

## EL CUESTIONAMIENTO DEL MODELO CONSTITUCIONAL: UNA REFLEXION ACERCA DE LA ETICA INDIVIDUAL, LOS "NUEVOS DERECHOS" Y EL REGRESO A LA PARADOJA DE LA TOLERANCIA

Angela Vivanco Martínez

Profesora de Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica de Chile  
Universidad Adolfo Ibáñez y Universidad de las Américas

La defensa del pluralismo, como el culto por la diversidad y el respeto que ella merece, ha estado directa o indirectamente presente en la Historia del Hombre desde tiempos de la Filosofía Clásica Griega, pero ha sido en los siglos XIX y XX en los cuales ha conocido su mayor apogeo y también su más profundo cuestionamiento.

En efecto, y sin pretender realizar un análisis histórico, podemos decir que el gran tema de la Revolución Francesa fue precisamente el pluralismo, la exigencia violenta de reconocimiento a una diversidad de individuos que no como súbditos, sino como ciudadanos, exigían al Estado ser tratados, más que como destinatarios del poder, como sus detentadores, con libertades y derechos. Con posterioridad, la teoría de la representación se basó precisamente en la existencia de una multiplicidad de intereses que han de ser canalizados por autoridades, que el pueblo elige y que dependen de las mayorías votantes, en las que cada hombre importa, pues significa un voto. Ya entrado el siglo XX, los afanes expansionistas de grandes potencias se enfrentan a un mundo moderno que aspira a la pluralidad, y que descubre los peligros del exceso de tolerancia para con los intolerantes<sup>1</sup>, ya que contribuye a la destrucción de las sociedades abiertas, que arriesgan sufrir los resultados de albergar, así, el germen de su propia destrucción<sup>2</sup>.

Sin embargo, es en nuestra época actual, aquella que podemos llamar "de la Postmodernidad" en que se ha dado una particularísima coincidencia de situaciones a favor de un cada vez más indiscutido reinado del pluralismo: el énfasis por el reconocimiento de los derechos humanos, particularmente en la segunda mitad del siglo; la creciente convicción acerca de las bondades de un sistema democrático que admita y

promueva la participación de los individuos y de las distintas posturas que estos sostienen; la caída de las ideologías excluyentes, desde fines de la Segunda Guerra Mundial hasta los años ochentas, y sin duda, el imperio de economías de mercado que elevan a rango esencial la libre iniciativa privada y su opción intransable por la individualidad del Hombre, frente al repliegue sostenido de la maquinaria estatal antes interventora, hoy sin lugar a duda subsidiaria respecto de sus necesidades.

De esta forma, materias que hace no muchos años suscitaban pronunciados debates –todas ellas vinculadas con lo que se admite o no a las personas dentro del sistema, desde disentir políticamente de él hasta determinar los precios de sus productos– han comenzado a ser de generalizado consenso, sobre la base de ciertas premisas que difícilmente generan cuestionamiento: no pueden perseguirse las ideas, sino las conductas; es mejor que individuos contrarios al sistema accionen dentro de él que de manera oculta<sup>3</sup>; la competencia libre de ideas y de productos beneficia al público, al cual se asegura su libertad de elegir; la participación no es una concesión graciosa de la autoridad, sino un derecho propio del régimen democrático; no es ilícito defender los intereses propios, toda vez que al asegurar esta posibilidad a todos se produce una protección del interés general; las decisiones que solo afectan al sujeto son dominio absoluto de su conciencia y la Sociedad no puede inmiscuirse en ellas de forma alguna<sup>4</sup>.

Estas posturas, que originalmente eran sostenidas tan solo por países muy desarrollados, comienzan a producir un efecto global prácticamente en todo Occidente, y si bien países como el nuestro cuentan con un

<sup>1</sup> "¿Hasta qué punto debe la democracia constitucional proteger las libertades civiles de quienes las emplean con el propósito de destruir el orden constitucional?... El advenimiento del nacionalsocialismo, por ejemplo, está salpicado de incidentes en los que Hitler y sus lugartenientes hacían el mayor uso posible de las libertades de palabra, de prensa, de reunión y de asociación, para promover sus actividades y designios subversivos": Carl. J. FRIEDRICH: *El Gobierno Constitucional y Democracia* (trad. De Agustín Lasiera, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1975) p. 325.

