

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

2000

DERECHO Y CAMBIOS CULTURALES



SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

ANUARIO DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL
2000

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL
ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL N° 18
2000

Esta obra ha sido impresa con la colaboración de las Facultades de Derecho de las Universidades Adolfo Ibáñez, Austral de Chile, Católica del Norte, Católica de Valparaíso, Central de Chile, de Concepción, de Chile, de Los Andes, del Mar, Diego Portales, Finis Terrae, de la República y de Valparaíso.

Especial mención cabe hacer a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso, en cuyo taller de imprenta, "Edeval", se llevó a cabo la impresión de esta obra.

©

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

I. S. B. N. - 0170 - 17881

Diseño Gráfico: Allan Browne Escobar

Impreso en EDEVAL
Errázuriz 2120 - Valparaíso

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

2000

DERECHO Y CAMBIOS CULTURALES

SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA

JURIDICA Y SOCIAL

DIRECTORIO

(1999 - 2001)

Antonio Bascuñán Rodríguez, Antonio Bascuñán Valdés,
Jorge Correa Sutil, Jesús Escandón Alomar, Pedro
Gandolfo Gandolfo, Fernando Quintana Bravo, Nelson
Reyes Soto, Agustín Squella Narducci y Aldo Valle
Acevedo.

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social tiene
su domicilio en la ciudad de Valparaíso. La correspon-
dencia puede ser dirigida a la casilla 211-V, Valparaíso.

PRESENTACION

Este número del Anuario de *Filosofía Jurídica y Social* corres-
ponde a 2000 y aparece a inicios del segundo semestre de 2001, año este
último en que la Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social cum-
ple 20 años de existencia.

En efecto, nuestra Sociedad fue fundada el año 1981, en
Valparaíso, y celebrará su vigésimo aniversario en el mes de diciembre
de 2001, ocasión en la que contaremos con la presencia de Eugenio
Bulygin, Presidente de la Asociación Internacional de Filosofía del
Derecho y Filosofía Social, de la cual nuestra corporación es una de sus
secciones nacionales a lo largo del mundo.

Por lo dicho previamente, el número próximo del *Anuario de Fi-
losofía Jurídica y Social*, correspondiente a 2001, el cual esperamos en-
tregar en el primer semestre de 2002, será el número de aniversario de
la sociedad, esto es, aquel que dará cuenta de nuestros 20 años de exis-
tencia.

En cuanto al presente número del Anuario, en él, luego de la
habitual sección *Estudios*, se incluye una sección *Ponencias*. En esta sec-
ción se reproducen las ponencias que fueron presentadas en la IV Jor-
nada Chilena de Filosofía del Derecho, que fue organizada por nuestra
Sociedad y por la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. La
mencionada jornada fue convocada con el título "*El derecho en la pers-
pectiva de los cambios culturales*".

ciones dirigidas al monarca, cuando se les abría la puerta que les estaba destinada, debían seguir un largo proceso de tipo burocrático que involucraba a varios secretarios y ayudantes.

Saramago nos quiere decir algo bien claro cuando sitúa al rey junto a la puerta de los obsequios y no al lado de la puerta de las peticiones.

Al situarse junto a la primera de esas puertas, el monarca ciertamente ganaba, puesto que así estaba en mejores condiciones de recibir, acariciar y guardar los obsequios que le eran traídos. Pero, a la vez, el rey perdía, y mucho, porque la tardanza en responder a las peticiones aumentaba el descontento y las protestas del pueblo, lo cual tenía efectos negativos en el flujo de los obsequios que eran llevados al monarca.

Utilizando esas imágenes de Saramago, al Estado y a los poderes públicos que lo conforman hay que sacarlos de la puerta de los obsequios —dejando posiblemente allí sólo al servicio encargado de recaudar los impuestos— y llevarlos a las puertas de las peticiones y las decisiones.

Es en la intersección que forman la puerta de las peticiones y la de las decisiones donde debe estar el Estado.

Por lo demás, cuando los pueblos consiguen ligar bien ambas puertas consiguen tener ese bien que se llama democracia.

Un bien, entre otras cosas, porque la democracia, con todas sus imperfecciones —que las tiene—, es lejos la forma de gobierno que mejor examen ha rendido históricamente en el reconocimiento, consagración y protección efectivas de los derechos humanos.

En consecuencia, quien dé valor a esos derechos continuará teniendo una muy buena razón para preferir la democracia como forma de gobierno de la sociedad.

P O N E N C I A S

veer movilidad social, para proveer desarrollo y redistribución del crecimiento y de la riqueza; en consecuencia, la educación, por sí sola, no resuelve las descompensaciones estructurales en la sociedad, de los cuales la educación no es sino sólo refractaria; la compensación equitativa retarda una solución más integral de la pobreza; el ejercicio ciudadano pleno debe ampararse no sólo en más educación sino en mejores condiciones estructurales que hagan posible todo aquello que el ejercicio de la educación, necesariamente, involucra; por lo tanto, proponemos recuperar el sentido más primigenio de justicia como sustento teórico que respalde y dé cuerpo a las políticas públicas.

En definitiva, concluimos que la equidad, entendida como solidaridad, benevolencia y gracia, no sustituye en ningún caso a la justicia, al contrario su uso en la política pública constituye una falacia que afecta al bien común.

EL DERECHO CHILENO FRENTE AL FACTOR RELIGIOSO: LA POSIBILIDAD DE UN DERECHO ECLESIASTICO DEL ESTADO DE CHILE *

CARLOS SALINAS ARANEDA **

“En la órbita de la Tierra hay perihelio y parhelio: un tiempo de máxima aproximación al Sol y un tiempo de máximo aislamiento. Un espectador astral que viese a la Tierra en el momento en que huye del Sol pensaría que el planeta no había de volver junto a él, sino que cada día, eviternamente, se alejaría más. Pero si espera un poco, verá que la Tierra, imponiendo una suave inflexión a su vuelo, encorva su ruta, volviendo pronto junto al Sol, como la paloma al palomar y el boomerang a la mano que lo lanzó. Algo parecido acontece en la órbita de la historia con la mente respecto a Dios. Hay épocas de *odium dei*, de gran fuga lejos de lo divino, en que esa enorme montaña de Dios llega casi a desaparecer del horizonte. Pero al cabo vienen sazones en que súbitamente, con la gracia intacta de una costa virgen, emerge a sotavento el acantilado de la divinidad. La hora de ahora es de este linaje, y procede gritar desde la cofa: ¡Dios a la vista!” (1).

* Este trabajo forma parte de la investigación Fondecyt 1990614-1999 de la que el autor es investigador principal.

** Profesor en la Universidad Católica de Valparaíso y en la Universidad de Chile.

1. J. Ortega y Gasset, *Dios a la vista*, en *El espectador* VI (1927).

Estas palabras fueron escritas por Ortega y Gasset hace ya bastantes años, concretamente en 1927, y el correr del siglo XX se encargó de demostrar que la visión que el autor tenía al escribirlas estaba muy próxima a la realidad. Porque si algo ha caracterizado al siglo XX, de manera un tanto paradójica si se quiere, ha sido, a despecho del secularismo que ha pretendido extenderse por Occidente, una permanente presencia de lo religioso no sólo como inquietud personal de los individuos, sino como factor de relevancia social que, como tal, no ha podido ser indiferente al derecho de los Estados. En las páginas que siguen pretendo hacer una aproximación genérica al tema, centrando mi atención en aquellos aspectos que, en mi opinión, muestran de manera más relevante el eco que el factor religioso ha tenido en el derecho de los Estados, y las posibilidades que se presentan de cara a los años que se nos vienen por delante. Mi atención se centrará en el derecho de los Estados y no en los derechos confesionales, como el Derecho canónico, el que, con el notable desarrollo que ha tenido en el siglo que ha pasado, es también expresión, si bien en un fuero diverso, de la relevancia que lo religioso ha tenido y está teniendo en el derecho.

I

LA PROTECCION INTERNACIONAL DE LA LIBERTAD RELIGIOSA

1. *Documentos de las Naciones Unidas*

En términos generales, hasta la mitad del siglo XX los derechos humanos eran una materia de competencia exclusiva del derecho interno de cada país, al punto que la intervención de terceros tendía a ser calificada como "una grave e inadmisibile injerencia"⁽²⁾; esto, porque el

2. C. Russo, introducción a L. Bressan, *Libertà religiosa nel diritto internazionale. Dichiarazione e norme internazionali* (Padova 1989) 6, cit por J. Martínez-Torrón, *La protección internacional de la libertad religiosa*, en *Tratado de Derecho Eclesiástico* (Pamplona 1994) 141.

campo de acción del derecho internacional hasta esos años se reducía principalmente a las relaciones políticas o económicas pactadas entre los Estados. Esta situación, sin embargo, experimentó un cambio profundo con lo que fue, quizá, la consecuencia más importante de la segunda guerra mundial en este campo: la creación de la Organización de las Naciones Unidas⁽³⁾. "El derecho internacional adquiría así una nueva dimensión, al determinarse la garantía de los derechos humanos como uno de los empeños característicos de la nueva organización de naciones, por estimar que constituía una de las bases más sólidas sobre las que había de asentarse el proyectado orden internacional cuya construcción se afrontaba entonces"⁽⁴⁾.

