

# ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

## 2008

### ESTUDIOS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO



SOCIEDAD CHILENA  
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



ANUARIO DE FILOSOFIA  
JURIDICA Y SOCIAL

*Editor:*

Agustín Squella

*Asistentes del Editor:*

Aldo Valle, Joaquín García-Huidobro y Claudio Oliva

*Comité Consultivo:*

Albert Calsamiglia (†) (Barcelona), Elías Díaz (Madrid),  
Enrico Pattaro (Bologna), Miguel Reale (†) (Sao Paulo),  
y Rolando Tamayo (Ciudad de México).

*Consejo Editorial:*

Antonio Bascuñán, Enrique Barros, José Joaquín  
Brunner, Humberto Giannini, Alfonso Gómez-Lobo,  
Jorge Iván Hübner y Máximo Pacheco.

ANUARIO DE FILOSOFÍA  
JURÍDICA Y SOCIAL  
2008

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFÍA  
JURÍDICA Y SOCIAL

ANUARIO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL Nº 26

2008

Esta obra ha sido impresa con la colaboración de las Facultades de Derecho de las Universidades Adolfo Ibáñez, Católica del Norte, Católica de Temuco, Católica de Valparaíso, Católica de la Santísima Concepción, de Antofagasta, de Concepción, de Los Andes, de Chile, Diego Portales, del Mar y 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

2008

## ESTUDIOS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

SOCIEDAD CHILENA  
DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL



SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFÍA  
JURÍDICA Y SOCIAL

DIRECTORIO  
(2006 - 2008)

Fernando Atria, Antonio Bascuñán Valdés,  
Rodrigo Coloma, Jesús Escandón Alomar, Joaquín  
García-Huidobro Correa, Fernando Quintana  
Bravo, Pablo Ruiz-Tagle, 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

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social presenta su *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* N° 26, correspondiente al año 2008, y del cual se hace entrega en el segundo semestre de 2009. En proceso de edición se encuentra el número 27 de esta obra, correspondiente a 2009, el cual incluirá las ponencias que autores chilenos presentaron este año en la Tercera Jornada Argentino Chilena de Filosofía del Derecho y Filosofía Social, que tuvo lugar en Mendoza en el mes de mayo de 2009. En cuanto a la Cuarta Jornada Chileno Argentina de Filosofía del Derecho y Filosofía Social, ella tendrá lugar en 2011 en la Universidad de Valparaíso.

El presente volumen de nuestro *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* está dividido en 5 secciones, a saber, Estudios, Traducciones, Debate, Informe en Derecho, y Recensiones.

Sin perjuicio de lo que fue indicado al inicio de esta Presentación, estudios y recensiones destinados al número 27 del *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* se esperarán hasta el 31 de diciembre de 2009.

*Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social*

- Sartori Giovanni *et al.*, "Consideraciones sobre alternativas semipresidenciales y parlamentarias de gobierno", en *Estudios Públicos*, 42, 1991.
- Siavelis, Peter M.: *The President and Congress in Postauthoritarian Chile: Institutional Constraints to Democratic Consolidation*, University Park: Pennsylvania State University Press, 2000.
- Siegel, Reva B.: "Text in contest: Gender and the Constitution from a Social Movement Perspective", en *U. Pa. L. Rev.*, Vol. 150, 2001.
- Squella, Agustín (ed.): *La Evolución de la Cultura Jurídica Chilena*, Santiago: CPU, 1994.
- Sunstein, Cass R.: *One Case at a Time*, Cambridge: Harvard University Press, 1999.
- Tushnet, Mark: *Taking the Constitution Away from the Courts*, New Jersey: Princeton University Press, 1999.
- Waldron, Jeremy: *Law and Disagreement*, New York: Oxford University Press, 1999.
- \_\_\_\_\_. *The Dignity of Legislation*, Cambridge: Cambridge University Press, 1999.
- Whittington, Keith E.: *Constitutional Construction: Divided Powers and Constitutional Meaning*, Cambridge: Harvard University Press, 1999.

