

CRUZ, Luis M., *La Constitución como orden de valores. Problemas jurídicos y políticos*, Editorial Comares, Granada (España), 2005.

Este texto, como lo indica su presentación, constituye parte de un proyecto de investigación más amplio denominado “El positivismo jurídico incluyente y los desafíos del neoconstitucionalismo”, dirigido por el catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de La Coruña, profesor Pedro Serna. El objeto de tal empeño es poner en relación estos dos objetos de conocimiento jurídico: positivismo y neoconstitucionalismo (p. XIV), revisando el surgimiento de este último Alemania, Italia, Francia y España. El libro que ahora comentamos tiene a su cargo desarrollar la cuestión en el derecho alemán, y, en este sentido, representa uno de los cauces dogmáticos que completarán en el mediano plazo otros estudios semejantes. El director del proyecto sostiene en la presentación, y creo que no se equivoca, que el texto de Luis Cruz rebasa los límites de una investigación puramente histórica, remontándose al debate sobre cómo hacer del orden valorativo constitucional algo respetuoso con las virtudes clásicas del Estado de Derecho (p. XVII).

La idea de “neoconstitucionalismo” puede considerarse en un plano descriptivo, considerando (1) los rasgos más relevantes del Estado Constitucional posterior a la Segunda Guerra Mundial, o de una manera teórica, atendiendo (2) a la doctrina jurídica que busca explicar cómo se ha evolucionado –en el período histórico referido– desde el formalismo hasta la noción de un orden valorativo. Para abordar el caso alemán desde esta perspectiva, el profesor Cruz divide su trabajo en tres capítulos: el primero se refiere al modo en que la jurisprudencia germana efectúa el giro hacia este neoconstitucionalismo valórico, para después proceder a formular las críticas al modelo (capítulo segundo). Este círculo se cierra en el capítulo tercero, con la exposición de los argumentos en defensa de la idea de la constitu-

ción como un orden de valores. Analicemos brevemente este itinerario.

La evolución hacia una concepción material del Estado de Derecho se produciría a través de un amplio contenido normativo que considera valores, principios, Derechos Fundamentales y directrices a los poderes públicos. La consecuencia sería, según el autor, hacer a la constitución prácticamente omnipresente en toda operación de creación y aplicación del Derecho (p. 4). Este enfoque de rematerialización del Derecho Constitucional tiene su punto de partida en la primera jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán; concretamente, en la sentencia Lüth¹, de 1958, “donde se establecen los conceptos centrales de valor, ordenamiento valorativo, jerarquía valorativa y sistema de valores en los que se apoyará posteriormente” (p. 9). La importancia de esta sentencia radica en su consideración como norma objetiva los principios y la decisión axiológica de los llamados “Derechos Fundamentales”, que pasan de ese modo a informar a todo el sistema jurídico, actuando “como principio de interpretación” (p. 16). Este proceso se ve apoyado también desde la doctrina, a través de los trabajos de Günter Dürig y Otto Bachof, que son discutidos y analizados de manera suficiente en el capítulo que comentamos (pp. 20 a 39).

La tesis del Estado de Derecho como Estado Constitucional de Derecho sufrió –como era de esperarse– críticas desde un comienzo. El profesor Cruz las clasifica en *internas* (al Tribunal Constitucional) y *externas*. Dentro de las primeras se menciona el argumento liberal (sostenido por los jueces Brünneck y Simon) de que el Tribunal debe ejercer su función “clásica”, consistente en proteger el ámbito de la libertad ante las violaciones producidas por el poder estatal; no pudiendo –en consecuencia– utilizar los Derechos Funda-

¹ BverfGE 7, 198 – Lüth.

mentales para impedir, por ejemplo, que el legislador suprima las prescripciones penales, como es el caso de la despenalización del aborto, cuya sentencia refiere (pp. 44-5). En el contexto de las críticas externas, cabe consignar la de Böckenförde, que el autor del texto que comentamos denomina como “la problematización de los valores”. Su argumento es el siguiente: las disposiciones sobre Derechos Fundamentales carecerían en sí mismas de un único sentido material, lo que traería como consecuencia que, para ser directamente aplicables, requirieran de una interpretación que no sea meramente explicativa, sino rellena, que adopte la forma de un desciframiento o concretización (p. 68). Tal cosa se lograría a través de una determinada teoría sobre los Derechos Fundamentales, coherente con el contexto (sociedad y constitución). Lo que subyace a este planteamiento, y así lo expone Luis Cruz, es la negativa a aceptar la teoría axiológica de los derechos como posible sustento de una fundamentación universal, optando por considerar el conocimiento de los valores como un acto individual, emotivo e intuitivo, al margen de cualquier intento de justificación racional (p. 70).

Por último, el texto aborda la defensa en la doctrina alemana del modelo neo-constitucionalista valórico, y expone para ello las opiniones de Dreier y Alexy, quienes optan por una alternativa moderada que haga compatible el concepto de Derechos Fundamentales entendidos como principios, con la idea de Constitución como orden marco del sistema (pp. 95 ss). La tesis de Alexy –adecuadamente expuesta por Cruz– es que los Derechos Fundamentales de la Constitución garantizan no solo la defensa frente al Estado (contra Brünneck), sino también unos principios que refle-

jan un orden valorativo objetivo (contra Böckenförde). Ello implica que (a) los contenidos posibles del derecho ordinario se ven limitados; (b) los principios deben ser entendidos como normas de optimización, es decir, normas que ordenan algo que debe ser realizado en la mayor medida posible (lo que implica ponderación y no subsunción), y (c) la vigencia de las normas iusfundamentales indica que el sistema jurídico es un sistema abierto a la normativa moral (pp. 106-7).