Es en este marco general de protección de los derechos humanos donde hay que situar la protección internacional de la libertad religiosa. Esta aparece recogida casi siempre dentro de los documentos generales sobre los derechos humanos, como una de las dimensiones concretas que definen la vertiente jurídica de la libertad del hombre para su autorrealización. De esta manera, hablar de religión es hablar ante todo de libertad religiosa, uno más de los derechos de la persona que la sociedad internacional debe procurar que sean reconocidos y respetados en cada país.

La religión aparece ya mencionada en el documento constitutivo de la ONU, la *Carta de las Naciones Unidas* de 1945⁽⁵⁾. Se propuso en dicha oportunidad que la *Carta* hiciera una referencia expresa a la libertad religiosa y de conciencia, pero su texto se limita a declarar que uno de los objetivos de la nueva organización es el "respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción de raza, sexo, idioma o religión" (art. 1, 3; art. 55, c). Esta par-

3. Sobre la ONU puede verse una visión sintética de su historia y estructura, en M. Medina, *La Organización de las Naciones Unidas. Su estructura y funciones*, 2 ed. (Madrid 1974).

4. Martínez-Torrón (nº 3) 142.

5. Aprobada en San Francisco el 25 de junio de 1945 y firmada al día siguiente; entró en vigor el 24 de octubre de 1945. Ha sufrido algunas modificaciones posteriores tan sólo accidentales.

quedad se explica por la naturaleza misma de la *Carta* que no pretendía ser un texto sobre derechos y libertades.

Estos textos aparecieron con posterioridad como fruto de la actividad de la Comisión de derechos humanos creada en 1946 por el Consejo económico y social en ejecución del art. 68 de la *Carta*: son los tres documentos que han llegado a ser conocidos como el *International Bill of Human Rights*, o Carta de los derechos humanos: La Declaración de 1948 y los dos pactos de 1966, el *Pacto internacional de derechos civiles y políticos*, y el *Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales*.

La *Declaración universal de los derechos humanos* de 1948 recoge con claridad el derecho de libertad religiosa en términos que han constituido la base del tratamiento que la libertad religiosa ha recibido en documentos posteriores tanto internacionales como regionales. Según el art. 18 de la misma "toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia, y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o creencia, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia" (6).

Se trataba de una declaración sin duda importante, pero la Declaración universal carecía de fuerza vinculante, su valor era sólo programático, una mera declaración de principios cuya aplicación práctica quedaba en manos de los Estados nacionales, sin control real por parte de la ONU. De allí que los esfuerzos posteriores de la Comisión de derechos humanos se centraran en la elaboración de convenios que, al tiempo que desarrollaban el contenido de la declaración, implicaran

6. El art. 2,1 reitera que la religión no puede constituir un factor de discriminación en cuanto al disfrute individual de los derechos y libertades proclamados por la Declaración. Ese principio es aplicado expresamente al derecho al matrimonio por el art. 16,1º. Y el art. 26 se refiere al elemento religioso en el marco del derecho a la educación, indicando que uno de los objetivos de la educación será favorecer la comprensión entre los grupos étnicos y religiosos (párrafo 2º), y precisando que los "padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos" (párrafo 3º), con una alusión implícita a la orientación religiosa de la enseñanza que se hará explícita en documentos posteriores.

un compromiso convencionalmente asumido por parte de los Estados firmantes. Finalmente, después de trabajos largos y complejos, se adoptaron en 1966 el *Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales*, y el *Pacto internacional de derechos civiles y políticos* (7). En el primero de ellos, la religión aparece sólo tangencialmente, en tanto conectada con el derecho a la educación (8). El segundo, en cambio, sin perjuicio de repetir lo anterior (art. 18,4º), aborda directamente la cuestión de la libertad religiosa, manteniendo sustancialmente el texto ya citado de la Declaración universal, si bien con algunos matices (art. 18), sin perjuicio de otros artículos que se refieren a la religión (arts. 4, 26, 27).

La novedad de estos pactos no fue sólo una más pormenorizada descripción de los derechos contemplados en la Declaración universal y la inclusión en el Pacto de derechos sociales de algunos derechos no contemplados en la misma, sino, más importante aún, "el esfuerzo de garantías que implicaba su carácter de compromisos asumidos formal y singularmente por cada uno de los Estados partes, y que permitía un

7. Los dos textos fueron adoptados y abiertos a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 16 de diciembre de 1966, entrando en vigor el 30 de enero de 1976 y el 23 de marzo de 1976 respectivamente. El *Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales* entró en vigor internacional para Chile el 10 de marzo de 1972 después del depósito del instrumento de ratificación lo que se hizo el 10 de febrero de 1972; se promulgó por decreto del Ministerio de Relaciones Exteriores N° 326 de 28 de abril de 1989 y fue publicado en el Diario Oficial de 27 de mayo de 1989. El *Pacto internacional de derechos civiles y políticos* entró en vigor internacional para Chile el 10 de mayo de 1972 después del depósito del instrumento de ratificación lo que se hizo el 10 de febrero de 1972; se promulgó por decreto del Ministerio de Relaciones Exteriores N° 778 de 30 de noviembre de 1976 publicado en el Diario Oficial de 29 de abril de 1989.

8. En el art. 13, 1º se repite la mención del fomento de "la comprensión, la tolerancia y la amistad entre (...) todos los grupos raciales, étnicos y religiosos" que ya se contenía en el art. 26, 2º de la *Declaración universal*. Y el párrafo 3º de este último artículo es ahora precisado en el sentido de que "los Estados parte en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales (...) de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones" (art. 13, 4º).

control ulterior de las Naciones Unidas respecto al grado de cumplimiento en los diversos territorios nacionales”⁽⁹⁾.

Con el objeto de desarrollar e impulsar la mayor eficacia práctica de las prescripciones de los Pactos de 1966 sobre el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, la ONU aprobó en 1981 el que hasta el momento constituye el único documento de organizaciones interestatales específicamente destinado a la tutela de la libertad religiosa: la *Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y de discriminación fundadas en la religión o las convicciones* ⁽¹⁰⁾. Los orígenes de la misma se remontan a 1952 cuando la Subcomisión para la prevención de la discriminación y la protección de las minorías, dependiente de la Comisión de derechos humanos, decidió, a propuesta de una organización judía, llevar a cabo un estudio sobre la intolerancia religiosa ⁽¹¹⁾. En su extenso preámbulo se alude a la religión o a

9. Martínez-Torrón (n. 3) 150-51. Desde el punto de vista procedimental, en ambos casos ese control se canaliza a través del envío al Secretario general de las Naciones Unidas de informes periódicos realizados por los Estados sobre las medidas que hayan adoptado para dar efecto a los derechos reconocidos. Por lo que se refiere al *Pacto sobre derechos civiles y políticos*, una descripción del sistema de informes periódicos y una valoración crítica del mismo, en D. McGoldrick, *The Human Rights Committee. Its Role in the Development of the International Covenant on Civil and Political Rights* (Oxford 1991) 62 ss, 98 ss. Este Pacto de derechos civiles, además, ofrece la peculiaridad de disponer de dos mecanismos de protección de mayor fuerza, que se operan a través de un órgano específico, el Comité de derechos humanos. Con todo no estamos ante un mecanismo de protección de los derechos humanos calificable estrictamente de judicial, y el grado de su tutela dependerá, en definitiva, del espíritu de colaboración de los distintos gobiernos y de su sensibilidad frente a la presión de la opinión pública internacional.

10. Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 36/55, de 25 de noviembre de 1981.

11. Para la historia de esta Declaración vid. F. Margiotta Broglio, *Libertà religiosa et relations entre Etat et Eglises. L'Action de l'Organisation des Nations Unies pour l'elimination de toutes formes d'intolerance et de discrimination fondées sur la religion ou la conviction*, en *Las relaciones entre la Iglesia y el Estado. Estudios en memoria del profesor Pedro Lombardía* (Madrid 1989) 183-95.; L. F. Navarro, *Proyectos de Declaración y de Convención internacional sobre eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o creencia*, en *Ius Canonicum* 42 (1981) 809-88.

las convicciones como “uno de los elementos fundamentales” en la vida de las personas, y se insiste en las “guerras y grandes sufrimientos a la humanidad” causados directa o indirectamente por “el desprecio y la violación de (...) la libertad de pensamiento, de conciencia, de religión o de cualesquiera convicciones”. Aunque, como lo expresa su título, la declaración no es estrictamente un documento sobre libertad religiosa, sino sobre intolerancia y discriminación por razón de la religión o las convicciones, la libertad religiosa es objeto de atención directa y detallada desde el mismo artículo 1 ⁽¹²⁾, y por primera vez en un documento internacional se intenta una descripción más o menos pormenorizada del contenido de la libertad religiosa, mediante una enumeración que no es taxativa, sino ejemplificativa (art. 6).