## RECENSIONES

Tanto en relación con los principios como con la interpretación, me parece que Rivas logra mostrar que Raz aporta una descripción verdadera de un aspecto del fenómeno jurídico, a saber, el derecho normativo autoritativo-institucional (o *derecho positivo*); pero quedan abiertas las demás cuestiones clásicas sobre el derecho, como, por ejemplo, la intervención de lo valorativo en la judicación incluso más allá de la discrecionalidad jurídica admitida por el derecho preexistente.

José Antonio Seoane y Pedro Rivas, en síntesis, nos ofrecen una obra que une la excelente síntesis del pensamiento jurídico de Joseph Raz con sendas críticas, bien argumentadas y que provocan el pensamiento propio. Tienen el mérito, además, de considerar a otros autores y, cosa rara en el ambiente español, de citar a autores relevantes que no pertenecen a su escuela (me refiero a que, cuando yo leo a los analíticos, ellos se citan solamente entre sí: el resto del mundo no existe).

*Cristóbal Orrego S.*

SANTIAGO LEGARRE, *Poder de policía y moralidad pública. Fundamentos y aplicaciones*, Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1ª ed., 2004, 297 págs.

A veces nos parece asistir a un diálogo de sordos en los debates contemporáneos sobre la manera de entender las cláusulas que se remiten a la moralidad pública, el orden público, las buenas costumbres, etc., para limitar el ejercicio de los derechos fundamentales reconocidos por las constituciones nacionales y por los tratados y otros instrumentos jurídicos internacionales.

Por una parte, no faltan quienes, como Lord Devlin en su debate con H. L. A. Hart sobre la imposición coactiva de la moral, defienden la moral social por el solo hecho de ser mayoritaria. Esta posición, denominada por Hart "populismo moral" para distinguirla de la auténtica exigencia de la democracia como forma civilizada de gobierno, funciona como fuerza reaccionaria contra toda posibilidad de progreso en las buenas costumbres, como si hubiéramos de resignarnos a repetir los errores del pasado. Al mismo tiempo, apenas una mayoría momentánea, frecuentemente manipulada por la propaganda, abraza una causa, el "populismo moral" se queda sin argumentos para defender los auténticos valores morales transmitidos de generación en generación. En el debate Hart *vs.* Devlin sobre la despenalización de la sodomía consentida entre adultos, por mencionar un ejemplo, el mismo Lord Devlin, que se había opuesto a la idea porque repugnaba a la convicción mayoritaria, terminó firmando una carta colectiva —junto con destacadas personalidades de la cultura, la política y la iglesia inglesa— pidiendo, pocos años después, la mencionada despenalización: los

tiempos habían cambiado rápidamente; la opinión mayoritaria había sido sagazmente convencida por la propaganda liberalizadora. Devlin se había quedado sin argumentos.

Por otra parte, a menudo chilla en los oídos de los legisladores y de los jueces la propaganda del relativismo moral, que quiere reducir esas cláusulas a la nada, o, más bien, pretende neutralizar las convicciones morales de los jueces y legisladores para sustituirlas subrepticamente por los juicios éticos de la minoría liberal, frecuentemente apoyada por los medios de comunicación que ella controla eficazmente. Así, por ejemplo, se ha ido reduciendo la actividad de la judicatura para proteger a las víctimas de los abusos de la libertad de expresión; se han eliminado formas de censura necesarias para defender a los niños y jóvenes de la pornografía; se permite abiertamente el reclutamiento de adolescentes por organizaciones de homosexuales, que trabajan a control remoto en los colegios. Se supone, además, que los legisladores y los jueces no pueden intervenir —a pesar de las cláusulas expresas sobre la moralidad pública— porque los han convencido de que quiénes son ellos para decidir lo que es bueno y lo que es malo para los demás.