Como puede advertirse, la obra que comentamos es un conjunto cerrado y muy bien logrado de exposición, crítica y contracrítica al fenómeno de rematerialización constitucional. Desde luego, el tema permite un análisis mucho más detallado, así como una toma de posición más definida; sin embargo, ello no es uno de los objetivos del autor, quien pretende ofrecer una exposición clara y sucinta del problema.

Uno de los méritos –no el único– de este trabajo reside en su novedad, pues no existe en idioma español un texto que exponga de manera global el proceso de constitucionalización del derecho alemán, ordenando en torno a este el debate doctrinal que ha suscitado. El análisis, en mi opinión, es especialmente relevante para el debate nacional, sobre el papel que debe desempeñar la Constitución Política de la República en el desciframiento y justiciabilidad de ciertos derechos que, planteados en aras de la libertad personal, contradicen sin embargo determinados principios consagrados constitucionalmente. Su lectura, en este sentido, parece muy recomendable.

RAÚL MADRID RAMÍREZ
Pontificia Universidad Católica de Chile

PRECHT PIZARRO, Jorge, *15 Estudios sobre Libertad Religiosa en Chile* Universidad Católica de Chile (Santiago, Ediciones Pontificia Universidad Católica de Chile, 2006).

Fruto de su madurez como catedrático del Derecho y apasionado hombre de fe, don Jorge Precht nos ha regalado con este nuevo libro en que aborda el tema de la libertad religiosa en Chile. Se presenta con la pulcritud que caracteriza a las obras editadas con el sello de nuestra Universidad Católica. Son quince estudios que trasuntan su amplia competencia en estos temas de Derecho Público, más allá de la modestia con que al final del libro se excusa por abordarlos. Distribuidos en cinco partes, están trabados con clara ilación temático-jurídica, que es dado advertir, incluso, en la numeración progresiva de las notas marginales, algunas de considerable extensión, que denotan el paciente trabajo que los sustenta. Sería muy largo elencar las fuentes de donde pulsa las referencias, pues van desde antiguos documentos jurídicos tradicionales hasta una amplia gama de actas de debates parlamentarios, jurisprudencia de tribunales chilenos en sede decisoria o de casación, sentencias de la Corte Europea de Derechos Humanos, etc. Es característica además la continua referencia a connotados colegas, especialmente europeos, que en los últimos años se han referido al tema, lo que confiere al libro una llamativa actualidad.

La Primera parte está constituida por un capítulo único de particular interés, pues sitúa la libertad religiosa a partir de los principios generales de orden filosófico y jurídico constitucional.

Se trata, nos previene el autor, de un concepto dinámico, que se va perfeccionando a la par del avance de la doctrina sobre los derechos humanos.

Como es bien sabido, la Iglesia Católica, en la declaración *Dignitatis Humanae* (DH) del Concilio Vaticano II y en los años siguientes, ha dado lugar a un profundo planteamiento del tema a nivel universal y con relevancia en el plano sociojurídico. Uno de los méritos del autor es su acabado conocimiento y análisis de esta enseñanza y del siguiente magisterio pontificio, a través de las continuas

referencias que se engarzan desde ahora hasta el final de la obra. Este substrato ha de entenderse, pues, en la trama de las afirmaciones que siguen.

Se ha producido un cambio cualitativo del tratamiento del tema de la libertad religiosa, pasando de la centralidad de la verdad y sus derechos a la centralidad prioritaria de la persona humana. La dignidad natural que ella ostenta, no depende del uso que haga de su libertad ni tampoco de si acaso se sitúe en la verdad o en el error. Se trata, pues, de un Derecho del Hombre, previo al Estado, y reviste carácter constitucional, desbordando el ámbito de lo meramente privado. El fundamento de la libertad religiosa en la naturaleza y dignidad de todo hombre, nos lleva a anticipar que abarca también la no creencia; todo esto, en el texto constitucional chileno aparecerá bajo el concepto de "libertad de conciencia" (cf. art.19, 6).

La libertad religiosa es un bien en sí misma, para el individuo y para la sociedad; tiene una dimensión política, en cuanto forma parte del bien común de la sociedad humana. El Estado ha de promoverla y tutelarla con la amplitud que sea posible, dentro del respeto a los principios básicos del orden social.

Un planteamiento de esta naturaleza implica, por lo tanto, un nuevo esquema de las relaciones Iglesia-Estado: relega definitivamente al arcón de los recuerdos la necesidad de un Estado confesional y al mismo tiempo, un laicismo estatal que, en nombre del respeto a la conciencia, impida de hecho a los creyentes la pública expresión de su fe.

Una anotación se impone.

La libertad religiosa ha de entenderse como inmunidad de coacción, garantizada con el reconocimiento civil de una esfera de autonomía a cada persona y a los grupos sociales y comunidades. Ello implica, por lo tanto, una libertad de carácter jurídico, quedando íntegro el deber moral en cuanto a buscar la verdad sobre Dios y su manifestación a los hombres, y una vez conocida, abra-

zarla y practicarla, sin olvidar que la verdad se impone solamente por su propia fuerza, que penetra suave y fuertemente en el espíritu del hombre. El inviolable santuario de la conciencia humana y la voluntariedad del acto de fe han sido una doctrina constante de la Iglesia Católica, desde los primeros tiempos, y más allá de las incongruencias perpetradas por sus hijos a lo largo de la historia.