2. *La libertad religiosa en los documentos regionales de protección de los derechos humanos*

Junto a estos documentos de las Naciones Unidas, la tutela de la libertad religiosa en el marco general de los derechos humanos ha sido igualmente abordada por documentos regionales. “No es arriesgado afirmar que, no obstante los ingentes y continuados esfuerzos de las Naciones Unidas al respecto, los instrumentos regionales son los que se encuentran mejor capacitados para desempeñar una más eficaz protección de los derechos humanos. Y ello por dos razones principales. Primero, porque se circunscriben a un ámbito territorial más reducido, con la consiguiente mayor adaptación a unas particulares circunstancias políticas y culturales. Segundo, y sobre todo, porque disponen de mecanismos de aplicación y control más directamente coercitivos, en algunos casos estrictamente judiciales” ⁽¹³⁾. Actualmente existen sistemas regionales de protección de derechos humanos en Europa, América y África.

12. Se recoge en él sustancialmente el contenido del artículo 18 del Pacto sobre derechos civiles y políticos, ante las dificultades para obtener un acuerdo sobre un texto más definido y expresivo.

13. Martínez-Torrón (n. 3) 165.

En 1948, antes incluso de que se proclamara la Declaración universal de derechos humanos de la ONU, aunque influida por sus trabajos preparatorios, la IX Conferencia interamericana aprobaba la *Declaración americana de los derechos y deberes del hombre*, en la que el factor religioso es aludido principalmente en dos ocasiones (14). La *Declaración*, sin embargo, tenía sólo un valor moral, por lo que durante los años siguientes continuaron los esfuerzos por establecer un instrumento más eficaz de protección que llegaría en 1969: la *Convención americana sobre derechos humanos*, o Pacto de San José de Costa Rica (15). En su art. 12 el derecho de libertad de conciencia y de religión viene recogido en términos casi idénticos a los del Pacto de derechos civiles de la ONU, si bien la libertad de pensamiento es incluida en el art. 13, junto con la libertad de expresión. La religión y la conciencia son también mencionadas al definir la noción de trabajo forzoso, excluyendo el servicio militar y, en los países donde se admite la exención por razones de conciencia, el servicio militar sustitutorio (art. 6); y al referirse al derecho de asociación, incluyendo el derecho a asociarse libremente con fines religiosos (art. 16). Lo importante de esta Convención, sin embargo, no es tanto su contenido, que no aporta nada sustancialmente nuevo al Pacto de 1966, sino el hecho de establecer un mecanismo judicial de protección que permite a los Estados y a los individuos presentar denuncias por violación de los derechos reconocidos, y que se centra en torno a dos órganos específicos: La Corte interamericana de derechos humanos, y la Comisión interamericana de derechos humanos.

14. Según el art. 3 "toda persona tiene el derecho de profesar libremente una creencia religiosa y de manifestarla y practicarla en público y en privado". Y el art. 2, relativo a la igualdad ante la ley, indica que toda persona posee "los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna". El art. 22 cita los intereses religiosos entre aquellos que definen el ejercicio legítimo del derecho de asociación.

15. Firmada el 22 de noviembre de 1969, entró en vigor internacional el 18 de julio de 1978; el 21 de agosto de 1990 Chile depositó, con declaraciones, el instrumento de ratificación, entrando en vigor para Chile el 21 de agosto de 1990. Fue promulgado por decreto del Ministerio de Relaciones Exteriores N° 873 de 23 de agosto de 1990, publicado en el Diario Oficial de 5 de enero de 1991.

En cuanto a Africa, el documento más relevante es la *Carta africana de derechos humanos y de los pueblos*, de 1981 (16). El menor desarrollo que caracteriza a los países de este continente hace que en este documento se conceda una cierta prioridad a los derechos económicos, sociales y culturales, frente a los tradicionalmente calificados como civiles y políticos. Con todo, su art. 8 contempla la libertad religiosa, si bien de modo más escueto a lo habitual en este tipo de documentos, indicando que se garantiza "la libertad de conciencia, así como la profesión y la libre práctica de la religión" (párrafo 1), añadiendo que "con reserva del orden público, nadie puede ser objeto de medidas coercitivas dirigidas a limitar la manifestación de estas libertades" (párrafo 2). Por su parte el art. 2 reitera el clásico principio de no discriminación por causa de diversas circunstancias personales, una de las cuales es la religión. A diferencia de la Americana, los medios de control son bastante menos eficientes: esta Carta no prevé la creación de un tribunal, ni la posibilidad de que se presenten denuncias individuales, siendo los Estados los únicos legitimados para presentarlas; además, las decisiones de la Comisión africana de derechos humanos, órgano al que se confía principalmente la aplicación de esta Carta, no son vinculantes para las partes, ni pueden comportar sanción alguna; más bien es un órgano de mediación o conciliación.

En Europa, tras la segunda guerra mundial, se fundó el Consejo de Europa cuya primera realización y, acaso, la más importante, fue la elaboración en 1950 del *Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales*, llamado también el Convenio de Roma (17), sucesivamente completado por diversos protocolos adicionales que han ido ampliando el espectro de garantías individuales. El *Convenio europeo* pretende tutelar sobre todo los derechos llamados civiles y políticos, siendo la religión mencionada principalmente en tres artículos (18). Su rasgo más característico es el eficaz sistema

16. Aprobada en julio de 1981, entró en vigor el 21 de octubre de 1986.

17. Firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, entrando en vigor el 3 de septiembre de 1953.

18. En el art. 9 se recoge el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, en términos casi idénticos a los de la Declaración universal de la ONU.

de protección de derechos que lo acompaña, verdaderamente judicial, y articulado sobre la Comisión europea de derechos humanos y el Tribunal europeo de derechos humanos, ambos con sede en Estrasburgo, junto con las competencias decisorias residuales que se atribuyen al Comité de Ministros del Consejo de Europa, órgano político y no judicial (19).

3. Otros documentos europeos

Además del Convenio de Roma de 1950, la libertad religiosa ha sido contemplada en otros documentos europeos. Algunos de estos se refieren con carácter general a la protección de los derechos humanos, como los procedentes de la Conferencia de Seguridad y Cooperación en Europa. Otros, en cambio, abordan cuestiones específicas relacionadas con el tratamiento de aspectos parciales del hecho social religioso, encontrando sus fuentes en los movimientos europeos, tanto por parte del Consejo de Europa como por parte de las Comunidades europeas.

Especial referencia merecen en los últimos años las iniciativas orientadas a proponer diversas medidas relacionadas con el tratamiento jurídico del fenómeno social conocido con el nombre de sectas o nuevos movimientos religiosos. Se trata de iniciativas promovidas tanto en el marco de las Comunidades europeas como del Consejo de Europa y resultan especialmente interesantes porque han venido a abordar una de las más llamativas manifestaciones que, especialmente en la segunda mitad del siglo XX, ha tenido lo religioso en el mundo occidental, las que, equivocadas o no, constituyen una de las mejores expresiones

y se describen los límites a que puede estar sujeto su ejercicio de manera muy similar a la que más tarde emplearía el Pacto de derechos civiles de 1966. El art. 14, sobre el principio de igualdad, menciona la religión entre las circunstancias personales que no pueden dar lugar a un trato discriminatorio respecto al disfrute de los derechos y libertades recogidos en el Convenio. Y el art. 2 del protocolo adicional primero, al hablar del derecho a la educación, prescribe que el Estado ha de respetar las "convicciones religiosas y filosóficas" de los padres sobre la enseñanza de sus hijos.

19. Para el sistema del Convenio europeo vid. J. M. Morenilla, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos. Ámbito, órganos y procedimiento* (Madrid 1985).

del ansia religiosa del hombre contemporáneo individual y colectivamente considerado.

A pesar de que las soluciones que se han ido proponiendo son de carácter restrictivo, se presentan como un medio de protección de la libertad religiosa, en un doble sentido: por una parte, porque pretenden evitar la manipulación de personas y, por consiguiente, que se respete verdaderamente su libertad de elección en materia religiosa y de conciencia. Por otra, porque se fundan sobre la necesidad de distinguir entre los colectivos religiosos y otro tipo de colectivos, más bien calificables de pseudo-religiosos, nacidos con la finalidad de actuar fraudulentamente al amparo de las ventajas legales que habitualmente conceden a la religión los ordenamientos nacionales.

