, *Estado de derecho y revolución legal. Chile: 2014-2020*, Valencia/Santiago, Tirant lo Blanch/Universidad Finis Terrae, 2023.
- ARÓSTICA, Iván, “La rebelión de los nuevos Shudras”, en *Derecho Público Iberoamericano*, n.º 21, Santiago, 2022, pp. 13-41.
- BERLIN, Isaiah, *El erizo y el zorro*, México D.F., Booket, 2020.
- Biblia de Jerusalén*, Bilbao, Desclée De Brouwer, 2019.
- BOWRA, Cecil Maurice, *La aventura griega*, versión en español, Madrid, Ediciones Guadarrama, 1960.
- BOWRA, Cecil Maurice, *Introducción a la literatura griega*, Madrid, Editorial Gredos, 2014.
- BOURDIEU, Pierre, *El sentido práctico*, Buenos Aires, Siglo XXI, .2007.
- BURCKHARDT, Jacob, *Reflexiones sobre la historia universal*, séptima reimpresión, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 2017.
- BURCKHARDT, Titus, *Siena. Ciudad de la Virgen*, Palmas de Mallorca, Medievalia-José J. de Olañeta Editor, 1958.
- CALDERÓN DE LA BARCA, Pedro, *La vida es sueño*, segunda reimpresión, Barcelona, Penguin Random House Grupo Editorial, 2016.
- CASTORIADIS, Cornelius, *Lo que hace a Grecia I. De Homero a Heráclito. Seminarios 1982-1983. La creación humana II*, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 2022.

- CHEVALIER, Jean Chevalier y Alain GHEERBRANT, *Diccionario de los símbolos*, decimoprimera reimpresión, Barcelona, Herder Editorial, 2023.
- CHUECA GOITIA, Fernando, *Breve historia del urbanismo*, 3ª. ed. Madrid, Alianza Editorial, 2011.
- CICERÓN, *Sobre la naturaleza de los dioses*, Madrid, Editorial Gredos, 2022.
- CICERÓN, *Tusculanae Disputationes, Obras completas*, Madrid, Editorial Gredos, 2015.
- CURTIVS, Ernst Robert, *Literatura europea y Edad Media latina, I*, quinta reimpresión, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 2017.
- DANIELOU, Alain, “Le système hindou des castes et le racisme”, in *Revue Antaios*, n.º 10, 1996, citado por Bernard NOTIN, “Favorecer la estabilidad social: la civilización de la India”, en *Ciudad de los Césares*, n.º 128, Santiago, 2021, pp. 33-38.
- DE COULANGES, Fustel, *La ciudad antigua*, Barcelona, Editorial Iberia, 2000.
- DE MATTEI, Roberto, *Concilio Vaticano II*, 2ª. ed., Madrid, Homo Legens, 2020.
- DOBRY, Edgardo, “¿Existe un sistema Calasso?”, en Jorge HERRALDE (ed.), *Para Roberto Calasso*, Barcelona, Editorial Anagrama, 2022.
- DOMÍNGUEZ Patricio y José Antonio GIMÉNEZ, “Introducción”, en PLATÓN, *Ión*, introducción de Patricio DOMÍNGUEZ y José Antonio GIMÉNEZ, Santiago, Editorial Universitaria, 2020.
- DUMÉZIL, Georges, *Mito y epopeya. I. La ideología de las tres funciones en las epopeyas de los pueblos indoeuropeos*, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 2016.
- DUMÉZIL, Georges, *Los dioses soberanos de los indoeuropeos*, Barcelona, Editorial Herder, 1999.
- ELIADE, Mircea & Ioan P. COULIANO, *Diccionario de las religiones*, Buenos Aires, Editorial Paidós, 2022.
- ENGELS, Friedrich, *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*, segunda reimpresión, Madrid, Alianza Editorial, 2018.
- ESCOHOTADO, Antonio, *Los enemigos del comercio*, 9ª ed., Barcelona, Espasa, 2018.
- EYZAGUIRRE, Jaime, *Historia de Chile*, 3ª. ed., Santiago, Editorial Zig-Zag, 1977, tomo I.
- FARALDO, José M., *Las redes del terror. Las policías secretas comunistas y su legado*, Barcelona, Galaxia Gutenberg, 2018.
- FARETTA, Ángel, *Dominio eminente*, Buenos Aires, ASL Ediciones, 2022.
- FERRATÉ, Juan, *Líricos griegos arcaicos*, segunda reimpresión, Barcelona, El Acantilado, 2020.
- FOUCAULT, Michel, *Defender la sociedad*, quinta reimpresión, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2010.
- FRÄNKEL, Hermann, *Poesía y filosofía en la Grecia arcaica*, 2ª ed., Madrid, Machado Libros, 2004.
- FRAZER George, *La Rama dorada. Mito y religión*, introducción de Rober Fraser, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 2022.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Revolución francesa y administración contemporánea*, 4ª ed., Madrid, Civitas, 2011.

- GUÉNON, René, *Autoridad espiritual y poder temporal*, Barcelona, Ediciones Paidós, 2001, 128 pp.
- HAUDRY, Jean, *Los indoeuropeos*, Alicante, Editorial Eas, 2023.
- HASTINGS, Max, *La crisis de los misiles de Cuba 1962*, Barcelona, Critica/Editorial Planeta 2023.
- HESÍODO, *Teogonía*, en Hesíodo, *Obras y fragmentos*, Madrid, Gredos, 2021.
- HUIZINGA, Johan, *El otoño de la Edad Media*, novena reimpresión, Madrid, Alianza Editorial, 2016.
- JAEGER, Werner, *La teología de los primeros filósofos griegos*, primera reimpresión, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1977.
- JÁMBICO, *Vida pitagórica*, introducción, traducción y notas de Miguel PERIAGO LORENTE, Madrid, Editorial Gredos, 2003.
- JASPERS, Karl, *Origen y meta de la historia*, Barcelona, Acantilado, 2017.
- JIMÉNEZ ZAMUDIO, Rafael, *Enūma elish. El poema babilonio de la creación*, Madrid, Ediciones Cátedra, 2020.
- JOHNSON, Boris, *El factor Churchill. Un solo hombre cambió el rumbo de la Historia*, Madrid, Alianza Editorial, 2014.
- JUNTA MILITAR DE GOBIERNO, *Declaración de principios del gobierno de Chile, Santiago, marzo 11 de 1974*. Disponible en [www.archivochile.com/Dictadura\\_militar/doc\\_jm\\_gob\\_pino8/DMdocjm0005.pdf](http://www.archivochile.com/Dictadura_militar/doc_jm_gob_pino8/DMdocjm0005.pdf) [fecha de consulta: 10 de abril de 2025].
- KENTIS COOMARASWAMY, Ananda, *Autoridad espiritual y poder temporal en la teoría india del gobierno*, Madrid, Ignitus Ediciones/Editorial Sanz y Torres, 2007.
- KLEINSCHMIDT, Harald, *Comprender la Edad Media. La transformación de las ideas y actitudes en el mundo medieval*, Madrid, Ediciones Akal, 2000.
- LARA PEINADO, Federico, *Enūma eliš. Poema babilónico de la creación*, Madrid, Editorial Tecnos, 2017.
- LE GOFF, Jacques, *En busca de la Edad Media*, Barcelona Ediciones Paidós Ibérica, 2003.
- LOWENTHAL, David, *El pasado es un país extraño*, Madrid, Ediciones Akal, 1998.
- MAQUIAVELO, *El príncipe*, tercera reimpresión, Madrid, Alianza Editorial, 2014.
- MARCO AURELIO, *Meditaciones o soliloquios*, traducción de Antonio GUZMÁN GUERRA, 3ª ed., novena reimpresión, Madrid, Alianza Editorial, 2021.
- MEINVILLE, Julio, *Concepción católica de la política*, 5ª ed., Buenos Aires, Ediciones del Alcázar, 2023.
- MERRIMAN, John, *El club de la dinamita*, Madrid, Ediciones Siglo XXI, 2020.
- MORENO CLAROS, Luis Fernando, *Stefan Zweig. Vida y obra de un gigante de la literatura*, Barcelona, Arpa & Alfíl Editores, 2023.
- OLIVA RIOBOO, Miguel, "Introducción", en Max SCHELER, *El puesto del hombre en el cosmos*, 2ª. ed., Madrid, Escolar y Mayo Editores, 2019.
- PERNOUD, Régine, *A la luz de la Edad Media*, Barcelona, Ediciones Juan Granica, 1988.

- PLATÓN, *La república*, 5ª ed., traducción e introducción de José MANUEL PABÓN y Manuel FERNÁNDEZ-GALIANO, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.
- PLATÓN, *Diálogos I*, introducción de Emilio LLEDÓ, tercera reimpresión, Madrid, Gredos 2021.
- PLATÓN, *Ión*, introducción de Patricio Domínguez y José Antonio Giménez, Santiago, Editorial Universitaria, 2020.
- PROCLUS, *Crestomatía*, en D.M. SMITH, *The Cypria: Reconstructing the Lost Prequel to Homer's Iliad*, California, own edition (2019).
- PRODI, Paolo, *Séptimo: no robarás. Hurto y mercado en la historia de Occidente*, Barcelona, Acanalado, 2024.
- ROLLE, Claudio, Ricardo, KREBS, Jacqueline DUSSAILLANT, *La Revolución francesa en sus documentos*, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 1990.
- SAN FRANCISCO, Alejandro (director general), *Historia de Chile 1960-2010. Las revoluciones en marcha. El gobierno de Eduardo Frei Montalva*, Santiago, CEUSS, 2018.
- SANMARTÍN, Joaquín (edición y traducción), *Gilgameš, rey de Uruk*, Madrid, Editorial Trotta, 2018.
- SENNETT, Richard, *Los usos del desorden. Identidad personal y vida urbana*, Madrid, Alianza Editorial, 2022.
- SERRANO GUEVARA, Patricio, *Curso de literatura griega*, apuntes de clases, 2024.
- TEILLIER, Guillermo, entrevista de prensa, *La Tercera*, Santiago, 2 de octubre de 2022.
- TOUCHARD, Jean, *Historia de las ideas políticas*, Madrid, Editorial Tecnos, 1993.
- TURCHIN, Peter, *Fin de partida. Élite, contraélites y el camino de la desintegración política* Barcelona/Santiago, Debate/Penguin Random House Grupo Editorial, 2024.
- VAN VERA, Stephen, *Guía para estudiantes de ciencia política. Métodos y recursos*, Barcelona Editorial Gedisa, 2002.
- WEAVER, Richard M., *Las ideas tienen consecuencias*, 12ª. ed., Madrid, Ciudadela Libros, 2008.

#### LEGISLACIÓN

- Siete partidas*, versión de José Sánchez-Arcilla, Madrid, Editorial Reus, 2004.
- MINISTERIO DE SALUD, "Reglamento general de cementerios, aprobado por Decreto Supremo n.º 357", *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 18 de junio de 1970.
- MINISTERIO DEL INTERIOR, Ley n.º 18314, determina conductas terroristas y fija su penalidad, *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 17 de mayo de 1984.
- MINISTERIO DE JUSTICIA, Ley n.º 16615, modifica la Constitución Política del Estado, *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 20 de enero de 1967.
- MINISTERIO SECRETARÍA GENERAL DE LA PRESIDENCIA, Ley n.º 21200, modifica el capítulo XV de la Constitución Política de la República, *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 24 de diciembre de 2019.

MINISTERIO SECRETARÍA GENERAL DE LA PRESIDENCIA, Ley n.º 21533, modifica la Constitución Política de la República con el objeto de establecer un procedimiento para la elaboración y aprobación de una nueva Constitución Política de la República, *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 17 de enero de 2023.

### *Jurisprudencia*

CORTE SUPREMA, 9 de octubre de 1981, Baraona con Cora, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 78, 2ª. parte, sección v, Santiago, 1981, pp. 207-224.

### *Siglas y abreviaturas*

a.C.	antes de Cristo
art.	artículo
c.	capítulo
CEUSS	Centro de Extensión y Estudios de la U. San Sebastián
cfr.	Confróntese
D.F	distrito federal
DFL	decreto con fuerza de ley
ed.	edición <i>a veces</i> editor
etc.	etcétera
https	Hyper Text Transfer Protocol Secure
LRC	Ley de Reforma Constitucional
n.º	número
<i>op. cit.</i>	<i>opere citato</i>
p.	página
pp.	páginas
ss.	siguientes
v.gr.	verbi gratia
www	World Wide Web

# EL CONCEPTO DE FUNCIÓN CORRECTIVA DE LA BUENA FE Y SU RECEPCIÓN POR LA JURISPRUDENCIA CHILENA

## THE CONCEPT OF CORRECTIVE FUNCTION OF THE GOOD FAITH AND ITS RECEPTION BY THE CHILEAN JURISPRUDENCE

*Arturo Salazar Santander\**

### *Resumen*

En este trabajo se pretende dar cuenta del concepto de buena fe en su función correctora, en el ámbito del derecho privado y cómo ha sido recogida por la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia. En primer lugar, se plantea una breve síntesis doctrinal en esta materia contractual como principio general del derecho, con énfasis en el derecho chileno, analizando las funciones que cumple la buena fe y destacando la función correctora. A continuación, se estudia el concepto y su tarea reparadora desde la tradición aristotélica y romanística de la justicia conmutativa y cómo ha sido recogida en el derecho comparado. Se incorpora un apartado jurisprudencial para analizar críticamente las principales sentencias que han recogido y aplicado esta función en los últimos años. La metodología consiste en el análisis y estudio de la doctrina y las sentencias relevantes en la materia. Luego, se formularán las conclusiones críticas acerca de la doctrina y la jurisprudencia analizada.

Palabras clave: buena fe contractual, justicia correctiva, función correctora de la buena fe.

### *Abstract*

This paper aims to explain the concept of good faith in its corrective function in the field of Private Law and how it has been reflected in the juris-

---

\* Magíster en Derecho PUCV. Profesor de Derecho Romano, Universidad Finis Terrae. Correo electrónico: aasalazar@uc.cl ORCID: 0009-0005-7168-204X.

Artículo recibido el 13 de diciembre de 2024 y aceptado para publicación el 25 de marzo de 2025.

prudence of the Higher Courts of Justice. First, a brief doctrinal summary is presented on the subject of contractual good faith as a general principle of Law, with emphasis on Chilean Law, analyzing the functions that good faith fulfills and highlighting the corrective function. Next, good faith is studied in its corrective function from the Aristotelian tradition of commutative justice and how it has been reflected in Comparative Law. A jurisprudential section is included to critically analyze the main sentences that have reflected and applied this function of good faith in recent years. The methodology consists of the analysis and study of the doctrine and the relevant sentences in the matter. Later, critical conclusions will be formulated about the doctrine and the jurisprudence analyzed.

Keywords: contractual good faith, corrective justice, corrective function of the good faith.

## *I. La buena fe como principio general del derecho*

La buena fe es una de las cuestiones que más discusiones y estudios ha suscitado en el último tiempo, tanto en Chile como en el extranjero, aunque aquí con cierto retraso, en cuanto al desarrollo de la doctrina comparada sobre esta materia. Una vez que las tendencias del derecho civil decimonónico, exegéticas y positivistas, se batieron en retirada, resurgieron conceptos que buscan la justicia material más allá del acuerdo de voluntades y, entre ellos, de manera especial, este principio. Si bien es complejo definirla y, más bien, se pueden dar indicios de lo que constituye esta noción, flexible y amplia, aplicable a una infinitud de casos no previstos por el legislador; se puede entender a la buena fe, en la formulación clásica de Emilio Betti, como un principio general del derecho y un estándar jurídico de conducta que impone un deber de corrección y lealtad entre las partes con el objetivo de alcanzar los fines del negocio jurídico y las legítimas expectativas que las partes tuvieron al contratar<sup>1</sup>. Pero es sabido que conlleva eventuales riesgos para la seguridad jurídica. De un adecuado equilibrio entre flexibilidad y equidad, por un lado, y certeza y seguridad jurídica, por el otro, depende el armonioso desarrollo del derecho privado<sup>2</sup>.

El objetivo del presente estudio responde a la pregunta, sobre este concepto en su función correctora, y de qué manera esta ha sido recogida por

---

<sup>1</sup> Emilio BETTI, *Teoría general de las obligaciones*, p. 71.

<sup>2</sup> Adrián SCHOPF, "El desarrollo y la concreción de la buena fe en la integración de los contratos", p. 143.

la jurisprudencia chilena en los últimos años. En Chile, existen estudios sobre la buena fe contractual, tales como el artículo de Hernán Corral el 2007, que analiza la jurisprudencia hasta la fecha en dicha materia<sup>3</sup>; el libro clásico de Cristián Boetsch publicado el año 2011 en su primera edición<sup>4</sup>; el estudio de Javier Rodríguez Diez y Cristóbal Eyzaguirre<sup>5</sup>, que analiza en extenso las funciones dogmáticas de este principio; las consideraciones de Jorge López Santa María en su obra *Los contratos*<sup>6</sup>; el libro coordinado por Lilián San Martín el 2015<sup>7</sup>; diversos artículos publicados por Adrián Schopf sobre las funciones dogmáticas y contornos jurídicos relacionados con esta conducta<sup>8</sup>; el volumen editado por Jaime Arancibia Mattar<sup>9</sup>, sobre la buena fe entre 1990 y 2020, abarcando tanto el derecho público como privado; así como el libro sobre este asunto publicado el año 2022 por Sergio Peña y Jorge Balmaceda<sup>10</sup>, volumen que se centra en la reforma al derecho francés de 2016 y su influencia en el derecho contemporáneo. Y recientemente, el libro de Magdalena Bustos sobre interpretación e integración del contrato a partir de la buena fe<sup>11</sup>.

El aporte de este estudio y su finalidad es sintetizar la doctrina sobre las funciones de esta conducta jurídica y, en especial, remarcar su función correctora, tanto en sus fundamentos de justicia conmutativa como en el derecho comparado, dentro de los límites de espacio propios de un artículo de investigación, analizando y comentando importantes sentencias de los tribunales superiores de justicia, a partir de 2019, momento en que se produce un aumento de la jurisprudencia en materia de función correctora<sup>12</sup>.

<sup>3</sup> Hernán CORRAL, "La aplicación jurisprudencial de la buena fe objetiva en el ordenamiento civil chileno", *passim*.

<sup>4</sup> Cristián BOESTCH, *La buena fe contractual*, *passim*.

<sup>5</sup> Javier RODRÍGUEZ y Cristóbal EYZAGUIRRE, "Expansión y límites de la buena fe objetiva. A propósito del "Proyecto de Principios Latinoamericanos de Derechos de los Contratos", *passim*.

<sup>6</sup> Jorge LÓPEZ, *Los contratos*, p. 397 y ss.

<sup>7</sup> Lilián SAN MARTÍN (COORD.), *La buena fe en la jurisprudencia: comentarios y análisis de sentencias*, *passim*.

<sup>8</sup> Adrián SCHOPF, "La buena fe contractual como norma jurídica"; Adrián SCHOPF, "El lugar de la buena fe en la integración de los contratos en el derecho civil chileno"; SCHOPF, "El desarrollo...", *op. cit.*; Adrián SCHOPF, "La voluntad común como límite de la buena fe en la integración del contrato".

<sup>9</sup> Jaime ARANCIBIA (COORD.), *La buena fe en el derecho 1990-2020*, *passim*.

<sup>10</sup> Jorge BALMACEDA y Sergio PEÑA, *Buena fe. Su rol en el derecho chileno contemporáneo*.

<sup>11</sup> Magdalena BUSTOS, *Interpretación de contratos. Y la buena fe como criterio de interpretación e integración contractual*, *passim*

<sup>12</sup> Según ha demostrado CORRAL, *op. cit.*, pp. 176-177, la jurisprudencia hasta esa fecha era muy escueta en materia de buena fe y, concluye que la mayoría de fallos hasta esa fecha eran lacónicos y parcos en la fundamentación de las razones por las cuales se aplicaba o no

En Chile este fundamento es considerado, ante todo, como un principio general del derecho, cuestión ya bastante asentada, en especial a raíz de los estudios publicados por Jorge López Santa María<sup>13</sup> y Cristián Boetsch<sup>14</sup> y en cuanto tal, cumple funciones propias de todo principio general como la función integradora, informadora e interpretativa del ordenamiento jurídico, pero, además, la buena fe cumple funciones específicas. Es una norma general, flexible y de aplicación amplia, pero que requiere concretizarse en manifestaciones y deberes precisados por el juez. No obstante, protege la confianza en el tráfico jurídico, que es depositada en el otro contratante<sup>15</sup> y asegura la posibilidad misma de los intercambios además de las legítimas expectativas de las partes.

Es más, actúa como criterio de reciprocidad, que, en palabras de Jordano Fraga, por una parte:

“ensancha el ámbito de la responsabilidad contractual al servir de base a una serie de deberes accesorios del deudor a favor del acreedor, dirigidos sea a la realización del cumplimiento (deberes integrativo-instrumentales del cumplimiento), sea a la preservación del daño en intereses diversos de aquel de la prestación (deberes de protección); el carácter recíproco de este criterio de conducta se actúa por una parte, con la existencia de deberes de protección a favor del deudor (también en este es atendible la exigencia a que del cumplimiento no le resulte daño en un interés suyo, que por definición no será de prestación) y por otra, por la tutela que la buena fe como criterio que fija el límite de lo exigible, ofrece al interés específico del deudor en cuanto tal (pues la obligación puede ser sinalagmática y el deudor simultáneamente acreedor), es decir, de la liberación”<sup>16</sup>.

Por lo que, al ser esta un criterio de lo que es recíprocamente exigible, no solo aumenta, sino que puede disminuir lo que es exigible, lo que no puede ser determinado en abstracto, sino en concreto.

En la doctrina, desde Franz Wieacker<sup>17</sup>, se señala que sus funciones se reducen al auxilio, suplemento o corrección del derecho civil, siguiendo una

---

el principio de la buena fe y se dificultaba seriamente establecer líneas jurisprudenciales definidas. Tampoco era una jurisprudencia abundante, al contrario. Lo que más se reconocía era la teoría de los actos propios o una función integradora de la buena fe en ciertos casos, pero en ningún caso una función correctiva de la prestación. No obstante, se reconocía el principio en materias ajenas al derecho civil, por ejemplo, en materia laboral, tributaria, administrativa, etcétera.

<sup>13</sup> LÓPEZ, *Los contratos...*, *op. cit.*, pp. 397-398.

<sup>14</sup> BOETSCH, *op. cit.*, p. 45.

<sup>15</sup> *Ibid.*

<sup>16</sup> FRANCISCO JORDANO, *La responsabilidad contractual*, p. 143.

<sup>17</sup> FRANZ WIEACKER, *El principio general de la buena fe*, p. 50; Reinhard ZIMMERMANN & Simon WHITTAKER, “Good faith in European contract law: surveying the legal landscape”, pp. 24-26.

analogía de las antiguas funciones del pretor en el derecho romano clásico en el moderno parágrafo 242 del *BGB*, tal como el famoso texto de Emilio Papiniano *D.1.1.7.1* señalaba:

“Es Derecho Pretorio, el que los pretores introdujeron por utilidad pública con el fin de ayudar (*adiuandí*), o suplir (*supplendi*) o corregir (*corrighendi*) el Derecho Civil [...]”.

Franz Wieacker señalaba que el juez, en primer lugar, actúa en cumplimiento del derecho estricto en virtud de su *officium iudicis*, es decir, *adiuandí*. En segundo lugar, actúa *praeter legem* al exigir a las partes que en el ejercicio de sus derechos se comporten de manera justa, lo que antiguamente se cumplía mediante la *exceptio doli* (*supplendi*). Finalmente, esta opera *contra legem*, incluso, mediante creación judicial del derecho, al crear nuevas obligaciones o, más aún, corregir el derecho civil mismo (*corrighendi*)<sup>18, 19</sup>.

Otra clasificación de este asunto, propia de la doctrina española, postula que sus funciones se clasifican en tres: la buena fe como convicción de comportamiento regular y lícito, aunque sea de hecho antijurídico; como confianza en la apariencia jurídica y como honradez y rectitud en el trato negocial, es decir, como criterio de corrección ético-jurídico que integra el contenido contractual con base en la confianza y expectativas de cada parte<sup>20</sup>. Emilio Betti señala, a su vez, que el tercer grupo de normas se divide en aquellas que regulan la lealtad en la conclusión y ejecución del contrato y aquellas que

<sup>18</sup> WIEACKER, *El principio...*, *op. cit.*, p. 51.

<sup>19</sup> Según Sebastián Campos Micin: “en la actualidad se afirma que la buena fe, en la mayoría de los sistemas jurídicos de inspiración continental, desempeña fundamentalmente tres funciones institucionales: 1) sirve como criterio de interpretación y concretización de normas (*adiuare*); 2) opera como fuente suplementaria de deberes de conducta (*supplere*); y, 3) permite la delimitación del ejercicio de los derechos subjetivos o incluso la corrección de su contenido (*corrighere*)”. Véase Sebastián CAMPOS, “Función suplementaria de la buena fe contractual y deberes de conducta derivados. Un análisis a la luz del moderno derecho de contratos”, p. 108. Por su parte, este autor distingue entre función interpretativa o concretizadora, función suplementaria en lugar de función integradora y función correctora. Descarta una eventual “función limitativa” de los derechos subjetivos que incardina dentro de la función correctora y prefiere hablar de función suplementaria en lugar de función integradora, toda vez que “en la práctica, una noción tan amplia de integración puede conducir a ciertas dificultades a la hora de distinguir entre ella y la interpretación del sentido y alcance de sus cláusulas, sobre todo en lo que se refiere a la determinación de la prestación debida [...] la expresión función suplementaria presenta una ventaja comparativa que justifica su preferencia respecto de la expresión función integradora: la primera, al no presuponer un contrato ya celebrado, confiere un ámbito de aplicación más amplio a la buena fe como fuente material y subsidiaria de deberes de conducta, permitiendo explicar, por ejemplo, la exigibilidad de deberes precontractuales o postcontractuales” Véase, *op. cit.*, pp. 109-110.

<sup>20</sup> LUIS DIEZ-PICAZO, *La doctrina de los actos propios: un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, p. 136 y ss.

la consagran como actitud de cooperación para satisfacer las legítimas expectativas de la contraparte<sup>21</sup>.

Por su parte, en Chile, siguiendo tendencias del derecho comparado, Javier Rodríguez Diez y Cristóbal Eyzaguirre Baeza postulan la tripartición de funciones en interpretativa, integradora y correctora. La función integradora es la función que tradicionalmente se ha reconocido al art. 1546<sup>22</sup>, lo que implica, en principio, ensanchar las obligaciones y que, en autores como Luis Claro Solar<sup>23</sup>, era nada más que un mecanismo para reforzar el *pacta sunt servanda* del art. 1545. Hoy, en cambio, se entiende de forma amplia el concepto de integración contractual con base en la buena fe<sup>24</sup>. En cuanto a la facultad interpretativa, se considera en estrecha relación con la función integradora, toda vez que es complejo determinar con precisión el límite en que se está estableciendo el contenido de un contrato, de su sentido y alcance<sup>25</sup>. Dado que los *Códigos* en general reconocen la función integradora, se considera por analogía que también vale para la interpretación contractual conforme a esta, morigerando el sistema subjetivo en el caso del derecho chileno<sup>26</sup>.

En cambio, la función correctora, aquella que permite corregir o revisar el contenido de un negocio jurídico por razones de justicia sustantiva conforme al estándar normativo de esta conducta jurídica, es muy problemática en el derecho chileno, sobre todo considerando que la jurisprudencia es muy cauta para modificar el contenido del contrato y por eso es sabido que, por ejemplo, la imprevisión hasta ahora ha sido rechazada casi universalmente por la jurisprudencia<sup>27</sup>. No obstante, esta función ha ido ganando reconocimiento en el derecho comparado, como se verá más adelante. No existe una norma expresa en el *Código Civil* que permita al juez corregir el contenido

---

<sup>21</sup> BETTI, *op. cit.*, p. 82.

<sup>22</sup> RODRÍGUEZ y EYZAGUIRRE, *op. cit.*, p. 184.

<sup>23</sup> LUIS CLARO, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, tomo XI, pp. 495-497.

<sup>24</sup> BOETSCH, *op. cit.*, pp. 93-96.

<sup>25</sup> RODRÍGUEZ y EYZAGUIRRE, *op. cit.*, p. 188. Sobre la dificultad de deslindar la labor de interpretación de la integrativa, véase Alberto LYON, *Integración, interpretación y cumplimiento de los contratos*, p. 31 y en contra SCHOPF, “El lugar...”, *op. cit.*, p. 66.

<sup>26</sup> RODRÍGUEZ y EYZAGUIRRE, *op. cit.*, p. 189. Considerando los arts. 1560 y 1563 en relación con el art. 1546, véase BOETSCH, *op. cit.*, pp. 108-111.

<sup>27</sup> Rodrigo MOMBERG, “Teoría de la imprevisión: la necesidad de su regulación legal en Chile”, pp. 37-42. No obstante, una sentencia de la CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (2006), determinó que era aplicable la teoría de la imprevisión y que el art. 1545 no era obstáculo a la misma, incluso, que reforzaba la fuerza obligatoria del contrato al mantener inalterada la situación original. Dicha tendencia fue revertida por la CORTE SUPREMA (2009), que reconoce la primacía absoluta de la fuerza obligatoria del contrato y su intangibilidad, conforme a la interpretación tradicional del art. 1545 del *Código Civil* y niega las facultades de los jueces para modificar contratos conforme a la buena fe.

del contrato conforme a criterios de equidad. Solo en la Ley de Protección a los Derechos del Consumidor, en su art. 16 letra G<sup>28</sup> existe una norma general que en materia de consumo permite dicha rectificación al menos en teoría. El art. 1545 es entendido en Chile como una barrera infranqueable en principio, para establecer una facultad general de adecuación contractual según la buena fe.

## II. La buena fe correctiva y la justicia conmutativa

La función correctiva, se puede conceptualizar como aquella manifestación dentro del principio general de la buena fe, que limita el ejercicio de los derechos subjetivos conforme a un estándar ético-jurídico de lealtad, equilibrio y reciprocidad que eventualmente llega a corregir, modificar o revisar el contenido de un acto o contrato<sup>29</sup>. Lo anterior en vista de que aquella es un límite a la autonomía de la voluntad e impide que el contenido negocial infrinja dicho estándar objetivo, el estándar del contratante leal y honesto<sup>30</sup>. En otras palabras, no solo permite interpretar el contenido de un acto o contrato, o suplir los vacíos de la regulación convencional de las partes y obligar a más de lo que las partes pactaron, sino que, incluso, se reconoce que tiene una función que permite revisar o modificar lo pactado por las partes cuando infringe de modo directo las exigencias ético-jurídicas de lo correcto, leal y honesto en el tráfico jurídico.

Esta función ha sido siempre un caballo de batalla polémico, por sus defensores y por quienes la impugnan. Ya en Alemania, en la década de 1930 se consideró que era “un peligro para el Estado y el Derecho”, siguiendo el título de la monografía de Justus Wilhelm Hedemann, *Die Flucht in die General klauseln. Ein Gefahr für Recht und Staat*<sup>31</sup>, donde criticaba la utilización de cláusulas generales como la buena fe, dado el enorme poder que le concede

---

<sup>28</sup> Sin perjuicio de que el art. 16 A de la LPDC no permite modificar el contrato conforme a equidad, sino simplemente reconoce la nulidad parcial como sanción o la nulidad total si el contrato no puede subsistir sin dicha cláusula.

<sup>29</sup> José Vicente HURTADO, “La buena fe como parámetro jurídico para identificar la modalidad *emptio spei* o *emptio rei speratae* en el contrato de compraventa de cosa futura”, pp. 46-47; Carlos Alberto SOTO, “La autonomía privada y la buena fe como fundamento de la fuerza obligatoria del contrato”, p. 561.

<sup>30</sup> Matías GUERRERO, “La función correctiva de la buena fe: el caso de la letra G) del artículo 16 de la Ley 19.496”, p. 14.

<sup>31</sup> José María MIQUEL, “Cláusulas generales y desarrollo judicial del derecho”, p. 297.

al juez, que llega a sobrepasar la voluntad de las partes. Desde la concepción voluntarista del contrato<sup>32</sup>, predominante en la dogmática civilista aun hoy, en general, es una intromisión inaceptable que destruye la autonomía y libertad de las partes para diseñar el contenido del contrato y medir sus propios intereses. En esa postura, que asume que la medida de lo justo en un contrato está determinada de forma subjetiva, por la propia voluntad de los contratantes, tales objeciones son por completo razonables y responden a la lógica de dichos principios emanados de la filosofía iluminista e individualista del derecho. En efecto, la concepción voluntarista del contrato puede resumirse como *qui dit contractuel, dit juste*, que reduce el problema de la justicia material del contrato al mero acuerdo de voluntades libre de vicios<sup>33</sup>, y allí este principio como corrector del contenido negocial es un serio problema.

Hoy se ha aceptado, en general, que esa filosofía de la autonomía de la voluntad es válida (aunque sus alcances se han atenuado), pero se establecen ciertos correctivos para los contratantes débiles<sup>34</sup>, sustentados no tanto en una noción objetiva de lo justo, sino en consideraciones de protección a quienes no pueden negociar, de forma objetiva, en posición de igualdad con un contratante que puede imponer las condiciones de la contratación, por lo común, abusivas. Es la filosofía que está detrás del derecho del consumidor y en general el derecho comparado y de armonización de las últimas décadas. No se protege tanto la justicia conmutativa misma del acuerdo de voluntades, aunque, por efecto rebote, se termina protegiendo a aquella, lo protegido es, más bien, la libertad y autonomía de las partes débiles en un contrato.

Pero no es la única forma de considerar el problema. Si bien, en Chile la doctrina abrumadoramente es crítica de dicha función o, al menos, la acepta con numerosos reparos y limitaciones sustanciales<sup>35</sup>, es posible concebir el

---

<sup>32</sup> SOTO, *op. cit.*, p. 526; Daniela ACCATINO, “La teoría clásica del contrato y la discusión sobre su adaptación judicial”, pp. 39-41.

<sup>33</sup> Camilo TALE, “Dos de los principios de justicia que rigen los contratos: *pacta sunt servanda* y el principio de equivalencia”, p. 559; Iñigo DE LA MAZA, “Quien dice justo dice contractual”, p. 217.

<sup>34</sup> Renzo MUNITA, “Sobre la equidad contractual y la obligatoriedad del vínculo: una mirada a la luz de la protección jurídica del contratante débil”, pp. 182-183; Esther GÓMEZ, *Desequilibrio contractual y tutela del contratante débil*, p. 23 y ss.; Esteban PEREIRA, *¿Por qué obligan los contratos? Justificación normativa de la obligatoriedad del vínculo contractual*, p. 74 y ss.; Enrique BARROS, “Fuerza económica y abuso de posición de debilidad de la contraparte en el desarrollo jurisprudencial y doctrinario del derecho de contratos”, pp. 309-310; Carlos PIZARRO, “Notas críticas sobre el fundamento de la fuerza obligatoria del contrato. Fuentes e interpretación del artículo 1545 del Código Civil Chileno”, p. 236.

<sup>35</sup> Gonzalo SEVERIN, “Cláusulas de terminación ad nutum, servicios de larga duración y buena fe objetiva”, pp. 723-724; SCHOPF, “La buena fe...”, *op. cit.*, p. 129 y ss.; Pablo RODRÍGUEZ, “Hacia una nueva concepción del contrato (cinco ideas para su renovación)”, pp. 166-169.

problema bajo otro concepto de contrato. Es sabido que el concepto de contrato que se maneja hoy, como un acuerdo de voluntades bilateral, cuyo énfasis es la voluntad de las partes, proviene, tras una larga evolución en la que no se puede tratar aquí<sup>36</sup>, en lo fundamental, de las ideas de la codificación, el derecho natural racionalista y el liberalismo jurídico. Contra ese concepto de contrato, se ha propuesto una teoría solidarista, que enfatiza con fuerza, la función social del contrato, la colaboración entre las partes y, de este modo, las exigencias de la buena fe contractual<sup>37</sup>, pero también es posible remontarse a los orígenes, referido a la idea del contrato como *synallagma* y su vinculación con la justicia conmutativa<sup>38</sup> o, más bien, llamada justicia correctiva, en la tradición aristotélica.

La consecuencia de esta noción de contrato como un *synallagma*, es que el juez puede, conforme al amplio poder de discreción razonada que le da una *actio bonae fidei*, precisar de modo más amplio, determinar e, incluso, corregir el contenido de la prestación pactada, para cumplir con las exigencias de la justicia correctiva o conmutativa, que es el trasfondo detrás de estas acciones<sup>39</sup>. Sintetizando las funciones de esta acción jurídica en Roma, se ha dicho que:

“la buena fe permite una flexibilidad en el sistema contractual; pero, al mismo tiempo, expande el ámbito extracontractual, poder ir más allá de lo que pudo estipularse, limita prestaciones contrarias a la buena fe y permite una mayor autonomía de la obligación: es la esencia de la frase *obligatio ex bona fide*. Así, la buena fe asume una función correctiva en el equilibrio de las obligaciones, ya que como principio jurídico permite integrar el contenido contractual de manera dinámica, según un criterio de justicia, a fin de reequilibrar las posiciones de los contrayentes, eventualmente desequilibradas, e impedir, en su caso, un lucro injustificado”<sup>40</sup>.

<sup>36</sup> James GORDLEY, *The philosophical origins of modern contract doctrine*; Wim DECOCK, *Theologians and Contract Law. The moral transformation of ius commune (1500-1650)*; Franz WIEACKER, *Historia del derecho privado de la Edad Moderna*; Reinhard ZIMMERMANN, *The law of the obligations. Roman foundations of the civilian tradition*; Helmut COING, *Derecho privado europeo*; Michel VILLEY, *A formação do pensamento jurídico moderno*.

<sup>37</sup> Christine BAUER y Mariana BERNAL, “Solidarismo y contratos relacionales: alternativas frente a la pandemia de Covid-19”, pp. 60-63.

<sup>38</sup> Lilián SAN MARTÍN, “La cláusula ‘*ex fide bona*’ y su influencia en el ‘*quantum respondeatur*’ como herramienta para recuperar el equilibrio patrimonial en derecho romano. Los ejemplos de D.19.1.13 pr. y D.19.2.33”, pp. 47 y 69.

<sup>39</sup> Manuel GRASSO, “Algunas consideraciones sobre la buena fe en el derecho romano”, pp. 538-544; SAN MARTÍN, “La cláusula...”, *op. cit.*, p. 47; Martin SCHERMAIER, “Bona fides in Roman contract law”, pp. 83-88.

<sup>40</sup> Gumesino PADILLA, “La buena fe como mecanismo de integración jurídica en América Latina”, pp. 691-692; Filippo GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto*, pp. 218-222.

En Roma, en esencia, este principio contenía las mismas tres funciones del derecho contemporáneo, pero bajo una categorización y tipificación muy diferente, de la que no es posible hacerse cargo aquí<sup>41</sup>, dada la división entre las acciones *stricti iuris/bonae fidei*, el sistema formulario de acciones y la noción misma de derecho en Roma como un derecho de acciones. Pero sería errado concluir, incluso, que estaba limitada solo a este tipo de acciones, dado que la *exceptio doli* cumplía con funciones análogas en los juicios de derecho estricto<sup>42</sup>. En fin, mediante otra técnica jurídica, casuística y asistemática, el derecho romano llegó a óptimos resultados en materia de equilibrio y reciprocidad conmutativa, desarrollando las consecuencias jurídicas de la noción griega de *synallagma*.

Habiendo asumido la posibilidad de entender el contrato como un *synallagma* objetivo, cuyo énfasis está en la obligación de uno y de otro, regido íntegramente por la justicia conmutativa o correctiva si se quiere, se puede avanzar hacia la pregunta por la revisión o adecuación del contrato. La voluntad en esta concepción define si se contrata o no, pero no es omnipotente para definir el contenido obligacional, que debe estar medido por una regla de racionalidad objetiva conforme a las exigencias de la justicia conmutativa. La buena fe objetiva, en su función correctiva en específico, viene a ser una encarnación y concreción de estas exigencias objetivas de justicia conmutativa dentro de la concepción sinalagmática del contrato<sup>43</sup>. Es cierto que dicho principio es un elemento primordial y primerísimo del derecho de contratos contemporáneo, pero su función queda mejor explicada con una noción de contrato como *synallagma* que como un producto de la autonomía de la voluntad de las partes. Si se asume este concepto de contrato, siempre se verá una tensión entre la autonomía de las partes y el contenido corrector, ético-jurídico impuesto por ella. Se puede reconocer la función interpretativa e integradora de la buena fe contractual sin problemas en una noción de base voluntarista del contrato, pero es complejo reconocer la función correctora. A menudo se reconduce a la ley, una solución legal y en casos específicos y puntuales<sup>44</sup>, a modo de excepción, pero cuesta justificarlo

<sup>41</sup> Amelia CASTRESANA, *Fides, bona fides: un concepto para la creación del derecho*; Riccardo CARDILLI, *Bona fides, tra storia e sistema*; Martha NEME, *La buena fe en el derecho romano*; SCHERMAIER, *op. cit.*, *passim*,

<sup>42</sup> Patricio LAZO y Cristián AEDO, “Excepción de dolo y buena fe. Una aproximación al derecho chileno y continental en la perspectiva de las funciones dogmáticas”, pp. 145-148; Andreas WACKE “La ‘exceptio doli’ en el derecho romano clásico y la ‘Verwirkung’ en el derecho alemán moderno”, *passim*.

<sup>43</sup> Nathalie WALKER, “Rol de los tribunales en el restablecimiento del equilibrio contractual. La integración del contrato en el Código Civil chileno”, pp. 122-126.

<sup>44</sup> SCHOPF, “La buena fe...”, *op. cit.*, pp. 132-137.

como función propia dentro de lo exigido por aquella, por los legítimos temores que dentro de la concepción de contrato de la tradición codificada existen al amplio poder del juez.

Si esta conducta honesta y leal, en su función correctora, permite modificar o rectificar el contenido negocial, ante situaciones de grave abuso, injusticia material, ventajas excesivas y, en general, dolo en su sentido amplio, se está ante la posibilidad de un principio de revisión del contrato más allá de los casos de lesión o desequilibrio excesivo, dentro del llamado sinalagma genético<sup>45</sup> y, en general, de excesiva onerosidad sobreviniente al interior del sinalagma funcional<sup>46</sup>. Lo que genera comprensibles reparos y objeciones ante el amplísimo poder que se le da a los jueces. Es cierto que esta función debe ser utilizada con cautela y suma prudencia y requiere un juez de especial sabiduría, sabio y virtuoso, ya en la Roma republicana se temía al poder del juez con respecto a los *iudicia bonae fidei*<sup>47</sup>, pero se difiere de la interpretación usual en la doctrina chilena que prácticamente la reduce a un mandato legal, por el temor a la inseguridad jurídica, y el excesivo poder que otorga a los jueces<sup>48</sup>, porque se asume un concepto de contrato entendido como *synallagma* recíproco de obligaciones y derechos que por su propia naturaleza deben ser equilibrados. Si las partes no logran mantener el equilibrio contractual, que es una exigencia directa de la buena fe objetiva, entonces es el juez el llamado a velar por ese equilibrio sinalagmático<sup>49</sup>.

Félix Chamíé sostiene que es esta quien, en sí misma, impone el deber por las partes primero, de revisar y readecuar el contenido del contrato si este es o se vuelve desequilibrado, emanado de las exigencias de cooperación entre las partes que ella impone. El juez es el último llamado a garantizar el equilibrio contractual exigido por la buena fe, y su tarea es, en principio, buscar lo que partes razonables hubieran querido establecer<sup>50</sup>, lo que conecta con la función interpretativa e integradora de la misma. En ningún caso le está permitido al magistrado desconocer por completo lo querido por las partes o im-

---

<sup>45</sup> Félix CHAMIÉ, "Equilibrio contractual y cooperación entre las partes. El deber de revisión del contrato", pp. 113-116.

<sup>46</sup> Sobre esta distinción, véase Patricia LÓPEZ, "El principio de equilibrio contractual en el Código Civil Chileno y su particular importancia como fundamento de algunas instituciones de moderno derecho de las obligaciones en la dogmática nacional", pp. 132-144.

<sup>47</sup> GRASSO, *op. cit.*, pp. 542-544.

<sup>48</sup> SCHOPF, "La buena fe...", *op. cit.*, pp. 134-138.

<sup>49</sup> Patricia LÓPEZ DÍAZ, "Por una noción amplia de lesión enorme en el Código Civil chileno: una relectura a partir del principio de equilibrio contractual y la idea de excesiva desproporción contenida en el borrador de los Principios Latinoamericanos de derecho de los contratos", pp. 721-722; Félix CHAMIÉ, "El principio general de *reductio ad aequitatem* por desequilibrio contractual", pp. 271-275.

<sup>50</sup> CHAMIÉ "Equilibrio...", *op. cit.*, pp. 115-116.

poner una regulación arbitraria. La autoridad judicial puede revisar y adecuar el contrato, conforme a las exigencias sinalagmáticas de dicho principio, y llevar el contrato a la *reductio ad aequitatem*, solo si las partes han fallado en cumplir el deber de renegociación y revisión del contrato por ellas mismas. No siempre se admite que el juez revise el contrato y la sanción se convierte simplemente en la nulidad del contrato<sup>51</sup>, como es el caso de la regulación de la teoría de la imprevisión en el *Código Civil* italiano, arts. 1467-1469.

En definitiva, en esta concepción del contrato, la voluntad no es el gran elemento que permite medir y configurar toda la vinculación contractual, sino un presupuesto causal para contratar o no contratar, pero una vez que se aceptó la vinculación contractual, las exigencias de este actuar recto y honrado y el *synallagma* objetivo, imponen moderación y equilibrio por su propia naturaleza a lo querido por las partes<sup>52</sup>. Parece que, en el derecho contemporáneo, si bien se avanza hacia una noción amplia de buena fe correctora, dado el carácter todavía voluntarista del concepto de contrato predominante, sustentado en la voluntad de las partes, la teoría general del acto jurídico, y el concepto de derecho subjetivo mismo, se generan incoherencias no resueltas, pero que pueden ser toleradas mientras no causen graves perturbaciones jurisprudenciales.

### *III. La buena fe correctiva en el derecho uniforme*

Habiendo propuesto un marco teórico de referencia sobre este concepto como principio general del derecho y en específico de su función correctiva, su vinculación a la justicia conmutativa o correctiva aristotélica, y su relación con la revisión contractual, se analizarán algunas normas importantes del derecho comparado en la materia. No se pretende exhaustividad, sino remarcar cómo en el derecho comparado se ha recogido en el último tiempo esta noción de función reparatoria, en mayor o menor medida, en especial, en los instrumentos de derecho uniforme. El análisis estará centrado únicamente en lo relevante en torno a dicha función, en las normas citadas. No se estudiarán normas referidas a la imprevisión o a la ventaja excesiva, que, si bien son manifestaciones de este principio, son, más bien, aplicaciones particulares de esta tarea, que se estudia en términos más amplios y no circunscritos a instituciones particulares.

<sup>51</sup> CHAMIE “Equilibrio...”, *op. cit.*, pp. 136-137; CHAMIE, “El principio...”, *op. cit.*, pp. 254-255.

<sup>52</sup> TALE, *op. cit.*, p. 559.

El art. 1:201 de los PECL establece como un principio general en los siguientes términos:

Art. 1:201: Buena fe contractual

- 1) Cada parte tiene la obligación de actuar conforme a las exigencias de la buena fe.
- 2) Las partes no pueden excluir este deber ni limitarlo.

Se ha dicho, en el comentario oficial, que el art. 1:201 de los PECL, tiene el propósito de reforzar los estándares de decencia, equidad y razonabilidad en las transacciones, del mismo modo, este principio puede ser antepuesto sobre otras normas y principios, incluso: “cuando una adherencia estricta a ellos conduciría a resultados manifiestamente injustos”<sup>53</sup>, consolidando su misión como mecanismo corrector ante consecuencias manifiestamente injustas de la aplicación estricta de una norma, sin especificar si es de origen contractual o legal en todo caso. Según Jan Peter Schmidt, la influencia predominante fue la tradición del derecho alemán, donde esta acción jurídica, aun en su función correctiva, tiene una larga historia<sup>54</sup>, lo que corrobora el mismo Ole Lando, para poder rectificar hasta las transacciones según el modelo alemán y holandés<sup>55</sup> y compara esta tarea reformadora con el imperativo categórico de Immanuel Kant, como una manifestación de la creciente moralización del derecho europeo de contratos<sup>56</sup>. A pesar de lo anterior, sería deseable una redacción más clara y explícita de la función correctiva en el texto mismo de los PECL, sin necesidad de acudir al comentario oficial. Aun así, Martijn Hesselink ha sostenido que las normas de los PECL en esta materia representan el gran triunfo internacional de la buena fe contractual<sup>57</sup>. No obstante, como es lo usual en el derecho comparado, se mantiene intacta la noción fundamental del contrato como acuerdo de voluntades y el principio de la libertad contractual, en sus grandes líneas, pero sometido a las exigencias de tal principio. Así, el art. 1:102 (1) lo señala, proclamando:

“(1) Las partes son libres para celebrar un contrato y para determinar el contenido del mismo siempre que se observen las exigencias de la buena fe y de la lealtad y las reglas imperativas establecidas en estos Principios”.

La norma del art. 1:201, si bien no menciona la función correctiva directamente, se relaciona al sostener una noción más solidarista del contrato, y así, afirma: “cada una de las partes está obligada respecto a la otra a cooperar

---

<sup>53</sup> Jan Peter SCHMIDT, “Art. 1:201. Good Faith and Fair Dealing”, p. 130.

<sup>54</sup> *Op. cit.*, p. 131.

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

<sup>56</sup> Ole LANDO, “Is Good Faith an Over-Arching General Clause in the Principles of European Contract Law?”, pp. 852-853.

<sup>57</sup> Martijn HESSELINK, “The principles of European contract Law: some choices made by the Lando Commission”, p. 54.

para conseguir la plena efectividad del contrato”. Este deber de cooperación explícito implica una noción comunitarista del contrato, en la que las partes trabajan por un objetivo común, opuesto a la noción antagonista del contrato donde cada uno persigue su propio interés<sup>58</sup>. Es posible que sea una cristalización del solidarismo contractual, en este sentido Ole Lando ha dicho:

“un contrato debería ser considerado como un instrumento de cooperación y no de confrontación de adversarios cada uno buscando su ventaja a expensas del otro. Debería reflejar lo que Denis Mazeaud llama el *esprit collectif*. Debería salvaguardar la solidaridad, equidad y confianza [...]”<sup>59</sup>,

abriendo la puerta a una noción social del contrato, incluso<sup>60</sup>, similar a la que opera en el *Código* de Brasil<sup>61</sup>.

Por su parte, el DCFR III.-1:103(3) que trata sobre la buena fe, dice así:

“DCFR III.-1:103: Good faith and fair dealing.

(1) A person has a duty to act in accordance with good faith and fair dealing in performing an obligation, in exercising a right to performance, in pursuing or defending a remedy for non-performance, or in exercising a right to terminate an obligation or contractual relationship.

(2) The duty may not be excluded or limited by contract or other juridical act.

(3) Breach of the duty does not give rise directly to the remedies for non-performance of an obligation but may preclude the person in breach from exercising or relying on a right, remedy or defense which that person would otherwise have”.

Esta norma, es mucho menos explícita y hasta más restrictiva que los PECL y de ningún modo afirma con claridad la tarea de corrección, pese a los ejemplos para ilustrar el alcance de la norma. Se ha sostenido que fue un cambio de redacción posterior a las críticas de Hugh Beale al texto de los PECL<sup>62</sup>, de modo que es claro que la función del tribunal no es corregir o mejorar el contrato haciéndolo más equitativo de lo que las partes quisieron, y es más cercano a la doctrina clásica de la autonomía de la voluntad y la noción liberal del contrato<sup>63</sup>.

<sup>58</sup> SCHMIDT, *op. cit.*, p. 158.

<sup>59</sup> Ole LANDO, “The Structure and the Legal Values of the Common Frame of Reference (CFR)”, p. 251.

<sup>60</sup> M. HESSELINK, “The Principles of European Contract Law: Some Choices Made By The Lando-Commission”, p. 57.

<sup>61</sup> Sobre la función social del contrato en el Código Civil de Brasil, véase Rodrigo MOMBORG, “El Código Civil brasileiro de 2002: nuevos principios para el derecho de contratos”, p. 165.

<sup>62</sup> SCHMIDT, *op. cit.*, p. 133.

<sup>63</sup> Christian VON BAR, Eric CLIVE and Hans SCHULTE-NÖLKE (eds.), *Principles, definitions and model rules of european private law*, DCFR III.1-103, Comment E.

La buena fe en el DCFR no es una fuente directa de obligaciones exigibles mediante un remedio, y su peso es menor que en los PECL<sup>64</sup>.

Este concepto, está tratado en el CESL de la siguiente manera:

“CESL 2:1 Good faith and fair dealing.

(1) Each party has a duty to act in accordance with good faith and fair dealing.

(2) Breach of this duty may preclude the party in breach from exercising or relying on a right, remedy or defense which that party would otherwise have, or may make the party liable for any loss thereby caused to the other party.

(3) The parties may not exclude the application of this Article or derogate from or vary its effects”.

El CESL, por su parte, se aparta, a su vez, del DCFR y vuelve a una noción más sustantiva y amplia de buena fe, según la cual la infracción de un deber de esta clase, no solo precluye el ejercicio de un derecho, la solución del DCFR, sino que además puede hacer a una parte responsable por daños<sup>65</sup>. Pero al igual que la redacción de los PECL, ha recibido críticas una formulación amplia de este principio, sugiriéndose que sea más una función de preclusión que de acciones y responsabilidad por infracción a esta, similar al modelo del DCFR<sup>66</sup>. Aún así, no es clara la existencia de función correctiva de modo tan explícito como en los PECL.

Especialmente notable es la redacción del *BW* de 1992 en esta materia, que formula en términos bastante amplios, su tarea reformadora, permitiendo modificar el contenido del contrato de forma explícita. El art. 6:2-2 del *BW* señala:

“Una norma vigente entre un acreedor y su deudor en virtud de la ley, la costumbre o un acto jurídico, no aplica, en cuanto esta sea inaceptable, en las circunstancias según estándares de razonabilidad y equidad” (*redelijkheid en billijkheid*).

Se ha dicho que esta norma es la “culminación” de la legislación que recibe el concepto de buena fe<sup>67</sup>, porque provee que tanto las disposiciones legales como las contractuales no aplican, si en las circunstancias dadas, produjesen consecuencias inaceptables acorde con el criterio de la razonabilidad y equidad.

<sup>64</sup> SCHMIDT, *op. cit.*, p. 135.

<sup>65</sup> *Op. cit.*, p. 136.

<sup>66</sup> *Op. cit.*, p. 137.

<sup>67</sup> ZIMMERMANN & WHITTAKER, *op. cit.*, p. 55.

En Alemania, quizá el sistema jurídico donde esta noción amplia tiene su origen clásico, el parágrafo 242 del *BGB*, *Treu und Glauben*, ha sido muy intenso el desarrollo de esta tarea en la jurisprudencia, desde 1920<sup>68</sup>. La doctrina alemana la ha llamado: principio “supremo” y “absoluto”<sup>69</sup>, un principio que para la doctrina alemana está en la “cúspide” del derecho de obligaciones. Lo que justifica que pueda rectificar prestaciones desequilibradas. Ya en sus comienzos fue usada al modo pretoriano, para corregir el *ius strictum* y buscar soluciones equitativas<sup>70</sup>, hasta llegar a ser denominado por Franz Wieacker “la reina de las normas”<sup>71</sup> y desarrollar doctrinas que se separaron de su fuente: la buena fe cobrando vida propia.

En cuanto a la función correctiva del parágrafo 242, implica que las Cortes derogan abiertamente una disposición contractual o legal porque se considera que tiene consecuencias injustas y contrarias a la equidad<sup>72</sup>, partiendo desde los supuestos de la “pérdida de la base del negocio” (*Wegfall der Geschäftsgrundlage*), adaptado de la teoría medieval de la *clausula rebus sic stantibus*, en ese entonces no regulada en el *BGB*. Con posterioridad, se usó esta función correctiva para el control judicial de las cláusulas contractuales de adhesión, con anterioridad a la legislación de 1976 que recoge esos desarrollos jurisprudenciales<sup>73</sup>. Escapa al tema del presente artículo, pero también se ha usado el parágrafo 138 del *BGB*, que establece el principio de la ilicitud de los actos *contra bonos mores*<sup>74</sup>, para corregir cláusulas abusivas en contratos de adhesión, relacionándolo con el parágrafo 242. La reforma al *BGB* de 2002 incorpora muchas doctrinas desarrolladas al alero del parágrafo 242 como instituciones independientes.

En general, este fenómeno en torno a la buena fe correctiva, el retorno de la imprevisión, la lesión enorme, el control de las cláusulas abusivas, etc., ha sido denominado por François Chénéde como un “retorno” a la justicia conmutativa, desde las teorías sobre la base de la autonomía de la voluntad como fundamento de la obligatoriedad del contrato<sup>75</sup> y, si bien no ha estado exento de críticas en el derecho europeo, se ha consolidado como tendencia, lo que es muy diferente a la situación chilena, como se verá, al analizar la jurisprudencia relevante de los últimos años.

<sup>68</sup> RODRÍGUEZ y EYZAGUIRRE, *op. cit.*, pp. 149-150.

<sup>69</sup> Ludwig ENNECERUS, Theodor KIPP, Martin WOLFF, *Tratado de derecho civil*, p. 19.

<sup>70</sup> ZIMMERMANN & WHITTAKER, *op. cit.*, p. 18.

<sup>71</sup> WIEACKER, “El principio...”, *op. cit.*, p. 21.

<sup>72</sup> SCHMIDT, *op. cit.*, p. 115.

<sup>73</sup> *Op. cit.*, pp. 115-116.

<sup>74</sup> ZIMMERMANN & WHITTAKER, *op. cit.*, p. 27.

<sup>75</sup> François CHÉNÉDÉ, *Las conmutaciones en el derecho privado. Contribución a la teoría general de las obligaciones*, pp. 123-148.

#### *IV. Análisis de la jurisprudencia reciente en materia de función correctiva de la buena fe contractual*

A continuación, se analizarán sentencias relevantes en materia de función correctiva contractual, dictadas por los tribunales superiores de justicia sobre todo a partir de 2019. En comparación al reconocimiento jurisprudencial de la función interpretativa e integradora, esta es la más compleja<sup>76</sup>, al menos en sede civil, porque no está reconocida expresa ni implícitamente en el *Código Civil*, en cambio, se reconoce, al menos, como principio<sup>77</sup> en el art. 16 letra G de la Ley n.º 19496 en materia de consumo, recogiendo los desarrollos de la dogmática alemana y española en esta materia y en relaciones de consumo. Ha habido un par de sentencias en sede civil de especial relevancia en esta materia el caso Tranex con Angloamerican destaca porque reconoce con claridad que la buena fe puede llegar a modificar el contrato por consideraciones de equidad y justicia material, en materia de cláusulas de terminación *ad nutum*. Por el contrario, en un caso similar, la sentencia en el caso ST Rent Transportes Ltda. con Melo Áridos Ltda., rechaza ese mismo principio al menos como aplicación al caso o lo considera en condiciones mucho más estrictas para su aplicación.