Una discusión seria sobre asuntos tan importantes debería partir por un conocimiento adecuado de la historia y de los fundamentos filosóficos y jurídicos de esa potestad que desde siempre se ha reconocido a la autoridad para defender la moralidad pública. Si alguien estima que esa potestad ha sido un error histórico y debe abolirse, que ofrezca sus argumentos. Mas es del todo irracional e injusto —sucede, por desgracia, cuando los jueces y los políticos son ignorantes— que, por un par de apelaciones superficiales a una ideología de moda, o por las bravuconadas violentas de los defensores del libertinaje, o por la simple afirmación de la igualdad entre los ciudadanos, casi sin necesidad de argumentos, las autoridades públicas dejen incumplido su deber de proteger el orden moral público que les ha sido explícitamente confiado por las normas jurídicas positivas y por el derecho natural.

*Poder de policía y moralidad pública*, de Santiago Legarre, profesor de Filosofía del Derecho y Derecho Constitucional de la Universidad Austral de Buenos Aires, es la obra descriptiva y actualizada que todos los jueces y legisladores deberían leer, si quieren razonar con adecuado conocimiento histórico y jurídico sobre este tema, en lugar de ser esclavos

de la última sofisticada local. La lectura del libro no determinará la cuestión normativa de si un determinado tipo de problema (*v.gr.*, la venta de pornografía infantil o la legalización de la sodomía) ha de resolverse en favor de la restricción de la libertad por ir contra la moralidad pública o en favor de una permisión —o de la tolerancia incluso de algo inmoral— por no verse afectada la esfera pública de la moralidad que al Estado le compete proteger.

Legarre estudia con detalle los conceptos de “poder de policía” y de “moralidad pública” para examinar en qué medida el Estado contemporáneo goza aún, a pesar de la reinterpretación liberal de sus fundamentos operada en las últimas décadas, de la potestad de establecer leyes, reglamentos, etc., que limiten los derechos individuales (la propiedad y la libertad) para proteger la moral pública. Esa potestad se llamaba tradicionalmente “policía”, en un sentido más amplio que el que actualmente se da a la palabra para referirse solamente a ese cuerpo de funcionarios autorizados para establecer el orden legal y perseguir la delincuencia, utilizando incluso las armas.

El libro es un ejemplo de buena disposición de la materia y de rigurosa selección de las fuentes. Va de lo más general —los fundamentos históricos, filosóficos y jurídicos— a lo más concreto —las aplicaciones en el derecho constitucional estadounidense y argentino—.

Así, el capítulo I traza los testimonios históricos de la idea de policía en la tradición central del pensamiento político occidental. Va desde la polémica de Aristóteles contra Licofrón, acerca de si la comunidad política es solamente una alianza para la defensa de los derechos individuales —como una alianza de comercio— o más bien una unión de familias y de aldeas para la vida virtuosa, hasta la discusión contemporánea sobre el paternalismo y el principio de daño de J. S. Mill.

La idea de que el fin de las leyes es hacer buenos a los hombres —no solamente permitirles relacionarse en armonía para perseguir cualesquiera fines morales que cada uno se invente—, claramente presente en Aristóteles, es recogida y matizada en la obra de Tomás de Aquino. Legarre repasa las discusiones contemporáneas sobre la interpretación de este autor central, desde los que le atribuyen una postura más liberal —la autoridad del Estado es limitada y no se extiende



a la plena virtud moral de los ciudadanos— hasta los que, como era tradicional, lo identifican con Aristóteles.