La primera de estas resoluciones es la resolución del Parlamento europeo, de 22 de mayo de 1984, sobre "una acción común de los Estados miembros de la Comunidad europea en torno a diversas violaciones de la ley cometidas por nuevas organizaciones que actúan bajo la cobertura de la libertad religiosa" (20). No se trata, sin embargo, ni de limitar la libertad religiosa ni de defender a las religiones tradicionales de estas nuevas 'religiones' y formas de espiritualidad, sino de proteger a los ciudadanos de las actividades ilegales de estos grupos; tan es así, que en el propio preámbulo de la resolución se insiste en que "no se pone en cuestión la validez de las creencias religiosas, sino el carácter legal de los métodos para el reclutamiento de nuevos miembros y para el tratamiento reservado a estos últimos". En síntesis, "la resolución constituye un llamamiento a los Estados y a distintos organismos europeos para que efectúen un especial control y análisis de la actuación de las sectas desde la perspectiva de la legalidad vigente, centrado en torno al intercambio recíproco de información, cuya finalidad sería prevenir y, en su caso, castigar la comisión de actos delictivos (sin que, naturalmente, se proponga la creación de tipos delictivos específicos, sino únicamente el empleo de medios especiales de seguimiento para un fenómeno de características también especiales)" (21).

20. Su texto en C. Salinas Aranedo, *Sectas y derecho. La respuesta jurídica al problema de los Nuevos Movimientos Religiosos* (en prensa) apéndice 1.

21. Martínez-Torrón (nº 3) 182.

Como esta resolución terminaba invitando al Consejo de Europa para que se adhiriese, junto a los gobiernos, a los esfuerzos a la protección de las personas "contra las eventuales maquinaciones de estas organizaciones y los daños físicos y psíquicos que provoquen", se presentaron en 1987 dos mociones en la asamblea parlamentaria del Consejo de Europa, la moción Elmquist⁽²²⁾ y la moción Cifarelli⁽²³⁾. La discusión a que dieron lugar ambas mociones y un nuevo informe de 1991 de sir John Hunt, dio lugar a una recomendación de la Asamblea parlamentaria en 1992, complementada de una recomendación del Comité de ministros en 1994⁽²⁴⁾ que considera inoportuno el recurso a una legislación posterior para las sectas y que los problemas originados por ellas deben ser enfrentados con intervenciones de tipo educativo, además de proponer algunas medidas a adoptar. Esta recomendación dio origen a unas observaciones de la Santa Sede⁽²⁵⁾ en las que, además de ensayar una definición del término secta⁽²⁶⁾, consideraba que para abordar el tema era esencial situarse en el terreno concreto de las violaciones de los derechos del individuo y no en un plano teórico o religioso.

El Parlamento europeo intervino nuevamente sobre el tema el 29 de febrero de 1996 con una Resolución sobre las sectas en Europa⁽²⁷⁾. En este documento se reafirma la adhesión a los principios fundadores de los Estados de derecho democráticos, esto es, la tolerancia, la libertad de conciencia y de religión, la libertad de pensamiento, de aso-

22. Su texto en Salinas (nº 21) apéndice 2.

23. Su texto *ibid* apéndice 3.

24. Su texto *ibid* apéndice 4.

25. Su texto en Salinas (nº 21) apéndice 5.

26. Secta sería "un grupo en el cual se practica una manipulación mental susceptible de destruir la persona, la familia... y con implicaciones perniciosas en el plano intelectual, moral o financiero".

27. Su texto en Salinas (nº 21) apéndice 6.

ciación y de reunión. Pero también asume, por una parte, la concreta circunstancia de la muerte de 16 personas en Francia en diciembre de 1995, de las que tres eran niños, lo que ponía de manifiesto las actividades peligrosas de ciertas sectas; y, por otra, que las actividades de las sectas o de asociaciones sectarias son un fenómeno en plena progresión y más y más multiforme en todo el mundo.

Fue una resolución importante entre otras razones, porque distingue entre las sectas peligrosas y las que no lo son, circunscribiendo la actividad fiscalizadora de los Estados a las primeras, de manera de no interferir así con las libertades fundamentales de que han de gozar los hombres solos o asociados cuando sus actividades no entrañan peligro alguno para los hombres, la familia o la sociedad. Por otra parte, es igualmente importante porque el control ya no se limita sólo a las actividades delictivas de algunos miembros de algunas sectas, sino que, la experiencia de los años que han pasado permite afirmar que algunas de ellas son derechamente grupos delictivos.

La última recomendación del Consejo de Europa es de junio de 1999⁽²⁸⁾. En ella el Consejo se mantiene en la inconveniencia de una legislación especial anti secta, y entiende que no es necesario definir lo que son las sectas ni decidir si ellas son o no son religión; con todo, es necesario velar para que las actividades de estos grupos sean en conformidad con los principios de nuestras sociedades democráticas. De allí que entienda que es primordial disponer de una información fiable sobre dichos grupos, que no provenga ni exclusivamente de las sectas ni de las asociaciones de defensa de las víctimas de las mismas, para ser difundida ampliamente en el gran público. Es por lo que, entre otras medidas tendentes a recabar y proporcionar información, propone la creación de un observatorio europeo sobre los grupos con carácter religioso, esotérico o espiritual cuya tarea sea la de facilitar los intercambios entre los centros nacionales.

28. Su texto *ibid* apéndice 7.

4. *Jurisprudencia europea sobre libertad religiosa*

Escasa ha sido la intervención del tribunal de las Comunidades en esta materia, en contraste con la actuación de los órganos judiciales del Consejo de Europa que ha sido más abundante. Esta actuación, sin embargo, no se ha desarrollado con ocasión de flagrantes violaciones de la libertad religiosa, sino más bien a propósito de situaciones en que su ejercicio entraba en colisión con otros intereses jurídicos amparados por los ordenamientos nacionales. Después de cuatro décadas de funcionamiento, "es posible, sin duda, hablar de una no pequeña jurisprudencia sobre libertad religiosa, la cual, pese a sus numerosos aspectos discutibles, ha ido precisando de algún modo las líneas esenciales de ese concepto en el contexto internacional europeo" (29).

5. *Una valoración de conjunto*

El siglo XX ha sido el siglo de la internacionalización de los derechos humanos, lo que, además, se ha planteado acompañado de una mentalidad favorable a su defensa casi universalmente compartida. Se trata, sin embargo, de un acuerdo sentado sobre bases poco sólidas, pues no existe una completa conformidad en cuanto al contenido protegible de cada uno de esos derechos, ni existe tampoco una plena voluntad de respetarlos por parte del poder político y de otras fuerzas sociales operantes en los distintos países. Se trata, pues, de una tarea iniciada y no concluida.

En efecto, "si la idea de fondo es consolidar establemente la paz y cooperación internacionales sobre la base de una común concepción funcional de las libertades personales, el problema estriba... en cómo puede lograrse esa finalidad cuando no se comparte la misma concepción del hombre, ni en el plano político ni, aún menos, en el plano ontológico" (30).

29. Martínez-Torrón (nº 3) 195. Un detenido análisis de esa jurisprudencia *ibid* 193-236.

30. *Ibid* 144.

Otro problema que presenta la libertad religiosa en los documentos internacionales es que desde el primer momento aparece unida a la libertad de pensamiento y de conciencia, tríada que será reiterada en los posteriores documentos internacionales sobre el tema. Esta unión pone de relieve la evidente conexión que existe entre estas tres libertades, pero "lo que no se muestra del todo claro es el preciso concepto jurídico que de cada una de ellas se encuentra en las declaraciones y convenios internacionales" (31), claridad que tampoco ha sido alcanzada por la doctrina que se ha ocupado del tema. Se comprenderá, en consecuencia, las dificultades que esa falta de precisión conceptual produce para la operatividad jurídica de dichas libertades.

Por otra parte, no es adecuado sobrevalorar los logros efectivos y las posibilidades actuales de los mecanismos de protección judicial de la libertad de religión y de conciencia. En el ámbito internacional, esta protección sólo se ha llevado a cabo en el marco de los instrumentos regionales de garantía de los derechos humanos y, más precisamente, en el espacio europeo. Aunque la Convención americana de derechos humanos también dispone de un órgano jurisdiccional para su aplicación, son los tribunales europeos los que se han mostrado sin duda más eficientes en esta tarea, y los únicos que han actuado en temas relativos a la libertad religiosa. Con todo, su actividad rara vez ha llegado a ser decisiva en esta materia, en parte, por las incertidumbres conceptuales de esos organismos respecto a las precisas dimensiones del contenido de la libertad religiosa; y, en parte, por la conciencia de sus limitaciones operativas que les impide actuar con el mismo rigor que los tribunales nacionales en cuanto a la interpretación y aplicación del Convenio europeo.

31. *Ibid*.