##### *A) INGENIERÍA Y MOVIMIENTOS DE TIERRA TRANEX LIMITADA CON ANGLO AMERICAN SUR S.A., CORTE SUPREMA, ROL 39.854-2018, 22 DE MAYO DE 2019<sup>78</sup>*

Este caso es uno de los más importantes en cuanto a esta materia, especialmente en su función correctiva, y constituye, quizá, el pronunciamiento más contundente sobre este punto en la jurisprudencia chilena. El actor, primero en sede arbitral, demanda la terminación del contrato, el pago de prestaciones adeudadas e indemnización de perjuicio. La demanda no fue acogida en su totalidad, y ambas partes, apelaron ante el tribunal arbitral de segundo grado, que confirma con algunas modificaciones, la sentencia. El demandado recurre de casación de forma y de fondo y el demandante solo de casación de fondo.

Con fecha 21 de enero de 2013, las partes celebraron un contrato por medio del cual la demandada encargó al demandante los servicios de carga y transporte de cobre, por un plazo de cinco años, rigiendo de modo re-

<sup>76</sup> RODRÍGUEZ y EYZAGUIRRE, *op. cit.*, p. 189.

<sup>77</sup> Sin perjuicio de que el art. 16 A de la LPDC no permite modificar el contrato conforme a equidad, sino simplemente reconoce la nulidad parcial como sanción o la nulidad total si el contrato no puede subsistir sin dicha cláusula.

<sup>78</sup> CORTE SUPREMA (2018), sentencia rol 39854.

troactivo desde el 1 de julio de 2012. En su origen, se planteó una combinación de transporte en camión y en ferrocarril, pero este no llegó a operar, según los hechos asentados en la causa, era una obligación contractual que Anglo no cumplió sin que resulte probada ni su debida diligencia ni la culpa grave o dolo de la empresa. Se generaron costos adicionales que el demandante entendió que serían pagados por ella, sin que este manifieste ni aceptación ni rechazo hasta agosto de 2014 en que afirma que solo serán pagados los costos desde enero de 2014. El 30 de septiembre de 2014, Anglo comunicó a Tranex su decisión de terminar anticipadamente el contrato según la facultad dispuesta por la cláusula 3.2 que otorgaba a ambas partes la facultad de dar término unilateral al contrato, sin expresión de causa alguna, bastando comunicación por escrito con ciento veinte días corridos de anticipación y sin que haya derecho a indemnizaciones de ningún tipo, sin perjuicio del pago de los servicios prestados hasta el día del término anticipado.

Esta terminación unilateral le generó cuantiosos perjuicios a Tranex, que no pudo resarcir los costos ni adquirir las ganancias estimadas en la duración original de cinco años según lo pactado. A su vez, Anglo manifestó que existía, a raíz de un contrato anterior, pérdida de confianza en la capacidad e idoneidad de Tranex para el presente contrato, toda vez que en el contrato anterior habría habido desfalcos y defraudaciones graves cometidas por Tranex contra Anglo, más aún, se inició una querrela criminal, que, sin embargo, fue sobreseída, al no ser probados dichos hechos delictuales. De modo que Anglo justificó la invocación de la cláusula 3.2 de terminación unilateral sobre la base de la pérdida de confianza, lo que no obstante, no fue probado en la instancia civil y se mantuvo como un ejercicio sin expresión de causa de dicha facultad.

Los tribunales arbitrales determinaron que dicha empresa incumplió el contrato al ejercer de modo injustificado dicha terminación, si bien dichas cláusulas no son ilícitas *per se* y pueden pactarse válidamente, conforme a la libertad contractual reconocida en el art. 1545 del *Código Civil*. Empero, consideran “manifiestamente antijurídico” que el destino del contrato esté sometido al mero capricho de una parte y no a una decisión racional y justa, pues debe existir una razón válida para terminar el contrato, según las exigencias de la buena fe contractual. A juicio de la Corte, la sentencia de segundo grado explica de modo suficiente las razones que ameritan justificar una terminación fundada del contrato, aunque se haya pactado que la comunicación no requiera expresar causa y no es una interpretación que transgrede la ley del contrato porque

“no solo debe atender a sus términos sino además al sentido implícito conforme a la naturaleza de la relación, puesto que así lo exige el principio de buena fe” (considerando 22.º).

Es decir, una interpretación de buena fe del contenido contractual excluye toda posibilidad de que las cláusulas pactadas, incluso, tengan un sentido manifiestamente antijurídico y contrario a los principios generales estudiados, que excluye toda arbitrariedad e irracionalidad. La terminación abrupta o abusiva:

“bien podría importar una infracción de la obligación de ejecutar el contrato de buena fe, considerando como acontece en la especie que el prestador del servicio pudo incurrir en gastos en su actividad y/o sufrir perjuicios derivados de la resistencia de su contraparte en la continuación del vínculo que los ligaba, todo lo cual hace razonable reconocer el derecho a la indemnización de todo el daño que se sufra como consecuencia del término de los servicios” (considerando 22°).

La Corte reconoce que, en el arrendamiento de servicios inmateriales, cualquiera de las partes puede poner término cuando lo estime pertinente, es una facultad sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a la otra parte en caso de haberse estipulado un plazo, conforme al principio del art. 2009 del *Código Civil*, no puede vulnerarse de manera impune un plazo pactado y por eso proceden en ese caso las indemnizaciones (considerando 23.°).

A continuación, el considerando 24.° entrega fundamentos mucho más profundos sobre la buena fe que la gran mayoría de sentencias, limitadas a repetir considerandos y frases usuales. En primer lugar, entiende la Corte que este accionar jurídico del art. 1546: “no solo se limita a imponer las obligaciones declaradas por las partes o aquellas que la ley subentiende o las que emanan de la costumbre”. Es decir, no es una reafirmación del *pacta sunt servanda* ni se agota en las obligaciones legales o de la costumbre. Por el contrario, crea obligaciones por sí misma, exigibles en plenitud. De la ejecución de buena fe de un contrato emanan deberes de cooperación recíprocos, de acuerdo con la naturaleza de la obligación, “ya que el referido precepto legal recoge el principio de la integración contractual”. La relación contractual no puede entenderse como satisfacción individual de intereses particulares, sino que “constituye el medio idóneo para que ambas partes puedan encontrar tal satisfacción”, lo que supone constante y recíproca cooperación que lleva, hasta imponer concesiones o sacrificios:

“pues cada contratante debe velar no solo por su interés personal sino que asimismo por el de la otra parte, procurando que ésta obtenga también del contrato la satisfacción de su respectivo interés”.

Es evidente que se está en presencia de la penetración de la doctrina del *solidarismo contractual*<sup>79</sup> en la jurisprudencia de la Corte Suprema, según la

---

<sup>79</sup> Fabricio MANTILLA, “El solidarismo contractual en Francia y la constitucionalización de los contratos en Colombia”, pp. 196-206.

cual el contrato es un mecanismo de cooperación de intereses entre las partes y no solo un mecanismo de persecución del propio interés. Ese es uno de los alcances de este fallo: la recepción en Chile del solidarismo contractual, del cual emanan consecuencias que debilitan profundamente el derecho liberal individualista clásico en materia de contratos.

A continuación, en el mismo considerando 24.º, la Corte estima que, teniendo presente el interés de las partes, en especial el plazo para el demandante, que le permite recuperar las inversiones y obtener ganancias, aparece claro que la terminación anticipada podía ser soportada de manera menos gravosa por Anglo que por Tranex. En el considerando 25.º, la Corte entiende, siguiendo la sentencia de segundo grado, que la terminación anticipada imponía que Anglo la sustentara en su deber de cooperación recíproca, “en un motivo real y serio, evitando que el contrato expirara por una arbitrariedad o capricho”. El motivo debe ser susceptible de comprobación. Es más, ese derecho contractual se encuentra sujeto en cuanto a su nacimiento, a una condición suspensiva integrada al contrato en virtud del art. 1546, actuando como fuente de obligaciones y deberes no pactados expresamente. Es una obligación impuesta por la ejecución del contrato según la buena fe, aunque no esté pactado de forma expresa. Más aún, si se considera que tal condición suspensiva no existe, todavía el ejercicio de dicha facultad puede ser evaluada si fuera impugnada, “si obedece a una intención desviada o una temeraria desconsideración del interés de la contraparte” (considerando 25.º).

En el considerando 26.º, se señala que la supuesta motivación para la terminación unilateral no es tal, porque la alegación de pérdida de confianza no está probada. En autos rol CAM 2182-2014 se desechó en su totalidad la demanda basada en incumplimientos supuestamente cometidos por Tranex, que no pudieron ser probados, en un contrato anterior entre las mismas partes. Al ser una errada representación de la realidad, no constituyen un motivo válido para la terminación del contrato. Además, señala el mismo considerando, que Anglo infringió el deber de cooperación:

“al crear la apariencia de que la relación con Tranex se mantenía dentro de los márgenes de confianza creada por una relación comercial de más de veinte años [...] nada permitía intuir a la actora que el contrato de autos terminaría anticipadamente, sino que más bien era razonable prever que luego de acordarse las modificaciones propuestas, la relación contractual perduraría por los cinco años pactados”.

En este punto, sin mencionarlo, la Corte aplica la clásica jurisprudencia de la teoría de los actos propios, toda vez que Anglo habría incurrido en contradicción con sus propios actos al terminar de modo unilateral el contrato,

porque creó la expectativa en Tranex de normalidad en las relaciones contractuales al renovar otro contrato y desestima la alegación de pérdida de confianza.

En el considerando 27.º, la Corte reitera algunas consideraciones usuales en materia de buena fe, como principio general del derecho y deber de cooperación en forma activa para obtener el resultado del negocio jurídico, “integrando el contrato, creando especiales deberes de conducta y limitando a la autonomía privada y a la capacidad de autorregulación”. Es más, la literalidad del contrato no puede ser invocada para preterir la conducta honrada: “no resulta admisible esquivar la ejecución de buena fe de un contrato a pretexto del rigor del texto de lo convenido”<sup>80</sup>. Es decir, esta puede ser un principio que, incluso, se impone a la autonomía privada, al menos al tenor de lo pactado *stricti iuris*. Un elemento de corrección conforme a criterios de justicia conmutativa y equidad. Este principio no está suficientemente desarrollado en la sentencia, pero sus alcances son enormes, ya que equivale a afirmar la primacía del deber de corrección y usos normativos del tráfico, hasta consideraciones de justicia material, por sobre el acuerdo de voluntades<sup>81</sup>. Y continúa, citando a Hernán Corral, refiriéndose al principio de autonomía de la voluntad:

“el que si bien es ampliamente recogido en la cultura jurídica occidental, no puede elevarse a la categoría de dogma absoluto, de aplicación inexcusable y ciega. Si como quiere la tradición del derecho natural, la ley injusta no es ley sino violencia, lo mismo podría decirse de un principio jurídico que pretende erigirse por sobre imperativos morales y jurídicos superiores que impone la misma consideración del ser humano como un ser digno. Si la ley positiva debe ceder paso a la justicia, lo propio ha de suceder si la aplicación absoluta de un principio permite la producción de resultados gravemente injustos e inequitativos. Una absolutización ideológica de principio de la intangibilidad contractual, que llevara a excluir a priori todo tipo de intervención en el contenido de un acuerdo contractual, correría un serio riesgo de transformar el contrato en un instrumento de explotación y dominio más que de expresión de la libertad personal” (considerando 27.º).

Este enunciado posee implicancias dramáticas, se esté a favor o en contra de lo dicho. En esencia, se aplica una visión aristotélico-tomista del derecho<sup>82</sup> como la cosa justa, equiparando el contrato a la ley, con ecos de la teoría de la ley injusta y relativizando el principio de autonomía de la vo-

<sup>80</sup> GRASSO, *op. cit.*, pp. 538-542.

<sup>81</sup> En contra, SCHOPF, “La voluntad...”, *op. cit.*, p. 72.

<sup>82</sup> Para un estudio de la relación entre la buena fe (si bien subjetiva) y la doctrina aristotélica-tomista del derecho natural, véase Sebastián CONTRERAS, “Derecho natural, ley del contrato, justicia correctiva y buena fe en la tradición aristotélica-escolástica”, pp. 415-443.

luntad. Parece ahora que este actuar se transforma en un principio absoluto y supremo, como ya afirmaba Ludwig Enneccerus, imponiéndose a la autonomía de la voluntad.

En el considerando 28.º se establece un límite al solidarismo contractual:

“no quiere decir, como sugiere quien recurre, que los contratantes deban renunciar a alcanzar su propia satisfacción sacrificándose sin más en beneficio exclusivo de la otra parte. Pero sí es indudable que esa obligación también les impone abstenerse de ejecutar conductas que impidan a su contraparte obtener el provecho que esperaban alcanzar”.

Sumado a otras consideraciones que no son relevantes para este análisis, la Corte Suprema confirma la sentencia impugnada y rechaza los recursos interpuestos tanto por la demandante como por la demandada.

Es el fallo que más extensamente se refiere al concepto estudiado y la desarrolla en profundidad, no solo dando consideraciones pertinentes al caso, sino formulaciones que constituyen una verdadera revolución en la forma de comprender el derecho de contratos. No es novedad allí la aplicación de la función integradora de la misma para crear un deber secundario de conducta, lo que es usual por lo demás, aunque la sistematización de dichos deberes secundarios de conducta es algo pendiente en Chile. En efecto, de manera ingeniosa consideró que la fundamentación de la terminación unilateral fuera una condición suspensiva que limita el nacimiento del derecho. Lo novedoso es que cambia por completo el paradigma del derecho de contratos, según el cual, siempre se ha entendido como la primacía de la voluntad, casi absoluta, en materia de obligaciones, con limitaciones extrínsecas como las buenas costumbres, la misma ley y el orden público. Pero en todo caso excepcionales.

Las consideraciones de la buena fe en su función correctiva o rectificadora, dejan de ser solo formales como es lo usual y pasan a integrar el contenido sustancial del contrato, poniendo de cabeza la primacía absoluta del art. 1545 tan cara a la jurisprudencia chilena. Por eso ha sido tan criticado el fallo<sup>83</sup>, la discusión escapa a los márgenes del derecho civil y se enmarca en la filosofía del derecho y las diferentes concepciones que se tengan del concepto y fundamentos del derecho. Pero sí se comparte en plenitud lo sostenido en el considerando 27.º sobre el lugar subordinado de la autonomía de la voluntad a las exigencias de la buena fe y en último término,

---

<sup>83</sup> SEVERIN, “Cláusulas...”, pp. 723-724; Gonzalo SEVERIN, “La terminación del contrato de servicio en virtud de una cláusula ad nutum. Comentario de sentencia de la Corte Suprema de 22 de mayo de 2019. Ingeniería y movimientos de Tierra Tranex con Anglo American S.A. (rol n° 38506-2017)”. En cambio, se muestran favorable al fallo Enrique ALCALDE y Cristián BOETSCH, *Teoría general del contrato. Doctrina y jurisprudencia*, pp. 84-85.

a la justicia conmutativa o correctiva. El fallo, siguiendo a Hernán Corral, señala que la autonomía privada no es un dogma absoluto, sino que es de aplicación prudencial, ponderada y circunstanciada, sometido a las exigencias de este principio, además de que remite a la “tradicón del derecho natural” y la doctrina de la ley injusta, aplicada al contrato.

La experiencia ha demostrado que en los contratos usualmente, cuando se invoca de modo unilateral y absoluto, la seguridad jurídica e intangibilidad, en desmedro de consideraciones de justicia conmutativa, se transforman en instrumentos de explotación y contratos leoninos, más allá de lo que es reprobable según el art. 16 letra G de la Ley n.º 19496, hay una zona gris que quedaría no cubierta por dicha ley, ni siquiera por la Ley n.º 20416, pero que no justifica infringir la buena fe contractual para primar la seguridad jurídica, ni siquiera a juicio de este análisis, a diferencia de Gonzalo Severin, el supuesto carácter experto de las partes.

¿Por qué debería el Estado hacer exigibles contratos que según criterios de buena fe y equidad son leoninos, por más que las partes hayan consentido y, aunque sean sofisticadas? Si bien para materias de consumo rige el art. 16 letra G, que establece una medida objetiva de equilibrio de las prestaciones con base en esta actitud honrada y leal y en el derecho dispositivo<sup>84</sup>, en muchas otras materias fuera del ámbito del consumo, no pueden tolerarse dichas injusticias leoninas en los contratos.

Por eso, en el derecho comparado se ha expandido la noción de cláusulas abusivas a los contratos celebrados, hasta entre profesionales, aunque sujeto a estrictos requisitos<sup>85</sup>, lo que al final no es sino una positivación de este mismo principio en su concepción amplia. Frente a la alegación de incerteza jurídica ante su expansión, se responde con lo que Eduardo García de Enterría, citado por Cristián Boetsch, afirma acerca de los principios generales del derecho. El autor español asegura que la gran movilidad de las leyes en la actualidad:

“que parte de la creencia que las leyes son capaces de resolver todos y cada uno de los problemas que presenta sin cesar una cambiante sociedad, ha venido a hacer imposible el positivismo como método, produciéndose una real desvalorización de la ley positiva”.

De ahí que se deba mirar hacia los principios generales del derecho como la fuente de seguridad jurídica y no al texto explícito y estricto de la ley, las leyes

---

<sup>84</sup> Sin perjuicio que es muy discutible la posibilidad de adaptación judicial y propiamente función correctiva o rectificadora de la buena fe, solo procedería la nulidad parcial conforme al art. 16A de la LPDC.

<sup>85</sup> María Elisa MORALES y Pamela MENDOZA, “Notas sobre el control de cláusulas abusivas entre empresarios. Una síntesis del modelo alemán”, pp. 208-211.

son abundantes y cada vez más, los principios son más estables. Los principios son un “condensado ético de la justicia y como reguladores de todas y cada una de las instituciones positivas de un ordenamiento”. La certeza jurídica no está en las leyes positivas, sino en los principios generales del derecho<sup>86</sup>.

B) *SOCIEDAD ST RENT TRANSPORTES LIMITADA*  
 CON *MELO ÁRIDOS LIMITADA*,  
 CORTE SUPREMA, ROL 6 431-2018, 6 DE DICIEMBRE DE 2019<sup>87</sup>

En este caso, el demandante interpuso acción de cumplimiento de contrato e indemnización de perjuicios, la cual fue rechazada en primera y segunda instancia, ante lo que el actor deduce casación de fondo, que confirma la sentencia de apelación. Los hechos se resumen en que el demandante firmó con fecha 10 de enero de 2014 un contrato de carga y transporte con el demandado, por un plazo de cinco años, prorrogables por un año. La empresa demandante invirtió cuantiosas sumas para poner en ejecución el contrato y no obstante eso, el 2 de septiembre de 2014, la demandada le notifica su decisión de terminar unilateral y anticipadamente el contrato, sin expresión de causa, y sin derecho a indemnización ni pagos adicionales, tal como lo establecía una cláusula del contrato que el actor impugna en su demanda como contraria a la buena fe, propósito práctico, función económica y la naturaleza del contrato. La demandada destaca, entre otras cosas, que el actor se negó a modificar el contrato luego de dificultades administrativas que serían la justificación de la terminación unilateral, que no formuló objeciones ni observaciones durante la licitación y que conocía la cláusula, que además estaba en un contrato anterior con la misma empresa.

La sentencia es escueta en consideraciones, es más, ni siquiera se pronuncia sobre el principio, sino que repite las consideraciones de la sentencia de apelación (Corte de Apelaciones de Santiago, 5637-2017) y las hace suyas. Así, la Corte estima que lo propuesto por el actor es un caso de modificación del contrato y no de interpretación como justifica el recurso, sobre la base del art. 1564 con relación al art. 1546, interpretando de buena fe el contrato conforme a su naturaleza y función económica. La Corte rechaza esos argumentos y afirma que al existir voluntad en contrario (la cláusula de terminación unilateral), conforme al art. 1563, no cabe atender a la naturaleza del contrato como criterio de interpretación y menos para encubrir una modificación de lo pactado.

<sup>86</sup> Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, citado por BOETSCH, *op. cit.*, p. 148.

<sup>87</sup> CORTE SUPREMA (2018), sentencia rol 6431.

Tanto la Corte de Apelaciones de Santiago como la Corte Suprema dejan abierta la posibilidad, de modificar el contrato por estas consideraciones de modo excepcional cuando “el contrato la haya infringido en aspectos esenciales de su contenido” (considerando 4.º). Pero no se precisa cuáles serían esos “aspectos esenciales”, aunque al menos en el ámbito de principios se reconoce en la sentencia la posibilidad de modificar el contrato injusto y lesivo por consideraciones de buena fe, lo que es un avance a pesar de que en el caso se rechazó el recurso. Este acto jurídico no justifica:

“sacrificar el principio de autonomía de la voluntad, eje de nuestro ordenamiento jurídico, sino en aquellos casos en los cuales la afectación a la buena se encuentre dotada de una entidad que la haga palmaria” (considerando 4.º).

En ese punto se difiere, pero es algo que escapa al derecho civil y se enmarca en la teoría y filosofía del derecho, cual es el papel de la autonomía de la voluntad y el de la justicia conmutativa en el derecho de contratos. La doctrina de esta sentencia se distancia de las tendencias que cambian el eje y ponen a la buena fe y la justicia material que se deriva de ella, como el eje del derecho de contratos, y se enmarca en la tradicional consideración de la autonomía de la voluntad como principio supremo del derecho de contratos. Ambas Cortes consideran que hay justificación racional para la cláusula de terminación unilateral, por razones económicas, salvo que haya abuso del derecho o dolo, lo que no fue alegado y podría ser un defecto de la demanda, pero, por otro lado, parece cuestionable pensar que puede haber un uso legítimo de una cláusula de terminación unilateral sin expresión de causa ni indemnización alguna, que no la vulnere por sí misma. La Corte considera que la expectativa económica del demandante de recuperar los costos y adquirir ganancias adicionales en los cinco años del contrato proyectado, no encuentran sustento en la vulneración de dicho principio y que la cláusula es “inocua” (considerando 4.º). Esto parece una afirmación muy discutible, contradiciendo lo resuelto en el caso Tranex; debería ser exigible cierta justificación racional del uso de las cláusulas de terminación unilateral, lo contrario sería un atentado *per se* a la conducta y apariencia jurídica estudiadas, independiente de las condiciones y circunstancias particulares de los contratantes. Lo anterior asemeja a la concepción objetiva de lesión enorme presente en el *Código Civil*, que no requiere justificar abuso de posición dominante y ventajas desproporcionadas<sup>88</sup>, sino que en sí mismo es constitutivo de abuso y contrario a la justicia conmutativa.

Un punto relevante de esta sentencia es el que afirma que el demandante participó de la licitación y conocía bien la cláusula, además que participó

---

<sup>88</sup> Arturo SALAZAR, “Análisis de la lesión en el Código Civil chileno a la luz de la doctrina del equilibrio contractual”, pp. 33-34.

en contratos anteriores con esta misma cláusula, con la empresa demandada. Impugnarla sería ir contra los actos propios, una clásica manifestación del principio analizado en la jurisprudencia chilena (considerando 4.º). Lo anterior no fue considerado por la sentencia *Tranex*, sino que, más bien, planteó que *Anglo* infringió la doctrina de los actos propios por las circunstancias peculiares del caso, toda vez que creó una apariencia de normalidad de las relaciones contractuales y de pronto ejerce la cláusula de terminación unilateral.

Por otro lado, no se alegó por el actor una situación de dolo, desigualdad o debilidad, inferioridad, estado de necesidad o menor poder de negociación (considerando 4.º). Sin embargo, esto no parece ser relevante, porque una cláusula de esta naturaleza por su propia esencia infringe la doctrina de los actos propios y la buena fe; por definición su ejercicio es imprevisto, y hasta intempestivo, sin exigir que se demuestre causa y quedando al mero arbitrio del contratante. Ni siquiera contempla indemnizaciones a favor del afectado. Es más, se podría considerar que es un caso de condonación del dolo futuro, según lo dispuesto por el art. 1465 del *Código Civil*, toda vez que se renuncia al pactarse libremente esta cláusula, por el potencial afectado, a alegar que hay dolo (entendido en sentido amplio, como lo contrario de una acción honesta y leal) sea en la cláusula misma o en la aplicación que se hace de dicha cláusula. Por lo que no es correcto el análisis de la Corte, siempre habrá dolo e infracción a los actos propios al ejercer una cláusula de esta naturaleza porque destruye la confianza que el afectado tenía en el contratante, quien crea una apariencia jurídica y actúa en contra de dicha apariencia, generando un perjuicio en el contratante afectado. Al pactar una cláusula de este tipo, se está en un *dolus in re ipsa* y, por extensión, se condona el dolo futuro por lo que la cláusula debería ser nula por objeto y causa ilícita. Esta línea no ha sido desarrollada por la jurisprudencia chilena. La infracción a los actos propios no está en quien alega la invalidez de la cláusula *ad nutum*, como sostiene la Corte, sino en quien la ejerce, es una potestad antijurídica. No depende de que el afectado conozca los términos o los consienta, es antijurídica por contener condonación del dolo futuro (infracción a los actos propios) en sí misma.

Después de todo, la Corte entiende que la cláusula queda integrada dentro de la libertad contractual, sin apreciarse una contravención normativa y respecto a las circunstancias en que fue pactada, aparece el demandante como un contratante que conoce bien el ámbito de los negocios del que forma parte el contrato, conocía las bases de licitación, pudo formular consultas y observaciones en la licitación y celebró el contrato, sin que, a su juicio, conste dolo ni abuso del derecho en la invocación de la cláusula (considerando 8.º).

Es Evidente que la Corte falla de un modo opuesto en su totalidad al caso Tranex con Angloamerican, aunque quizá atribuible a la forma de plantear los hechos, al no alegar ni probar desigualdad de poder negociador y abuso de posición dominante; no a una negación de la función correctiva de la buena fe por principio. Habría sido interesante que la Corte formule a nivel jurisprudencial criterios para delimitarla, sintetizando la doctrina de Tranex con el presente caso ST Rent Transportes Ltda.

C) *INMOBILIARIA PABLO RADO REICHBERG SPA*  
CON *JORGE MANRÍQUEZ JOFRÉ EIRL*,  
CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, ROL 5296-2022,  
21 DE SEPTIEMBRE DE 2022<sup>89</sup>

Esta sentencia es un reciente pronunciamiento de un tribunal superior de justicia acerca de la imprevisión y en este caso, se acogió, lo que es bastante novedoso en la jurisprudencia chilena. Se trataba de una demanda de término de contrato de arrendamiento por no pago de rentas e indemnización de perjuicios. Existía un contrato de arrendamiento de fecha 17 de marzo de 2017, que comenzó a regir el 3 de abril de 2017, por treinta y seis meses renovables, lo que sucedió el 3 de abril de 2020. Sin embargo, con fecha 6 de mayo de 2020, la demandada envió carta al demandante informándole su decisión de poner término al contrato desde ese día, pero el arrendador se negó a recibir el inmueble.

La Corte considera justificado el término del contrato de arrendamiento, después de la fecha originalmente pactada para la renovación, invocando la teoría de la imprevisión:

“según la cual, toda vez que varíen las circunstancias existentes al momento de celebrar un contrato y siempre que dicha modificación signifique una grave lesión en los derechos de una de las partes, se podrá intervenir en el negocio jurídico, ajustándolo a las nuevas circunstancias existentes” (considerando 6.º).

A continuación, cita a Rodrigo Momberg, en su explicación de la teoría de la frustración del fin del contrato y la teoría de la desaparición de la causa, que entiende como complementarias, siempre que:

“un hecho externo, sobrevenido, imprevisible, cuyo riesgo no ha sido asumido por la parte afectada, la prestación que recibe ha perdido completa utilidad en relación con el propósito práctico perseguido con la ejecución del contrato, se habrá frustrado el fin del contrato, habiendo desaparecido

---

<sup>89</sup> CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (2022), sentencia rol 5296.

la causa de su propia obligación. Ello trae como consecuencia normalmente la terminación del contrato” (considerando 6.º).

La frustración debe ser total y si la ejecución del contrato aún es de utilidad para el arrendatario, aunque sea en parte, no hay frustración y debe pagar la renta.

El punto central del fallo está en el considerando 7.º, en el que invoca y justifica la imprevisión alegada por el demandado, con base en los acontecimientos de la pandemia mundial y el llamado “estallido social”:

“que produjo sin lugar a dudas, perturbaciones graves a toda una categoría de personas, lo que es público y notorio, máxime si el local arrendado (farmacia) se encontraba ubicado en calle Pio Nono N° 9, comuna de Providencia, esto es en el epicentro de las manifestaciones sociales”.

La Corte no justifica la imprevisión como una manifestación de las obligaciones creadas por la buena fe, en este caso, en función rectificadora del contrato, sino que se asienta en una concepción procesalista de la “equidad”, invocando el art. 170 n.º 5 del CPC, según el cual los tribunales:

“deben de juzgar tal imprevisión del modo que más conforme o parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural [...] pues no es justo ni equitativo dejar obligada a la parte arrendataria demandada por una cláusula contractual no obstante que sobreviniente a la celebración del acuerdo contractual del arrendamiento aconteció un hecho imprevisible para las partes y totalmente ajeno a la voluntad de estas” (considerando 7.º).

El fallo pese a pronunciarse de una materia tan controvertida como la imprevisión, lo hace de una manera pobre y con escaso fundamento, sin un razonamiento profundo que demuestre fehacientemente la conveniencia de admitir la imprevisión en Chile. Es llamativo que el tribunal se quede en la dimensión procesal y no transite hacia la dimensión sustantiva, ni siquiera menciona la buena fe como concepto. Por otro lado, pareciera que mezcla instituciones diferentes como lo es la frustración y la teoría de la pérdida de la base del negocio, sin distinguirlas lo suficiente, respecto de la imprevisión. Lamentablemente una vez más se perdió una oportunidad de pronunciarse de manera contundente sobre la imprevisión y desmontar la interpretación tradicional, tan fuerte en lo voluntarista y consensualista, del art. 1545, que niega toda dimensión de justicia conmutativa o correctiva en los contratos.

D) *ELDU SPA CON ELETRANS S.A.*,  
CORTE SUPREMA, ROL 32356-2022, 30 DE JUNIO DE 2023<sup>90</sup>

En un recurso de queja, usado como medio procesal de modo oblicuo, para conocer de materias propias de un recurso de casación en el fondo (que había sido renunciado por las partes con anterioridad, al someter el conocimiento de las cuestiones litigiosas a arbitraje), se discutió la sentencia arbitral de segunda instancia del litigio entre Eldu SpA y Eletrans S.A. La Corte Suprema consideró que no había falta grave propia del recurso de queja y este se rechazó, pero acto seguido, de modo cuestionable desde el punto de vista procesal, la Corte empieza a conocer del fondo del asunto, como si fuera un recurso de casación en el fondo, lo que es bastante extraño y poco justificable desde el punto de vista procesal.

Eldu SpA demandó en primera instancia arbitral la indemnización de perjuicios que Eletrans S.A. le habría causado como consecuencia de varios incumplimientos del contrato, y la restitución de ciertos bienes y pago de deudas. Con fecha 14 de noviembre de 2016, Eldu SpA y Eletrans S.A., celebraron un contrato a suma alzada de ejecución de obras a cargo de Eldu, por el que Eletrans pagaba un precio fijo. El contrato se mantuvo vigente hasta el 5 de febrero de 2016, fecha en la que Eldu recibió una comunicación de terminación anticipada del contrato por parte de Eletrans. Según aquella empresa, Eletrans incumplió el pago oportuno de los trabajos ya ejecutados, según las bases, que disponían el pago de acuerdo con el desarrollo y avance de las obras de modo proporcional al precio pactado en la suma alzada. A la fecha, Eldu había ejecutado el 70,19 % de los trabajos, pero habría recibido solo el pago equivalente al 20 % de avance de las obras, quedando pendiente más del 50 % de precio pactado. Esta empresa, además, solicitó a título de indemnización de perjuicios los costos posteriores a la paralización de las obras. El punto fundamental de su demanda consistía en la terminación anticipada ilícita, arbitraria y abusiva del contrato por parte de Eletrans. También, solicitó diversos montos por daño emergente debido a retenciones de los estados de pago, gastos, costos y cobro arbitrario de una boleta de garantía, además del lucro cesante y daño moral.

Eletrans sostuvo en su contestación que el sistema de pago pactado por las partes establecía la obligación de realizar los pagos conforme al cumplimiento de hitos señalados en el mismo contrato y no por avance proporcional de las obras, así estaba pagado el estado número 1 y 2, pero el estado número 3 no fue pagado, ya que Eldu no habría acompañado toda la documentación que señalaba el contrato para su aprobación.

---

<sup>90</sup> CORTE SUPREMA (2022), rol 32356.

El tribunal arbitral de primera instancia acogió la acción ordenando el pago a Eldu del 50,19 % faltante, además de los gastos en que incurrió posterior a la fecha de terminación anticipada del contrato, invocando para ello, la buena fe, conmutatividad y equilibrio contractual; principios que reprobaban que Eldu pueda haber ejecutado más del 70 % del proyecto y Eletrans hubiera pagado solo el 20 %. También se tuvo por probado que la empresa demandada habría entorpecido los trabajos encargados a Eldu al prohibir la entrada de sus trabajadores a la obra, incluso, antes de la terminación efectiva del contrato, para lo cual el tribunal arbitral vuelve a invocar la acción jurídica honesta, como contraparte de la conducta del acreedor, que así la infringe.

El razonamiento del tribunal arbitral de segunda instancia concluye, por el contrario, que se debe rechazar la acción sobre las obras ejecutadas y no pagadas al momento de la terminación anticipada, en el sentido de que las partes establecieron en el contrato un procedimiento de liquidación del mismo ante la terminación anticipada, según el cual se debía proceder con un estado de pago final. De modo que pagar las obras efectivamente ejecutadas, significaría incorporar al contrato un elemento ajeno a la voluntad de las partes quienes regularon de modo expreso el mecanismo para valorizar tales obras en caso de terminación anticipada.

Además, consideró que la prohibición de que los trabajadores de Eldu ingresen a la obra, se fundó en que Eletrans tenía aprensiones sobre la situación de las obras y fue una decisión justificada y una medida de seguridad. Concluye que Eletrans no le adeuda nada a Eldu por concepto de gastos posteriores a la terminación.

La Corte Suprema extrae una conclusión diferente, invocando de inmediato el art. 1546 y señala que la buena fe objetiva o lealtad:

“consiste en la creencia y confianza que tiene un sujeto en que una declaración surtirá en un caso concreto los mismos efectos que ordinaria y normalmente ha producido en casos iguales. Es decir, son las reglas objetivas de la honradez en el comercio o en el tráfico, que llevan a creer en la palabra empeñada y en que el acto sea concertado lealmente, obrando con rectitud” (considerando 2.º, n.º 4)

de ese modo, este principio “impone a los contratantes el deber de cooperar con la ejecución del negocio en que han comprometido, adoptando un rol activo” y lo considera como elemento integrador, “sirve de basamento al deber de garantía que asumen los contratantes”, y como principio general, informa, integra y permite interpretar todo el ordenamiento jurídico. En específico, es un límite al ejercicio de los derechos subjetivos, citando al efecto la doctrina de Cristián Boetsch. En ese sentido, el fallo hasta entonces no es ninguna novedad importante en esta materia y es repetitivo, lo que es usual

en la jurisprudencia en materia contractual. A continuación, en el mismo apartado del considerando 2.º, señala que integra el contrato, crea especiales deberes de conducta y limita a la autonomía privada:

“se advierte entonces, por las razones que se vienen señalando, que no resulta admisible esquivar la ejecución de buena fe de un contrato a pretexto del rigor de lo convenido”,

y cita un fallo de la Corte de Apelaciones de Pedro Aguirre Cerda de 1988, citado usualmente para justificar la función integradora de la buena fe.

De modo correcto en el fondo, pero insustancial y superficial, sin mayor desarrollo, cita de nuevo un párrafo de la obra de Hernán Corral, mencionado en el fallo Tranex con Angloamerican, en que compara los efectos de la ley injusta al contrato injusto, en la doctrina del derecho natural, según la cual, si la ley injusta no parece ser ley, tampoco es vinculante el contrato injusto y lesivo (considerando 2.º, n.º 4). Estando plena de acuerdo en el trasfondo, parece una mala justificación reiterar casi palabra por palabra lo sostenido en el fallo Tranex con Angloamerican, con el riesgo volver a emitir un fallo con doctrinas que se repiten, *ad hoc*, sin mayor profundización. Es un flaco favor que se le hace a dicha doctrina rectificadora, sobre todo en Chile, considerando que es un medio en que estas doctrinas no cuentan con mucha simpatía y se les mira con recelo, a diferencia de Alemania u Holanda y permite que se acuse a aquella doctrina, y en esto con justa razón, de ser un cajón de sastre o vulgarismo, para justificar cualquier solución, sin hacerse cargo del problema de fondo, por falta de justificación suficiente. En eso este fallo comete un error severo, repitiendo sin originalidad, el veredicto Tranex con Angloamerican. A pesar de que se esté de acuerdo en el fondo de justicia material que aquella sentencia defiende.

Acto seguido, contrapone la autonomía de la voluntad con el principio de buena fe, que forma parte del contenido del negocio y permite corregirlo:

“que constituye un modelo de conducta que revaloriza y modaliza las posiciones de todas las partes, pasando a formar parte del contenido del negocio con el objeto de evitar que, bajo la apariencia de un respeto a su tenor estricto, se lesione el interés del acreedor a ser satisfecho o del deudor a no sacrificarse más allá de lo razonable”.

Si bien, dichos fundamentos son aplicados, de modo correcto a juicio de este artículo; estos poseen con escaso fundamento y menos aún una necesaria justificación de la procedencia de dicha función, no solo con fines de profundidad dogmática, sino, también, para salir al paso de las críticas vertidas en su oportunidad al fallo Tranex con Angloamerican; la Corte resuelve que la ejecución de buena fe del contrato:

“exigía que ambas partes desplegaran las conductas necesarias no solo para satisfacer sus propias expectativas sino que también en pos de los intereses de la contraparte. Evidentemente ello no quiere decir que los contratantes deban renunciar a alcanzar su propia satisfacción sacrificándose sin más en beneficio exclusivo de la otra parte. Pero sí es indudable que esa obligación también les impone abstenerse de ejecutar conductas que impidan a su contraparte obtener el provecho que esperaban alcanzar”.

En virtud de esta acción jurídica, entonces, se exigía, contra lo pactado expresamente, que debía pagar por las obras ejecutadas al término anticipado del mismo y la posición de Eletrans sustentada en la literalidad de la cláusula contractual que obligaba al pago por hitos y no por avance, se considera contrario a la buena fe y es corregida por la Corte. Parece que es una decisión certera, porque se sitúa, de hecho, en el límite de la lesión enorme, dado que se pagó el 20 %, pero el avance era el 70 %, aplicada por analogía, cuestión que la Corte ni siquiera menciona, pero que podría haber desarrollado, dada la estrecha relación entre la tarea correctiva y las instituciones de la lesión e imprevisión. Otra vez el fallo es deficiente en fundamentos, pero contiene una decisión correcta.

En cuanto al incumplimiento imputable, por la prohibición de que entren los trabajadores de Eldu a la obra, la Corte considera que tampoco se condice ese comportamiento con la conducta estudiada y con los deberes que emanan de ella, que se entienden incorporados al contrato (considerando 2.º, n.º 6).

De modo aún más contradictorio, la Corte en el considerando 2.º, n.º 8, señala que los jueces arbitrales de segunda instancia no aplicaron de modo correcto la normativa, el art. 1546, que regula la cuestión y “los jueces de fondo han cometido error de derecho”. Quizá el aspecto procesal, contra norma expresa del recurso de queja, es el punto más criticable del fallo, que, sin ningún sustento legal, invalida la renuncia de las partes a que se conozca vía casación de fondo por la Corte Suprema, propio del compromiso arbitral. No hay norma que permita, fuera del abuso de los jueces, materia propia del recurso de queja, invalidar una sentencia por error de derecho como si fuera casación de fondo, el recurso de queja. Por lo que se condena a Eletrans a pagar a Eldu el daño emergente, correspondiente al porcentaje de la obra ejecutada y no pagada por Eletrans, además de los gastos en que incurrió Eldu con posterioridad al término anticipado del contrato.

### *Conclusiones*

Se ha conceptualizado a la buena fe en su función correctiva, como aquella que permite rectificar el contenido contractual, incluso modificar lo pactado

por las partes, cuando hay consecuencias manifiestamente injustas de su aplicación *stricti iuris*. Es una manifestación de la clásica *aequitas* canónica y la justicia correctiva aristotélica, recogida por el moderno derecho de contratos, pero que genera fuertes tensiones con la seguridad jurídica y el concepto voluntarista de contrato como convención.

Ante eso, se propone pensar el contrato más como un *synallagma*, un intercambio objetivo y conmutativo por esencia, regido por este principio en todas sus partes, donde la autonomía de la voluntad esté del todo sometida a las exigencias del *synallagma*, siendo presupuesto necesario de la contratación, pero no la medida de lo justo en el contrato. El derecho comparado ha recogido estas exigencias de justicia material, pero la fundamentación sigue siendo conflictiva, de ello dan cuenta las diversas oscilaciones en los instrumentos de derecho uniforme, porque el contrato sigue siendo, ante todo, un acuerdo de voluntades que obliga porque las partes lo quisieron. Aunque se le han introducido correctivos, por ejemplo, en materia de cláusulas abusivas y se ha postulado que la buena fe impera sobre la autonomía de la voluntad, el contrato –al estar fundado en la voluntad– sigue conflictuando con dicha norma de corrección y eticidad.

Pero, además, la fundamentación en la jurisprudencia chilena de este principio es muy pobre y ha generado importantes suspicacias en amplios sectores doctrinales, por la inseguridad jurídica y el amplio poder de intervención del juez sobre la voluntad de las partes. Tal vez, si el juez asumiera su *officium iudicis*, con mayor seriedad y responsabilidad, fundamentando de la forma más completa posible un principio tan fuerte que ya a los romanos inquietaba, se podría avanzar hacia el esperable esquema de los grupos de casos (*Fallgruppen*) tan desarrollados en Alemania y precisar jurisprudencial y doctrinalmente las aplicaciones concretas de aquella conducta. Mientras eso no ocurra, y mientras no se cuestione el concepto voluntarista de contrato (no solo se le corrija), en Chile la buena fe, en especial su función correctiva, seguirá bajo cierta sospecha.

## Bibliografía

- ACCATINO, Daniela, “La teoría clásica del contrato y la discusión sobre su adaptación judicial”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 42, n.º 1, Santiago, 2015.
- AEDO BARRENA, Cristián, “Facultad unilateral de terminar el contrato y buena fe contractual”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 33, Santiago, 2019.
- ALCALDE, Enrique y Cristián BOETSCH, *Teoría general del contrato. Doctrina y jurisprudencia*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2021, tomo I.
- ARANCIBIA MATTAR, Jaime (coord.) *La buena fe en el derecho 1990-2020*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020.

- BALMACEDA, Jorge y Sergio PEÑA NEIRA, *Buena fe. Su rol en el derecho chileno contemporáneo*, Santiago, Thomson Reuters, 2022.
- BARROS, Enrique, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, 2ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2020, tomo II.
- BARROS BOURIÉ, Enrique, “Fuerza económica y abuso de posición de debilidad de la contraparte en el desarrollo jurisprudencial y doctrinario del derecho de contratos”, en Hernán CORRAL TALCIANI y Pablo MANTEROLA DOMÍNGUEZ (eds.), *Estudios de derecho civil XII*, Santiago, Thomson Reuters, 2017.
- BAUER THEA, Christine y Mariana BERNAL, “Solidarismo y contratos relacionales: alternativas frente a la pandemia de Covid-19”, en *Revista de Derecho Privado*, núm. 41, Bogotá, 2021.
- BETTI, Emilio, *Teoría general de las obligaciones*, traducción de José DE LOS MOZOS, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1969.
- BOETSCH, Cristián, *La buena fe contractual*, 2ª ed., Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2015.
- BUSTOS, Magdalena, *Interpretación de contratos. Y la buena fe como criterio de interpretación e integración contractual*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023.
- CAMPOS MICIN, Sebastián, “Función suplementaria de la buena fe contractual y deberes de conducta derivados. Un análisis a la luz del moderno Derecho de Contratos”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 37, Santiago, 2021.
- CASTRESANA, Amelia, *Fides, bona fides: un concepto para la creación del derecho*, Madrid, Tecnos, 1991.
- CARDILLI, Riccardo, *Bona fides, tra storia e sistema*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2010.
- CHÉNEDÉ, François, “Las conmutaciones en el derecho privado. Contribución a la teoría general de las obligaciones”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 18, Santiago, 2012.
- CHAMIÉ, Félix, “El principio general de *reductio ad aequitatem* por desequilibrio contractual”, en *Revista de Derecho Privado*, núm. 22, Bogotá, 2012.
- CHAMIÉ, Félix, “Equilibrio contractual y cooperación entre las partes. El deber de revisión del contrato”, en *Revista de Derecho Privado*, núm. 14, Bogotá, 2008.
- CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, Santiago, Imprenta Nascimento, 1938, tomo XI.
- COING, Helmut, *Derecho privado europeo*, trad. Antonio PÉREZ MATIN, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1996, tomo I.
- CONTRERAS, Sebastián, “Derecho natural, ley del contrato, justicia correctiva y buena fe en la tradición aristotélica-escolástica”, en Jaime ARANCIBIA MATTAR (ed.), *La buena fe en el derecho. Estudios en homenaje a los treinta años de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes (Chile)*, Santiago, Editorial Tirant lo Blanc/ Universidad de los Andes, 2020.
- CORRAL TALCIANI, Hernán, “La aplicación jurisprudencial de la buena fe objetiva en el ordenamiento civil chileno”, en *Revista de Derecho Privado*, n.º 12-13, Santiago, 2007.

- DECOCK, Wim, *Theologians and Contract Law. The moral transformation of ius commune (1500-1650)*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2013.
- DE LA MAZA, Iñigo, “La distribución del riesgo y la buena fe. A propósito del error, el dolo y los deberes precontractuales de información”, en *Revista de Derecho (Valparaíso)*, n.º 37, Valparaíso, 2011.
- DE LA MAZA, Iñigo, “La buena fe como dispositivo de ponderación”, en Iñigo DE LA MAZA, Antonio MORALES MORENO y Álvaro VIDAL (coords.), *Estudios de derecho de contratos*, Santiago, Thomson Reuters, 2014.
- DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo, “Quien dice justo dice contractual”, en Esteban PEREIRA FREDES (ed.), *Fundamentos filosóficos del derecho civil chileno*, Santiago, Rubicón, 2019.
- DIEZ-PICAZO, Luis, *La doctrina de los actos propios: un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1963.
- ENNECERUS, Ludwig, Theodor KIPP, Martin WOLFF, *Tratado de derecho civil*, Barcelona, Librería Bosch, 1933, tomo II, vol. I: Derecho de obligaciones.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Madrid, Civitas, 2000.
- GALLO, Filippo, *Synallagma e conventio nel contratto*, I, Torino, G, Giappichelli Editore, 1992.
- GORDLEY, James, *The philosophical origins of modern contract doctrine*, Oxford, Clarendon Law Series, 1991.
- GRASSO, Manuel, “Algunas consideraciones sobre la buena fe en el derecho romano”, en Jaime ARANCIBIA MATTAR (ed.), *La buena fe en el derecho. Estudios en homenaje a los treinta años de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes (Chile)*, Santiago, Editorial Tirant lo Blanc/Universidad de los Andes, 2020.
- GUERRERO HESS, Matías, *La función correctiva de la buena fe: el caso de la letra G) del artículo 16 de la Ley 19.496*, memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. Disponible en <https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/173714/La-funcion-correctiva-de-la-buena-fe.pdf?sequence=1> [fecha de consulta: 25 de octubre de 2023].
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, “La buena fe en el Código Civil de Chile”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 29, n.º 1, Santiago, 2002.
- GÓMEZ CALLE, Esther, *Desequilibrio contractual y tutela del contratante débil*, Pamplona, Aranzadi Thomson Reuters, 2018.
- HESSELINK, Martijn, “The principles of European contract Law: some choices made by the Lando Commission”, in *Global Jurist Frontiers*, vol. 1, Issue 1, 2001.
- HURTADO PALOMINOS, José Vicente, “La buena fe como parámetro jurídico para identificar la modalidad *emptio spei* o *emptio rei speratae* en el contrato de compra-venta de cosa futura”, en *Iustitia*, n.º 13, Bucaramanga, 2015.
- JORDANO FRAGA, Francisco, *La responsabilidad contractual*, Madrid, Editorial Civitas, 1987.

- LANDO, Ole, “The Structure and the Legal Values of the Common Frame of Reference (CFR)”, in *European Review of Contract Law*, vol. 3, Issue 3, Berlin, 2007.
- LANDO, Ole, “Is Good Faith an Over-Arching General Clause in the Principles of European Contract Law?”, in *European Review of Private Law*, vol. 15, Issue 6, Alphen aan den Rijn, 2007.
- LAZO, Patricio y Cristián AEDO, “Excepción de dolo y buena fe. Una aproximación al derecho chileno y continental en la perspectiva de las funciones dogmáticas”, en *Revista de Derecho Privado*, núm. 45, Bogotá, 2023.
- LÓPEZ DÍAZ, Patricia, “El principio de equilibrio contractual en el Código Civil chileno y su particular importancia como fundamento de algunas instituciones de moderno derecho de las obligaciones en la dogmática nacional”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 25, Santiago, 2015.
- LÓPEZ DÍAZ, Patricia, “Por una noción amplia de lesión enorme en el Código Civil chileno: una relectura a partir del principio de equilibrio contractual y la idea de excesiva desproporción contenida en el borrador de los Principios Latinoamericanos de derecho de los vontratos”, en Álvaro VIDAL, Gonzalo SEVERIN y Claudia MEJÍAS (eds.), *Estudios de derecho civil x*, Santiago, Thomson Reuters, 2015.
- LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge, *Los contratos. Parte general*, 5ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2017.
- LYON, Alberto, *Integración, interpretación y cumplimiento de los contratos*, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2017.
- MANTILLA ESPINOSA, Fabricio “El solidarismo contractual en Francia y la constitucionalización de los contratos en Colombia”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 16, Santiago, 2011.
- MIQUEL GONZÁLEZ, José María, “Cláusulas generales y desarrollo judicial del derecho”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 1, Madrid, 1997.
- MOMBERG Rodrigo, “El Código Civil brasileiro de 2002: nuevos principios para el derecho de contratos”, en *Opinión Jurídica*, vol. 13, n.º 26, Medellín, 2014.
- MOMBERG, Rodrigo, “Teoría de la imprevisión: la necesidad de su regulación legal en Chile”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 15, Santiago, 2010.
- MORALES MORENO, Antonio, “El propósito práctico y la idea de negocio jurídico”, en Federico DE CASTRO (coord.), *La modernización del derecho de las obligaciones*, Madrid, Thomson Civitas, 2006.
- MORALES ORTIZ, María Elisa y Pamela MENDOZA ALONZO, “Notas sobre el control de cláusulas abusivas entre empresarios. Una síntesis del modelo alemán”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 34, Santiago, 2020.
- MUNTA MARAMBIO, Renzo, “Sobre la equidad contractual y la obligatoriedad del vínculo: una mirada a la luz de la protección jurídica del contratante débil”, en *Latin American Legal Studies*, vol. 8, n.º 1, Santiago, 2021.
- NEME VILLARREAL, Martha, *La buena fe en el derecho romano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010.

- PADILLA SAHAGÚN, Gumesino, "La buena fe como mecanismo de integración jurídica en América Latina", en Jorge ADAME GODDARD (coord.), *Derecho civil y romano. Culturas y sistemas jurídicos comparados*, México D.F., UNAM, 2006.
- PEREIRA FREDES, Esteban, *¿Por qué obligan los contratos? Justificación normativa de la obligatoriedad del vínculo contractual*, Santiago, Thomson Reuters, 2016.
- PIZARRO WILSON, Carlos, "Notas críticas sobre el fundamento de la fuerza obligatoria del contrato. Fuentes e interpretación del artículo 1545 del Código Civil chileno", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 31, n.º 2, Santiago, 2004.
- RODRIGUEZ DIEZ, Javier y Cristóbal EYZAGUIRRE BAEZA, "Expansión y límites de la buena fe objetiva. A propósito del "Proyecto de Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos", en *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 21, Santiago, 2013.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, "Hacia una nueva concepción del contrato (cinco ideas para su renovación)", en *Actualidad Jurídica*, n.º 27, Santiago, 2013.
- SALAZAR SANTANDER, Arturo, "Análisis de la lesión en el Código Civil chileno a la luz de la doctrina del equilibrio contractual", en *Ius Publicum*, n.º 46, Santiago.
- SAN MARTÍN, Lilián, (coord.) *La buena fe en la jurisprudencia: comentarios y análisis de sentencias*, Santiago, Thomson-Reuters, 2015.
- SAN MARTÍN NEIRA, Lilián, "La cláusula 'ex fide bona' y su influencia en el 'quantum respondeatur' como herramienta para recuperar el equilibrio patrimonial en derecho romano. Los ejemplos de D.19.1.13 pr. y D.19.2.33", en *Revista de Derecho Privado*, núm. 28, Bogotá, 2015.
- SCHERMAIER, Martin, "Bona fides in Roman Contract Law", in Reinhard ZIMMERMANN & Simon WHITTAKER (eds.), *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000.
- SCHMIDT, Jan Peter, "Art. 1: 201. Good Faith and Fair Dealing", in Nils JANSEN and Reinhard ZIMMERMANN, *Commentaries on European Contract Laws*, New York, Oxford Academic, 2018.
- SCHOPF, Adrián, "El desarrollo y la concreción de la buena fe en la integración de los contratos", en *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 38, Santiago, 2022.
- SCHOPF, Adrián, "El lugar de la buena fe en la integración de los contratos en el derecho civil chileno", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 48, n.º 3, Santiago, 2021.
- SCHOPF, Adrián, "La buena fe contractual como norma jurídica", en *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 31, Santiago, 2018.
- SCHOPF, Adrián, "La voluntad común como límite de la buena fe en la integración del contrato", en *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. XXXV, n.º 1, Valdivia, 2022.
- SEVERIN, Gonzalo, "Cláusulas de terminación ad nutum, servicios de larga duración y buena fe objetiva", en Fabián ELORRIAGA DE BONIS (ed.), *Estudios de derecho civil XV. XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Santiago, Universidad Adolfo Ibáñez, Facultad de Derecho, 2020.
- SEVERIN, Gonzalo, "La terminación del contrato de servicio en virtud de una cláusula ad nutum. Comentario de sentencia de la Corte Suprema de 22 de mayo de 2019. Ingeniería y movimientos de Tierra Tranex con Anglo American S.A. (rol

- nº 38506-2017)”, en Hugo CÁRDENAS (ed.), *Jurisprudencia crítica. Comentarios de fallos 2018-2019*, Santiago, Editorial Rubicón, 2020.
- SOTO COAGUILA, Carlos Alberto, “La autonomía privada y la buena fe como fundamento de la fuerza obligatoria del contrato”, en *Vniversitas*, vol. 52, Núm. 106, Bogotá, 2003.
- TALE, Camilo, “Dos de los principios de justicia que rigen los contratos: *pacta sunt servanda* y el principio de equivalencia”, en Eduardo SOTO KLOSS y Sergio CASTAÑO (eds.), *El derecho natural en la realidad social y jurídica*, Santiago, Ediciones UST, 2005.
- VIDAL, Álvaro, “Gestión razonable de los efectos de incumplimiento en la compraventa internacional”, en *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. XVIII, Valdivia, 2005.
- VIDAL, Álvaro, “Propósito práctico, incumplimiento contractual y remedios del acreedor. Con ocasión de tres recientes sentencias de la Corte Suprema”, en *Ius et Praxis*, vol. 20, n.º 1, Talca, 2014.
- VIDAL, Álvaro e Iñigo DE LA MAZA, *Cuestiones de derecho de contratos. Formación, incumplimiento, remedios*, Santiago, Thomson Reuters, 2018.
- VIDAL, Álvaro y Rodrigo MOMBERG, “El límite económico al cumplimiento de contrato. Desde la excesiva onerosidad sobrevenida a los costos excesivos del cumplimiento específico”, en *Vniversitas*, Núm. 137, Bogotá, 2018.
- VILLEY, Michel, *A formação do pensamento jurídico moderno*, trad. Claudia BERLINER, São Paulo, WMF Martin Fontes, 2009.
- VON BAR, Christian, Eric CLIVE and Hans SCHULTE-NÖLKE (eds.), *Principles, definitions and model rules of european private law*. Disponible en [www.ccbe.eu/fileadmin/speciality\\_distribution/public/documents/EUROPEAN\\_PRIVATE\\_LAW/EN\\_EPL\\_20100107\\_Principles\\_definitions\\_and\\_model\\_rules\\_of\\_European\\_private\\_law\\_-\\_Draft\\_Common\\_Frame\\_of\\_Reference\\_DCFR\\_.pdf](http://www.ccbe.eu/fileadmin/speciality_distribution/public/documents/EUROPEAN_PRIVATE_LAW/EN_EPL_20100107_Principles_definitions_and_model_rules_of_European_private_law_-_Draft_Common_Frame_of_Reference_DCFR_.pdf) [fecha de consulta: 15 de abril de 2025].
- WACKE, Andreas, “La ‘exceptio doli’ en el derecho romano clásico y la ‘Verwirkung’ en el derecho alemán moderno”, en Francisco Javier PARICIO SERRANO (coord.), *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al profesor José Luis Murga Gener*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1994.
- WALKER SILVA, Nathalie, “Rol de los tribunales en el restablecimiento del equilibrio contractual. La integración del contrato en el Código Civil chileno”, en *Latin American Legal Studies*, vol. 1, Santiago, 2017.
- WIEACKER, Franz, *El principio general de la buena fe*, traducción de José Luis CARRO, Madrid, Civitas, 1977.
- WIEACKER, Franz, *Historia del derecho privado de la Edad Moderna*, trad. Francisco FERNÁNDEZ JARDÓN, Madrid, Aguilar, 1957.
- ZIMMERMANN, Reinhard, *The law of obligations. Roman foundations of the civilian tradition*, 2<sup>nd</sup> ed., Oxford, Oxford University Press, 1996.
- ZIMMERMANN, Reinhard & Simon WHITTAKER, “Good faith in European contract law: surveying the legal landscape”, in Reinhard ZIMMERMANN & Simon WHITTAKER

(eds.), *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000.

#### JURISPRUDENCIA

- CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (2006), 14 de noviembre de 2006, Guillermo Larraín Vial con SERVIU RM, LexisNexis 35663.
- CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (2022), rol 5296-2022, 21 de septiembre de 2022, Inmobiliaria Pablo Rado Reichberg SpA con Jorge Manríquez Jofré EIRL.
- CORTE SUPREMA (2009), rol 2651-08, 9 de septiembre de 2009, South Andes Capital SA con Empresa Portuaria Valparaíso.
- CORTE SUPREMA (2018), rol 39854-2018, 22 de mayo de 2019, Ingeniería y Movimientos de Tierra Tranex Limitada con Anglo American Sur S.A.
- CORTE SUPREMA (2018), rol 6431-2018, 6 de diciembre de 2019, Sociedad ST Rent Transportes Limitada con Melo Áridos Limitada.
- CORTE SUPREMA (2022), rol 32356-2022, 30 de junio de 2023, ELDU SpA con Eletrans S.A.

