

Cristóbal Orrego Sánchez*

Las reformas a los derechos asegurados por la Constitución en el siglo XXI: el caso de la libertad de conciencia

El sentido del humor inglés -conservador, en este caso- cuenta la historia de un lector que acude a una biblioteca y pide un ejemplar de la Constitución de Francia, para recibir, por única respuesta, una sobria y flemática excusa: “Esta Biblioteca no está suscrita a publicaciones periódicas”.

Nosotros, en Chile, sin necesidad de ser demasiado revolucionarios, hemos tenido varias constituciones cada siglo, y un buen número de reformas constitucionales. El tema de la convocatoria a estas XXXI Jornadas de Derecho Público es: “Los cambios constitucionales del siglo XX y el futuro de la Constitución del siglo XXI”. Sería ingenuo pensar que no habrá reformas constitucionales a partir del 1 de enero del año 2001, fecha de inicio del siglo XXI y, con él, del tercer milenio. Nada de irracional tiene prever constituciones enteramente nuevas. Sería aventurado, con todo, predecir el número. ¿Cuántas constituciones, cuántas reformas constitucionales en el siglo XXI, harán pasar estas Jornadas desde el Departamento de Derecho Público al de Historia del Derecho? No lo sé, pero quisiera -con fundamentos razonables- proponer una: la reforma del derecho constitucional de libertad de conciencia, reconocido, de momento, en el artículo 19, n° 6, de la Carta de 1980.

1. *El poder constituyente de la jurisprudencia y la necesidad de una reforma constitucional*

Los textos constitucionales adquieren su significado real a lo largo del tiempo merced a la aplicación que de ellos hace la jurisdicción constitucional, con independencia de los órganos en que ésta radique. De esta manera, algunos problemas enteramente nuevos son resueltos mediante una norma de jerarquía constitucional cuando los tribunales fundan la decisión de un caso en una norma constitucional. La jurisprudencia constitucional, en la medida en que adquiere un carácter uniforme o, al menos, duradero, es una expresión del poder constituyente; una expresión casi siempre suave,

*Profesor de Filosofía Jurídica y Política de la Universidad de los Andes. Esta ponencia es fruto del Proyecto Fondecyt 1990734 (1999-2000): “Principios generales del derecho y regulación del fenómeno religioso. Hacia una fundamentación filosófica y una reformulación dogmática del derecho de libertad religiosa y de conciencia en el derecho chileno”.

prudente y adaptada a las realidades jurídicas estimadas socialmente como de máxima importancia -de ahí la exigencia del ejercicio de un poder constituyente-. En este sentido, el desarrollo constitucional jurisprudencial -por la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional, y por todos los tribunales ordinarios si prospera la tesis del control difuso de la constitucionalidad¹ - puede ser la mejor manera de acomodar la protección de la libertad de conciencia a los nuevos problemas: primero viene la realidad, la vida política y jurídica; después, la norma.

Sin embargo, la paz religiosa de un país puede ser alterada -algo artificialmente, a veces- cuando las reglas sobre el fenómeno religioso dejan de ser claras, y dejan de serlo precisamente por haber cambiado la sociología religiosa del país. Las reglas sobre el fenómeno religioso -sobre la libertad de conciencia en general² - son claras cuando se insertan en un determinado contexto social e histórico, de conflictos y de problemas que esas reglas abordan. Un cambio en el tipo de conflictos o en el tipo de sociedad y, muy especialmente, en los presupuestos ideológicos -uso la palabra en sentido amplio descriptivo- de las personas que exigen protección de su libertad de conciencia, origina dudas razonables en la comprensión de esas reglas otrora claras. No hay que descartar, en un tiempo de evolución socioreligiosa hacia una pluralidad mayor, que surjan interpretaciones aparentemente inconmensurables del derecho de libertad religiosa o que algunos pretendan usar el derecho como medio de obtener ventajas en la competencia entre entidades religiosas en el "mercado de la religión".³

Por eso, el establecimiento de reglas constitucionales explícitas, que guíen la labor judicial ante problemas ya presentes o fácilmente previsibles a la luz del derecho comparado, puede ser un ejercicio prudente del poder constituyente legislador. En este sentido, se puede avanzar -en un plazo de 100 años, prorrogable- en una formulación nueva de las reglas sobre el fenómeno religioso -y de las libertades de conciencia y pensamiento en general-, que se haga cargo de las cuestiones principales.