CONCORDATOS CON LA IGLESIA CATOLICA Y ACUERDOS CON OTRAS CONFESIONES RELIGIOSAS

1. *Concordatos* ⁽³²⁾

Las relaciones entre la Iglesia católica y los Estados se han plasmado con frecuencia, a través de la historia, en acuerdos o convenios concluidos entre los poderes políticos y las autoridades eclesiásticas. Estos acuerdos, llamados generalmente concordatos, han tenido una finalidad, forma, contenido y características que han variado mucho a tenor de las necesidades y de las circunstancias de cada momento y lugar. No obstante la variedad y heterogeneidad de estos acuerdos, se ha solido utilizar la palabra 'concordato' para designar cualquier tipo de convención entre la Iglesia católica y el Estado, de donde, en términos muy generales, podría decirse con algún autor que concordato "es un acuerdo entre la Iglesia y el Estado por el que se regulan materias que, de alguna forma, afectan o interesan a ambas partes" ⁽³³⁾.

Los concordatos de todos los tiempos tienen de común la voluntad de ambas partes, expresa y solemnemente manifestada, de llegar a un acuerdo en una determinada materia y el compromiso de atenerse a lo convenido obrando en consecuencia. Para exteriorizar y dar firmeza a esa voluntad común, la Iglesia y el Estado han recurrido a instrumentos cuya naturaleza y forma han estado esencialmente condicionadas, no sólo por las ideas vigentes acerca de la Iglesia, la Comunidad política y las relaciones entre ambas, sino también por los conceptos e instituciones jurídicas de la época.

32. Una buena síntesis bibliográfica sobre el tema hasta 1974, en J. Giménez y Martínez de Carvajal, *Los concordatos en la actualidad*, en *Catedráticos de Derecho canónico de universidades españolas*, *Derecho canónico*, 2 ed. (Pamplona 1977) 766-67.

33. Giménez (nº 33) 716.

Se trata de un instituto ampliamente utilizado por la Iglesia católica en sus relaciones con los poderes temporales ⁽³⁴⁾, pero que, especialmente en los años próximos al Concilio Vaticano II, fue abiertamente criticado ⁽³⁵⁾, al punto de que más de alguien entendió que después del Concilio el concordato sería una institución superada por la historia. Los hechos, sin embargo, se encargaron de desmentirlos, pues los acuerdos celebrados por la Iglesia católica con los Estados después del Concilio no han sido pocos ⁽³⁶⁾.

La realidad actual es que el régimen concordatario mantiene una evidente actualidad, y ello con tres características que merece la pena destacar ⁽³⁷⁾: i) lejos de ser un instrumento jurídico de tiempos pasados, los concordatos y convenios análogos constituyen uno de los medios ordinarios de delimitación de competencias entre la Iglesia y el Estado; ii) mientras en épocas pretéritas la casi totalidad de los concordatos fueron concluidos con países católicos, en la actualidad, bajo diversas formas y categorías, los concordatos se abren a Estados separacio-

34. Una relación de los concordatos celebrados por la Iglesia y colección de los mismos en A. Mercati, *Raccolta di Concordati su materie ecclesiastiche tra la Santa Sede e le Autorità civili* (Città del Vaticano 1954) 2 vols.; A. Perugini, *Concordata vigentia notis historicis et iuridicis declarata* (Roma 1950); L. Schöpfer, *Konkordate seit 1800 originaltext und deutsche übersetzung der geltenden Konkordate* (Frankfurt am Main 1964); el mismo, *Neue Konkordate und Konkordatäre Vereinbarungen abschlüsse in den Jahren 1964 bis 1969* (Hamburg 1970); C. Corral Salvador, J. Giménez y Martínez de Carvajal, *Concordatos vigentes* (Madrid 1981) 2 vols.; C. Corral, S. Petschen, *Concordatos vigentes (1981-1995)* (Madrid 1996).

35. Una síntesis de la "problemática" de la institución concordataria y sus consideraciones críticas, en Giménez (nº 33) 746-61. Pueden verse igualmente las interesantes observaciones de Pedro Lombardía, con buenas referencias bibliográficas, en P. Lombardía, *Fuentes del Derecho Eclesiástico español*, en J. M. González del Valle et alii, *Derecho Eclesiástico del Estado Español* (Pamplona 1980) 185-87.

36. Desde 1965, año en que concluye el Concilio Vaticano II, la relación es la siguiente: 1965: Baja Sajonia (concordato); Colombia (concordato). 1966: Baviera (Facultades de Teología); Argentina (de carácter general); Yugoslavia (Protocolo, relaciones diplomáticas); Haití (Protocolo, nombramientos episcopales).

37. C. Corral, *Introducción histórica y panorama actual de los concordatos vigentes*, en Corral-Giménez (nº 35) 61.

nistas ⁽³⁸⁾, confesionales musulmanes ⁽³⁹⁾ y Estados socialistas ⁽⁴⁰⁾; iii) consecuencia de lo anterior es la expansión universal de los convenios de la Santa Sede a lo ancho geográfico del mundo.

La razón de esta pervivencia y expansión radica, por una parte, en que en el nuevo orden internacional la Iglesia puede actuar más de acuerdo con su propia naturaleza, sin una preocupación por asimilarse excesivamente al Estado o Comunidad política de base territorial y sin que el concordato tenga que identificarse, con pérdida de sus rasgos más característicos, a otros acuerdos internacionales más o menos estereotipados ⁽⁴¹⁾. Por otra parte, constituyen una expresión —no la única— de la recíproca autonomía al par que de la mutua colaboración del Estado y la Iglesia en la esfera social e individual del fenómeno religioso ⁽⁴²⁾.

Ahora bien, esta mutua colaboración del Estado y la Iglesia en la esfera social e individual del fenómeno religioso, conservando cada uno la recíproca autonomía, ha trascendido a las tradicionales relaciones entre el Estado y la Iglesia católica, determinando que también el Estado empezara a buscar, a lo largo del siglo XX, pero especialmente en su segunda mitad, la posibilidad primero y la realización después, de acuerdos con confesiones religiosas diversas a la católica.

38. Alemania 1932; Austria 1933; Baden 1932; Baja Sajonia 1965; Baviera 1924; Prusia 1929; Renania-Palatinado 1969 y 1973, Renania del Norte-Westfalia 1956; Sarre 1968 y 1969; Argentina 1957 y 1966; Bolivia 1957, 1958; Ecuador 1937; El Salvador 1968; España 1976; Francia 1921, 1926; Portugal 1940, 1974; Venezuela 1964; etc.. Tomo estas referencias de Corral-Giménez (n° 35) 56-57.

39. Túnez, *modus vivendi* de 1964.

40. Checoslovaquia 1973; Hungría 1964; Yugoslavia 1966.

41. Giménez (n° 33) 761.

42. Corral (n° 38) 61.

2. Acuerdos de cooperación con otras confesiones religiosas

“La libertad religiosa rectamente entendida, esto es, teniendo en cuenta todas sus virtualidades, arrastra tras de sí no sólo la necesidad de su tutela individual sino también la exigencia del establecimiento de relaciones institucionales entre el Estado y las entidades propias de su dimensión colectiva: las confesiones religiosas” ⁽⁴³⁾. Experiencias en este sentido nos ofrece el derecho comparado, particularmente las experiencias española e italiana, más próximas a nosotros, sin dejar de lado la alemana ⁽⁴⁴⁾.

El art. 16 de la Constitución española de 1978 garantiza en su párrafo 1º la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y de las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley. Para hacer efectivo este derecho, el párrafo 3º de este artículo, rechazando la confesionalidad del Estado, impone a los poderes públicos el deber de tener en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y de mantener las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia católica y las demás confesiones. La Constitución española, sin embargo, a diferencia de la Constitución italiana ⁽⁴⁵⁾, no constitucionaliza como forma de cooperación el establecimiento de Acuerdos. Pese a ello,

43. J. Fornés, *El refuerzo de la autonomía de las confesiones en los Acuerdos españoles con confesiones religiosas minoritarias*, en *Ius Canonicum* 34 (1994) 529.

44. J. Rossell Granados, *Los acuerdos del Estado con las Iglesias en Alemania* (Madrid 1997); él mismo, *El sistema de acuerdos Estado-Iglesias en la República Federal de Alemania: su posición en el ordenamiento jurídico*, en J. Martínez Torrón (ed.), *La libertad religiosa y de conciencia ante la justicia constitucional*. Actas del VIII Congreso Internacional de derecho Eclesiástico del Estado (Granada 1998) 787-97; I. Zabalza Bas, *Los concordatos y contratos Iglesia-Estado en el derecho eclesiástico alemán*, en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado* 2 (1986).

45. Constitución italiana art. 8: “Todas las confesiones religiosas son igualmente libres ante la ley. / Las confesiones religiosas distintas de la católica tienen el derecho de organizarse según sus estatutos, mientras no se opongan al ordenamiento jurídico italiano. / Sus relaciones con el Estado se regulan por leyes sobre la base de Acuerdos con los respectivos representantes”.

tanto en el proceso de reforma política como en el proceso constituyente, hubo claras manifestaciones "para considerar los Acuerdos con las confesiones como fórmulas que desarrollan las relaciones de cooperación del art. 16,3^o" (46).