#### Siglas y abreviaturas

art.	artículo
arts.	artículos
BGB	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i>
BW	Código Civil holandés
CESL	Common European Sales Law
coord.	coordinadora <i>a veces</i> coordinador
coords.	coordinadores
CPC	<i>Código de Procedimiento Civil</i>
D.	<i>Digesto</i>
DCFR	Draft Common Frame of Reference (Proyecto de Marco Común de Referencia)
D.F.	distrito federal
ed.	edición <i>a veces</i> edition, editor
eds.	editores
EIRL	Empresa Individual de Responsabilidad Limitada
etc.	etcétera
https	Hypertext Transfer Protocol Secure
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i>

LPDC	Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores
Ltda.	limitada
n.º a veces Nº, núm.	número
<i>op. cit.</i>	<i>opere citato</i>
p.	página
PECL	Principios del Derecho Contractual Europeo
pp.	páginas
PUCV	Pontificia Universidad Católica de Valparaíso
RM	Región Metropolitana
S.A.	sociedad anónima
SERVIU	Servicio de Vivienda y Urbanización
SpA	Sociedad por Acciones
ss.	siguientes
trad.	traducción
UNAM	Universidad Nacional Autónoma de México
UST	Universidad Santo Tomás
vol.	volumen

# Derechos fundamentales

---



LAS ACCIONES AFIRMATIVAS  
EN EL SISTEMA DE ADMISIÓN UNIVERSITARIO:  
EL FALLO DICTADO POR LA CORTE SUPREMA  
DE ESTADOS UNIDOS  
EN LA CAUSA STUDENTS FOR FAIR  
ADMISSION INC. V. PRESIDENT  
AND FELLOWS OF HARVARD COLLEGE

AFFIRMATIVE ACTIONS  
IN COLLEGE ADMISSIONS:  
U.S. SUPREME COURT DECISION  
IN STUDENTS FOR FAIR ADMISSION INC.  
V. PRESIDENT AND FELLOWS  
OF HARVARD COLLEGE

*Andrea Íñiguez\**

*Resumen*

En 2023 la Corte Suprema de Estados Unidos dictó fallo en la causa *Students for Fair Admission Inc. v. President and Fellows of Harvard College* y dejó sin efecto las sentencias *Regents of the University of California v. Bakke*, *Grutter v. Bollinger* y *Fisher v. University of Texas*, que habían declarado constitucional las políticas de acciones afirmativas en los procesos de selección de alumnos en atención a su pertenencia a determinadas razas. El presente artículo tiene como objetivo estudiar los aspectos más relevantes del fallo judicial y llevar a cabo un análisis crítico sobre las proyecciones que pueda tener en el futuro, sobre todo en lo que se refiere a cómo se entiende el derecho a la igualdad ante la ley.

Palabras clave: acciones afirmativas, igualdad ante la ley, escrutinio estricto, interés imperioso, discriminación histórica.

---

\* Andrea Íñiguez. Doctora en Derecho, Universidad de los Andes, Santiago de Chile. Profesora de Derecho Constitucional, Universidad Autónoma de Chile. Correo electrónico: rosarioini@gmail.com ORCID: <https://orcid.org/0009-0000-9837-8447>.

Artículo recibido el 5 de diciembre de 2024 y aceptado para publicación el 28 de marzo de 2025.

## *Abstract*

In 2023, the Supreme Court of the United States issued the ruling in the case of *Students for Fair Admission Inc. v. President and Fellows of Harvard College*, which annulled the *Regents of the University of California v. Bakke*, *Grutter v. Grollinger* and *Fisher v. University of Texas* rulings, which had declared that affirmative action policies in the student selection processes based on their belonging to certain races were not against the Constitution. The objective of this article is to analyze the most relevant aspects of the judicial ruling and carry out a critical analysis of the projections it may have in the future, especially with regard to how we understand the right to equality before the law.

Keywords: affirmative actions, equality before the law, strict scrutiny, compelling interest, historic discrimination.

## *Introducción*

En las décadas 1950 y 1960, Estados Unidos fue testigo de un cambio copernicano en lo que se refiere a la integración racial. Ello permitió que se fuera dejando atrás la doctrina de separados, pero iguales que había quedado asentada en el fallo *Plessy v. Ferguson*<sup>1</sup>. Para lograr este cometido, tuvieron un papel clave las sentencias *Brown v. Board of Education*<sup>2</sup> y *Loving v. Virginia*<sup>3</sup>. En el primer caso se declaró inconstitucional la segregación en los establecimientos educacionales y, en el segundo, las normas estatales que prohibían los matrimonios de personas de distintas razas.

Estos fallos fueron acompañados por políticas que tenían como objetivo ayudar al desarrollo de las personas de raza afroamericana, ya que a consecuencia de la discriminación histórica que habían sufrido, se encontraban en una situación social y política desmejorada si se les comparaba con las personas de raza blanca. Con este objetivo, la Universidad de California, sede de Davies, estableció desde 1970, un programa especial de admisión para grupos desventajados.

En 1972, un hombre blanco de nombre Allan Bakke postuló a la Facultad de Medicina de la Universidad de Davies y fue rechazado, a pesar de que fueron aceptados alumnos con menores puntajes que él, pues ellos estaban amparados por un programa especial diseñado para minorías raciales.

---

<sup>1</sup> CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS (1896), caso 163 US 537.

<sup>2</sup> CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS (1954), caso 347 US 483.

<sup>3</sup> CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS (1967), caso 388 US 1.

Ante esta situación, presentó acciones judiciales por estimar que la decisión de la universidad infringía la XIV Enmienda, que protege la cláusula de igualdad ante la ley. La demanda de Allan Bakke terminó en la Corte Suprema y fue rechazada. La Corte señaló que las discriminaciones no están autorizadas en la Constitución y las diferencias que se fundamenten en la raza tienen que pasar por un test de “estricto escrutinio judicial”<sup>4</sup>. Por lo tanto, en el caso Allan Bakke había que preguntarse si las políticas de selección de la Universidad de Davies cumplían con los requisitos de dicha prueba. A este respecto, la Corte determinó que ellas eran constitucionales, ya que tenían como objetivo “superar la subrepresentación crónica de las minorías en la profesión médica”<sup>5</sup>.

En el fallo *Grutter v. Bollinger*, dictado en 2003, la Corte Suprema ratificó la doctrina Bakke. La demandante, Bárbara Grutter, había sido rechazada por la Facultad de Derecho de la Universidad de Michigan por criterios similares a los se le aplicaron a Allan Bakke. Con respecto a las categorías sospechosas, la Corte señaló que las “clasificaciones son constitucionales en la medida en que estuvieran estrictamente adaptados a intereses gubernamentales”<sup>6</sup>, y que “la Escuela de Derecho tiene un interés convincente en tener un cuerpo de estudiantes diverso”<sup>7</sup>. De este modo:

“la Facultad de Derecho ha determinado, basada en su experiencia y pericia, que ‘la masa crítica’ de minorías sub representadas es necesaria para lograr su interés imperioso de asegurar los beneficios educativos de un cuerpo estudiantil diverso”<sup>8</sup>.

En 2016, Jennifer Fisher presentó una demanda en contra de la Universidad de Texas, ya que el uso de criterios raciales de selección de la Facultad de Derecho de esa Universidad había perjudicado su postulación a dicha Casa de Estudios. La Corte nuevamente rechazó el reclamo y determinó que “la diversidad en su cuerpo estudiantil [...] es central para su identidad y su misión institucional”<sup>9</sup>.

La resolución de la Corte Suprema en el caso Bakke tuvo impacto muy similar al que provocó *Roe v. Wade*, pues no dejó conforme a sectores políticos y sociales que no miran con buenos ojos las acciones afirmativas, no solo en los procesos de selección universitaria, sino en otros aspectos de la vida social, económica y política. En consecuencia, no debe extrañar que se in-

---

<sup>4</sup> CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS (1978), caso 438 US 265, p. 267.

<sup>5</sup> *Ibid.*

<sup>6</sup> CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS (2003), caso 539 US 365, p. 326.

<sup>7</sup> *Op. cit.*, p. 328.

<sup>8</sup> *Op. cit.*, p. 333.

<sup>9</sup> CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS (2016), caso 579 US 364, p. 19.

tentara dejarlo sin efecto en diversas ocasiones como fue en Grutter y Fisher. En ambos casos, las demandas fueron rechazadas.

En 2023, la asociación Students for Fair Admission Inc. demandó a las universidades de Harvard y Carolina del Norte, impugnando las políticas de acciones afirmativas de dichas casas de estudios, establecidas en razón a la pertenencia de los postulantes a una raza determinada. Esta vez la Corte Suprema acogió las demandas de los estudiantes y las políticas en cuestión fueron declaradas inconstitucionales. La Corte determinó que los fines que intentaban perseguir dichas universidades con políticas de acciones afirmativas, por muy loables que ellas fueren, “no son suficientemente coherentes con el objetivo del escrutinio estricto”<sup>10</sup>. Con respecto al derecho a la igualdad ante la ley, asegurado en la XIV Enmienda, la Corte sostuvo que ella exige “que la raza nunca puede ser usada como un ‘negativo’ y que no puede operar como estereotipo”<sup>11</sup>. La Corte también hizo referencia al factor temporal, pues se suponía que las políticas de acciones afirmativas serían transitorias y que se utilizarían solo como mecanismo para lograr la integración racial en los campus universitarios. El problema es que dichas políticas no habían cesado y en el caso de las universidades demandadas, no había indicios de que tuvieran establecidos plazos para dar por terminadas las acciones afirmativas como criterio de selección para ingresar a la universidad. De esta forma, la Corte concluyó:

“los programas de las Universidades deben someterse a los de escrutinio estricto, no pueden nunca usar la raza como estereotipo o negativas y que –en cierto punto–deben terminar”<sup>12</sup>

y, en consecuencia, los programas de acciones afirmativas “deben ser invalidados bajo la Cláusula de Igualdad de Protección de la Catorceava Enmienda”<sup>13</sup>.

De la lectura de los fallos Bakke, Grutter, Fisher y Students for Fair Admission se puede concluir que tienen en común que en todos ellos se alega la infracción al principio de igualdad ante la ley en el trato que le deben otorgar las universidades a los estudiantes que postulan a dichas casas de estudio. Por ende, se hace necesario analizar el sentido y alcance de esta garantía, que es piedra angular de la doctrina de los derechos humanos. Además, es menester reflexionar sobre las proyecciones futuras que estas sentencias podrían tener en el sistema jurídico, no solo en Estados Unidos, sino en otros países del mundo.

<sup>10</sup> CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS (2023), caso 600 US 181, p. 23.

<sup>11</sup> *Ibid.*

<sup>12</sup> *Op. cit.*, p. 22.

<sup>13</sup> *Ibid.*

## *I. Elementos doctrinarios de los fallos Bakke, Grutter, Fisher y Students for Fair Admission*

### *A) LA XIV ENMIENDA DE LA CONSTITUCIÓN DE ESTADOS UNIDOS, EL CONCEPTO DE IGUALDAD ANTE LA LEY Y LA DISCRIMINACIÓN*

Uno de los dilemas más relevantes de los fallos que se comentan en este artículo es determinar cuál es el sentido y alcance que se le debe dar a la XIV Enmienda de la Constitución de Estados Unidos y al derecho a la igualdad ante la ley. El segundo es dilucidar cómo se configura la discriminación, es decir, cuándo y en qué casos se entiende que se ha infringido dicha garantía.

#### 1. La XIV Enmienda de la Constitución de Estados Unidos

La XIV Enmienda establece en su parte final que en Estados Unidos no se le puede “negar a ninguna persona [...] la igual protección de las leyes”. Es decir, el Estado ampara el derecho a la igualdad ante la ley. Esta disposición fue dictada una vez terminada la Guerra Civil Estadounidense y tenía como objetivo proteger a los esclavos que habían sido recientemente liberados. Sin embargo, con el paso del tiempo, esta norma jurídica también ha sido utilizada para evitar cualquier tipo de discriminación por nacionalidad u origen racial<sup>14</sup>.

El problema es darle contenido a esta disposición, ya que se trata de una oración amplia y ambigua<sup>15</sup> y, en consecuencia, la doctrina jurídica difiere al momento de determinar el sentido y alcance de la garantía de la igualdad ante la ley. En opinión de algunos, ella debe ser entendida en un sentido formal, es decir, como una igualdad de oportunidades. Esta Enmienda reforzaría la idea de que bajo el amparo de la Constitución de Estados Unidos no está permitido “crear ciudadanos de segunda categoría o ‘casta’”<sup>16</sup>. En la misma línea, el juez Merrick Garland, en su voto disidente en *Plessy v. Ferguson* sostuvo: “nuestra constitución es ciega en relación al color y no conoce ni tolera las clases [...] todos los ciudadanos son iguales ante la ley”<sup>17</sup>. David Davenport opina:

“hombres y mujeres han sido creados iguales ante la ley y, por lo tanto, tienen iguales derechos [...] desde ese punto de partida, las personas son libres para hacer sus propias opciones, como dice la Declaración de Independencia, para alcanzar la felicidad”<sup>18</sup>.

<sup>14</sup> Richard POSNER, “The Bakke Case and the Future of ‘Affirmative Actions’”, p. 173.

<sup>15</sup> Darren HUTCHINSON, “‘Unexplicable on Grounds other than Race’: The Inversion of Privilege and Subordination in Equal Protection Jurisprudence”, p. 616.

<sup>16</sup> Cass R. SUNSTEIN, “Affirmative Action, Caste and Cultural Comparisons” p. 1311.

<sup>17</sup> CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS (1896), caso 163 US 537, p. 559.

<sup>18</sup> David DAVENPORT, “Whatever Happened to Equality of Opportunity”.

Por el contrario, hay autores que entienden la XIV Enmienda desde la perspectiva de la igualdad de resultados, por lo tanto, la garantía de igualdad exige a la autoridad llevar a cabo acciones para lograr ciertos objetivos específicos. En consecuencia, se deben realizar “acciones positivas del gobierno de proveer el igual tratamiento de grupos minoritarios”<sup>19</sup>. Habib Olapade estima que la XIV Enmienda está diseñada para proteger a un grupo, no a una persona, por tal razón, si se quiere declarar la inconstitucionalidad de una “política remedial basada en la raza debe ser enfocada en un nivel grupal en vez de uno individual”<sup>20</sup>. En un sentido similar, Leslie Garfield sostiene que la norma constitucional “no está diseñada para promover la tolerancia está diseñada para promover la justicia”<sup>21</sup>.

## 2. Criterios para determinar si se ha producido o no una discriminación arbitraria

Todas las personas son creadas libres e iguales en dignidad y derechos. Pero todos tienen diferencias, por consiguiente, la cuestión es determinar cuáles serían aquellos criterios válidos, es decir, no discriminatorios, que permitan determinar cuándo una diferencia estaría permitida (y, por ello, sería constitucional) y cuándo, no. En este sentido, existen diversos criterios para solucionar esta cuestión. El primero es la razonabilidad, es decir, la ley o una política que hace diferencias no será discriminatoria en la medida en que esté fundada, que sea racional, que tenga un cierto grado de lógica<sup>22</sup>. El segundo criterio lo plantea Aristóteles cuando señala en la *Ética a Nicómaco* que hay una falta a la igualdad en caso “que cuando aspirantes iguales no tienen partes iguales; o cuando no siendo iguales, reciben sin embargo porciones iguales”<sup>23</sup> y, en consecuencia, las leyes no pueden establecer

“diferencias no razonables o no justificadas para personas que se encuentran en la misma situación, o para que no regule de la misma manera y de forma injustificada a personas que se encuentran en circunstancias desiguales”<sup>24</sup>.

A este criterio también se le podría denominar “método fundado en las circunstancias”<sup>25</sup>. El tercero se refiere al desarrollo de acciones positivas (afir-

<sup>19</sup> Joseph TUSSMAN & Jacobus TENBROEK, “The Equal Protection of the Law”, p. 381.

<sup>20</sup> Habib OLAPADE, “Affirmative Inattention: a Closer Examination of Justice Powell’s Strict Scrutiny. Analysis in Bakke”, p. 40.

<sup>21</sup> Leslie GARFIELD, “Back to Bakker: Defining the Strict Scrutiny Test for Affirmative Action Policies Aimed at Achieving Diversity in the Classroom”, pp. 674-675.

<sup>22</sup> Andrea Rosario ÍÑIGUEZ MANSO, “La noción de ‘categoría sospechosa’ y el derecho a la igualdad ante la ley en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, p. 505.

<sup>23</sup> ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, p. 210.

<sup>24</sup> Miguel CARBONELL, “Equality Rights in Contemporary Constitutionalism”, p. 66.

<sup>25</sup> ÍÑIGUEZ, *op. cit.*, p. 506.

mativas) para favorecer a grupos que han sido históricamente discriminados y que se constituyen en categorías sospechosas, que son aquellas

“características o rasgos personales que, como regla general, no deben utilizarse para establecer diferencias entre individuos tales como la raza, el sexo y la religión, y que el ordenamiento jurídico ha señalado como indicios de discriminación arbitraria”<sup>26</sup>.

Todos estos criterios han sido objeto de críticas. Los dos primeros se refieren a conceptos clásicos que se anclan en Aristóteles y el liberalismo. Se les reprocha el hecho de utilizar un sistema de igualdad matemática, conmutativa, que no tendría en cuenta elementos históricos o sociológicos para determinar si es que ha existido una discriminación. En este mismo sentido, el concepto de Constitución ciega de color<sup>27</sup> (que podría ser considerada como un concepto tradicional de igualdad) ha sido criticado porque se ha estimado que ello no es efectivo, es un término poco conveniente para enfrentar la realidad económica, social y racial de Estados Unidos<sup>28</sup> y, en definitiva, sería un mecanismo para “mantener un estatus quo basado en la explotación de las minorías”<sup>29</sup>.

El elemento de discriminación histórica, como mecanismo para determinar si hay o no discriminación, también ha sido criticado porque rompería con el concepto de justicia en cuanto a que es aquella virtud de dar a cada uno lo suyo con voluntad perpetua y constante. En consecuencia, sus críticos se preguntan por qué una persona blanca tendría que hacerse responsable de las discriminaciones que en el pasado hayan cometido en Estados Unidos personas de su misma raza. La respuesta a esta cuestión sería que, si bien es verdad que no se puede obligar a los blancos del siglo xx a pagar las culpas por los actos de discriminaciones que su raza llevó a cabo en el pasado, lo cierto es que se han beneficiado de dichas discriminaciones y, de esta manera, las ventajas de las cuales gozan hoy no fueron “obtenidas de forma justa”<sup>30</sup>. La exigencia de investigar discriminaciones pretéritas causa problemas, ya que podrían agotar a las Cortes y “consumir sus escasos recursos y producir resultados insatisfactorios”<sup>31</sup>. Por lo demás, el criterio de la discriminación histórica presentaría el siguiente dilema: “¿cómo determinamos

<sup>26</sup> José Manuel DÍAZ DE VALDÉS, “Las categorías sospechosas en el derecho chileno”, p. 190.

<sup>27</sup> Expresión utilizada por el juez Merrick Garland en *Plessy v. Ferguson*.

<sup>28</sup> Neil GOTANDA, “A Critique of ‘Our Constitution is Color Blind’”, p. 68.

<sup>29</sup> Cedric POWELL, “Blinded by Color: The New Equal Protection, the Second Deconstruction, and Affirmative Inaction”, p. 271.

<sup>30</sup> OLAPADE, *op. cit.*, p. 40.

<sup>31</sup> Owen FISS, “Groups and Equal Protection Clause”, p. 145.

cuando un grupo realmente ha experimentado discriminación?”<sup>32</sup>. A la postre, se debe tener presente que las categorías sospechosas, como método para superar la discriminación, presentan problemas porque el juez, en un caso concreto, podría tener enfrentados en estrados a personas que pertenecen a distintos grupos que han sufrido discriminación histórica y eso generaría problemas “en materia de prueba”<sup>33</sup>.

## II. Las acciones afirmativas.

### *Concepto y elementos: el escrutinio estricto, el interés imperioso, la libertad de expresión y la transitoriedad*

#### A) CONCEPTO DE ACCIÓN AFIRMATIVA

Los fallos comentados en el presente artículo tienen como eje central las acciones afirmativas, por lo tanto, es necesario detenerse en este punto y analizar el sentido y alcance de dicha medida. Según James Sterbie es aquella

“política de favorecer a mujeres calificadas y candidatos de minorías sobre hombres o candidatos no minoritarios, con objetivos inmediatos de remediar la discriminación o lograr la diversidad y su objetivo final es tener una sociedad que sea ciega en el color racial (racialmente justa) y libre de género (género libre)”<sup>34</sup>.

En el tema específico de la enseñanza, ellas pretenden corregir las discriminaciones históricas en los centros que se dedican a la educación y lograr la igualdad racial que se le ha denegado por cientos de años a la población afroamericana de Estados Unidos<sup>35</sup>. Para que procedan las acciones afirmativas, la discriminación debe haber sido “sistemática y persistente por largos períodos de tiempo”<sup>36</sup>. Estas acciones reparativas constituirían un acto de justicia<sup>37</sup> y serían una estrategia que se ha adoptado de forma voluntaria por los establecimientos educacionales para remediar la discriminación<sup>38</sup>.

<sup>32</sup> David STRAUSS, “Fisher v University of Texas and the Conservative Case for Affirmative Action”, p. 150.

<sup>33</sup> DÍAZ DE VALDÉS, *op. cit.*, p. 195.

<sup>34</sup> James STERBIE, “Defending Affirmative Action, Defending Preference”, p. 200.

<sup>35</sup> Michael ONDAATIEGH, *Black Conservative Intellectual in Modern America*, p. 55.

<sup>36</sup> Rodolfo FIGUEROA, “Acción afirmativa en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, p. 403.

<sup>37</sup> Russell GALLOWAY Jr. & Henry HEWITT, “The Many Faces of Strict Scrutiny: How the Supreme Court Changes the Rules in Race Cases”, p. 403.

<sup>38</sup> Christine BACK, “‘Affirmative Action’ and Equal Protection in Higher Education”, p. 21.

Según Roberto Saba, ellas se justifican en la medida que cumplan con tres requisitos que se puedan identificar a un

“grupo como entidad individualizable [...] que existen y son identificables algunos ámbitos relevantes para el desarrollo autónomo de las personas que forman parte de ese grupo [...] que ese grupo resulte o haya resultado excluido de alguno o algunos de esos ámbitos por un tiempo considerable de modo que su situación de sometimiento se perpetúe, cristalice y naturalice”<sup>39</sup>.

Además, tendrían como objetivo lograr que se superen las discriminaciones fundadas en la subordinación por raza, contexto en el cual existen divisiones racionales por jerarquías, ya que habría razas

“superiores y subordinados [...] más alto y más bajo [...] reglas de deferencia son puestas en su lugar, fijadas por la ley y por la costumbre [...] se busca así que en estos regímenes se proporcione claridad y certeza ‘a cada uno según su raza’, ordenados jerárquicamente y estrictamente aplicados”<sup>40</sup>.

### B) ELEMENTOS DE LAS ACCIONES AFIRMATIVAS

Las expresiones que se asoman una y otra vez en los fallos Bakke, Grutter y Fisher son la del escrutinio estricto y el interés imperioso del Estado en que se dejen atrás las discriminaciones en las universidades. Las acciones afirmativas en los procesos de selección universitaria estarían justificadas porque cumplen con “un interés imperioso”<sup>41</sup>. Dicho interés no solo se manifestaría en el objetivo de generar una mayor diversidad racial en el campus, sino que, también, como señala el fallo Grutter, tendrían el propósito de que tener una “masa crítica”<sup>42</sup> en la universidad, es decir, el interés imperioso estaría fundando en la Primera Enmienda, que regula la libertad de expresión y que valora una “verdadera diversidad en las discusiones en la sala de clase”<sup>43</sup>.

Como resultado, se exige profundizar los conceptos que se encuentran implícitos en el de acción afirmativa: el escrutinio estricto e interés imperioso.

#### 1. Escrutinio estricto

¿Qué es el escrutinio estricto? Es difícil definirlo, pero reúne criterios en los cuales se deben fundar las diferencias que lleva cabo la ley o una política pú-

<sup>39</sup> Roberto SABA, “Desigualdad estructural y acciones afirmativas”, p. 118.

<sup>40</sup> William VAN ALSTYNE, “Affirmative Actions”, p. 1556.

<sup>41</sup> STRAUSS, “Fisher...”, *op. cit.*, p. 2.

<sup>42</sup> CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS (2003), caso 539 US 306, p. 333.

<sup>43</sup> Even GERSTMANN & Christopher SHORTELL, “The Many Faces of Strict Scrutinity: How the Supreme Court Changes the Rules in Race Cases”, p. 210.

blica y que hacen distinciones en atención a la raza o el sexo. Si no cumplen con ciertos estándares podrían ser declaradas inconstitucionales por infringir la Cláusula de Igual Protección. Ello, porque las diferencias que lleva a cabo la ley o la autoridad no pueden ser autorizadas a menos que sean justificadas. Es decir, deben someterse a escrutinio, a una evaluación para determinar si son constitucionales o no. Como señala el fallo Grutter, “las clasificaciones son constitucionales sólo si son ajustadas estrictamente a los imperiosos intereses del gobierno”<sup>44</sup>.

Las categorías sospechosas son criterios interpretativos que han sido creados por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos y que fue utilizado por primera vez en los casos *United States v. Carolene Products*<sup>45</sup> (aunque fue solo en un pie de página) y en *Korematsu*<sup>46</sup>. Posteriormente, serán usadas en la década de los años cincuenta y sesenta en la lucha por los derechos civiles, como son los casos emblemáticos *Brown v. Board of Education* y *Loving v. Virginia*.

El concepto de categoría sospechosa ha sido difícil de justificar, toda vez que no tiene sustento en el texto expreso de la Constitución e, incluso, ha sido calificada de “estándar doctrinario abstracto”<sup>47</sup>. Sin embargo, se podría considerar como una táctica útil que pretende evitar que los jueces resuelvan conforme a sus “personales filosofías morales en las adjudicaciones constitucionales”<sup>48</sup>.

El escrutinio estricto es un criterio que permite romper la doctrina de la presunción de constitucionalidad de los actos del gobierno y, por lo tanto, un acto de diferenciación racial se presume inconstitucional a menos que se pruebe que dicha diferencia es necesaria para lograr “un interés estatal imperioso y estaba estrictamente diseñado para satisfacer el interés”<sup>49</sup>. En el caso de las acciones afirmativas en las universidades, estas imponen en los directivos la carga de probar que ellas no son discriminatorias. Esta situación ha tenido como consecuencia que estas políticas sean constantemente impugnadas en los tribunales<sup>50</sup>.

<sup>44</sup> CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS (2003), caso 539 US 306, p. 329.

<sup>45</sup> CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS (1938), caso 304 US 144.

<sup>46</sup> CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS (1944), caso 323 US 214.

<sup>47</sup> Ashutosh BHAGWAT, “Affirmative Action and Compelling Interest: Equal Protection Jurisprudence at the Crossroads”, p. 280.

<sup>48</sup> Aaron BAKER, “Proportional, not Strict Scrutinity: Against a US ‘Suspect Classification’ Model under Article 14 in the UK”, p. 872.

<sup>49</sup> Greg ROBINSON & Toni ROBINSON “Korematsu and Beyond: Japanese Americans and the Origins of Strict Scrutinity”, p. 29.

<sup>50</sup> Rachel MORAN, “Bakke’s Lasting Legacy: Redefining the Landscape of Equality and Liberty in Civil Rights Law”, p. 81.

El escrutinio, al cual se debe sujetar las leyes, decreto y políticas públicas que lleven a cabo diferencias, ha sido clasificado en tres grupos. En primer lugar, el escrutinio más básico, que es aquel en el cual se exige “una relación razonable entre la ley y el objetivo legítimo del estado”<sup>51</sup>. En segundo lugar, el escrutinio intermedio requiere una “relación sustancial a un propósito gubernamental importante”<sup>52</sup>. Y, el último el escrutinio estricto que está “estrechamente diseñado para satisfacer un interés gubernamental apremiante”<sup>53</sup>. John Hart Ely estima que no son sospechosas y, de ello, resulta que no son inconstitucionales aquellas discriminaciones que han sido establecidas por una raza en favor de otra. Lo anterior sucede cuando los blancos permiten discriminaciones que no los favorecen a ellos, sino a personas afroamericanas<sup>54</sup>.

En *Bakke*, la Corte Suprema determinó que “las clasificaciones raciales y étnicas de cualquier tipo son esencialmente sospechosas y llaman a un escrutinio estricto”<sup>55</sup>. La idea de que las diferencias fundadas en la raza deben pasar el test del escrutinio estricto será confirmada con posterioridad por la Corte en los casos *Grutter* y *Fisher*. En *Students for Fair Admission*, la Corte cambió su jurisprudencia y señaló que los programas de especiales impugnados “no eran suficientemente coherentes para el propósito del escrutinio estricto”<sup>56</sup>. Es decir, que no habían superado la prueba, ya que “no es claro en cómo se supone que las cortes deben medir estos propósitos”<sup>57</sup>, además, las universidades no habrían cumplido con el deber que tienen de probar que los programas están cumpliendo con el fin de lograr un “‘robusto’ intercambio de ideas”<sup>58</sup>.

## 2. El interés imperioso del Estado

En el caso *Bakke*, la Corte Suprema sostuvo que el Estado tenía un interés imperioso en que hubiera diversidad racial en las universidades y, así, bajo el amparo de la XIV Enmienda, se podían justificar los programas de admisión universitaria que utilizan acciones afirmativas. El mismo argumento se repitió en *Grutter*. En *Fisher*, la Corte no se pronunció sobre el interés imperioso porque esta figura no fue alegada en estrados. En todo caso, el interés imperioso no ha sido un tema pacífico. El juez Antonin Scalia, en su voto parti-

<sup>51</sup> GERSTMANN & SHORTELL, *op. cit.*, p. 210.

<sup>52</sup> *Ibid.*

<sup>53</sup> *Ibid.*

<sup>54</sup> JOHN HART ELY, “The Constitutionality of Reverse Racial Discrimination”, p. 727.

<sup>55</sup> CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS (1978), caso 438 US 265, p. 267.

<sup>56</sup> CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS (2023), caso 600 US 181, p. 23.

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

<sup>58</sup> *Ibid.*

cular en Grutter, sostuvo que no le convencía el argumento de que las acciones afirmativas lograran el objetivo de “mantener el ‘prestigio’ de la escuela de derecho”<sup>59</sup>. También manifestó en su voto disidente en el caso Adarand que “el gobierno nunca puede tener un ‘interés imperioso’ en discriminar por motivos de raza”<sup>60</sup>.

En relación con el interés imperioso del Estado, “se requiere que el beneficio esté vinculado al daño: mientras más severa sea la desventaja, más imperiosos son los beneficios”<sup>61</sup>. Pero el beneficio para los grupos históricamente discriminados sería temporal. Desde el momento que esta situación se invierte, las acciones que tienen como objetivo compensar las discriminaciones dejan de ser imperiosas. Si se probara que la heterogeneidad no genera provecho, entonces no habría interés imperioso del Estado y las acciones afirmativas deberían cesar<sup>62</sup>. El problema es que, tal como señaló la Corte en el caso *Students for Fair Admission*, las universidades demandadas no habían probado que tuvieren intensión alguna de dejar atrás dichas políticas, por lo cual “no hay razón para creer que los demandados –aún actuando de buena fe– cumplan en el corto plazo con la Cláusula de Igual Protección”<sup>63</sup>.

#### a) Acciones afirmativas y Primera Enmienda

Las acciones afirmativas en los procesos de admisión a las universidades también pueden ser justificadas desde otro punto de vista: la libertad de expresión, derecho asegurado en la Primera Enmienda de la Constitución. Es decir, los directivos universitarios podrían libremente diseñar políticas de acciones afirmativas fundados en esta garantía. Rachel Moran estima que el fundamento de estas políticas de acciones afirmativas, estaría subsumido en este derecho y la Corte debería respetar el margen de las universidades para decidir en este tema, ya que estas instituciones han tenido una gran importancia en “la tradición de promoción de la democracia que ha sido un sello distintivo de las instituciones de la educación superior”<sup>64</sup>. En igual sentido, Paul Horwitz estima que el fallo Grutter abrió una ventana para analizar las acciones afirmativas en las universidades desde la perspectiva de la Primera Enmienda

---

<sup>59</sup> Bárbara Grutter había sido rechazada de la Facultad de Derecho en la Universidad de Michigan.

<sup>60</sup> CORTE SUPREMA DE ESTADOS (1995), caso 515 U.S. 200, p. 239.

<sup>61</sup> FISS, *op. cit.*, p. 116.

<sup>62</sup> Adam CHILTON, Justin DRIVER, Jonathan MASUR & Kyle ROZEMA, “Assessing Affirmative Action’s Diversity”, p. 336.

<sup>63</sup> CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS (2023), caso 600 US 181, p. 34.

<sup>64</sup> MORAN, “Bakke’s...”, *op. cit.*, p. 2622.

y que esta disposición permite que ellas puedan desarrollar y diseñar sus propias reglas sin estar encorsetados en reglas jurídicas poco adecuadas<sup>65</sup>.

Sin embargo, la Primera Enmienda no reconoce un derecho absoluto a los establecimientos educacionales, y eventualmente puede haber impugnación judicial en los casos en que las políticas de admisión a las universidades puedan ser inconstitucionales por infringir la igualdad ante la ley. Es decir, el hecho que se le reconozca un margen de apreciación a los centros educativos no es un obstáculo para que dichas reglas no puedan ser objeto de “escrutinio judicial”<sup>66</sup>, sobre todo si sus decisiones vulneran la igualdad ante la ley. Esta idea fue confirmada por la Corte Suprema en *Runyon v. McCrary* cuando determinó que la Primera Enmienda no protegía el derecho de los colegios privados a “excluir minorías raciales de dichas instituciones”<sup>67</sup>.

#### b) Acciones afirmativas en la universidad, objetivo transitorio

Desde que la Corte Suprema emitió el fallo *Bakker* uno de los principales desafíos ha sido definir el propósito de las acciones afirmativas, un aspecto que dicha decisión no aclaró<sup>68</sup>. Al parecer, su propósito es lograr la integración racial en las universidades y en el ámbito profesional. Al alero de esta hipótesis, las acciones afirmativas debían ser temporales, y mantenerse mientras se extienda la discriminación. El fallo *Bakke* no estableció criterios numéricos y no definió la cantidad de alumnos pertenecientes a minorías étnicas que debía tener una Facultad para certificar tal integración. Según Thomas Sowell, lograr este cometido no representaría dificultades si es que el procedimiento estuviera en manos de los sostenedores o los legisladores. Pero cuando este control se ventila en los tribunales por la vía de las acciones constitucionales, el tema se complica, porque no se entendería cómo un “programa puede ser transitoriamente constitucional”<sup>69</sup>.

En este sentido, el fallo *Grutter* fue muy importante porque, si bien determinó que las acciones afirmativas eran deseables en 2003, año que se dictó la sentencia, la Corte no podía asegurar que podría darles amparo constitucional en el futuro y, en consecuencia, declaró que “esperamos que en 25 años contando desde ahora, el uso de las preferencias raciales no serán

<sup>65</sup> Paul HORWITZ, “Grutter’s First Amendment”, p. 589.

<sup>66</sup> Peter WIDULSKI, “Bakke, Grutter and the Principle of Subsidiarity”, p. 877.

<sup>67</sup> CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS (1976), caso 427 US 160, p. 176.

<sup>68</sup> Marcia SYNNOT, “The Evolving Diversity Rationales in University Admissions: from Regents v/s Bakke to the University of Michigan”, p. 474.

<sup>69</sup> Thomas SOWELL, “Webber and Bakke and the Presuppositions of ‘Affirmative Actions’”, p. 1311.

necesarias para lograr el interés aprobado hoy”<sup>70</sup>. Conforme lo señala Edward Kellogg, las acciones afirmativas iban a existir en la medida que no se hubiera hecho

“suficiente progreso en la batalla contra la discriminación y las minorías y las mujeres no siguieran teniendo desventajas en sus esfuerzos para lograr oportunidades laborales por su raza, etnia o sexo”<sup>71</sup>.

El problema de la postura de Edward Kellogg es la siguiente: ¿cómo se determina que ya se alcanzó esa igualdad? ¿Cuáles serían los criterios para definirla? Los fallos Grutter y Fisher no lo aclararon. A causa de lo anteriormente dicho, no debe extrañar que la Corte Suprema resolviera en 2023 que no se podía deducir, de las políticas de las universidades demandadas, que ellas tuvieran un plan para terminar con estos programas, por lo cual, concluyó:

“las repetidas demandas que los programas de admisión deben terminar se pasan por alto, se retuercen, peor aún, en una demanda de que tales programas nunca se detengan”<sup>72</sup>.

### c) El papel de la Corte Suprema y las políticas de admisión a las universidades

¿Es conveniente que la Corte Suprema tenga la competencia para pronunciarse sobre las acciones afirmativas como criterio de ingreso a las universidades? Mark Tushnet sostiene que la Constitución de Estados Unidos no contempla autorizaciones para que puedan regularse las acciones afirmativas ni que ellas puedan ser una excepción a la igualdad ante la ley<sup>73</sup>. David Schwartz plantea sus dudas en cuanto a que si es conveniente que la cuestión de las acciones afirmativas sea resuelta por la Corte Suprema, y concluye que no es ella la que debe dar respuesta a este problema, el cual debe ser zanjado por la política<sup>74</sup>. Además, señala que es muy atractivo para los juristas provocar la participación de los tribunales en este tipo de situaciones y agrega: “si podemos encontrar el argumento ganador, los litigantes podemos hacer las políticas públicas”<sup>75</sup>. Matthew Kane estima que el problema de fallos como Bakke es que no pueden ser aplicados solo a través de la facultad de imperio que

<sup>70</sup> CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS (2003), caso 539 US 306, p. 343.

<sup>71</sup> J. Edward KELLOGG, *Understanding Affirmative Actions Politics Discrimination and Search for Justice*, p. 150.

<sup>72</sup> CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS (2023), caso 600 US 181, p. 38.

<sup>73</sup> Mark TUSHNET, “United States: Supreme Court Rules on Affirmative Actions”, p. 158.

<sup>74</sup> David SCHWARTZ, “The Case of the Vanishing Protection Class: Reflection on Reverse Discrimination, Affirmative Action and Racial Balancing”, p. 658.

<sup>75</sup> SCHWARTZ, *op. cit.*, pp. 688-689.

tienen los tribunales, sino que requieren de la colaboración de agentes no judiciales para poder ser ejecutados<sup>76</sup>. Mark Kende sostiene que, si bien Bakke fue un fallo inicialmente débil, ha tenido mucho ímpetu considerando que existe un gran número de establecimientos de educación que han diseñado planes de admisión inspirados en su contenido<sup>77</sup>. Es muy difícil saber si estos programas son o no populares en la población<sup>78</sup>, pero, de todas maneras, se podría considerar que las decisiones de la Corte Suprema en materia de acciones afirmativas podrían contribuir a la paz de la sociedad<sup>79</sup>.

En todo caso, y a propósito de esta cuestión, no se debe olvidar el principio de supremacía constitucional. La Constitución es la norma superior y sus preceptos son obligatorios para todas las personas, tanto naturales como jurídicas. Si bien la universidad es una institución a la cual el Estado y sus organismos le deben reconocer autonomía y no tratar de diseñar sus políticas a través de fallos judiciales, lo cierto es que los derechos constitucionales, tales como la igualdad ante la ley, son vinculantes para una institución como la universidad de lo cual se deduce que la Corte puede resolver causas en las cuales se reclama por la infracción, por parte de los privados, del derecho a la igualdad ante la ley consagrado en la XIV Enmienda.

Cabe tener presente que la Corte Suprema no solo ha recurrido a la XIV Enmienda cuando debe asegurar el derecho a la igualdad en los procesos de admisión a la universidad. Este criterio también se ha utilizado en otros ámbitos de la vida social cuando se ha visto afectada la igualdad ante la ley. En el caso *Shelley v. Kraemer*<sup>80</sup> la Corte resolvió que se vulneraba la XIV Enmienda cuando las autoridades locales trataban de ejecutar contratos entre privados que tenían por objetivo negarles a personas de una raza específica la libertad de vivir en determinados barrios. En *Runyon v. McCrary*<sup>81</sup>, se prohibió la discriminación racial en el sistema privado de educación, aunque fuera parte del proyecto educativo del colegio; en *Boynton v. Virginia*<sup>82</sup>, la Corte declaró inconstitucional la separación por raza en restaurantes ubicados en estaciones de buses y en *Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District No. 1*<sup>83</sup>, la Corte Suprema estableció que era con-

<sup>76</sup> Matthew E. KANE, *The Nature of the Supreme Court*, p. 97.

<sup>77</sup> Mark KENDE, "Is Bakke Now a Super Precedent and Does it Matter: The US Supreme Court's Updated Constitutional Approach to Affirmative Action in Fisher", p. 18.

<sup>78</sup> KANE, *op. cit.*, p. 104.

<sup>79</sup> Álvaro CUEVAS, "La diversidad como bien jurídico tutelado: algunas reflexiones para Chile a la luz de los casos sobre 'Affirmative Action' contra la Universidad de Michigan, EE.UU.", p. 171.

<sup>80</sup> CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS (1948), caso 334 US 1.

<sup>81</sup> CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS (1976), caso 427 US 160.

<sup>82</sup> CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS (1960), caso, 364 US 454.

<sup>83</sup> CORTE SUPREMA DE ESTADO UNIDOS (2004), caso 551 US 701.

trario a la Constitución el uso de criterios raciales para asignar los distritos escolares de los niños.

### *Conclusión*

En 1865, días antes que finalizara la guerra civil estadounidense, Frederick Douglass, destacado líder antiesclavista del norte de Estados Unidos, dio un discurso ante la Sociedad Antiesclavista de Massachusetts y, a propósito de la cuestión sobre qué hacer con los esclavos que serían prontamente liberados, respondió:

“¡No hagan nada con nosotros! Sus acciones con nosotros ya nos han hecho daño [...] Si un Negro no se puede parar en sus propias piernas, déjenlo caer. Sólo les pido, denles una oportunidad para ponerse de pie solo. ¡Déjenlos solos!”<sup>84</sup>.

De las palabras de este esclavo fugitivo, que llegó a ser uno de los líderes de la Emancipación, se puede deducir que antes del fin de la guerra, de forma clarividente, se dio cuenta que la cuestión sobre qué hacer con los esclavos liberados sería un tema crucial una vez terminada la guerra civil. Y pareciera ser que su solución era más bien cercana a las posturas del liberalismo clásico sobre la igualdad ante la ley, es decir, la entendía como una igualdad de oportunidades. Frederick Douglass temía que las acciones, por cierto, bien intencionadas, destinadas ayudar y reparar la discriminación que habían sufrido los esclavos, los podrían terminar perjudicando.

El problema de fondo en torno a la polémica que se ha generado con respecto a las acciones afirmativas no tiene su raíz en si ellas pasan o no los criterios de escrutinios estrictos, sino en el verdadero eje de la cuestión: no existe acuerdo en la academia jurídica ni en las ciencias políticas en cuanto a qué se debe entender por igualdad ante la ley: si como una igualdad de oportunidades, entonces se podría concluir que las acciones afirmativas son una infracción del principio de igualdad ante la ley; si se utilizan factores sociológicos e históricos para determinar la existencia o no de discriminación, entonces las acciones afirmativas sí tendrían una justificación y no afectarían la igualdad ante la ley.

Las acciones afirmativas han tenido sus defensores y detractores. Por una parte, han sido consideradas como una política necesaria para lograr equiparar la cancha por las diferencias que han generado las discriminaciones históricas. Pero también han sido criticadas, porque son formas generales de castigar

---

<sup>84</sup> Frederick DOUGLAS, “What a Black Man Wants”.

la discriminación, que terminan afectando a los que no fueron responsables de promoverlas. Además, contribuyen a crear antipatía no solo contra los que gestionan los programas de acciones afirmativas, sino, también, en contra de los beneficiarios de ellas<sup>85</sup>. Y es probable que esta fuese la situación que Frederick Douglas temía en 1865.

Otro problema no menor que plantean las acciones positivas en las políticas de admisión a las universidades de Estados Unidos se refiere a su extensión en el tiempo. Es decir, ellas deberían ser remediales y transitorias. Pero las acciones afirmativas en los procesos de selección universitaria, que podrían haber sido necesarias en 1978 cuando se dictó el fallo Bakke, no cesaron en el tiempo. Se debe tener en cuenta que cuando la Corte resolvió el caso *Students for Fair Admission* ya habían pasado por los centros universitarios de Harvard y la UNC dos generaciones de estudiantes que no nacieron ni se educaron bajo el yugo del sistema de separados pero iguales y, por lo tanto, cabe preguntarse si era razonable que estas y otras universidades mantuvieran vigentes las acciones afirmativas en 2023.

En todo caso, se debe insistir en un punto. Si se quiere proyectar a futuro la cuestión de las políticas de acciones afirmativas (no solo en los procesos de admisión universitaria), no se podrá soslayar una discusión previa y se refiere a qué se debe entender por igualdad ante la ley. Este no es solo un dilema para la doctrina jurídica de Estados Unidos, sino que es problema universal, del cual Chile tampoco ha estado ajeno, como lo demuestran los procesos constituyentes de 2020-2022 y 2023.

En definitiva, cualquier discusión futura sobre acciones afirmativas, y no solo en lo relativo con los criterios de selección universitaria, sino que, también, en otros ámbitos de la vida social, tales como en el tema de los cupos especiales para mujeres en política o en directorios de empresas, se debería tener en consideración este punto de partida, es decir, si la igualdad se entiende como igualdad de oportunidades o de resultados. Será difícil avanzar en la protección de la igualdad ante la ley si antes no se sinceran las posturas que se tengan sobre esta cuestión.

## Bibliografía

- ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, San José, Imprenta Nacional, 2016.
- BACK, Christine, "Affirmative Action' and Equal Protection in Higher Education", in *Congressional Research Service*, pp. 1-44. Disponible en <https://sgp.fas.org/crs/misc/R45481.pdf> [fecha de consulta: 15 de abril de 2025].

---

<sup>85</sup> Thomas SOWELL, *Affirmative Action Reconsidered: Was it Necessary of Affirmative Actions?*, p. 45.

- BAKER, Aaron, “Proportional, Not Strict Scrutiny: Against a US ‘Suspect Classification’ Model under Article 14 ECHR in the UK” en *The American Journal of Comparative Law*, vol. LVI, number 4, Michigan, 2008, pp. 847-893.
- BHAGWAT, Ashutosh, “Affirmative Action and Compelling Interest: Equal Protection Jurisprudence at the Crossroads”, in *Journal of Constitutional Law*, vol. 4, Issue 2, Pennsylvania, 2002, pp. 260-280.
- CARBONELL, Miguel, “Equality Rights in Contemporary Constitutionalism”, en *Derechos Fundamentales & Justicia*, vol. 11, Belo Horizonte, 2010, pp. 55-84.
- CHILTON, Adam, Justin DRIVER, Jonathan MASUR & Kyle ROZEMA, “Assessing Affirmative Action’s Diversity Rationale”, in *Columbia Law Review*, vol. 122, No. 2, New York, 2022, pp. 331-406.
- CUEVAS MANRIQUEZ, Álvaro, “La diversidad como bien jurídico tutelado: algunas reflexiones para Chile a la luz de los casos sobre ‘Affirmative Action’ contra la Universidad de Michigan, EE.UU.”, en *Revista Derecho Mayor*, n.º 2, Santiago, 2003, pp. 163-172.
- DAVENPORT, David: “Whatever Happened to Equality of Opportunity?”. Disponible en [www.hoover.org/research/whatever-happened-equality-opportunity](http://www.hoover.org/research/whatever-happened-equality-opportunity) [fecha de consulta: 23 de enero de 2025].
- DÍAZ DE VALDÉS, José Manuel, “Las categorías sospechosas en el derecho chileno”, en *Pro Jure. Revista de Derecho - Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. 50, núm. 1, Valparaíso, 2018, pp. 189-218.
- DOUGLAS, Frederick, “What a Black Man Wants”. Disponible en [www.blackpast.org/african-american-history/1865-frederick-douglass-what-black-man-wants/](http://www.blackpast.org/african-american-history/1865-frederick-douglass-what-black-man-wants/) [fecha de consulta: 26 de abril de 2024].
- FIGUEROA, Rodolfo, “Acción afirmativa en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 43, n.º 2, Santiago, 2016, pp. 401-433.
- FISS, Owen M., “Groups and Equal Protection Clause”, in *Philosophy & Public Affairs*, vol. 5, No. 2, Hoboken, 1976, pp. 107-177.
- GARFIELD, Leslie Y., “Back to Bakke: Defining the Strict Scrutiny Test for Affirmative Action Policies Aimed at Achieving Diversity in the Classroom”, in *Nebraska Law Review*, vol. 83 Issue 3, Lincoln, 1987, pp. 631-684.
- GALLOWAY, Russell Jr. & Henry HEWITT, “The Many Faces of Strict Scrutiny: How the Supreme Court Changes the Rules in Race Cases”, in *University of Pittsburgh Law Review*, vol. 17, No. 2, Pittsburgh, 2010, pp. 1-21.
- GERSTMANN, Even & Christopher SHORTELL, “The Many Faces of Strict Scrutiny: How the Supreme Court Changes de Rules in Race Cases”, in *University of Pittsburgh Law Review* vol. 72, No. 1, Pittsburgh, 2010, pp. 1-52.
- GOTANDA, Neil, “A Critique of ‘Our Constitution is Color Blind’”, in *Stanford Law Review*, vol. 44, No. 1, Stanford, 1991, pp. 1-68.
- HART ELY, John, “The Constitutionality of Reverse Racial Discrimination”, in *The University of Chicago Law Review*, vol. 41, Chicago, 1974, pp. 723-741.
- HIERS, Richard H., “Institutional Academic Freedom or Autonomy Grounded upon the First Amendment: A Jurisprudential Mirage”, in *Institutional Academic Freedom*, vol. 30, No. 1, 2007, pp. 1-58.

- HOCHSCHILD, Jennifer, "The Strange Career of Affirmative Action", in *Ohio State Law Journal*, vol. 59, No. 3, Ohio, 1969, pp. 997-1038.
- HORWITZ, Paul, "Grutter's First Amendment", in *U San Diego Legal Studies Research Paper*, vol. 46, No. 5-6, San Diego, 2004, pp. 460-590.
- HUTCHINSON, Darren Lenard, "'Unexplainable on Grounds other than Race': The Inversion of Privilege and Subordination in Equal Protection Jurisprudence", in *University of Illinois Law Review*, No. 3, Illinois, 2003, pp. 615-700.
- INIGUEZ MANSO, Andrea Rosario, "La noción de 'categoría sospechosa' y el derecho a la igualdad ante la ley de en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en *Pro Jure. Revista de Derecho - Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. 43, núm. 2, Valparaíso, 2014, pp. 495-516.
- KANE HALL, Matthew Eric, *The Nature of the Supreme Court*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011.
- KELLOG, J. Edward, *Understanding Affirmative Actions Politics Discrimination and Search for Justice*, Washington DC, Georgetown University Press, 2006.
- KENDE, Mark S., "Is Bakke Now a Super Precedent and Does it Matter: The US Supreme Court's Updated Constitutional Approach to Affirmative Action in Fisher", in *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, vol. 6, Pennsylvania, 2013, pp. 15-24.
- MORAN, Rachel F., "Bakke's Lasting Legacy: Redefining the Landscape of Equality and Liberty in Civil Rights Law", in *UC Davis Review*, vol. 52, No. 5, Davis, 2019, pp. 2569-2626.
- MORAN, Rachel F., "The Unbearable Emptiness of Formalism: Autonomy, Equality and the Future of Affirmative Action", in *North Carolina Law Review*, vol. 100, No. 3, North Carolina, 2022, pp. 785-831.
- OLAPADE, Habib, "Affirmative Inattention: A Closer Examination of Justice Powell's Strict Scrutiny Analysis in Bakke", in *Columbia Undergraduate Law Review*, vol. XI, Issue 1, New York, 2015, pp. 27-51.
- ONDAATJE, Michael L., *Black Conservative Intellectuals in Modern America*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2010.
- POSNER, Richard A., "The Bakke Case and the Future of 'Affirmative Action'", in *California Law Review*, vol. 67, Berkeley, 1979, pp. 171-189.
- POWELL, Cedric Merlin, "Blinded by Color: The New Equal Protection, the Second Deconstruction, and Affirmative Inaction", in *University of Miami Law Review*, vol. 51, No. 2, Miami, 1997.
- ROBINSON, Greg & Toni ROBINSON, "Korematsu and Beyond: Japanese Americans and the Origins of Strict Scrutiny", in *Law and Contemporary Problems*, vol. 68, Issue 2, Durham, 2005, pp. 29-55.
- SABA, Roberto, "desigualdad estructural y acciones afirmativas", en Pamela DÍAZ-ROMERO y Augusto VARAS (eds.), *Acción afirmativa. Política para una democracia efectiva*, Santiago, Fundación Requititas/RIL Editores, 2013, pp. 85-125.
- SCHWARTZ, David S., "The Case of the Vanishing Protection Class: Reflection on Reverse Discrimination, Affirmative Action and Racial Balancing", in *Wisconsin Law Review*, No. 2, Wisconsin, 2002, pp. 657-689.

- SOWELL, Thomas, *Affirmative Action Reconsidered: Was it Necessary in Academia?*, Washington DC, American Enterprise Institute, 1975.
- SOWELL, Thomas, “Webber and Bakke and the Presuppositions of ‘Affirmative Actions’”, in *Wayne Law Review*, vol. 26, Issue 4, Detroit, 1979-1980, pp. 1309-1336.
- STERBIE, James P., “Defending Affirmative Action, Defending Preference”, in Carl COHEN *et al.*, *Affirmative Action and Racial Preference: a Debate*, Oxford, Oxford University Press, 2003.
- STRAUSS, David A., “Fisher v University of Texas and the Conservative Case for Affirmative Action”, in *The Supreme Court Review*, vol. 2016, Chicago, 2018, pp. 1-24.
- STRAUSS, Marcy, “Reevaluating Suspect Classifications”, in *Seattle University Law Review*, vol. 35, No. 1, Seattle, 2011, pp. 135-174.
- SUNSTEIN, Cass R., “Affirmative Action, Caste, and Cultural Comparisons”, in *Michigan Law Review*, vol. 97, Issue 5, Chicago, 2019, pp. 1311-1320.
- SYNNOTT, Marcia G., “The Evolving Diversity Rationales in University Admissions: From Regentes v/s Bakke to the University of Michigan”, in *Cornell Law Review*, vol. 90, No. 2, Ithaca, 2005, pp. 463-504.
- TUSSMAN, Joseph & Jacobus TENBROEK, “The Equal Protection of the Law”, in *California Law Review*, vol. 37, No. 3, Berkeley, 1948, pp. 341-381.
- TUSHNET, Mark, “United States: Supreme Court Rules on Affirmative Actions”, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 2, Issue 1, New York, 2004, pp. 158-173.
- VAN ALSTYNE, William, “Affirmative Actions”, in *Wayne Law Review*, vol. 46, No. 3, Detroit 2000, pp. 1517-1563.
- WILDULSKI, Peter, “Bakke, Grutter and the Principle of Subsidiarity”, in *Hastings Constitutional Quarterly*, vol. 32, No. 4, San Francisco, 2005, pp. 847-908.

#### JURISPRUDENCIA

- CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS (1896): sentencia 163 US 537, 18 de mayo de 1896.
- CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS (1938): sentencia 304 US 144, 25 de abril de 1938.
- CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS (1944): sentencia 323 US 214, 18 de diciembre de 1944.
- CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS (1948): sentencia 334 US 1, 3 de mayo de 1948.
- CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS (1954): sentencia 347 US 483, 17 de mayo de 1954.
- CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS (1960): sentencia 364 US 454, 5 de diciembre de 1960.
- CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS (1967): sentencia 388 US 1, 12 de junio de 1967.
- CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS (1976): sentencia 427 US 160, 25 de junio de 1976.

- CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS (1978): sentencia 438 US 265, 28 de junio de 1978.
- CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS (1995): sentencia 515 U.S. 200, 12 de junio de 1995.
- CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS (2003): sentencia 539 US 306, 29 de junio de 2003.
- CORTE SUPREMA DE ESTADO UNIDOS (2007), sentencia 551 US 701, 28 de junio de 2007.
- CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS (2016): sentencia 579 US 365, 23 de junio de 2016.
- CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS (2023): sentencia 600 US 181, 29 de junio de 2023.

### *Siglas y abreviaturas*

<i>al.</i>	<i>alii</i>
DC	District of Columbia
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i>
Inc.	incorporation
n.º <i>a veces</i>	núm. número
No.	number
<i>op. cit.</i>	<i>opere citato</i>
p.	página
pp.	páginas
UNC	University of North Carolina
v. <i>a veces</i>	v/s versus
vol.	volumen
www	World Wide Web



# Historia de las ideas políticas

---



JEAN-MARIE LE PEN:  
*L' ENFANT TERRIBLE*  
DE LA V REPÚBLICA FRANCESA

JEAN-MARIE LE PEN:  
*THE ENFANT TERRIBLE*  
OF THE V FRENCH REPUBLIC

*José Díaz Nieva\**

*Resumen*

Jean-Marie Le Pen fue el más destacado representante de la derecha nacionalista francesa por cerca de setenta años. Su figura estuvo salpicada de controversias sobre temas como el holocausto o la inmigración. No puede decirse que fuera un ideólogo, pero sí un líder nato que supo llevar a su formación de la marginalidad a las puertas del Palais de l'Élysée.

Palabras clave. Francia, Jean-Marie Le Pen, Frente Nacional, nacionalismo, extrema derecha.

*Abstract*

Jean-Marie Le Pen was the most prominent representative of the French nationalist right about seventy years. His figure was peppered with controversies on topics such as the Holocaust or immigration. It cannot be said that he was an ideologue, but he was a born leader who knew how to take his formation from marginality to the doors of the Palais de l'Élysée.

Keywords. France, Jean-Marie Le Pen, National Front, nationalism, right-wing.

---

\* Doctor en Derecho (Universidad Complutense de Madrid) y Doctor en Historia (UNED). Profesor titular en la Universidad Santo Tomás, Región Metropolitana, Santiago, Chile. Correo electrónico: jdniev@gmail.com ORCID: 0000-0002-0853-4678.

Artículo recibido el 25 de febrero de 2025 y aceptado para publicación el 30 de marzo de 2025.