Un apartado especial —importante— se dedica a la transición desde la discusión antigua a la moderna, centrada en la obra de Sir Robert Filmer (*Patriarch*: 1680). Filmer llevó la analogía platónica entre el rey y el padre de familia hasta el extremo de la igualdad, yendo más allá de Aristóteles —éste rechazó esa igualdad explícitamente—, de manera que en Filmer es clara la defensa de lo que modernamente se ha llamado “paternalismo”: el Estado que protege a los ciudadanos adultos contra el mal moral tal como un padre hace con sus niños. Legarre es consciente de que Filmer va más allá de Aristóteles y de que es arriesgado atribuir “paternalismo” —entendido en el sentido presente en Filmer— al mismo Aristóteles o, sin más, a la tradición central de la ética occidental (cf. págs. 62-9). La posición de Filmer fue eficazmente criticada por John Locke en su *Primer Ensayo sobre el Gobierno Civil*. Desde entonces, la discusión —se acepte o no la analogía reino/familia— se hace moderna: tiene que ver no tanto ya con los fines de la autoridad y de la ley como con la dialéctica de los derechos y libertades individuales *versus* el poder del Estado.

La idea de un poder especial para promover la virtud está presente desde la antigüedad; pero no su denominación. El capítulo II expone, pues, los orígenes históricos del término “policía”, centrándose en dos de los autores más influyentes en la ciencia jurídica en los siglos XVIII y XIX: Emmerich de Vattel, con su *Derecho de Gentes* (1758), y William Blackstone, con sus *Commentaries on the Laws of England* (1765-1769), juristas tributarios de filósofos como Christian Wolff y Samuel Pufendorf. El estudio histórico permite al profesor Legarre reconstruir un concepto de “policía” —fundado en la analogía rey/padre— como potestad pública que va más allá de la protección de los derechos individuales y de las relaciones de justicia, para promover el bien público en cuanto tal, de manera que “comprende tanto bienes y regulaciones de carácter económico (pesas y medidas, mercados, limitaciones a la propiedad) como otros relacionados con la moral, las buenas costumbres y la salud (prohibición del duelo y la vagancia, regulación de los prostíbulos, el juego y el alcohol)” (p. 85). De todas maneras, aunque la preocupación por la virtud y el ambiente moral sea una parte de la

policía del rey como padre de sus súbditos —en este sentido, los autores estudiados son clasificados como “paternalistas”—, De Vattel y Blackstone son más restrictivos que Aristóteles (en la interpretación tradicional que acoge Legarre) y, coincidiendo con Tomás de Aquino como observa Legarre (pág. 90), restringen la policía al ámbito de lo público, de por sí limitado (cf. pág. 92):

El análisis de las aplicaciones comienza con el capítulo III, sobre el poder de policía en la tradición constitucional norteamericana. Lo que en Europa e Inglaterra había sido llamado “policía” se llamará en Estados Unidos “poder de policía”, y quedará en manos de los Estados de la Unión (no, al principio, del Gobierno Federal). En el siglo XIX, los comentaristas de la Constitución y, principalmente, la Corte Suprema, fueron delineando la institución del poder de policía. La expresión “poder de policía” fue acuñada legalmente por el Presidente de la Corte Suprema John Marshall en el *casus classicus Brown v. Maryland* (1827). Se utilizó en un sentido *amplio* para abrazar la soberanía residual de los Estados federados y en un sentido *estricto* para referirse a la potestad de promover la salud, la moral y la seguridad públicas. Esta diferenciación entre un sentido amplio y uno estricto se perfiló entre 1887 y 1936.

Legarre describe la función que jugó el concepto de poder de policía a lo largo del siglo XX. La Corte Suprema de Estados Unidos lo utilizó para abstenerse de invalidar las leyes restrictivas de los derechos individuales en materias muy diversas (*v.gr.*, en materia económica a partir del *New Deal* de F. D. Roosevelt y en materia de moralidad sexual hasta 1965, en que comienza una progresiva restricción de la intervención estatal); pero también, a la inversa, sometió el poder de policía a diversos *tests* de constitucionalidad —Legarre los explica con detalle— para proteger el *debido proceso legal* (Enmienda XIV) o la igualdad ante la ley o la libertad de religión (Primera Enmienda).