<sup>2</sup> El tema de la destrucción del sistema a manos de sus enemigos ha sido tratado por la autora en *Las Libertades de Opinión y de Información* (Santiago, Editorial Andrés Bello, 1992) pp. 296 y ss.

<sup>3</sup> Considerando que las proscripciones y persecuciones políticas más bien los transforman en una especie de héroes populares, ya que hacen aparecer al Estado como una maquinaria de terror más que una organización pacífica de individuos: "un Estado que se proclama democrático nunca puede considerarse en guerra con sus conciudadanos": BOBBIO, Norberto, *Las Ideologías y el Poder en crisis* (Barcelona, Ariel, 1994) p. 84.

<sup>4</sup> Lo cual significa un retorno, con gran apogeo, a la idea que "la única parte de la conducta de cada uno por la que él es responsable ante la sociedad es la que se refiere a los demás. En la parte que le concierne meramente a él, su independencia es, de derecho, absoluta. Sobre sí mismo, sobre su propio cuerpo y espíritu, el individuo es soberano": STUART MILL, John, *Sobre La Libertad en Los Grandes Pensadores* N° 26 (Madrid, Sarpe, 1984) p. 38.

reciente pasado de fuertes proscripciones políticas o limitaciones constitucionales al pluralismo<sup>5</sup>, hay una tendencia generalizada a superar estos antecedentes históricos con la mayor prontitud y a abrazar decididamente las banderas de la libre competencia y de la más amplia tolerancia, ya que lo contrario ha llegado a identificarse con el primitivismo y el subdesarrollo, teniendo en consideración que, hasta para comerciar con otros países, se exige tener una actitud acorde con los parámetros del pensamiento internacional: la modernidad es un imperativo del mundo relacionado.

El cambio, hasta cierto punto dramático, que operó en algunos de estos países, los cuales en un lapso inferior a diez años, transformaron sus aprehensiones respecto de los "enemigos del sistema" en una actitud de apertura, procurando contar con bases de acuerdo con ellos, han sido bien sintetizadas por Peter Berger de la Boston University: "Si uno está comprometido con una sociedad humanitaria y la democracia, no puede sino preocuparse por la proliferación de movimientos intolerantes, en especial si estos aspiran a la hegemonía política. Pero no es posible una solución en términos políticos, a menos que los individuos lo hayan resuelto en sus propias vidas. En otras palabras, el pluralismo y la democracia han de basarse en la cultura de la tolerancia a la que la gente *le pueda deber real adhesión*. De lo contrario, lo mejor que cabe esperar es una suerte de frágil armisticio entre bandos fanáticos"<sup>6</sup>.

De esta forma, sistemas jurídicos que habían optado por proscribir cierto rango de diferencias o por declarar ilícito sostener cierto tipo de ideología o doctrina con ánimo de captar adherentes, optaron por considerar que resultaba más productivo, en aras de la paz y la libertad, establecer ciertas bases de entendimiento, que permitieran a cada uno sostener sus propios postulados, mientras se respetaran las formas de proceder en democracia, es decir, aprobación de la disensión ideológica, reprobación de la acción positiva de ataque contra el sistema. Ello ha dado lugar a lo

<sup>5</sup> En el Acta Constitucional N° 2, contenida en el Decreto Ley N° 1.551 de 13 de septiembre de 1976, se señalaba como valor esencial de las bases de la institucionalidad a "La concepción de una nueva y sólida democracia que haga posible la participación de los integrantes de la comunidad en el conocimiento y solución de los grandes problemas nacionales y dotada de mecanismos que la defiendan *de los enemigos de la libertad* los que, al amparo de un *pluralismo mal entendido*, solo pretenden su destrucción", mientras que en el Acta Constitucional N° 3, contenida en el Decreto Ley N° 1.552 de 13 de septiembre de 1976, se consideraba que "como una manera de proteger los valores fundamentales en que se basa la sociedad chilena, debe declararse ilícito y contrario al ordenamiento institucional de la República todo acto de personas o grupos destinado a difundir doctrinas que atenten contra la familia, propugnen la violencia o una concepción de la sociedad fundada en la lucha de clases, o que sean contrarias al régimen constituido". Estos documentos fueron parte de los antecedentes que se tuvieron a la vista en la construcción del famoso artículo 8° de la Carta Fundamental, hoy derogado.