## Introducción

El pasado 7 de enero miles de franceses se echaban a las calles y ocupaban las principales plazas de sus ciudades. En la capital parisina, concurrieron a la Place de la République, bajo la égida de la Belle Marianne, personificación misma de la nación. Se podría pensar que se pretendía recordar a los fallecidos hace diez años en el atentado yihadista al semanario *Charlie Hebdo*. En aquella ocasión dos hombres enmascarados y armados hasta los dientes, e invocando el nombre de Alá, abrieron fuego contra los trabajadores de la citada publicación. El ataque dejó un saldo de doce fallecidos y otros tantos heridos. Pero nada más lejos de la realidad, aquellos franceses mostraban su alegría con fuegos artificiales, bailes y el descorche de botellas de Champagne. El ambiente festivo indicaba que dichas manifestaciones de júbilo tenían un diferente sentido. Pocas horas antes se conocía el deceso del *enfant terrible* de la política y los medios: el bretón más conocido de todos los tiempos, un hombre presente en la vida política gala desde la década de los cincuenta del siglo pasado, acababa de fallecer a la avanzada edad de noventa y seis años: Jean-Marie Le Pen había pasado a la eternidad.

Ante su expiración los manifestantes mostraban pancartas con lemas como *La sale raciste est mort* (“este inmundo racista está muerto”). Jean-Luc Mélenchon, el fundador de la izquierdista La France Insoumise, realizaba una publicación en la red social X:

“El respeto por la dignidad de los muertos y el dolor de sus seres queridos no borra el derecho a juzgar sus acciones. Los de Jean-Marie Le Pen siguen siendo insoportables. La lucha contra el hombre ha terminado. Continúa la lucha contra el odio, el racismo, la islamofobia y el antisemitismo que difundió”.

Otros, tratando de mostrarse más cautelosos, como el ministro del Interior, el conservador Bruno Retailleau, escribían en la misma plataforma:

“Hoy está pasando una página en la historia política francesa. Cualquiera que sea la opinión que se tenga de Jean-Marie Le Pen, sin duda habrá dejado su huella en su época”.

Y añadía:

“nada, absolutamente nada justifica bailar sobre un cadáver. La muerte de un hombre, incluso si fuera un opositor político, sólo debería inspirar compostura y dignidad”.

Para el citado líder conservador las manifestaciones festivas llevadas a cabo podrían calificarse, sencillamente, de “vergonzosas”.

Mucho se ha escrito sobre este hombre, exagerando o mitificando sus dichos y acciones, todo dependiendo de quien fuera el emisor del mensaje. Para muchos, fue la cara visible del neofascismo, la reminiscencia del régime de Vichy, la nostalgia de la Francia colonial, el refugio de los integrantes de la Organisation de l'Armée Secrète, la voz del racismo y la intolerancia, la cara visible de los negacionistas del Holocausto, el megáfono de la anti-inmigración. Para otros, sus más fervientes partidarios, simplemente fue la expresión del descontento de las clases medias desplazadas por las crisis económicas, el refugio de las masas proletarias desencantadas con las organizaciones de la izquierda, el aglutinador de los que creían que Francia se encaminaba a una situación similar a la que motivó aquella declaración de la Assemblée Nationale del 11 de julio de 1792 y su *patrie en danger*. Está claro que para muchos Jean-Marie Le Pen fue ante todo un provocador<sup>1</sup>, un auténtico diablo<sup>2</sup>, un representante del *totum revolutum* de todos los males; pero, para otros sería casi un titán, el portaestandarte de santa Juana de Arco, el defensor de la *grandeur de la France*, casi el profeta de la VI República.

Pero ¿qué se sabe de este bretón, de este celta de pura cepa morbihanesa, nacido en la localidad de La Trinité-sur-Mer un 20 de junio de 1928? Entre las necrológicas leídas estos días destacan las publicadas por algunos diarios digitales argentinos en los que se afirmaba de manera rotunda que Jean-Marie Le Pen habría colaborado con el régimen pronazi de Vichy durante la Segunda Guerra Mundial<sup>3</sup>. Independientemente de lo que se pueda pensar sobre el personaje cabría recordar que vivía en la zona ocupada por las fuerzas de ocupación nazi y que, en 1944, año del desembarco de Normandía, acababa de cumplir los dieciséis años.

El presente artículo pretende realizar una somera nota biográfica de alguien que, sin duda, para bien o para mal, ocupa ya una página en la historia de Francia. No está de menos tratar de conocer algo sobre el personaje que aglutinó a la derecha nacional francesa, y que de alguna manera influyó en el devenir de las extremas derechas europeas, marcando la ruta que estas deberían seguir, sacándolas de la marginalidad en la que se encontraban.

---

<sup>1</sup> Mathias BERNARD, "Le Pen, un provocateur en politique (1984-2002)", pp. 37-45.

<sup>2</sup> Véase, por ejemplo, Pierre-André TAGUIEFF, *Du diable en politique. Réflexions sur l'antilepénisme ordinaire*; Azzedine AHMED-CHAOUCH, *Le testament du diable: les derniers secrets de Jean-Marie Le Pen*. Véase el documental *Le Diable de la République: 40 ans de Front National*.

<sup>3</sup> Véase las ediciones de *La Nación* y el *Clarín.com* del mismo día 7 de enero.

## I. *Un adolescente de la Bretaña*

No muy lejos del Château de Suscinio, residencia de los duques de Bretaña se encuentra la localidad de Trinité-sur-Mer (An Drinded-Karnagun), en ella nació Jean-Marie Le Pen un 20 de junio de 1928. Tierra de brumas, de color verde, de cruces de piedra y menhires, situada en el extremo noroeste de Francia. Situada en el departamento de Morbihan su actividad económica se abocaba en gran medida a la agricultura y a la pesca. Su familia puede ser considerada como integrante de una pequeña clase media rural. Su madre, Anne-Marie Hervé, quien procedía de una familia de agricultores, tuvo que trabajar como costurera tras el fallecimiento de su esposo. Su padre era un pequeño empresario que poseía su propio arrastrero y que se desempeñó como concejal y presidente de la sección local de la Union Nationale des Combattants de la Primera Guerra Mundial, una asociación de veteranos con claras tendencias conservadoras. Fallecería en agosto de 1942 cuando el barco pesquero en el que se encontraba faenando chocara con una mina marina, matando a dos sus ocupantes. El apellido Le Pen se puede observar en el monolito a los caídos en la II Guerra Mundial en la citada localidad de La Trinité-sur-Mer.

El joven Jean-Marie, convertido en *pupille de la Nation*, no podía estar ajeno a los hechos por los que la Francia ocupada atravesaba, no dudando —en noviembre de 1944— de ofrecerse como voluntario para incorporarse a las Forces Françaises de l'intérieur (si se prefiere a la Résistance). Si bien llegó a ser testigo de alguna pequeña escaramuza, sin la mayor trascendencia, el coronel Henri de La Vaissière, al enterarse de que era hijo de madre viuda, le impidió su plena integración, enviándolo de regreso al hogar con el encargo de cuidar de su madre.

Diez años más tarde se alistaría en el 1<sup>er</sup> Régiment Étranger de Parachutistes para ir a combatir a Indochina, enfrentándose al Viet Minh, dominado por los comunistas de Ho Chi Minh. Se podría decir, no obstante, que este periodo de su vida, en el que combinaba un fuerte sentido patriótico y, tal vez, un cierto espíritu de aventurismo militar, sería un tanto decepcionante, viéndose impedido de participar en las batallas decisivas como la de Dien Bien Phû, la cual certificó el fin de la Indochina francesa. De su paso por aquel territorio asiático vendría su amistad con Alain Delon, quien se convertiría en uno de los principales actores de la nación gala y quien no ocultaría su amistad y, en ocasiones, su apoyo, al líder ultraderechista. También lo hicieron Brigitte Bardot (para quien el ahora fallecido era “un hombre encantador e inteligente”)<sup>4</sup>, o el director de cine Claude Autant-Lara (que se con-

---

<sup>4</sup> Olivier SCHMITT, “Brigitte Bardot livre le récit d’une vie d’incompréhensions”.

vertiría en eurodiputado del Partido Lepenista en 1989). También se podría citar a los cantantes Guy Béart, quien estaría detrás del eslogan de campaña de Marine Le Pen para las elecciones presidenciales de 2012 o Marcel Mouloudji, de raíces argelinas<sup>5</sup>.

## II. Un tribuno de la IV República

A su regreso de Indochina su figura llama la atención de Pierre Poujade (un antiguo militante del Parti Populaire Française de Jacques Doriot) quien le acogió en un movimiento social por él liderado. Inicialmente su esfera de acción se reducía al departamento de Lot-Garona, y más en concreto al municipio de Saint-Céré, donde Pierre Poujade había promovido diversas acciones y huelgas contra la política fiscal del gobierno, y donde, incluso, había sido elegido, en 1953, concejal bajo la etiqueta de independiente ex Rassemblement du Peuple Français. Para canalizar y ampliar las actividades de este nuevo movimiento se organizó la UDCA<sup>6</sup>.

Para las elecciones legislativas de enero de 1956 el poujadismo, bajo la etiqueta de UFF, obtiene 2 744 562 votos, lo que significó el 12,62 % de los sufragios y la elección de cincuenta y dos diputados. No cabe duda de que el lema de campaña, *Sortez les sortants!* (¡Elimine a los gobernantes!), había dado sus resultados. Jean-Marie Le Pen, candidato por la Première circonscription de la Seine, se convertiría, a sus veintisiete años, en el diputado más joven de la IV República. No es de extrañar que a la hora de su fallecimiento alguien reparase en que era el último superviviente de aquella.

Previamente, pieza clave en el desarrollo del movimiento poujadista, y siguiendo el modelo ideado por Lenin, impulsa diversas organizaciones paralelas a la UDCA con el fin de impulsar su acción política: la Union de Défense des Travailleurs, la Union de Défense des Professions Libérales et Intellectuelles, la Union de Défense des Agriculteurs, o la Union de Défense de la Jeunesse, presidida, esta última, por él mismo. Estrategia que repetiría en ocasiones posteriores.

De esa época se guarda una de sus primeras apariciones en la radio pública, donde participó en el programa Deux mille ans d'histoire (en la emisora France Inter). En un tono sobrio y casi marcial manifestaba:

<sup>5</sup> Nicolas GAUTHIER, "Jean-Marie Le Pen n'avait pas que des ennemis, dans le show-biz...".

<sup>6</sup> Thierry BOUCLER, *Les années Poujade: une histoire du poujadisme, 1953-1958*; Romain SOUILLAC, *Le mouvement Poujade. De la défense professionnelle au populisme nationaliste (1953-1962)*.

“Hombres y mujeres franceses menores de 30 años, me refiero a ustedes [...] A través de la unidad, podemos expulsar a todos los líderes corruptos e incapaces. Fraternalmente unidos, todos los franceses votan el 2 de enero por las listas presentadas por el movimiento Poujade”<sup>7</sup>.

Las elecciones de 1956 serían para el poujadismo como el canto del cisne. El fracaso de Pierre Poujade de ser electo diputado en una elección parcial en enero de 1957 llevaría al movimiento a su extinción. Dos años más tarde se celebrarían las primeras elecciones de la V República (23 y 30 de noviembre de 1958), en ellas la UFF, con 244 958 votos (1,47 %) se quedaba fuera del Parlamento<sup>8</sup>. Solo dos de los que fueran integrantes de este resultaron reelectos, uno de ellos como gaullista, el otro como miembro del CNIP: Émile Luciani y Jean-Marie Le Pen, respectivamente.

Tiempo después, el hombre que lo había lanzado a la arena política manifestaría que su apoyo inicial –al que denominó “demagogo racista”– había sido lo peor que habría hecho en su vida: “habría sido mejor si me hubiera roto la pierna”. Dichas manifestaciones se produjeron durante la segunda vuelta de las elecciones presidenciales de 2002 que lo enfrentó con Jacques Chirac y de la que se comentará más adelante<sup>9</sup>.

Este apartado no estaría completo si no se hiciese una breve referencia a la creación del CNIP, fundado el 6 de enero de 1949, bajo el impulso de René Coty, Jean Boivin-Champeaux y Roger Duchet. Si bien es cierto que esta agrupación política no puede considerarse como una más de la llamada extrema derecha, sí que puede resaltarse que trató de utilizar, tal vez de forma intencionada, un lenguaje similar al de las diversas agrupaciones de carácter nacionalista. La citada organización sirvió de refugio a algunos hombres que tenían fuertes vínculos con las posiciones extremistas de la derecha; tal es el caso, por ejemplo, de Jacques Isorni, el abogado de Philippe Pétain, que fue elegido por sus listas como diputado en 1951 por París. En aquella ocasión, se encontraba un jovencísimo Jean-Marie Le Pen encargado de organizar brigadas de seguridad para proteger al candidato y los actos electorales organizados por la Union des Nationaux Indépendants et Républicains.

<sup>7</sup> Guillaume PERRAULT, “Jean-Marie Le Pen, la première victoire du para”.

<sup>8</sup> La extrema derecha en su conjunto logró reunir 665 518 votos, lo que implicaba el 3,27 % de los mismos. Véase [http://jcautran.free.fr/archives\\_familiales/elections/legislatives/1958/legislatives\\_1958.html](http://jcautran.free.fr/archives_familiales/elections/legislatives/1958/legislatives_1958.html) [fecha de consulta: 4 de febrero de 2025].

<sup>9</sup> Paul WEBSTER, “Le Pen’s ex-mentor regrets rise of ‘liar’”.

### III. La lucha por la Argelia francesa

En octubre de 1956, firme defensor de la Argelia francesa, consiguió que la Assemblée le otorgase una licencia de seis meses para reincorporarse a su antigua unidad de la Legión Extranjera; la cual se encontraba en el norte de África combatiendo en Egipto y Argel. Junto a él también marchaba Jean Maurice Demarquet, quien le acompañaría en diversas aventuras políticas hasta su fractura en la década de los ochenta.

Su regimiento, donde era teniente, se vio envuelto en acciones de represión y tortura, como bien muestra una cinta cinematográfica de Gillo Pontecorvo, y en las que el general Jacques Massu sería su máximo responsable, y quien condecorará al propio Jean-Marie Le Pen con la Croix de la Valeur Militaire, creada expresamente para premiar las acciones de soldados y civiles durante el citado conflicto argelino<sup>10</sup>.

En relación con su participación en los mencionados hechos de tortura, y en el transcurso de una entrevista concedida al diario *Combat*, el 9 de noviembre de 1962, no ocultó estas acciones: “No tengo nada que ocultar. Torturamos en Argelia porque teníamos que hacerlo”. En alguna ocasión posterior aclararía que dichas manifestaciones no se referían en particular a él, y que eran parte de los métodos aplicados por las tropas expedicionarias en Argel para descubrir células del Front de Libération Nationale y evitar la muerte de civiles franceses.

Las acusaciones de tortura siempre le persiguieron, pese a que en el ámbito judicial poco o nada se podría hacer contra él, dado que al final del conflicto se promulgaron decretos que evitaban abrir cualquier procesamiento relativo a las torturas efectuadas durante aquel conflicto. Pero eso no significaba que la prensa no recurriera al tema cada cierto tiempo. En el mes de junio de 2003 perdería una demanda contra *Le Monde*; el tribunal penal de París reconoció “la cierta credibilidad” de los hechos narrados<sup>11</sup>. El citado diario había recogido los testimonios de varios argelinos que lo implicaban con actos de tortura<sup>12</sup>, entre ellos el de Mohamed Cherif Moulay, quien declaró haber sido testigo presencial, cuando contaba con doce años, de cómo el entonces teniente Le Pen y su unidad irrumpían en la casa familiar en Argel,

<sup>10</sup> Se hace referencia a *La battaglia di Algeri*, una cinta de coproducción Italia-Argelia (Igor Film, Casbah Films). La película fue estrenada en 1966 y presentada en la Mostra internazionale d'arte cinematografica di Venezia de ese año. Pese a recibir diversos premios, entre ellos el de Festival de Cannes, el filme ha tenido serios problemas de exhibición en cines y medios de comunicación en Francia hasta fechas bien recientes.

<sup>11</sup> *Le Monde*, “Le Pen et la torture: l'enquête du ‘Monde’ validée par le tribunal”.

<sup>12</sup> Florence BEAUGE, “Torture: quatre nouveaux témoins accusent Jean-Marie Le Pen”.

golpeando y torturando a su padre hasta causarle la muerte<sup>13</sup>. El 27 de septiembre de 2005, el Tribunal de Casación puso fin a las demandas de Jean-Marie Le Pen contra *Le Monde*, al desestimar el recurso presentado contra Jean-Marie Colombani, director del citado diario, y la periodista Florence Beaugé. El tribunal confirmaba las sentencias dictadas en primera instancia y la del tribunal de apelación<sup>14</sup>.

Sobre este asunto cabría referirse a la reciente obra de Fabrice Riceputi, que, tras reunir diversos documentos procedentes de archivos militares, informes policiales, investigaciones periodísticas y una quincena de testimonios, trata de implicarlo con hechos concretos de tortura. El autor va más allá de implicar a propio Jean-Marie Le Pen, y recuerda que la amnistía decretada en 1962 hizo caer en el olvido esos hechos; olvido al cual la propia izquierda habría contribuido: el socialista Guy Mollet –presidente del Consejo de Ministros con el apoyo comunista– habría votado los poderes especiales en febrero de 1956; también se recuerda que François Mitterrand ocupaba en aquel entonces el cargo de ministro de Justicia<sup>15</sup>.

El conflicto argelino concluyó con los acuerdos de Évian (18 de marzo de 1962) y el tema de la Argelia francesa fue sometido a un referéndum para dilucidar el fin del conflicto y dar la independencia al territorio norafricano. Para entonces, la contienda habría dejado veinticinco mil muertos en el lado francés, quinientos mil en el lado argelino y ciento cincuenta mil entre la población argelina que apoyaba a Francia (conocidos como *harkis*). Los citados acuerdos fueron aprobados por el 99,72 % de los votantes en un referéndum celebrado el 8 de abril de ese año. El año anterior otro referéndum sobre la autodeterminación de Argelia fue aprobado por el 74,99 % de los votantes (incluido el 70 % de los que votaron en Argelia). Solo el 25,01 % optó por mantener la presencia francesa en el territorio.

En defensa de la Argelia francesa, y contra lo que se consideró una auténtica traición del general Charles de Gaulle, los llamados *pieds-noirs* se organizarían entorno al Mouvement populaire du 13-Mai, bajo el liderazgo de Robert Martel. Es el regreso de Jean-Marie Le Pen a la política activa, impulsando el Front National des Combattants, presidido por el periodista Roger Delpey, y del cual sería su secretario general. Esta organización nada tiene que ver con la que dirigiera tiempo después por más de tres décadas, como tampoco lo fue el Front National pour l'Algérie Française, liderado por Jean Robert Thomazo, un militar educado en la École Spéciale Militaire de Saint-Cyr, y que había combatido Indochina, y en la que Jean-Marie Le Pen figuraba

<sup>13</sup> Florence BEAUGÉ, “La mort d’Ahmed Moulay, mis à la ‘question’ par Le Pen”.

<sup>14</sup> COUR DE CASSATION (2005), 04-85.956.

<sup>15</sup> Fabrice RICEPUTI, *Le Pen et la torture. Alger 1957, l’histoire contre l’oubli*.

como vicepresidente. Ambas organizaciones fueron disueltas por el Consejo de Ministros en marzo de 1961 y diciembre de 1960, respectivamente.

Para las elecciones legislativas de 1962, la segunda legislatura de la V República, Jean-Marie Le Pen concurre de nuevo (Troisième circonscription de la Seine) como candidato del CNIP, esta vez sin éxito. Pese a pasar el *ballottage*, fue desplazado por René Capitant, situándose en una tercera posición, tras gaullistas y socialistas.

#### IV. La candidatura presidencial de Tixier-Vignancour<sup>16</sup>

En 1965<sup>17</sup> se debía elegir por primera vez un presidente de la república por votación directa de los ciudadanos. En esta ocasión se presentaron un total de seis candidaturas, entre ellos Jean Louis Tixier-Vignancour, el candidato considerado más a la derecha del espectro político, quien independiente de su militancia política previa (secretario de Información en la Francia de Vichy) había alcanzado cierto renombre por haber sido el abogado del escritor Louis-Ferdinand Céline, o de algunos de personajes como Raoul Salan, Jean-Jacques Susini, Pierre Lagailarde, Henry Manoury y Jean Bastien-Thiry, todos ellos firmes partidarios de la causa de la Argelia francesa.

En apoyo de su candidatura se crea el Comité National Tixier-Vignancour, no sin antes intentar, sin éxito, federar a las diferentes agrupaciones políticas del nacionalismo (Europe-Action u Occident) y de la extrema derecha, proyecto que fracasa por la radical oposición de Pierre Poujade y el excesivo fraccionalismo existente entre los grupos nacionalistas<sup>18</sup>.

Una pieza clave en este entramado fue el apoyo de dos antiguos diputados (Jean-Marie Le Pen y Alain Lacoste-Lareymondie) y de otros destacados dirigentes del nacionalismo, tales como Roger Holeindre y Pierre Durand. Jean-Marie Le Pen se convertiría en su jefe de campaña, la cual se inició con una gran concentración en el salón de la Mutualité, y continuó

<sup>16</sup> Jean MABIRE, *Histoire d'un français. Tixier-Vignancour*; François GOGUEL, "L'élection présidentielle française de décembre 1965", pp. 221-254.

<sup>17</sup> Poco antes de las elecciones presidenciales se celebraron unos comicios para elegir los representantes municipales; en la capital francesa los partidarios de Jean Louis Tixier-Vignancour se presentaron con una lista bajo las siglas de P.A.R.I.S. Formaban parte de esta candidatura: Jean Marc Varut, Jean-Marie Le Pen, Philippe Marçais, Michel de Saint Pierre, André Guibert, George Robert, Albert Vignoles, Bernard Le Corroler, Alain de Lacoste-Lareymonde, Pierre Dufour, François Patrimoine, el coronel Thomazo y Robert Tardif. Esta candidatura obtuvo cerca del 9,7 % de los votos.

<sup>18</sup> Malcolm ANDERSON, *Política conservadora en Francia*, p. 514.

con diversas caravanas que recorrieron las poblaciones francesas con más de cincuenta mil habitantes y las playas del Mediterráneo, generando una gran expectativa popular. Pese a todo, la candidatura de Jean Louis Tixier-Vignancour solo logró obtener el 5,19 % de los sufragios, lo que equivalía a 1 269 095 votos, quedando fuera de participar en la segunda vuelta.

Ante la decepción y furioso por los pobres resultados obtenidos, Jean Louis Tixier-Vignancour optó por recomendar el voto, en la segunda vuelta, para el candidato de la izquierda. Años más tarde afirmarí­a:

“La elecci3n de un comunista no impide a la tierra seguir girando ni a Francia continuar. La elecci3n de un gaullista impide a Francia reintegrarse al mundo libre, a Europa y a las libertades”<sup>19</sup>.

La decisi3n de Jean Louis Tixier-Vignancour, tomada sin consultar a sus colaboradores, provoca el abandono de Jean-Marie Le Pen. Otro tanto hicieron los grupos ligados a posiciones abiertamente neofascistas como lo eran los ya citados Europe-Acti3n y Occident. Se calcula que el radical anti-gaullismo de muchos de sus partidarios llevaría a que la mayor parte de sus electores prefiriera votar por el socialista François Mitterrand antes de hacerlo por el general Charle de Gaulle<sup>20</sup>.

### *V. Soci3té d'Études et de Relations Publiques*<sup>21</sup>

Para 1963, Jean-Marie Le Pen se encontraba en una difi­cil situaci3n econ3mica, se había quedado fuera de la Assembl3e Nationale, y pese a haber obtenido su título como licenciado en Derecho nunca había ejercido como tal. Tras recurrir a algunos amigos y rechazar algunas ofertas laborales opta por la vía empresarial. Para ello, impulsa la puesta en marcha de una empresa discográfica, la SERP; contando para ello con la ayuda de algunos amigos y conocidos, como Philippe Marçais (exdiputado de la Argelia francesa), Léon Gaultier (antiguo colaboracionista y uno de los impulsores de la Milice Française), y el ya aludido Pierre Durand (antiguo miembro de la UDCA,

<sup>19</sup> Madrid, 13 de marzo de 1967, p. 13.

<sup>20</sup> Bernard MENDÈS et L. LAUMONIER, “Une application des méthodes de l’analyse statistique à l’estimation des déplacements de voix entre les deux tours des élections présidentielles de 1965”, pp. 110-114.

<sup>21</sup> Jonathan THOMAS, “Jean-Marie Le Pen et la SERP: le disque de musique au service d’une pratique politique”, pp. 85-101; Jonathan THOMAS, *La propagande par le disque Jean-Marie Le Pen, éditeur phonographique*, Mariano TILLI, “La disquería de Le Pen. El legado de la batalla cultural de la ultraderecha francesa del siglo XX”.

de la que fue secretario administrativo y exdirector de propaganda de los Comités Tixier-Vignancour). La SERP, cuya actividad se extendió hasta el año 2000, publicó alrededor de doscientas setenta referencias sonoras. En su inscripción legal se sostenía que su labor estaría dedicada a la edición de registros sonoros dedicados a la historia y a la literatura; estos estaban agrupados, en dos principales colecciones: *Hommes et Faits du xxe siècle* y *Musique et Chants*.

Uno de sus primeros encuentros con la justicia tendría que ver con la condena sufrida en 1968 por realizar “apología de crímenes de guerra”. En la portada de uno de sus discos (*Le IIIe Reich, voix et chants de la révolution allemande*) aparecía una fotografía de Adolf Hitler subiendo triunfante una escalera monumental entre dos filas de miembros de las SA que portaban portaestandartes con la esvástica. En la contraportada se podía leer:

“El ascenso al poder de Adolf Hitler y el Partido Nacional Socialista se caracterizó por un poderoso movimiento de masas, en definitiva, popular y democrático, ya que triunfó tras consultas electorales periódicas, circunstancias generalmente olvidadas. En este fenómeno jugaron un papel esencial la propaganda oratoria de los líderes de Hitler y las canciones políticas que expresaban la pasión colectiva. Este disco recupera su espíritu utilizando documentos originales de inestimable valor histórico”.

Esta sería la primera condena (dos meses de prisión suspendida y una multa de diez mil francos)<sup>22</sup> de muchas otras que vendrían después, cerca de la treintena, que lejos de mermarle o desprestigiarle pareciera que lo fortalecían frente a sus partidarios.

Otros vinilos polémicos fueron aquellos que parecían reivindicar la Francia de Vichy, como los que recogían las voces del mariscal Philippe Pétain, Pierre Laval, Jacques Doriot, Philippe Henriot, Jean Herold-Paquis. En este apartado no podría dejar de citarse el dedicado a Robert Brasillach y sus *Poèmes de Fresnes*, recitados por Pierre Fresnay (destacado actor que, tras la II Guerra Mundial, fue detenido y encarcelado, acusado de colaboracionismo). Otro de sus polémicos discos fue el que recogía la grabación clandestina del juicio al coronel Jean Bastien-Thiry (implicado en el atentado contra el general Charle de Gaulle el 22 de agosto de 1962 en el suburbio parisino de Petit-Clamart)<sup>23</sup>. Menos polémicos fueron los dedicados a Jean Louis Tixier-Vignancour o a Pierre Poujade.

<sup>22</sup> Jonathan THOMAS, Jonathan PREDAS, “Jean-Marie Le Pen, éditeur de disques à la gloire du IIIe Reich. Le procès contre la SERP et ses conséquences”.

<sup>23</sup> Los abogados del mencionado coronel fueron Jacques Isorni, Richard Dupuy, Jean-Louis Tixier-Vignancour y Bernard Le Coroller. El propio Jean-Marie Le Pen asegura que el autor material de la grabación sería el último de los citados.

No obstante, el catálogo de la disquera incluía otros discos como los dedicados a los coros del Ejército Rojo, a canciones de la Guerra civil española, o a discursos de políticos como Lenin, Léon Blum, Jean Jaurès o el mismísimo Françoise Mitterrand. En este orden de cosas podría sorprender el dedicado a la historia del nacimiento del estado de Israel (del cual –según alguna fuente– Golda Meir habría dicho que “contribuía a estrechar los lazos entre Francia e Israel”)<sup>24</sup>. Este contaría con la colaboración de Enrico Macias, conocido cantautor nacido en Argelia en el seno de una familia sefardí. No falta quien se refiera a ello como el intento de simular el sesgo ideológico de la citada discográfica<sup>25</sup>.

Pero, por raro que parezca, Jean-Marie Le Pen fue un firme defensor del estado de Israel; incluso Jacques Torczyner, presidente del Movimiento Sionista Internacional, le invitó a una reunión con delegados del Congreso Judío Mundial en Nueva York. De esta manera un 20 de febrero de 1987 se dirigía a los concurrentes en el restaurante Four Seasons, mostrando su apoyo al sionismo y a Israel. Consideró a este un baluarte de los valores occidentales, un pilar del mundo libre en su lucha contra el comunismo, y se pronunció a favor del cierre de la oficina de la OLP en París<sup>26</sup>. Ese año dos diputados del FN viajaron a Israel con la intención de reunirse con representantes de *Héroul*, antepasado del *Likud*<sup>27</sup>. Aunque habría que puntualizar que la posición de Jean-Marie Le Pen sobre el tema fue mutando con el paso del tiempo, tal y como se verá más adelante.

## VI. *El rostro visible del Front National*

De lo que no cabe duda es que Jean-Marie Le Pen se convierte en todo un referente para los sectores nacionalistas, principalmente para *Ordre Nouveau*, quien convoca un congreso unificador del sector en un intento de tratar de salir de la marginalidad en el que se encontraba. La iniciativa partía de Alain Robert (fundador del movimiento estudiantil *Groupe Union Défense*, muy activo en la Universidad de París-Assas), del historiador Françoise Duprat y del periodista Françoise Brigneau (director del semanario *Minute*), quien proclamaba que la nueva formación se constituía como un “partido revolu-

<sup>24</sup> Paul-Éric BLANRUE, “Jean-Marie, Marine et les juifs”.

<sup>25</sup> Diego A. MANRIQUE, “La peor discográfica de la historia”.

<sup>26</sup> Margie OLSTER and Edwin EYTAN, “French Jewish Leader Rips American Peers for Meeting French Extremist; U.S. Leaders Claim Faulty Invitation”, p. 4.

<sup>27</sup> Alexandre SULZER, “Du FN au RN, 50 ans d’histoire tortueuse sur le conflit israélo-palestinien”.

cionario, blanco como nuestra raza, rojo como nuestra sangre y verde como nuestra esperanza” (sic)<sup>28</sup>. Desde esa fecha (octubre de 1972), hasta 16 de enero de 2011, Jean-Marie Le Pen (el tribuno, el hombre con vocación de mando, un hombre de la derecha clásica francesa)<sup>29</sup> sería el presidente y la cabeza más relevante de la naciente organización, sobre todo por la desaparición de François Duprat o Jean-Pierre Stirbois, tal vez los únicos que pudieran haberle hecho sombra<sup>30</sup>.

No es aquí el momento de hablar de los inicios del Front National (Front National pour l'Unité Française), de sus fracasos y triunfos, y de alargar más esta nota, por lo que el análisis se centrará tan solo en la figura de Jean-Marie Le Pen, quien regresaría a la Assemblée Nationale en 1986, en gran parte gracias a los cambios en las leyes electorales introducidas por el gobierno de Françoise Mitterrand, quien sustituyó el sistema mayoritario a dos vueltas por el proporcional<sup>31</sup>. Para aquel entonces ya ocupaba un puesto en el Parlamento Europeo gracias a los 2 210 334 votos logrados en las elecciones de 1984. Estaba claro que la citada formación había dejado la marginalidad, convirtiéndose en una de las principales fuerzas políticas del país galo, aunque ello no se reflejara siempre en puestos parlamentarios en el ámbito nacional, dado el particular sistema electoral del *ballottage* al que no se tardaría en regresar.

En un país como Francia, con un sistema cuasi monárquico, tal y como ideó el general Charles de Gaulle<sup>32</sup>, está claro que las elecciones presidenciales son la principal preocupación de los grandes líderes políticos del país, y a ellas se van a avocar con fuerza la estructura del Front National y la figura de Jean-Marie Le Pen. La primera vez que este acude a unas presidenciales fue en las elecciones de 1974, en ellas el candidato nacionalista (que se presenta como el candidat de choc de la droite nationale, populaire et sociale) obtiene escasos 190 921 votos, lo que significaba el 0,75 % del electorado. Habría que precisar, no obstante, que ese insignificante resultado podría considerarse todo un éxito, y ello por dos razones principales:

---

<sup>28</sup> Se desconoce la razón de usar los colores de la bandera italiana y no hacer referencia al color azul de la bandera francesa.

<sup>29</sup> Se toman estas palabras prestadas de un cruce de opiniones con Ernesto Mila, autor de varios trabajos sobre el tema.

<sup>30</sup> Grégoire KAUFFMANN, “Les origines du Front National”, pp. 5-15; Nicolas LEBOURG et Jonathan PREDA, “Ordre nouveau, fin des illusions droitières et matrice activiste du premier Front National”, pp. 205-230; Jean-Yves CAMUS, “Origine et formation du Front National (1972-1981)”, pp. 17-36.

<sup>31</sup> Monique LIONS, “Las elecciones legislativas de 16 de marzo de 1986 en Francia”, pp. 921-951.

<sup>32</sup> Maurice DUVERGER, *La monarquía republicana o cómo las democracias eligen a sus reyes*.

- 1.º Sería difícil establecer el peso político del sector al que Jean-Marie Le Pen representaba, pues el resultado en las elecciones parlamentarias de 1969 de la Alliance Républicaine pour le Progrès et les Libertés (liderado por Jean Louis Tixier Vignancour) no era significativo, tanto por su irrelevante 0,13 %, como por el hecho de presentar candidatos solo en un reducidísimo número de circunscripciones.
- 2.º El Front National se encontraba inmerso en una pugna con aquellos que se marginaron del partido, los mismos que encabezados por Alain Robert y Pascal Gauchon impulsaron la creación del Faire Front, antesala del Parti des Forces Nouvelles, quien en aquellas elecciones optó por respaldar a Valéry Giscard d'Estaing.

Fue en las elecciones municipales de 1983 cuando el Front National comienza su ascendente carrera, en algo que ha venido en conocerse como *le phénomène Le Pen*<sup>33</sup>. Efectivamente, el primer gran revuelo lo causó el 11,3 % de los votos obtenidos por Jean-Marie Le Pen en el distrito 20 de París. En ese mismo distrito los candidatos del Front National habían obtenido en las elecciones precedentes un escaso 2 % de los sufragios. En ese mismo año y en unas elecciones complementarias habría que resaltar la elección como concejal, en la ciudad de Dreux, de Jean-Pierre Stirbois; quien desempeñaba el cargo de secretario general del Partido Lepenista, y que con el 16,72 % de los votos, ocuparía el cargo de teniente alcalde de la mencionada ciudad, capital del departamento del Eure et Loir. Hasta ese momento el único éxito digno de destacar había sido la elección de algún representante del Front National en el departamento de Haute-Garonne en las elecciones municipales de 1977.

Pero hay que regresar a las elecciones presidenciales: en 1981 tanto Jean-Marie Le Pen como Pascal Gauchon, el segundo como representante del Partides Forces Nouvelles, lanzan sus candidaturas a la arena electoral, las encuestas les dan un 0,5 % a cada uno de ellos, pero ninguno llegaría a concurrir al proceso electoral, dado que ninguno lograba reunir las firmas requeridas que avalasen sus pretensiones. Ante esta situación Pascal Gauchon y Forces Nouvelles piden el voto para Jacques Chirac. Jean-Marie Le Pen y el Front National llaman a “votar por Juana de Arco”, o lo que es lo mismo a anular el voto.

En las elecciones presidenciales de 1988, 1995, 2002 y 2007 la figura de Jean-Marie Le Pen siempre estuvo presente, alcanzando votaciones superiores al 10 %; en ocasiones compitiendo con formaciones más o menos cer-

---

<sup>33</sup> Eguzki URTEAGA, “El Fenómeno Le Pen en Francia”, pp. 99-121; Simon PETERMANN, “Le phénomène Le Pen en France”, pp. 75-93; Pierre ECUVILLON, *Le phénomène Le Pen: analyse relationnelle, historique et esthétique d'une singularité politique*.

canas, como en 1995, cuando concurre la figura de Philippe de Villiers (Mouvement pour la France) o de rivales, como las de 2002, en las que se presentó Bruno Mégret, quien llegó a ser considerado como el delfín de Jean-Marie Le Pen y que por aquel entonces era líder del Mouvement National Républicain.

Serían esas elecciones de 2002 las que harían temblar los cimientos de la V República. Jean-Marie Le Pen parecía un candidato en decadencia, incluso le costó trabajo conseguir los quinientos avales necesarios para ello; pero el 21 de abril surgió la sorpresa. El gaullista Jacques Chirac, que había obtenido el 19,9 % de los votos, descubrió que su contrincante no iba a ser otro que Jean-Marie Le Pen, quien con el 16,89 % de los votos había desplazado a un tercer lugar al socialista Lionel Jospin. La votación de Jean-Marie Le Pen podría haber sido mayor e, incluso, haberse situado en primer lugar, si no hubiera sido por la deserción de Bruno Mégret, quien se hundía en su particular duelo, obteniendo un escaso 2,3 %. La campaña en la segunda vuelta gozó de una fuerte agresividad contra la amenaza lepenista. Todos los candidatos derrotados activaron el *cordon sanitaire*, forzando una entente en defensa de unos pretendidos valores republicanos. El resultado del 5 de mayo fue, como cabría de esperar, la reelección de Jacques Chirac con un 82,2 %. Jean-Marie Le Pen alcanzaba su máximo porcentaje hasta ese momento, un 17,8 %, lo que significaba que 5 525 032 de franceses habrían optado por respaldar al líder frontista<sup>34</sup>.

Cinco años más tarde el resultado obtenido por Jean-Marie Le Pen, con el 10,44 %, fue decepcionante; todo un fracaso, quedando desplazado a un cuarto lugar. Era su peor resultado desde 1974 en unas elecciones de esta naturaleza<sup>35</sup>. Por si ello no fue suficiente, el resultado se traspasó a otros comicios, como las elecciones europeas de 2009, en las que el Front National lograba sobrevivir con los peores resultados posibles: un 6,34 % (representativo de 1 091 691 votos) y la elección de tres de sus integrantes (el propio Jean-Marie Le Pen, su hija Marine y Bruno Gollnich)<sup>36</sup>.

Con casi ochenta y dos años, Jean-Marie Le Pen proyectó para inicios de 2011 un congreso donde se decidiese el futuro presidente de la formación: Bruno Gollnich, de sesenta y dos años, o Marine Le Pen, de cuarenta y dos años, ambos vicepresidentes ejecutivos del partido<sup>37</sup>. Marine planteó, con

<sup>34</sup> Isabel María CANTOS, "Las elecciones presidenciales y legislativas de 2002 en Francia", pp. 473-544.

<sup>35</sup> Isabel María CANTOS, "Elecciones presidenciales en Francia abril-mayo 2007", pp. 289-321.

<sup>36</sup> Margarita GÓMEZ-REINO, "Las elecciones europeas de 2009 y el espectro de la extrema derecha", pp. 1-5.

<sup>37</sup> Juan Pablo QUIÑONERO, "Le Pen pasa el testigo a su hija con un discurso apocalíptico", p. 35.

el apoyo de Louis Aliot<sup>38</sup>, la necesidad de remozar el discurso de la agrupación en favor de un lenguaje más republicano y laico, que conectase con los asuntos reales de una sociedad secularizada como lo es la francesa. Para Marine, el FN debía tener ambición de partido de gobierno. Los resultados posteriores han venido a corroborarlo; pero eso es ya otra historia<sup>39</sup>.

Está claro que esta crónica de la llamada derecha nacional europea ha tenido dos claros referentes a lo largo de la segunda mitad del siglo XX. Giorgio Almirante, el líder del Movimento Sociale Italiano<sup>40</sup>, fallecido en 1988, y Jean-Marie Le Pen. El hecho de que el Front National adaptase la Fiamma Tricolore del MSI como su símbolo no es una simple casualidad. Pero los tiempos cambian y los dirigentes políticos con ello. Le Pen padre era el pasado. Le Pen hija era el provenir<sup>41</sup>.

### VII. *Un polemista nato*

El Front National logró construir un programa simple, fácilmente comprensible y atractivo para importantes núcleos de población; se hablaba de un mayor apoyo y mejores medios para las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, pena de muerte para los terroristas y traficantes de droga, medidas efectivas contra la inmigración, defensa de la vida y condena del aborto, entre otros puntos clave. Pero si el programa frontista era polémico y levantaba resquemor en amplios sectores sociales, mucha más conmoción levantaba –sin duda– los comentarios realizados por el propio Jean-Marie Le Pen. Cada vez que hacía acto de presencia ante los medios de comunicación sus manifestaciones nunca pasaban desapercibidas, siendo consideradas por muchos como verdaderos exabruptos. A estos, como es evidente y necesario se debe hacer referencia; al menos en relación con algunos, aquellos dichos que se pueden considerar más problemáticos y que –en ocasiones– le llevaron

---

<sup>38</sup> Louis Aliot, hijo de una familia *piet noir* establecida en el Languedoc, que se convertiría en el flamante acompañante de Marine, nieto, un judío argelino.

<sup>39</sup> Eduardo SÁNCHEZ-IGLESIAS; Vicente SÁNCHEZ-JIMÉNEZ y Guillermo FERNÁNDEZ-VÁZQUEZ, “El programa del Frente Nacional francés a la luz de la teoría de las fórmulas ganadoras”, p. a2113; Eduardo INCLÁN, “Marine Le Pen: un nuevo rostro para la vuelta a la política ultranacionalista”, pp. 79-104; Lorella SINI, “Estrategias retóricas del ‘nuevo’ partido de extrema derecha de Marine Le Pen”, pp. 141-154.

<sup>40</sup> Fernando José GALLEGRO, “El MSI y el lugar del fascismo en la cultura política italiana”, pp. 173-204. Sobre el interés del Front National respecto de la experiencia de la agrupación italiana véase el trabajo de François DUPRAT, *L’Ascension du M.S.I.: (Movimento Sociale Italiano)*.

<sup>41</sup> INCLÁN, *op. cit.*, pp. 79-104.

en varias veces ante los tribunales de justicia. Sin duda aquellos que tienen relación con el Holocausto son los que más escándalo provocaron.

En septiembre de 1987, en una edición del programa *Le Grand Jury* de RTL afirmaba de forma rotunda: “No digo que las cámaras de gas no existieran. Sin embargo, creo que no son más que un detalle en la historia de la Segunda Guerra Mundial”<sup>42</sup>. Por estas declaraciones sería condenado por un tribunal de Versalles (18 de marzo de 1991) a una indemnización de cien mil francos a cada una de las nueve asociaciones de deportados judíos que le denunciaron. Además, debía pagar una cantidad simbólica de diez francos a un movimiento de defensa de deportados judíos y los gastos derivados de la inserción de esta sentencia en cinco diarios franceses<sup>43</sup>.

Años más tarde, y pese a las críticas recibidas, se mantendría firme en sus declaraciones sobre el tema en cuestión. Las mismas le costarán más de una condena, una de las últimas, en 2016, estaría relacionada con una entrevista del canal televisivo BFMTV, realizada en abril de 2015. El Tribunal de Apelación de París lo condena a una multa de treinta mil euros por describir una vez más las cámaras de gas como un “detalle” de la historia de la II Guerra Mundial. El citado tribunal también confirmó, como pena adicional, la publicación de un comunicado judicial en tres diarios y a pagar un total de diez mil un euros en concepto de daños y perjuicios a tres asociaciones que se habían convertido en partes civiles del proceso<sup>44</sup>.

En 2008, había sido sentenciado a tres meses de prisión exentos de cumplimiento y diez mil euros de multa por apología de crímenes de guerra e impugnación de crímenes contra la humanidad. Esta condena se produce tras sus declaraciones sobre la ocupación alemana, publicadas el 7 de enero de 2005 en el semanario *Rivarol* por afirmar que la ocupación nazi de Francia “no fue particularmente inhumana, aunque hubo errores, inevitables”. El caso llegó al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que declaró improcedente la solicitud de demanda interpuesta por Jean-Marie Le Pen<sup>45</sup>.

<sup>42</sup> Jean-Marie LE PEN, “Les chambres à gaz sont un point de détail de l’histoire de la deuxième guerre mondiale”.

<sup>43</sup> COUR D’APPEL VERSAILLES (1991), pp. 535-543.

<sup>44</sup> Daniel KURI, “La condamnation de J.-M. Le Pen pour contestation de crime contre l’humanité confirmée par la Cour d’appel de Paris le 1er mars 2017. Commentaire sur l’arrêt de la Cour d’appel de Paris du 1er mars 2017”. Por otro lado, el Tribunal Correccional de Niza también sentenció al político octogenario a cinco mil euros de multa por haber señalado en un acto público que “unos cientos de gitanos” en esta ciudad tenían “una presencia urticante y, digamos, olorosa”. Condenado por provocación al odio racial y a la discriminación étnica en este caso, Jean-Marie Le Pen tendrá que pagar también mil euros a las asociaciones que se habían constituido en acusación particular. Carlos YARNOZ, “Doble condena a Jean-Marie Le Pen por filonazi y racista”.

<sup>45</sup> COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L’HOMME EUROPEAN (2010), Requête n.º 18788/09; COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L’HOMME EUROPEAN (2016), Requête n.º 52672/13.

Pese a ello, y por raro que parezca, un reducido número de judíos no ocultaron sus simpatías por el viejo Le Pen, incluso se creó el Cercle National des Français Juifs, dirigido por Robert Hemmerdinger, un antiguo miembro de la resistencia, que vivió por algunos años en Israel, donde se vincularía con el Irgún y Menachem Begin, y que se desempeñó como consejero regional del FN por la Île-de-France (1992-1998)<sup>46</sup>. Hoy un nutrido grupo de judíos han manifestado sus reticencias a votar por Jean-Luc Mélenchon y su Nouveau Front Populaire, tal y como ha manifestado el matrimonio conformado por Serge y Beate Klarsfeld, quienes posibilitaron la detención de Klaus Barbie<sup>47</sup>. Claro que otros muchos mostraban su temor a que la hija del viejo Le Pen llegara al palais de l'Élysée, como el ya mencionado cantautor Enrico Macias, que en reiteradas ocasiones manifestó que en el caso de una victoria de Marine Le Pen abandonaría Francia y se establecería en Israel<sup>48</sup>.

De su paso por el Parlamento europeo hay dos hechos relevantes a destacar. Uno de ellos tiene relación con las medidas adoptadas para privarle de presidir la primera reunión de su constitución tras las elecciones de 2009. Era tradición que el eurodiputado de más edad presidiera dicha sesión a la espera de que se eligiera uno nuevo; para evitar esta situación los eurodiputados (desde la centroderecha a la extrema izquierda) votaron para que dicha sesión fuera conducida por el presidente en ejercicio, el vicepresidente más antiguo o el eurodiputado electo con más antigüedad en el cargo<sup>49</sup>. Para referirse a otra de las polémicas aludidas habría que retrotraerse a 2003, cuando fue expulsado del citado Parlamento en cumplimiento de una sentencia que le condenaba a la inhabilitación para el ejercicio de cargos públicos, ello deriva de un altercado que se remontaba a 1997, cuando el eurodiputado agredió a un candidato socialista en el trascurso de unas elecciones legislativas en la región de París<sup>50</sup>.

<sup>46</sup> Entre la estrategia del Front National, como ya Jean-Marie Le Pen había hecho con Pierre Poujade y con Jean Louis Tixier-Vignancour estaba la de crear multitud de círculos paralelos con la intención de atraer simpatizantes a su causa: AGRIF, ASIREF, CNCPN, CNDNA, CNAF, Cercle National de la Banque, etcétera.

<sup>47</sup> Marc BASSETS, "El Nuevo Frente Popular es más peligroso que Le Pen".

<sup>48</sup> *Le Figaro*, 11 de octubre de 2020.

<sup>49</sup> *El Mundo*, 24 de marzo de 2009 y 6 de mayo de 2009.

<sup>50</sup> Eric GONZÁLEZ, "Le Pen protagoniza una batalla campal al intentar agredir a la rival de su hija"; Octavi MARTÍ, "Le Pen se sienta en el banquillo por agredir a una candidata socialista"; Joaquín PRIETO, "El Parlamento Europeo despoja de su escaño a Le Pen"; Bosco ESTRERUELAS, "Le Pen pierde su escaño como eurodiputado"; ORDONNANCE DU PRÉSIDENT DU TRIBUNAL (2001), Affaire T-353/00 R.; TRIBUNAL DE PREMIÈRE INSTANCE (2003), Arrêt Affaire T-353/00; TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA (2003), sentencia asunto T-353/00; TRIBUNAL DE JUSTICIA (2005), sentencia Asunto C-208/03 P. Jean-Marie Le Pen ocupó un escaño en el euro parlamento entre 1984 y 2019, salvo el periodo relativo a dicha condena, 10 de abril de 2003 a 20 de julio de 2004. Fue elegido siete veces, las dos últimas bajo el liderazgo de su hija.

La imagen de Jean-Marie Le Pen en la década de los setenta era muy diferente a la que hoy se acostumbra, ya que se le podía ver con un parche que cubría su ojo izquierdo. El mito urbano refiere que dicha pérdida sería una secuela de las peleas en el barrio latino en sus tiempos de estudiante, cuando militaba en diversas organizaciones de extrema derecha próximas al legado de Action Française. La verdad es mucho menos “heroica”, lo perdería a causa de una catarata traumática. Por cierto, en aquellos tiempos de estudiante de derecho en la Universidad Panthéon-Assas destacó como líder estudiantil, llegando a ser elegido presidente de la Association Corporative des Étudiants en Droit (la “Corpo” de droit), destinada a apoyar y representar a los estudiantes de la citada facultad. De aquella época también vendría su amistad con quien sería un destacado dirigente de la izquierda italiana, el mismísimo Marco Panella, líder histórico del Partito Radicale<sup>51</sup>.

Pero hay que volver a las polémicas causadas por Jean-Marie Le Pen y el *Front National*, relacionadas con el tema de la inmigración. En las elecciones legislativas de 1978, la entonces incipiente formación lepenista recurrió a lo que se consideraba los *peligros de la inmigración*; para ello se distribuyó diversa propaganda con un impactante lema: *1 million de chômeurs, c'est 1 million d'immigrés de trop! La France et les Français d'abord!* (¡un millón de desempleados es un millón de inmigrantes de más! ¡Francia y los franceses primero!). En procesos posteriores esa cifra iría siendo incrementada a medida que la población inmigrante iba creciendo; del millón, se pasó a los dos millones, de allí a los tres... No obstante, se podría matizar que el lema antes aludido fue readaptado, tras sus primeros éxitos electorales, por otros como *Préférence nationale* o *Priorité d'emploi aux Français*. La inmigración se presentaba como un problema en exceso preocupante, más si se tenía en cuenta la situación económica y social por la que Francia atravesaba. Pero el tema de la inmigración no solo era un tema numérico; en las filas del *Front National* militaron hijos de los que en algún momento fueron inmigrantes, incluso algunos ocupando cargos de relevancia, como son los casos de Jean-Claude Martínez, vicepresidente de dicha formación e hijo de un exiliado republicano español, o Marie-Christine Arnăutu, de origen búlgaro, vicepresidenta con Marie Le Pen e integrante de la formación desde 1987. Hoy se podía decir algo similar con los casos de Edwige Díaz y Julien Sánchez, actuales vicepresidentes de la formación. O del mismo Jordan Bardella, actual presidente del rebautizado *Rassemblement National*.

Como se mencionaba, el tema es algo más complejo que el simple hecho numérico. Se trataba, también –y, sobre todo– de un tema de integración.

---

<sup>51</sup> Para este periodo se hará alusión al primer tomo de sus memorias citadas más adelante.

Ello quedaría patente durante el transcurso de un programa de televisión (L'heure de vérité, retransmitido el 27 de enero de 1988) cuando Jean-Marie Le Pen respondía a una pregunta del periodista Jean-Louis Lescène, que versaba sobre la igualdad de los hombres y su derecho a los grandes principios de libertad, igualdad y fraternidad. En aquella ocasión manifestaba:

“Amo más a mis hijas que a mis primas, a mis primas que a mis vecinas, a mis vecinas que a los extraños y a los extraños más que a los enemigos. Por tanto, quiero más a los franceses, tengo ese derecho. Después, quiero más a los europeos. Y después, quiero más a los occidentales. Y después, entre los demás países, quiero más a las naciones que son aliadas nuestras y a las que aman nuestra cultura. Me parece un buen principio”<sup>52</sup>.

En la campaña regional de 1992 esa idea quedaba reflejada con claridad cuando se proclamaba “Ellos prefieren a los extranjeros. Nosotros preferimos a los franceses. Vote francés”<sup>53</sup>. El tema de la inmigración se unía principalmente al tema de la inmigración procedente de países cuya religión mayoritaria es el islam, y ello pese a la simpatía de Jean-Marie Le Pen con personajes como los Al-Assad o Sadam Hussein. Un hecho a destacar data de noviembre de 1990, durante la invasión de Kuwait por las tropas de Saddam Hussein, Jean-Marie Le Pen sorprendió a propios y extraños al declararse opuesto a la intervención aliada, viajar a Bagdad, entrevistarse con el mismísimo Saddam y lograr la liberación de cincuenta y cinco rehenes occidentales<sup>54</sup>. Su segunda esposa, Jany Le Pen impulsaría y presidiría una ONG llamada SOS Enfants d'Irak, que entre sus actividades –que contaron con la colaboración de un controvertido príncipe Sixto de Borbón Parma– destaca el envío de medicinas y material médico a un país que había dejado de ser la tierra de las mil y una noches<sup>55</sup>.

Se quiera o no reconocer, Jean-Marie Le Pen se adelantó al debate que desde hace tiempo sacude Francia: el de la integración musulmana. La polémica está servida con temas como el uso del *abaya* en las escuelas o del *niqab* en lugares públicos; las oraciones de cara a La Meca en las calles y plazas; las más de dos mil seiscientas mezquitas existentes (cuando se constituyó el FN apenas se podían contabilizar una docena); una población cercana al 10 %;

<sup>52</sup>“Jean-Marie Le Pen et les droits de l'Homme “J'aime mieux mes filles que mes nièces...””. Disponible en [www.ina.fr/ina-eclair-actu/video/i00005280/jean-marie-le-pen-et-les-droits-de-l-homme-j-aime-mieux-mes-filles-que-mes-nieces](http://www.ina.fr/ina-eclair-actu/video/i00005280/jean-marie-le-pen-et-les-droits-de-l-homme-j-aime-mieux-mes-filles-que-mes-nieces) [fecha de consulta: ??????????????????????].

<sup>53</sup> Tomado de José Luis RODRÍGUEZ, *¿Nuevos fascismos? Extrema derecha y neofascismo en Europa y Estados Unidos*, p. 221.

<sup>54</sup> Sobre el tema véase Sylvain CREPÓN, “Le Front National et les guerres contre l'Irak [1/2]: les raisons inattendues du soutien à Saddam Hussein”.

<sup>55</sup> Jany LE PEN, *SOS enfants d'Irak*.

barrios enteros que trasladan a cualquier vecindario de Marruecos o Argel, y donde, además, se puede observar altos niveles de pobreza y una población joven bastante embelesada por el discurso salafista... y todo ello sin hacer referencia a atentados como la sala Bataclán y Charlie Hebdo, o noches como la del 3 de noviembre de 2005, en la cual cientos de coches fueron quemados y varios incendios fueron provocados en localidades como: Aulnay-sous-Bois, Noisy-le-Grand, Neuilly-sur-Marne, Le Blanc-Mesnil e Yvelines.

Volviendo al programa *L'heure de vérité* habría que recordar que aquella no era la primera vez que aparecía en el mismo. Ya antes, lo había estado en su retransmisión del 23 de febrero de 1984. En aquella ocasión –a escasos días de unas elecciones al Parlamento europeo– el líder frontista supo aprovechar la oportunidad que le ofrecían las cámaras y alzarse como el único capaz de enfrentar a la izquierda en aquel momento en el gobierno con el socialista François Mitterrand, en alianza con el Parti Communiste Français, liderado por Georges Marchais. En un momento dado, y ante la sorpresa de los periodistas y público en general, se levantó de su asiento y pidió a los asistentes guardar un minuto de silencio en memoria de las víctimas del comunismo: “por los millones de hombres y mujeres caídos bajo la dictadura comunista” y por “todas las personas que se encuentran en gulags y campos de concentración”. El periodista François-Henri de Virieu no lo secundó en su accionar y continuó preguntando ante el silencio de aquel, exactamente por ese minuto señalado por el entrevistado. Lo que es de destacar es que el gesto sí fue secundado por parte del auditorio<sup>56</sup>. De lo que no cabe duda es que sabía cómo sacar partido de sus momentos televisivos; en días posteriores las oficinas del partido vieron cómo acudía un considerable contingente de simpatizantes con la intención de formalizar su adhesión al mismo. En las elecciones europeas de aquel 17 de junio de 1984, el *Front National* saltó de la práctica marginalidad a alcanzar el 10,95 % y la elección de diez eurodiputados.

Cabe asimismo destacar que no todos los casos judiciales en los que Jean-Marie Le Pen se vio envuelto les fueron adversos; en alguna oportunidad el resultado le fue favorable, saliendo victorioso. Tal fue el caso de la demanda por difamación que interpuso contra Mathieu Lindon (novelista y periodista del diario *Liberation*), Paul Otchakovsky-Laurens, responsable de la editorial POL, y Serge July, director del citado diario. El referido pleito deriva de la publicación, en agosto de 1998, de una novela titulada *Le procès de Jean-Marie Le Pen*. El protagonista de la novela (Maitre Mine) es un abogado, de origen judío y militante de izquierdas, que mantiene una relación

---

<sup>56</sup> Jean-Marie Le Pen dans *L'Heure de Vérité*, 13 Février 1984.

homosexual con un inmigrante magrebí identificado como Mahmoud Mam-moudi. El citado letrado se hace cargo de la defensa de Ronald Blister, un cabeza rapada acusado de haber dado muerte a un joven francés de origen norteafricano (Hadi Benfartouk). Su estrategia pasa por la incriminación del líder del Front National como el responsable intelectual del asesinato; para ello solicita al tribunal que por lo menos sea citado como testigo. En su alegato argumenta que su cliente actuó bajo la influencia del político, quien mediante sus dichos y alocuciones incitaba a sus seguidores a cometer actos violentos contra los inmigrantes, sobre todo si estos eran norafricanos y de creencia islámica.

La novela se sitúa a medio camino entre la ficción y la realidad; de hecho está inspirada en dos hechos verídicos, aunque inconexos entre sí, acaecidos en 1995: los asesinatos de Brahim Bouaram, un joven marroquí que fue arrojado al río Sena por unos *skinheads* tras una manifestación convocada por el Front National, y de Ibrahim Ali, un joven francés de origen comorense que fue asesinado en Marsella por militantes de dicha formación mientras se encontraban realizando propaganda política y pegando carteles del partido.

En una primera instancia, el Tribunal Superior de París condenó (11 de octubre de 1999) a Mathieu Lindon por difamación y a Paul Otchakovsky-Laurens por complicidad en el delito de difamación, cada uno de ellos debían pagar una multa de quince mil francos y debiendo pagar solidariamente otros veinticinco mil francos en concepto de daños y perjuicios a cada una de las partes civiles implicadas, junto con publicar un anuncio de la sentencia. Los demandantes, invocando el art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos sobre la Libertad de Expresión, llevaron el caso hasta el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La sentencia del citado tribunal fue toda una victoria para Jean-Marie Le Pen y condenó al autor por contribuir a:

“avivar la violencia y el odio, excediendo así más allá de lo tolerable en el debate político, incluso con respecto a una figura que ocupa una posición extremista en el espectro político”.

