

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

2004

ESTUDIOS Y TESTIMONIOS
PARA LA DISCUSIÓN



SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



ANUARIO DE FILOSOFÍA
JURÍDICA Y SOCIAL
2004

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFÍA
JURÍDICA Y SOCIAL

ANUARIO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL Nº 22
2004

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

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 este volumen.

©

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

I. S. B. N. — 0170 — 17881

Diseño Gráfico: Allan Browne Escobar

Impreso en EDEVAL
Errázuriz 2120 - Valparaíso
E-mail: edeval@uv.cl

ANUARIO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL

2004

ESTUDIOS Y TESTIMONIOS PARA LA DISCUSIÓN

SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL



SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFÍA
JURÍDICA Y SOCIAL

DIRECTORIO
(2003 - 2005)

Antonio Bascañán Rodríguez, Antonio Bascañán
Valdés, Jesús Escandón Alomar, Pedro Gandolfo
Gandolfo, Joaquín García-Huidobro Correa,
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
correspondencia puede ser dirigida a la casilla 3325,
Correo 3, Valparaíso, o al correo electrónico
asquella@vtr.net

PRESENTACIÓN

El presente número del *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* corresponde a 2004 y, en su parte principal, contiene 13 estudios sobre los temas que pueden ser consultados en el índice. De esos *Estudios*, destacamos “Formación de conceptos y aplicación del derecho en el Derecho Penal”, de Max Grünhut, traducido por José Luis Guzmán Dálvora, y “Creación judicial del derecho y seguridad jurídica”, de la profesora de la Universidad Carlos III de Madrid, María Isabel Garrido.

A continuación de *Estudios*, la sección *Testimonios* incluye la traducción castellana de “Religión y religiosidad”, de Norberto Bobbio, que efectuó para nuestra publicación el profesor de la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso, Aldo Topasio. La siguiente sección, *Presentación de Libro*, incluye el texto que el sociólogo Ernesto Ottone leyó con motivo del lanzamiento de “Norberto Bobbio: un hombre fiero y justo”, de Agustín Squella, que Fondo de Cultura Económica publicó en 2005.

Por último, la sección *Recensiones* incluye reseñas de libros recientes de Alasdair MacIntyre, Robert Dahl y Santiago Legarre.

Cabe anticipar que el número de nuestro Anuario correspondiente a 2005 aparecerá en octubre de 2006 e incluirá la versión escrita de las ponencias que autores chilenos presentaron en 2004 en la Primera Jornada Argentino Chilena de Filosofía del Derecho y Filosofía Social, que tuvo lugar ese año en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. En octubre de 2006 tendrá lugar la segunda de tales jornadas, en Santiago, con el auspicio de la Universidad Diego Portales. Interesados en participar en ella pueden dirigirse a asquella@vtr.net

De esta manera, a través de publicaciones y jornadas, la Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social procura cumplir los objetivos que se puso al constituirse como tal en 1981.

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

RECENSIONES

ordenamiento, y del *telos* de los mismos. En síntesis, a mi juicio, quien quiera dar cuenta sería del estado de la cuestión en el pensamiento filosófico contemporáneo, no puede excusarse de omitir al autor de este libro, y la primera traducción castellana para esta obra puede ser un excelente marco introductorio.

Ian Henríquez Herrera

SANTIAGO LEGARRE: *Poder de Policía y moralidad pública. Fundamentos y aplicaciones*. Editorial Ábaco, Buenos Aires, 2004.

Tengo el profundo gusto de comentar en estas líneas la nueva obra de un joven jurista cuya seriedad intelectual y dedicación académica resultarán patentes para el lector que se atreva a recorrer junto a Legarre los vericuetos de la noción de poder de policía, desde sus fundamentos filosóficos, pasando por su desarrollo histórico en el derecho anglosajón, su vinculación estrecha con la moralidad pública, hasta llegar a una interesante propuesta interpretativa del art. 19 de nuestra Constitución —como capítulo complementario y, yo diría, a modo de necesario epílogo de la obra—.