Podría intentarse ya una reforma extensa de la garantía del artículo 19, n° 6, ya una reforma breve que encomiende a una ley orgánica constitucional la regulación de los diversos problemas. Naturalmente, cualquiera de estas formas puede tener cabida al

1 La tesis de la aplicación directa de la Constitución, que a mi juicio supone un cambio en el Derecho Constitucional chileno, ha sido defendida en estas mismas Jornadas por Alejandro Silva B.-María Pía Silva G. y Miguel Ángel Fernández. Véanse sus respectivas ponencias en esta misma publicación.

2 Sobre la diferencia entre libertad religiosa y otras libertades cubiertas por la protección jurídica de la libertad de conciencia, cfr. Javier Hervada, "Libertad de conciencia y error sobre la moralidad de una terapéutica", en *Persona y Derecho* 11, 1975, pp. 13-53, recogido ahora en sus *Escritos de Derecho Natural*, Pamplona, EUNSA, 1986.

3 La referencia al "mercado de la religión" es reduccionista, pero alude a un aspecto de la cuestión en una sociedad liberal, donde se pretende que todas las visiones globales de la vida -incluidas las visiones religiosas- compiten libremente por captar adherentes. Naturalmente, este aspecto de la cuestión es ciego al hecho de que la sociedad supuestamente liberal tiene un sistema de exclusiones y unos presupuestos que distan mucho de la libre competencia en materia ideológica. Para una discusión sobre las dificultades de incluir realmente la religión en la sociedad liberal, cfr. Vittorio Possenti, *Las sociedades liberales en la encrucijada. Rasgos de la filosofía de las sociedades*, Barcelona, EUNSA, 1997, pp. 131-150.

crear una Constitución enteramente nueva como, según las estadísticas, es de suponer que sucederá en el plazo propuesto.

2. La situación jurídico constitucional en el año 2000

El ordenamiento jurídico vigente se ocupa explícitamente de las siguientes cuestiones: (i) la garantía constitucional genérica de la libertad de conciencia y de cultos, con su respectivo límite difuso de determinación jurisprudencial (buenas costumbres y orden público),⁴ reforzada por la obligación internacional de garantizar el mismo derecho;⁵ (ii) una garantía constitucional especial respecto de los bienes, mediante la remisión a las leyes en vigor al momento de separarse el Estado y la Iglesia;⁶ (iii) una exención constitucional de contribuciones respecto de los templos y sus dependencias;⁷ (iv) una regulación legal de la constitución jurídica de iglesias y confesiones religiosas como “personas jurídicas de derecho público” *sui generis* (L. 19.638),⁸ que incluye garantías más específicas de la libertad religiosa y de la igualdad y no discriminación arbitraria por razones religiosas, y (v) regulaciones reglamentarias de la constitución de las personas jurídicas religiosas⁹ y de la asistencia religiosa en establecimientos hospitalarios,¹⁰ que irá seguida de sendos reglamentos para instituciones armadas y establecimientos penitenciarios.¹¹

Estas últimas regulaciones -legales y reglamentarias- abordan, por su relación con la libertad religiosa, aspectos patrimoniales, de libertad de enseñanza, de reunión y de asociación, marcados por el factor religioso. La ley de iglesias y organizaciones religiosas es un desarrollo no sólo del derecho de libertad religiosa -libertad implícitamente incluida en la más amplia “libertad de conciencia”-, sino principalmente del derecho de asociación adaptado a la materia religiosa.¹²

4 Constitución Política de la República, art. 19, nº 6.

5 Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José), Art. 12. Este derecho no puede ser suspendido por los Estados (Art. 27.2).

6 Constitución Política de la República, art. 19, nº 6, inc. final. La explicación histórica y su alcance jurídico, puede verse, entre otros lugares, en Jorge Enrique Precht Pizarro, “Los acuerdos concordatarios y la Constitución chilena de 1925”, *Ius Publicum* 2, 1999, pp. 67-101.

7 *Ibidem*, *in finem*.

8 Cfr. Ley 19.638 sobre constitución jurídica y funcionamiento de las iglesias y organizaciones religiosas, promulgada el 1 de octubre de 1999, publicada en el Diario Oficial de la República de Chile, jueves 14 de octubre de 1999, pp. 2-3.

9 Cfr. Ministerio de Justicia, *Reglamento para el Registro de Entidades Religiosas de Derecho Público*, promulgado el 21 de marzo de 2000, publicado en el Diario Oficial de la República de Chile, viernes 26 de mayo de 2000, p. 2.

10 Cfr. Ministerio de Salud, *Reglamento sobre Asistencia Religiosa en Recintos Hospitalarios*, promulgado el 12 de mayo de 2000, publicado en el Diario Oficial de la República de Chile, sábado 28 de octubre de 2000, p. 2.