La admisión de un pluralismo religioso en el plano sociopolítico, tampoco conlleva una relativización valórica.

La Iglesia Católica se reconoce como la verdadera y única depositaria del Evangelio de Jesucristo. Ella reivindica para sí la libertad y la misión originarias que le ha conferido su Divino Fundador; en el plano de la comunidad política tal libertad le es debida, en cuanto es una sociedad de hombres que tienen derecho a vivir según las normas de la fe cristiana (DH 13). No postula privilegios y está dispuesta a revisar —e incluso a renunciar— a privilegios civiles históricos, si estos llegaran a ser obstáculo para su misión de evangelizar (Constitución conciliar *Gaudium et Spes* sobre la Iglesia en el mundo contemporáneo (GSp) 76).

Los valores supremos, inherentes a cualquier credo religioso, son campo para la vivencia personal y colectiva y para el apostolado de los creyentes; pero difieren diametralmente del fundamentalismo, del dogmatismo, del proselitismo, dado que estos intentan traspasar lo absoluto de sus convicciones a los medios para comunicarlas —o mejor dicho, para imponerlas—, a los demás.

En apretada síntesis, la doctrina católica señala los siguientes elementos que han de ser claramente sancionados en los ordenamientos jurídicos civiles:

— a) la libertad religiosa como un derecho de todos los hombres y comunidades (DH 13);

— b) la igualdad jurídica de todas las personas, como parte del bien común de la sociedad política, sin que jamás, ni abierta ni oculta, sea lícito lesionarla por motivos religiosos y sin que estos puedan ser invocados para ningún tipo de discriminación entre los ciudadanos (DH 6,4).

Si en atención a peculiares circunstancias de los pueblos, una comunidad religiosa, católica o no, tiene un especial reconocimiento jurídico en el ordenamiento del Estado, es necesario que al mismo tiempo se reconozca y respete el derecho a la libertad religiosa de todos los ciudadanos y grupos sin excepción (DH 6, 3). Frente a posibles abusos que se presenten bajo pretexto de libertad religiosa, queda el límite del justo orden público, descrito en el texto conciliar como aquella parte fundamental del bien común que tutela eficazmente los derechos de todos los ciudadanos y la pacífica y pública composición de tales derechos. También son referentes de este orden público la ordenada convivencia en la verdadera justicia y la debida custodia de la moralidad pública (DH 7,3; 2,3 y 4).

A partir de estas afirmaciones doctrinales, y ya en referencia a nuestra Patria, el autor nos señala como rutas que se abren: —la necesidad de una nueva actitud del Estado ante el hecho religioso en sí, pasando de la prescindencia laicista a su integración en el bien común de la sociedad chilena; —no deja de anotar, asimismo, que surge nueva base para el diálogo interreligioso y para la cooperación social interreligiosa en obras comunes de bien nacional.

Ya intuimos que tal visión filosófico-jurídica de la libertad religiosa, implica una renovación de las mentes y de las voluntades, que ha de cristalizarse en los cuerpos legales que nos rigen. En los capítulos siguientes, hay que subentender una tensión entre el ideal doctrinal del “deber-ser” y la comprobación de lo existente y del camino que falta por recorrer.

El autor nos previene, en lo que podría ser un corolario de este primer capítulo, que las declaraciones internacionales sobre puntos concernientes a nuestro tema, así como la doctrina actual de la Iglesia Católica sobre el mismo, son consecuencias difícilmente contenidas en el cuerpo constitucional de Chile; por su parte, la ley llamada “de cultos”, la n° 19.638, si bien es una ley simple, de facto ha pasado a ser una ley orgánica no prevista por el constituyente en el art.19, inciso 6 y da pie a que los pactos internacionales no sean aplicados si no son transformados en ley interna de Chile.

Al abordar el ámbito constitucional, hallamos que a partir del acta de la Independencia de Chile, en 1818, todos los textos constitucionales se han iniciado invocando el “nombre de Dios Todopoderoso”. La fe en Dios ha sido el fundamento del orden jurídico en Occidente y así lo entendieron, por ejemplo, los firmantes de la Carta de Filadelfia, en 1776. La religión nutre de eticidad la vida social y ayuda a restaurar la convivencia nacional cuando ha quedado lesionada por graves controversias y de ello nuestra generación ha sido testigo.

Ante estas consideraciones, el autor destaca el hecho de que en la reciente refundición del texto constitucional, promulgada por Decreto Supremo del 17 de septiembre de 2005, ha quedado suprimida la invocación inicial del Santo Nombre de Dios y plantea la lacerante pregunta de si acaso no sea este un eslabón de un alejamiento programático de la conciencia religiosa en el ámbito civil, buscando reducirla a la esfera exclusivamente privada.

La terminología exegética del texto constitucional relativo a nuestro tema, es decir, el artículo 19, inciso 6, nos advierte que no se utiliza la expresión “libertad religiosa”, sino “libertad de conciencia”, lo que incluye también las creencias no religiosas e, incluso, la no creencia.