La importancia de la temática elegida, y el mérito del resultado final, han sido destacados ya por los importantes autores que han comentado la obra anteriormente —Walter Carnota, Eugenio Palazzo, Javier I. Barraza— como así también por su prologuista y co-director de tesis, Néstor Sagüés. No puedo menos que adherir por sincera convicción a lo que hasta ahora se ha dicho al respecto. Es importante recordar que la obra comentada tiene su origen inmediato en la tesis doctoral del autor, quien prefirió —por razones suficientemente explicitadas en la introducción del libro— centrar su foco analítico en la vinculación existente entre poder de policía y moralidad pública en el derecho constitucional estadounidense.

Lo primero que llama la atención del lector es la adecuada estructuración elegida por el autor. Los objetivos perseguidos al iniciar la investigación quedan claros al leer las primeras páginas, y la hilación de los temas permite al lector —aún al no iniciado en las cuestiones

filosóficas que el tema central presupone— ir familiarizándose con conceptos que luego devienen en fundamentales para comprender el prolijo *racconto* histórico efectuado por Legarre, como así también sus propias posiciones frente al tema. Debe aclararse de entrada que no se trata de una obra valorativamente neutra, o puramente descriptiva de la problemática. Por el contrario, las bases filosóficas del autor asoman —a veces más tímidas, en ocasiones con mayor exposición, pero siempre firmes— a lo largo de sus páginas. Claro que —y aquí hay un mérito y una muestra de honestidad intelectual—, Legarre no intenta ocultarlo en ningún momento. El lector sabe desde sus primeros escauceos con el libro, desde qué óptica está enfocado el problema.

El capítulo primero aborda el tratamiento de lo que es previo desde el punto de vista lógico: el análisis del sustento filosófico del poder de policía, en lo que Legarre llama “la tradición central del pensamiento político occidental”. Así, efectúa la obra precisiones terminológicas respecto al término “estado”, sus diversas acepciones, y las vinculaciones —y diferencias— entre lo político, lo público y lo social. Resulta de interés la referencia, bien que tangencial, a las relaciones entre sociedad política y el hoy tan en boga concepto de sociedad civil. Analiza seguidamente los fines del Estado, con importante apoyo en Aristóteles y Santo Tomás, y avanza sobre los fundamentos de la autoridad estatal. Así, se rastrea en el mismo Aristóteles una cierta paternidad de la idea de policía, o mejor, como lo expresa el autor “de una cierta continuidad entre los elementos de la teoría política aristotélica... y las características del poder de policía tal como emergió en la modernidad” (1). El manejo de las fuentes demuestra una concienzuda investigación, como así también el uso adecuado de la filosofía en obras de derecho constitucional (2).

Debo admitir que me produce cierta incomodidad el “perfeccionismo” y, en una medida un tanto menor, el “paternalismo” que —como bien señala Legarre— son atribuibles a las posiciones aristotélicas y

1. La referencia corresponde a la página 66 de la obra comentada.

2. Sin caer, por cierto, en ninguno de los vicios comunes a muchas tesis y denunciados por Carnota. CARNOTA, Walter, Tesis pseudos-filosóficas, Columna de opinión, Diario La Ley. 19/11/2004, p. 1.

filmerianas recordadas en el texto (3). Muy lejos me encuentro de ser un especialista en el tema —apenas un lector curioso de estas temáticas—, pero creo que puede ser uno de los puntos más débiles del poder de policía en materias de moralidad pública, ante un ataque argumentativo “liberal” (4). Es bastante claro que sostener la existencia de una autoridad regulatoria estatal en materias de moralidad pública, lleva muy fácilmente a justificaciones teñidas de “perfeccionismo” y/o “paternalismo”, más allá de que se prescinda de las fundamentaciones aristotélicas en cuestión. No es el lugar de entrar a señalar las posibles debilidades de dichas posturas, pero creo que merecen cuando menos un concienzudo análisis para determinar si es correcto admitirlas como justificaciones de atribuciones estatales restrictivas de la esfera de libertad de las personas y, en su caso, en qué medida pueden ser consideradas razones válidas.