Ahora bien, la exigencia constitucional de mantener relaciones de cooperación con la Iglesia católica y las demás confesiones religiosas "sólo puede ser entendida si se parte de la consideración del fenómeno religioso como factor social específico que el Estado promueve y garantiza porque contribuye a la consolidación del bien social y si las relaciones de cooperación a que se refiere el citado precepto de la Constitución se inscriben dentro del fenómeno general de la participación de los grupos sociales en las decisiones del poder político que les afecten para lograr una mayor efectividad de las medidas adoptadas por los poderes públicos" (47). Por otro lado, "cada vez se va viendo más claro que si muchas de las leyes que aprueba el Parlamento sólo son posibles previos pactos con los más diversos grupos sociales (Sindicatos, Patronales, movimientos culturales e ideológicos no configurados como partidos políticos, etc.), no tiene mucho sentido renunciar al sistema de la legislación pactada precisamente en materia eclesiástica, donde tiene una tradición de siglos y se ha demostrado apto para resolver difícilísimas cuestiones en los más diversos contextos históricos y geográficos" (48).

En cumplimiento del precepto constitucional se han celebrado acuerdos en España con la Federación de Comunidades Israelitas de España, con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España (FEREDE), y con la Comisión Islámica de España (CIE), integrada, a su vez, por la Federación Española de Entidades Religiosas

46. L. Ruano Espina, *Los Acuerdos o Convenios de cooperación entre los distintos poderes públicos y las confesiones religiosas*, en *Revista Española de Derecho Canónico* 53 (1996) 140 p. 160.

47. *Ibid.* 159.

48. P. Lombardía, *Opciones políticas y ciencia del Derecho eclesiástico español*, en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado* 1 (1985) 44.

Islámicas y la Unión de Comunidades Islámicas de España (49). En Italia la figura jurídica utilizada para estos convenios son las *intese*, y se han suscrito acuerdos con la Mesa Valdense, la Unión Italiana de las Iglesias Cristianas Adventistas, las Asambleas de Dios en Italia, la Unión de las Comunidades Israelitas Italianas, la Unión Cristiana Evangélica Baptista de Italia y la Iglesia Evangélica Luterana en Italia. En Alemania los *Verträge* han sido firmados por el Bund con la iglesia evangélico-luterana; y por los Länder con ésta y con otras tales como la Comunidad judía, la Iglesia evangélico-metodista, con la diócesis de la Iglesia ortodoxa rusa, la Iglesia ortodoxa griega, etc. (50).

Aparte de estos acuerdos, existe en España todavía el encargo constitucional a los poderes públicos de promover las condiciones para que la libertad, tanto de los ciudadanos como de los grupos, sea real y efectiva, para lo cual han de remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud. En este encargo constitucional encuentran sus fundamentos otros acuerdos, denominados 'menores', asumidos tanto por la administración central del Estado como por las Comunidades autónomas. Hasta el momento sólo se han firmado con la jerarquía católica, pero ellos están abiertos a las otras confesiones, al menos con aquellas que ya han celebrado un acuerdo de cooperación (51).

49. Lit.: A. Fernández Coronado, *Los Acuerdos del Estado español con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España (FEREDE) y la Federación de Comunidades Israelitas (FCI). Consideraciones sobre los textos definitivos*, en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado* 7 (1991) 541 ss.; D. Basterra, *Acuerdo Estado Español-Federación Evangélica*, *ibid.* 579 ss.; A. C. Álvarez Cortina, *Los Acuerdos con las confesiones religiosas distintas a la Iglesia católica en la doctrina española*, *ibid.* 8 (1992) 567-78; J. Martínez-Torrón, *Separatismo y cooperación en los acuerdos del Estado con las minorías religiosas* (Granada 1994); Ruano (nº 47).

50. La nómina completa en Rossell, *Los acuerdos* (nº 45) 127-36.

51. Ruano (nº 47) 175-86. M. J. Roca, *Naturaleza jurídica de los convenios eclesiásticos menores* (Pamplona 1993); A. Martínez Blanco, *Hacia un Derecho eclesiástico autonómico*, en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado* 4 (1988) 416; él mismo, *El diálogo entre las Comunidades autónomas y las Iglesias regionales y locales*, en *Estudios de Derecho canónico y Derecho eclesiástico en homenaje al profesor Maldonado* (Madrid 1983) 389-437; Mº E. Olmos, *La regulación del factor religioso en las Comunidades autónomas españolas* (Salamanca 1991).

La relevancia de estos acuerdos celebrados por el Estado con otras confesiones religiosas diversas de la católica está de más ponerla de manifiesto. Son, con todo, una expresión más de la relevancia que lo religioso ha tenido en el mundo del derecho y la vitalidad del mismo para encontrar y desarrollar nuevos modelos que permitan la protección efectiva de la libertad religiosa, adecuada a las peculiaridades de cada confesión religiosa. Ya no es lo 'religioso' lo que importa proteger y promover, sino lo religioso tal cual es entendido y vivido por cada confesión. Estoy cierto que esta nueva vía desarrollada por el derecho en los últimos años no está exenta de problemas, uno de los cuales, y no de los menores, es la naturaleza jurídica de los mismos. Pero me interesa destacar su existencia y el desarrollo creciente que están llamados a tener, no sólo en los países que ya los contemplan, sino como un modelo válido a imitar, guardando las peculiaridades de cada ordenamiento.

III

EL DERECHO ECLESIASTICO DEL ESTADO

En este intento por mostrar la relevancia que en el derecho de la segunda mitad del siglo XX ha tenido el factor religioso en su dimensión social, me he referido hasta el momento a normas jurídicas, internacionales o nacionales, pero normas al fin. No ha sido, sin embargo, el único eco que lo religioso ha tenido en el mundo de lo jurídico, pues también la doctrina ha jugado un papel lo suficientemente relevante como para haber dado ocasión al surgimiento de una nueva rama del ya frondoso árbol del derecho, en concreto, el Derecho eclesiástico del Estado.

Aun cuando la denominación de Derecho eclesiástico se aplicó en épocas pasadas al Derecho canónico, la misma se fue perfilando, después de una interesantísima evolución⁽⁵²⁾, hasta designar en la actualidad al derecho de los Estados que regula el factor religioso de sus ciudadanos en su dimensión social. Tres han sido los países europeos

52. C. Salinas, *El nacimiento de una nueva rama del derecho: el Derecho Eclesiástico del Estado*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 21 (2000) en prensa.

que más han contribuido a la configuración de esta disciplina, existiendo una suerte de continuidad entre ellos: Alemania, Italia y España, debiendo mencionarse igualmente el caso de Austria. "Cuando se contempla la evolución de la disciplina eclesiasticista en nuestra Universidad durante los últimos años, una de las primeras conclusiones que pueden obtenerse es que, parafraseando a Jemolo, el derecho eclesiástico español es, paradójicamente, una disciplina eminentemente italiana. Con ello quiero decir que en España se ha producido un fenómeno análogo al que tuvo lugar en Italia en relación con la asimilación de la metodología de la ciencia jurídica alemana. Como se ha afirmado, los eclesiasticistas españoles son herederos de la doctrina italiana, a su vez deudora de la canonística alemana"⁽⁵³⁾.

La producción científica de esta nueva rama del derecho es notable a pesar de sus cortos años de existencia, para centrarnos sólo en España, donde la progresiva fuerza que ha cobrado este sector desde mediados de la década de los setenta del siglo XX ha tenido como primeros protagonistas a quienes en aquellos momentos desempeñaban la docencia universitaria del Derecho canónico⁽⁵⁴⁾. Muestra de esta vitalidad es que en tan breve tiempo se hayan publicado un tratado⁽⁵⁵⁾ y once manuales sobre la especialidad, algunos de los cuales han conocido varias ediciones y reimpressiones⁽⁵⁶⁾, a lo que hay que agregar un buen número de colecciones de normativa eclesiástica del Estado español⁽⁵⁷⁾. Completan lo anterior el progresivo aumento de escritos de

53. J. Martínez-Torrón, *Religión, derecho y sociedad. Antiguos y nuevos planteamientos en el Derecho eclesiástico del Estado* (Granada 1999) 16, quien cita a J. M. González del Valle, *Derecho eclesiástico español* (Madrid 1989) 56.

54. Martínez-Torrón, *Religión* (nº 54) 61.

55. Instituto Martín de Azpilcueta, Facultad de Derecho Canónico Universidad de Navarra, *Tratado de Derecho Eclesiástico* (Eunsa, Pamplona 1994).