El constituyente se refiere además al ejercicio libre de todos los cultos, cuyos límites son: la moral, las buenas costumbres y el orden público. Los dos primeros se refieren a la moralidad pública, elemento común de la vida social, el mínimo ético que todo sistema jurídico debe realizar. En cuanto al orden público, hay que destacar la problematicidad que encierra su eventual definición, que alguna jurisprudencia de nuestros tribunales ha avanzado y que el autor se encarga de precisar (cf. nota 76). En todo caso, y cualquiera sea la acepción adoptada, constitucionalmente el orden público no podrá servir de base a limitaciones discrecionales en el libre ejercicio de un culto.

Dentro de la consideración constitucional de la libertad de creencia o de la libertad religiosa, surge tradicionalmente el examen de la condición de la Iglesia Católica en nuestro ordenamiento chileno. El Dr. Precht nos previene que en la preparación del texto constitu-

cional que nos rige, tanto la Comisión Constituyente como el Consejo de Estado, sostuvieron la existencia de un acuerdo previo entre el Estado de Chile y la Santa Sede, acerca del régimen de separación entre la Iglesia Católica y el Estado, en la Carta de 1925. Paralelamente, en las actas de dicha Comisión Constituyente aparece la aceptación de las entidades religiosas no católicas reconocidas por el Estado, como personas jurídicas de derecho público (cf notas 58, 84 y 86), si bien se trataba de un tema jurídicamente no pacífico al que vino a dar una solución la llamada ley de cultos, n° 19.638. Un gran logro significó, además, el artículo 20 de esta ley, al contemplar el derecho de las iglesias, confesiones e instituciones religiosas existentes a la fecha de su publicación, para regirse internamente por el régimen jurídico que le es propio. Señala, asimismo, el autor que, al suscribir el Estado de Chile los Pactos internacionales de Derechos Humanos (cf. Constitución de Chile, art. 5, 2), el derecho de libertad religiosa ha quedado notablemente enriquecido: ello aconseja, dice, una revisión del artículo 19, inciso 6 de la Carta Fundamental, ajustándolo a dichos Pactos internacionales y al moderno Derecho Eclesiástico del Estado.

Lo anterior conduce a considerar la mutación legislativa que sufrió la constitución jurídica de iglesias y organizaciones religiosas.

Las iglesias, confesiones y denominaciones no católicas, con excepción de la Iglesia Ortodoxa de Alejandría a partir de 1972, eran consideradas como personas jurídicas de derecho privado con arreglo al Decreto Supremo 110, de 1979. Ellas anhelaban para sí –y digamos con el autor que tal anhelo era legítimo– acceder a la condición de personas de derecho público, otorgada o reconocida por ley de la República.

El proyecto de ley enviado al Parlamento por el Presidente Aylwin, en octubre de 1993, que finalmente sería promulgado como ley 19.638, recibió al poco tiempo una indicación sustitutiva que, en la práctica, le iba a otorgar una situación insólita, pasando a constituirse, como dije, prácticamente en una “ley marco” de libertad religiosa.

Desde el principio, las instancias válidas de la Iglesia Católica en nuestro país hicie-

ron saber su voluntad de que esta no quedara incluida en el nuevo cuerpo legislativo que se tramitaba. Su posición jurídica en el ordenamiento chileno, se encontraba en pacífica posesión de su estatus de persona jurídica de derecho público; a tal configuración se daba un rango constitucional, sobre la base de los acuerdos pacticios con la Santa Sede con motivo de la Constitución de 1925.

Un valioso aporte constituye la descripción pormenorizada del debate parlamentario de la mencionada ley 19.638 en ambas Cámaras. El Dr. Precht lo siguió atentamente desde la asesoría jurídica que ha desempeñado en el Parlamento y ciertamente un lector atento no dejará de observar la agudeza de sus observaciones.

A lo largo de los debates, el proyecto de ley, concebido inicialmente como un aporte favorable para las iglesias evangélicas, pasaba paulatinamente a convertirse en contra de la Iglesia Católica, al delinearse en la práctica un cauce común, único, para todas las entidades religiosas, distorsionando así su naturaleza, los sólidos antecedentes históricos y jurídicos y la voluntad expresa de su jerarquía. Esto era propiciado por algunos legisladores y grupos, en una actitud que bien puede calificarse de beligerante. Para ellos la condición jurídica de la Iglesia Católica antes descrita, era una simple situación de facto, descalificada legalmente *ab initio* por fundarse, decían, en bases puramente consuetudinarias. Fue constante el embate para lograr aclarar ambigüedades en la tramitación de lo que constituiría el artículo 20 del texto promulgado. Más allá de cierta inexactitud terminológica, allí quedaba finalmente reconocido, el ordenamiento, la personalidad jurídica, sea de derecho público o privado y la plena capacidad de goce y ejercicio de las iglesias, confesiones e instituciones religiosas, tal como los tenían a la fecha de la promulgación de esta ley. Mantendrán, añadía el legislador, el régimen jurídico que les es propio.