El capítulo segundo se ocupa de mostrarnos en un pantallazo breve pero efectivo los orígenes históricos de la noción de poder de policía y su relación estrecha con la idea de moralidad pública. Las obras de Emmerich de Vattel, William Blackstone, Samuel Pufendorf y Adam Smith desfilan en filosos análisis que no sólo muestran un meticuloso trabajo sobre el aspecto terminológico del tema, sino que ilustran al lector sobre el contexto de la época y la trascendencia de cada una de las obras en su momento histórico. Aparece en Vattel la idea de policía como *orden*, fuertemente impregnada de paternalismo filmeriano. En similar línea, y constituyéndose en nexo entre las ideas europeas continentales y el mundo anglosajón, Blackstone vincula fuertemente la idea de policía con la de *dominio público*. En los autores recordados, sobrevuela una cierta idea de preeminencia filosófica de la sociedad sobre el individuo,

3. Siempre teniendo presente, por cierto, las importantes diferencias existentes entre Aristóteles y Filmer, como se encarga de señalar el autor en el texto. Ver págs. 63/64, 67 y, especialmente, 66 y 68. También son importantes, a los fines señalados, las notas 126 y 127.

4. En el sentido propuesto por DWORKIN, Ronald, “Liberalism”, en *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Cambridge/London, 1985 (9na. Reimpresión, 2000), págs. 181/204.

idea que —llevada a extremos por gobiernos abusivos— ha dado lugar en tiempos más cercanos a los excesos restrictivos por razones de “emergencia”, en no pocos países (5). Quizás entender cómo surgió la noción de poder de policía, quiénes fueron sus “padres fundadores” y qué pensaban, nos puede ayudar a comprender por qué el poder de policía hoy se ejerce de la manera en que se ejerce. Desde tal óptica, y adelantándome a las conclusiones, el libro representa un aporte invaluable. Finaliza el capítulo con una distinción entre las concepciones de lo público —ámbito sobre el cual opera el poder de policía— en Vattel y Blackstone, y las previamente analizadas de Aristóteles. Cabe destacar las deliciosas disquisiciones que efectúa Legarre, tanto en el texto como a pie de página, en torno al pensamiento de Santo Tomás, su vinculación con el principio del daño de raíz milliana y los límites de la autoridad regulatoria estatal (6). El brillante aquinate ya había visto por aquel entonces los problemas que las posturas “intervencionistas” amplias acarrearán y su posible falta de justificación.

En el capítulo tercero el autor se embarca de lleno en la explicación del desarrollo del poder de policía en el derecho constitucional de los Estados Unidos. Así, se pasa revista al proceso constituyente norteamericano, destacando las ideas que en torno al poder de policía tenían los *framers*. Como conclusión relevante, Legarre señala que si bien la Constitución de 1787 no tenía referencia alguna al poder de policía, ello se debió más bien a que se consideró un concepto sobreentendido, o implícitamente incluido en los poderes referidos. Dicho aserto es refrendado con citas de los primeros comentaristas de la constitución estadounidense. Asimismo, el autor destaca el papel preeminente que la religión tenía en la conformación de la moralidad pública en la época fundacional. Tocqueville, Story y el mismo Washington testimonian lo dicho.

A partir de aquí comienza la parte más intensa de la obra, y quizás también la de mayor facilidad de lectura: el análisis profundo de los

5. Fundamentalmente, en los estados latinoamericanos.

6. Ver págs. 90/92 y sus notas.

materiales jurisprudenciales estadounidenses. Es una tarea que el autor realiza con meticulosidad y brillantez particulares.

