

# EXAMEN JURÍDICO DE LA EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DEL ANTEPROYECTO SOBRE MODIFICACIÓN DE LA LEY 19.638 (ONAR)<sup>1</sup>

Conferencia del 21 de abril de 2016.  
Corporación ADVOCATES<sup>2</sup>.

En esta ocasión me centraré exclusivamente en dar una visión de lo que se propone desde el punto de vista de la Constitución y únicamente respecto de la “Exposición de motivos” del borrador de proyecto de ley entregado por la ONAR sin entrar, por ahora, en el articulado. En primer lugar, cabe hacer una mención al artículo constitucional actual N° 19,6. Este artículo proviene del artículo 10 N° 2 de la Constitución de 1925. El artículo de esta última, significó lo que en su época se llamó la “separación” de la Iglesia y del Estado. Ahora bien, en ninguna parte de la Constitución se habla de “separación”. ¿Qué significó la llamada “separación”?

a) El término de la Iglesia Católica como Iglesia oficial de la República de Chile, según la Constitución de 1833.

b) El término del Patronato, esto es, de las franquicias y privilegios que a la Corona Española concedió la Santa Sede, entre ellos la preconización de los obispos, el “pase regio”, esto es, que las bulas y otros documentos papales debían ser visados por el Consejo de Estado. Estos privilegios fueron otorgados a los Reyes Españoles y, en derecho estricto, fueron usurpados por la República. La práctica fue que, en un punto crucial, la designación de los Obispos, se acostumbró que la República “hiciera las preces” y la Santa Sede aceptara la presentación mediante una bula, bajo el título de “Motu proprio” (por propia iniciativa), el cual pasaba al “pase regio” del Consejo de Estado y se procedía entonces a la consagración episcopal. La creación de diócesis se hacía también mediante este procedimiento pacticio de facto, pero la erección se efectuaba –como si fuera un servicio público- a través de una ley (1836 diócesis de La Serena y de San Carlos de Ancud, 1840 erección de la sede episcopal de Santiago como sede arzobispal). Las cosas funcionaron bien hasta las preces formuladas por el Gobierno de Santa María para el canónigo Francisco de Paula Taforó como arzobispo de Santiago, pero no funcionaron en materia de erección de diócesis nuevas. Esas nuevas diócesis se crearon sólo el 18 de octubre de 1925, fecha de la entrada en vigencia de la Constitución de 1925. La Santa Sede, vistos los problemas en el gobierno de Santa María, procedió a hacer gobernar las diócesis a través de “obispos auxiliares”, nombrados sin intervención de las autoridades chilenas, hasta el acuerdo acerca del titular.

c) El término del Presupuesto del Estado para la Iglesia, pues los dignatarios eran remunerados como funcionarios públicos. Este Presupuesto fue creado en 1853, cuando la Iglesia renunció a sus

---

<sup>1</sup> La ONAR es la oficina de asuntos religiosos del Gobierno de Chile. Ministerio Secretaría General de la Presidencia.

<sup>2</sup> La Corporación ADVOCATES es la filial chilena de la Red Latinoamericana de Abogados Cristianos.

“diezmos y primicias” para que el Estado chileno creara el impuesto territorial. Debido a ello, en 1925, se otorgó un “desahucio” constituido por de una cantidad de dinero para el culto de la Iglesia Católica en Chile. Véanse la disposición transitoria primera: inciso primero (termina con el Patronato) y suprime numerosos artículos de la Constitución de 1833; inciso segundo: “Durante cinco años el Estado entregará al señor Arzobispo de Santiago la cantidad de dos millones quinientos mil pesos anuales para que se inviertan en el país en las necesidades del culto de la Iglesia Católica”.

Ahora bien, no cabe duda que el artículo 10 N° 2 de 1925 fue fruto de un acuerdo entre la Santa Sede y el Gobierno de Chile. Pero, lo que sigue siendo discutido es el valor jurídico de este acuerdo. La mayoría de la doctrina entiende que este acuerdo no tiene valor jurídico, es un acuerdo político, sin efectos jurídicos. Es lo que sostiene CARLOS SALINAS: Estado no Confesional y Laicismo, Revista de Derecho U. C. del Norte, Sección Estudios año 15 N° 1, 2008, pp. 183-202.

Por mi parte, sostengo que este acuerdo tiene valor jurídico ante el derecho internacional público y no podría ser alterado unilateralmente por el Estado de Chile, véase JORGE PRECHT: “LA SEPARACIÓN DEL ESTADO DE CHILE Y LA IGLESIA CATÓLICA” en VV AA: Administración y Derecho, Thomson Reuters, 2014, pp. 223-282.