Un tema se planteaba con novedad en el ámbito legislativo chileno. Las sectas que proliferan en nuestros días ¿quedaban incluidas entre los grupos religiosos, con las consecuencias legales que se preparaban? El punto recibió atenta consideración y examen, pues,

una vez que, igual que las confesiones e iglesias, obtuvieran personalidad jurídica —ahora de derecho público—, quedarían prácticamente en libertad de acción, a menos que se presentara una formal denuncia que obligara a investigarlas y fiscalizarlas. En efecto, en este punto, el débil aparato chileno de control estatal, iba a quedar desmantelado, sin ser sustituido por nada. La normativa legal existente para regular la actividad confesional puede decirse con verdad que no ha sido lesiva para la libertad religiosa. Es desconocida entre nosotros alguna arbitraria cancelación de personalidad jurídica a alguna asociación confesional y los no católicos han podido ejercer sus cultos en forma legítima, ausente cualquier tipo de persecución. Es cierto que para ellos pudo haber una más adecuada concesión en cuanto a su personalidad jurídica, pero nunca estuvieron en un “limbo legal”, como afirmaron quienes magnificaban su pretendida precariedad jurídica.

En estricta técnica legislativa, el autor es crítico frente a la ley 19.638, o “de cultos”. A su entender, está llena de dudas de constitucionalidad de forma y de fondo.

La personalidad jurídica de derecho público a la que ahora pueden acceder las demás confesiones religiosas, siempre debió otorgarse nominativamente por ley y por igual vía procederse para su disolución, no cabiendo para este efecto la vía judicial. Le aparece cuestionable que el legislador establezca un procedimiento, cumplido el cual, toda confesión religiosa adquiera tal personalidad jurídica pública. Menos aún habría debido delegar en asociaciones religiosas privadas la potestad pública de crear asociaciones, corporaciones o fundaciones como dispone el artículo 9 de esta ley.

Adolece de un erróneo concepto de igualdad, olvidando que la regla de justicia no consiste en dar a todos lo mismo, sino a cada uno lo que le es debido.

Sostiene el autor que la pretendida personalidad jurídica de derecho público a que pueden acceder las confesiones religiosas, viene a ser, en realidad, una persona jurídica especial religiosa de derecho privado, si nos atenemos al conjunto normativo existente; por ejemplo, la nueva ley sobre el matrimonio ci-

vil, al dar valor civil a las nupcias contraídas ante una entidad religiosa de derecho público (art. 20), requiere para su inscripción ante el Oficial Civil, el número del decreto en virtud del cual dicha entidad goza de tal condición, olvidando que la personalidad de derecho público solo puede otorgarse por ley (Cf. Ley 19.947, capítulo IX, Párrafo 2, Artículo Cuarto, 7º, “artículo 40 bis (= de la antigua ley 4.808), 1º).

La limitación de estas palabras me impide detenerme en los múltiples temas que aborda el autor y que hacen de estos quince estudios una pequeña suma del Derecho Eclesiástico del Estado de Chile, disciplina aún en gestación.

Se leerán, por ejemplo, con mucho interés, las páginas relativas, además del matrimonio religioso con valor civil, lo concerniente a la asistencia religiosa de las Fuerzas Armadas, la condición de los ministros de los diversos cultos, el secreto ministerial en materias religiosas, la asistencia religiosa general a las FF.AA., etc.

Como corolario de estos estudios, el autor presenta una visión acerca de la presencia de la Iglesia Católica en el ámbito público chileno.

Después de los embates que supusieron las “luchas teológicas” en el último tercio del siglo XIX, tuvo lugar en 1925 la separación de la Iglesia y el Estado, en un régimen de “amigable convivencia”, como la definiera por entonces el Papa Pío XI. Gracias al espíritu de concordia que animó a los gobernantes y a las altas autoridades eclesásticas ha reinado un clima de comprensión recíproca y, a veces, de franca cordialidad. El autor destaca la figura del primer cardenal, Mons. José María Caro, cuyo influjo pastoral ha perdurado por largos años. Sin embargo, no es posible olvidar que en ciertos períodos ha habido persistentes esfuerzos, de variable intensidad, para mermar la libertad de la enseñanza y propugnar el Estado docente.

Una visión más amplia de nuestro acontecer nacional en la actualidad, lleva a detectar corrientes de dimensiones continentales o planetarias, que ejercen una innegable influencia: –el protestantismo norteamericano,

que busca desligar la conciencia católica de Hispanoamérica de sus vinculaciones con la sede romana;

– el neoliberalismo, frente a cuya ideología una élite católica muestra con frecuencia una permeabilidad acrítica;

– en fin, el proceso de globalización en curso, con sus ambiguas ventajas y desafíos. El Sínodo de los Obispos de todo el continente en Roma 1999, y el posterior documento *Ecclesia in America*, nos ha sensibilizado a las dimensiones intercontinentales, norte-sur, que reviste entre nosotros la vida de la Iglesia.

Es un timbre de honor el que las instancias jerárquicas de la Iglesia Católica en Chile, acordes con el magisterio del Concilio Vaticano II, desde el comienzo de la tramitación parlamentaria, manifestaron su apoyo a una legislación que promoviera jurídicamente el estatus de las demás confesiones religiosas.

La contrapartida, sin embargo, ha sido dispar. El autor ve la marcha de una inteligente revolución cultural, de clara inspiración Gramsciana, para reducir insensiblemente, pero de modo eficaz, la presencia y el influjo de la Iglesia Católica en el ámbito social de la comunidad chilena.

Desde esta perspectiva, el autor asume un acucioso examen exegético de textos normativos recientes, que por momentos llega a ser una delicada filigrana jurídica. Pienso que, incluso quien no comparta su punto de vista, no podrá desconocer lo bien fundadas que están sus observaciones y concordar en que nos hallamos ante un jurista que esgrime con excelencia sus dotes de avezado catedrático del Derecho.