El primer período, en la sistematización elegida, se extiende entre 1827 y 1886 y podría decirse que es el período fundacional, donde la Corte Suprema elabora la noción de poder de policía, explícitamente a partir de *Brown v. Maryland*, pero con los antecedentes inmediatos de *Dartmouth College v. Woodward* y *Gibbons v. Ogden*. Durante esta primera fase, la Corte abrazó una concepción amplia del “nuevo” instituto, con la finalidad principal de “justificar que los estados pudieran llevar a cabo acciones gubernamentales —generalmente restrictivas de derechos individuales— no permitidas expresamente por sus constituciones” (7). Como bien señala el autor, en este contexto, el poder de policía en sentido *broad and plenary* aparece estrechamente vinculado al proceso de desarrollo del federalismo (8).

Entre 1887 y 1936 tiene lugar la fase de acotamiento del poder de policía en la jurisprudencia norteamericana, elaborándose el concepto *narrow* que limita dicho poder a la tríada clásica de fines compuesta por la salud, seguridad y moralidad públicas. El proceso por el cual se produjo este “achicamiento” es explicado en forma muy interesante por Legarre a través de una dinámica bi-direccional que involucra el intento de expansión de los poderes locales —escapando al cercenamiento que implicaba la atribución de facultades al Congreso Federal en lo que fuera materia de la *Commerce Clause*— y, a la vez, el desarrollo de la noción de debido proceso sustantivo que efectuara la Corte Suprema durante estos años. Aquí tienen su análisis *Mugler v. Kansas*, *Lochner v. New York* —¡por supuesto!—, *Adkins v. Children’s Hospital*, hasta el ocaso de esta época con *Nebbia v. New York*.

Finalmente, se tratan en forma conjunta el *revival* de la noción amplia de poder de policía que trajo de la mano el *New Deal*, y la nueva

7. Página 112.

8. Sobre una utilización ideológica del federalismo en la Corte Suprema de los Estados Unidos, ver SCHWARTZ, Herman, “The States’ Rights Assault on Federal Authority”, en SCHWARTZ, Herman (Editor), *The Rehnquist Court: Judicial Activism on the Right*, Hill and Wang, New York, 2002, págs. 155 y ss.

contracción de la autoridad estatal generada por la llamada “*revolución de los derechos*”. La era de las “libertades preferidas” o de los “derechos fundamentales” es abordada por el autor con un análisis ciertamente profundo —en el marco del objeto del trabajo— de los argumentos principales de los fallos en cuestión. A ello se suma el importante aporte, para el lector interesado, de citas de doctrina que aborda los temas tratados.

El siguiente capítulo —cuarto— encara la cuestión específica de la moralidad pública como una especie más o menos permanente del género poder de policía. El autor destaca, luego de un breve repaso de la estrecha vinculación que ambos conceptos tuvieron desde los inicios de la aplicación del poder de policía, que “*aunque no en todos los casos, el celo regulador era, efectivamente, excesivo*” y señala como causa probable del exceso “*un puritanismo que negaba toda autonomía a los asuntos temporales y confundía las competencias de la Iglesia y el estado*” (9). Propone además —acertadamente a mi juicio— que la discusión sobre los fundamentos de las restricciones por razones de moralidad pública se centre en torno a los argumentos que las sostienen o no, independientemente de toda consideración sobre su origen religioso. Luego señala que, en su opinión, no existe una moral pública y otra privada diferente, sino que los principios morales son únicos, y distingue, en cambio, como públicas o privadas las acciones humanas que por dichos principios se enjuician. Finalmente, Legarre ejemplifica los supuestos en que las restricciones han sido convalidadas generalmente. La distinción antes señalada reviste importancia para las conclusiones que más tarde se formularán al cerrar la obra.