La sentencia recuerda que los periodistas, al informar sobre temas de interés general, deben actuar “de buena fe y sobre una base de hechos exactos que proporcionen información confiable” y recuerda que deben actuar “de acuerdo con la ética del periodismo”<sup>57</sup>.

---

<sup>57</sup> COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME EUROPEAN (2007), Requête n.º 21279/02 et n.º 36448/02.

### VIII. Las ideas de un hombre y de una formación

Entre las necrológicas publicadas sobre Jean-Marie Le Pen se podría destacar la realizada por Jean-Yves Camus<sup>58</sup>. De él dice: “dejó una huella indeleble en la historia política porque supo sacar a la extrema derecha de la marginalidad electoral”, lo cual ha quedado demostrado en estas breves referencias. También recuerda que supo poner en práctica una política de “compromiso nacionalista” en el seno del Front National, es decir, la de unir a todos los componentes de la llamada extrema derecha en torno a un programa mínimo común. Este punto daría para otro artículo, dado que fue llamado a liderar la organización por aquellos que en verdad lo impulsaron, los jóvenes procedentes de Ordre Nouveau, en particular Alain Robert, François Duprat y François Brigneau<sup>59</sup>, pero con mucha rapidez se hizo con la dirección de la formación desplazando a aquellos que darían vida al Parti des Forces Nouvelles, desde esa fecha hasta los inicios del siglo XXI las divisiones y deserciones fueron insignificantes.

Jean-Ives Camus puntualiza que se podría decir que la fuerza de Jean-Marie Le Pen residía en su capacidad de lograr un equilibrio entre católicos tradicionalistas y neopaganos, desertores de la derecha tradicional con nacionalistas-revolucionarios, antiguos gaullistas y antiguos conspiradores de la OAS.

“Esta combinación, que debería haber sido inestable, se mantuvo unida de alguna manera porque Le Pen supo enfrentarlos hábilmente, uniéndolos en torno a un programa minimalista de nacionalismo, oposición a la inmigración, populismo antielitista y hábil captura de todo el descontento en las diversas categorías”.

Pero ¿cuál era el programa político del Front National liderado por Jean-Marie Le Pen?

Esta pregunta tiene una difícil respuesta, más aún cuando se pretende contestarla en unas breves líneas: del incipiente neofascismo se pasó a una cierta derecha social, no sin antes atravesar por posiciones nacional liberales. Su incipiente anticomunismo le enfrentaba a la URSS y le acercaba a una posición atlantista, pero esta posición mutó por un acercamiento a Rusia tras la caída del muro de Berlín. Su posición favorable a la existencia del estado de Israel derivó a un apoyo a la causa árabe o, por lo menos, un acercamiento a regímenes como el de Siria e Irak. Todo ello dificultaría hablar de un pro-

<sup>58</sup> Jean-Yves CAMUS, “Jean-Marie Le Pen (1928-2025): essai de bilan d'une vie politique”.

<sup>59</sup> François DUPRAT, 1973. *El año en que nació el Front National y otros artículos*.

grama uniforme de la citada formación o del pensamiento de su líder por antonomasia. No puede decirse que Jean-Marie Le Pen fuese un teórico de la política, los libros que dejó escritos son, en su mayoría, recopilación de discursos, conferencias, entrevistas o intervenciones parlamentarias. El arsenal de ideas fue el resultado del aporte realizado por diversas personalidades o instituciones de reflexión política y cultural.

En primer lugar, podría referirse aquí, por ejemplo, cómo la idea de crear un Front National ya se había plasmado diez años antes de su formación. Poco antes de la fundación de *Occident* (antesala de *Ordre Nouveau*) y desde la Fédération des Étudiants Nationalistes habían aparecido dos documentos políticos –sin autor conocido (pero que se atribuyen a la pluma de Dominique Venner)– titulados *Le Manifeste de la classe 60* y *Pour une critique positive: Écrit par un militant pour des militants*. Se trataba, en definitiva, de marcar las diferencias con la extrema derecha que había representado el poujadismo o las agrupaciones grupusculares e inconexas del neofascismo o del catolicismo maurrasiano y, al mismo tiempo, esbozar una teoría y una estrategia para la creación de una organización nacionalista y revolucionaria que se presentase como una verdadera alternativa viable. En definitiva, se trataba de plantear una actuación política utilizando, sin que ello implicase un abandono de sus principios doctrinales, todos los medios legales de propaganda y de acción<sup>60</sup>. En este plano junto a Dominique Venner podría citarse a François Duprat, quien proponía una formación que en el ámbito electoral informara a los franceses de aquello que les amenazaba y que en lo político, fuera capaz de poner en pie una organización que agrupase alrededor de determinados temas a la mayor cantidad de compatriotas posible<sup>61</sup>. La desaparición de la segunda víctima de un atentado y la dedicación del primero de lleno a la historia apartó a estos dos hombres de la elaboración y transmutaciones del Front National.

Ya en la década de los ochenta, tras los éxitos electorales de 1983 en Dreux y París se produciría un acercamiento con los hombres procedentes del Club de l'Horloge, un círculo de reflexión que conjugaba el liberalismo económico con el nacionalismo étnico, y que pretendía ser el punto de encuentro de las diversas derechas. Sus integrantes, muchos de ellos procedentes de la Nouvelle Droite, van a representar un papel indiscutible en la elaboración del nuevo programa político del Front National, al que se incorporan algunos de sus más destacados representantes, como lo eran: Yves Le Gallou, Yvan Blot, Bruno Megret o Jean-Claude Bardet. Estos contribuyeron a la adaptación del discurso neoliberal de Friedrich Hayek y Ludwig

<sup>60</sup> Dominique VENNÉR, *¿Qué es el nacionalismo?*, pp. 109-146.

<sup>61</sup> François, DUPRAT, *Antología de textos nacional revolucionarios*, p. 24 y ss.

von Mises; eran los tiempos de Margaret Thatcher y Ronald Reagan<sup>62</sup>. No se puede olvidar a otros economistas como Olivier d'Ormesson, quien participaría en la elaboración del programa del partido (Pour la France) para las elecciones legislativas de 1986, con algunas medidas tales como difundir la propiedad popular promoviendo el acceso a la propiedad para las familias, dar a los ciudadanos franceses acceso a la propiedad de acciones de empresas, reformar el *Código Tributario* para proteger a los contribuyentes del abuso de la administración tributaria, eliminando el acoso fiscal, lanzar un plan quinquenal de liquidación del impuesto a la renta, reducir el gasto público eliminando ayudas económicas innecesarias, reducir el número de funcionarios mediante jubilaciones anticipadas o salidas voluntarias, entre otras materias<sup>63</sup>. Si bien es cierto que la agrupación lepenista adoptó posiciones cercanas al neoliberalismo y al libremercado, también lo es que en otras asumió posturas abiertamente proteccionistas, como las defendidas en el transcurso de la elección presidencial de 2002: implementación de la preferencia nacional para los productos agrícolas; establecer una moratoria sobre las deudas agrícolas y revalorizar las pensiones; suprimir el impuesto de sucesiones en línea directa; eliminar de manera progresiva el impuesto sobre la renta; reducir el impuesto de transmisiones patrimoniales; reducir el impuesto a las PYMES; denunciar los tratados de Maastricht, Schengen y Amsterdam; establecer fronteras comerciales para proteger empleos y productos locales; ayudar a las empresas a reconquistar el mercado interno y de exportación y reducir los gastos del Estado y de los organismos públicos<sup>64</sup>. En esa elección reaparece en escena Jean François Touze (un antiguo integrante del Parti des Forces Nouvelles) quien ocupará la dirección de la cédula de Idées-Images<sup>65</sup>.

La defensa de la diferencia fue de los temas desarrollados por los integrantes del Club de l'Horloge; aunque en este punto habría que resaltar la influencia ideológica de los intelectuales del GRECE, o si se refiere simplemente la *Nouvelle Droite*, aunque ello no signifique un alineamiento con las

<sup>62</sup> Philippe LAMY, *Le Club de l'Horloge (1974-2002): évolution et mutation d'un laboratoire idéologique*.

<sup>63</sup> Brigitte SLEE, *Le Front National et le jeu parlementaire*.

<sup>64</sup> Programme de M. Jean-Marie Le Pen, président du Front national et candidat à l'élection présidentielle 2002, intitulé: "Pour un avenir français", avril 2002.

<sup>65</sup> En esas elecciones también se podría hacer referencia a la presencia de Christine Boutin (Forum des Républicains Sociaux), candidata con un marcado perfil confesional que perseguía la recuperación de los valores tradicionales, haciendo hincapié en lo social. Sus temas principales de campaña fueron el respeto al valor de la vida, la lucha en contra del aborto y la defensa de la familia tradicional.

estructuras partidistas del lepenismo<sup>66</sup>, salvando algunas excepciones, tal es el caso de Pierre Vial, a quien se verá en el comité de *Identité*, la revista del consejo científico de Front National. Alain de Benoist siempre se mostró crítico sobre los postulados del frontismo, su anticomunismo estéril, su atlantismo en algún momento dado, su visión de Europa o su posición sobre la inmigración. Sobre este tema nada mejor que acudir a las respuestas dadas por el propio Alain de Benoist hace algunos años:

“No tengo ninguna enemistad personal hacia Jean-Marie Le Pen. Es un hombre indiscutiblemente valiente, y seguramente uno de los pocos verdaderos hombres políticos de nuestro tiempo. Además, y sobre todo, no soy uno de esos que grita que viene el lobo. Cuando he tenido que criticar al *Front National*, no lo he hecho para contribuir a su demonización... El *Front National* registró resultados electorales importantes, pero no pienso que haya hecho reaparecer a la derecha en la esfera política en una forma que haya sido favorable. Centrar su discurso en la inmigración, como ha ocurrido durante mucho tiempo, inmediatamente lo presentó como un partido antiinmigrante, por lo tanto como el partido de la xenofobia y la exclusión. Era seguramente electoralmente rentable, pero también era dar a creer que todos los problemas a los cuales se enfrenta a nuestro país se resumen a la cuestión de la inmigración... La consecuencia fue el renacimiento inmediato de un ‘antifascismo’ –tan anticuado como el fascismo– que solidificó el debate en términos anacrónicos. Así, la inmigración se convirtió en un problema silenciado, del cual ya no fue posible hablar normalmente”<sup>67</sup>.

En defensa de esa Francia católica heredera de Flavio Clodoveo, está la labor de Bernard Antony, presidente de los Comités de Chrétienne-Solidarité y presidente de la Alliance Générale contre le Racisme et pour le Respect de l’Identité Française et Chrétienne, asociación vinculada al Front National y que defiende la identidad de la personalidad francesa. Antony fue miembro del Buró Político frontista. Junto a él también figuraba un viejo discípulo de Charles Maurras, Jean Madiran. Ambos fueron, además, los promotores de *Présent*, un vespertino católico, algunas fuentes, incluso, lo sitúan cercano a las posiciones más tradicionalistas del lefebvrismo. Desde sus páginas no solo se oponían al comunismo o a la islamización de Francia, fueron firmes defensores de la vida, contrarios al aborto, defendieron la familia tradicional, mostrándose contrarios a las políticas de género y LGTB<sup>68</sup>.

<sup>66</sup> José HERNÁNDEZ-ROSARIO, *L’influence de la Nouvelle Droite sur le discours du Front National*.

<sup>67</sup> Alan BENOIST, “Habla la nueva derecha: entrevista a Alain de Benoist”.

<sup>68</sup> Francis BERGERON, *Présent, un défi au quotidien*; Jean MADIRAN, *Les vingt-cinq ans de ‘Présent’*. *Confessions didactiques*; Bernard ANTONY *Combats pour mon pays*.

### *A modo de conclusión*

A la hora de su muerte, aunque alejado de la primera línea de la política activa, y enfrentado con su hija, se encontraba al frente de los llamados Comités Jeanne (se recuerda que Juana de Arco es el referente por excelencia del nacionalismo francés)<sup>69</sup>. No cabe duda de que a la hora de su deceso ya ocupaba un lugar en la historia política francesa.

Desde luego no fue un ideólogo, ni dejó libros sobre su pensamiento político, más allá de alguna recopilación de discursos. Entre sus obras cabe destacar sus memorias<sup>70</sup>, que pese a las dificultades en ser publicadas se convirtieron en todo un éxito editorial, vendiendo más de cincuenta mil ejemplares. Como todas las memorias deja grandes espacios vacíos y algunas interrogantes<sup>71</sup>.

Lo que sí se puede decir, es que fue, sobre todo y ante todo, un estratega que supo captar la opinión y los temores de una mayoría silenciosa de franceses, alguien que supo aprovechar las oportunidades que se le abrían, como sus apariciones televisivas.

Por otro lado, para concluir, y por mucho que se empeñen algunos, está lejos de ser un líder representante del neofascismo; más bien se le podría considerar como un conservador que supo conjugar, al menos durante cierto tiempo, un liberalismo económico con postulados de una derecha social; alguien que podría haberse integrado en el gaullismo sino hubiera sido por la traición del general Charles de Gaulle a la causa de la Argelia francesa; un político que en la década de los ochenta no ocultó sus simpatías por Margaret Thatcher, alguien que fue calificado como el Reagan galo<sup>72</sup>. Tal vez él mismo se veía como el profeta de la VI República francesa.

### *Bibliografía*

- AHMED-CHAOUCH, Azzedine, *Le testament du diable: les derniers secrets de Jean-Marie Le Pen*, Paris, Editions du Moment, 2010.
- ANDERSON, Malcolm, *Política conservadora en Francia*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1979.
- ANTONY, Bernard, *Combats pour mon pays*, Paris, Présent, 1994.

<sup>69</sup> Philippe CONTAMINE, "Jeanne d'Arc dans la mémoire des droites", pp. 399-435.

<sup>70</sup> Jean-Marie LE PEN, *Mémoires. Fils de la nation*; Jean-Marie LE PEN, *Mémoires. Tribunaux du peuple*.

<sup>71</sup> Eduardo FEBBRO, "Memorias de un fascista".

<sup>72</sup> Jean-Marie Le Pen "Front national".

- BASSETS, Marc, “El Nuevo Frente Popular es más peligroso que Le Pen”, en *El País*, Madrid, 25 de julio de 2024.
- BEAUGE, Florence, “La mort d’Ahmed Moulay, mis à la ‘question’ par Le Pen”, in *Le Monde*, Paris, 4 mai 2002.
- BEAUGE, Florence, “Torture: quatre nouveaux témoins accusent Jean-Marie Le Pen”, in *Le Monde*, Paris, 4 juin 2002.
- BENOIST, Alan, “Habla la nueva derecha: entrevista a Alain de Benoist”. Disponible en <https://laotraeuropa.blogia.com/2006/101701-habla-la-nueva-derecha-entrevista-a-alain-de-benoist.php> [fecha de consulta: 15 de febrero de 2025].
- BERGERON, Francis, *Présent, un défi au quotidien*, Paris, Dualpha, 2001.
- BERNARD, Mathias, “Le Pen, un provocateur en politique (1984-2002)”, in *20 & 21: Revue d’histoire*, n.º 93, Paris, 2007, pp. 37-45.
- BLANRUE, Paul-Éric, “Jean-Marie, Marine et les juifs”. Disponible en <https://profide-catholica.com/2021/10/07/jean-marie-marine-et-les-juifspar-paul-eric-blanrue> [fecha de consulta: 15 de febrero de 2025].
- BOUCLER, Thierry, *Les années Poujade: une histoire du pujadisme, 1953-1958*, Paris, Perrin, 2006.
- CAMUS, Jean-Yves, “Jean-Marie Le Pen (1928-2025) : essai de bilan d’une vie politique”. Disponible en [www.jean-jaures.org/publication/jean-marie-le-pen-1928-20-essai-de-bilan-dune-vie-politique/](http://www.jean-jaures.org/publication/jean-marie-le-pen-1928-20-essai-de-bilan-dune-vie-politique/) [fecha de consulta: 15 de febrero de 2025].
- CAMUS Jean-Yves, “Origine et formation du Front National (1972-1981)”, in Nonna MAYER et Pascal PERRINEAU (dirs.), *Le Front national à découvert*, Paris, Presse de la Fondation Nationale des Sciences Politiques, 1989.
- CANTOS PADILLA, Isabel Mari, “Elecciones presidenciales en Francia Abril-Mayo 2007”, en *Revista de Derecho Político*, n.º 70, Madrid, 2007.
- CANTOS PADILLA, Isabel María, “Las elecciones presidenciales y legislativas de 2002 en Francia”, en *Revista de Derecho Político*, n.º 55-56, Madrid, 2002.
- CONTAMINE, Philippe, “Jeanne d’Arc dans la mémoire des droites”, in Jean François SIRINELLI (dir.), *Histoire des droites en France*, Paris, Editions Gallimard, 2006, tome 2: Cultures.
- CREPÓN, Sylvain, “Le Front National et les guerres contre l’Irak [½]: les raisons inattendues du soutien à Saddam Hussein”. Disponible en <https://tempspresent.com/2008/12/01/le-front-national-et-les-guerres-contre-lirak-12-les-raisons-inattendues-du-soutien-a-saddam-husseini/> [fecha de consulta: 15 de febrero de 2025].
- DUPRAT, François, 1973. *El año en que nació el Front National y otros artículos*, Tarragona, FIDES, 2015.
- DUPRAT, François, *Antología de textos nacional revolucionarios*, Barcelona, Ediciones Nueva República, 2007.
- DUPRAT, François, *L’Ascension du M.S.I.: (Movimento Sociale Italiano)*, Paris, Les Sept Couleurs, 1972.

- DUVERGER, Maurice, *La monarquía republicana o cómo las democracias eligen a sus reyes*, Barcelona, Ariel, 1974.
- ECUVILLON, Pierre, *Le phénomène Le Pen: analyse relationnelle, historique et esthétique d'une singularité politique. Sociologie*, Montpellier, Université Paul Valéry-Montpellier III, 2015.
- ESTRERUELAS, Bosco, "Le Pen pierde su escaño como eurodiputado", en *El País*, Madrid, 11 de abril de 2023.
- FEBBRO, Eduardo, "Memorias de un fascista", en *Página 12*, Buenos Aires, 4 de marzo de 2018.
- FERNÁNDEZ-VÁZQUEZ, Guillermo, "Una desdemonización que (por ahora) no alcanza. Marine Le Pen y la extrema derecha francesa", en *Nueva Sociedad*, n.º 312, Buenos Aires, 2024, pp. 103-116.
- GALLEGO MARGALEFF, Fernando José, "El MSI y el lugar del fascismo en la cultura política italiana", en *Studia historica. Historia contemporánea*, n.º 30, Salamanca, 2012.
- GAUTHIER, Nicolas, "Jean-Marie Le Pen n'avait pas que des ennemis, dans le showbiz. Disponible en [www.bvoltaire.fr/jean-marie-le-pen-navait-pas-que-des-ennemis-dans-le-showbiz/](http://www.bvoltaire.fr/jean-marie-le-pen-navait-pas-que-des-ennemis-dans-le-showbiz/) [fecha de consulta: 15 de febrero de 2025].
- GOGUEL, François, "L'élection présidentielle française de décembre 1965", in *Revue Française de Science Politique*, vol. 16, n.º 2, Paris, 1966.
- GÓMEZ-REINO, Margarita, "Las elecciones europeas de 2009 y el espectro de la extrema-derecha", en *Análisis del Real Instituto Elcano*, n.º 101, Madrid, 29 de julio de 2009.
- GONZÁLEZ, Eric, "Le Pen protagoniza una batalla campal al intentar agredir a la rival de su hija", en *El País*, Madrid, 30 de mayo de 1997.
- HERNÁNDEZ-ROSARIO, José, *L'influence de la Nouvelle Droite sur le discours du Front National*, thèse de doctorat, Paris, Universidad Paris III, 2002.
- INCLÁN GIL, Eduardo, "Marine Le Pen: un nuevo rostro para la vuelta a la política ultranacionalista", en *Cuadernos de Pensamiento Político FAES*, n.º 41, Madrid, 2014.
- KAUFFMANN, Grégoire "Les origines du Front National", in *Pouvoirs: Revue française d'études constitutionnelles et politiques*, n.º 157, Paris, 2016.
- KURI, Daniel, "La condamnation de J.-M. Le Pen pour contestation de crime contre l'humanité confirmée par la Cour d'appel de Paris le 1er mars 2017. Commentaire sur l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 1er mars 2017". Véase [www.unilim.fr/iirco/2017/06/13/condamnation-de-j-m-pen-contestation-de-crime-contre-lhumanite-confirmee-cour-dappel-de-paris-1er-mars-2017/](http://www.unilim.fr/iirco/2017/06/13/condamnation-de-j-m-pen-contestation-de-crime-contre-lhumanite-confirmee-cour-dappel-de-paris-1er-mars-2017/) [fecha de consulta: 15 de febrero de 2025].
- LAFFONT, Robert et Pierre PEAN, *Le Pen, une histoire française*, Paris, Robert Laffont, 2012.
- LAMY, Philippe, *Le Club de l'Horloge (1974-2002): évolution et mutation d'un laboratoire idéologique*, thèse de doctorat, Paris, Université Paris VIII Saint-Denis, 2016.
- LE PEN, Jany, *SOS enfants d'Irak*, Paris, Ed. Objectif France, 2001.

- LE PEN, Jean-Marie, *Mémoires. Fils de la Nation*, Paris, Muller, 2018. *Memorias: Hijo de la nación*, Madrid, Homo Legens, 2020.
- LE PEN, Jean Marie, *Memoires. Tribun du peuple*, Paris, Muller, 2019.
- LEBOURG, Nicolas et Jonathan PREDÀ, “Ordre Nouveau, fin des illusions droitières et matrice activiste du premier Front National”, in *Studia historica. Historia contemporánea*, n.º 30, Salamanca, 2012.
- LINDON, Mathieu, *Procès de Jean - Marie Le Pen*, Paris, POL, 1998. *El proceso de Jean-Marie Le Pen*, Barcelona, Egales/Editorial Gai y Lesbiana, 1999).
- LIONS, Monique, “Las elecciones legislativas de 16 de marzo de 1986 en Francia”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XX, n.º 60, Ciudad de México, 1987.
- MABIRE, Jean, *Histoire d'un français. Tixier-Vignancour*, Paris, L'Esprit Nouveau, 1965.
- MADIRAN, Jean, *Les vingt-cinq ans de 'Présent'. Confessions didactiques*, Le Chesnay, Via Romana, 2007.
- MANRIQUE, Diego A., “La peor discográfica de la historia”, en *El País*, Madrid, 26 de febrero de 2018.
- MARTI, Octavi, “Le Pen se sienta en el banquillo por agredir a una candidata socialista”, en *El País*, Madrid, 10 de febrero de 1998.
- MENDÈS FRANCE, Bernard et L. LAUMONIER, “Une application des méthodes de l'analyse statistique à l'estimation des déplacements de voix entre les deux tours des élections présidentielles de 1965”, in *Revue Française de Science Politique*, vol. 17, n.º 1, Paris, 1967, pp. 110-114.
- OLSTER, Margie and Edwin EYTAN, “French Jewish Leader Rips American Peers for Meeting French Extremist; U.S. Leaders Claim Faulty Invitation”, in *Daily News Bulletin*, New York, March 9, 1987.
- PERRAULT, Guillaume, “Jean-Marie Le Pen, la première victoire du para”, in *Le Figaro*, Paris, 5 août 2012.
- PETERMANN, Simon, “Le phénomène Le Pen en France”, in *Res Publica*, vol. 28, n.º. 1, Madrid, 1986.
- PRIETO, Joaquín, “El parlamento europeo despoja de su escaño a Le Pen”, en *El País*, Madrid, 24 de octubre de 2000.
- Programme de M. Jean-Marie Le Pen, président du Front national et candidat à l'élection présidentielle 2002, intitulé: “Pour un avenir français”, avril 2002. Disponible en [www.vie-publique.fr/discours/129981-programme-de-m-jean-marie-le-pen-president-du-front-national-et-candid](http://www.vie-publique.fr/discours/129981-programme-de-m-jean-marie-le-pen-president-du-front-national-et-candid) [fecha de consulta: 15 de febrero de 2025].
- QUIÑONERO, Juan Pablo, “Le Pen pasa el testigo a su hija con un discurso apocalíptico”, en *ABC*, Madrid, 16 de enero de 2011.
- RICEPUTI, Fabrice, *Le Pen et la torture. Alger 1957, l'histoire contre l'oubli*, Paris, Passager Clandestin-Mediapart, 2024.
- RODRÍGUEZ, José Luis, *¿Nuevos fascismos? Extrema derecha y neofascismo en Europa y Estados Unidos*, Barcelona, Península, 1998.

- SÁNCHEZ-IGLESIAS, Eduardo; Vicente SÁNCHEZ-JIMÉNEZ, y Guillermo FERNÁNDEZ-VÁZQUEZ, “El programa del Frente Nacional francés a la luz de la teoría de las fórmulas ganadoras”, en *Encrucijadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales*, vol. 21, n.º. 2, Barcelona, 2021.
- SCHMITT Olivier, “Brigitte Bardot livre le récit d’une vie d’incompréhensions”, in *Le Monde*, Paris, 25 septembre 1996.
- SLEE, Brigitte, *Le Front National et le jeu parlementaire*, thèse de doctorat, Loughborough, Université de Loughborough, 1994.
- SINI, Lorella, “Estrategias retóricas del «nuevo» partido de extrema derecha de marine Le Pen”, en Paz VILLAR HERNÁNDEZ, *Retóricas negativas: la desinformación de derecha radical y su cobertura mediática*, Valencia, Tirant Humanidades, 2021.
- SOUILLAC, Romain, *Le mouvement Poujade. De la défense professionnelle au populisme nationaliste (1953-1962)*, Paris, Presses de Sciences Po, 2007.
- SULZER, Alexandre, “Du FN au RN, 50 ans d’histoire tortueuse sur le conflit israélo-palestinien”, en *Le Paresen*, Paris, 12 octobre 2023.
- TAGUIEFF, Pierre-André, *Du diable en politique. Réflexions sur l’antilepénisme ordinaire*, Paris, CNRS, 2015.
- THOMAS, Jonathan, “Jean-Marie Le Pen et la SERP: le disque de musique au service d’une pratique politique”, in *Volume ! La revue des musiques populaires*, vol. 14, n.º. 1, Paris, 2017.
- THOMAS, Jonathan, *La propagande par le disque Jean-Marie Le Pen, éditeur phonographique*, Paris, Éditions de l’EHESS, 2020.
- THOMAS, Jonathan et Jonathan PREDÁ, “Jean-Marie Le Pen, éditeur de disques à la gloire du IIIe Reich. Le procès contre la SERP et ses conséquences”. Disponible en <https://shs.hal.science/halshs-03632418> [fecha de consulta: 15 de febrero de 2025].
- TILLI, Mariano, “La disquería de Le Pen. El legado de la batalla cultural de la ultraderecha francesa del siglo XX”. Disponible en [www.elcohetéalaluna.com/LA-DISQUERIA-DE-LE-PEN/](http://www.elcohetéalaluna.com/LA-DISQUERIA-DE-LE-PEN/) [fecha de consulta: 15 de febrero de 2025].
- URTEAGA, Eguzki, “El fenómeno Le Pen en Francia”, en *EIC: Estudios Internacionales de la Complutense*, vol. 10, n.º 2, Madrid, 2008.
- VENNER, Dominique, *¿Qué es el nacionalismo?*, Tarragona, FIDES, 2004.
- WEBSTER, Paul, “Le Pen’s ex-mentor regrets rise of ‘liar’”. Disponible en [www.theguardian.com/world/2002/apr/28/france.paulwebster](http://www.theguardian.com/world/2002/apr/28/france.paulwebster) [fecha de consulta: 15 de febrero de 2025].
- YARNOZ, Carlos, “Doble condena a Jean-Marie Le Pen por filonazi y racista”, en *El País*, Madrid, 6 de abril de 2016.

#### AUDIOVISUALES

- Jean-Marie Le Pen dans *L’Heure de Vérité*, 13 Février 1984. Archive INA. Disponible en [www.youtube.com/results?search\\_query=Jean-Marie+Le+Pen+dans+L%27Heure+de+V%3%A9rit%C3%A9](http://www.youtube.com/results?search_query=Jean-Marie+Le+Pen+dans+L%27Heure+de+V%3%A9rit%C3%A9) [fecha de consulta: 17 de febrero de 2025].

- Jean Marie Le Pen, “Front national”. Disponible [www.ina.fr/ina-eclaire-actu/video/dvc80082636/front-national](http://www.ina.fr/ina-eclaire-actu/video/dvc80082636/front-national) [fecha de consulta: 17 de febrero de 2025].
- Jean-Marie Le Pen in *L'Heure de Vérité*, 27 de enero de 1988. Archive INA. Disponible en [www.ina.fr/ina-eclaire-actu/video/i00005280/jean-marie-le-pen-et-les-droits-de-l-homme-je-aime-mieux-mes-filles-que-mes-nieces](http://www.ina.fr/ina-eclaire-actu/video/i00005280/jean-marie-le-pen-et-les-droits-de-l-homme-je-aime-mieux-mes-filles-que-mes-nieces) [fecha de consulta: 17 de febrero de 2025].
- Le Diable de la République: 40 ans de Front national*. 2011. Dirección, Jean Charles Deniau, Emmanuel Blanchard. Guionistas: Emmanuel Blanchard, Jean-Charles Deniau, Grégoire Kauffmann. Producción: Institut National de l’audiovisuel-Program 33. Emitido en France 3, el 30 de noviembre de 2011 [fecha de consulta: 17 de febrero de 2025].
- LE PEN, Jean-Marie, “Les chambres à gaz sont un point de détail de l’histoire de la deuxième guerre mondiale”. Disponible en [www.ina.fr/ina-eclaire-actu/video/cab87032378/jean-marie-le-pen-les-chambres-a-gaz-sont-un-point-de-detail-de-l-histoire](http://www.ina.fr/ina-eclaire-actu/video/cab87032378/jean-marie-le-pen-les-chambres-a-gaz-sont-un-point-de-detail-de-l-histoire) [fecha de consulta: 18 de febrero de 2025].

#### JURISPRUDENCIA

- COUR D’APPEL VERSAILLES (1991): Le Pen c. UNADIF et autres associations. Disponible en [www.jurisquare.be/fr/journal/revtrimdrh/1991-8/versailles-le-pen-c-unadif-et-autres-associations/index.html#page/535/search/](http://www.jurisquare.be/fr/journal/revtrimdrh/1991-8/versailles-le-pen-c-unadif-et-autres-associations/index.html#page/535/search/) [fecha de consulta: 14 de febrero de 2025].
- COUR DE CASSATION (2005): 04-85.956, Chambre criminelle, du 27 septembre 2005. Sentencia impugnada: Tribunal de Apelación de París, Sala 11, 6 de octubre de 2004. Disponible en [www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007607564](http://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007607564) [fecha de consulta: 14 de febrero de 2025].
- COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L’HOMME EUROPEAN AFFAIRE (2007): Requetes n.º 21279/02 et n.º 36448/02, 22 octobre 2007, Lindon, Otchakovsky-Laurens et July c. France. Strasbourg. Disponible en <https://hudoc.echr.coe.int/#%22itemid%22:%22001-82847%22>] [fecha de consulta: 14 de febrero de 2025].
- COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L’HOMME EUROPEAN (2010): Requête n.º 18788/09, Jean-Marie LE PEN contre la France. Strasbourg, 20 avril 2010. Disponible en <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-98489> [fecha de consulta: 14 de febrero de 2025].
- COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L’HOMME EUROPEAN (2016): Requête n.º 52672/13, Jean-Marie LE PEN contre la France, 13 septembre 2016. Disponible en <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:%22001-167242%22>] [fecha de consulta: 14 de febrero de 2025].
- ORDONNANCE DU PRÉSIDENT DU TRIBUNAL (2001): Affaire T-353/00 R, 26 janvier 2001, Jean-Marie Le Pen contre Parlement européen. Procédure de référé - Acte du Parlement - Déchéance d’un mandat parlementaire résultant de l’application du droit national - Recevabilité - Fumus boni juris - Urgence - Mise en balance des intérêts. Disponible en <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?lgrec=fr&td=%3BALL&language=fr&num=T-353/00%20R&jur=T> [fecha de consulta: 14 de febrero de 2025].

TRIBUNAL DE JUSTICIA (2005): Sentencia Asunto C-208/03 P., 7 de julio de 2005, Sala Segunda. Jean-Marie Le Pen contra Parlamento Europeo. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A62003CJ0208> [fecha de consulta: 14 de febrero de 2025].

TRIBUNAL DE PREMIÈRE INSTANCE (2003): Arrêt Affaire T-353/00, 10 avril 2003, cinquième chambre, Jean-Marie Le Pen contre Parlement européen. Acte du Parlement - Déchéance d'un mandat de membre du Parlement européen - Application du droit national - Recours en annulation - Acte susceptible de recours - Irrecevabilité. Disponible en <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?lgrec=fr&td=%3BALL&language=fr&num=T-353/00%20R&jur=T> [fecha de consulta: 14 de febrero de 2025].

TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA (2003): sentencia asunto T-353/00, 10 de abril de 2003, Sala Quinta, Jean Marie Le Pen contra Parlamento Europeo. Disponible en [chrome-extension://efaidn\\_bmnnnibpcajpglclefndmkaj/https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62000TJ0353&from=IT](chrome-extension://efaidn_bmnnnibpcajpglclefndmkaj/https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62000TJ0353&from=IT) [fecha de consulta: 15 de abril de 2025].

### NOTICIAS DE PRENSA

*ABC*, Madrid, 9 de febrero de 2009, p. 34.

*El Clarín.com*, 7 de enero de 2025.

*La Nación*, 7 de enero de 2025.

*Le Figaro*, 11 de octubre de 2020.

*Le Monde*, "Le Pen et la torture: l'enquête du 'Monde' validée par le tribunal". Disponible en [www.lemonde.fr/archives/article/2003/06/27/le-pen-et-la-torture-l-enquete-du-monde-validee-par-le-tribunal\\_325600\\_1819218.html](http://www.lemonde.fr/archives/article/2003/06/27/le-pen-et-la-torture-l-enquete-du-monde-validee-par-le-tribunal_325600_1819218.html) [fecha de consulta: 15 de abril de 2025].

*El Mundo*, 25 de marzo de 2009 y 6 de mayo de 2009.

*Madrid*, 13 de marzo de 1967.

### Siglas y abreviaturas

AGRIF	Alliance Générale contre le Racisme et pour le respect de l'Identité Française et chrétienne
art.	artículo
ASIREF	Cercle des Amitiés Protestantes, Association pour la Suppression de l'Impôt sur le Revenu et la Réforme Fiscale
CNAF	Cercle National des Agriculteurs de France

CNCNP	Cercle National Chasse Pêche Nature
CNDNA	Cercle National de Défense de la Nature et des Animaux
CNIP	Centre National des Indépendants et des Paysans
CNRS	Centre National de la Recherche Scientifique
dir.	director
dirs.	directores
ed.	editorial
FN	Front National
GRECE	Groupement de recherche et d'études pour la civilisation européenne
http	Hypertext Transfer Protocol
https	Hypertext Transfer Protocol Secure
LGTB	Lesbianas, Gais, Bisexuales y Trans (transgénero, transexuales y travestis)
MSI	Movimento Sociale Italiano
n.º	número <i>a veces número</i>
OAS	Organisation de l'Armée Secrète
OLP	Organización para la Liberación Palestina
ONG	organización no gubernamental
ORCID	Open Researcher and Contribution ID
p.	página
P.A.R.I.S	Pour l'Avenir et la Réforme Institutionnelle et Sociale
pp.	páginas
PYMES	Pequeña y Mediana Empresa
RTL	Radio Télévision Luxembourg
SERP	Société d'Études et de Relations Publiques
ss.	siguientes
UDCA	Union et Défense des Commerçants et Artisans
UFF	Union et Fraternité Française
UNED	Universidad Nacional de Educación a Distancia
URSS	Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas

vol. volumen  
www World Wide Web



# UN ESTUDIO SOBRE LA LAICIDAD

## A STUDY ON SECULARISM

*Carlos Manuel Rosales\**  
*Oscar Ruiz Vargas\*\**

Laura Vera no olvides nunca,  
lo grande y brillante que eres

### *Resumen*

La laicidad trata sobre de la separación de los temas privados de los públicos, principalmente. Asimismo, este trabajo analiza algunas razones por las que un estado democrático no debería tener dogmas, sino permitir que todas las voces y opiniones tengan valor, se genere el debate de ideas entre los ciudadanos, y con esto, se mejore la república.

Palabras clave: laicidad, religión, democracia, secularizar, república.

### *Abstract*

Laicity deals mainly with the separation of private from public issues. Likewise, this work shows why a democratic state should not have dogmas, but should allow all voices and opinions to have value, generate the debate of ideas people, and with this, improve the republic.

Keywords: laicity, religion, democracy, secularization, republic.

---

\* Doctor en Derecho, Universidad de Chile. Correo electrónico: carmaroga@gmail.com ORCID: 0000-0002-2035-9358.

\*\* Doctor en Humanidades, Universidad Latinoamericana. Profesor Facultad de Derecho de la UNAM, México. Correo electrónico: dr.vivienda@gmail.com ORCID: 0000.0001-7135-1244.

Artículo recibido el 25 de febrero de 2024 y aceptado para publicación el 8 de diciembre de 2024

## Introducción

El hombre no es solamente un animal político, sino un ser religioso. No solo se preocupa de la organización de su vida material, de su alimento y del de los suyos, de su profesión, de sus diversiones, de la administración de la ciudad, sino, también, de los problemas del más allá, y esta última clase de preocupaciones condiciona, en una parte importante, sus adhesiones políticas<sup>1</sup>.

En un sistema democrático, el Estado debe respetar de igual manera los derechos de todos los ciudadanos. En esto se incluyen los derechos de las minorías, los que tienen el mismo derecho a participar en el debate público.

El derecho de libertad de expresión es fundamental y no puede estar sujeto a los poderes de la mayoría elegida. Esta mayoría pudiera estar equivocada al suprimir los derechos de una minoría que intenta expresar su disenso. Desde esta perspectiva, los ataques difamatorios a los oficiales públicos, discursos de odio y aquellos que desafían la legitimidad de las instituciones deben ser tolerados, porque el Estado no es libre para determinar las limitaciones del discurso público<sup>2</sup>.

Todas las sociedades tienen un proyecto de comunidad, explícito o implícito y, por lo tanto, influyen en su forma de organizarse, lo que, a su vez, incide en las religiones<sup>3</sup>. Cada época revela una íntima conexión entre el poder y la autoridad que la preside y la forma, ritmo y dirección del tiempo que la llena<sup>4</sup>.

La experiencia histórica indica que además de la política, asimismo, la religión, trascienden, por su propia naturaleza, el ámbito de la mera individualidad personal e irrumpen en el campo de las relaciones sociales y, más en concreto, en el de las relaciones político-sociales<sup>5</sup>.

Sin embargo, como Charles Taylor afirma, la religión o su ausencia es una cuestión de la esfera privada<sup>6</sup>.

Asimismo, fueron la Ilustración y su contraparte práctica, la Revolución francesa, los movimientos que dieron impulso definitivo a la *razón laica* criticando los puntos de vista absoluto y absolutista de la religión y la monarquía, y declarando las libertades de pensamiento y de culto<sup>7</sup>.

Las teorías de la modernización sugieren que los cambios económicos y políticos van unidos con el desarrollo cultural de manera coherente y consis-

<sup>1</sup> André HAURIU, "Democracia y fuerzas religiosas", pp. 12-13.

<sup>2</sup> Eric BARENDT, *Freedom of speech*, pp. 19-20.

<sup>3</sup> Roberto J. BLANCARTE (comp.), *Religión, iglesias y democracia*, p. 12.

<sup>4</sup> Giacomo MARRAMAO, *Poder y secularización*, p. 5.

<sup>5</sup> José María SARTEN, *Laicidad del Estado e Iglesia*, p. 5.

<sup>6</sup> Charles TAYLOR, *A secular age*, p. 1.

<sup>7</sup> Pedro SALAZAR, *La laicidad: antídoto contra la discriminación*, p. 5.

tente<sup>8</sup>. En la mayoría de los países occidentales se vive una regresión por el proceso de secularización que se produce a partir de los fenómenos e intrusiones religiosas, el miedo al diferente, la intolerancia y los conflictos raciales, que generan desigualdad. Estos sucesos van en contra del sentido del principio de neutralidad ideológica de las instituciones y de la igual dignidad de las personas<sup>9</sup>.

Está claro que la formación de una religión (en el sentido francés) lleva a diferentes visiones del mundo, distintas maneras de pensar y disímiles sensibilidades hacia un amplio mundo de temas –economía, política, cultura, política, religión–. El punto esencial es resumido fácilmente: europeos creen que Estados Unidos practica y da demasiado peso a la religión, lo que trae un efecto peligroso en la política; los estadounidenses están desconcertados con la secularidad de los europeos<sup>10</sup>.

La libertad es coherente con la dignidad humana, sea la que fuese la opción personal que dé sentido a su vida, cuando se pone al servicio de los propios intereses individuales, junto al servicio del bien de los demás<sup>11</sup>.

En las sociedades democráticas, siempre hay una estructurada agenda pública –una semana un tema de energía nuclear, la siguiente un tema de salud pública– aunque esa agenda no sea establecida por un agente o autoridad particular<sup>12</sup>. Es difícil dibujar una línea para saber si el discurso debe ser propiamente regulado o si cualquier discurso debe ser tolerado en una sociedad liberal<sup>13</sup>.

Una perspectiva es que la ley tiene que tratar con el conflicto entre dos derechos: el de la libertad de discurso y el público al orden y la tranquilidad<sup>14</sup>.

Los jueces deben decidir sobre cuestiones básicas de moral y argumentos políticos en lo que descansan los objetivos de la libertad de expresión. Ellos no pueden evitar confrontar la dificultad de la filosofía política en estos temas<sup>15</sup>.

Un principio de libertad de discurso no necesita ajustarse a una protección absoluta para ejercer la libertad de expresión. La mayoría de los académicos que apoyan otorgar fuertes garantías a la libertad de discurso con-

---

<sup>8</sup> Pippa NORRIS and Ronald INGLEHART, *Sacred and Secular. Religion and politics worldwide*, p. 18.

<sup>9</sup> Luigi FERRAJOLI, *Democracia y garantismo*, p. 132.

<sup>10</sup> Peter BERGER, Gracie DAVIE & Effie FOKAS, *Religious America, secular Europe*, p. 3.

<sup>11</sup> SARTEN, *op. cit.*, p. 115.

<sup>12</sup> Owen M. FISS, *The irony of free speech*, p. 23.

<sup>13</sup> BARENDT, *op. cit.*, p. 21.

<sup>14</sup> *Op. cit.*, p. 290.

<sup>15</sup> *Op. cit.*, pp. 5-6.

sideran que bajo ciertas circunstancias debe limitarse, por ejemplo, que se vaya a originar violencia con ese discurso<sup>16</sup>.

En concreto, la libertad de discurso significa que la expresión deberá ser siempre tolerada, aun cuando la conducta pueda producir alguna ofensa o daño, lo que podría proscribir esa conducta. Y eso debe ser porque el discurso es en especial valioso o, tal vez, porque se tiene una especial razón para desconfiar en su regulación<sup>17</sup>.

El presente estudio examinará el principio de laicidad que deben guardar, conservar y ejercer las instituciones, para que el trabajo de las mismas esté libre de alguna influencia o imperio que no provenga del soberano y, en particular, libre de alguna influencia religiosa.

Por lo anterior, esta investigación se compondrá de diversos apartados como un esbozo del sistema democrático, un examen de la relación Iglesia-Estado, una deconstrucción de la comunidad Estado-Iglesia (muro de separación). Luego, se presenta una visión del secularismo para poder presentar el análisis del tema de la laicidad. Continúa el estudio con la aportación de Samuel Pufendorf (iusnaturalismo racional). Es menester poner un par de ejemplos sobre el tema expuesto, por lo que se exhiben y comparan el modelo estadounidense (libertad religiosa y de discurso) y el francés (laicidad). Por último, se enseña un conjunto de conclusiones que muestran la importancia y trascendencia del tema.

La laicidad se convierte en un tema vigente, pues en la actualidad muchos políticos justifican su filosofía y acción con base en la religión y en la libertad de discurso. Sin embargo, no se debe confundir que la acción de los operadores legales debe estar libre de toda influencia, y que su proceder solo debe ser conforme a la norma positiva.

### *El sistema democrático*

El primer objetivo es reflexionar respecto de la amplitud del término ‘democracia’. Su extensión se verifica en las numerosas acepciones descriptivas, funcionales, referenciales, etc., que le brindan sentidos diversos y, por lo mismo, a veces generales o incluso, ambiguos en su representación. No obstante lo anterior, dichas características permiten materializar instituciones que tutelen los bienes y valores de una sociedad, entre ellos los principios regentes para la administración de justicia<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> BARENDT, *op. cit.*, p. 7.

<sup>17</sup> *Ibid.*

<sup>18</sup> Cass R., SUNSTEIN, “Constitutions and democracies”, p. 352.

Hay que recordar que:

“la democracia nació sin Constitución. Su identidad como proyecto partía del reconocimiento de un valor, la dignidad de todos los ciudadanos; del abanderamiento de un principio, la autonomía política, y la defensa de una forma de acción concreta, la participación generalizada”<sup>19</sup>.

La definición más reconocida de la voz ‘democracia’, es acorde con su origen etimológico ‘gobierno del pueblo’<sup>20</sup>. El otro significado más utilizado, es la que ofrece la RAE: “Doctrina política favorable a la intervención del pueblo en el gobierno o predominio del pueblo en el gobierno político de un Estado”<sup>21</sup>. Sin embargo, para Luigi Ferrajoli esta acepción es incompleta desde el punto de vista de su claridad conceptual, es decir, de lo que se debe entender por poder, o quiénes conforman al pueblo, entre otras cosas<sup>22</sup>.

Para Michael Walzer, esta forma de gobierno es entendida como una manera de asignar el poder y legitimar su uso –o mejor dicho, es la manera política de asignar el poder–<sup>23</sup>.

Norberto Bobbio definió la define con base en tres principios institucionales:

“1) un conjunto de reglas (primarias o fundamentales) de procedimiento para la formación de decisiones colectivas, 2) que establecen quien está autorizado a tomar las decisiones y, 3) mediante qué procedimientos”<sup>24</sup>.

Por lo mismo, Norberto Bobbio considera que un régimen es democrático en cuanto sea mayor la cantidad de personas que participan de manera directa o indirecta en la toma de decisiones. Asimismo, destaca que las elecciones a efectuarse deben ser reales.

Michelangelo Bovero estima que un régimen político puede ser definido como democrático –cualquiera que sea su forma–:

“cuando a todos los sujetos a que se dirigen las decisiones colectivas tienen el derecho-poder de participar, con igual peso con respecto de cualquier otro, en el proceso que conduce a la asunción de dichas decisiones”<sup>25</sup>.

---

<sup>19</sup> “Esta es la paradoja de nuestro tiempo: para que la democracia se realice, es necesaria la Constitución, y para que esta se realice plenamente, es necesario un órgano que, actuando con una racionalidad distinta a la política, garantice su observancia”, José Ramón Cossío, “Sobre jueces y política”, p. 95.

<sup>20</sup> Guido GÓMEZ DE SILVA, *Diccionario etimológico de la lengua española*, p. 213.

<sup>21</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, p. 744.

<sup>22</sup> FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 87.

<sup>23</sup> Michael WALZER, *Las esferas de la justicia*, p. 313.

<sup>24</sup> Norberto BOBBIO, *El futuro de la democracia*, pp. 21-24.

<sup>25</sup> Michelangelo BOVERO, *Los adjetivos de la democracia*, p. 16.

Asimismo, Jorge Carpizo, al explicar en qué consiste la democracia, se allana a la definición de Hans Kelsen: “la democracia es la identidad de dirigidos y dirigidos, del sujeto y objeto del poder del Estado, y gobierno del pueblo por el pueblo”<sup>26</sup>. Esta definición empata la selección de las autoridades con la representación del soberano en los poderes políticos. Por lo tanto, Hans Kelsen la entendía como una cuestión procedimental<sup>27</sup>.

Por su parte, Robert Dahl ofrece una definición de corte descriptivo, pues un régimen es democrático cuando reúne, por lo menos, las siguientes características: la renovación de las élites; la decisión de qué elite gobernará, tomada mediante elecciones libres abiertas, competitivas y transparentes, y la tutela y la protección de los derechos fundamentales<sup>28</sup>.

En cuanto su ideal, algunas definiciones destacan los elementos que debe contener el sistema democrático:

“la democracia es aquel sistema en el que el pueblo, en ejercicio de su soberanía, participa en la toma de las decisiones públicas, principalmente mediante la elección de sus gobernantes lo que asegura y garantiza el respeto a sus derechos fundamentales, un mínimo de seguridad económica y la no concentración del poder en una persona o grupo, además de permitir el pluralismo ideológico”<sup>29</sup>.

Dicha organización de gobierno, afirma la autonomía del sistema político, de manera que en último análisis sea la sociedad civil la que legitime al Estado.

“Sólo el sistema político tiene como tarea hacer funcionar a la sociedad en su conjunto, combinando la pluralidad de los intereses con la unidad de la ley y estableciendo relaciones entre la sociedad civil y el Estado”<sup>30</sup>.

Por lo que, en un sentido más amplio, es el régimen que permite libertad política, que necesita de la participación ciudadana; en el que los gobernados seleccionan a sus autoridades, delegándoles el poder público; así, la autoridad se funda en la voluntad de aquellos a quienes obliga, vigila la economía y permite a sus habitantes cumplir sus metas<sup>31</sup>.

De esta manera se observa que es un sistema político que puede alojar diferentes tonalidades, o sea, puede tener diversas orientaciones políticas y

<sup>26</sup> Jorge CARPIZO, *Concepto de democracia*, p. 97.

<sup>27</sup> Cfr., Hans KELSEN, “Los fundamentos de la democracia”, p. 210.

<sup>28</sup> Robert A. DAHL, *La poliarquía*, pp. 14-15; cfr, David HELD, *Models of democracy*, pp. 27, 44, 48, 78, 92, 116, 152, 173, 201, 215, 253, 282 y 308.

<sup>29</sup> Héctor SOLORIO, “Democracia interna de los partidos políticos”, p. 174.

<sup>30</sup> Alain TOURAINE, *¿Qué es la democracia*, pp. 65 y 69.

<sup>31</sup> John AGRESTO, *The Supreme Court and Constitutional democracy*, pp. 53-54.

alternativas entre sí<sup>32</sup>. Esto la vincula de modo estrecho con los valores políticos –y con adjetivos de valor– lo que tiene dos efectos:

“en primer lugar, la democracia se basa en un cierto núcleo de valores, en el sentido de que se hace posible solamente mediante la garantía institucional de algunos principios de valor determinados que constituyen sus precondiciones; en segundo, la democracia como tal, precisamente en cuanto consiste en un conjunto de *reglas del juego*, contiene en sí la afirmación de otro núcleo de valores”<sup>33</sup>.

A la democracia también se le ha asignado una carga de distribución de recursos y oportunidades, lo que se ha denominado democracia social. Este concepto se basa en la nivelación de oportunidades por medio de la igualdad, mediante la política social del Estado, para crear condiciones que permitan el disfrute del trabajo, la habitación, la salud, la alimentación, la educación, la asistencia social, la seguridad social, la información y la comunicación, la cultura como tesoro de identidades, saber operativo y medida de conducción en una sociedad incluyente, en la cual, con la misma amplitud, que se exige a los demás el respeto de los derechos, con esa misma amplitud se reconozcan en la reciprocidad y la complementariedad<sup>34</sup>.

Por lo que se puede considerar que en su sentido político:

“es un sistema en el que la comunidad participa en la organización y en el ejercicio del poder público y tiene como sustento, el respeto de los derechos humanos y el estado de Derecho”<sup>35</sup>.

Los elementos mínimos de la democracia liberal son:

“control del Estado, control del poder ejecutivo; incertidumbre de los resultados electorales en cuanto la alternancia del poder; existencia de partidos políticos; libertades de creencia, opinión, decisión, expresión, publicación, reunión y petición; igualdad política; protección efectiva de las libertades individuales; protección a los ciudadanos, etc.”<sup>36</sup>.

---

<sup>32</sup> BOVERO, *op. cit.*, p. 24. Jacques MARITAIN, *El hombre y el Estado*, p. 129, señala que la auténtica democracia entraña el acuerdo de voluntades para construir una vida en común. Y si se considera que es digno respetar dichas convenciones, entonces se debe afirmar que para ello es preciso construir instituciones capaces de hacer valer la opinión libre y consciente de los ciudadanos.

<sup>33</sup> BOVERO, *op. cit.*, p. 28.

<sup>34</sup> Carlos GONZÁLEZ DURÁN, “Justicia electoral y resolución de conflictos”, p. 209.

<sup>35</sup> José Fernando OJESTO, “Poder, derecho y jueces: la jurisdicción como participación política”, p. 444.

<sup>36</sup> José Ramón COSSIO, *Concepciones de la democracia y justicia electoral*, pp. 12 y 36. En esta clasificación de la democracia maximalista y minimalista, el trabajo que Robert Dahl ha elaborado en su concepto poliarquía, los elementos esenciales para considerar un sistema

Por lo tanto, la concepción maximalista termina por ser “una forma de gobierno mixto, en donde la Constitución incorpora elementos liberales y democráticos (y en su caso sociales)”<sup>37</sup>.

Los principios que rigen este sistema liberal son:

“1. El de la igualdad, que pretende que los participantes en la competencia política tengan un trato equitativo, en cuanto a la ayuda pública o privada, y también en cuanto a fijar la duración de las campañas; 2. La independencia de las fuerzas políticas, no sólo del Estado, sino también de los grupos de presión de carácter privado, vigilando el origen de las contribuciones, la publicidad de los ingresos y el control del gasto y, 3. Libertad de expresión en el nivel de participación de las organizaciones y el derecho de la información, en el nivel de los ciudadanos, lo que tiene que ver con el contenido de la propaganda y publicidad”<sup>38</sup>.

Hasta hace pocos años la democracia liberal era un término noble, que designaba un sistema democrático formado por la tutela de las libertades individuales, por el respeto del disenso y de las minorías, por la defensa del estado de Derecho y de la división de poderes, así como por la rígida separación entre la esfera pública del Estado y la esfera privada del mercado<sup>39</sup>.

Para Jorge Carpizo:

“La democracia constituye una serie de reglas del juego que se encuentran principalmente en la Constitución y en la ley... La democracia presupone un orden jurídico, una Constitución y un estado de Derecho que garanticen las libertades y los derechos fundamentales de las personas”<sup>40</sup>.

Son varios los elementos mínimos para considerar su autenticidad. Laurence Whitehead se apega al criterio Robert Dahl (primeras siete) y que ampliaron Philippe C. Schmitter y Terry Lynn Karl. Para ellos, las condiciones para llamar a un régimen democrático son<sup>41</sup>:

1. El control de decisiones de gobierno sobre la política es la Constitución –el aliado concedido en funcionarios públicos.

---

político como democrático (funcionarios electos, elecciones libres e imparciales, derecho a ser votado, libertad de expresión, posibilidad de obtener información alternativa y autonomía de asociación). Este catálogo ha llevado a varios académicos a colocarlo, tanto dentro de la corriente maximalista como de la minimalista. Robert DAHL, *Democracy and its critics*, p. 221 ss.

<sup>37</sup> COSSÍO, *Concepciones...*, *op. cit.*, p. 45.

<sup>38</sup> Jorge Mario GARCÍA, “La financiación política en América Latina”, p. 269. Para Michelangelo Bovero la democracia liberal se resuelve en el “Estado mínimo, aunque fuerte, dedicado a imponer el orden para permitir el desarrollo libre de las reglas naturales de la economía”. *Op. cit.*, pp. 26 y 32.

<sup>39</sup> FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 26.

<sup>40</sup> CARPIZO, *op. cit.*, p. 101.

<sup>41</sup> Rafael ÁGUILA, *Manual de ciencia política*, p. 156.

2. Los representantes elegidos son seleccionados en elecciones frecuentes y conducidas de manera limpia, en la que la coacción no es común.
3. Prácticamente, todos los adultos tienen el derecho de votar en la elección de funcionarios.
4. En la práctica, todos los adultos tienen el derecho de participar para cargos en el gobierno.
5. Los ciudadanos tienen el derecho de expresarse sin peligro de castigo severo, sobre asuntos políticos de amplia definición.
6. Los ciudadanos tienen el derecho de buscar fuentes alternativas de información. Además, estas existen y rara vez se protegen por la ley.
7. Los ciudadanos tienen el derecho de formar asociaciones u organizaciones con cierta independencia, incluyendo partidos políticos independientes y grupos de interés.
8. *Los representantes elegidos popularmente deben ser capaces de ejercer su poder de constitucional, sin oposición legal de los candidatos no elegidos.*
9. *El régimen debe ser autónomo; debe ser capaz de interpretar y aplicar las normas, de manera independiente, sin coacciones impuestas*<sup>42</sup>.

Para Leonel Castillo, los rasgos más comunes de este sistema son:

“Participación de los ciudadanos, en el mayor grado posible, en los procesos de tomas de decisiones; Igualdad, pues no podría tenerse como democrática una forma de organización que admita un trato desigual a los que se encuentran en igualdad de condiciones; Control de órganos electos, es decir, la posibilidad real de que los ciudadanos puedan seleccionar no sólo a quienes van a elegir a estar al frente del gobierno, sino de removerlos en aquellos casos que, por la gravedad de sus acciones, así lo ameriten y, Garantía de derechos fundamentales, a través de instrumentos eficaces para hacerlos valer consistentes en el establecimiento de tribunales encargados de su tutela, dotados de imparcialidad e independencia, así como de los procedimientos correspondientes”<sup>43</sup>.

Sin embargo, la democracia no es solo una cuestión de reglas y procedimientos (el “cómo” tomar ciertas decisiones), sino, también, tiene que ver con el “qué” de las decisiones, lo que supone –entre otros principios del modelo del Estado constitucional democrático de derecho– “un respeto irrestricto y una expansión, de los derechos fundamentales”<sup>44</sup>.

<sup>42</sup> Laurence WHITEHEAD, *Democratization. Theory and Experience*, pp. 10-11.

<sup>43</sup> IFE, *Democracia interna y fiscalización de los recursos de los partidos políticos*, p. 60.

<sup>44</sup> IFE, *op. cit.*, p. 144.

En general, se ha visto que existen múltiples acepciones y usos para este concepto. Sin embargo, se considera que cada una de estas definiciones ha sido tomada de un periodo histórico o de algún sistema político empírico: “La riqueza del concepto [democracia] proviene de sus elaboraciones contextuales, que son variables y pueden tirar en direcciones opuestas”<sup>45</sup>.