La sólida base constitucional, jurisprudencial y codicial, que fundamenta la condición jurídica de la Iglesia Católica en Chile, es un argumento recurrente a lo largo de estos estudios; sin embargo en cuerpos legales recientemente promulgados, el autor detecta sorprendentes muestras de un cuestionamiento de tal estatuto jurídico. Aduce, además, desconcertantes incongruencias legales que hacen dudar de las ventajas que parecieran haber alcanzado las denominaciones religiosas no católicas en nuestro país.

Los ciudadanos católicos, igual que todos los demás, tienen el deber y el derecho de

promover y defender con medios lícitos, las verdades morales sobre la vida social, el respeto a la vida y todos los demás derechos de la persona humana.

En sede de derecho comparado y con amplio detalle, el Dr. Precht observa que en Chile se ha adoptado, sin ninguna originalidad, un itinerario jurídico de vertiente foránea en materias valóricas, que nos aparece como un “laicismo fundamentalista y de negación cristiana”. Nadie puede ignorar que entre nosotros, el adulterio ha sido despenalizado; se han multiplicado los programas oficiales o con apoyo oficial sobre anticonceptivos; está vigente la comercialización de “la píldora del día siguiente” y un nuevo reglamento sobre esterilización; fue introducido el divorcio, con ocasión del cual se promulgó una nueva ley de matrimonio civil. El aborto no ha sido aún legalizado, pese a intentos por introducir con una amplia acepción el aborto terapéutico. La eutanasia (= sin confundirla con la renuncia al ensañamiento terapéutico, que es moralmente legítima), la eutanasia, digo, la legalización de uniones homosexuales con posibilidades de adopción, han llegado ya al arcótipo de la opinión pública. Lamentables y frecuentes casos de corrupción administrativa y de violencia no son éticamente neutros y revelan una inquietante descomposición social. Verificamos la existencia de un relativismo cultural, cuando se concibe y defiende un pluralismo ético que encierra decadencia, cuando no disolución, de los principios de la ley moral natural. Es dado hallar afirmaciones de personeros públicos que ven en tal pluralismo ético la condición que hace posible la democracia.

La efectiva puesta en marcha del nuevo ordenamiento jurídico sobre libertad religiosa constituye un “test” sobre la verdad de su promoción en la sociedad chilena. Es el desafío que plantean siempre los derechos humanos: más allá de su siempre perfectible formulación legal, lo que está en juego es la concepción que se tenga del hombre, de su naturaleza y del “deber-ser” que deriva de allí, (es decir, el derecho natural) y cuál es el cauce efectivo que se abre a la responsabilidad personal de cada individuo. *A fortiori* vale esta afirmación cuando nos referimos a la libertad religiosa: a su vera se asilan

otros derechos humanos, como la libertad de expresión, de asociación, los derechos familiares, culturales y un amplio campo del que apenas he esbozado algunos ejemplos.

Alguien quizás, pudiera temer escuchar una clarinada llamando a combate. El autor nos previene que, sin duda, este libro va a chocar con el prejuicio subconsciente en quienes piensan que el orden jurídico verdaderamente válido es solamente aquel que dimana del Estado. La historia del siglo XX da la razón a aquellos ciudadanos que se han opuesto a la negación de una norma moral arraigada en la naturaleza misma del ser humano, a cuyo juicio se tiene que someter toda concepción del hombre, del bien común y del Estado.

No creo equivocarme al intuir en la mente del autor una clarinada distinta a la de un combate. Creo escuchar más bien una llamada a la conciencia cívica de los cristianos, protagonistas, como los demás ciudadanos, en la vida pública y política de la sociedad democrática.

El cristiano debe reconocer la legítima pluralidad de opiniones temporales discrepantes en el ámbito de la política partidista, pero también está llamado a disentir de un pluralismo en clave de relativismo moral, nociva para la misma vida democrática: esta necesita fundamentos éticos que por su naturaleza e irradiación en la vida social, no son “negociables”.

Son múltiples los problemas en la vida pública que comprometen exigencias éticas fundamentales para el bien común de la sociedad. No se trata en sí de “valores confesionales”, pues tales exigencias éticas están arraigadas en el ser humano y pertenecen a la ley moral natural. El hecho de que algunas de estas verdades también formen parte de la enseñanza de la Iglesia Católica, no disminuye la legítima laicidad del compromiso de quienes se identifican con ellas. Bien sabemos que la laicidad se refiere en primer lugar a la actitud de quien respeta las verdades que emanan del conocimiento natural acerca del hombre: de este hombre que vive en sociedad. La promoción en conciencia del bien común de la sociedad política no tiene nada que ver con la confesionalidad o la intolerancia religiosa. La laicidad, entendida como autonomía de la esfera civil y política con respecto a la esfera

religiosa (nunca con respecto a la esfera moral), es un valor adquirido y reconocido por la Iglesia Católica y pertenece al patrimonio de civilización alcanzado (cf. G.S p.76).

En las sociedades democráticas todas las propuestas son discutidas y examinadas libremente. Aquellos que en nombre del respeto de la conciencia individual pretendieran ver en el deber moral de los cristianos de ser coherentes con su conciencia, un motivo para descalificarlos políticamente y les negaran la legitimidad de actuar en el ámbito social según sus convicciones acerca del bien común, incurrirían en una forma de *laicismo intolerante*. Desde esta perspectiva, se quiere negar no solo la relevancia política y cultural de la fe cristiana, sino incluso la misma posibilidad de una ética natural: se abriría camino así a una anarquía moral que jamás podría identificarse con forma alguna de legítimo pluralismo. La marginación del cristianismo, por otra parte, no favorecería el futuro de proyecto alguno en sociedad ni la concordia de los pueblos, sino que más bien pondría en peligro los mismos fundamentos espirituales y culturales de la civilización.