56. La relación de los mismos en Martínez-Torrón, *Religión* (nº 54) 65-66 nº 8.

57. La relación de las mismas *ibid* 66-67 nº 9.

eclesiasticistas españoles publicados tanto en España ⁽⁵⁸⁾ como en el extranjero ⁽⁵⁹⁾, a los que se suma la atracción que muchos aspectos de la temática eclesiasticista ha despertado en estudiosos de otras ramas del derecho ⁽⁶⁰⁾, aparte del tradicional interés de civilistas y procesalistas hacia los efectos civiles del matrimonio canónico. Este panorama no quedaría completo si no mencionamos el *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, voluminosa publicación que desde 1985 viene recogiendo la investigación especializada en esta rama del derecho ⁽⁶¹⁾, sin contar con las publicaciones que se hacen en las dos revistas canónicas españolas ⁽⁶²⁾, y la celebración periódica de un congreso internacional de Derecho eclesiástico, cada vez organizado por una universidad española diferente, que reúne a la casi totalidad de los cultivadores de la disciplina en España y a un número creciente de especialistas extranjeros ⁽⁶³⁾.

-
58. La literatura es muy amplia. Puede verse la relación bibliográfica que para cada año aparece en la *Revista Española de Derecho Canónico*.
59. Una aproximación a estos títulos en Martínez-Torrón, *Religión* (nº 54) 67 nº 10, 11.
60. Una muestra de esta literatura en Martínez-Torrón, *Religión* (nº 54) 69 nº 13.
61. Fue editado por la Universidad Complutense de Madrid y Edersa entre 1985 y 1995. Desde 1996 lo edita el Ministerio de Justicia en colaboración con la misma Universidad Complutense.
62. *Revista Española de Derecho Canónico* (Salamanca) y *Ius Canonicum* (Pamplona).
63. Hasta 1999 se habían celebrado ocho de estos congresos. La relación de sus actas en Martínez-Torrón, *Religión* (nº 54) 63 nº 4.

IV

HACIA UN DERECHO ECLESIASTICO DEL ESTADO DE CHILE

1. *La autonomía científica del Derecho eclesiástico*

En las páginas que anteceden he intentado mostrar algunos de los reflejos que en el mundo jurídico ha tenido en la actualidad el factor religioso. Lo he hecho en términos generales, mirando más allá de nuestras fronteras. Momento es que centremos nuestra atención en Chile.

Que el factor religioso ha tenido relevancia en nuestra patria es un hecho evidente, sin que para ello tengamos que remontarnos al siglo XIX en el cual rigió el sistema de confesionalidad y de patronato consagrado por la Constitución de 1833, con precedentes en las constituciones y ensayos anteriores. Si bien la Constitución de 1925 consagró la separación entre la Iglesia y el Estado, en ella misma lo religioso tuvo relevancia al punto que expresamente se hace referencia, por ejemplo, a los concordatos, sin contar con la invocación inicial con la que se inicia el mismo texto constitucional. Un rápido repaso de la legislación vigente muestra un abundante número de normas que regulan aspectos diversos de la incidencia del factor religioso en nuestra sociedad y que nuestro derecho ha considerado adecuado regular, normas que se encuentran no sólo en los Códigos, sino entre las normas legislativas y reglamentarias.

Si del ámbito normativo pasamos al jurisprudencial, la realidad no es muy diferente y nos encontraremos con sentencias referidas a aspectos del factor religioso tanto en la jurisprudencia judicial como administrativa.

Y algo parecido pasa con la doctrina, si bien los autores han abordado aspectos de lo religioso cada uno desde sus respectivas especialidades jurídicas. Por lo general, sin embargo, se trata de problemas puntuales que han merecido su atención, sin que la incidencia de lo religioso en el derecho haya sido hasta ahora abordada en Chile de manera global y sistemática. Con todo, la literatura producida después de la Constitución de 1925 no es desdeñable, destacando algunos problemas

específicos que, dadas las circunstancias históricas, han interesado más, como el de la personalidad jurídica de la Iglesia católica después de la dictación de la Constitución de 1925, y últimamente lo referido a la recién publicada ley que regula la concesión de personalidad jurídica a las confesiones religiosas comúnmente denominada Ley de iglesias. De esta manera, hasta ahora no ha habido un Derecho eclesiástico del Estado de Chile y quizá sea hora de abordarlo.

Un problema que puede plantearse al respecto, y que ya se ha planteado en otros países, es el de la autonomía científica de la disciplina. Para algunos juristas esta rama autónoma del Derecho carecería de justificación, pues las disposiciones estatales relativas a la vida religiosa serían objeto de estudio de distintas ramas del Derecho público o privado. De hecho, una rama de la ciencia jurídica dedicada al estudio de la regulación de la materia religiosa, no existe en los países anglosajones, ni en algunos países europeos de notable tradición jurídica como Francia y Bélgica. De esta manera al Derecho constitucional correspondería el estudio del derecho de libertad religiosa de los ciudadanos y de las relaciones del Estado con las confesiones, aspecto este último que se relacionaría con el Derecho internacional público si median instrumentos bilaterales de derecho público externo. La materia relativa a la protección y control de los ministros, lugares y ceremonias de culto y al régimen de los entes eclesiásticos sería de competencia del Derecho administrativo. Los delitos relacionados con la ofensa al sentimiento religioso de los ciudadanos sería materia exclusiva del Derecho penal. Las ayudas económicas del Estado a las confesiones, y las exenciones fiscales que se les concedan serían materia del Derecho tributario; etc. (64).

En verdad, "las fundamentales razones que pueden aducirse a favor de la autonomía científica del Derecho Eclesiástico son, en definitiva, las mismas que pueden aducirse a favor de la autonomía de las distintas ramas que se van desgajando del añoso árbol del *Ius commune*, como consecuencia del proceso de progresiva especialización que se va produciendo debido al avance técnico de los estudios jurídicos. Proceso de especialización, indiscutiblemente positivo, en la medida en que no

64. P. Lombardía, *El Derecho eclesiástico*, en J. M^a González del Valle et alii, *Derecho eclesiástico del Estado español* (Pamplona 1980) 27.

lleve a perder de vista la unidad fundamental del ordenamiento jurídico y de las ciencias que lo estudian" (65).

Por de pronto, no constituye un obstáculo al reconocimiento de la autonomía científica del Derecho eclesiástico el que éste carezca de autonomía legal o legislativa, pues "la autonomía legal ni es condición necesaria para la autonomía científica y ni siquiera, por sí misma, suficiente" (66). De hecho, en la ciencia jurídica contemporánea, el tema de la llamada autonomía legal y el mito de las codificaciones ha perdido todo su sentido (67). En efecto, "la individualización y distinción de los varios brazos jurídicos es siempre meramente convencional y, por tanto, las diversas ramas del Derecho público o privado no constituyen ya compartimentos estancos bien delimitados en su ámbito y en sus confines y herméticamente cerrados a cualquier interferencia e influencia exterior. Al contrario, repercuten entre sí continuamente, se incluyen recíprocamente y recíprocamente presentan principios, elementos, institutos y normas comunes" (68). Como bien lo ha apuntado Lombardía, perder de vista esto podría llevar a dudar de la autonomía del Derecho administrativo o a imaginar que se puede conocer en serio lo que es la propiedad hoy en el derecho chileno, mediante el atento estudio del Código civil, pero dejando de lado la legislación especial.

"La autonomía de una ciencia jurídica puede encontrarse siempre que un conjunto de normas llegue a un desarrollo tal que se destaque y desvíe del ordenamiento originario, dando vida a un sistema completo, destinado a regular una especial categoría de relaciones que se concreta precisamente en un derecho especial" (69). Y, como lo ha escri-

65. *Ibid* 29.

66. A. Bernárdez Cantón, *Problemas generales del Derecho eclesiástico del Estado*, en *El fenómeno religioso en España. Aspectos jurídico-políticos* (Madrid 1972) 63.

67. Lombardía, *El Derecho* (n° 65) 29.

68. P. A. D'Avack, *Trattato di diritto ecclesiastico italiano. Parte generale*, 2 ed. (Milano 1978) 14, cit. por Lombardía, *El Derecho* (n° 65) 29-30.

69. Gismondi, *Lezioni di diritto ecclesiastico* (Milano 1975) 12 cit. por Lombardía, *El Derecho* (n° 65) 30.

to Bernárdez ⁽⁷⁰⁾ para el Derecho eclesiástico español, la autonomía del Derecho eclesiástico va a depender de que sea posible "una sistematización científica, unitaria y complexiva tanto por la significación del objeto cuanto por la posibilidad de que las diversas regulaciones que el ordenamiento otorga al tema religioso obedezcan a unos principios informadores, cuya indagación debe constituir cometido de esta rama científica".

No basta, pues, que el Estado regule la dimensión social de la vida religiosa, si a ella le son aplicables normas comunes a otras manifestaciones de la dinámica social. Hace falta, además, "que en un determinado ordenamiento estatal el fenómeno religioso tenga una regulación propia y específica; es decir, que sea objeto de un Derecho especial, que venga a regular un conjunto de hechos sociales agrupados bajo este específico punto de vista y que resulte diferenciado del derecho más general, tomado bajo un concepto en el cual no entra como criterio de calificación la religiosidad" ⁽⁷¹⁾.