<sup>6</sup> En su obra "El Pluralismo y la Dialéctica de la Incertidumbre" en *Estudios Públicos* N° 67, invierno de 1997 (Santiago, Centro de Estudios Públicos, 1997) p. 13.

que la doctrina llama "una *democracia procedimental*"<sup>7</sup>, la cual innegablemente se ha visto reforzada por la constancia práctica de que esquemas políticos totalitarios o autoritarios son difícilmente sostenibles bajo las exigencias de un mundo moderno, más allá de ciertos límites, sobre todo —como es su generalidad— al estar fundados en líderes carismáticos, situaciones geográficas aisladas o apoyo de potencias extranjeras interesadas en su mantención.

En otras palabras, por razones afortunadas o no, se produjo en el mundo occidental una serie de situaciones de tal magnitud, que motivaron un cambio de visión respecto del pluralismo y que pavimentaron la situación imperante en la actualidad sobre él: Temor de transformarse por la vía de la represión en una sociedad cerrada, cuando lo que se trataba de proteger era la apertura; reemplazo de las figuras punibles consistentes en difusión de ideas por aquellas identificadas con conductas materiales antisistémicas, como se constata de la revisión de la legislación antiterrorista en el mundo; convicción creciente, por parte de los propios grupos antidemocráticos, que es posible un acuerdo generalizado en torno a los procedimientos de la democracia, sin que por ello se renuncie a cuestionar los valores que, originalmente, se consideraron parte integrante y esencial de ella.

#### I. RASGOS FUNDAMENTALES DE LA DEMOCRACIA DE FINES DEL SIGLO XX

Después de la democracia directa de la antigua Atenas, de la representación post Revolución Francesa, de las democracias populares de principios de la centuria y de las democracias protegidas de los años setenta, ¿qué es lo que encontramos hoy?

La respuesta quizás más acertada sea que la democracia que ahora se vive en gran parte de Occidente, sea aquella que parte de los siguientes presupuestos:

1. Un sistema respecto del cual se tiene una confianza inagotable y la total convicción de ser el ideal supremo de la política, al punto que se ha considerado al "mito de la democracia" como el lógico sucesor del mito del progreso indefinido propio de la doctrina liberal clásica<sup>8</sup>, ya que no hay capacidad discursiva en el mundo político de la Postmodernidad para poder cuestionar al mo-

<sup>7</sup> "Creo que para dar una definición mínima, pero suficiente de democracia, basta recurrir a lo que se denomina una concepción puramente procedimental de la democracia. La democracia como un conjunto de reglas o de procedimientos, aquellas que a menudo se llaman "las reglas del juego", que permiten tomar las decisiones colectivas. Decisiones colectivas en el sentido que dirigen a todos los miembros de una colectividad y que, además, son vinculantes": Norberto BOBBIO, en *Fundamento y futuro de la Democracia* (traducción Gabriel del Favero, Valparaíso, Edeval, 1990) p. 11.

<sup>8</sup> Ver, al respecto, BRAVO LIRA, Bernardino: "Democracia: ¿Antídoto frente a la Corrupción?" en *Estudios Públicos* N° 52, primavera de 1993 (Santiago, Centro de Estudios Públicos, 1993) pp. 300 - 301.

delo democrático<sup>9</sup>, al menos en este lado del mundo.