El cristiano en la comunidad política es un tema que ya aparece en el siglo II. La llamada "Epístola a Diogneto", de autor desconocido, resuena con ecos de actualidad: "*Los cristianos no se distinguen de los otros hombres ni por su territorio, ni por lengua ni por vesti-*

dos. No habitan en ciudades propias, no usan un lenguaje particular ni llevan una vida especial. Su doctrina no es conquista de genio agitado de hombres indagadores(...). Habitan en ciudades griegas o bárbaras, según lo que a cada uno le toca en suerte y adaptándose a los usos del país en el vestido, en la comida y en el resto del vivir, dan ejemplo de una forma propia de vida que, según confesión de todos, tiene cosas de increíble. Para ellos toda tierra es patria y toda patria es tierra de paso ... Viven en la carne, pero no según la carne. Pasan su vida en la tierra, pero son ciudadanos del cielo. Obedecen a las leyes establecidas, pero con su tenor de vida superan las leyes. Aman a todos y de todos son perseguidos... Por decirlo en una palabra, los cristianos están en el mundo como el alma en el cuerpo".

Esta luz es la que ha de proyectarse sobre el hombre, peregrino de lo Absoluto, y sobre sus derechos y deberes. Ya lo dijo el Maestro divino: "El sábado se ha hecho para el hombre y no el hombre para el sábado". (Mc 2.27) Y antes, como semilla del Verbo, ya lo enseñaba el jurista Hermogeniano, según leemos en el Digestus: "Cum igitur hominum causa omne ius constitutum sit" (=Puesto que todo el derecho existe por servicio al hombre) D.I, 5,2.

FERNANDO RETAMAL

Pontificia Universidad Católica de Chile

LEGARRE, Santiago, *Poder de policía y moralidad pública. Fundamentos y aplicaciones*, Ábaco de Rodolfo Depalma. Universidad Austral, Buenos Aires, 2004.

En *Poder de policía y moralidad pública: Fundamentos y aplicaciones*, el profesor Santiago Legarre, profesor de Filosofía del Derecho y Derecho Constitucional en la Universidad Austral de Buenos Aires, se propone introducir en debate un tema que en primera instancia – en el contexto de nuestras sociedades "modernas" – parece obsoleto: nos referimos a la función estatal de policía respecto a la moralidad pública (aquí el autor siguiendo a Finnis en

Aquinas; clarifica que se refiere al Estado como el cuerpo social en su totalidad y no meramente al gobierno).

En efecto, nuestra sociedad occidental, que con más o menos aplicación práctica en sus instituciones se esgrime como una sociedad liberal, fundada en presupuestos –aún hipotéticamente– contractuales, pareciera que no deja espacio a que el Estado pueda intervenir de modo alguno en ámbitos de la vida

“privada” cuya competencia los individuos –tenedores naturales de una autonomía incondicional y absoluta en el supuesto estado pre-social– se han reservado al momento de “crear la polis”. Sin embargo, en el desarrollo de este estudio, iniciado hace varios años ya en la que fuera la tesis doctoral del profesor Legarre, y gracias a la profusa exposición de antecedentes históricos, doctrinarios y jurisprudenciales, se va haciendo evidente –y esta es una de las tesis centrales y más logradas del libro– que aun en naciones como los EE.UU., la competencia social del Estado para la conducción normativa de los asuntos de moralidad pública nunca ha desaparecido completamente.

Muy por el contrario, el autor –conocedor *in situ* de los sistemas legales norteamericanos– toma dicho modelo del que justamente se pregona con mayor énfasis la supuesta neutralidad moral del Estado respecto a la conducta privada de sus ciudadanos, al modo de la regla áurea de Mill y la permisón de todo lo que no resulte “dañoso a terceros”, para demostrar cómo ha pervivido sin interrupción, ya sea en sus versiones “amplias” o “estrechas”, dependiendo del énfasis que hayan dado las distintas jurisdicciones de la Corte Suprema, la presencia de un poder estatal competente para velar y sancionar el cuidado de la moral en vistas al bien común.

El profesor de la Universidad Austral, confeso seguidor del pensamiento clásico y de lo que él llama “la tradición central de occidente”, discurre en efecto que dicha potestad –y deber– de los Estados se adscribe dentro las funciones naturales del mismo, ya que recogiendo la línea del Estagirita, nos recuerda que las sociedades no son sino una actividad y como tal se distinguen por su fin. Así, la sociedad política entendida como aquel horizonte omnicompreensivo de lo humano, no puede excluir ningún aspecto central del mismo, pues el Estado no es para Legarre, parafraseando a Aristóteles, solo una comunidad de lugar para impedir injusticias recíprocas y con vistas al intercambio mercantil, sino el ámbito principal donde se forma el carácter del ciudadano y donde los hombres han de hacerse hombres buenos.

Esta facultad de tutela moral de quien “tiene a su cargo la conducción de la comuni-

dad hacia el bien común”, nos enseña el autor, no recibió el nombre de poder de policía como un concepto técnico sino hasta avanzada la modernidad, cuando las teorizaciones de finales del siglo XVII culminan en la analogía que hacen Vattel y Blackstone de la autoridad como figura paterna, quien debe cuidar de la felicidad por la nación como objetivo de buen gobierno.