El ordenamiento jurídico chileno cuenta con una apreciable masa normativa que regula materias de Derecho eclesiástico. Existe, pues, un derecho especial relativo al factor religioso, cuyas normas tienen una peculiar significación, por responder, a mi parecer, a unos principios informadores que, a su vez, reclaman ulteriores desarrollos legislativos. Precisar cuáles sean esos principios informadores me parece que es una de las tareas prioritarias, pues a la luz de los mismos se podrá advertir con claridad que el Derecho eclesiástico chileno es susceptible de tratamiento como rama autónoma de la ciencia jurídica.

2. *La laicidad del Estado*

Cabe, en todo caso, centrar todavía la atención en un tema que, si bien tangencial, no deja de tener implicancias para nuestro intento: hay quienes podrían ligar el desarrollo del Derecho eclesiástico a unos presupuestos políticos determinados, al margen de los cuales la disci-

70. Bernárdez (n° 67) 67.

71. D'Avack (n° 69) 15.

plina dejaría de tener sentido. En concreto, en aquellos países, como el nuestro, en los que ha arraigado en profundidad el principio liberal de la separación entre la Iglesia y el Estado, la materia religiosa ha de ser regulada por el derecho común, careciendo de sentido, por ende, el estudio del Derecho eclesiástico como rama autónoma de la ciencia jurídica.

Dicho en otras palabras, el desarrollo de esta disciplina sería indicio de que en un determinado país, el Estado no habría adoptado una actitud separatista, sino jurisdiccionalista, dirigida, "bien a favorecer, bien a obstaculizar y vincular la vida de las confesiones religiosas, pero en todo caso tendente a no ignorarlas y a no dejarlas confundidas con las demás formaciones sociales, ni sometidas al derecho común" ⁽⁷²⁾. Por el contrario, la tendencia a someter la vida de las confesiones religiosas al Derecho común, con la consiguiente desaparición del Derecho eclesiástico entendido como derecho especial, sería la lógica consecuencia del agnosticismo y la neutralidad del Estado en materia religiosa, una de las más valoradas características de los Estados democráticos occidentales. Como bien lo señala Lombardía ⁽⁷³⁾, "quien se sitúa en esta línea de razonamiento, basta que ceda un poco a la tentación de la retórica para que termine afirmando que el Derecho eclesiástico es una rama de los estudios jurídicos que si conserva aún una existencia residual, es como consecuencia de la marginal supervivencia de algunas actitudes políticas, propias más bien de los Estados confesionales del Antiguo Régimen".

No parece que pueda dudarse que la afirmación de las democracias de inspiración liberal y la práctica universalización en ellas de la aconfesionalidad del Estado, ha traído consigo una notable reducción de la intervención normativa estatal relativa a materias religiosas, si la comparamos con la que existía en los estados regalistas absolutos del siglo XVIII e, incluso, en los estados liberales del siglo XIX. Esto es algo que en Chile se ha experimentado vivamente, tanto mientras formó parte de la monarquía española, como después de la independencia, al

72. D'Avack (n° 69) 16.

73. Lombardía, *El Derecho* (n° 65) 31-32.

punto que puede hablarse del Estado de Chile decimonónico como un 'Estado misional' en materia religiosa.

Sin embargo, me parece que una cosa es la actitud dogmática por parte del Estado, acerca de los contenidos de las creencias religiosas, y otra muy diversa es la sensibilidad que ha de tener para captar las peculiares características del fenómeno social religioso, presupuesto imprescindible para que pueda tutelarse la libertad, que para manifestarse le compete en el contexto de una democracia pluralista. Me parece evidente que en la actualidad los Estados democráticos occidentales se consideran incompetentes para emitir juicios de valor acerca de la veracidad o falsedad de las doctrinas de las distintas Confesiones y tienden a desvincularse de lazos derivados de la consideración de una determinada Confesión como Religión oficial del Estado. Este proceso de aconfesionalización puede considerarse prácticamente concluido en los países de tradición católica, aunque todavía existen notables manifestaciones de confesionalidad en algunos países democráticos de tradición protestante, como Gran Bretaña o Suecia, si bien esta confesionalidad reviste más bien características preferentemente rituales y simbólicas que, explicables históricamente, poco influyen en la inspiración doctrinal del Estado y cada vez menos afectan la igualdad jurídica de los ciudadanos. Distinto y de difícil comprensión es el mundo islámico que en 1979 protagonizaba en Irán una revolución con pretensiones de instaurar una república coránica (74).

Pero lo anterior no implica que los Estados democráticos tengan que prescindir de la regulación jurídica de la dimensión social de la vida religiosa. Por el contrario, como hemos visto en las primeras páginas de este trabajo, las Declaraciones de derecho reclaman unánimemente la tutela de la libertad religiosa, "derecho habitualmente reconocido en las Constituciones de los Estados, cuya eficaz protección no puede llevarse a cabo prescindiendo de los peculiares matices de la dinámica de la vida religiosa y de otros muchos aspectos de la vida social, lo cual difícilmente puede lograrse sin un Derecho especial, que en mayor o menor medida y en congruencia con las características de los distintos

74. Lombardía, *El Derecho* (n° 65) 32-33.

sistemas jurídicos, se da en todos los países" (75). Es por lo que, independientemente de que el Derecho eclesiástico se cultive como una rama autónoma de la Ciencia jurídica, la existencia de la legislación eclesiástica —derecho especial relativo al factor religioso— es un fenómeno prácticamente universal.

La existencia de esta legislación no significa, sin embargo, una eficiente tutela de la libertad religiosa, pues, los conceptos de 'neutralidad del Estado' o 'laicidad del Estado', interpretados o aplicados de manera incorrecta en la práctica, pueden acarrear problemas de insuficiente tutela de esta libertad. Ello sucede cuando, por ejemplo, la libertad religiosa es concebida como una concesión del Estado al ciudadano —no como una exigencia de la dignidad de la persona humana que precede todo derecho positivo—, o bien cuando el concepto de 'laicidad' se entiende o se convierte de hecho en 'laicismo', es decir, en una actitud negativa, de desprecio agnóstico de las creencias religiosas, consideradas como fenómenos anticientíficos, fruto del escaso progreso social y desarrollo cultural. En estos supuestos, la 'neutralidad' o la 'laicidad' del Estado no serían equivalentes a Estado 'aconfesional' —lo que sería correcto— sino a Estado 'anti-confesional', actitud por lo menos poco respetuosa de la dignidad personal de los creyentes y del derecho a la libertad religiosa (76).

V

EN SUMA

Llegados al final de estas páginas en las que he intentado presentar al menos algunos de los elementos que permiten afirmar la relevancia jurídica de lo religioso en lo que fue el siglo XX, me parece que la misma relevancia puede predicarse en el derecho chileno. Este "fe-

75. *Ibid* 33.

76. J. Herranz, *La libertad religiosa: tres preguntas*, en *Actas del Congreso Latinoamericano de Libertad religiosa* (Lima 2000) en prensa.

nómeno prácticamente universal" (77) que es la legislación eclesiástica, es también un fenómeno chileno. Quedan, empero, muchas cosas por delante, la principal de las cuales quizá sea, a partir de esa legislación y a la luz de la experiencia comparada, el desarrollo en nuestra patria de esa novel rama jurídica que es el Derecho eclesiástico del Estado, derecho llamado a regular la libertad que todo hombre necesita para hacer vida aquellas palabras que hace ya muchos siglos escribiera Agustín de Hipona al comenzar sus Confesiones: "Nos has hecho para Ti, Señor, y nuestro corazón está inquieto hasta que no descanse en 'Tí'".

77. Lombardía, *El Derecho* (n° 65) 34.

INFLUENCIA DE LA CONVENCION SOBRE LA ELIMINACION DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACION CONTRA LA MUJER EN LA LEGISLACION CHILENA

MARIA SARA RODRIGUEZ PINTO *

I Introducción

El propósito de esta ponencia es presentar en este círculo algunos resultados de una investigación que he venido realizando sobre el impacto de la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (conocida por sus siglas en inglés CEDAW) en el Derecho chileno. Me parece que la materia puede sugerir interesantes reflexiones relacionadas con el tema de convocatoria de estas jornadas "El Derecho en la perspectiva de los cambios culturales". Con todo, debo prevenir a los presentes que mi perspectiva es la del Derecho positivo, escenario tal vez alejado del nivel de fundamentación de las instituciones en que se sitúa la Filosofía del Derecho. Por eso, al presentar entre Uds. los resultados de estos estudios, sólo pretendo ofrecer una plataforma de reflexión para los estudiosos de las tendencias que sustentan los cambios culturales y legales. En este sentido agradezco muy sinceramente a esta Casa de Estudios la audiencia que me ofrece.

* Profesora de Derecho Civil en la Universidad de los Andes.