Ahora bien, en las prácticas diplomáticas lo que sostengo tiene precedentes. En efecto, las leyes de 1905 en Francia separaron a la Iglesia del Estado, de una manera inamistosa y luego persecutoria (muy distinta de la “amigable convivencia” chilena), véase IAM ANNUS en que Pio X compara la situación chilena, con la situación desfavorable de México y Francia.

Dice el Cardenal JEAN-LOUIS TERAN (SIC)<sup>3</sup>: “ELOGIO DE LA SANA LAICIDAD”, Entrevista al Cardenal por el periodista GIANNI CARDINALE en 30 Giorni, junio de 2005. “Tras las conversaciones que duraron desde 1921 hasta 1924 se llegó a los llamados acuerdos Briand-Cereti, según los cuales los edificios de culto pasaron de las asociaciones de laicos elegidos democráticamente a asociaciones diocesanas presididas por el Obispo. El Papa Pío XI, para estar seguro de que Francia respetara este tipo de compromiso, pidió una libertad de libertad religiosa, pero el Estado francés no aceptó. De modo que se optó por una serie de documentos de diverso valor jurídico” (...) “Tenemos una prememoria sobre el giro de las relaciones diplomáticas sobre el nombramiento de los Obispos y además un intercambio de cartas entre el Ministro de Relaciones Exteriores y el nuncio apostólico a propósito de la Facultad de Teología de Estrasburgo y de las asociaciones diocesanas. Además existe un entendimiento verbal sobre el procedimiento, para garantizar el valor jurídico de estos acuerdos. La Santa Sede manifestó la ratificación de estos acuerdos con la Encíclica Maximam Gravissimamque de enero de 1924, mientras el Estado francés emitió el parecer del Congreso de Estado... Hay quienes los consideran acuerdos internacionales, y, por consiguiente, piensan que han de ser publicados en la Colección Oficial de tratados”.

En la “laica Francia” desde 1924 hasta el presente, todo pende de un hilo, pero las partes respetan la palabra empeñada. La situación chilena de las relaciones Iglesia-Estado es mucho más sólida y hasta el momento, en general, la Santa Sede y Chile han respetado el acuerdo de 1925.

Pero en los hechos, el Estado de Chile alteró unilateralmente este acuerdo: Así la Constitución de 1925 artículo 10 N° 2 fue modificado: se eliminó “pero quedarán sometidas, con respecto a los bienes, dentro de las garantías de esta Constitución, al derecho común para el ejercicio de sus bienes futuros” y se agregó el adverbio “exclusivamente al servicio de un culto” tratándose de la exención de contribuciones de los templos y sus dependencias”.

---

<sup>3</sup> N. del E.: ¿Tauran?

Me pronunciaré a continuación acerca de los principios orientadores de la ley modificatoria.

## I. SITUACIÓN CONSTITUCIONAL

En primer lugar, hablar de “principios” “orientadores” es redundante. Un principio jurídico es siempre orientador para los operadores jurídicos, llámense jueces o administradores, e incluso para la labor nomogenética infralegal.

En segundo lugar, ¿es necesario reafirmar el artículo 19 N°6 de la Constitución en una ley?

A mí me parece que es una mala técnica legislativa: ¿De qué sirve reafirmar en una ley lo que dispone la Constitución? ¿Podría actuar de otra manera el legislador? Eso fue puesto, en la ley 19.638 porque al discutirse en el Senado la Constitucionalidad de esta ley en relación a una primera redacción de lo que es hoy el artículo 20 y no queriendo pronunciarse la Comisión de Constitución sobre la materia, llegó al absurdo de lo que es hoy el artículo primero de dicha ley: “El Estado garantiza la libertad religiosa y de culto en los términos de la Constitución Política de la República” (iniciativa del Senador Sergio Fernández).

Ante todo, no es el Estado el garantizador, lo dice el encabezamiento del artículo 19: “La Constitución asegura... No es propio del Estado garantizar nada y el día de mañana ello puede dar pie a intervenciones indebidas del Estado en materia de libertad religiosa.

Todo esto vale, a fortiori, para el artículo 1 inciso primero del Decreto 303, de 26 de mayo de 2000 del Ministerio de Justicia, Reglamento para el Registro de Entidades religiosas de Derecho Público.

Por otra parte, nadie puede ignorar el inciso segundo del artículo 6° de la Constitución: “Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos (\*los órganos del Estado) como a toda persona, institución o grupo”.

En el proyecto de modificación de la ley 19.638 se lee: “El Estado garantiza las libertades religiosas y de culto en los términos de la Constitución Política de la República”.