Dentro del mismo capítulo, revisten particular interés las páginas dedicadas a analizar el comportamiento de la “Corte moderna” —a partir de la Corte “Warren”— respecto al *rationale* de la moralidad pública como fundamento para restringir derechos individuales. Señala que a pesar del fuerte ataque “liberal” sobre la regulación legal de la moralidad, la Corte nunca rechazó expresamente y por vía de principio la validez de la *morals legislation*, pero que, sin embargo y en la práctica, dejó de aplicarla totalmente. No sólo se achicaron las competencias

9. Página 138.

estadales al respecto, sino también las del Congreso Federal (10), de la mano de la elaboración de tests de razonabilidad más estrictos.

El capítulo quinto enfoca el caso de análisis elegido por el autor para desarrollar la aplicación de los principios estudiados previamente: el caso del baile nudista en establecimientos para adultos. Para ello, Legarre toma dos casos paradigmáticos recientes de la Corte estadounidense —“*Barnes v. Glen Theatre*” y “*City of Erie v. Pap’s*”—. Aquí el análisis se torna definitivamente profundo, ingresando en los argumentos de los distintos votantes, y aún en el análisis del fallo de la *Court of Appeals* que llega a la Corte. Más de ochenta páginas dedica el autor a desmenuzar ambas sentencias, sus antecedentes, y las circunstancias que rodearon a cada una. Las cuestiones referentes al ámbito de operatividad de la Primera Enmienda, lo que puede ser calificado o no como “obsceno” —y, por ello, desprovisto de tutela constitucional—, los principios que surgen de cada uno de los votos, y los precedentes de la propia Corte en la materia son temas expresados a fondo por el autor. De particular utilidad resulta la distinción entre *opinion* y *judgment of the Court*, como así también los conceptos referidos a la “levedad” del precedente. Otro tanto puede decirse de la exhaustiva y clara explicación de los test de razonabilidad aplicados en temas de Primera Enmienda por la Corte estadounidense.

Una cuestión de importancia a la hora de vislumbrar lo que puede venir en la materia es el llamado de atención sobre la aparición de lo que podría considerarse una derivación del principio del daño de Mill, en el voto de Justice Souter en “*Barnes*”: el tema de los denominados “efectos secundarios” de determinadas conductas expresivas o bien de las condiciones que la realización de tales conductas presupone. Souter parece querer fundar ciertas restricciones a las libertades expresivas en el interés sustancial que puede tener, eventualmente, el estado en la evitación no de la conducta expresiva en sí misma —o debido a su con-

10. Tendencia que parece lejos de revertirse. Ver, además de los casos citados por Legarre *Reno v. American Civil Liberties Union*, 521 U. S. 844, y *Ashcroft v. American Civil Liberties Union*, [Ashcroft I] 535 U. S. 564, el más reciente *Ashcroft v. American Civil Liberties Union* [Ashcroft II] N°03-218, decidido el 29 de junio de 2004 por la Corte Suprema de los Estados Unidos.

tenido—sino en ciertos efectos que ocurren como consecuencia de aquella o de las condiciones que su realización requiere. Hay, de alguna manera, un intento de esquivar el tema de si la moralidad pública constituye fundamento suficiente para la restricción de las libertades individuales. Este enfoque, que presenta un atractivo superficial en ocasiones, es sin embargo criticable desde otras ópticas de raíz milliana, como por ejemplo la propuesta por Scanlon⁽¹¹⁾.

El autor señala, para cerrar su análisis de "Barnes", que a su juicio "el status de la moralidad pública en casos difíciles...no quedó totalmente definido"⁽¹²⁾. Luego se embarca en la explicación de lo decidido en "City of Erie v. Paps", brindando nuevamente interesantes reflexiones sobre el valor de los fallos como precedentes, su estabilidad, y la dinámica de las decisiones de la Corte. Aquí se nota cómo la moralidad pública va perdiendo —al menos en apariencia— el atractivo que solía tener, y cómo los jueces se muestran reticentes a mencionarla. Dedicó Legarre un importante esfuerzo argumental para intentar demostrar cómo, a pesar de lo que digan los considerandos de "Erie", la moralidad pública habría sobrevivido a los embates "liberales" y, en sustancia, seguiría vigente como fundamento del ejercicio del poder de policía. Los argumentos son sesudos, pero el acierto histórico de la conclusión está aún por verse. De todas maneras, creo que se trata de concepciones que