2. Tal como antes lo explicábamos, democracia que hace énfasis en los aspectos puramente procedimentales, evitando cuidadosamente identificarse con principios de corrientes filosóficas o teológicas que le den un cierto apellido, tal como "iusnaturalista", ya que tal cosa podría significar la destrucción del consenso que los estados han sido capaces de lograr sobre ella, una especie de pacto social de última generación en el cual se da por sentado que la razón de la unidad es precisamente vivir en democracia, es decir, en un sistema caracterizado —mucho más que por valores— por las posibilidades con las que cuenta el individuo dentro de él: formular sus preferencias; manifestar públicamente dichas preferencias entre sus partidarios y ante el gobierno, individual y colectivamente; recibir de parte del gobierno igualdad de trato: es decir, este no debe hacer discriminación alguna por causa del contenido o del origen de tales preferencias<sup>10</sup>.
3. En un modelo caracterizado de la manera antedicha, el valor preponderante es, sin lugar a dudas, la libertad, entendida como la garantía de individualidad de la persona frente al Estado, totalmente determinada por sí misma, salvo, como ya se ha explicado, en conductas que se identifiquen por el sistema jurídico como atentatorias contra los derechos de terceros. Sin embargo, para que tal libertad constituya de veras un pilar democrático, debe encontrarse inextricablemente asociada con la igualdad, lo que genera la idea de "libertad en la igualdad", que implica que "cada cual debe gozar de tanta libertad cuanto sea compatible con la libertad ajena y puede hacer todo aquello que no dañe la libertad de los demás"<sup>11</sup>.
4. De la mano de la igualdad en la libertad, no podía menos que encontrarse el pluralismo, pero esta vez no aquel que considera la existencia válida de no-demócratas dentro de la democracia, sino el que estima que la democracia es lo suficiente omnicomprensiva para albergar dentro de sus propios partidarios a quienes con anterioridad no se sentían incorporados a ella por ser forzados a un consenso sobre valores que no compartían<sup>12</sup>, y que

hoy, gracias al gran logro procedimental, se han transformado en convencidos partícipes del juego democrático, que no les exige suscribir principios refinados con su propia visión de la realidad, sino tan solo acatar ciertas reglas muy formales perfectamente tolerables.

5. De esta forma, las actuales democracias presentan una línea causal entre la dignidad intrínseca del ser humano, su *imago mundi* personal, el reconocimiento a su postura totalmente autónoma y el pacto a cambio del cual, gracias al irrestricto respeto por su individualidad, se atiene a vivir en una sociedad participativa, que vota, se expresa sin mayores restricciones y exige del Estado no ser discriminada en las prestaciones que de él reciba. De esta forma, la violencia sistémica y antisistémica pueden al fin superarse<sup>13</sup>, por la vía de un acuerdo que no significa profundas transformaciones impuestas a la libertad de conciencia, sino una voluntad de someterse pacíficamente a reglas de orden vastamente probadas como efectivas y aun productivas.

De las características reseñadas, resulta probable concluir que Occidente —en el sistema democrático que se ha ido construyendo— ha encontrado la fórmula posible para incorporar a los disidentes, para evitar la caza de brujas por razones ideológicas y para operar con cierto desenvolvimiento, gracias a un apoyo al menos aceptable de quienes pudieron sentirse marginados, teniendo sobre todo a la vista la realidad innegable que cada ser humano es digno de respeto y consideración, y que por ello no es legítimo imponer su sacrificio en aras del bienestar de la mayoría, ya que no puede la persona humana como tal jerarquizarse en cuanto a su valor a aquel que pertenece al grupo, lo que tampoco significa que la autoridad de la ley no pueda limitar el ejercicio de sus derechos precisamente para salvaguardar la paz y la convivencia social.

El punto que cabe analizar es qué ha sucedido, dentro de tal solución, con la ética posible de exigir a las conductas.

en el negocio... Donde tal consenso articulado y sistemático parece necesario es en una autocracia. Un gobierno cuya legitimidad no esté sostenida por una adhesión pública al método, los medios, el procedimiento y la participación, precisará en su propagación del mito del consenso único, verdadero, sustantivo": CRICK, Bernard *En defensa de la Política* (traducción de Juan Martín Ruiz Werner, Madrid, Taurus, 1966) pp. 220, 221.