11 Los reglamentos sobre asistencia religiosa en hospitales, recintos militares y penitenciarios, vienen exigidos por la Ley 19.638, art. 6º, letra c), inc. 2º. El reglamento general fue estimado necesario por la autoridad administrativa para aplicar esa ley.

12 Cfr. Cristóbal Orrego, “El fenómeno religioso ante el derecho chileno: un ‘blindaje jurídico’ del derecho de asociación en materia religiosa”, en *XXX Jornadas Chilenas de Derecho Público. Asociaciones Intermedias, Estado y Bien Común, Facultad de Derecho, Universidad de Valparaíso, 1999*, Valparaíso, Edeval, 2000, tomo II.

El derecho legislado vigente -de nivel constitucional, legal y reglamentario- no es suficiente para regular el fenómeno religioso en una sociedad multiconfesional. Naturalmente, sería ideal que bastase con las pocas reglas existentes, incluso con la sola regulación constitucional adecuadamente desarrollada por la jurisprudencia. Sin embargo, ya que han comenzado a plantearse quejas sobre su insuficiencia, quejas que han llevado a promulgar la nueva ley con sus reglamentos, no podemos contentarnos con una regulación parcial, atrasada desde su nacimiento en relación con los conflictos actuales o previstos.

3. Hacia una reformulación del derecho constitucional de libertad de conciencia

Aunque la expresión “libertad de conciencia” es amplia y abarca, según se entiende corrientemente en nuestra doctrina constitucional, la libertad religiosa -circunscrita al fenómeno religioso- y otras libertades espirituales -de creencias morales y de pensamiento en materias científicas, sociales, etc.-, los principales conflictos históricos en la materia han tenido que ver con las disensiones religiosas entre los ciudadanos. Por esta razón, las consideraciones siguientes se refieren específicamente a la libertad religiosa como manifestación de la libertad de conciencia asegurada por la Constitución a todas las personas; pero pueden extenderse *mutatis mutandis* a los demás aspectos de la libertad de conciencia.

Una regulación orgánica de rango constitucional, que se haga cargo de los nuevos problemas de la sociedad multiconfesional -Chile no lo es todavía de una manera fuerte, pero hablamos de América Latina en el siglo XXI-, tendría que ocuparse, por lo menos en sus líneas gruesas o de principio, de las siguientes cuestiones adicionales:

a) De la libertad de enseñanza religiosa en los establecimientos públicos y privados, y, en general, de la presencia religiosa en la cultura y en los medios de comunicación. Aunque se trata de un precepto vigente en nuestro ordenamiento jurídico, debería recogerse de manera explícita en la Constitución: “Los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”¹³. Con respecto a la cultura y a los medios de comunicación públicos y privados, se ha de buscar una regla general que reconozca a todos los ciudadanos la misma libertad de acción en tales ámbitos, sin exclusiones ni desventajas ni privilegios por razones religiosas o ideológicas. Este principio es compatible con la existencia tanto de iniciativas libres -en Chile y en otros países se las llama “privadas”- con ideario religioso, que excluyan de su seno otros idearios religiosos, como de instituciones públicas abiertas a todos los ciudadanos en cuanto tales, cuyas preferencias religiosas o arreligiosas o ideológicas en general se reflejarán -sin exclusiones *a priori*- en la medida de la libre participación de cada uno en ellas.

13 Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José), Art. 12.4.

b) Del derecho de asociación en materia religiosa y del estatuto jurídico de los grupos religiosos, dando rango constitucional u orgánico-constitucional a los elementos esenciales de la actual ley de iglesias, mejorada de acuerdo con lo que indique la experiencia de su aplicación. Una regulación de esta jerarquía podría prever el grado de peso social -v.gr., en términos de proporción de adherentes chilenos o residentes en Chile- requerido para que una organización religiosa pueda tratar con el Estado en términos similares a los de la Iglesia católica, o tener personalidad jurídica equivalente, etc.; debería discriminar con criterios objetivos -aunque exijan ulterior determinación judicial- entre las manifestaciones de religiosidad públicamente reconocidas y aquellas que sean de alguna manera dañinas para el bien común; etcétera.