11. "Hay ciertos daños que, a pesar de que no ocurrirían de no ser a causa de determinados actos de expresión, no pueden sin embargo ser considerados como parte de una justificación para la imposición de restricciones legales sobre éstos. Dichos daños son: a) Daños a individuos determinados, consistentes en que éstos formen creencias falsas como consecuencia de aquellos actos de expresión; b) Las consecuencias nocivas de actos realizados en razón de aquellos actos de expresión, donde la conexión entre los actos de expresión y los consiguientes actos dañinos consiste meramente en el hecho que el acto expresivo llevó a los agentes a creer (o aumentó su tendencia a creer) que era valioso realizar tales actos [nocivos]...". El autor denomina a este principio "The Millian Principle". Este principio serviría para atacar la restricción de conductas expresivas o actos de expresión en razón de algunos de los efectos secundarios que Justice Souter parece de acuerdo en querer evitar —aunque no todos—. Cfr. SCANLON, Thomas, "A Theory of Freedom of Expression", en DWORKIN, Ronald M. (Editor), *The Philosophy of Law*, New York, 1977 (1ra. Edición), págs. 160/161.

12. Página 183.

—de una forma u otra— se encuentran arraigadas en los modos de ser de importantes sectores de la población, aún en los distintos países. El momento histórico por el que se atravesase, la mayor o menor extensión de ciertas ideas, y otras circunstancias concomitantes determinan una retracción o expansión de este tipo de posiciones. Pero, más aquí o más allá, siempre están. Se encuentran en lo profundo de algo tan íntimo como las creencias religiosas de los hombres —que siempre suponen algún tipo de moralidad—. Por eso, creo que el debate entre quienes sostienen una postura "antiperfeccionista" y quienes aceptan fundamentos perfeccionistas para el accionar estatal, no tiene una solución definitiva sino más bien soluciones parciales que varían con el paso del tiempo. Desde esta óptica, puede decirse que la conclusión de Legarre es acertada, aunque probablemente no en el corto plazo.

Llegamos, luego de pasar por un capítulo donde el autor recapitula las ideas expuestas en el libro, al capítulo complementario, dedicado al análisis de la problemática en el derecho argentino, con el cual se cierra la obra. El análisis de la doctrina y jurisprudencia nacional sobre el poder de policía y —nuevamente— el silencio del texto constitucional como asunción de la existencia implícita de dicho poder, inauguran el camino. Luego llega el turno de las cartas constitucionales provinciales, y las particularidades con que ellas tratan al poder de policía, la evolución del concepto en la jurisprudencia del Alto Tribunal, el pensamiento de algunos autores, para arribar a un tema que considero de central importancia: el de las acciones privadas que prevé el art. 19 de nuestra Constitución y su relación con la moralidad pública —establecida en el mismo texto—. Aquí Legarre nos propone un interesante enfoque interpretativo del texto constitucional. Parte de una base filosófica en la que desfilan Aristóteles, Santo Tomás y Finnis, entre otros. Cabe destacar que el autor no se limita a la mera reproducción de las tesis filosóficas expuestas sino que las critica y propone lecturas alternativas, cuando así lo entiende pertinente. La discusión sobre la finalidad de la ley, desde el paternalismo aristotélico hasta el perfeccionismo en sus diversas formas⁽¹³⁾, está presente. Luego analiza la evolución de la Corte Suprema en

13. La concepción subyacente al Código Napoleón, según las palabras de Portalis, es que la ley tiene por objeto "volver mejores a los hombres". Cfr. PORTALIS,

cuanto a la aplicación del artículo 19 de la Carta Magna, y finalmente se centra en intentar ofrecer un concepto útil y razonable de lo que son las acciones privadas tuteladas constitucionalmente.