Ahora bien, en la actual Constitución, estrictamente hablando, no se garantizan “las libertades religiosas”.

Dejando de lado que “la libertad de culto” forma parte de las “libertades religiosas”, lo que la Constitución garantiza es “la libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos”.

Cuando el artículo 1° del Anteproyecto habla de que se “garantiza en los términos de la Constitución Política de la República” se reducen las “libertades religiosas” a la “libertad de conciencia” y “el libre ejercicio de todos los cultos” y “la manifestación de todas las creencias”.

Esta redacción era suficiente para lo que en 1925 se entendía por “libertad religiosa”, pero hoy es difícil que alguien sostenga que “libertad religiosa” sea sinónimo de “libertad de conciencia”.

En efecto, la “libertad de conciencia” es el derecho a actuar según su propia conciencia, en el ámbito religioso o no religioso; la libertad de pensamiento es la concepción o interpretación personal de la realidad.

Por ello, el artículo primero debe salir del atolladero en que se encuentra. Hay dos maneras para ello. La primera es la necesaria reforma del artículo 19 N°6, pero hay una segunda salida, un second best, es agregar “y de los que se consideran en los tratados de derechos humanos suscritos por Chile y que se encuentran vigentes”, en atención al artículo 5° inciso segundo de la Constitución. Esta salida es la que emplea la ley 20.609 12/07/2012, que establece medidas contra la discriminación (p. ej. 1° y art. 2° definición de discriminación arbitraria).

Otra observación acerca de “los principios orientadores” de la modificación se refiere a la igualdad ante la ley. Dice “las entidades religiosas constituidas en virtud de esta ley nacen en igualdad de condiciones”, “Siendo deber del Estado el otorgar un trato igualitario”. Hay que perfeccionar este párrafo a mi juicio, debería decir: “Las entidades religiosas constituidas en virtud de esta ley nacen en igualdad de condiciones. Es deber del Estado, así como de toda persona, institución o grupo otorgarles un trato igualitario”. Idéntico trato, que elimine toda discriminación arbitraria, debería otorgarse respecto a las iglesias e instituciones religiosas a las que se refiere el artículo 26 (nuevo).

En efecto, la no discriminación arbitraria, opera respecto de la Iglesia Católica Romana, de la Iglesia Ortodoxa del Patriarcado de Antioquía y demás iglesias e instituciones a que se refiere el artículo 25 (nuevo) que era el 20 de la ley. Ello según proposición del texto que se entregó. Ahora bien, debería mantenerse este artículo como artículo de cierre de la ley.

## II. ESTADO LAICO

Chile no es un Estado laico. Es un Estado con separación entre la Iglesia Católica (la única que alguna vez estuvo unida al Estado) y el Estado: Esta separación se extendió a todas las otras iglesias, confesiones, denominación, etc. Por ello, quizá en vez de una separación, convendría hablar de “distinción” entre el Estado y las entidades religiosas.

Sin lugar a dudas y en consecuencia es un Estado no confesional. Pero reducir el estado laico al Estado no confesional, que distingue entre el rol del Estado y el rol de las Iglesias es un empobrecimiento indebido del concepto de laicidad del Estado.

Por eso, ningún partidario del Estado laico se reconocería, en lo que dice el preámbulo del proyecto: “Por Estado laico se entiende el mutuo respeto entre las entidades religiosas confesiones”. Ello es impropio, ya que ello supone un Credo o Confesión, pero no todas las entidades religiosas lo tienen).

El contenido del principio de laicidad del Estado es entendido de muy distintas formas. Además, decir que desde la separación entre “la religión y el Estado” (sic) nuestro país ha ido consolidando una cultura laica, respetuosa del pluralismo y diversidad del hecho religioso, me parece un “wishfull thinking” (un deseo hecho pensamiento). Más bien, me parece que existe un núcleo de laicismo agresivo y antirreligioso, que va imponiendo un tipo de laicidad, pedazo a pedazo, laicidad que está lejos de estar consolidada y menos compartida.

Por ejemplo, ¿Cuántas instituciones religiosas serían partidarias de la eliminación de la enseñanza religiosa en las escuelas estatales o en las escuelas con aportes estatales? o ¿Cuántas lo son respecto de la discriminación del aborto?.