Legarre observa que la actitud liberal económica de la Corte de la Era *Lochner* (1905-1934), que invalidó muchas leyes de policía económica para amparar la libertad de contratar bajo el *due process of law* y redujo el poder de policía a la tríada *seguridad, salud y moral pública* (policía en sentido estricto), parece haberse invertido a partir de los años sesenta del siglo XX, cuando, reconocida la potestad de policía

*económica*, el liberalismo *moral* de la Corte echó abajo las leyes contra la anticoncepción (*Griswold vs. Connecticut*: 1965), el aborto (*Roe v. Wade*: 1973) y la sodomía (*Lawrence v. Texas*: 2003). Con sentido común, el autor no deja de observar que el caso del aborto es parcialmente diverso, pues la protección del no nacido no es una exigencia de moralidad pública sino del estricto derecho individual que le asiste a la misma protección contra el homicidio de que gozan los demás seres humanos (cf. pág. 128, nota 352).

¿Ha desaparecido, entonces, el poder de policía en sentido estricto, que cubre la moralidad pública, o, al menos, ya no se extiende a la defensa de la moral pública? El capítulo IV se concentra en la moral pública y el poder de policía en el Derecho Constitucional de los Estados Unidos, dejando de lado los demás temas propios del poder de policía, que no parecen cuestionados por la Corte Suprema (*v.gr.*, no se han invalidado leyes que limiten la libertad por razones de seguridad o de salud públicas, como las que prohíben la venta de productos insalubres). El autor, en efecto, siguiendo esa estructuración que ya hemos destacado, pasa del estudio del género “poder de policía” al estudio de la especie que le interesa: el “poder de policía en materias de moralidad pública” (cf. págs. 135-6). Resalta para comenzar que en los inicios del experimento constitucional norteamericano nadie cuestionaba la inclusión de la legislación moral dentro del objeto del poder de policía. Legarre se basa en los estudios actuales sobre el tema y en testimonios de la época como, aparte de la legislación y la doctrina jurídica, las agudas observaciones de Alexis de Tocqueville en *La Democracia en América* (1835).

A la luz de las pruebas recogidas por Legarre, ampliamente conocidas por los autores contemporáneos que él cita, no se comprende cómo influye todavía en los jueces la propaganda liberal según la cual la libertad religiosa —incluida en la Primera Enmienda de la Constitución de Estados Unidos— impide el apoyo legal de determinadas convicciones morales, por el solo hecho de que tengan un origen religioso, cuando también cuentan con fundamentos “independientes y escindibles de toda consideración religiosa” (pág. 139). El origen religioso de la moral jurídicamente protegida “constituye una mera contingencia histórica, prescindible a los efectos de su justificación ética y que no debería repercutir en su validez constitucional” (*ibidem*).

Las *moralis laws* que, como cosa obvia, se incluían en el poder de policía, regulaban tres tipos de prácticas: el juego, las bebidas alcohólicas y la inmoralidad sexual. Naturalmente, siguiendo la doctrina explicada en los primeros capítulos, “la legislación reguladora se siguió concentrando en las dimensiones públicas de la conducta humana” (pág. 148). Legarre muestra más adelante las dificultades para distinguir entre lo que afecta a la moral pública y lo que permanece en el fuero íntimo, así como los medios empleados para trazar la distinción en los casos judiciales, que van desde la consideración del lugar hasta la del impacto consiguiente de las acciones o su nivel de transmisión informativa. En todo caso, hasta los años sesenta de siglo XX no se puso en duda la potestad estatal para trazar esa distinción, siempre que no se afectaran los derechos constitucionales. Sí que hubo un desarrollo constitucional al aumentar el poder de policía reconocido al gobierno federal, en desmedro de la interpretación original del poder de policía como poder residual de los Estados federados.