La base principal del concepto propuesto por Legarre es de carácter espacial: privado es lo que ocurre en privado, por oposición a posturas como la de Nino para las que no es central el lugar donde se desarrollan las conductas para determinar su carácter público o privado¹⁴). Resulta lógico partir de la base de la que parte el autor: por lo general, lo que ocurre en privado debe estar en un ámbito exento de las interferencias estatales. Sin embargo, resulta un tanto más dudoso dejar librados otros casos de no interferencia estatal que acaecen fuera de tal ámbito espacial a “razones prudenciales”, como sugiere Legarre. En definitiva, en opinión del autor, para que un acto carezca de tutela constitucional, debe ser inmoral y además público. Por supuesto que dicha tutela —cuando procede— sólo alcanza a acciones que no perjudiquen a un tercero. Queda claro, por lo demás, que la propuesta formulada no limita el concepto de moralidad contra el cual deben medirse las acciones a los elementos subjetivos de la moralidad. No basta con que una acción sea tradicionalmente tenida por inmoral o reprobada por una mayoría legislativa. A su vez, en los casos en que participa más de un adulto en una conducta cuya moralidad se enjuicia, el autor cree que el consentimiento de los participantes es una pauta importante, mas no decisiva para determinar una eventual inmoralidad.

Para concluir, debo decir que la lectura de la obra me resultó iluminadora, con un importante aporte de datos siempre útiles e ideas propias del autor que disparan el pensamiento propio del lector. Hubiera sido interesante, quizás, confrontar las bases filosóficas del poder de

Jean-Etienne-Marie, Discurso Preliminar sobre el Proyecto de Código Civil, estudio introductorio a cargo de J.H. Alterini, Suplemento Especial del Diario La Ley, Facultad de Derecho U.B.A./La Ley, Buenos Aires, 2004, p. 9. Otras posturas perfeccionistas, como la interpretación que Finnis hace de Santo Tomás, sostienen que la finalidad de la ley es promover la justicia y la paz —lo cual, según Legarre, implica perfeccionismo en tanto requiere juicios de valor que determinen qué es lo justo que debe promoverse—.

14. NINO, Carlos Santiago, “Ética y Derechos Humanos”, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2da. edición, 1989, págs. 426 y ss.

policía —muy bien investigadas en la obra comentada— con otras posturas filosóficas diferentes y contrarias a la de los ancestros del *police power*. Pero ello es una exigencia de la curiosidad propia, y de ninguna manera una falta del autor para quien dicha tarea quedaba fuera de los objetivos iniciales de la investigación.

Debe destacarse que Legarre no sólo bucea hondo en búsqueda de fuentes, sino que además —y esto enriquece mucho la lectura— debate en forma permanente con los autores citados. No se contenta con tomar sus ideas, sino que las somete a crítica y, en ocasiones, a reformulación.

Queda como conclusión más evidente la insuperable dificultad que plantea la moralidad pública como fundamento para las restricciones de derechos. No existe ni en la jurisprudencia ni en la doctrina una definición acabada de qué es la moralidad pública en cuestión, ni un consenso definitivo al respecto¹⁵). Quizás sólo sea posible tratar de brindar, poco a poco, mejores soluciones a los inagotables problemas y tensiones que la realidad nos plantea. Es aquí donde quizás se encuentre el mayor aporte de este libro: brinda un aparato conceptual que —más allá de que se compartan o no algunos de sus fundamentos— resulta sumamente útil para aproximarse a los futuros debates que inevitablemente se plantearán. Desde mi punto de vista, la empresa acometida por Legarre resulta un exitoso aporte al diálogo jurídico necesario para resolver las complejas cuestiones que enfrentan las sociedades modernas.

José Sebastián Elías *

* Universidad de Congreso. Universidad de Mendoza.

15. Contrastar, por ejemplo, la concepción subyacente a la obra de Legarre con la propuesta por NINO, Carlos Santiago, op. cit., pág. 427.