En general, permite que el poder público sea la materialización y reflejo del pueblo, para que se consolide como soberano. Esto autoriza a que el poder político se configure y organice según las condiciones y necesidades de cada país y, al mismo tiempo, se instauren los valores y principios que regirán y protegerán a las personas<sup>46</sup>.

A su vez, da pie para constituir poderes públicos legítimos, y con el fin de que no haya ningún tipo de abuso se distribuyen las funciones estatales en varios poderes, que permiten que haya un control y un balance entre los mismos. Todo lo cual coopera con el objetivo de proteger y tutelar los derechos fundamentales de las personas.

### *Iglesia-Estado* (Relación)

El Estado confesional también se le puede señalar como la inclusión de la religión en la esfera pública, pero sobre todo se puede definir como un régimen social de convivencia cuyas instituciones políticas están legitimadas, principalmente, por la Iglesia y no por la soberanía<sup>47</sup>.

En la antigüedad, la estructura y las ideas de la Iglesia se encontraban incorporadas en cuestiones políticas, culturales, educacionales, económicas, sociales, etc., en los que no había una clara distinción de los asuntos del Estado y los de la Iglesia<sup>48</sup>. Por lo que se vio la necesidad de “vaciar” ese espacio que había ocupado la Iglesia, para que el Estado retomara esas funciones que la Iglesia había desempeñado.

Durante unos diez siglos –hasta inicios del siglo XVI– las naciones de Europa occidental conocieron un régimen político-social caracterizado por tres rasgos fundamentales:

- 1) El lugar considerable e indiscutido ocupado por la Iglesia católica, cuya enseñanza y preceptos son aceptados como una cosa habitual (aunque no sin resistencias) por los individuos y por el

---

<sup>45</sup> WHITEHEAD, *op. cit.*, p. 20.

<sup>46</sup> Véase Ernesto GARZÓN, *El concepto de estabilidad de los sistemas políticos*.

<sup>47</sup> Roberto BLANCARTE, *Libertad religiosa, Estado laico y no discriminación*, p. 31.

<sup>48</sup> TAYLOR, *op. cit.*, p. 2.

grupo social. La enseñanza doctrinal orienta el pensamiento de los hombres. Los mandamientos de la Iglesia regulan su práctica y juzgan su conducta. La Iglesia asume tareas sociales muy numerosas e importantes, que nadie ha supuesto todavía que pudieran ser funciones del Estado: controla el estado civil, distribuye la enseñanza y la beneficencia.

- 2) El Estado es confesional: cabe destacar que no solo la religión católica es religión del Estado y la única que tiene derecho de ciudadanía, sino que el príncipe, que encarna la autoridad procedente de Dios, tiene por primera misión promover y defender la religión. Sus ordenanzas mandan respetar los derechos y las prescripciones de la Iglesia. Emplea su vigilancia en reprimir cualquier disidencia religiosa, en castigar y exterminar la herejía que constituye un crimen de Estado, tanto como un perjurio para con la Iglesia.
- 3) Así, la alianza entre el Estado y la Iglesia, es también una unión orgánica, resultando una tradición histórica muy antigua y que se expresa en una teoría del orden social que los teólogos han elaborado entre los siglos XI y XIII, discutida por los legistas reales en el siglo XIV en algunas de sus partes, pero nunca en su principio<sup>49</sup>.

En los siglos XVII y XVIII, los monarcas europeos reconocen un lugar eminente a las fuerzas religiosas, pero las utilizan para aumentar la cohesión de su reino y su autoridad sobre sus súbditos<sup>50</sup>.

En el siglo XVIII se estableció una especie de *modus vivendi* entre el poder político y las fuerzas religiosas en todo el mundo occidental, incluso en países donde la religión era mayoritaria.

- La religión es considerada como un cimiento necesario entre el monarca y sus súbditos.
- El gobierno de la Iglesia católica y los de los diversos Estados europeos se presentan, unos y otros, como monarquías administrativas y la Iglesia católica ha guardado este carácter hasta hoy.
- Sobre todo, las diversas iglesias toman el aspecto de iglesias nacionales<sup>51</sup>.

Anteriormente, en las culturas católicas el cúmulo de legitimación que guardaba la Iglesia era bastante, donde la presión externa o dominación estaba asociada con la religión católica y la aspiración nacional como una unión indisoluble<sup>52</sup>.

<sup>49</sup> Andrée LATREILLE, "La Iglesia católica y el laicismo", pp. 36-37.

<sup>50</sup> HAURIOU, *op. cit.*, p. 19.

<sup>51</sup> *Op. cit.*, p. 18.

<sup>52</sup> David MARTIN, *A general theory of secularization*, p. 37.

Sin embargo, muchos de los fundamentos que sustentan la religión quedaron impregnados en las instituciones y en las leyes, por lo que el pasado está sedimentado en el presente. De allí que, poco a poco, el Estado ha seguido secularizando esos valores, por principios como la racionalidad y el bien común, en la vida pública<sup>53</sup>.

Esta unión que existió entre el Estado y la religión fue un conflicto silencioso, aun en temas como iglesia-estado, ley-religión, educación-socialización confesional que entraron a la arena de discusión con ese mismo patrón<sup>54</sup>.

Existe la necesidad de separar, al menos para propósitos analíticos, dos grandes fenómenos: en una mano, hay que considerar el aparato constitucional que existe en cada país y, en la otra, la continua cadena de eventos políticos que toma lugar con esto. En la práctica, por supuesto, cada una es reforzada por la otra, la Constitución implementa los mecanismos en que los asuntos políticos serán conducidos; las decisiones políticas confirman a la Constitución. La “vida real” como siempre, es inherentemente desordenada y más amplia cada vez, por lo que la Constitución trata de ordenarla, permitiendo –entre otras cosas– un grado de contradicción entre las dos<sup>55</sup>.

El gobernante civil, además de no hacer uso político de las religiones, debe crear las condiciones para que la pluralidad de creencias se exprese con libertad. Es decir, El Estado debe ofrecer un trato igual a los diferentes credos y a todas las iglesias<sup>56</sup>.

La posición católica o antilaica consiste en considerar que existe ontológicamente, por ley divina, la moral y que, por tanto, el derecho tiene la tarea de traducirla normas jurídicas. En este sentido, es significativa la tesis de que los valores católicos “no son negociables”. La posición laica, por el contrario, excluye que sea posible predicar la verdad o la falsedad de los valores<sup>57</sup>.

La moral católica y, en general, cualquier moral fundada sobre una fuente divina a través de las jerarquías eclesiásticas es por su propia naturaleza una norma heterónoma. De hecho, si la moral no es más que el reflejo de la ontología de los valores morales, si es una moral “con verdad” porque ha sido dictada por Dios o se encuentra inscrita en la naturaleza, entonces está claro que equivale a un sistema de normas objetivo que excluye la autonomía de la conciencia<sup>58</sup>.

---

<sup>53</sup> TAYLOR, *op. cit.*, p. 2.

<sup>54</sup> MARTIN, *op. cit.*, p. 42.

<sup>55</sup> BERGER, DAVIE & FOKAS, *op. cit.*, p. 72.

<sup>56</sup> SALAZAR, *op. cit.*, p. 19.

<sup>57</sup> FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 138.

<sup>58</sup> FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 139.

La religión puede operar de manera vicaria en una amplia variedad de formas:

1. Iglesias y líderes religiosos actúan un ritual o una conducta, si estos servicios se niegan pueden causar ofensas;
2. Líderes religiosos y los fieles al templo, creen o imponen sobre otros y elaboran críticas, si ellos no lo hacen de manera apropiada;
3. Líderes religiosos y los fieles al templo incorporan códigos morales o los imponen sobre otros, aun cuando hayan sido abandonados por una gran parte de la población y
4. Las iglesias, por último, pueden ofrecer un espacio para el debate vicario para los temas no resueltos de las sociedades modernas<sup>59</sup>.

La religiosidad está muy ligada con:

1. niveles de modernización social, seguridad humana e inequidad económica;
2. el predominante tipo de cultura religiosa;
3. cambios en los valores generacionales;
4. diferentes sectores sociales y
5. patrones de demografía, tasa de fertilidad y cambio poblacional<sup>60</sup>.

En resumen, aún a costa de repetir la idea, la moral católica y, en general, cualquier moral fundada sobre una fuente divina a través de las jerarquías eclesíásticas es por su propia naturaleza una norma heterónoma. De hecho, si la moral es más que el reflejo de una antología de los valores morales, si es una moral “con verdad” porque ha sido dictada por Dios o se encuentra inscrita en la naturaleza, entonces está claro que equivale a un sistema de normas objetivo que excluye la autonomía de la conciencia<sup>61</sup>.

Si la ética no tiene verdad y se funda en la autonomía individual, está claro que el derecho, en cuanto a sistemas de normas válidas para todos, debe secularizarse como una convención, un pacto de convivencia, capaz de ofrecer garantías para todos los valores morales que cualquiera profese, renunciando a invadir el terreno de la conciencia y limitándose a garantizar la convivencia pacífica y los derechos de todos, comenzando por su libertad de conciencia. Por ello la pretensión de la Iglesia y de la religión de presentarse como depósito de la verdad y, por ende, como depositarias de un derecho “natural” basado en la ética religiosa que, a su vez, se basa en la verdad, es incompatible con un ordenamiento liberal<sup>62</sup>.

<sup>59</sup> BERGER, DAVIE & FOKAS, *op. cit.*, p. 40.

<sup>60</sup> NORRIS and INGLEHART, *op. cit.*, p. 6.

<sup>61</sup> FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 139.

<sup>62</sup> FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 140.

La emancipación del poder político civil ante el poder religioso implicó, entre otras cosas, que el Estado moderno se constituyera como un Estado legislador. Al declarar su autonomía frente a las iglesias, el gobierno civil tuvo que producir sus mismas normas, su propio derecho que habría de contar con fuentes de legitimidad propias, *autónomas*. De esta manera la fuente de legitimidad del derecho cambio radicalmente: ya no provenía desde lo alto, como mandato divino interpretable por los jefes del clero, sino que emanaba de la voluntad del legislador humano<sup>63</sup>.

La separación constitucional establecida ya en el siglo XVIII entre la Iglesia y el Estado no tendría como finalidad la laicización del Estado, sino la defensa del pluralismo y la libertad religiosa ante el peligro de una posible Iglesia de Estado<sup>64</sup>.

Cuando se imponen las verdades trascendentes, sean filosóficas o religiosas, no queda espacio para la pluralidad, y sin esta, la democracia no es posible. Basta recordar que, en el mundo contemporáneo, este sistema de gobierno se edifica sobre los cimientos de las libertades fundamentales, que permiten la expresión de las diferencias. Además, es la única forma de administración en la que la legitimidad de las normas colectivas proviene de abajo, de los ciudadanos. Es decir, se opone a cualquier proyecto que intente imponer una verdad (revelada o inventada) desde arriba, de forma autocrática<sup>65</sup>.

Y junto con la crítica y la autocrítica, las religiones deben tomar conciencia de su carácter relativo, contingente, de que no pueden convertirse en absoluto, pues no son ellas quienes conceden la salvación, sino que son solo mediación para la salvación. Situar a Dios o a los dioses como base del poder político y colocarlo como fundamento de la sociedad constituye una crasa manipulación de Dios y una devaluación de la política y de la sociedad<sup>66</sup>.

“El progresivo establecimiento de la libertad de conciencia coexistía con la idea vigente de una ‘religión nacional’. La expresión conlleva un doble sentido: primero, el hecho de que tendría que ver con un título oficial; la Asamblea rechazaría siempre dotar al catolicismo de éste, pretextando que un estatus semejante ya existía de facto. Más adelante, esto significaría una nacionalización de la religión (católica). Efectivamente, la nación, que en lo sucesivo será fuente de soberanía política –significará la desacralización del poder real–, postulándose, asimismo, como fuente de soberanía religiosa”<sup>67</sup>.

<sup>63</sup> SALAZAR, *op. cit.*, pp. 21-22.

<sup>64</sup> SARTEN, *op. cit.*, p. 15.

<sup>65</sup> SALAZAR, *op. cit.*, p. 40.

<sup>66</sup> Juan José TAMAYO, *Fundamentalismos y dialogo entre religiones*, p. 299.

<sup>67</sup> Jean BAUBÉROT, *Historia de la laicidad francesa*, p. 29.

La dinámica interna de la misma Iglesia, relativa a la elaboración de su propio pensamiento sobre el ser de la persona y, coherente con él, el relativo a su deber ser, habrá de considerarse como expresión de la libertad propia de una sociedad libre y democrática<sup>68</sup>.

¡Qué peligroso es identificar la razón de Estado, la organización general de la sociedad ideada para la participación, con un credo o requerimiento excluyente!<sup>69</sup>.

También podría llegar a plantearse un cierto enfrentamiento entre quienes estuvieran “con Dios o contra Dios”, totalmente ajeno a lo que ha de ser la convivencia pluralista propia de una sociedad democrática. Pero por la misma razón se debe rechazar la opinión de quienes, aun incluso creyentes, piensan que, por el mero hecho de que la Iglesia tratara de anunciar su verdad, la que es referida y conocida desde su fe en Dios, la hicieran responsable de una abusiva e injusta imposición, propia de una política confesional o de un clericalismo intolerante y antidemocrático<sup>70</sup>.

Puede hablarse de religiones públicas, no en el sentido premoderno de religiones que operan de forma central en el ámbito estatal (por ejemplo, las iglesias oficiales), ni en el sentido de aquellas religiones que ubicándose en el ámbito societal de lo político compiten como partidos políticos con otras religiones o partidos, sino la sociedad civil. Este tipo de religiones públicas parecen tener cada vez mayor presencia en las sociedades contemporáneas, por ejemplo, cuando la religión entra a la esfera pública para defender libertades y derechos frente a regímenes autoritarios o cuando interviene en discusiones públicas insistiendo en consideraciones éticas. Se trata, en suma, de una nueva presencia pública de la religión no reactiva ni fundamentalista ni mucho menos oficialista, como parecen añorar algunas iglesias que han perdido su monopolio cosmovisional, sino, más bien, de una presencia dialogal<sup>71</sup>.

Incluso, la Iglesia católica, como el resto de las confesiones, puede desempeñar, una función antiautoritaria y antitotalitaria en la sociedad, a pesar de ser una institución cuya esencia es antidemocrática en su estructura interna, así como en sus principios doctrinales<sup>72</sup>.

Este *modus vivendi* fue puesto en cuestión por el advenimiento de los gobiernos democráticos surgidos del movimiento filosófico y político del siglo XVIII<sup>73</sup>.

<sup>68</sup> SARTEN, *op. cit.*, p. 50.

<sup>69</sup> Roberto BLANCARTE, *Laicidad y valores en el Estado democrático*, p. 20.

<sup>70</sup> SARTEN, *op. cit.*, p. 54.

<sup>71</sup> José de Jesús LEGORRETA, *Religión y secularismo, en una sociedad postsecular*, pp. 34-35.

<sup>72</sup> BLANCARTE, *Religión...*, *op. cit.*, p. 15.

<sup>73</sup> HAURIOU, *op. cit.*, p. 19.

## *Estado-Iglesia*

En el Estado confesional, la Iglesia católica y el Estado vivían estrechamente unidos por lazos que parecían indisolubles<sup>74</sup>.

El régimen de separación entre el Estado y las iglesias es un fenómeno característico de las sociedades modernas: ha prevalecido desde fines del siglo XVII en gran número de Estados, en América y en Europa. Pero no se identifica en sí con la laicización de estas sociedades; por una parte, ha sido erigido de modo natural en principio constitucional en países donde no existía la preocupación por librar al Estado de lazos anteriores con la Iglesia católica, por ejemplo, Estados Unidos; por otra parte, puede suceder que, en países tipo concordatario, en los que el Estado está unido por un pacto solemne a la Iglesia, exista el no confesionalismo del Estado y se desarrolle una cierta laicidad: este fue el caso de Francia, de 1801 a 1905<sup>75</sup>.

La separación de los asuntos del Estado en manos de la Iglesia tuvo diferentes motivos, como ya se vio el poder e influencia que ejercía en actividades propias del Estado. Otros factores fueron el desencantamiento y la inconformidad por la forma en que la Iglesia manejaba e imponía su ideología con entera discreción en asuntos públicos. Otro elemento para esta desvinculación de lo religioso en temas de gobierno fue el periodo conocido como la Ilustración en cuanto a que se buscaban respuestas, pero ya no basadas en la fe, sino en la ciencia y sobre todo, basado en la racionalidad<sup>76</sup>. Originándose una sustracción de los temas y espacios religiosos hacia la esfera pública.

La experiencia ha atestiguado que el establecimiento de religiones para mantener la eficacia y pureza de la religión ha tenido una operación contraria<sup>77</sup>.

Al rechazar de manera expresa las ideas de la Ilustración y, en particular, las de que “toda potestad viene del pueblo”, el Papa asentaba al mismo tiempo que “los católicos” discrepaban de esa opinión “al derivar de Dios como de su principio natural y necesario, el derecho de mandar”, insistiendo en que “por lo que respecta a la autoridad pública, la Iglesia enseña rectamente que ésta viene de Dios”<sup>78</sup>.

“ Toda sociedad que no desee permanecer en estado de teocracia pura estará obligada muy pronto a construir los tres poderes, es decir, el Legisla-

---

<sup>74</sup> Guy DEBEYRE, “Laicidad y enseñanza pública”, p. 204.

<sup>75</sup> LATREILLE, “La Iglesia...”, *op. cit.*, p. 52.

<sup>76</sup> TAYLOR, *op. cit.*, p. 27.

<sup>77</sup> Darien A. McWHIRTER, *The separation of church & state*, p. 27.

<sup>78</sup> Roberto BLANCARTE, “La doctrina social católica ante la democracia moderna”, p. 34.

tivo, el Ejecutivo y el Judicial, como fuerzas distintas de la iglesia, o al menos independientes y soberanas. Entonces, un proceso de laicización se encuentra en obra. Empero, éste no deja de ser un poco relativo cuando en uno de estos poderes, y sobre todo, en el conjunto de la vida pública y privada, el clero conserva un derecho de intromisión, de vigilancia, de control o de veto<sup>79</sup>.

El Estado moderno, al menos en el mundo occidental, fue concebido en buena medida para dar solución a los problemas generados por la diversidad religiosa. A dicho Estado, que ha garantizado la libertad y la igualdad formal entre todas las religiones, se le denomina laico o secular<sup>80</sup>.

La división de Estado-Iglesia y el surgimiento de los Estados burocráticos seculares-rationales y los gobiernos representativos, derogó las normas de los líderes espirituales, instituciones eclesiásticas y de los herederos de los beneficios de esas normas que reclamaban la autoridad de Dios<sup>81</sup>.

La religión tuvo que renunciar a esta pretensión de monopolio interpretativo y de total estructuración de la vida a medida que la secularización del conocimiento, la neutralización del poder estatal y la generalizada libertad religiosa fueron imponiéndose<sup>82</sup>.

En el ámbito político, los Estados serán cada vez más dueños de sí mediante el ejercicio de una soberanía que no admitirá limitación de autoridad alguna que pueda provenir de una fuente distinta de sí misma<sup>83</sup>.

En el caso de las libertades modernas, el problema central para la Iglesia es que tiene que combatir las nuevas nociones de soberanía que ponen en cuestión la autoridad eclesiástica en materias sociales con implicaciones morales y religiosas. De ahí que rechace que la ley se deje al arbitrio de la mayoría, lo cual en palabras de León XIII, “es una pendiente que conduce a la tiranía”. La tiranía de las mayorías conduciría entonces irremediablemente a los conocidos errores modernos como la libertad de culto, de expresión y de conciencia, la separación Iglesia-Estado y la supremacía del poder civil sobre el eclesiástico<sup>84</sup>.

La tolerancia crece en la medida en que el Estado ya no se identifica con una o varias confesiones –las cuales le dan sustento moral– y aumenta con la separación entre el Estado y las Iglesias<sup>85</sup>.

<sup>79</sup> BAUBÉROT, *Historia...*, *op. cit.*, p. 16.

<sup>80</sup> BLANCARTE, *Libertad...*, *op. cit.*, p. 10.

<sup>81</sup> NORRIS and INGLEHART, *op. cit.*, p. 8.

<sup>82</sup> Jürgen HABERMAS y Joseph RATZINGER, *Dialéctica de la secularización. Sobre la razón y la religión*, p. 44.

<sup>83</sup> SARTEN, *op. cit.*, p. 29.

<sup>84</sup> BLANCARTE, “La doctrina...”, *op. cit.*, pp. 35-36.

<sup>85</sup> BLANCARTE, *Laicidad...*, *op. cit.*, p. 121.

Voluntad popular, soberanía del pueblo, democracia son conceptos surgidos del liberalismo y, por lo mismo, contrarios a la doctrina eclesial. Así, pues, para la jerarquía católica, lo importante de cualquier proyecto social no es su respaldo popular, sino su acercamiento a las enseñanzas doctrinales católicas<sup>86</sup>.

La autoridad política es ejercida por el sujeto soberano o por aquellos a quienes este quiera, de modo libre, transmitir o reconocer. El mundo de lo religioso habrá de ser ajeno al ejercicio del poder político. Se establece de esta manera la doble esfera de competencias, la civil y la religiosa. Aunque solo la civil será, en estricto rigor, la portadora de una autoridad política<sup>87</sup>.

Pío X respondía que la autoridad pública procede de Dios no del pueblo, por lo que no puede ser revocada por este. Sostenía también la carta que la desigualdad no es sinónimo de injusticia y que, por el contrario, dichas ideas eran subversivas “de todo orden social”<sup>88</sup>.

La afirmada y legítima separación que debe existir en el ejercicio de la autoridad civil o política y la autoridad de las jerarquías propias de los grupos y las comunidades religiosas organizadas en el nivel institucional no es suficiente para resolver el problema de su coexistencia. La razón es obvia: la naturaleza y las formas de actuar de ambas autoridades no son idénticas, y no tienen por qué ser mutuamente excluyentes, incompatibles en lo jerárquico o subordinadas entre sí. Tampoco parece ser razonable la pretensión que cualquiera de ellas pueda tener de reivindicar para sí, en función de sus propios objetivos e intereses, el derecho a decir la última palabra en la esfera de la legítima competencia de la otra<sup>89</sup>.

La separación entre el Estado y la Iglesia se convertía en la mejor garantía para el verdadero ejercicio de la libertad religiosa<sup>90</sup>.

La religión y el Estado dejan de ser una misma cosa; el ciudadano se encuentra dividido entre dos sociedades: una, la sociedad civil, para lo temporal; otra, la sociedad religiosa, para lo espiritual y lo eterno<sup>91</sup>.

La Iglesia pretende hacer compatible la afirmación de lo que considera su propia verdad sobre el hombre y también sobre su convivencia en la sociedad y el Estado con la defensa de la libertad propia de una sociedad democrática, reconociendo la sana laicidad del Estado en la comunidad política. Un Estado que ha de fundamentar su propia razón de ser y su poder de afirmar

<sup>86</sup> BLANCARTE, *Religión...*, *op. cit.*, p. 15.

<sup>87</sup> SARTEN, *op. cit.*, pp. 29-30.

<sup>88</sup> BLANCARTE, “La doctrina...”, *op. cit.*, p. 39.

<sup>89</sup> SARTEN, *op. cit.*, p. 44.

<sup>90</sup> BLANCARTE, *Libertad...*, *op. cit.*, p. 16.

<sup>91</sup> HAURIUO, *op. cit.*, p. 17.

y defender los derechos inherentes a la dignidad humana de los ciudadanos, en lo que ha de consistir el auténtico bien común que él ha de realizar<sup>92</sup>.

El Estado republicano estableció como norma la voluntad popular como criterio de la definición última del poder soberano, la Iglesia se negó a aceptar una soberanía que no tuviera como fuente a lo sagrado y que no estuviera avalado por el poder religioso<sup>93</sup>.

Un gobierno justo tratará de instaurar las reglas para asegurar y perpetuar la libertad de las personas y desterrar la posibilidad de establecer una tiranía. Tal gobierno será mejor apoyado al proteger a cada ciudadano al defender su religión con la misma mano que ampara su persona y su propiedad, sin invadir el derecho de ninguna secta, ni que estas invadan los derechos de los ciudadanos<sup>94</sup>.

Todas las expresiones religiosas comparten de una u otra manera el espíritu de la modernidad radicalizada: desconfianza sobre la racionalidad, pretensión de ruptura o desconfianza ante prácticas o formas religiosas institucionales heredadas y una fuertísima carga emocional e individual –salvo algunos fundamentalismos–<sup>95</sup>.

Una modernización descarrilada de la sociedad en su conjunto podría quebrar con seguridad el lazo democrático y agotar el tipo de solidaridad en el que se apoya la sociedad democrática, que no puede exigirse por vía legal<sup>96</sup>.

El Estado puede intervenir en tres casos donde este se vea amenazado:

- 1) cuando la paz pública se vea amenazada;
- 2) cuando la moralidad pública sea violada y
- 3) cuando los derechos de terceros se vean vejados; es decir, cuando el ejercicio del derecho a la libertad religiosa sea limitado por el ejercicio de esa misma libertad por parte de terceros<sup>97</sup>.

El Estado es la institución temporal más poderosa y es el único que dispone, en las sociedades modernas, del poder de coacción, no es, sin embargo, la única organización que segrega poder<sup>98</sup>.

La Iglesia se encuentra en la necesidad de encontrar un mínimo acomodo con esta realidad social que la margina de forma creciente de los asuntos públicos y pretende asignarle un papel tan solo espiritual o ritualista<sup>99</sup>.

<sup>92</sup> SARTEN, *op. cit.*, p. 55.

<sup>93</sup> BLANCARTE, *op. cit.*, p. 130.

<sup>94</sup> Church FORREST, *The separation of church and state*, p. 66.

<sup>95</sup> LEGORRETA, *op. cit.*, p. 31.

<sup>96</sup> HABERMAS y RATZINGER, *Dialéctica...*, *op. cit.*, p. 35.

<sup>97</sup> BLANCARTE, *Libertad...*, *op. cit.*, p. 25.

<sup>98</sup> HAURIOU, *op. cit.*, p. 14.

<sup>99</sup> BLANCARTE, "La doctrina...", *op. cit.*, p. 36.

Para los dirigentes católicos, lo esencial en el impulso de un proceso de democratización no era la exaltación de la idea de soberanía popular, sino la posibilidad de influir en el sistema político mediante la participación política de los católicos y modificar así la situación legal y social de la Iglesia, para permitir un mejor desempeño y el cumplimiento de sus objetivos terrenales<sup>100</sup>.

El secularismo y el laicismo serán procesos de larga gestación que tendrán su remate en la implantación de la política liberal, en la que la Iglesia y lo religioso tratarán de ser confinados, sin mucho éxito, a la esfera privada, es del término de este proceso a fines del siglo XIX, que inicia este asunto<sup>101</sup>.

### *Secularismo*

La secularización se refiere a la erosión de la fe en el núcleo de las creencias tomadas por diferentes teologías mundiales<sup>102</sup>. Este fenómeno está también formado por las creencias espirituales y teológicas, aun cuando existe el predominio de una religión<sup>103</sup>. Sin duda, si alguien dice que una sociedad es secular, es porque no está bajo la influencia de la Iglesia<sup>104</sup>.

La tesis dura o fuerte de la secularización consistiría en concebirla como un proceso lento e inexorable hacia la liquidación de la religión; la segunda, o sea, la tesis “suave” afirmará que se trata de un proceso mediante el cual la religión sufre severas alteraciones en la modernidad, pero persiste diseminada en los intersticios de la cultura, disfrazada u oculta en la economía como “esíritu del capitalismo”, en la política como “religión civil” o, bien, bajo formas poco relevantes socioculturalmente<sup>105</sup>.

Esta erosión es la esencia de la modernidad. Sin embargo, hoy se perciben ya, no solo ciertos procesos de desecularización, aún mal conocidos, sino, también, otros de sacralización de lo profano, que contrastan con aquella profanización de lo sagrado que fuera tan característica de la fase del laicismo militante de la historia cultural y política actual<sup>106</sup>.

En su semántica, la secularización ha de entenderse como traducción<sup>107</sup> y también, como una metáfora. La palabra, en su origen, surge en el ámbito jurídico en la época de la Reforma, pero luego experimentó una notable ex-

<sup>100</sup> BLANCARTE, “La doctrina...”, *op. cit.*, p. 51.

<sup>101</sup> Manuel CANTO, “Cristianos y democracia”, p. 126.

<sup>102</sup> NORRIS and INGLEHART, *op. cit.*, p. 41.

<sup>103</sup> *Op. cit.*, p. 54.

<sup>104</sup> Robert COLES, *The secular mind*, p. 41.

<sup>105</sup> LEGORRETA, *op. cit.*, p. 17.

<sup>106</sup> MARRAMAO, *op. cit.*, p. 10.

<sup>107</sup> HABERMAS y RATZINGER, *Dialéctica...*, *op. cit.*, p. 10.

tensión de significado en el siglo XIX; pasó, primero, por el campo histórico-político y después, al campo ético y sociológico, donde ha llegado a cobrar el significado de una categoría genealógica en situación de abarcar el sentido unitario del desenvolvimiento histórico de la sociedad occidental moderna<sup>108</sup>.

La reforma significó la democratización y secularización de la religión misma. Fue un acto democrático, pues abolió la autoridad del Papa y de la jerarquía eclesiástica. Estableció lo que se llama la libertad del hombre cristiano, y basó la administración de la vida religiosa en la parroquia<sup>109</sup>. De esta manera, la Reforma repercutió gravemente en la vida política de los diversos Estados occidentales, al mismo tiempo que iniciaba un principio de laicización de las relaciones internacionales y de la vida pública<sup>110</sup>.

Hoy, este fenómeno ha de entenderse como un proceso de aprendizaje recíproco entre el pensamiento laico heredero de la Ilustración y las tradiciones religiosas. Estas pueden aportar un rico caudal de principios éticos que, al ser traducidos al lenguaje de la razón, fortalezcan los lazos de solidaridad ciudadana sin los que el elemento secularizado no puede subsistir<sup>111</sup>.

El secularismo es una actitud que pretende invadir el campo que corresponde a la fe, actitud que, bien mirada, nada tiene de profana, pues al alimentarse de la creencia en el carácter omnidimensional de los criterios políticos o culturales, eleva el mundo a la dignidad de lo absoluto o, en otras palabras, lo sacraliza<sup>112</sup>.

José Casanova se va a referir a esta como un paradigma en el cual distingue tres diferentes proposiciones:

- a) secularización como diferenciación estructural y funcional (emancipación) de las esferas seculares respecto a las instituciones y normas religiosas, la cual identifica como una tendencia generalizada en el mundo moderno;
- b) secularización como descenso en las creencias y prácticas religiosas que a diferencia de la anterior no es una tendencia estructural moderna, aunque es una tendencia histórica dominante en muchas sociedades occidentales sobre todo las europeas y
- c) secularización como marginación de la religión a la esfera privada, tesis que tampoco es una tendencia estructural de la modernidad, sino, más bien, una opción histórica e ideológica presente en la estructura del pensamiento moderno occidental<sup>113</sup>.

<sup>108</sup> MARRAMAQ, *op. cit.*, p. 23.

<sup>109</sup> Erich KAHLER, *Historia universal del hombre*, p. 321.

<sup>110</sup> HAURIQ, *op. cit.*, p. 18.

<sup>111</sup> HABERMAS y RATZINGER, *Dialéctica...*, *op. cit.*, pp. 18 y 26.

<sup>112</sup> MARRAMAQ, *op. cit.*, p. 28.

<sup>113</sup> LEGORRETA, *op. cit.*, p. 25.

En síntesis, este conjunto de cambios mediante los cuales la religión perdía su relevancia social, ideológica e institucional, se denomina de forma genérica secularización<sup>114</sup>.

Complementando lo anterior, es necesario afirmar que la modernidad no necesariamente genera secularización, sino pluralismo. A través de la historia, la mayoría de las personas han vivido en comunidades con un alto grado de homogeneidad de sus creencias y valores. La modernidad socava la homogeneidad –a través de la migración y de la urbanidad, por personas con diferentes creencias y valores– por medio de la educación, la literatura en masa y los medios de comunicación masiva. Esta modernización se ha difundido de manera amplia por medio de la globalización. Esto también ha traído efectos en la religión. El pluralismo transforma a la religión tanto de manera institucional como en la conciencia de los individuos. Las instituciones, las cuales habían estado acostumbradas a un estatus monopólico, ahora deben lidiar con la competencia. En efecto, ahí emerge un mercado religioso en el que los individuos pueden y, es más, deben tomar sus decisiones. En un nivel de conciencia esto significa que la religión no está más garantizada, ahora se convirtió en objeto de reflexión y decisión<sup>115</sup>.

Estrictamente hablando, la “secularización” es un proceso que viaja desde lo subjetivo a una examinación empírica acorde con las normas sociales. Esta prueba debería ser distinguida de la noción de “secularismo”, cuyo sufijo ‘ismo’ denota una ideología, por lo que ambas podrían llegar a confundirse. Sin embargo, se comprende el proceso de secularización como el proceso de secularismo del cual nace este movimiento<sup>116</sup>. La secularización se construye a sí misma como una narrativa maestra<sup>117</sup>.

La secularización está ligada a la diferenciación social, a la racionalización y a la socialización las que juntas lideran no solo el declinio de las creencias y prácticas religiosas, sino el declinio del significado de la religión en la esfera pública<sup>118</sup>.

La secularización implica la formación de procesos que llevaron a la sociedad a la racionalización de los comportamientos y a la separación de las instituciones<sup>119</sup>.

Por secularización de la norma, se entiende el proceso de constitución del proyecto moderno por escisiones sucesivas: el Estado-aparato por ruptura con el teologismo de la causa final<sup>120</sup>.

<sup>114</sup> LEGORRETA, *op. cit.*, p. 14.

<sup>115</sup> BERGER, DAVIE & FOKAS, *op. cit.*, p. 13.

<sup>116</sup> *Op. cit.*, p. 33.

<sup>117</sup> MARTIN, *op. cit.*, p. 42.

<sup>118</sup> BERGER, DAVIE & FOKAS, *op. cit.*, p. 31.

<sup>119</sup> BLANCARTE, *Laicidad...*, *op. cit.*, p. 90.

<sup>120</sup> MARRAMAQ, *op. cit.*, p. 111.

Bryan Wilson, por ejemplo, percibe este cambio en tres áreas de la organización social: cambios en la autoridad local, cambios en el carácter del conocimiento y una creciente demanda que los mismos se fortalezcan en los lugares de trabajo de las sociedades modernas, los que deberían conducir sus vidas acorde con los principios racionales. La racionalidad se convierte en el factor *sine qua non* del sistema. Por lo que para Bryan Wilson, la secularización en el oeste ha sido un fenómeno concomitante con su modernización<sup>121</sup>.

La diferenciación y emancipación de las esferas seculares de las instituciones y normas religiosas continúan en esta tendencia moderna que es estructural<sup>122</sup>.

Precisamente la Modernidad es un proceso sociohistórico complejo y multidimensional—originalmente centroeuropeo—caracterizado fundamentalmente por una cosmovisión descentrada, desacralizada y pluralista del mundo, por una flexibilidad que al incorporarse de manera sistemática y permanente en la vida social desestabiliza la experiencia social, las instituciones y los conocimientos y, por consiguiente, genera una realidad sumamente dinámica, contradictoria, ambigua y precaria<sup>123</sup>.

En este sentido, el Estado no confesional no profesa, en nombre de la nación, ninguna fe, no privilegia ninguna religión, no da ventaja a ninguna religión (tampoco confiesa la irreligión). Eso no significa que el Estado ignore la existencia de las asociaciones religiosas, de los cultos, de las prácticas<sup>124</sup>.

Concomitantemente hay que tener en cuenta una de las consecuencias de la industrialización la erosión de los valores sociales, creencias morales y enseñanzas éticas de la Iglesia; la disminución del papel de la Iglesia y las organizaciones basadas en la fe en una sociedad civil; el debilitamiento de la base tradicional del apoyo electoral de los partidos religiosos y la disolución del significado de la identidad religiosa<sup>125</sup>.

La modernidad implica, de una u otra manera, una alteración del papel central que desempeñó la religión en *sociedades tradicionales* como elemento legitimador, integrador, dador de sentido y articulador de diferentes esferas sociales, constituyéndose como un proceso de desvinculación con lo religioso o “proceso de secularización”<sup>126</sup>.

Este cambio de perspectiva consistente en fijar en el mismo pueblo, y no en la divinidad, la referencia que legitima el poder político, pero, a su vez, es lo

<sup>121</sup> Rudi LAERMANS, Bryan WILSON & Jaak BILLIET, *Secularization and social integration. Papers in honor of Karel Dobbelaere*, p. 51.

<sup>122</sup> BERGER, DAVIE & FOKAS, *op. cit.*, p. 32; cfr. Jürgen HABERMAS & Joseph RATZINGER, *The dialectics of secularization: on reason and religion*.

<sup>123</sup> LEGORRETA *op. cit.*, p. 15.

<sup>124</sup> BLANCARTE, *Laicidad...*, *op. cit.*, p. 148.

<sup>125</sup> NORRIS and INGLEHART, *op. cit.*, p. 159.

<sup>126</sup> LEGORRETA, *op. cit.*, p. 16.

que puede hacer difícil, en ocasiones, la aceptación por parte de los creyentes del principio de laicidad, tal como hoy es entendido en el ámbito político<sup>127</sup>. Este cambio que provocó la modernidad en el proceso secular fue debido a varios motivos: el paulatino desplazamiento de la religión institucional del centro hacia los márgenes de la incipiente sociedad moderna europea; la pérdida del monopolio cosmovisional de la religión y su relegamiento por la mentalidad científica y liberal y el paulatino pero constante declive de la relevancia social de los signos, símbolos e instituciones religiosas<sup>128</sup>.

Una cultura liberal política puede, incluso, esperar de los ciudadanos secularizados que participen en los esfuerzos para traducir aportaciones importantes del lenguaje religioso a uno más asequible para el público general<sup>129</sup>.

### *Laicidad*

Fue en el siglo XIV cuando la laicidad tuvo un significado moral y político bien determinado: el rechazo a la idea del dogma religioso –que, además, era patrimonio exclusivo de los intérpretes autorizados– y la batalla por separar el poder político del religioso. La resistencia ante este intento por consolidar un señorío clerical sobre la comunidad política se convertiría en bandera central del pensamiento laico<sup>130</sup>. Así y de acuerdo con Jean Bauberot, “El proceso de laicización tiene una finalidad muy específica: instaurar los valores de los derechos del hombre”<sup>131</sup>.

Este historiador francés propone que la laicización debe ser vista como un triángulo:

“El primer lado de este triángulo es el criterio de laicización, relacionado con la no denominación de la religión (y cualquier otra convicción) sobre el Estado, las instituciones, la nación, el individuo. Primer aspecto necesario, pero no suficiente puesto que con la laicidad la laicización debe tener un sentido... laico y no debe utilizarse para hacer nuevas caricaturas del clero. El movimiento de laicización debe contener dos objetivos que constituyen los otros dos lados del triángulo de la ‘laicidad’: la libertad de conciencia, de culto, de religión de convicciones no religiosas (la práctica social de estas libertades debe realizarse en el respeto de un orden público democrático); la igualdad en el derecho de las diferentes religiones y de las diferentes convicciones no religiosas”<sup>132</sup>.

<sup>127</sup> SARTEN, *op. cit.*, p. 35.

<sup>128</sup> LEGORRETA, *op. cit.*, p. 16.

<sup>129</sup> HABERMAS y RATZINGER, *Dialéctica...*, *op. cit.*, p. 47.

<sup>130</sup> SALAZAR, *op. cit.*, p. 12.

<sup>131</sup> BAUBÉROT, *Historia...*, *op. cit.*, p. 16.

<sup>132</sup> *Op. cit.*, p. 18.

La laicidad no es la mera negación del laicismo antirreligioso o de la sacralización del poder político<sup>133</sup>. Como definición, es un régimen social de convivencia, cuyas instituciones políticas están legitimadas principalmente por la soberanía popular y ya no por elementos religiosos<sup>134</sup>.

A su vez, consiste en el descentramiento de lo social con respecto de cualquier eje religioso, y en el reconocimiento de que es la única garantía para que haya un respeto a esa pluralidad<sup>135</sup>. Existe, además, el principio de laicidad del Estado que tiene por objetivos proteger su independencia política y las libertades de los ciudadanos –entre ellas, la libertad fundamental de conciencia– contra las presiones eclesiásticas<sup>136</sup>.

El pensamiento laico fue consolidándose como una columna modular de la Ilustración que está detrás de la modernidad. El uso de la libre razón, el antidogmatismo, la reflexión crítica, la investigación científica y la duda que la inspiran coronarían la batalla por la autonomía moral y por la libertad de conciencia<sup>137</sup>.

La laicidad apunta, como la misma palabra indica, al *laós*, es decir, al pueblo, configurado como una sociedad organizada. Sin esa organización, la convivencia social, nacida de la natural socialidad humana, sería imposible. De la misma necesidad del ser humano, de vivir en una sociedad estable, nace también la necesidad de que esa sociedad tenga un principio de organización y de cohesión o, lo que es lo mismo, alguna forma de autoridad. Desde el ser humano, sin otra dependencia o añadido fuera de sí mismo, nace su condición social, y de esta la necesidad de vivir en un pueblo y de disponer en él de una autoridad<sup>138</sup>.

La laicidad de las sociedades modernas se basa en:

1. el reconocimiento del no confesionalismo del Estado;
2. la laicización (neutralidad) de los servicios públicos;
3. igualdad de cultos;
4. la separación del Estado y de las iglesias<sup>139</sup>.

Ella ha pretendido, desde su nacimiento, ser un instrumento de concordia<sup>140</sup>. Este principio permite al hombre discernir su destino por sí mismo; le deja la posibilidad de decidir por sí mismo su opción, le permite ser el artífice de este destino comprendido con lucidez y libertad<sup>141</sup>.

<sup>133</sup> SARTEN, *op. cit.*, p. 37.

<sup>134</sup> BLANCARTE, *Laicidad...*, *op. cit.*, p. 13.

<sup>135</sup> Rafael HERNÁNDEZ, *Presente y futuro de las relaciones Estado-Iglesias-Sociedad*, p. 102.

<sup>136</sup> François MEJAN, “Definiciones de la laicidad del Estado”, p. 126.

<sup>137</sup> SALAZAR, *op. cit.*, p. 15.

<sup>138</sup> SARTEN, *op. cit.*, p. 26.

<sup>139</sup> LATREILLE, “La Iglesia...”, *op. cit.*, pp. 38 y 55.

<sup>140</sup> Albert BAYET, “Librepensamiento y laicidad”, p. 113.

<sup>141</sup> Louis P. DE NAUROIS, “La laicidad en el derecho francés”, p. 201. El término ‘laico’ se opone a ‘clérigo’ o ‘sacerdote’; el de ‘laicado’ a ‘clero’; el de ‘laicismo’ a ‘clericalismo’; mientras,

Sin embargo, la conciencia laica paga un precio por gozar de la libertad negativa que representa la libertad religiosa. De esta, de la conciencia laica, se espera que se ejercite a sí misma en un trato reflexivo con los límites de la Ilustración. El concepto de tolerancia en sociedades pluralistas concebidas literalmente no solo considerada que los creyentes, en su trato con no creyentes y con creyentes de distinta confesión, son capaces de reconocer a través de la lógica que siempre va a existir cierto tipo de disenso, sino que, por otro lado, se espera la misma capacidad de reconocimiento –en el marco de una cultura política liberal– de los no creyentes en su trato con los creyentes<sup>142</sup>.

Por su parte, un Estado aconfesional clama su independencia frente a cualquier autoridad que no esté reconocida por el conjunto de la nación, a fin de permitirle ser imparcial con cada uno de los miembros de la comunidad nacional y no favorecer a tal parte o a tal otra de la nación<sup>143</sup>.

En este sentido, la democracia se liga al laicismo como marco indispensable de respeto a la pluralidad de creencias y a la libertad de conciencia<sup>144</sup>.

De esta forma, la autoridad que se haya de ejercer en el pueblo habrá de ser la que proviene desde dentro de la realidad del mismo pueblo y como resultante del ejercicio en libertad de su derecho a vivir en una sociedad, es decir, una autoridad que es laical, nacida del pueblo y en función del bien de ese pueblo<sup>145</sup>.

El pensamiento laico reivindica dos cosas:

- a) la capacidad y el derecho de cada persona para elaborar o adherirse a valores y creencias propias, para “darse leyes a sí misma” en el ejercicio preciso de su autonomía moral,
- b) la capacidad y el derecho para pensar por cuenta propia, sin limitaciones dogmáticas ni imposiciones heterónomas<sup>146</sup>.

La auténtica laicidad referida al Estado ni afirma ni niega por sí misma la dimensión religiosa creyente de la existencia humana, ni más ni menos de lo que pueda hacerlo al tratar de fundamentar la verdad de la consistencia de la dignidad personal del ser humano. La política no puede pretender definir su radicalidad, la verdad de la existencia humana. Por eso mismo no se debe suponer que la vida política, por estar ordenada desde la verdadera y sana laicidad, haya de implicar la necesidad de que se realice desde la negación de Dios. La política, entendida como ejercicio del poder soberano del Estado, ni

---

que etimológicamente, el laico es el hombre del pueblo, el hombre como lo mundano. Émile G. LÉONARD, “El protestantismo, religión laica”, p. 91.

<sup>142</sup> HABERMAS y RATZINGER, *Dialéctica...*, *op. cit.*, p. 46.

<sup>143</sup> MEJAN, *op. cit.*, p. 130.

<sup>144</sup> BLANCARTE, *Religión...*, *op. cit.*, p. 17.

<sup>145</sup> SARTEN, *op. cit.*, p. 27.

<sup>146</sup> SALAZAR, *op. cit.*, p. 13.

ha de hacerse desde la imposición ni desde la negación de la fe. Su referencia fundamental ha de ser la dignidad humana de cada persona, entendida desde el reconocimiento de sus derechos fundamentales que han de ser manifestación y garantía de esa afirmada dignidad<sup>147</sup>, pero en cuya esencia se niega conceder a la Iglesia católica o a cualquier otra, lo que no concede de ninguna manera al Estado, es decir, ser la referencia moral, absoluta y última<sup>148</sup>.

El bien común de la libertad es el bien que el Estado ha de garantizar, incluso, a quienes optan por la que consideran que es su bien particular: no tener ninguna adhesión o pertenencia social a alguna confesión religiosa<sup>149</sup>.

El Estado laico no es neutro ni puede ser neutral. Está ligado a los valores de la república, de la democracia, de la tolerancia, de la libertad y de la pluralidad, que la soberanía popular le ha encargado respetar y hacer respetar<sup>150</sup>.

En el Estado laico las diferentes religiones se encuentran entre sí en situación de igualdad, ante el gobierno y la ley. El laicismo rechaza los regímenes teocráticos en los que la Iglesia controla el poder político, pero también rechaza los regímenes políticos que se sirven de una religión oficial para legitimarse ideológicamente<sup>151</sup>.

La opción religiosa de cada ciudadano y de la confesión religiosa a la que se adhiera es un asunto particular. La tutela del ejercicio del derecho a la libertad religiosa es un bien público. La defensa de la libertad religiosa, con todo lo que ha de implicar en sus dimensiones individuales y sociales, ha de ser reconocida y realizada<sup>152</sup>.

La incidencia de pluralismo y democracia está relacionada con la de varias religiones que son, asimismo, inherentes a ellos<sup>153</sup>. Lo que les permite crear una doctrina que pueda participar en el plano político.

Ante esta diversidad, la laicidad afirma la dignidad humana y, en función de ella, también los derechos y libertades que la sustentan<sup>154</sup>. Su proyecto institucional debe de combinar el núcleo duro del Estado laico con la vocación incluyente del Estado tolerante<sup>155</sup>.

En las sociedades complejas actuales, caracterizadas por el pluralismo cultural, religioso, político e ideológico, la aconfesionalidad del derecho y de

---

<sup>147</sup> SARTEN, *op. cit.*, p. 36.

<sup>148</sup> MEJAN, *op. cit.*, p. 140.

<sup>149</sup> SARTEN, *op. cit.*, p. 81.

<sup>150</sup> BLANCARTE, *Laicidad...*, *op. cit.*, p. 134.

<sup>151</sup> HERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 7.

<sup>152</sup> SARTEN, *op. cit.*, p. 81.

<sup>153</sup> MARTIN, *op. cit.*, p. 25.

<sup>154</sup> SARTEN, *op. cit.*, p. 38.

<sup>155</sup> SALAZAR, *op. cit.*, p. 38.

las instituciones es la única barrera posible, la única alternativa racional a tantos fundamentalismos y fanatismos y a las consecuentes guerras de religión y choques de civilizaciones<sup>156</sup>.

Su esencia reside en la neutralidad moral, ideológica y cultural del derecho y del Estado liberal, así como la auténtica ética laica reside en la exclusión de toda imposición jurídica o heterónoma<sup>157</sup>. Además, es la garantía de que se pueden expresar las diferencias para alcanzar acuerdos provisionales que permitan convivir, sin que nadie imponga su verdad a los demás<sup>158</sup>. Asimismo, esta es una defensa de la pluralidad ante los proyectos que pretenden imponer corporaciones únicas y totales<sup>159</sup>.

A continuación, resumiremos brevemente lo que esta corriente de pensamiento significa: en primer término, es la expresión del principio histórico de separación del Estado y las iglesias, así como de un conjunto de normas que, por un lado, impiden al Estado establecer preferencias o privilegios a favor o en contra de religión alguna y, por otro, de la garantía de libertad de creencias, de la cual se derivan derechos específicos por todo individuo, a saber: tener o adoptar la creencia religiosa de su preferencia o, bien, no profesar creencia religiosa alguna y no ser objeto de discriminación, coacción u hostilidad por causa de tales creencias religiosas, ni ser obligados o declarar sobre ellas<sup>160</sup>.

En segundo término, se trata de no imponer una visión del mundo, sino de crear las condiciones para que cada quien libremente construya la propia, significando neutralidad en materia religiosa, pero no neutralidad valorativa o moral<sup>161</sup>.

En tercer lugar, no implica anticlericalismo; es una forma que garantiza la libertad de creencias, el derecho a creer o no lo que fortalece el contrato social y propicia la armonía y la paz social en la convivencia de la sociedad. El Estado laico es aquel que no adopta un credo religioso, que no se concibe a sí mismo como un sujeto creyente, que en el desempeño de sus funciones mantiene absoluta armonía respecto de las iglesias, en síntesis, es aquel que garantiza a sus gobernados un trato igual, sin distinción de credo. En el Estado laico los poderes públicos no tienen otra razón de ser que la de servir a todos sus miembros<sup>162</sup>.

Una forma de actuación del poder político que excluya la libertad de conciencia individual y la libertad de organizarse en sociedad, imponiendo

---

<sup>156</sup> FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 133.

<sup>157</sup> *Op. cit.*, p. 136.

<sup>158</sup> SALAZAR, *op. cit.*, p. 47.

<sup>159</sup> *Op. cit.*, p. 14.

<sup>160</sup> BLANCARTE, *Laicidad...*, *op. cit.*, p. 24.

<sup>161</sup> *Op. cit.*, p. 27.

<sup>162</sup> BLANCARTE, *Laicidad...*, *op. cit.*, p. 143.

una única forma de homogénea de concebir la mejor realización del ser humano, atenta gravemente contra la genuina y auténtica laicidad<sup>163</sup>.

Solamente la laicidad del derecho, en tanto técnica de los derechos y libertades de todos, es capaz de garantizar valor igual y dignidad a las diferencias de excluir cualquier discriminación o privilegio y, por ello, la convivencia pacífica<sup>164</sup>.

La tesis de la separación entre el derecho y la moral es un corolario del positivismo jurídico, esto es, la afirmación del principio de legalidad como una norma de reconocimiento del derecho vigente, lo que se entiende como la autonomía del derecho ante la moral<sup>165</sup>.

En sentido inverso, la moral no se basa en el derecho; esto es, en normas heterónomas porque, por el contrario, si se vive de manera auténtica, se fundamenta en las conciencias individuales y en su valor en cuanto fin en sí misma<sup>166</sup>.

Por lo que las autoridades religiosas no deben entrometerse en la vida moral de las personas, atacando, censurando, criticando, protegiendo o prohibiendo determinadas formas de pensamiento, actuación, credos, ideologías, preferencias políticas o culturales<sup>167</sup>.

El Estado laico se propone enfrentar los dogmas mediante el uso de la razón crítica e intenta expulsar a las religiones de la esfera pública, tratando de mantener su actividad en la esfera privada<sup>168</sup>.

Sin embargo, aparte de la exclusión formal de la afirmación de una dependencia religiosa en el origen y en el ejercicio de los poderes políticos respecto a Dios y una inspiración religiosa de las ideas y los comportamientos políticos, no formula cuál haya de ser su contenido positivo, de carácter político, más allá de su mera negatividad. Lo que no significa que ese concepto no haya tenido importancia, justo por su negatividad, a lo largo de la historia de las relaciones político-sociales que se han dado entre la religión y la política, y, en concreto, entre la Iglesia y el Estado. Por el contrario, es preciso que por el vacío objetivo de su contenido, esas y otras palabras próximas a ella han servido de cauce útil para la afirmación y la transmisión de contenidos distintos y contradictorios, puesto al servicio de los diferentes intereses políticos encontrados y de manipulaciones conceptuales adecuadas a esos intereses<sup>169</sup>.

---

<sup>163</sup> SARTEN, *op. cit.*, p. 38.

<sup>164</sup> *Op. cit.*, p. 133.

<sup>165</sup> *Op. cit.*, p. 135.

<sup>166</sup> *Ibid.*

<sup>167</sup> *Op. cit.*, p. 136.

<sup>168</sup> SALAZAR, *op. cit.*, p. 24.

<sup>169</sup> SARTEN, *op. cit.*, p. 23.

La verdad es que lo aconfesional no pasa de ser un concepto histórico-cultural, que ha de interpretarse y valorarse a partir de la cultura a la que responde y desde la que ha de interpretarse. Un concepto que se va definiendo con precisión, si no de manera exclusiva sí de modo muy importante, en referencia al hecho religioso, pero que hunde sus raíces en el problema del sentido de la existencia humana y, en consecuencia, del sentido de la necesaria convivencia político-social<sup>170</sup>.

Por lo anterior, el reconocimiento de la pluralidad de las morales y de las culturas impone la necesidad de contar con una convención legal asegurada por el principio de legalidad: la garantía de la igualdad y de la libertad de los ciudadanos contra el arbitrio. Al mismo tiempo, y en razón de la diversidad de los diferentes puntos de vista morales, religiosos, ideológicos y culturales excluye la pretensión de quienes buscan modelar el derecho a su propia imagen e impone, como contrato civil de convivencia<sup>171</sup>.

La verdadera laicidad que pretende ser característica propia de un Estado democrático moderno ha de ser respetuosa con la libertad del ciudadano, al que es preciso que se le reconozca en razón de la firmada laicidad, el derecho a realizar una opción propia y personal sobre el sentido de su vida, sea religiosa o no religiosa, y la libertad para poder vivir en la sociedad en función de ella<sup>172</sup>.

### *Iusnaturalismo racional-Pufendorf*

Pero ¿por qué existen estas diferencias?; ¿cuáles son las razones para que dos diferentes trayectorias de vida religiosa, se conviertan en dos innegables formas de desarrollo en el mundo? Siete son las posibilidades que emergen: diferencias entre la relación Iglesia-Estado; cuestiones de pluralismo; diferentes maneras de entender el periodo de la Ilustración; diferentes tipos de intelectuales; variaciones en su cultura y cómo es entendida; contrastes institucionales y diferencias en las maneras en que las organizaciones religiosas se relacionan con las diferentes clases sociales (notablemente por su estatus y etnicidad)<sup>173</sup>.

Fue necesario desarrollar una noción de derecho previa al dogma, una base jurídica mínima que no se apoyase en la fe sino en la naturaleza, en la

---

<sup>170</sup> SARTEN, *op. cit.*, p. 32.

<sup>171</sup> FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 137.

<sup>172</sup> SARTEN, *op. cit.*, p. 89.

<sup>173</sup> BERGER, DAVIE & FOKAS, *op. cit.*, p. 3.

razón humana. Hugo Grocio, Samuel von Pufendorf y otros elaboraron la idea del derecho natural como derecho de la razón, que valora la razón como el órgano de la construcción de un derecho común por encima de las fronteras de la fe<sup>174</sup>.

Samuel von Pufendorf coloca al derecho natural dentro del orden concreto de la vida en comunidad. Pues considera que el fin general del derecho natural será especificado por sobre el derecho estatal, eso sí a partir de la utilidad que tenga este para el Estado. Por lo que su propuesta sobre derecho natural es conocida como racionalismo iusnaturalista o modernidad jurídica. El propósito de exponer las bases filosóficas de la doctrina iusnaturalista es evidente para limpiar las ciencias de vicios aristotélico y escolásticos y liberar de supuestos finalistas al derecho natural<sup>175</sup>.

Para el pensamiento jurídico, él consiguió la fijación teórica precisa de la naturaleza humana como fundamento del derecho natural. La naturaleza humana queda recién completa a través de sus componentes morales de la razón, del libre albedrío y la atadura a una ley. En efecto, este es el motivo de la estructuración de las obligaciones a partir de las relaciones jurídicas y de las pretensiones del derecho<sup>176</sup>.

La ley fundamental del derecho natural, la obligación a la sociabilidad recíproca y la consiguiente obligación absoluta del hombre para que pueda realizarse debido a esto (inviolabilidad del otro, igualdad de todos los hombres ante la ley, ejercicio de la humanidad, fidelidad al contrato), pero esto debe ser leído bajo el supuesto que, para Samuel Pufendorf, solo es recién válida cuando existen relaciones contractuales especiales y formas comunitarias humanas en plenitud<sup>177</sup>.

En la obra de Samuel von Pufendorf, *On the duty of man and citizen according to the nature law* encontramos el origen de esta corriente doctrinal. Allí, se señala el origen, naturaleza y funciones del hombre en el mundo terrenal, en el que coloca a Dios como el centro de la inteligencia y de donde proviene la entelequia.

El trabajo del jurista y filósofo alemán en dicha obra se divide en tres partes: la primera trata la relación del hombre con Dios; la segunda, la relación con él mismo para las demás personas y, por último, cómo debería ser la relación de la persona con el resto de los ciudadanos. En el caso particular de este trabajo, se presentarán las tesis más importantes sobre la conducta

---

<sup>174</sup> HABERMAS y RATZINGER, *Dialéctica...*, *op. cit.*, p. 60.

<sup>175</sup> Marco A. HUESBE, "La teoría política de Samuel Pufendorf", p. 432.

<sup>176</sup> *Op. cit.*, p. 438.

<sup>177</sup> *Op. cit.*, p. 439. En la medida en que Samuel von Pufendorf expone su iusnaturalismo como una doctrina de deberes, especifica que el derecho natural no significa un derecho arbitrario y *a priori*, y que implica siempre una obligación.

del hombre basado en su sano juicio, que proviene de su razonado pensamiento<sup>178</sup> y de la sabiduría devenida del creador<sup>179</sup>.