La Corte Moderna —esto es, a partir de los años sesenta del siglo XX— no derogó el principio del poder de policía sobre materias morales. “Sin embargo, fueron tantas las veces en que la Corte volteó normas locales para prevenir lo que según su criterio constituían violaciones de la libertad de expresión, la privacidad y otros derechos fundamentales, que la autoridad reconocida a los estados en los papeles quedó severamente devaluada en la práctica” (págs. 151-2). La discusión que emerge a partir de la revolución de los derechos versa sobre si realmente subsiste ese poder de policía en materia moral cuando afecta derechos fundamentales y cuando afecta derechos que no son fundamentales, según la clasificación estadounidense.

Santiago Legarre decide abordar el problema de la subsistencia de la policía moral en el capítulo V. No acude a una argumentación dogmática abstracta ni al estudio inabarcable de todas las áreas de la legislación moral, sino al análisis inductivo de un tipo de casos relacionados con la libertad de expresión, derecho fundamental protegido por la Primera Enmienda. El método elegido es brillante porque la Primera Enmienda protege derechos fundamentales y triunfa *en principio* sobre las leyes que violen esos derechos fundamentales, y, además, porque la libertad de expresión ha ocupado un lugar estratégico en la lucha de los

activistas liberales contra la moral pública. En consecuencia, *a maiore ad minus*, si incluso en estos casos la Corte reconoce la existencia del poder de policía, es claro que subsiste en los otros, menos controvertidos.

En *Barnes v. Glen Theatre* (1991) y *City of Erie v. Pap's* (2000) se cuestionaban leyes estatales que establecían restricciones al baile desnudo en "teatros para adultos". En Estados Unidos son corrientemente aceptadas las limitaciones de lugar y de público —inunca tan liberales!—, pero las normas cuestionadas regulaban el extremo al que podía llegar la desnudez: las bailarinas debían usar al menos una minúscula tanga abajo y "tapitas" arriba. Los negociantes del cuerpo femenino recurrieron ante los tribunales, que se vieron obligados a refinar sus argumentos para convalidar la ley tanto en *Barnes* como en *City of Erie*, si bien por razones que, en el último caso, parecen debilitar el poder de policía para proteger la moralidad pública. Legarre examina los casos con un detalle que no es necesario reproducir aquí —quizás sería inconveniente—, mostrando la técnica propia del razonamiento jurídico en los tribunales estadounidenses, algo de interés adicional para los jueces latinos.

Legarre sostiene con buenos argumentos —citas textuales de *Barnes* y la ausencia de revocación expresa de la doctrina en el caso *City of Erie*— que la Corte Suprema sigue reconociendo el poder de policía sobre la moralidad pública, aunque varíe la extensión de lo que se interpreta como obsceno (la obscenidad no está protegida por la Primera Enmienda) y de lo que se estima que, por no ser obsceno, está protegido por la libertad de expresión, pero que admite regulaciones por exigencias impostergables de la moralidad pública.

Un capítulo complementario trata la problemática argentina, recorriendo tanto la doctrina como la jurisprudencia más importante —cuyas fluctuaciones o incoherencias el autor critica— y relacionándola también con los fundamentos de filosofía moral y política que apoyan la institución.

La obra es fundamentalmente descriptiva. No se pronuncia acerca de la extensión que debe tener el poder de policía. Tampoco tiene por fin defender el concepto jurídico de moralidad pública ni su concreción histórica. Sin embargo, el autor reconoce que su obra, por la necesaria imbricación entre valoración y descripción en las ciencias

sociales y especialmente en el estudio del derecho, no pretende enmascararse en una pretendida neutralidad valorativa (cf. pág. 231). Por eso me atrevo a añadir que, además de aportar datos históricos, jurídicos y dogmáticos descriptivos, que cualquier discusión seria de estos problemas exige, *Poder de policía y moralidad pública* se inserta muy bien en el nuevo y progresivo movimiento jurídico de lucha por el derecho natural en defensa del bien común y de la ética natural, tan amenazados por los desvaríos expansivos del liberalismo político contemporáneo.