<sup>13</sup> "1. La democracia es aquella forma de gobierno cuyas reglas principales, cuando son observadas, tienen la finalidad de permitir la solución de los conflictos sociales sin necesidad de recurrir a la violencia recíproca (las cabezas se cuentan, no se cortan)... 3. La democracia, en cuanto que presupone y exige una sociedad pluralista en la que diversos grupos de poder concurren pacíficamente en la toma de decisiones colectivas, es un régimen en el que gran parte de decisiones son tomadas a través de acuerdos de los diversos grupos. La democracia da vida a una sociedad eminentemente contractual...": BOBBIO, Norberto, "Razón de Estado y Democracia" en *Elogio de la Templanza* (Madrid, Temas de Hoy, 1995) p. 153.

<sup>9</sup> "El hundimiento del comunismo exacerbó esta discordancia reforzando en Occidente la opinión de que su ideología, el liberalismo democrático, había triunfado a escala mundial y, por tanto, era universalmente válida": HUNTINGTON, Samuel, *El Choque de Civilizaciones* (Barcelona, Paidós, 1997) p. 217.

<sup>10</sup> Lo que resulta una interesante visión de la democracia en cuanto a expectativas y prerrogativas, en DAHL, Robert: *La Poliarquía* (Madrid, Tecnos, 1989), p. 14.

<sup>11</sup> BOBBIO, Norberto: *Liberalismo y Democracia* (México, Fondo de Cultura Económica, 1989) p. 41.

<sup>12</sup> "Los que dicen que carecemos desesperadamente de un consenso de valores y tienen una cosa semejante que ofrecer (usualmente "una fe combativa en la democracia" o algún otro monoteísmo) están de hecho intentando sencillamente vendernos una marca particular de política mientras fingen que no están, por decirlo así,

## II. LA ÉTICA INDIVIDUAL EN LA DEMOCRACIA PLURALISTA

Sin duda, en la disquisición entre autonomía y control, las democracias pluralistas, reconocedoras del valor de la tolerancia y del respeto por las personas, han puesto especial énfasis en la autonomía, estimando que la libertad es un elemento generador de relaciones saludables entre los individuos<sup>14</sup> y que la única forma de contar con un pensamiento que sea instrumento de progreso y de desarrollo es asegurar que este no sea coartado, perseguido, amenazado o manipulado.

La libertad del Hombre, sin duda, proviene de su propia naturaleza y no es creación de la sociedad, la que sí debe fortalecerla y "debe permanentemente inventar instituciones que sean capaces de extender y, aún más, generar el aire y espacio necesarios para el fortalecimiento de esa libertad entre sus ciudadanos"<sup>15</sup>, de tal manera que la sociedad pasa a ser no solo garante de la libertad del individuo, sino también obligada a entregar específicos repartos que la promueven y amplíen su ámbito de acción.

Esa libertad no solo se manifiesta en el orden material o corpóreo (libertad personal, libertad económica, libre acceso al dominio, libertad de contratación, etc.), sino también en el ámbito de la conciencia, en el terreno de las valoraciones y, por ende, en el de la ética. El ser libre para determinar la moral de la conducta, en otras palabras, para ordenarse de acuerdo a los propios principios, ha originado en grandes sectores de la doctrina una firme convicción acerca de la libertad moral individualista, es decir, aquella que busca la protección de la conciencia y la responsabilidad por la decisión propia<sup>16</sup>, sin intervención de terceros, ni siquiera de quienes esgriman como argumentos los de la protección y salvaguarda de la comunidad.

Así como la democracia ha venido a reemplazar al mito del progreso indefinido de los liberales clásicos, asimismo, la individualidad de la moral se ha transformado en el sustituto de "la mano invisible" de Adam Smith, considerando que el ejercicio de la libertad moral no solo conduce a una mejor distribución de los recursos, sino a la cooperación, es decir, a un fin moral positivo<sup>17</sup>. De esta forma, cada uno actuando de acuerdo a sus propios principios e interpretaciones sobre la realidad, respetado y protegido en esa manera de vivir y de proceder, verdaderamente es capaz de aportar al ámbito en el cual se desarrolla, a través de la reflexión, la elección y la competencia de posturas, que conllevan la necesaria política de los acuerdos.