Esta idea de la policía como función de control estatal –por sus príncipes y magistrados– decanta en la creación en Inglaterra de los “*commissioners of police*” cuyo ejercicio de potestades se advierte por ejemplo en la prohibición del duelo, la limitación a la disposición de los pródigos y el uso social de la propiedad o la regulación de los juegos de azar.

En la actualidad, el poder de policía no está menos presente y pervive en el derecho constitucional y administrativo cada vez que los actos libres de un individuo son sancionados o regulados, a pesar de no afectar a un sujeto particular sino que por resultar contrarios a valores como el “bien público” o la “moralidad pública” u otros conceptos afines que, a pesar de las notas eminentemente subjetivistas e individualistas adquiridas por el giro del derecho moderno, han perdurado en nuestros ordenamientos como una suerte de “ecología moral” por parte de la autoridad.

Así, en EE.UU., nos cuenta Legarre, dicha atribución se ha prefigurado en la jurisprudencia como una materia residual de competencia de los Estados de la Unión frente al poder federal, en cuanto facultad de los primeros para restringir derechos individuales no expresamente prohibidos en la Constitución en vistas al bien público. De hecho, fue la Corte Suprema, integrada por el Justice John Marshall en el fallo *Brown v. Maryland* durante el siglo XIX, la que introdujo la concepción de poder de policía como la soberanía de cada Estado para regular dentro de su territorio los asuntos de salud, seguridad y moral pública, etc.

Esta facultad ha sufrido, sin embargo, ampliaciones y disminuciones, como la originada por la llamada revolución de los derechos subjetivos, iniciada por el juez Warren en el caso *Roe v. Wade* al declarar inconstitucionales las legislaciones estatales que penali-

zaban el aborto en el uso de su poder de policía, por violar este, se supone, la libertad de la madre tutelada por la XIV Enmienda, dificultando así su aplicación pero nunca suprimiéndola del todo.

Además del análisis histórico, en este libro Legarre propone una denuncia respecto al absurdo del extremismo positivista del siglo XIX y su aversión a la función prudencial y valorativa del juez, mostrándonos como, por ejemplo, en las disposiciones que la ley fija para el juzgador en el caso de la decisión sobre el futuro de niño abandonado, la autoridad no se puede pretender neutral en su concepción del bien y de la vida buena que ese niño merece. Si bien el autor adscribe entonces a un cierto paternalismo estatal, también es de destacar que respecto a la posibilidad de represión de los “actos inmorales”, el autor destaca la teoría de Blackstone que limita el poder de policía a las obligaciones sociales y a la decencia pública, en la que solo se incluyen los vicios privados que pudieran llegar a ser perniciosos para la sociedad por vía de ejemplo, resaltando su paralelismo con la teoría de Aquinate que aconseja a la ley humana solo prohibir los vicios más graves, aquellos de los que es posible que se abstenga la mayoría y que no redunden en daño a otros, así como aquellos sin cuya prohibición no podría conservarse la sociedad humana.

Habiendo demostrado fehacientemente el autor la vigencia del poder de policía en Norteamérica –aún bajo modalidades “estrechas”– o en la Argentina –y en Chile, agregamos nosotros (piénsese en las innumerables alusiones constitucionales al bien común como fin del Estado, o las limitaciones que en ella se hacen de las garantías individuales en cuanto estas contraríen la moral, el orden público, la seguridad del Estado, la utilidad y la salubridad públicas, etc.)– se pregunta, enton-

ces, cómo se ha de enfrentar por el juez o el gobernante aquella facultad valorativa que obliga a llenar de contenido valórico conceptos aparentemente tan difusos.

Por término de su investigación, y luego de expuesta la necesidad siempre vigente del ejercicio de un poder de policía, el profesor Legarre nos propone la solución que ofrece el tomismo para la clarificación moral de los actos y su concordancia u oposición al bien común. De este modo, el autor, rechazando la decisión de lo moral como resultado formal de principios mayoritarios, silogísticos o consuetudinarios, manifiesta su confianza en la razón humana y en la labor judicial como capaz de determinar en el caso a caso lo justo así como vislumbrar lo “objetivo” de una moral.

Esta solución, que entiende al Estado como un orden sustantivo capaz de conducir a los ciudadanos a la vida buena según sus fines naturales y no como un mero arbitrador entre particulares y facilitador de la consecución de los deseos arbitrarios y contrapuestos de cada individuo, resulta curiosamente, desde mi punto de vista, el punto más débil de este muy buen trabajo. Esto no porque la solución esté errada ni mucho menos, sino porque el autor adscribe a ella de una manera demasiado llana y acrítica, asumiendo como no problemático y sin dar nuevos enfoques al respecto, un modelo de racionalidad que la posmodernidad –exitosamente o no– ha enfrentado con denodado esfuerzo. Hubiésemos deseado aquí cierto desarrollo de sus argumentos, pero es justo decir que la intención del libro no es fijar nuevas razones para una teoría objetiva de la moral, sino fijar la naturaleza del fenómeno del poder de policía sobre la moralidad pública y, esa meta, esta investigación la cumple con creces.

MILENKO BERTRAND-GALINDO A.
Pontificia Universidad Católica de Chile