Ahora bien, el problema para imponer una sola razón guiada proveniente de Dios, era las luchas religiosas que se habían suscitado en Europa. Por lo que Samuel von Pufendorf, entendió que debía haber un espacio donde se equipararan todas las creencias, sin importar su credo o preferencia política. Por lo que su objetivo fue construir un pensamiento moral común europeo, que fuera independiente y reconciliara sus diferencias. Por lo que estableció un conjunto de principios universales de derecho desde dos premisas fundamentales: ninguna persona podía razonablemente dudar de una construcción científicamente construida común a todas las personas, el “estado de naturaleza” y de la importancia de cada persona respecto de su propia conservación.

Acorde con la ley fundamental de la naturaleza que subsume a todos, es que cada persona debería cultivar y preservar a la sociedad<sup>180</sup>. Esto envuelve los deberes con Dios, con un mismo y con los otros. Además, la sumisión a las leyes de la naturaleza, enseñan al hombre cómo comportarse con él mismo de un modo que tome en cuenta los efectos de sus acciones sobre los otros en orden a “convertirse en un miembro útil de la sociedad”, con el compromiso de realizar los siguientes tres deberes<sup>181</sup>. Primero, son negativos los servicios de lesionar a otros. Segundo, eliminar la ocasión de reacción antisocial, para esto es necesario actuar hacia los otros en una manera que evidencie su reconocimiento y coloque el respeto por su igualdad de dignidad como hombres, para que así su gran sensibilidad y su provocada autoestima no sea lesionada. Esta tesis de la sociedad moderna también necesita apoyarse en el mutuo reconocimiento de igual dignidad para todos los hombres. Tercero, prevenir la ingratitud y la conducta espiral destructiva de los provocadores, y promocionar en los otros los contrastantes valores de la confianza, gratitud y buena voluntad recíproca, para esto es necesario desarrollar deberes de benevolencia.

---

<sup>178</sup> Muchas de estas ideas se encuentran en los contractualistas modernos como John Rawls y Jürgen Habermas.

<sup>179</sup> SAMUEL VON PUFENDORF, *On the duty of man and citizen according to the nature law*, p. xvii. Para este autor, el amor a sí mismo está implantado profundamente en el hombre, este le obliga a tener el mismo cuidado con el mismo y obtener el bien, de toda manera. *Op. cit.*, pp. 46, 64.

<sup>180</sup> Para esta socialidad (*sociality*), que puede ser entendido fácilmente como el amor a uno mismo como el amor que se debe de tener por el vecino, basado en el vital papel del derecho natural. *Op. cit.*, p. 12.

<sup>181</sup> *Op. cit.*, p. 38.

Estos tres tipos de deberes son necesarios para preservar y cultivar la forma de la sociedad, en el que el hombre pueda asegurar su conservación y el bienestar que comparte<sup>182</sup>.

Un hecho importante del trabajo de Samuel von Pufendorf, es que por primera vez separó lo divino de lo humano:

“Esta ley natural es congruente con la naturaleza racional y social del hombre, pues sin esta no habría bien y una sociedad pacífica para la raza humana. Esto puede ser expuesto y conocido a la original luz de la razón del hombre y por la reflexión en la naturaleza humana en general”<sup>183</sup>.

El autor señaló como máxima premisa, entre los deberes del hombre el de no lastimar a otros; pues, aunque lo considera el deber más difícil de alcanzar, este se debía extender sobre los otros hombres, en el que quedarán fuera las pasiones y todo estuviera ordenado y restringido por la razón<sup>184</sup>.

El derecho natural ha seguido siendo –sobre todo en la Iglesia católica– el argumento con el cual se apela a la razón común con el diálogo con la sociedad laica y con las demás comunidades religiosas y se buscan las bases para un entendimiento sobre los principios éticos del derecho en una sociedad laica y pluralista<sup>185</sup>.

En *De iure naturae et gentium* formula el sistema mayor de su doctrina, que fue estructurada gradualmente a través de sus clases universitarias. De este modo, y por primera vez, se presenta en Alemania un sistema cerrado sobre el derecho natural, donde Samuel von Pufendorf expone todas las relaciones concretas del derecho<sup>186</sup>.

En el estudio del derecho natural encontró el fundamento que se constituiría en el principio básico para ordenar el conocimiento del mundo social<sup>187</sup>. Con su percepción del derecho natural propone distinguir para el análisis de la realidad según su objeto, sus principios, naturaleza y efecto. De este modo llega a formular el más importante edificio conceptual del derecho natural con conceptos tales como: persona, título, poder, derecho, honor, precio, obligación, ley, cantidad, calidad, afrenta<sup>188</sup>.

En el siguiente apartado, se analizará separadamente el caso estadounidense y el francés en esta materia.

<sup>182</sup> VON PUFENDORF, *op. cit.*, p. xxvi.

<sup>183</sup> *Op. cit.*, p. 32.

<sup>184</sup> *Op. cit.*, p. 56.

<sup>185</sup> HABERMAS y RATZINGER, *Dialéctica...*, *op. cit.*, p. 61.

<sup>186</sup> HUESBE, *op. cit.*, p. 438.

<sup>187</sup> *Op. cit.*, p. 435.

<sup>188</sup> HUESBE, *op. cit.*, p. 436.

Previamente hemos de anotar que el caso estadounidense y el francés son muy diferentes. Este contraste se puede observar con la siguiente pregunta: ¿es la religión parte del problema o de la solución? Los europeos están inclinados por la primera parte de la pregunta y los estadounidenses, por la segunda parte de la pregunta<sup>189</sup>.

Estados Unidos descansa particularmente en una gran fusión de catolicismo e identidad nacional, mientras que Francia es considerada como la quinta esencia del estado secular<sup>190</sup>.

El modelo que maneja Estados Unidos, es el de mercado de religiones donde se prevé que haya competencia entre las denominaciones religiosas, lo que genera un efecto positivo en el mercado religioso. Esto también se explica por las asociaciones de fe, fuerte competencia pluralista entre las instituciones religiosas, libertad de religión y la división constitucional entre Estado e Iglesia<sup>191</sup>.

Jean Baubérot precisa al respecto:

“La laicidad es un fenómeno sociopolítico que se genera desde los inicios de la era moderna, con el surgimiento del individuo y la libertad de conciencia. Dicho proceso llevó al paulatino reconocimiento en el mundo occidental de la necesidad de garantizar la libertad de creencias y de culto de los individuos. En la lucha por la independencia de las colonias inglesas de Norteamérica, los patriotas establecieron tempranamente el principio de libertad de conciencia, que habría de concretarse en el desestablecimiento de las iglesias oficiales, es decir, la separación entre el Estado u las agrupaciones religiosas. Pero fue quizás la revolución francesa la que contribuyó en mayor medida a la difusión de un modelo de convivencia fundamentado en la soberanía popular y ya no en elementos sagrados o instituciones religiosas”<sup>192</sup>.

En este modelo, el Estado laico regula las libertades con el fin de garantizar los derechos, la igualdad real de todos y la no discriminación<sup>193</sup>. El Estado laico es la primera organización política que garantizó las libertades religiosas<sup>194</sup>.

La laicidad del Estado no puede exigir que la inspiración de los valores éticos y culturales de la sociedad haya de ser necesariamente inmanente y, por ello, no religiosa. El derecho a la opción por la inspiración religiosa, al igual que por la opción no religiosa, en estas materias debe ser reconocida de un bien

<sup>189</sup> BERGER, DAVIE & FOKAS, *op. cit.*, pp. 6 y 45.

<sup>190</sup> *Op. cit.*, p. 37.

<sup>191</sup> NORRIS and INGLEHART, *op. cit.*, p. 12.

<sup>192</sup> BAUBÉROT, *Historia...*, *op. cit.*, p. 13.

<sup>193</sup> BLANCARTE, *Libertad...*, *op. cit.*, p. 68.

<sup>194</sup> HERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 18.

común, respetuoso del derecho fundamental a la libertad de pensamiento y de expresión de los individuos y de los grupos existentes en la sociedad<sup>195</sup>.

En una sociedad laical, el ciudadano tiene derecho a ser creyente y a manifestarse como tal desde la autenticidad de su propia existencia. Nadie, tampoco la sociedad, y menos todavía el Estado, puede imponer a alguien una determinada fe religiosa. Nadie, tampoco la sociedad o el Estado, puede pretender tener el derecho de impedir que alguien sea creyente<sup>196</sup>.

En síntesis, en el paradigma estadounidense, el Estado laico es el que garantiza que todos puedan expresar sus opiniones y que lo hagan desde la perspectiva religiosa o ciudadana que se desee<sup>197</sup>.

Un elemento importante de este modelo es como se concibe la separación entre la Iglesia y el Estado:

“Durante el siglo XIX, muchos consideraron la separación estadounidense de las iglesias y del Estado como un ejemplo a seguir. En la actualidad, los modelos estadounidense y francés parecen ser divergentes. De hecho, desde finales del siglo XVIII, la proximidad y la diferencia se conjugan. En ambos casos, la libertad de religión se proclamó en el marco de la libertad de expresión, la cual, en ese entonces, era el centro del tema”<sup>198</sup>.

Se puede decir, por tanto, que hay tantas variables secularizaciones como modernidades existen<sup>199</sup>. Hay países como Estados Unidos que son laicos hace más de dos siglos, aún si no existe en su vocabulario la palabra ‘laicidad’<sup>200</sup>.

Veamos el caso con algo más de detención.

### *Modelo estadounidense (libertad religiosa y de discurso)*

El estudio del caso estadounidense es paradigmático, pues a pesar de ser en muchos sentidos el prototipo de sociedad moderna, lo religioso lejos de desaparecer ha mostrado una gran permanencia y exuberancia, exhibiendo como falsa la afirmación de que modernidad y religión son incompatibles<sup>201</sup>.

---

<sup>195</sup> SARTEN, *op. cit.*, p. 68.

<sup>196</sup> *Op. cit.*, p. 123.

<sup>197</sup> HERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 19.

<sup>198</sup> BAUBÉROT, *Historia...*, *op. cit.*, p. 36.

<sup>199</sup> LEGORRETA, *op. cit.*, p. 20.

<sup>200</sup> BLANCARTE, *Laicidad...*, *op. cit.*, p. 118.

<sup>201</sup> LEGORRETA, *op. cit.*, p. 19.

Estados Unidos es una nación fundada por personas que tuvieron un roce con alguna autoridad eclesiástica. De ella, se puede decir que es la primera nación moderna fundada bajo un explícito secularismo, esto es, en respuesta a sociedades donde este principio era una de las muchas maneras del pensamiento. Allí, la figura de Dios representó un papel muy importante en los primeros documentos políticos, pero siempre razonando en su papel legal en el plan del país.

James Madison fue el autor de la Primera Enmienda, en la que señala claramente:

“es apropiado tomar alarma en el primer experimento de nuestras libertades...que no ve que la misma autoridad pueda establecer la cristiandad como religión oficial en exclusión de las otras religiones, o que pudiera establecer alguna secta de los cristianos en desmedro de todas las otras sectas cristianas”<sup>202</sup>.

La religión representa un papel político en Estados Unidos, lo que sería inconcebible en Europa<sup>203</sup>.

El derecho religioso y el movimiento secular crean una confusión contemporánea, que debe distinguir entre:

- 1) los valores espirituales universales que descansan en el experimento americano en democracia y
- 2) el papel asignado al gobierno para salvaguardar esos mismos valores protegiendo la libertad de conciencia y creencia<sup>204</sup>.

El Estado estadounidense no tiene relaciones oficiales con ninguna religión, pero sus jefes invocan a Dios en el ejercicio de sus funciones<sup>205</sup>.

En Estados Unidos se practicó, en materia religiosa, una especie de *laissez-faire*, pues, aunque había un predominio de los protestantes, se permitió ciertos espacios para los católicos que modificaron en lo sustantivo el balance. Si bien, la construcción de varios grupos religiosos en nada afectó el proceso de revolución estadounidense de 1776, que apoyaba el pluralismo religioso<sup>206</sup>.

La ilustración estadounidense fue muy diferente al concepto europeo. En ella, se profesó más por “políticas de libertad” contrarias al pensamiento francés, “ideología de la razón”. Los autores y políticos de dicha ilustración no eran anticlericales –en ningún caso, no había una orden clerical relevante en contra– y ellos no eran tampoco, anticristianos. Lo peor, es que ellos eran

<sup>202</sup> McWHIRTER, *op. cit.*, p. 23.

<sup>203</sup> BERGER, DAVIE & FOKAS, *op. cit.*, p. 124.

<sup>204</sup> FORREST, *op. cit.*, p. ix.

<sup>205</sup> LÉONARD, *op. cit.*, p. 111.

<sup>206</sup> MARTIN, *op. cit.*, p. 18.

vagamente deístas, lo que no pudo servir como una legitimación de la secularidad en algún Estado o sociedad<sup>207</sup>.

No hay que olvidar, a este propósito, que Estados Unidos fue, desde sus comienzos, una nación comercial y de ahí, entonces, que tenga una sociedad pragmática<sup>208</sup>.

El proceso descubierto en Estados Unidos es diferente por el hecho de ser una reacción al caso europeo, tan poderosa como para llevar a las personas a cruzar el océano, a fin de conseguir una “libertad de creer”, opuesta al modelo anterior, que era una “libertad de creencia”.

Estados Unidos se volvió, así, clave en la historia de la religión. El punto crucial es claro: la libertad religiosa es una de las piedras angulares en la historia de la fundación de Estados Unidos y de sus valores, es un sentimiento bastante enraizado y una noción inspiradora para la mayoría de los estadounidenses. Por lo que fue incorporada la independencia como una nueva nación y la separación de la Iglesia-Estado, en la Primera Enmienda constitucional<sup>209</sup>.

Hay que considerar para este propósito que la Primera Enmienda de la Constitución de Estados Unidos es la piedra angular de la república americana<sup>210</sup>.

La cláusula de “establecimiento de una religión” emana de la Primera Enmienda. Esta significa, al menos, que ningún estado o el gobierno federal puede establecer una iglesia. Tampoco pueden crear una ley para apoyar a una religión, ayudar a todas las religiones o preferir a una religión sobre otra. Tampoco puede influenciar a una persona a ir o mantener alejado contra su voluntad de la iglesia o forzarlo a profesar una creencia o a descreer alguna religión. Ninguna persona puede ser castigada por pertenecer o profesar alguna creencia o la falta de esta, o por ir o no ir a la iglesia<sup>211</sup>.

Los padres fundadores de Estados Unidos –en su mayoría protestantes– estaban comprometidos con la libertad religiosa y política. Lo que es distinto del caso francés, en que estas dos ideas están vistas como compatibles entre sí<sup>212</sup>.

Lo que se intentó conseguir con el establecimiento de la Primera Enmienda era que las instituciones no favorecieran a alguna religión en particular, lo que podría influir en la independencia de las mismas, ya que representarían algo con lo que pueden estar o no de acuerdo los ciudadanos. El

<sup>207</sup> BERGER, DAVIE & FOKAS, *op. cit.*, p. 18.

<sup>208</sup> *Op. cit.*, p. 18.

<sup>209</sup> *Op. cit.*, p. 28.

<sup>210</sup> *Op. cit.*, p. 16.

<sup>211</sup> McWHIRTER, *op. cit.*, p. 46.

<sup>212</sup> BERGER, DAVIE & FOKAS, *op. cit.*, p. 52.

otro motivo fue que el gobierno seleccionaría o desaprobaba una religión. Lo que favorecería a un grupo y excluiría a otros<sup>213</sup>.

Para Thomas Jefferson, la separación Iglesia-Estado protege a la Iglesia del Estado, no al Estado de la Iglesia<sup>214</sup>.

El diseño de la Constitución es que la preservación y la trasmisión de las creencias religiosas y la oración es una responsabilidad y una decisión que debe permanecer en la esfera privada<sup>215</sup>.

En Estados Unidos el pluralismo de las denominaciones protestantes permitió invocar un dios del que ninguna Iglesia era guardiana, cuya interpretación era exclusiva de los derechos<sup>216</sup>; como también la religión es la matriz y la construcción dominante de una utopía política y esta provee los espejos en el que cada grupo emergente se coloca como un nuevo grupo social<sup>217</sup>.

Está claro que dicha nación es excepcionalmente religiosa para su nivel de desarrollo, lo que continúa siendo inexplicable cómo sucedió<sup>218</sup>.

También encarna de modo ejemplar la versión de laicidad representada por el Estado tolerante, esto significa que no promueve ni obstaculiza a nivel oficial a ningún credo, garantizando así la libertad de conciencia y su consecuencia, la libertad de los individuos para asumir o no determinadas creencias y prácticas religiosas<sup>219</sup>.

Thomas Jefferson lo llamaría: muro de separación entre la Iglesia y el Estado, lo que terminaba con la idea de que la religión no podía preverse sin el apoyo del gobierno y que el orden social y, por lo tanto, el gobierno no podía substituir sin el apoyo de una religión establecida. Por el contrario, los derechos y las libertades religiosas tenían más posibilidades de ser garantizados globalmente en la medida en que el Estado se desligaba de los asuntos de la fe, respetando su autonomía y estableciendo con claridad sus límites sociales<sup>220</sup>.

La visión liberal de Thomas Jefferson tenía por objetivo establecer un apoyo para una religión organizada, lo que era el deber de la influencia de la moral positiva de la Iglesia sobre la sociedad<sup>221</sup>. Asimismo, las generaciones subsiguientes conservaron la creencia de los padres de la patria (*framers*) acerca de la importancia de los principios bíblicos para mantener una so-

<sup>213</sup> McWHIRTER, *op. cit.*, p. 67.

<sup>214</sup> FORREST, *op. cit.*, p. 17.

<sup>215</sup> McWHIRTER, *op. cit.*, p. 27.

<sup>216</sup> BAUBÉROT, *Historia...*, *op. cit.*, p. 37.

<sup>217</sup> MARTIN, *op. cit.*, p. 62.

<sup>218</sup> NORRIS and INGLEHART, *op. cit.*, p. 240.

<sup>219</sup> SALAZAR, *op. cit.*, p. 28.

<sup>220</sup> BLANCARTE, *Libertad...*, *op. cit.*, p. 19.

<sup>221</sup> FORREST, *op. cit.*, p. 30.

ciudad civilizada<sup>222</sup>. Y, aunque, la religión es demasiado personal, demasiado sagrada y tan santa como para permitir que las autoridades civiles la pervertan<sup>223</sup>, de todas formas, la total separación de la Iglesia y el Estado no es absoluta. Alguna relación entre el gobierno y las organizaciones religiosas es inevitable<sup>224</sup>.

La teoría del mercado de ideas de la libertad de discurso ha tenido una gran influencia en Estados Unidos. Esta es la razón de porqué las cortes desconfían de la intervención del gobierno, aun cuando se intenta ampliar esta libertad. Esto provee una explicación por su estricto escrutinio del punto de vista o el contenido basado en la regulación del discurso, porque argumentalmente tal regulación distorsiona el trabajo del libre mercado para el intercambio de ideas<sup>225</sup>.

La libertad de expresión implica una organizada estructura de entendimiento de la libertad, que reconoce ciertos límites de lo que debería ser incluido o excluido. Es la teoría de que la regulación del discurso protege la seguridad nacional o el orden público; por lo que dicha libertad debería estar igualmente disponible cuando el Estado está intentando preservar todo el debate público. Es más, la Primera Enmienda debería adoptar una regulación que busque los valores más democráticos que descansan sobre la misma Primera Enmienda<sup>226</sup>.

En el caso *Whitney v. California*, el juez Louis Brandeis de la Suprema Corte estadounidense consideró que la discusión pública es no solo libertad, sino un deber político<sup>227</sup>.

Avanzando en este tema, según Roberto Blancarte, cuatro parecen ser las fuentes principales que fortalecieron el sentimiento de separación entre Estado e Iglesia en el caso de Estados Unidos de América:

1. la doctrina y las acciones de las religiones radicales, que cuestionaban la alianza entre las religiones establecidas y el Estado;
2. el pragmatismo de las religiones conservadoras, que preferían la eliminación de las religiones establecidas a la preeminencia de cualquiera de ellas;
3. el desarrollo del deísmo, la religión natural y el racionalismo y
4. el anticlerismo y la hostilidad hacia la religión<sup>228</sup>.

<sup>222</sup> David BARTON, *Separation of Church and State*, p. 9.

<sup>223</sup> *Engel v. Vitale*, 370 U.S. p. 342.

<sup>224</sup> *Lemon v. Kurtzman*, 403 U.S. 602, 1971.

<sup>225</sup> BARENDT, *op. cit.*, p. 11.

<sup>226</sup> FISS, *op. cit.*, p. 19.

<sup>227</sup> BARENDT, *op. cit.*, p. 18.

<sup>228</sup> BLANCARTE, *Libertad...*, *op. cit.*, p. 16.

En otras palabras, no fue solo la convicción sino las circunstancias concretas de pluralidad religiosa y de equilibrio eclesial en las colonias inglesas de Estados Unidos las que favorecieron en su mayoría el desarrollo de la noción de libertad religiosa, así como su práctica real<sup>229</sup>.

Lo que la democracia exalta no es la simple opción, sino la opción pública hecha con información completa y bajo ajustadas condiciones de reflexión. Desde la perspectiva democrática, no debiese haber queja sino aplauso en el hecho de que se permita la expresión en un completo y abierto debate<sup>230</sup>.

La creencia en Dios en la doctrina estadounidense es una práctica común del buen ciudadano, que forma parte necesariamente del horizonte político. Esto tiene una utilidad social para elevar el ideal que deberían seguir los estadounidenses. Por lo que la religión se convierte en un instrumento terapéutico social: es, al mismo tiempo, una fuente de reconciliación en el dominio político, en el sentido de que prohíbe a la política mezclarse en cuestiones religiosas, que dejan de ser fuente de discordias en la comunidad. Considerada desde este punto de vista, constituye una notable amalgama que ha representado un papel contractivo muy significativo, haciendo más civilizada la política estadounidense<sup>231</sup>.

Los dogmas sobre la separación de los asuntos de la Iglesia y del Estado no significan que las autoridades religiosas no tengan el derecho de manifestar su pensamiento y de ofrecer sus opiniones y respuestas a los problemas que viva la nación, que contengan un sentido moral, lo opuesto sería ir en contra de su libertad de expresión<sup>232</sup>.

Del mismo modo, es importante, en esta discusión un punto paralelo: es que ningún sentimiento previene el fuerte vínculo que existe entre la religión y Estados Unidos; es más, hay ocasiones en que se utiliza el valor de la religión. El punto es claro, se tiene libertad de religión pero no solo a una fe, esto se puede comprobar en las agradables palabras de Dwight D. Eisenhower: “nuestro gobierno no tiene sentido, sino tiene una profunda creencia religiosa, pero yo no sé qué signifique esta”. Exactamente, esta idea es evidente, en varias expresiones religiosas ligadas al patriotismo, como en las expresiones *in God we trust* o *one nation under God*, aquí existe una interconexión (paradójica) en que la separación Iglesia-Estado tiene vínculos de religión en general y una posible identidad nacional<sup>233</sup>.

<sup>229</sup> BLANCARTE, *Libertad...*, *op. cit.*, p. 20.

<sup>230</sup> FISS, *op. cit.*, p. 23.

<sup>231</sup> John P. ROCHE, “Religión y política en USA”, p. 336.

<sup>232</sup> FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 134.

<sup>233</sup> BERGER, DAVIE & FOKAS, *op. cit.*, p. 29.

La libertad de discurso es vista de manera análoga a la libertad religiosa, que también está protegida por la Primera Enmienda. Aun así, esta teoría es incapaz de explicar el porqué de los intereses de los emisores de un mensaje sobre los intereses de esos individuos que están discutiendo ese discurso, o que deben escuchar ese discurso, cuando se enfrentan dos ideas contrarias sobre el mismo tema<sup>234</sup>.

La judicatura estadounidense y en particular la Suprema Corte –como máximo intérprete constitucional–, decide el balance de que descansan en cada ponderación, haciendo esto caso por caso. Este balance está en constante estado de flujo y depende del continuo debate de los jueces de la Corte. Esta es la principal razón por la cual las postulaciones a juez de la Suprema Corte no son solo controversiales, sino muy politizadas<sup>235</sup>.

La judicatura amerita más detalle de atención, porque esta es una institución con una considerable influencia sobre muchos aspectos de la religión en Estados Unidos. Tanto así que en el contexto estadounidense, pudiera casi ser dicho que la judicatura ocupa una “posición de paraguas” a lo largo de la Constitución, y que esta actúa en un espacio en el que los dominios relacionados con la religión, son negociados<sup>236</sup>.

La Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos ha desarrollado un examen para probar si una ley viola la Primera Enmienda, este se llama el Test Lemon. Este examen señala cuatro pasos para determinar si existe esa violación:

1. Si esa ley tiene un propósito secular;
2. Si crea una ventaja a alguna religión;
3. Si provoca una intromisión por parte del gobierno con la religión y
4. Si inhibe alguna religión<sup>237</sup>.

El tema de la libertad de discurso ha sido observado y definido por la Suprema Corte, no como un valor absoluto, sino que implementado con el transcurso del tiempo e, incluso, de juez (*justice*) en juez de la Corte, en el que se ha colocado como autoridad reguladora y garantizador de este derecho constitucional, lo que ha originado un número de categorías sobre el discurso sujeto a regulación<sup>238</sup>.

La Corte ha evitado líneas que separen el reconocimiento del gobierno y el conocimiento del papel de la religión en la vida de los ciudadanos, pues

<sup>234</sup> FISS, *op. cit.*, p. 3.

<sup>235</sup> BERGER, DAVIE & FOKAS, *op. cit.*, p. 73.

<sup>236</sup> *Op. cit.*, p. 78.

<sup>237</sup> MCWHIRTER, *op. cit.*, p. 40.

<sup>238</sup> FISS, *op. cit.*, p. 5.

si lo hiciera no mostraría neutralidad sino hostilidad hacia la religión. Por lo que el gobierno celebra o reconoce que los eventos con significado religioso deben estar sujetos al cuidadoso escrutinio judicial<sup>239</sup>.

La Corte Suprema estadounidense ha intentado distinguir entre la ubicación de la religión en una mano, lo que es aceptable, y el apoyo a la religión en la otra, lo que es inaceptable<sup>240</sup>.

El derecho a ejercer libremente una religión incluye el “derecho de conciencia” y el derecho de poder tener y hablar sobre “opiniones herejes”, pero no incluye el derecho de hacer cosas que lastimarían a otros, lo que violaría la ley<sup>241</sup>. Además, los jueces de la Suprema Corte piensan que dicho derecho –el de ejercer una religión– protege una “creencia”, pero no una “conducta”<sup>242</sup>.

El liberalismo del siglo XIX estuvo definido por las solicitudes de libertad individual y resultó en una inequívoca demanda de limitación por parte del gobierno; el liberalismo de hoy protege el valor de la equidad tanto como el valor de la libertad. Además, reconoce el papel que el Estado pudiera representar en asegurar la equidad y, a veces, aun la libertad<sup>243</sup>.

Estados Unidos tiene una gran diversidad religiosa que ningún otro país y ha sido capaz de evitar conflictos religiosos. El gobierno no ha sido debilitado por su no identificación con alguna(s) religión(es)<sup>244</sup>. De ello, se concluye que el libre y abierto discurso es una precondition para realizar una verdadera y substantiva igualdad. Pero ciertamente lo contrario pudiera ser verdad: que una verdadera política democrática no será realizada hasta que las condiciones de igualdad hayan sido del todo satisfechas<sup>245</sup>.

Los liberales han sido divididos, casi en una guerra con ellos mismos, algunos favoreciendo la libertad y otros, alguna equidad<sup>246</sup>.

El Estado está tratando de proteger los intereses de la audiencia –a lo largo de la ciudadanía– en escuchar un completo y abierto debate sobre temas de importancia pública<sup>247</sup>.

La incidencia del Estado y de la Iglesia en campos de actuación, que no pueden menos de ser comunes a ambos, a pesar de una real separación de

---

<sup>239</sup> McWHIRTER, *op. cit.*, pp. 72-73.

<sup>240</sup> *Op. cit.*, p. 75. Los temas que dominan hoy la agenda de la libertad del discurso son tres: discurso de odio, pornografía y el financiamiento político. FISS, *op. cit.*, pp. 8-9. Lo que la Corte intenta balancear es la importancia del derecho de libertad de expresión, cuando esta ha sido violada por el gobierno. McWHIRTER, *op. cit.*, p. 6.

<sup>241</sup> McWHIRTER, *op. cit.*, p. 113.

<sup>242</sup> *Op. cit.*, p. 114.

<sup>243</sup> FISS, *op. cit.*, p. 9.

<sup>244</sup> McWHIRTER, *op. cit.*, p. 141.

<sup>245</sup> FISS, *op. cit.*, p. 13.

<sup>246</sup> *Op. cit.*, p. 15.

<sup>247</sup> *Op. cit.*, p. 18.

poderes e instituciones, que no podrá traducirse en una real separación material de ámbitos de competencia. Habrá de entenderse, más bien, como una legítima distinción de funciones que, atribuyendo a ambos su propia y legítima razón de ser, posibilite, no obstante, las legítimas e inevitables tensiones, la armónica convivencia e, incluso, colaboración entre la Iglesia y el Estado, sin confusiones ni exclusiones nacidas de abusivas intromisiones e injustas marginaciones en los ámbitos de las respectivas actuaciones funcionales<sup>248</sup>.

En conclusión, en el ámbito histórico la separación de la Iglesia y el Estado en Estados Unidos nunca fue instaurada para convertirse en una herramienta para secularizar a la plaza pública; al contrario, los padres fundadores intentaron que los principios bíblicos fueran parte de los bienes públicos de la sociedad y creían que la doctrina de la “separación” preservaría esos principios en la arena pública, más que prohibirlos. Y en parámetros estadísticos, la inclusión de principios y valores bíblicos en la sociedad produce resultados positivos. De ahí, entonces, los ciudadanos no deberían estar intimidados de utilizar estos principios y valores, no solo porque ellos estaban protegidos por la Constitución y que las cortes poco a poco empezarían a confirmarlos, pero especialmente, porque ellos sirven<sup>249</sup>.

### *Modelo francés (laicidad)*

Históricamente, la presencia de la Iglesia-Estado ha sido casi palpable en las sociedades europeas<sup>250</sup>.

Francia se ha identificado por razones de su propia historia con la laicidad, con la república y con la separación Iglesia-Estado<sup>251</sup>. Aunque antes se hubiese caracterizado por que en el ámbito social, la Iglesia católica era el fundamento religioso de su accionar y tenía el monopolio religioso<sup>252</sup>.

En este país, el rey fundamentaba su legitimidad en el origen sagrado de su poder. Por ello, durante la época de la monarquía absoluta el Estado siguió siendo confesional y el rey fue el protector de la religión (católica, en su caso). Por la misma razón, en el momento de la caída de la monarquía y de la instauración de la república continuó concibiéndose a la religión como un elemento de integración nacional y de legitimación política, al menos

---

<sup>248</sup> SARTEN, *op. cit.*, p. 70.

<sup>249</sup> BARTON, *op. cit.*, p. 20.

<sup>250</sup> BERGER, DAVIE & FOKAS, *op. cit.*, pp. 24 y 56.

<sup>251</sup> HERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 13.

<sup>252</sup> MARTIN, *op. cit.*, p. 17.

en principio. Así, se pasó de la concepción de la religión como elemento constitutivo del orden social en 1789 al culto al ser supremo en 1791, al culto a la diosa razón en 1793, volviendo al reconocimiento del ser supremo en 1793, y de nuevo al reconocimiento del ser supremo y la inmortalidad en 1794, a la ley de libertad de culto en 1795, al régimen concordatorio en 1801, al catolicismo como religión de Estado en 1814, al catolicismo como religión profesada por la mayoría en 1830, hasta que el Segundo Imperio se comenzó a gestar la idea del carácter nocivo de la intervención de la religión en la vida pública y se fortaleció la soberanía popular<sup>253</sup>.

Algunos afirman que la Asamblea Nacional procedente de las elecciones de 1789, no estaba animada por sentimientos antirreligiosos. Sin embargo, comprendió rápidamente que debía intervenir para establecer sobre bases nuevas la situación de la Iglesia y la del clero. El 4 de agosto de 1789 el clero perdió su estado privilegiado y debió renunciar a los diezmos, es decir, al impuesto percibido en su beneficio. El 2 de noviembre de 1789, los bienes de la Iglesia fueron puestos a disposición de la nación, mientras que los eclesiásticos recibían, como contrapartida, una asignación del Estado. El 19 de febrero de 1790 son suprimidas, en principio, las órdenes religiosas. En fin, el decreto de 12 de julio - 24 de agosto de 1790 opera una reforma profunda en el clero secular, conocida bajo el nombre Constitución civil del clero que debía tener consecuencias muy graves para las relaciones de la Iglesia católica y del Estado francés como para la vida política de aquella nación. Este decreto solo tocaba a la organización y disciplina de la Iglesia católica en Francia<sup>254</sup>.

“Si entendemos el fenómeno de laicización de las instituciones sociopolíticas como un proceso de larga duración no lineal y ascendente, sino complejo, con avances y retrocesos, además de inacabado e infinito por principio, es necesario recuperar y darle un lugar especial a la experiencia francesa”<sup>255</sup>.

La Revolución francesa fue preparada primero, en el curso del siglo XVIII, por un movimiento filosófico de una extraordinaria amplitud, el cual, entre otras novedades, poco agradables para la Iglesia, afirmaba que los Estados deben gobernarse según los principios sacados de la observación de las sociedades y no según los principios de una religión revelada. Esta es hoy la posición fundamental de la ciencia política, pero hay que reconocer que va en contra de la tradición católica<sup>256</sup>.

<sup>253</sup> BLANCARTE, *Libertad...*, *op. cit.*, p. 30.

<sup>254</sup> HAURIU, *op. cit.*, p. 28.

<sup>255</sup> BAUBÉROT, *Historia...*, *op. cit.*, p. 13.

<sup>256</sup> HAURIU, *op. cit.*, p. 27.

La participación del clero francés en la Revolución no es menor y desde la primera mitad del siglo XIX aparecen los primeros intentos por conciliar el catolicismo con el liberalismo. Sin embargo, dichos esfuerzos estaban destinados al fracaso, en la medida que la curia romana prefirió ligar su destino al del Antiguo Régimen, identificado en un primer momento con las monarquías decadentes, con la restauración y con el rechazo de las nuevas ideas que ponían en cuestión la autoridad papal y de la jerarquía eclesiástica sobre los asuntos temporales y sobre el desarrollo de la sociedad<sup>257</sup>.

En este caso, también se puede observar que ciertos elementos de la laicidad, como el respeto a las libertades de conciencia y de culto, existieron a lo largo del siglo XIX así como una enseñanza laica, a pesar de que la separación Estado y las iglesias no tuvo lugar sino hasta 1905. En suma, si bien se trata de fenómenos comunes y que suelen ir aparejados, la laicidad y la separación Estado-Iglesia no siempre van de la mano<sup>258</sup>.

Como se mencionó, los países suelen tener contradicciones en su interior que el Estado tolera u ordena. En el caso del país aquí estudiado existen tensiones de bajo nivel, pero estas pueden convertirse en grandes problemas nacionales, como lo que ocurrió en Francia en 1905 cuando las presiones religiosas y políticas combinaron sus fuerzas para cambiar en las provisiones constitucionales<sup>259</sup>.

Según Jean Baubérot, estudiando este fenómeno, el primer umbral de laicización tiene tres características esenciales:

- “1. La fragmentación institucional: la religión no es más una institución englobante y el Estado y la sociedad tienen una consistencia más allá de toda referencia religiosa.
2. El reconocimiento de igualdad: existen ‘necesidades religiosas’ socialmente objetivas, de las cuales se ocupan diversas instituciones religiosas, los ‘cultos reconocidos’.
3. La pluralidad de cultos reconocidos: el Estado es incompetente para imponer doctrinas religiosas propiamente dichas”<sup>260</sup>.

La confiscación de los bienes eclesiásticos en noviembre de 1789 y la supresión de los órdenes monásticos en febrero de 1790 fueron los antecedentes inmediatos a la famosa Constitución civil del clero que, siguiendo la tradición galicana, pretendía dar a su Iglesia una vida autónoma de Roma y sometida al poder civil<sup>261</sup>.

<sup>257</sup> BLANCARTE, *Religión...*, *op. cit.*, p. 20.

<sup>258</sup> BLANCARTE, *Libertad...*, *op. cit.*, p. 28.

<sup>259</sup> BERGER, DAVIE & FOKAS, *op. cit.*, p. 72.

<sup>260</sup> Jean BAUBÉROT, *Vers un nouveau pacte laïque*, p. 44.

<sup>261</sup> BLANCARTE, *Religión...*, *op. cit.*, p. 22.

Los tres principios que emanan de esta ley son: libertad de conciencia, libertad de ejercicio de cultos, separación de las Iglesias y del Estado<sup>262</sup>.

En Francia, para romper con la sociedad de conjunto del Antiguo Régimen, se intentaría construir un modelo abstracto e individualista de nación: el Estado debía ser la expresión y garantía de una sociedad de ciudadanos, supuestamente autónomos respecto de todo “conjunto intermediario”<sup>263</sup>. Lo que buscaba el movimiento laico, era mostrar que la verdadera religión es aquella que ennoblece al hombre dándole la sublime idea de la dignidad como su principio fundamental y de los grandes destinos a los que él está llamado a ser como el diseñador de la condición humana<sup>264</sup>.

El nexo de la ilustración francesa reconstruye un catolicismo invertido y la secularización de la religión producida allí, es algunas veces un catolicismo sin cristiandad<sup>265</sup>.

“La moral se fundaría sobre los únicos principios de la razón de manera que permaneciera invariable, frente a cualquier cambio que tuviesen las opiniones religiosas”<sup>266</sup>.

Por lo que el culto a la razón eterna es el único digno de una nación, libre e iluminada. “La igualdad y la libertad son nuestros únicos dioses”<sup>267</sup>.

El primer antecedente de la separación Iglesia-Estado se dio durante el periodo de la Ilustración, que tuvo una tendencia anticlerical, y en parte, con un declarado anticristianismo<sup>268</sup>. Esto fue señalado por Voltaire en su cita: “destruyan la infamia”, misma que empezaba en la Iglesia católica. La Revolución francesa hizo un gran esfuerzo para conseguir esta separación. Pero esto no sucedió de manera instantánea, sino que hubo una lucha por más de un siglo entre dos visiones de país –una conservadora y católica, y otra progresiva y anticlerical–. La posterior decisiva victoria fue la separación Iglesia-Estado. Separación aquí significó algo muy distinto de su significado en la Constitución estadounidense –la república es laica (*laïque*), limpia de toda forma de simbolismo religioso–. Este ideal de laicidad (*laïcité*), influencia el pensamiento democrático y de la práctica de Europa y América Latina. La república ahora solicitaba el monopolio ideológico antes poseído por la Iglesia<sup>269</sup>.

<sup>262</sup> MEJAN, *op. cit.*, p. 152.

<sup>263</sup> BAUBÉROT, *op. cit.*, p. 37.

<sup>264</sup> TAYLOR, *op. cit.*, p. 52.

<sup>265</sup> MARTIN, *op. cit.*, p. 24.

<sup>266</sup> BAUBÉROT, *Historia...*, *op. cit.*, p. 33.

<sup>267</sup> *Op. cit.*, p. 34.

<sup>268</sup> La desvinculación de la Iglesia de la educación acaeció en 1882, veinte años antes de la separación total entre Estado e Iglesia.

<sup>269</sup> BERGER, DAVIE & FOKAS, *op. cit.*, p. 18.

“La laicidad de la versión francesa de la filosofía de las luces, acentúa la parte crítica contra los dogmas, así como su oposición al fanatismo que puede contener siempre lo religioso”<sup>270</sup>.

La elaboración de la laicidad tuvo lugar en Francia en 1905, con base en la transformación de la escena religiosa en el pasado siglo veinte, y la clara normativa del gobierno y del público galo a esos cambios. Es más, son estos temas que continúan en debate: primero, qué puede o no puede contarse como religión y quién lo decide y, segundo, gran parte de ellos cree que la religión pudiera ser una amenaza a la libertad<sup>271</sup>.

El segundo umbral de laicización fue entre 1880 y 1905, en esta se pretendía:

“1. Una disociación institucional, esto es, que la religión pueda funcionar internamente como una institución pública, pero, en la medida que se considera como una opción facultativa, tiende a convertirse en una forma análoga de asociación privada; 2. una ausencia de legitimidad social institucional, en la que las necesidades religiosas, convertidas en asunto privado, ya no tienen una objetividad socialmente reconocidas y otras instituciones tienden a reemplazarla como instancia de socialización y 3. la libertad de conciencia y de culto serían parte de las libertades públicas, sin distinción entre las agrupaciones religiosas”<sup>272</sup>.

La Ilustración francesa (basada en la razón) ha sido sobreestimada cuando se le compara con el modelo inglés o estadounidense, caracterizado por la libertad política, por lo que se debe restaurar a su correcta posición, no solo por las cuestiones históricas, sino, también, con referencia en el moderno político pensamiento.

La noción francesa de *les lumières*, reta tanto a la institución religiosa, como al mundo asociada con ella. El radicalismo de la Ilustración considera esto desde dos centros de ataque. Aquí, además, es la raíz de una continua ambigüedad en el caso francés: el reconocimiento de la libertad religiosa donde hay continua desconfianza *per se* de la religión, este dilema nunca ha sido resuelto de manera completa, porque se han seguido viendo actitudes de los franceses hacia formas menos convencionales de religión y la prohibición de símbolos religiosos en la esfera pública<sup>273</sup>.

Las reglas de vida enseñadas por la moral laica buscan dar a conocer a los alumnos las “buenas” decisiones morales, justificadas por el amor mismo del deber, o de manera más relacional o al invocar la noción de solidaridad<sup>274</sup>.

<sup>270</sup> BAUBÉROT, *Historia...*, *op. cit.*, p. 25.

<sup>271</sup> BERGER, DAVIE & FOKAS, *op. cit.*, p. 78.

<sup>272</sup> BAUBÉROT, *Historia...*, *op. cit.*, pp. 12 y 108.

<sup>273</sup> BERGER, DAVIE & FOKAS, *op. cit.*, p. 51.

<sup>274</sup> BAUBÉROT, *Historia...*, *op. cit.*, p. 76.

El respeto de los derechos pasaba, entonces, por el cumplimiento de los deberes. Cuando aquellos se desarrollan, también estos aumentan. Por tanto, es lógico que una sociedad democrática que multiplica los derechos se muestre bastante exigente en materia de deberes<sup>275</sup>.

Esta moral intenta conducir a la “dicha” de una vida “sin remordimientos” y se corresponde lo suficiente, con las reglas de vida y el ideal de vida de los mismos docentes<sup>276</sup>.

“La República tenía necesidad de un ser humano moral y libre, es decir, capaz de autovigilar su conducta, interiorizar las reglas para poder vivirlas sin raíces de sus costumbres tradicionales y de la mirada del otro: preponderantemente se transitó de una sociedad de vigilancia a una de control. Los problemas mayores de la moral laica superaron, por tanto, la cuestión de sus relaciones con la religión. De hecho, esta religión no era más que un caso particular de un proceso más general en que la lógica de la sociedad moderna ofrecía una relación de cada uno de nosotros con la religión, que en sí facultativa, si se la ve desde el punto de vista social”<sup>277</sup>.

Adoptada por la Asamblea y el Senado, la ley de separación se promulgó el 11 de diciembre de 1905:

“la República garantiza la libertad de conciencia. Asegura el libre ejercicio de cultos (artículo 1). Ésta no reconoce, ni da un salario ni subvención a ningún culto, a excepción de los gastos relativos a los ejercicios de sus capellanes (artículo 2). Era el fin del sistema de cultos reconocidos; las iglesias ya no eran del derecho público, podrían tener una existencia de derechos privado, como cuerpos constituidos (artículo 20). Aquélla debía subvencionar sus propias necesidades, aunque el vasto parque inmobiliario cultural que pertenecía al Estado, a los departamentos, a las comunas se puso gratuitamente a su disposición. Esta especie de subvención indirecta inicial prosiguió con la posibilidad de efectuar, con fondos públicos, las reparaciones de mantenimiento de los edificios (artículo 12 y 13, contemplados por el 5 de la ley del 13 de abril de 1908). Estos locales no servirían para sostener reuniones políticas (artículo 28). De la misma manera, la difamación y provocación directa de resistir a la ejecución de las leyes con prohibidas (artículos 34 y 36). Empero, en cuanto al respeto de los procedimientos democráticos, éstos se alejaban considerablemente de las disposiciones evocadas en el proyecto de ley de Émile Combes. Finalmente, estaba prohibido en el futuro... levantar o establecer signo o emblema religioso sobre los monumentos religiosos”<sup>278</sup>.

<sup>275</sup> BAUBÉROT, *Historia...*, *op. cit.*, p. 76.

<sup>276</sup> *Op. cit.*, p. 77.

<sup>277</sup> *Op. cit.*, p. 80.

<sup>278</sup> *Op. cit.*, pp. 105-106.

Según Peter Berger, un mercado de religiones está mejorado, si bastantes comunidades religiosas coexisten en el mismo espacio social y su libertad de operar está asegurada por el Estado, como es el caso galo<sup>279</sup>.

Este país tiene una rígida separación de la Iglesia y del Estado desde 1905. Al principio de esta abrió a la Iglesia católica las vicisitudes de la competencia pluralista, que nunca había vivido ninguna religión en dicha nación lo que ha servido como un marcador o como indicador del nivel de secularización, en el siglo pasado. Hay un aspecto curioso de esto: tan solo la teoría de la laicidad ha sido una extrapolación de la situación europea, donde se ha adoptado el concepto de teoría racional aplicada a la religión<sup>280</sup>.

Dicho Estado secular mantiene un firme control que pone gran atención a la protección de los intereses públicos, donde ha sido muy difícil persuadir a las autoridades de cooperar en cualquier proyecto que ponga atención hacia la religión<sup>281</sup>.

Al declararse simplemente laico –lo que no significa más que la ausencia de religión de la esfera pública– el estado francés tiene que decidir cómo aplicar este principio, es decir, tiene que decidir si el Estado debería solo permanecer ajeno al debate religioso, o si, en su papel de Estado debe crear ciudadanos laicos, en un sentido más o menos activo<sup>282</sup>.

En Francia, el nacionalismo de la derecha ha sido particular y esto ha hecho que se vuelva este asunto más nacionalista que católico, creando una clase de religión civil para los grupos de derecha, de los que la Iglesia desea excluirse<sup>283</sup>.

El tercer umbral de laicización ha emergido en fechas recientes, que se caracteriza por:

“1. Un proceso de desinstitucionalización: instituciones que limitaron y luego desestabilizaron la institución religiosa porque eran portadoras de grandes esperanzas simbólicas seculares son a su vez golpeadas por el declive de la dicotomía instituyente-instituido.

2. Una crisis de la moral: en este nivel, se trata de una ‘pérdida de referencias’.

3. Una nueva situación pluralista frente a los problemas de mundialización/globalización. Todo lo que tiene que ver con lo simbólico se desterritorializa y la manera por la cual la modernidad ha construido fronteras separando lo religioso y lo no religioso se desestructura”<sup>284</sup>.

<sup>279</sup> BERGER, DAVIE & FOKAS, *op. cit.*, p. 13.

<sup>280</sup> *Op. cit.*, p. 17.

<sup>281</sup> *Op. cit.*, p. 92.

<sup>282</sup> *Op. cit.*, p. 77.

<sup>283</sup> MARTIN, *op. cit.*, p. 72.

<sup>284</sup> BAUBÉROT, *Historia...*, *op. cit.*, p. 12.

La enseñanza pública es laica en la medida en que respeta estos dos imperativos que están en la esencia misma de la laicidad: no propagar ningún credo y asegurar la libertad de conciencia y de cultos<sup>285</sup>.

Esta república democrática y secular se compone de dos cámaras elegidas, sin ninguna Iglesia favorecida (en el sentido, de que no cuenta con conexiones con el Estado) y un sistema escolar en el que los símbolos religiosos están prescritos por ley. Hay una fuerte correspondiente tensión en la igualdad de todos los ciudadanos, sin importar su origen étnico o identidad religiosa. Como resultado, sigue una intensa política de asimilación con los inmigrantes, con la expresa intención de erradicar diferencias, pero los sujetos que arriban a Francia son bienvenidos a mantener sus diferentes creencias y prácticas religiosas, proveyendo que éstas permanezcan en el ámbito de su esfera privada, intentando que no desarrollen cualquier clase de identidad como grupo. Este punto también puede entenderse así: cualquier lealtad que se encuentra entre el ciudadano y el Estado es considerada en términos negativos. Por lo que, en Francia, se entiende en sentido peyorativo el concepto comunitarismo, porque significa un menor compromiso a la nación incorporada dentro del Estado francés<sup>286</sup>.

### *Diferencias*

Entre ambos países existe una gran divergencia: la separación de común acuerdo y amigable apareció en Estados Unidos como condición de la libertad religiosa. A la inversa, la Constituyente francesa se atribuyó el poder de reformar el catolicismo, implícitamente considerado como la religión de la nación<sup>287</sup>.

Las diferencias entre ambos Estados son los orígenes que tiene la religión en cada país, donde uno tiene una historia de siglos y otro de décadas, en el que Francia tiene una historia con la Iglesia de alrededor de ochocientos años, que creó un elemento monopolizador y concentrador de la fe sobre toda la sociedad. Otro factor, es que tanto el Estado como la Iglesia han tenido un lugar para sancionarlos de manera formal o informal<sup>288</sup>.

La gran diferencia entre el desarrollo de la noción de la libertad religiosa entre Estados Unidos y la Europa Continental (y por supuesto México y América Latina, que es el tema que interesa), fue la existencia de una iglesia

---

<sup>285</sup> DEBEYRE, *op. cit.*, p. 126.

<sup>286</sup> BERGER, DAVIE & FOKAS, *op. cit.*, p. 129.

<sup>287</sup> BAUBÉROT, *Historia...*, *op. cit.*, p. 36.

<sup>288</sup> BERGER, DAVIE & FOKAS, *op. cit.*, p. 34.

cuya doctrina la llevó a oponerse radical y rotundamente a cualquier idea de separación Iglesia-Estado o de la libertad al resto de los cultos. El desarrollo de la noción de libertad se dio, por tanto, en estos países, a pesar y por encima de la Iglesia católica<sup>289</sup>.

Las implicaciones de Europa y de Estados Unidos son claras: el primero es caracterizado por un monopolio en decadencia; el posterior caso, es un mercado floreciente<sup>290</sup>.

En otras palabras, la religión en Estados Unidos necesita protección del Estado. En Francia, el caso es lo contrario. El Estado necesita protegerse de la religión<sup>291</sup>.

Mientras en Europa la religión decae en el ámbito social e individual en Estados Unidos crece el pluralismo religioso que ha caracterizado a esa nación<sup>292</sup>.

Lo que le sucedió a la religión en Europa no debe generalizarse, pues las circunstancias que desencadenaron el conflicto entre el mundo moderno (ciencia, Estado, secular, capitalismo, etc.) y religión no se dieron de la misma forma en el resto del mundo. En ese sentido, la secularización sería un proceso del cual no se pueden desprender principios generales para el resto de los países<sup>293</sup>.

### Conclusiones

- La normatividad, en Occidente, no es jamás orden estático-orgánico, presupone y exige conflicto e inestabilidad<sup>294</sup>.
- La religión no es un servicio público, no es asunto de Estado, sino de conciencia, y que, por su misma naturaleza, debe estar separada de la política<sup>295</sup>.
- En la medida que cambió el mundo, se impuso el liberalismo y la Iglesia tuvo que aceptarlo. En la medida en que el debate ha pasado de lo conceptual e intransigente a lo pragmático, se han abierto espacios para una amplia gama de posibilidades de convivencia con el liberalismo y la democracia. El punto fundamental del debate, abierto en ocasiones y latente en otras, es que este sistema de go-

<sup>289</sup> BLANCARTE, *Libertad...*, *op. cit.*, p. 21.

<sup>290</sup> BERGER, DAVIE & FOKAS, *op. cit.*, p. 35.

<sup>291</sup> *Op. cit.*, p. 76.

<sup>292</sup> LEGORRETA, *op. cit.*, p. 64.

<sup>293</sup> *Op. cit.*, p. 65.

<sup>294</sup> MARRAMAO, *op. cit.*, p. 111.

<sup>295</sup> LATREILLE, "La Iglesia...", *op. cit.*, p. 53.

bierno se basa en un proceso de decisiones controlado por las elecciones, que es indiferente, de suyo, a los valores religiosos y morales consagrados por la Iglesia. Esto es, lo que en último análisis hace que los procesos democráticos aparezcan como una amenaza para todo sistema de valores predeterminado<sup>296</sup>.

- La democracia tiene que edificarse sobre las bases de la laicidad<sup>297</sup>.
- El negocio de un gobierno civil es proteger los derechos de los ciudadanos, defender a la comunidad de poderes hostiles y promocionar el bien común de la comunidad. El gobierno civil no tiene ningún interés en entrometerse en las opiniones privadas de las personas<sup>298</sup>.
- Unos hombres creen en Dios. Otros no. La libertad supone carácter facultativo de la religión o del ateísmo. La igualdad supone la neutralidad confesional del Estado y de las instituciones públicas para que todos, creyentes y no creyentes, puedan ser tratados sin privilegio ni estigmatización. Así se alcanza la mayor justicia en el tratamiento de las diversas opciones espirituales. La separación del Estado y de toda Iglesia no significa la lucha contra la religión, sino, meramente, vocación a la universidad y a lo que es común a todos los hombres más allá de sus diferencias<sup>299</sup>.
- Por el contrario, hace de él objeto de un derecho sobre el que la persona puede decidir desde sí misma, en orden a su plena realización a partir de la totalidad de sus posibilidades<sup>300</sup>.
- La declaración universal sobre la laicidad en el siglo XXI hace referencia a tres elementos importantes:
  1. el respeto a la libertad de la conciencia.
  2. la autonomía del Estado con respecto a las doctrinas y normas religiosas, y filosóficas particulares y
  3. la igualdad real de todos los seres humanos y la no discriminación directa o indirecta<sup>301</sup>.
- La religión es una cuestión entre Dios y los individuos, las opiniones religiosas de los hombres no son objeto del gobierno civil ni deben estar bajo ningún tipo de control<sup>302</sup>.
- La religión católica ha encontrado nuevos refugios para difundir su ideología, principalmente en las minorías de los países tercermun-

<sup>296</sup> VÍCTOR M. RAMOS, “Los obispos mexicanos y el reto de la democracia”, p. 107.

<sup>297</sup> SALAZAR, *op. cit.*, p. 9.

<sup>298</sup> FORREST, *op. cit.*, p. 85.

<sup>299</sup> HERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 68.

<sup>300</sup> SARTEN, *op. cit.*, p. 38.

<sup>301</sup> BLANCARTE, *Libertad...*, *op. cit.*, p. 32.

<sup>302</sup> FORREST, *op. cit.*, p. 94.

distas. Donde propagan su mensaje de aspiraciones de paz y solidaridad para una mejor vida<sup>303</sup>.

- La religión y sus manifestaciones públicas son una parte de la sociedad que al Estado toca proteger. Los límites de la actuación del Estado laical han de ser, ante todo, los impuestos desde sí mismo, justo para no ir en contra de su propia laicidad<sup>304</sup>.
- En el nombre de la libertad, autonomía individual, tolerancia, pluralismo cultural y de las religiones de las personas (cristianos, judíos y musulmanes) se les ha sido solicitado que mantengan sus creencias religiosas, identidades y normas “privadas”, de manera que no enturbien el proyecto de un estado moderno y secular<sup>305</sup>.
- La teoría de la secularización fue acuñada en 1950, aunque su idea principal tiene viejos antecedentes. Esta idea puede ser simplemente entendida como: el decline de la religión, y que hay toda razón para creer que este decline continuará<sup>306</sup>.
- El Estado ha querido utilizar de forma instrumental a la Iglesia, pero esta debilita la autonomía de las personas<sup>307</sup>.
- Qué puede ser dicho de Europa. Se asume, por ejemplo, que toda Europa se adhiere al principio francés de laicidad. Aún en Francia hay versiones duras y suaves sobre este tema. Por lo que Francia se convierte en la excepción y no en la regla, en Europa, teniendo en consideración el caso de Turquía, que ha seguido el ejemplo francés<sup>308</sup>.
- Algunas repúblicas de América Latina demuestran que los Estados pueden estar de hecho, bastante clericalizados o dominados por la Iglesia, mientras que, de derecho, están separados o, al menos no ligados a ella<sup>309</sup>.
- La Iglesia fue vinculada con partidos de la derecha que representaban políticas económicas conservadoras y valores morales tradicionales, al inicio, en los temas de matrimonio y familia, y después incluyeron equidad de género, liberalización de la sexualidad y derechos homosexuales<sup>310</sup>.
- El desarrollo de nuevos fundamentalismos religiosos y, la ofensiva de la Iglesia católica, así como el multiculturalismo y la creciente in-

<sup>303</sup> MARTIN, *op. cit.*, p. 44.

<sup>304</sup> SARTEN, *op. cit.*, p. 39.

<sup>305</sup> José CASANOVA, *Religion in a expanding europe*, pp. 65-66.

<sup>306</sup> BERGER, DAVIE & FOKAS, *op. cit.*, p. 141.

<sup>307</sup> MARTIN, *op. cit.*, p. 46.

<sup>308</sup> BERGER, DAVIE & FOKAS, *op. cit.*, p. 128.

<sup>309</sup> MEJAN, *op. cit.*, p. 149.

<sup>310</sup> NORRIS and INGLEHART, *op. cit.*, p. 198.

- terdependencia global que hacen de la tolerancia recíproca la condición de la convivencia pacífica, constriñe a repensar y reafirmar los valores de la laicidad, que están en lo íntimo, vinculados con los valores de la libertad, de la igualdad, de la democracia y de la paz; representan, por así decirlo, sus fundamentos y presupuestos<sup>311</sup>.
- Solamente la autonomía simultánea y la separación entre derecho (y Estado) y moral (o culturas) –que son sistemas de prescripciones que no son verdaderas ni falsas– está en condiciones de garantizar, con la laicidad del derecho y del Estado, el pluralismo cultural, la libertad de conciencia y de religión, la convivencia pacífica y el respeto de las diferentes identidades –naturales, religiosas, políticas y culturales– en sociedades complejas y diferentes como siempre han sido las sociedades y como son, hoy más que nunca las sociedades actuales. Esa separación, de hecho, se realiza mediante la convención jurídica de la igual dignidad de todos y de la libertad de cada uno para practicar, sin causar daño a nadie, sus propias convicciones y opciones morales o religiosas, cualesquiera que estas sean: mayoritarias o minoritarias, dogmáticas o agnósticas e, incluso (consideradas por otros), inmorales o irreligiosas<sup>312</sup>.
  - Una sociedad libre es donde la persona ha de hacer su opción en libertad, con exclusión de cualquier imposición precedente de la fuerza coactiva del Estado ejercida sobre las conciencias. En una sociedad, que es libre por el ejercicio de sus derechos fundamentales es donde las personas han de hallar el espíritu en libertad frente a injustas pretensiones propias de un poder coactivo como es el poder del Estado. La persona y la sociedad deben disponer de ámbitos de decisión ajenos a la competencia jurisdiccional o soberanía propia del Estado, a fin de que esta no interfiera en campos extraños a su propia función<sup>313</sup>.
  - En la medida en que el pluralismo religioso crece, curiosamente, la importancia de la religión para la construcción social decae, pues cuando el catolicismo era monopolio (primero de derecho –los tres o cuatro siglos a partir de la conquista y colonización europeas– y luego de hecho –un siglo cuando más–) la religión era un asunto importante para la toma de decisiones de impacto social, fueran estos asuntos económicos, políticos, sociales o culturales. Sin embargo, en la medida en que el pluralismo crece, se vuelve imprac-

---

<sup>311</sup> FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 134.