Asegurada la visión personal del mundo que cada uno tiene y la más absoluta inviolabilidad de la conciencia humana, el problema se vuelve hacia el ámbito en el que se encuentran proyectados aquellos principios y valores que la sociedad en su conjunto se ha dado, y pueden perfectamente contraponerse a aquellos que una persona particularmente sostiene. En el ámbito de lo delictual, claramente primarán las exigencias sociales de no efectuar ciertas conductas que dañan bienes jurídicos protegidos (tales como la vida, el orden de las familias, la fe pública), pero fuera de él la distinción comienza a desdibujarse rápidamente y a ser incluso dudosa, más aún si considerados que el propio sistema democrático solamente soslaya el problema valórico, ya sea por afán de supervivencia, de integración de disidentes o de su imposición como modelo universal.

En efecto, es de reciente tendencia, el forzar la contraposición de la ética pública y de la ética privada (o individual), considerando a la primera como aquel núcleo de contenidos que, por erigirse en condición de una convivencia plural pacífica, se consideraría jurídicamente exigible, y a la segunda como un conjunto de dimensiones omnicomprendivas del bien que cada ciudadano puede privadamente suscribir y que no puede extenderse a los demás ciudadanos, pues significaría una pretensión de imponer sobre estos creencias ajenas<sup>18</sup>. Si bien tal cosa ha generado un amplio debate, la verdad es que son muchos los países en los que crece la exigencia de no intervención alguna de la sociedad en el campo de la ética individual o privada, y en los que se deja limitada la ética pública, a lo que Andrés Ollero llama, en perfecta concordancia con las características actuales de la democracia, una *ética procedimental*, que no señala criterios ni establece conductas obligatorias para alcanzar el bien y que se basa en el carácter trascendente y categórico de la pura racionalidad comunicativa del Hombre<sup>19</sup>.

De esta forma, la ética del conjunto se agotará tan solo en la idea de vivir en el conjunto, de manera pacífica y en competencia bajo ciertas reglas preestablecidas. Todo el resto, es decir, lo que consiste en ordenar la conducta hacia el bien, en efectuar las valoraciones respecto de los hechos, el acatamiento de ciertos principios fundamentales, queda entregado a la pura decisión del individuo, para evitar las luchas en-

<sup>14</sup> Ver, de DAHL, Robert, *Dilemmas of Pluralist Democracy, Autonomy vs. Control* (New Haven, Yale University Press, 1996).

<sup>15</sup> NOVAK, Michael: *Morality, Capitalism and Democracy* (Londres, IEA Health and Welfare Unit, 1990) p. 19.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 18.

<sup>17</sup> Rev. ROBINSON, Simon: "La Libertad Moral en Michael Novak y R.H. Tawney" en *Estudios Públicos* n° 55, invierno de 1994 (Santiago, Centro de Estudios Públicos, 1994) p. 230.

<sup>18</sup> Al respecto, resulta interesante confrontar las tesis de PÉREZ BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Ética, poder y derecho. Reflexiones ante el fin de siglo* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1995) que, como positivista, teme los riesgos de "imponer la ética pública como ética privada y convertir a los ciudadanos en obligados creyentes" (p. 17), y de OLLERO TASSARA, Andrés, "Derecho y Moral entre lo público y lo privado", en *Estudios Públicos* n° 69, verano de 1998 (Santiago, Centro de Estudios Públicos, 1998), quien considera que "la ética pública, en cuanto marca los criterios que han de organizar la vida social, desborda cuando mucho una dimensión meramente procedimental y formal. Exige determinados contenidos materiales, sin perjuicio que su alcance sea más modesto que el omnicomprendivo de las éticas privadas" (pp. 25 - 26).

<sup>19</sup> *Ob. cit.*, pp. 23 - 24.

conadas, la destrucción de la convivencia y la temida promoción del Estado respecto de una doctrina particular en detrimento de otras<sup>20</sup>, es decir, fundamentalismo presente en ámbitos no occidentales que se traduce en el movimiento del aparato estatal en captura de las conciencias individuales.