c) De los principios y reglas que permitan configurar criterios específicos de limitación de estos derechos, y orientaciones para el tratamiento de los eventuales “nuevos movimientos religiosos” (NMR) antisistémicos, denominados por algunos “sectas”.¹⁴ En esta materia, se planteará la alternativa entre controlar los posibles NMR antisistémicos mediante los instrumentos jurídicos del derecho común -incluidos los tipos penales comunes- o controlarlos mediante legislación y/o procedimientos especiales. En mi opinión, la legislación y los procedimientos especiales son peligrosos, connotan de alguna manera la persecución *ad hoc* de los disidentes y niegan el principio de que para fines religiosos no debiera haber más restricciones (v.gr., en cuanto a tipos de conductas) que las razonables para otros fines generalmente lícitos.¹⁵

d) De las objeciones de conciencia.¹⁶ La norma de nivel constitucional debería considerar un principio o una regla genérica, necesariamente necesitada de desarrollo jurisprudencial, que declare la obligatoriedad general de la ley para todos; pero que, por excepción, admita las objeciones de conciencia, de manera limitada, en aquellas materias susceptibles de distribución desigual entre las personas -v.gr., no todos harán el servicio militar; no todos los jueces conocerán de todas las causas; no todos los funcionarios públicos atenderán todas las demandas de los ciudadanos; etc.-, señaladas con alguna expresión genérica. Además, la norma de nivel constitucional podría regular por vía ejemplar algunos casos típicos, como el del servicio militar, y establecer algunas orientaciones o límites al desarrollo jurisprudencial.

14 Yo prefiero evitar la denominación “secta” por el carácter peyorativo que tiene, no aplicable necesariamente a todos los grupos religiosos que pueden ir creando los ciudadanos. Desde el punto de vista de la protección de la libertad religiosa es irrelevante que un grupo religioso sea antiguo o nuevo. En cambio, para regular las relaciones de un grupo religioso con las autoridades civiles puede ser relevante el grado de presencia social e histórica del grupo religioso en la comunidad política, lo cual no prejuzga nada en favor de un grupo por referencia al contenido de su doctrina (v.gr., en Egipto merecerán un trato políticamente más relevante los musulmanes que los cristianos; en Chile, de momento, sucede al revés).

15 También prefieren el recurso al derecho común, en general, Joaquín Mantecón, *El derecho fundamental de libertad religiosa. Textos, comentarios y bibliografía*, Pamplona, Eunsu, 1996, pp. 94 y ss., y, con un tratamiento detallado del tema en general, Agustín Morilla, *Sectas y Derecho en España*, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1990, *passim*.

16 Un tratamiento breve actualizado, del tema en general y de las objeciones de conciencia específicas más frecuentes, puede verse en Rosa María Satorras Fioreti, *Lecciones de Derecho eclesiástico del Estado*, Barcelona, Bosch, 2000, pp. 181-207.

e) Del estatuto jurídico-laboral de los ministros de culto y de otras “personas religiosas”, para garantizar constitucionalmente que las reglas generales del derecho del trabajo, aptas para regular relaciones de mercado, se adapten a las peculiares relaciones internas marcadas por el factor religioso. Dicho con otras palabras, que el derecho al trabajo y la libertad de trabajo no menoscaben la libertad religiosa ni de las personas individuales ni de los grupos religiosos.

f) Del estatuto jurídico-financiero de los bienes y actividades religiosas, complementando la actual regulación constitucional y legal sobre los bienes con reglas que impidan el aprovechamiento de la religión para obtener ventajas indebidas en el mercado comercial, en el orden tributario, etcétera. Si resulta del todo razonable que la práctica de la religión -de suyo no rentable- se vea protegida de gravámenes y obstáculos financieros que la harían muy difícil (v.gr., que los templos pagaran contribuciones como si fuesen casas particulares), pues de lo contrario no habría verdadera libertad efectiva; si resulta también indispensable asegurar la destinación religiosa de los bienes sagrados, y la independencia económica de los grupos religiosos, sin lo cual habría una injerencia indebida del Estado en materia religiosa; no parece razonable, en cambio, y cualquier perspectiva auténticamente religiosa lo consideraría blasfemo e inicuo, que personas inescrupulosas exploten la credulidad para medrar, usando como medio unas ventajas financieras razonables en otro contexto. Por eso, el Estado tiene el derecho y el deber de discriminar entre verdaderos grupos religiosos -sin entrar a pronunciarse sobre la verdad intrínseca de la doctrina o dogma- y falsos grupos religiosos que sirven de fachada a fines lucrativos.