Aparentemente ello no es parte de la laicidad del Estado, pero si uno va al más conocido de los manifiestos modernos acerca de la laicidad del Estado, esto es, la Declaración Universal de la Laicidad de Estado en el siglo XXI, propiciado y a iniciativa de JEAN BAUBEROT, se lee en el artículo 9 lo siguiente: “9. El respeto concreto a la libertad de conciencia y a la no discriminación, así como la autonomía de lo político y de la sociedad frente a normas particulares, deben aplicarse a los necesarios debates que conciernen a las cuestiones relacionadas con el cuerpo y la sexualidad, la enfermedad y la muerte, la emancipación de las mujeres, la educación de los niños, los matrimonios mixtos, la condición de los adeptos de minorías religiosas o no religiosas, los “no creyentes” y aquellos que critican la religión (manifiesto firmado del 2005 por más de 400 personalidades, la mayor parte académicos).

Este manifiesto concibe la libertad religiosa como sinónimo de la libertad de conciencia y de la libertad de culto, pero niega la libertad religiosa que le permite a la iglesia actuar en la esfera pública en materias que derivan de sus creencias y que son claves en materias de ética social.

Por lo tanto, yo no excluyo que se declare a Chile como una República Laica, pero me interesa saber de antemano que se encuentra “debajo del sombrero de la laicidad”. Para ello, Humberto Lagos, el suscrito y además de otros enviamos a la Primera Mandataria una carta en la que le pedíamos que creara una “Comisión Presidencia sobre Laicidad del Estado”. En ella hubiéramos podido confrontar posiciones no sólo abstractas, sino por esfera por esfera determinar nuestros puntos de encuentro y los de desencuentro, hacia la conclusión de un documento final que nos mostrara si era posible firmar un “Pacto Social sobre Laicidad del Estado”. Ya con anterioridad yo había propuesto avanzar hacia un “pacto laico de colaboración”. Ver Revista Mensaje. Sección opinión, noviembre de 2006, p. 33. Van a ser casi 10 años.

Nuestra carta quedó sin respuesta, pero el término una “educación laica” se encuentra en la ley general de Educación 20.370 12/09/2009 y en la ley sobre inclusión escolar en la admisión de los estudiantes 20.845 08/07/2015 que entró en vigencia el 1º de marzo de 2016. Es una manera “políticamente correcta” de cortar el salame tajada a tajada, pero es contraria a la transparencia y la participación ciudadana, y yo añadiría al propio concepto de laicidad.

Yo no comparto la posición oficial de la Iglesia Católica de seguir hablando de una “sana” laicidad. Las declaraciones oficiales han multiplicado los adjetivos acerca de la laicidad. Sostengo, en cambio, que la laicidad del Estado tiene siempre un sentido positivo: la laicidad es un principio, un valor y una tarea ¿qué significa? La no existencia de una religión del Estado, la separación de las iglesias y el Estado, el reconocimiento de su aporte social (lo que significa la cooperación entre el Estado y las entidades religiosas en tareas comunes), la proscripción del clericalismo –en especial en el ámbito político-, el trato igualitario por parte del Estado a las entidades religiosas, en una igualdad de paridad y con plena vigencia de la libertad religiosa; el reconocimiento que el hecho religioso tiene un proyección comunitaria, y a menudo institucional, que lleva a la construcción de una moral social como su aporte irrenunciable al bien común.

¿Por qué la proscripción del clericalismo? Porque las iglesias, a lo menos las cristianas, por una parte no han cesado de sentirse atraídas por un Estado protector, si bien por otra, no han dejado de luchar en contra del Estado omnipotente.

Entiendo por clericalismo la búsqueda de las entidades religiosas de un Estado protector, con sus granjerías y sus desigualdades. En gran medida, el nacimiento y desarrollo de un laicismo que pretende marginar a la Iglesia de lo social es debido a que la religión ha caído en la tentación de ejercer el poder secular. Por eso el laicismo anti-religioso crea el mismo fenómeno de exclusión, pero a la inversa. Y si ayer la Iglesia Católica excluía a los disidentes a través del brazo secular, hoy el brazo secular excluyó a las iglesias y a la nueva disidencia católica (ahora minoritaria) enclaustrándolas en el culto y la moral individual y social. Es evidente que existe un clericalismo e integrismo eclesiástico, pero también existe un neo-clericalismo laicista (no tan nuevo en verdad) y un neo integrismo laicista.

Por ello, era y es necesario un Pacto Social de Laicidad del Estado, sin el cual podemos usar los mismos vocablos, pero con contenidos muy distintos.

### III. EL ESTADO EQUALIZADOR DE IGLESIAS

Este temor de mezclar el poder social y político con la religión me lleva a hacer la última reflexión acerca del Preámbulo o los principios orientadores de la modificación que se pretende hacer a la ley 19.638.