<sup>312</sup> *Op. cit.*, p. 142.

<sup>313</sup> SARTEN, *op. cit.*, p. 45.

ticable revisar la postura de cada Iglesia en relación con cualquier asunto de interés general y el Estado toma decisiones desde la racionalidad funcional y actúa en el ámbito social y político bajo el discurso moderno de los derechos humanos<sup>314</sup>.

- La defensa de la opción religiosa como objeto del reconocimiento de un derecho concreto a la libertad del ciudadano y de los grupos sociales ha de tener también su expresión en la exclusión de cualquier forma de discriminación por razones religiosas que afecte al ejercicio de los derechos reconocidos a todos los ciudadanos<sup>315</sup>.
- El sistema queda descubierto cuando la malla de la red confesional es presionada por la multiplicación de grupos y movimientos solicitando un estatus religioso y demandando los beneficios de una libertad tomada de una sociedad democrática garantizada. En reacción a la anárquica proliferación de autonombradas y extradenominados grupos religiosos, la laicidad es una enraizada sospecha que la alienación religiosa posee una constante amenaza a la libertad, que está tendiendo a resurgir<sup>316</sup>.
- Los líderes religiosos continúan tomando posiciones sobre controversiales temas morales y sociales, desde los matrimonios homosexuales, la disponibilidad de divorcio y temas sobre el aborto a cuestiones de guerra y paz, pero hoy ellos son solo una voz entre muchas. Asimismo, en el dominio que tuvo la Iglesia en temas como educación, cuidado de la salud y el alivio de la pobreza se han ido transformando en emergencia del estado de bienestar, y aun cuando las iglesias siguen brindando estos servicios, ellos están regulados y autorizados por cuerpos oficiales<sup>317</sup>.
- La jerarquía conservadora ha lanzado una cruzada mundial para convertir su agenda moral en política pública<sup>318</sup>.
- El proceso de desecularización no suplanta el proceso contrario, sino, más bien, coexiste en simultáneo con él, es decir, se mantiene la emancipación de diversas instituciones de la tutela religiosa, pero, al mismo tiempo, se mantienen algunas creencias y prácticas heredadas coexistiendo e interpenetrándose con nuevas creencias y movimientos religiosos (desecularización) la cual da lugar a una nueva situación inédita, pues ni es un simple retorno religioso del pasado ni tampoco una disolución de la secularización<sup>319</sup>.

<sup>314</sup> LEGORRETA *op. cit.*, pp. 71-72.

<sup>315</sup> SARTEN, *op. cit.*, p. 39.

<sup>316</sup> BERGER, DAVIE & FOKAS, *op. cit.*, p. 77.

<sup>317</sup> NORRIS and INGLEHART, *op. cit.*, p. 196.

<sup>318</sup> HERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 24.

<sup>319</sup> LEGORRETA, *op. cit.*, p. 33.

- El Estado a partir de tomar la concepción de laico, debe garantizar la tolerancia recíproca entre las iglesias. De esta premisa tomó cuerpo la idea de que debía ser neutral ante los diferentes credos y sus manifestaciones<sup>320</sup>.
- El servicio que el Estado ha de prestar a una sociedad libre y plural no puede ignorar la defensa eficaz de la libertad y de la pluralidad radical existente en la comunidad política, también en el ámbito de la vida religiosa, en contra de cualquier homogeneización incompatible con el hecho de la pluralidad, que es el resultado espontáneo del ejercicio de las libertades político-sociales<sup>321</sup>.
- El pluralismo y la relativa libertad de pensamiento que se extienden por el campo católico desde mediados de la década de los sesenta provocaron, entre otras muchas cosas, tanto la heterogeneización ideológica de los movimientos como profundas crisis estructurales en el interior de muchos de ellos<sup>322</sup>.
- En las sociedades latinoamericanas, la Iglesia ha seguido aliada con movimientos liberales y activamente han defendido derechos humanos en oposición a los Estados represivos y regímenes autoritarios<sup>323</sup>.
- Que el fuerte decline de la participación religiosa ocurrirá en las naciones afluentes y seguras, donde la importancia de la religión casi ha sido olvidada. Al contrario, donde los valores religiosos continúan siendo una parte vital en la vida diaria de las personas, como en las sociedades agrarias, se considera que las personas estarán más activas en la oración<sup>324</sup>.
- El creciente espacio entre las sociedades sacras y seculares alrededor del mundo tendrá importantes consecuencias para el mundo político, haciendo importante el papel saliente de la religión en la agenda global<sup>325</sup>.
- Así, se espera que las sociedades ricas se vuelvan más seculares en sus valores, pero también ellas están reduciendo el tamaño de su población. Al contrario, en las naciones pobres mantendrá una profunda fe en sus valores religiosos, y esto disparará la tasa de fertilidad y una creciente población<sup>326</sup>.

---

<sup>320</sup> SALAZAR, *op. cit.*, p. 27.

<sup>321</sup> SARTEN, *op. cit.*, p. 98.

<sup>322</sup> José Luis GONZÁLEZ MARTÍNEZ, "Catolicismo popular y ejercicio democrático", p. 222.

<sup>323</sup> NORRIS and INGLEHART, *op. cit.*, p. 199.

<sup>324</sup> *Op. cit.*, p. 21.

<sup>325</sup> *Op. cit.*, p. 241.

<sup>326</sup> *Op. cit.*, p. 23.

- Cuando se trata de la salud, de la vida y de la dignidad de las personas, ninguna persona, institución y mucho menos religión, pueden imponer sus preceptos, por encima de las leyes basadas en el respeto a la pluralidad<sup>327</sup>.
- En el contexto propio del ejercicio de las libertades públicas garantizadas en una sociedad democrática, nada podrá impedir que los ciudadanos, grupos religiosos –y entre ellos la Iglesia– puedan manifestar en público sus puntos de vista y sus juicios éticos sobre los contenidos de las disposiciones legales, a partir de su forma propia de entender la dignidad del ser humano, su naturaleza, las instituciones en las que él se ha de desarrollar y, en definitiva, el sentido de la existencia humana<sup>328</sup>.
- Por ello no debe verse en los juicios críticos emitidos por grupos religiosos o de otra naturaleza una indebida intromisión en la vida política, considerada propia y exclusiva del Estado. No es competencia propia de la soberanía del Estado la de definir e imponer a nivel magisterial para el ámbito de su territorio la verdad de la doctrina sobre el bien o el mal. Atribuir por ello a la Iglesia un abusivo deslizamiento hacia formas de clericalismo o confesionalismo político por el hecho de emitir juicios éticos sobre temas de repercusiones políticas podría dar a entender la existencia de formas de gobernar de signo totalitario, laicista y, si se quiere, anticlerical, por parte del Estado<sup>329</sup>.
- La laicidad llevó al pluralismo de organizaciones religiosas y no religiosas. El pluralismo va cambiando ahora porque la mundialización hace que la gama de grupos religiosos se incremente en muchos países. Además, el pluralismo se va individualizando, porque las personas pueden mezclar los dogmas y ritos de varias religiones y hacer la propia<sup>330</sup>.
- En términos de Owen Fiss, actualmente se vive en un periodo de ironía de la libertad de expresión, en que se pasa de tener un estado opresor, regulador y censurador de este derecho, a tener un Estado que protege y garantiza la libertad de todo el mundo a expresarse, bajo ciertos patrones<sup>331</sup>.

---

<sup>327</sup> HERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 30.

<sup>328</sup> SARTEN, *op. cit.*, p. 66.

<sup>329</sup> *Op. cit.*, p. 67.

<sup>330</sup> HERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 44.

<sup>331</sup> FISS, *op. cit.*, p. 83.

- Es incuestionable que la democracia dejaría de serlo si el Estado y las leyes que gobiernan se propusieran amparar una sola forma de pensar, hablar o actuar. Esta debe acompañar y proteger la diversidad, la multiplicidad de los pensares y quehaceres, de propuestas individuales y sociales, pues se nutre y enriquece de alternativas<sup>332</sup>.
- Los enfrentamientos conflictivos entre los intereses del Estado y de la Iglesia pueden dar lugar, de no ser adecuadamente resueltos, a mutuas imputaciones de laicismo antirreligioso y de confesionalismo político. Para mejor entender la naturaleza de tales conflictos, es necesario caer en la cuenta de que en su origen entran en juego con frecuencia legítimos intereses, derechos y objetivos por ambas partes. Por la del Estado, al que no puede renunciar. Por la de la Iglesia, en razón de la acción evangelizadora a la que tampoco ella puede renunciar, y del reconocimiento de derechos que, aun siendo también propios, ya antes lo son de los ciudadanos, que reivindican su derecho a la plena libertad religiosa<sup>333</sup>.
- La religión de todo hombre debe ser dejada a la convicción y conciencia de cada hombre; y ese es el derecho de cada cual para ejercitar estos, como pudieran dictarle. Este derecho es en su naturaleza un derecho inalienable. Es inalienable porque las opiniones de los hombres dependen de la evidencia examinada en sus mentes, por lo que no puede seguir la voluntad de otros hombres<sup>334</sup>.
- ¿Es la religión fuerza de curación y de salvación, o no será, más bien, un poder arcaico y peligroso que construye falsos universalismos induciendo a la intolerancia y al error? ¿No debería ponerse la religión bajo la tutela de la razón y de unos límites adecuados? Naturalmente, hay que preguntarse quién lo puede hacer y cómo. Pero queda la pregunta: ¿es verdad que la gradual eliminación de la religión, su superación, se ha de considerar como progreso necesario de la humanidad, capaz de permitirle hallar el camino de la libertad y de la intolerancia universal?<sup>335</sup>.
- Lo religioso lejos de estarse diluyendo o desapareciendo simplemente se está rearticulando y reformulando de múltiples vías<sup>336</sup>.
- La laicidad mexicana está ligada al fortalecimiento de los derechos ciudadanos y religiosos, de la tolerancia y de la democracia misma<sup>337</sup>.

---

<sup>332</sup> HERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 40.

<sup>333</sup> SARTEN, *op. cit.*, p. 138.

<sup>334</sup> FORREST, *op. cit.*, p. 61.

<sup>335</sup> HABERMAS y RATZINGER, *Dialéctica...*, *op. cit.*, p. 58.

<sup>336</sup> HERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 50.

<sup>337</sup> BLANCARTE, *Laicidad...*, *op. cit.*, p. 15.

- El Estado mexicano, hasta la fecha, conserva el temor de encontrarse desarmado frente a ciertos grupos de presión católicos. Se mantiene así la continuidad histórica de las doctrinas galicanas de los legistas del Antiguo Régimen, actualizadas por los liberales del siglo XIX y reactualizadas por los revolucionarios anticlericales del siglo XX: el Estado debe montar guardia y luchar contra la influencia de las iglesias (de la Iglesia católica) sobre los ciudadanos y también sobre los propios gobernantes<sup>338</sup>.
- Las iglesias pueden hablar, pueden expresarse y dar su opinión, y eso no afecta en absoluto la lucha democrática, ya que lo central es que los representantes populares de todos los partidos y los funcionarios de gobierno, recuerden que su autoridad política proviene de los ciudadanos y que las iglesias pueden así opinar o hacer lo que consideren adecuado, pero no contienen en su seno la clave de la legitimidad y el origen de la autoridad política de la democracia moderna<sup>339</sup>.

### Bibliografía

- AGRESTO, John, *The Supreme Court and Constitutional democracy*, New York, Cornell University Press, 1984.
- ÁGUILA, Rafael, *Manual de ciencia política*, Madrid, Trotta, 2000.
- BARENDT, Eric, *Freedom of speech*, Oxford, Oxford University Press, 2005.
- BARTON, David, *Separation of Church and State*, Texas, Wallbuilders Press, 2009.
- BAUBÉROT, Jean, *Vers un nouveau pacte laïque*, Paris, Seuil, 1990.
- BAUBÉROT, Jean, *Historia de la laicidad francesa*, Zinacantepec, El Colegio Mexiquense, 2005.
- BAYET, Albert, "Librepensamiento y laicidad", en André LATREILLE, *La laicidad*, Madrid, Taurus, 1962.
- BERGER, Peter, Gracie DAVIE & Effie FOKAS, *Religious America, secular Europe*, Farnham, Ashgate, 2008.
- BLANCARTE, Roberto, "La doctrina social católica ante la democracia moderna", en Roberto BLANCARTE (comp.), *Religión, iglesias y democracia*. Ciudad de México, UNAM, Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Humanidades, 1995.
- BLANCARTE, Roberto, *Laicidad y valores en el Estado democrático*, Ciudad de México, SEGOB/Colegio de México, 2000.

<sup>338</sup> BLANCARTE, *Laicidad...*, *op. cit.*, p. 147.

<sup>339</sup> HERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 20.

- BLANCARTE, Roberto, *Libertad religiosa, Estado laico y no discriminación*, Ciudad de México, CONAPRED, 2008.
- BLANCARTE, Roberto J. (comp.), *Religión, iglesias y democracia*, Ciudad de México, UNAM, Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Humanidades, 1995.
- BOBBIO, Norberto, *El futuro de la democracia*, Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica 1998.
- BOVERO, Michelangelo, *Los adjetivos de la democracia*, Ciudad de México, Instituto Nacional Electoral, 2020.
- CANTO CHAC, Manuel, “Cristianos y democracia”, en Roberto J. BLANCARTE (comp.), *Religión, iglesias y democracia*, Ciudad de México, UNAM, Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Humanidades, 1995.
- CARPIZO, Jorge, *Concepto de democracia*, Ciudad de México, UNAM, 2010.
- CASANOVA, José, *Religion in an expanding europe*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.
- COLES, Robert, *The secular mind*, Princeton, Princeton University Press, 1999.
- COSSÍO DÍAZ, José Ramón José Ramón, *Concepciones de la democracia y justicia electoral*, México D.F., Instituto Federal Electoral, 2002.
- COSSÍO DÍAZ, José Ramón, “Sobre jueces y política”, en Rodolfo VAZQUEZ (comp.), *Corte, jueces y política*, Ciudad de México, Editorial Fontamara, 2007.
- DAHL Robert, *Democracy and its critics*, New Haven, Yale University Press, 1989.
- DAHL, Robert A., *La poliarquía*, Ciudad de México, Editorial REI, 1993.
- DE NAUROIS, Louis P., “La laicidad en el derecho francés”, en André LATREILLE, *La laicidad*, Madrid, Taurus, 1962.
- ELSTER, Jon, *Constitutionalism and democracy*, New York, Cambridge University Press, 1998.
- DEBEYRE, Guy, “Laicidad y enseñanza pública”, en André LATREILLE, *La laicidad*, Madrid, Taurus, 1962.
- FERRAJOLI, Luigi, *Democracia y garantismo*, Madrid, Trotta, 2008.
- FISS, Owen M., *The irony of free speech*, London, Harvard University Press, 1996.
- FORREST, Church, *The separation of church and state*, Farnsworth St., Beacon Press, 2004.
- GARCÍA LAGUARDIA, Jorge Mario, “La financiación política en América Latina”, en Manuel CARRASCO DURÁN, Francisco Javier PÉREZ ROYO, Joaquín URÍAS MARTÍNEZ, Manuel José TEROL BECERRA (coords.), *Democracia interna y fiscalización de los recursos de los partidos políticos*, México D.F., TEPJF, 2006.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto, *El concepto de estabilidad de los sistemas políticos*, Ciudad de México, Editorial Fontamara, 1992.
- GÓMEZ DE SILVA, Guido, *Diccionario etimológico de la lengua española*, Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, 2001.
- GONZÁLEZ DURÁN, Carlos, “Justicia electoral y resolución de conflictos”, en *Revista Jurídica Jalisciense*, año 8, n.º 1, Jalisco, 1998.

- GONZÁLEZ MARTÍNEZ, José Luis, “Catolicismo popular y ejercicio democrático”, en Roberto J. BLANCARTE (comp.), *Religión, iglesias y democracia*, Ciudad de México, UNAM, Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Humanidades, 1995.
- HABERMAS, Jürgen y Joseph RATZINGER, *Dialéctica de la secularización. Sobre la razón y la religión*, Madrid, Ediciones Encuentro, 2006.
- HABERMAS, Jürgen & Joseph RATZINGER, *The dialectics of secularization: on reason and religion*, San Francisco, Ignatius Press, 2005.
- HAURIUO, André, “Democracia y fuerzas religiosas”, en André LATREILLE, *La laicidad*, Madrid, Taurus, 1962.
- HELD, David, *Models of democracy*, Standford, Standford University Press, 2006.
- HERNÁNDEZ ESTRADA, Rafael, *Presente y futuro de las relaciones Estado-Iglesias-Sociedad*, Ciudad de México, Senado de la República, 2003.
- HUESBE LLANOS, Marco A., “La teoría política de Samuel Pufendorf”, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, n.º 31, Valparaíso, 2009.
- IFE, *Democracia interna y fiscalización de los recursos de los partidos políticos*, México D.F., Ed. IFE, 2006.
- KAHLER, Erich, *Historia universal del hombre*, Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, 1979.
- KELSEN, Hans, “Los fundamentos de la democracia”, en Hans KELSEN, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Madrid, Debate, 1990.
- LAERMANS, Rudi, Bryan WILSON & Jaak BILLIET (eds.), *Secularization and social integration. Papers in honor of Karel Dobbelaere*, Leuven, Ed. Leuven University Press, 1998.
- LATREILLE, André, “La Iglesia católica y el laicismo”, en André LATREILLE, *La laicidad*, Madrid, Taurus, 1962.
- LATREILLE, André, *La Laicidad*, Madrid, Taurus, 1962.
- LEGORRETA ZEPEDA, José de Jesús, *Religión y secularismo, en una sociedad postsecular*, Ciudad de México, Universidad Iberoamericana, 2010.
- LÉONARD, Émile G., “El protestantismo, religión laica”, en André LATREILLE, *La laicidad*, Madrid, Taurus, 1962.
- MARITAIN, Jacques, *El hombre y el Estado*, Madrid, Ediciones Encuentro, 1997.
- MARRAMAO, Giacomo, *Poder y secularización*, Barcelona, Península, 1989.
- MARTIN, David, *A general theory of secularization*, New York, Harper and Row, 1978.
- MCWHIRTER, Darien A., *The separation of church & state*, Phoenix, Oryx, 1994.
- MEJAN, François, “Definiciones de la laicidad del Estado”, en André LATREILLE, *La laicidad*, Madrid, Taurus, 1962.
- NORRIS, Pippa and Ronald INGLEHART, *Sacred and Secular. Religion and politics worldwide*, New York, Harvard University Press, 2005.
- OJESTO MARTÍNEZ PORCAYO, José Fernando, “Poder, derecho y jueces: la jurisdicción como participación política”, en INSTITUTO FEDERAL ELECTORAL, *Testimonios sobre*

- el desempeño del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación y su contribución al desarrollo político democrático de México*, México D.F., TEPJF, 2003.
- RAMOS, Víctor M., “Los obispos mexicanos y el reto de la democracia”, en Roberto BLANCARTE (comp.), *Religión, iglesias y democracia*. Ciudad de México, UNAM, Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Humanidades, 1995.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, Madrid, Editorial Espasa, 2001.
- ROCHE, John P., “Religión y política en USA”, en André LATREILLE, *La laicidad*, Madrid, Taurus, 1962.
- SALAZAR UGARTE, Pedro, *La laicidad: antídoto contra la discriminación*, Ciudad de México, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, 2007.
- SARTEN, José María, *Laicidad del Estado e Iglesia*, Madrid, PPC, 2008.
- SOLORIO ALMAZÁN, Héctor y Víctor Manuel ROSAS LEAL, “Democracia interna de los partidos políticos”, en *Democracia interna y fiscalización de los recursos de los partidos políticos*, México D.F., TEPJF, 2006.
- SUNSTEIN, Cass R., “Constitutions and democracies”, in Jon ELSTER and Rune SLAGSTAD, *Constitutionalism and democracy: and epilogue*, New York, Cambridge University Press, 1998.
- TAMAYO, Juan José, *Fundamentalismos y diálogo entre religiones*, Madrid, Trotta, 2004.
- TAYLOR, Charles, *A secular age*, Cambridge, Massachusetts and London, Harvard University Press, 2007.
- TOURAINÉ, Alain, *¿Qué es la democracia?*, Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, 2004.
- VÁZQUEZ, Rodolfo (comp.), *Corte, jueces y política*, Ciudad de México, Editorial Fontamara, 2007.
- VON PUFENDORF, Samuel, *On the duty of man and citizen according to the nature law*, edited by James FULLY, translated by Michael SILVERSTONE, Cambridge, Cambridge University Press, 1991.
- WALZER, Michael, *Las esferas de la justicia*, Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, 2004.
- WHITEHEAD, Laurence, *Democratization. Theory and Experience*, Oxford, Oxford University Press, 2003.

#### JURISPRUDENCIA

- CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS, *Engel v. Vitale*, 370 U.S. p. 342.
- CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS, *Lemon v. Kurtzman*, 403 U.S. 602, 1971.

### *Siglas y abreviaturas*

Cfr.	confróntese
comp.	compilador
CONAPRED	Consejo Nacional para Prevenir y Eliminar la Discriminación
D.F.	distrito federal
etc.	etcétera
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i>
IFE	Instituto Federal Electoral
n.º	número
<i>op. cit.</i>	<i>opere citato</i>
p.	página
pp.	páginas
PPC	pensar, publicar, crear
RAE	Real Academia de Lengua
SEGOB	Secretaría de Gobernación
ss.	siguientes
TEPJF	Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación
UNAM	Universidad Nacional Autónoma de México
v.	versus



# Comentarios de Jurisprudencia

---

Derecho Publico Iberoamericano

Universidad del Desarrollo

N. 26 | 2025



## ¿EXTRADICIÓN Y PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO INTERNACIONAL: UN CASO DEL SIGLO XIX

*Rodrigo Cespedes\**

### *Introducción*

Existe una enorme frondosidad normativa en el derecho internacional contemporáneo que hace muchas veces insufrible su estudio. Las fuentes actuales son cuantiosas: variados tratados bilaterales y multilaterales, declaraciones internacionales de todo tipo, prácticas de los Estados, costumbres internacionales o regionales ya codificadas y aún no codificadas, doctrina de los autores en todos los idiomas, sentencias de tribunales internacionales y regionales, laudos de los más diferentes tipos de tribunales arbitrales, acuerdos o resoluciones de organismos internacionales y sentencias de tribunales nacionales. Antes de la Primera Guerra Mundial, las fuentes eran escasas y determinar qué era una norma internacional era difícil, eran tiempos más simples. La doctrina de los autores era la fuente principal, existían fallos arbitrales, pero normalmente eran en equidad. Se tenían incipientes declaraciones de congresos internacionales suscritas por determinados países, algunos tratados, costumbres y prácticas difusas. Por eso, la importancia de las sentencias nacionales como fuente del *ius gentium*, ya que cristalizan normas de derecho internacional con autoridad de cosa juzgada y susceptibles de ser cumplidas por la fuerza organizada en sociedad. Sin embargo, recolectar decisiones del siglo XIX es una tarea tediosa: con frecuencia, están mal catalogadas y no existen las modernas bases de datos que se tienen en la actualidad. Por eso, el caso de la extradición de los hermanos Alberto y Guillermo Sachs es relevante<sup>1</sup>. Edward Gibbon describe la investigación histórica como:

“rodeada de fragmentos imperfectos, siempre concisos, a menudo oscuros y a veces contradictorios, [el historiador] se reduce a recopilar, comparar y conjeturar”<sup>2</sup>.

---

\* Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad Federal de Pará, Brasil. Correo electrónico: rodcespedes@yahoo.com\_ORCID: 0000-0001-9607-3498.

<sup>1</sup> Ministro de la Corte Suprema como primera instancia en proceso de extradición “Alberto y Guillermo Sachs”, pp. 612-613.

<sup>2</sup> Edward GIBBON, *The History of the Decline and Fall of the Roman Empire*, p 373.

En efecto, el trabajo del historiador del derecho en esta materia es, en gran parte, artesanal: tiene que revisar gran cantidad de páginas polvorizadas y encontrar la aguja en el pajar, la que permite vislumbrar qué se consideraba una norma de derecho internacional en un tiempo remoto. A veces el esfuerzo es premiado con un hallazgo interesante y se necesita una gran cantidad de tiempo para que la evidencia recolectada sea más que una simple anécdota. Se presenta aquí un pedazo de historia judicial chilena que no solo es útil para el historiador local, sino, también, para los estudiosos extranjeros que como pirquineros intentan encontrar una veta de conocimiento antiguo y sepultado. Se expone este caso de extradición, la que se concede solo por aplicación de principios generales del derecho, pues no había tratado de extradición entre Chile y el país solicitante. Chile ha tenido fallos notables sobre extradición pasiva como el de Walter Rauff<sup>3</sup> o el de Alberto Fujimori<sup>4</sup> y la saga Pinochet, que involucró a Chile, Gran Bretaña y España (con toda probabilidad, la sentencia doméstica más importante en materia de derecho internacional público)<sup>5</sup>. Se expondrá con brevedad los hechos (bastante sabrosos), la decisión y un comentario con los aspectos más relevantes de la decisión.

---

<sup>3</sup> CORTE SUPREMA (1963), p. 112 ss. Revocando la sentencia de primera instancia, negó la extradición del criminal nazi porque en la legislación chilena de la época no consideraba la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra.

<sup>4</sup> CORTE SUPREMA (2007), rol n.º 2242-06. Revocando la sentencia de primera instancia, concedió la extradición del expresidente peruano Alberto Fujimori por corrupción y crímenes de lesa humanidad.

<sup>5</sup> No hay recuerdo de algún análisis objetivo del caso en Chile. Quizá el polvo aún no decanta para hacer un examen puramente jurídico dejando los asuntos políticos a un lado. Resumidamente, Baltasar Garzón emitió una orden de detención y extradición basada en el homicidio de ciudadanos españoles en Chile durante el régimen militar. Imputaba a Augusto Pinochet delitos de genocidio, tortura y terrorismo. La fiscalía inglesa, en nombre de España, solicitó la extradición de Augusto Pinochet. El tribunal de primera instancia confirmó la inmunidad del general, fallo que fue apelado. La Cámara de los Lores en la sentencia Pinochet No. 1 denegó la inmunidad porque esta solo se limitaba a los actos legítimos realizados en el ejercicio de sus funciones oficiales, y estos no incluían la tortura. Luego, esta decisión fue anulada por la misma Cámara en la sentencia Pinochet No. 2 por la falta de imparcialidad del juez Lennie Hoffmann, que no reveló que había sido director de Amnesty International, coadyuvante en el caso. La Cámara emitió un nuevo pronunciamiento, la sentencia Pinochet No. 3, rechazando la inmunidad del general con respecto a cargos de tortura. El ministro del Interior Británico inicialmente autorizó la extradición. Devuelta la causa al tribunal de primera instancia, este remitió el caso al ministro del Interior para considerar liberar a Augusto Pinochet por razones de salud. El examen médico ordenado determinó que el general no estaba en condiciones enfrentar juicio. El ministro del Interior ordenó su liberación bloqueando la petición española y de otros Estados europeos. Augusto Pinochet pudo regresar a Chile, y comenzaron los juicios nacionales, pero esa es otra historia. Las dimensiones de toda la saga judicial son aún difíciles de medir, ya que se abría la puerta para procesar a muchos jefes de Estado y políticos de países democráticos y dictatoriales.

## I. Hechos

Los hermanos Alberto y Guillermo Sachs, dos ciudadanos alemanes, eran propietarios de un banco en Frankfurt (en esa época era el Imperio alemán de Otto von Bismarck) y cometieron una serie de fraudes, engañando a varios de sus clientes, que involucraban importantes sumas de dinero. Escaparon a Chile, cambiaron sus nombres y falsificaron documentos de identificación. El cónsul alemán solicitó su extradición para enfrentar juicio en Alemania. Pese a negar todo, las descripciones entregadas por la justicia alemana coincidían, testigos que los conocieron en Frankfurt los reconocieron, y múltiples documentos delataban su verdadera identidad. Los hermanos Sachs argumentaron que no existía un tratado de extradición entre el Imperio alemán y Chile, y que el fraude no era el tipo de delito por el que en general se autorizaba una extradición, que se circunscribía solo a delitos muy serios.

## II. Decisión

La extradición fue concedida; según el tribunal, la ausencia de un acuerdo de extradición no era un obstáculo para conceder la extradición porque el Imperio alemán ofrecía expresa y oficialmente reciprocidad para crímenes similares, en caso de que Chile solicitara extradición de delincuentes al Imperio, en el futuro. Era, según el juez, en interés de todos los Estados cooperar y ayudarse de modo recíproco para obtener justicia, castigar los crímenes graves, constituyéndose así en una obligación no solo legal, sino, también, moral. Los tratados de extradición, en opinión del tribunal, solo aclaran y establecen las obligaciones y derechos recíprocos que ya existen en virtud de las relaciones amistosas de los Estados y sus propias necesidades de hacer justicia (parece una especie de obligación de derecho natural en la forma como lo frasea el juez)<sup>6</sup>. La quiebra fraudulenta era un delito grave porque perturbaba el comercio y sus efectos perversos se extienden y afectan a la sociedad toda. Por esa razón, Chile ya había reconocido la quiebra fraudulenta como un delito extraditabile al incluirla en sus convenciones de extradición, de las cuales se infería un principio general del derecho.

---

<sup>6</sup> Hugo Grocio afirmaba que el *ius gentium* provenía del derecho natural. El derecho internacional tenía bases morales y de razón natural, pero independiente de la religión, y era inmutable y universal, aplicable a países cristianos no cristianos. Francisco de Vitoria tenía una noción similar.

### III. Comentario

Para los nacidos en este siglo es difícil imaginar un mundo sin internet, la inmediatez de las comunicaciones, los pagos en línea, las criptomonedas y los algoritmos capaces de identificar rasgos faciales a cada ser humano. En el siglo XIX no existía una aldea global y los negocios operaban con monedas, billetes, oro, plata, letras de cambio, pagarés y cheques: un mundo más lento, engorroso, aunque más simple. Cruzar las fronteras era lento, algo peligroso y el control de identidad, fácil de burlar. Aun así, los Estados comenzaban a cooperar y sentirse parte de una comunidad de países con intereses comunes. La extradición existe, en parte, porque una sentencia extranjera no tiene fuerza fuera de la jurisdicción en la que se dictó: la administración de justicia es parte de la soberanía. Esta se ejerce a nivel territorial, con pocas excepciones. Los tratados de extradición son una forma de ayudar a la ejecución de sentencias extranjeras en materias penales, la forma más grave de transgresión del ordenamiento jurídico. Estos son una forma de asistencia judicial recíproca en asuntos criminales entre Estados que, en esa época, eran aún acuerdos bilaterales. La extradición es un procedimiento mediante el cual un Estado (en este caso Chile, el requerido) entrega a una persona acusada o condenada de cometer un delito (los hermanos Sachs) en otra jurisdicción (el Imperio alemán, el requirente) a las autoridades policiales del país que la solicitó. Los primeros acuerdos de extradición comenzaron a firmarse durante el siglo XIX<sup>7</sup>.

El tribunal chileno concedió esta expulsión de los hermanos Sachs, basando su decisión en principios generales del derecho internacional, ya que no existía un acuerdo de este tipo entre las dos naciones. Estos principios se derivaron de los tratados de extradición ya ratificados entre Chile y otros Estados. Uno de estos es la doble incriminación: ambos sistemas jurídicos calificaban la quiebra fraudulenta como delito. El tribunal hizo hincapié en el principio de exclusión de delitos con mínima penalidad; la entrega solo se concede en presencia de un ilícito grave. La estafa, según el tribunal, lo era, pues afectaba a la confianza pública y al interés general, importante, puesto que el capitalismo estaba en su apogeo. Estos dos criterios son, ahora, principios generales propios del proceso de extradición<sup>8</sup>.

El tribunal utiliza el método inductivo para precisar los principios generales en esta materia. Los colige de varios tratados firmados por Chile, que los contemplan uniformemente como requisitos. En este sentido, los principios serían generalizaciones obtenidas a partir de normas particulares de

---

<sup>7</sup> Peter D. SUTHERLAND, 'The Development of International Law of Extradition', p. 33 ss.

<sup>8</sup> Torsten STEIN, 'Extradition'.

un ordenamiento determinado, en este caso, acuerdos internacionales de extradición. Los patrones regulares que la doctrina y la jurisprudencia decantan a partir de la obra del legislador reciben el nombre más preciso de “principios generales de la legislación” (una denominación algo positivista). Es fácil constatar que el legislador tiende a repetir ciertos modelos o pautas al crear normas particulares. Estas reglas específicas siguen la misma lógica de otras, también particulares; si bien tratan materias distintas, es simple verificar que comparten el mismo sustrato. La jurisprudencia y la doctrina descubren la misma razón en las diferentes disposiciones aisladas: separan y eliminan lo accidental y se quedan con lo esencial. Una generalización aplicable a todo el derecho la constituye, por ejemplo, la doctrina de los actos propios (*Estoppel*), que se aplica al derecho público y privado como en el derecho nacional e internacional. En palabras simples, significa que nadie puede ejecutar una conducta o emitir una declaración en contradicción a una conducta o declaración previa y beneficiarse con esta. Por lo tanto, las acciones o las declaraciones de voluntad vinculan y solo de modo excepcional, el ordenamiento permite desentenderse de estas. En Chile, el ejemplo más citado es “nadie puede aprovecharse de su propio dolo”. Esto implica, por ejemplo, que no puede alegar la nulidad quien ha concurrido de forma consciente, a su producción o que un homicida no puede heredar a su víctima. Pero también, simples contradicciones en el actuar inhabilitan para ejercer derechos *a posteriori*, como en la reclamación de filiación. En derecho administrativo, el precedente crea una imagen frente al ciudadano y este, de buena fe, actuará en consecuencia (llamada “teoría de las legítimas expectativas”) lo que la obliga a atenerse a la jurisprudencia precedente. Aplicación de lo anterior es la inderogabilidad singular del reglamento, la imposibilidad de alterar (invalidación, revocación, etc.) actos administrativos en perjuicio de particulares o la inmodificabilidad de las bases de los contratos administrativos. En materia procesal, si no se alega de inmediato la incompetencia relativa de un tribunal, la oportunidad precluye, lo que es natural, ya que si en actos procesales anteriores se dio a entender que era competente, no es posible cambiar de idea después. Una generalización propia del derecho civil es la prohibición de las transferencias (traspaso entre vivos) a título universal, lo que se extrae de varias disposiciones del *Código de Bello*. En materia de derecho público, del principio de subsidiariedad también puede inducirse de varias normas constitucionales y legales, si bien la Constitución no lo califica expresamente como tal. En derecho internacional privado, las normas particulares de los textos domésticos y las reglas aisladas producto de la codificación internacional (tratados multilaterales como el *Código Bustamante*) coinciden en ideas como la *lex locus regit actum*, la *lex fori*, la *lex loci rei sitae*, el *forum shopping* y el relativo respeto a la ley extranjera. Lo mismo puede ha-

cerse en derecho internacional referente a la extradición como lo demuestra este fallo.

La cortesía internacional es una noción importante para el derecho de gentes. La *comitas gentium* (la “civilidad de las naciones”) requiere reconocer con reciprocidad las sentencias extranjeras en algunos casos, como el castigo de delitos graves cometidos en el extranjero. La solidaridad internacional, la cortesía, la buena voluntad, la conveniencia o la simple utilidad de la cooperación en el castigo de los crímenes parecen respaldar la sentencia comentada más que una obligación internacional perfecta y determinada (es posible pensar que el tribunal la considera como una especie de obligación natural). La Corte Suprema confirmó la sentencia y destacó que la extradición podía concederse, incluso, en ausencia de tratados especiales porque algunos delitos, como el fraude, perturbaban el comercio y suscitaban una alarma natural en la comunidad. En consecuencia, las naciones civilizadas deben auxiliarse porque están entre sí interesadas en punir los delitos graves que afectan el orden público y el interés general. En materia internacional, los principios generales del derecho y la noción de naciones civilizadas están en esencia, conectados. En efecto, el art. 38 letra (c) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia señala, como fuente del derecho internacional público: “los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas”. No todos los Estados tienen sistemas jurídicos que se basen en principios “válidos” para el derecho internacional público; debe tratarse de “naciones civilizadas”. Puede no tratarse solo de un término que denota xenofobia occidental y eurocentrismo (algunos autores la consideran imprecisa, innecesaria o, incluso, ofensiva). La noción de “civilización” sirvió durante mucho tiempo para distinguir a los Estados cristianos de los pueblos “incivilizados”, cuyos sistemas jurídicos no podían proporcionar principios que sirvieran de base para formar el derecho de gentes. Hoy se consideran “pueblos civilizados” los que adhieren a principios legales básicos, respetan derechos fundamentales esenciales y tienen instituciones para asegurarlos. En efecto, solo ciertas naciones, que cumplan con determinados requisitos, cuenten con sistemas jurídicos maduros y desarrollen estos principios, basando todo su ordenamiento en estos. Los requisitos mínimos serían: participación ciudadana en la toma de decisiones colectivas; poder público limitado; controles recíprocos y división de funciones estatales; respeto a los acuerdos internacionales suscritos por el Estado; reconocimiento de ciertos derechos fundamentales y cierta autonomía al individuo; la heterocomposición como forma de resolver los conflictos; poder judicial independiente; etc. Reunidas esas condiciones el sistema jurídico evolucionará sin duda hacia esos principios comunes intrínsecamente justos. Se podría agregar que una nación civilizada también coopera con las otras en temas como la represión de los delitos serios o la

protección del ambiente. Todos los sistemas jurídicos de países que son reconocidos como civilizados recogen la noción de reciprocidad.

Dicho concepto, que también parte del derecho natural, es tan antiguo como la civilización misma. Un ejemplo es la ley del talión: el ahora inhumano e incivilizado “ojo por ojo”<sup>9</sup>. El derecho internacional tiene un lugar especial para el principio de reciprocidad, una de las bases de la sentencia comentada<sup>10</sup>. El Imperio alemán solicitó de manera formal la entrega de los hermanos Sachs, pero debido a que no había acuerdo de extradición, manifestó absoluta reciprocidad si ocurría algún caso similar en el futuro y Chile fuera el requirente. La reciprocidad parece ser una noción crucial; en este caso, un *quid pro quo*. Esto significaba que, tras la oferta de reciprocidad del Imperio alemán, la deferencia mostrada por Chile sería recompensada en el futuro con la misma cortesía, generando una dinámica para ambos, ventajosa. Un ofrecimiento de reciprocidad y posterior concesión de la extradición generaba una obligación internacional: el Estado requirente debía al país requerido la misma cortesía. La entrega de un presunto delincuente, por lo general ocurre después de que el Estado solicitante haya dado formal y expresamente garantías de reciprocidad. Después de concederlo, la buena fe es esencial: si se quiebra, la reciprocidad cesa y la sociedad internacional sufrirá por no castigar delitos serios solo por desconfianza. En efecto, la reciprocidad es un criterio que el ordenamiento jurídico interno recoge a propósito de las sentencias extranjeras. El CPC emplea la expresión en su Mensaje señalando:

“la ejecución de las sentencias da lugar a dificultades que se ha tratado de subsanar, especialmente en lo relativo a las que emanan de tribunales extranjeros. Los tratados, la reciprocidad y, en último término, los principios de natural equidad son las bases sobre que descansan estas disposiciones”.

Esto se tradujo en el art. 243 de este cuerpo legal. La reciprocidad tiene una aplicación general, incluso es la base de instituciones de derecho privado como la excepción de contrato no cumplido y la condición resolutoria tácita

---

<sup>9</sup> Mas que un castigo penal, la ley del talión es una represalia “privada”: una persona que daña a otra debe sufrir lo mismo en manos del perjudicado o su familia. La represalia nunca puede ser mayor que el perjuicio causado (normal para las indemnizaciones en que daño y compensación deben corresponder estrictamente). El “ojo por ojo” aparece en el *Libro del Éxodo* 21:23-27 y en el *Código de Hammurabi*. Esta institución se abandonó con la prohibición de la heterotutela y la humanización de las penas. Si bien fue un avance de la civilización en su tiempo, hoy se ve como un concepto bárbaro, pues todos quedarían un mundo que vive por esa regla.

<sup>10</sup> Véase FRANCESCO PARISI & NITA GHEI, “The Role of Reciprocity in International Law”, p. 93 ss.

que se aplican en eventos de falta de correspondencia entre partes. La doctrina habla de la necesidad de concesiones mutuas a propósito de la transacción. Las potestades exorbitantes en materia de contratación administrativa o en el ámbito laboral (*ius variandi*) coexisten con el deber de compensar por el desequilibrio económico causado, de manera que existe justo balance en relaciones recíprocas. Las relaciones internacionales se basan, en gran medida, en la reciprocidad, lo que se manifiesta en asuntos como el *exequatur*; exhortos; gravámenes al comercio exterior; tributación de extranjeros residentes; algunos beneficios diplomáticos; transporte internacional y la extradición. En Chile, el máximo tribunal ha denegado peticiones de extradición por falta de reciprocidad<sup>11</sup>. En resumen, el caso comentado es un precedente importante para el desarrollo de la extradición como institución propia del derecho internacional y un magnífico ejemplo de la aplicación de la cooperación y la cortesía internacional.

### Bibliografía

- GIBBON, Edward, *The History of the Decline and Fall of the Roman Empire*, London, J. Murray Publisher, 1887, vol. I.
- PARISI, Francesco y Nita GHEI, “The Role of Reciprocity in International Law”, in *Cornell International Law Journal*, vol. 36, Issue 1, New York, 2003-2004.
- STEIN, Torsten, ‘Extradition’, in Rüdiger WOLFRUM (ed.). *Max Planck Encyclopedias of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2019.
- SUTHERLAND, Peter D., “The Development of International Law of Extradition”, *Saint Louis University Law Journal*, vol. 28, number 1, Saint Louis, 1984.

### NORMAS CITADAS

- Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, artículo 38 letra (c).  
*Código de Procedimiento Civil*, artículo 243.

### JURISPRUDENCIA

- CORTE SUPREMA (2007): rol n.º 2242-06, sentencia de 21 de septiembre de 2007, “Alberto Fujimori”.
- CORTE SUPREMA (1963): “Walter Rauff”, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo LX, sección 2.2, enero-abril 1963.
- DISTRICT COURT, Augusto Pinochet Ugarte [1999] 38 ILM 68 (Q.B. Div’l Ct. 1998).

<sup>11</sup> Ministro de la Corte Suprema como primera instancia en proceso de extradición “Torres Iturra”, p. 92 ss. Extradición pasiva, no apelada.

HOUSE OF LORDS, Pinochet No 1, R v Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte, [1998] UKHL 41, [2000] 1 AC 61.

HOUSE OF LORDS, Pinochet No 2 [1999] UKHL 52, [2000] 1 AC 119. No 3 [1999] UKHL 17, [2000] 1 AC 147.

HOUSE OF LORDS, Pinochet No 3, Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others, Ex Parte Pinochet; R v. Evans and Another and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others, Ex Parte Pinochet [1999] UKHL 17 (24 March, 1999).

Ministro de la Corte Suprema como primera instancia en proceso de extradición "Torres Iturra", en *Gaceta Jurídica* vol. 169, Santiago, 1994.

Ministro de la Corte Suprema como primera instancia en proceso de extradición "Alberto y Guillermo Sachs", en *Gaceta de Tribunales*, año XL, núm. 1970, Santiago, 1882.

### *Siglas y abreviaturas*

art.	artículo
CPC	<i>Código de Procedimiento Civil</i>
etc.	etcétera
n.º <i>a veces</i>	núm. número
No.	number
p.	página
pp.	páginas
ss.	siguientes
v	versus
vol.	volumen



# Recensiones

---

Derecho Público Iberoamericano  
Universidad del Desarrollo  
N.º 26 | 2025



MIGUEL AYUSO TORRES Y CAMILO NOGUERA PARDO (EDS.),  
*MAESTROS DEL DERECHO NATURAL HISPÁNICO*  
EN LA SEGUNDA MITAD DEL SIGLO XX, BOGOTÁ D.C.,  
TIRANT LO BLANCH, 2023

*Juan Fernando Segovia\**

Miguel Ayuso –Madrid, de la Universidad Pontificia Comillas, director de *Verbo* y del Consejo de Estudios Hispánicos Felipe II– y Camilo Noguera –Bogotá, director del Instituto de Ciencias Morales y Artes Liberales de la Universidad Sergio Arboleda– han editado esta obra colectiva en la colección “Estudios Hispánicos”, que ya cobijara una anterior dedicada al conservadurismo en el mundo hispánico.

Este nuevo libro trata de destacados hispanistas estudiosos del derecho natural clásico en sus variadas expresiones, esto es: el derecho natural como base y clave de la filosofía práctica en sus manifestaciones jurídico-políticas. Como afirman los editores en la presentación, se trata de cultores del derecho natural clásico, por oposición al moderno; católico, por oposición al protestante e hispánico, es decir, no el racionalista europeo. Establecida la perspectiva o enfoque general de la obra, esta se despliega en siete capítulos.

El capítulo I, redactado por Miguel Ayuso, considera el derecho natural hispánico en Francisco Elías de Tejada (1917-1978), renombrado polígrafo peninsular, a quien el autor dedicara su tesis doctoral hace varias décadas. Expone cómo en el maestro Francisco Elías de Tejada la filosofía del derecho se sustenta en el iusnaturalismo clásico para extenderse a la historia del pensamiento político hispánico –esfuerzo verdaderamente colosal y significativamente silenciado por la escuela acomodada–; de aquí, a la filosofía política en general, sirviéndole de guía en el diseño y la recuperación de

---

\* Doctor en Derecho y doctor en Historia. Investigador del CONICET, Argentina. Correo electrónico: segojuan@gmail.com

unas instituciones tradicionales de la política; para concluir, finalmente, en el carlismo.

En el capítulo 2 se estudia la doctrina jurídico-política del maestro brasileño José Pedro Galvão de Sousa (1912-1992), tarea a cargo de su destacado discípulo Ricardo M. Dip. Refiere este las ricas fuentes en las que se formó el espíritu tradicionalista de José Galvão, el que se hace explícito en su doctrina jurídico-política: una ontología y una gnoseología trascendental; una concepción clásica de la comunidad política; una inclinación hacia la ordenación corporativa; una legitimidad finalista de la autoridad; la consideración de la historicidad del derecho y la crítica y reelaboración del sentido de la representación política.

Seguidamente Juan Antonio Widow Antoncich y Felipe Widow Lira ofrecen en el capítulo 3 un meticuloso examen del catolicismo del P. Osvaldo Lira (1904-1996), de los Sagrados Corazones, en el orden jurídico-político. El estupendo polígrafo chileno está reflejado en estas páginas en toda la hondura de su profunda espiritualidad y de su saber bebido de la “sabiduría” y del Aquinate, que se da de narices con el mundo que lo excomulgó al P. Osvaldo Lira. Los autores se detienen en la roca teológica de su iusnaturalismo, fondo de una esperanza no mundana, para penetrar, luego, en los fundamentos metafísicos del orden jurídico-político: su concepción de la sociedad a través de sus causas; la visión del orden natural, sostenido en la gracia, que deriva hacia un orden jurídico-político católico, formalmente jurídico-político y existencialmente católico.

En el capítulo 4 Rodrigo Fernández Díez expone las contribuciones al derecho natural de Rigoberto López Valdivia (1920-1984), mexicano de Jalisco, autor de *El fundamento filosófico del derecho natural*, varias veces editado desde su publicación en 1945. En esta obra Rigoberto López critica la filosofía de los valores; establece las bases del derecho natural en Dios, el alma inmortal y la libertad humana; considera los derechos subjetivos desde una perspectiva no superficial; y aborda las relaciones entre derecho y moral. Fue crítico del liberalismo y del constitucionalismo, sin renunciar a un orden constitucional no racionalista.

Miguel de Lezica, en el capítulo 5, presenta la renovación hispánica de la filosofía práctica por Guido Soaje Ramos (1918-2005). Recuerda que el maestro argentino ancla el derecho en el hombre y su peculiar naturaleza: creatura, persona, con vocación social y política, con vocación de sabiduría. Estudia el concepto de derecho a partir de su etimología y de los diversos significados de lo jurídico, reduciéndolo a lo justo. Examina el pormenorizado análisis que hiciera Guido Soaje de la conducta jurídica, del poder jurídico, de la norma jurídica. Se detiene en la analogía del derecho y en una tesis clave del filósofo argentino: la politicidad del derecho.

En el capítulo 6 Fernán Altuve-Febres Lores se refiere a la figura de su maestro, el peruano Vicente Ugarte del Pino (1923-2015), al que ya había dedicado un importante libro. Destaca en él su catolicismo como base de su pensamiento jurídico; católico, pero no clerical, enfrentado con sectores heterodoxos que adulteraban la doctrina tradicional; de ahí el predominio de los elementos morales en su obra de jurista por sobre los metafísicos. Vicente Ugarte abrazó el hispanismo junto al catolicismo, comunidad que se manifiesta en sus juveniles estudios del derecho hispano y en su examen del derecho constitucional peruano. Como en otros maestros estudiados en el libro, Fernán Altuve destaca el iusnaturalismo del autor, ligado a Elías de Tejada y al P. Osvaldo Lira, entre otros.

Cierra el libro un capítulo 7 que Estanislao Cantero ocupa sintetizando el magisterio de Juan Vallet de Goytisolo (1917-2011), el gran jurista catalán de enorme influencia en los iusnaturalistas hispanos que abrevaron y abrevan en su voluminosa obra. Quizá lo más singular de este jurista –que el autor del estudio bien conoce por ser discípulo suyo y haberle dedicado una notable tesis doctoral– haya sido la renovación del derecho como “arte de lo justo”, que inicialmente tomó del jurista romano Celso y más adelante confirmó en los estudios de Michel Villey. Si bien católico, Juan Vallet destacó el carácter natural –por tanto, racional– del derecho natural, que quiere decir no confesional. Estanislao Cantero se detiene en otro gran aporte de Juan Vallet: la metodología del derecho natural, esto es, el camino del hallazgo y la determinación de lo justo. Finalmente el autor invita a reflexionar sobre la constitución orgánica de la nación, capítulo fundamental de su pensamiento político derivado del iusnaturalismo del catalán.

Todos los estudios contienen una semblanza a modo de breve biografía intelectual de los maestros estudiados y una selecta bibliografía de estos y acerca de ellos. Además, los autores de los capítulos son de la misma nacionalidad de los maestros examinados. En todos los casos, el cometido común está logrado: hacer saber que en el siglo XX hubo grandes maestros del derecho natural hispánico, esto es: católico, no protestante; hispánico, no europeo; clásico, no racionalista o moderno.

Nos permitimos unas reflexiones finales, suscitadas por la lectura de este importante libro, pues no debe pasar desapercibido, ya que no merece el acostumbrado mutismo académico.

Primera reflexión. El derecho natural clásico no está muerto ni desaparecido. Hubo y hay iusnaturalistas clásicos que han enriquecido este vasto campo de la *praxis* humana.

Segunda reflexión. Hay un derecho natural hispánico que entre los siglos XV a XVII salvó a la escuela clásica de la demolición protestante racionalista. Esa veta es continuada hasta hoy, con notable fidelidad y honestidad, por un considerable lote de especialistas, no solo de habla hispana.

Tercera reflexión. La historia del derecho muestra cómo, desde el siglo XVI, el derecho natural clásico fue desplazado por el derecho natural racionalista, al tiempo que la apostasía protestante avanzaba en suelo católico y que Europa acorralaba a España entre el mar y las montañas. Esa historia es, en buena medida, la nuestra: lo que hoy vivimos y sufrimos es un desorden, una organización de la anarquía sostenida y protegida por los Estados; desorden político, jurídico y, cada vez más, desorden moral.

Cuarta y última reflexión. El desorden actual tiene remedio, es el derecho natural clásico, del que el hispánico es tradición viva. Este libro es una muestra de ello, al tiempo que un convite a enderezar lo torcido, calentar lo frío, humedecer lo árido; el torcido, frío y árido mundo parido por el protestante derecho natural protestante y racionalista.

### *Siglas y abreviaturas*

CONICET	Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas
D.C.	distrito capital
eds.	editores
P.	padre

# Normas editoriales

---

Derecho Público Iberoamericano  
Universidad del Desarrollo  
N.º 26 | 2025



## NORMAS EDITORIALES E INSTRUCCIÓN PARA LOS AUTORES

*Derecho Público Iberoamericano* es una revista semestral del Centro de Justicia Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo. Se publica los meses de abril y octubre de cada año.

Se propone analizar el derecho público contemporáneo desde una perspectiva problemática, levantando dudas donde hay consensos artificiosos, aportando certezas donde abundan los disensos permanentes, con la convicción de que los principios primarios de toda investigación en este ámbito son los derechos fundamentales de la persona humana y la promoción del bien común. En tal tarea buscamos vincular a la comunidad científica nacional y extranjera promoviendo con especial empeño el análisis de las dificultades que afronta el derecho iberoamericano, sin merma de la pluralidad y del interés universal que corresponde a toda publicación científica.

Para alcanzar tales objetivos, *Derecho Público Iberoamericano* promueve, cultiva y difunde el estudio del derecho público desde las diversas aproximaciones científicas: dogmática constitucional, derecho internacional de los derechos humanos, teoría constitucional, filosofía jurídica y política, sociología jurídica, historia del derecho y otras disciplinas concurrentes.

La revista cuenta con cuatro secciones permanentes: “estudios”, “ensayos”, “comentarios de jurisprudencia” y “recensiones”.

### *I. 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.

## *II. 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.

## *III. 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.

## *IV. 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 consideran originales las traducciones al español de artículos ya publicados en otro idioma.
2. Los trabajos 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 palabras claves en ambos idiomas. Este recurso es obligatorio tratándose de estudios y ensayos.
3. El nombre del autor se indicará bajo el título. A pie de página se mencionarán los grados académicos y la universidad o institución a la que pertenece. 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.
5. Para el sistema de citas se siguen como pauta las Normas MLA (Modern Language Association of America)

## *V. Conflicto de interés.*

Se entiende por conflicto de interés aquel que existe entre un autor o la institución a la que este pertenece, el revisor o editor del trabajo, y un tercero con el cual se mantiene una relación que influye o puede influir impropia-mente en las afirmaciones, argumentaciones o conclusiones contenidas en

su trabajo, sea por causa de doble compromiso, conflicto de intereses propiamente tal o deber de lealtad en colisión con otros similares.

El autor (o autores) al enviar un trabajo al Comité Editorial de *Derecho Público Iberoamericano*, se entiende que acepta estas normas y que, por consiguiente, asume que el escrito enviado no debe suponer ningún conflicto de intereses real o potencial que se derive de su autoría y publicación, de acuerdo a lo indicado en este acápite V de las normas editoriales e instrucción para los autores.

## VI. Normas éticas

Los autores deben ajustarse a las normas éticas reconocidas internacionalmente para la publicación de los trabajos científicos. Son especialmente reprochables todas las formas de autoplagio y de plagio, particularmente el plagio completo, el plagio parcial y el plagio *verbatim*.

Tanto el Comité Editorial de la revista como los árbitros a quienes se encarga la revisión ciega de los trabajos científicos, tendrán especial diligencia en detectar este tipo de irregularidades.

De ser detectada alguna forma de plagio en cualquiera etapa del proceso editorial, el trabajo será excluido y devuelto inmediatamente al autor, quien no podrá publicar en *Derecho Público Iberoamericano* por un plazo de dos años calendarios, contados desde la notificación de su exclusión por los motivos señalados.

El autor (o autores) al enviar un trabajo al Comité Editorial de *Derecho Público Iberoamericano*, se entiende que acepta estas normas y que, por consiguiente, asume que el escrito enviado debe cumplir las normas éticas internacionales sobre autoría y publicación de los trabajos científicos, en particular las referentes al autoplagio, al plagio completo, al plagio parcial y al plagio *verbatim*, tal como se señala en este acápite VI de las normas editoriales e instrucción para los autores”.

## VII. Referencias bibliográficas

1. Las referencias bibliográficas a PIE DE PÁGINA serán abreviadas, con la finalidad de no abultar en demasía el texto. Se indican solo 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.

Las referencias JURISPRUDENCIALES se indicarán del modo que sigue: tribunal / (año de dictación): rol /, considerando o párrafocitado.

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 nacionales, 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.

2. 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 (apellidos (EN VERSALES), nombre en letra redonda, *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: GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *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: LE TOURNEAU, Philippe, *La responsabilidad civil*, traducción de Javier TAMAYO JARAMILLO, Bogotá, Editorial Legis, 2004.

- Si se trata de ARTÍCULO DENTRO DE UN LIBRO: autor (es) del artículo (apellidos (en VERSALES), nombre en letra redonda / “título del artículo” (entre comillas) / seguido de la palabra ‘en’, indicación de nombre y apellidos (en VERSALES) del editor (ed.), coordinador (coord.) o director (dir.) / título de libro (*en cursiva*) / número de edición, si no es la primera, lugar de publicación, editorial, año de publicación.

Ejemplo: VICENTE DOMINGO, Elena, “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 (apellidos (en VERSALES), nombre en letra redonda / “título del artículo” (en redondas y entre comillas) / seguido de la palabra ‘en’, nombre de la revista (*en cursivas*), año, vol. y n.º (cuando corresponda) / ciudad / año.

Ejemplo: BERNASCONI RAMÍREZ, Andrés, “El carácter científico de la dogmática jurídica”, en *Revista de Derecho*, año 2, vol. XX, n.º 1, Valdivia, 2007, pp. 57-81.

- En cuanto a las REFERENCIAS YA CITADAS: por regla general se identifica 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**), *op. cit.*, y página cuando corresponda.

- Ejemplos: GONZÁLEZ, *El principio...*, *op. cit.*, p. 15.
- BERNASCONI, “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.* si es idéntica 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, si es del caso, y responsable de la misma, o la fuente electrónica donde se ubica.

Si la identidad de las partes es relevante para la identificación de la sentencia, podrá ser agregada a continuación de la identificación del tribunal.

Tratándose de tribunales extranjeros o internacionales, la cita completa podrá hacerse de acuerdo con el uso oficial o común de cada tribunal, de la manera en que ha sido reconocida por la comunidad científica.

### VIII. Envío de los trabajos

Los trabajos deben ser enviados a través del sitio web de *Derecho Público Iberoamericano*, a nombre del director de la revista, Dr. Julio Alvear Téllez, o del coordinador de redacción, Sr. Gaspar Jenkins Peña y Lillo.

### IX. Proceso de selección de los trabajos

Si el trabajo ha cumplido con las normas precedentes, *Derecho Público Iberoamericano* decidirá su publicación previo informe favorable de dos árbitros especialistas en el tema, si se trata de un artículo científico. 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.



Este número, de quinientos ejemplares,  
se terminó de imprimir en el mes de abril de 2025  
por Versión Producciones Gráficas  
Santiago, Chile