g) De la asistencia religiosa en organismos públicos. La Constitución debe reconocer, a quienes están en algún régimen de sujeción o de dificultad para acudir a la asistencia religiosa normal (v.gr., en cárceles, recintos militares o sanitarios), el derecho de recibirla de alguna manera donde se hallen. Además, se debe reconocer, a otras personas presentes en organismos públicos como municipalidades, escuelas, universidades, ministerios, etc., la libertad de realizar en sus recintos actividades religiosas compatibles con el buen funcionamiento del organismo (v.gr., reunirse para rezar, poner una imagen religiosa en el propio despacho, etc.). Finalmente, se debe reconocer la diferencia elemental entre los espacios públicos -abiertos a todos sin discriminaciones religiosas- y los espacios privados, pues estos últimos podrían tener alguna orientación religiosa derivada del ejercicio de la libertad religiosa de las personas privadas que legítimamente controlan ese espacio. Por eso, el Estado no puede imponer las mismas reglas de asistencia religiosa y de libertad de actividad religiosa en lugares públicos que en lugares privados, sin perjuicio de que en todas partes pueda imponer

las reglas mínimas -exigidas por el orden público- de respeto a la inmunidad de coacción en materia religiosa.¹⁷

h) De los aspectos religiosos del Derecho de Familia, permitiendo, por ejemplo, que los matrimonios con efectos civiles puedan celebrarse según el rito válido para los contrayentes, según su conciencia. De la misma manera, la organización interna de la familia -salvado el orden público- debería excluir toda intervención estatal contraria a las convicciones religiosas de los ciudadanos.

i) De los aspectos religiosos del Derecho Penal. La Constitución o la ley orgánica constitucional debería dar un mandato al legislador ordinario para la protección penal de la libertad religiosa y de las convicciones religiosas contra los atentados más graves (v.gr., incitación al odio, actos de desprecio formal, coacciones, entre otros). La Constitución debería resolver la cuestión de si el abuso del derecho de libertad religiosa, cuando cause daño, será perseguido penalmente mediante la tipificación de delitos específicos (normas "antisectas") o sólo en la medida en que el abuso se realice mediante acciones que constituyan delitos comunes (v.gr., homicidio, amenazas, estafa, etc.). Como he dicho (supra, letra c)), creo más prudente la vía del derecho penal común.

4. Conclusión

El desarrollo actual del derecho de libertad religiosa y de conciencia ha seguido el ritmo de las presiones de grupos religiosos y de las exigencias de las situaciones sociales e históricas nuevas. Los vacíos y deficiencias del derecho vigente son patentes para todos los estudiosos del tema, de diversas convicciones religiosas. La norma constitucional vigente -sobria y escueta- fue suficiente durante el siglo XX, mientras los grupos religiosos minoritarios no tuvieron la importancia social que ahora tienen ni reclamaron para sí un trato jurídico especial, y los pocos conflictos podían ser resueltos por los tribunales. En el siglo XXI, aunque es de esperar que no haya conflictos religiosos promovidos artificialmente, cabe prever mayor diversidad religiosa y nuevos problemas, así como más exigencias de los grupos religiosos minoritarios. Por eso, en

¹⁷ La diferencia entre los lugares públicos y privados no ha sido tenida en cuenta por el reciente reglamento del Ministerio de Salud, ya citado, que adolece de serias ilegalidades y, además, contraviene la Constitución y el Derecho Internacional. En efecto: (i) so pretexto de que a nadie puede imponerse un acto de culto -cosa obvia-, pretende impedir que incluso la audición de ellos sea evitada (¿no podrá oír a su pastor por la radio un vecino de cama?) y aun el presenciarlos (¿puede un enfermo exigir que el sacerdote que atiende al vecino de cama se abstenga de hacerlo?); (ii) exige registrar en la ficha de ingreso la confesión del paciente o su ausencia, contra el derecho generalmente admitido de no ser ni siquiera interrogado al respecto (no sólo el de no ser coaccionado para manifestar su posición); (iii) exige que los recintos hospitalarios pongan a disposición de todos los grupos religiosos sus capillas o lugares de oración, contraviene las garantías constitucionales y legales sobre el uso de estos bienes (en el caso de la Iglesia católica, que incluye recintos sagrados en lugares públicos, rige el Derecho Canónico); etcétera. No es el fin de esta ponencia analizar dicho reglamento, que tendrá que ser reformado o, de momento, interpretado de manera que se anule el efecto nocivo de estas disposiciones.

lugar de ir avanzando a la rastra de las presiones electorales y de los conflictos de conciencia contingentes, parece aconsejable acometer una reforma orgánica y coherente de la Constitución en esta materia. Naturalmente, los tribunales tendrán siempre la misión de desarrollar la Constitución.