El Preámbulo, nos dice que a “un Estado laico le corresponde facilitar la armónica relación entre las distintas confesiones constituidas al amparo de esta ley, alentando permanentemente una cultura de diálogo y valores comunes”.

Ya he formulado la observación sobre el término “confesión” y mi prevención de que es extraño que esta armónica relación se dé sólo “entre las distintas confesiones constituidas al amparo de esta ley” ¿y qué pasa con las iglesias no constituidas o reconocidas a través de esta ley? ¿Y qué pasa con el diálogo con la no creencia?

Lo propio del Estado laico es la neutralidad frente al hecho religioso. Neutralidad dentro de lo posible, por cuanto, siempre será neutral relativamente, dentro de un universo filosófico. En el caso de la modernidad, la filosofía Kantiana o las ideas de la Ilustración. Por ende siempre, su neutralidad será relativa frente al hecho religioso.

El Estado recibe como un dato social la religiosidad e irreligiosidad, la diversidad o no diversidad del hecho religioso y sólo interviene para velar porque esa manifestación de su población no sea contraria a la moral, las buenas costumbres y el orden público. Si hay manifestaciones religiosas dialogantes con otras manifestaciones no dialogantes, (las que no desean este diálogo), ello no le empece al Estado. Lo que es deber del Estado laico es que exista libertad, transparencia y no discriminación.

La intervención del Estado se justificaría sólo cuando la reticencia al diálogo se convierta en incitación al odio, al proselitismo abusivo, a la coacción, a la imposición de diferencias arbitrarias.

El principio de la subsidiariedad del Estado es también aquí un buen consejero. El Estado no debe atribuirse tareas que los particulares y sus asociaciones libres pueden cumplir debidamente. En este caso, el diálogo interreligioso es propio de la libre iniciativa de las entidades religiosas y de sus propias convicciones. Las uniones y desuniones son propias de la dinámica religiosa. En un momento todos fuimos sectas, es decir, separados por voluntad propia o por voluntad ajena: a veces separados por voluntad del Estado, a veces por voluntad del grupo religioso dominante, o de ambos, cuando el grupo dominante se sirve del brazo secular para segregar o el brazo secular se apodera del grupo religioso para sus fines políticos y divide, margina o destierra a quienes no contribuyen a la mantención en el poder, al acceso al poder o a una nueva distribución del poder.

Si el Estado quiere intervenir en el hecho religioso perdería el Estado y perdería la libertad religiosa. El Estado se meterá de lleno en un berenjenal. Llegará el momento en que deberá determinar qué grupos son “dialogantes” y cuáles “no son dialogantes”, para promover a los primeros y desalentar a los segundos. Incluso podría llegar el día en que el Estado apoyara sólo a las corrientes religiosas sincretistas o creara “una religión cívica substitutiva” (una religión políticamente correcta), un modelo estatal de “buenas prácticas religiosas”.

Es claro, entonces, que no estoy de acuerdo con este punto de los “principios orientadores” del anteproyecto presentado. El Estado ha sido en Occidente y en su ámbito de influencia en el oriente próximo y en sus colonias, el Gran Perseguidor. Uno puede comprarse un

perro rottweiler para cuidar la casa, pero corre el riesgo que dicho perro comience a devorar a los niños de la casa. Por eso CAVE CANEM, CAVE CANEM (cuídate del perro).

*En conclusión de todo lo dicho: mi impresión es que deberíamos “tomar el toro por las astas” y poner todo nuestro esfuerzo en preparar una reforma del artículo 19 N° 6 actual y otros relacionados, por ejemplo, el derecho a la educación. Dentro de este esfuerzo, la conclusión de un “Pacto de Laicidad del Estado” es clave. Entre tanto, el proyecto de una ley substitutiva de la actual 19.638 me parece prematuro y aventurado. Aún si fuera aprobada (y lo dudo en la actual contingencia política) podría la tal ley ser “flor de un día”. Por ello mi sugerencia es que en vez de una “ley substitutoria”, se proponga al Ejecutivo solamente una “ley modificatoria”, corrigiendo los mayores problemas (por ejemplo, el tema de las barreras a la entrada, el tema del seguimiento y fiscalización posible de las entidades religiosas reconocidas, el tema de las personas derivadas, etc.)<sup>4</sup>.*

**Jorge Enrique Precht Pizarro**  
Profesor Titular de Derecho Público  
Facultad de Derecho  
Pontificia Universidad Católica de Chile

---

<sup>4</sup> Se adjunta el borrador de anteproyecto proporcionado por ONAR para la Conferencia Internacional de Abogados Cristianos, abril de 2016.