De esta forma, el culto por la ética individual y privada se vuelve, una vez más, hacia el pluralismo, el cual se eleva desde hecho sociológico a la categoría ética, como un freno a la pretensión de imponer una sola visión del mundo, haciendo uso opresivo del poder a favor de una determinada concepción ética<sup>21</sup>. Tal cosa deriva en la consideración de una ética individual que obedece a las siguientes premisas:

1. Dado que el acuerdo valórico es muy difícil de lograr, el sistema social no debe aspirar a más que un consenso procedimental, por lo cual la búsqueda de la verdad y del bien fuera de los aspectos formales es tarea estrictamente individual. Tal cosa, sin duda, significa entender verdad y consenso como un dilema alternativo<sup>22</sup>, respecto del cual el concepto de pluralismo dirige el camino hacia *el consenso posible en la diversidad*.
2. Defender a ultranza que la ética sustantiva resulte patrimonio exclusivo de la individualidad del Hombre, se visualiza como un freno para el poder estatal, ya que la organización política se encontrará impedida de legislar respecto de las conciencias de los individuos, no podrá perseguirlos por sus opiniones ni forzarlos a suscribir normas morales que no comparten, salvaguardándose así la libertad y la dignidad de las personas, ya que bajo este prisma, tal vez el componente más relevante de aquellos que conforman el trato digno para con el individuo de la especie humana, está constituido por la igualdad en la libertad que antes mencionábamos y que significa ser libre para pensar y actuar de acuerdo al pensamiento propio.
3. Esta visión de la ética impide utilizar la regla de la mayoría como un instrumento de imposición, ya que ello significa que un consenso determinado sobre estas materias, por muy fuerte que sea, carece de legitimidad si es un instrumento por el cual se imponen a un grupo social creencias éticas que no comparte. De allí que la moral socialmente exigible quede reducida al ámbito de respeto de los derechos de los demás, es decir, a las conductas

<sup>20</sup> "...Cómo los ciudadanos —que siguen profundamente divididos por doctrinas religiosas, filosóficas y morales— pueden, no obstante, conservar una sociedad democrática justa y estable. Para este fin, es normalmente deseable que los puntos de vista comprensivos en lo filosófico y en lo moral, que nos hallamos acostumbrados a utilizar en los debates sobre cuestiones políticas fundamentales, se dejen de lado en la vida pública...": John RAWLS, *Liberalismo Político* (México, Fondo de Cultura Económica, 1996, 2ª reimpresión) p. 35.

<sup>21</sup> OLLERO TASSARA, Andrés: ob. cit., p. 31.

<sup>22</sup> Supra nota 21, en p. 35. Ver, del mismo autor, "Consenso, ¿racionalidad o legitimación?" en *Derechos Humanos y Metodología Jurídica* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989).

que tienen impacto sobre las prerrogativas de terceros, lo que una vez más nos fuerza a la distinción entre lo público y lo privado<sup>23</sup>, donde solo atañe al "público" lo que el sujeto hace con consecuencias directas sobre otros.

4. La aplicación de la regla anterior deja las conductas o acciones que aparentemente solo se refieren a uno mismo a su total arbitrio y decisión, de tal forma que cada cual se vuelve su propio y único juez, ello fundado —una vez más— en el principio de la igualdad, el cual exige compulsivamente a la sociedad ser igualmente salvaguardado de su injerencia, por más que el concepto de "uno mismo" versus el de "terceros" no siempre se encuentre claramente definido o distinguido, como ocurre por ejemplo con la libertad de elegir, con los llamados derechos reproductivos y con la disposición de la propia vida.
5. El énfasis en la individualidad de la ética ha tenido una proyección inevitable hacia el Derecho, de tal forma que lo "jurídicamente exigible" se ha hecho símil de la ética pública (el mínimo de consenso procedimental entre los individuos) y se declara al Derecho imposibilitado de inmiscuirse en el gran ámbito de la ética privada, donde solo le corresponde garantizar la libertad del hombre en igualdad con los otros. Tal clase de ética, también llamada por algunos autores "moral autónoma"<sup>24</sup>, tiene su centro de gravedad en la conciencia de cada individuo, en la cual este se sujeta solo al querer propio y no a un querer ajeno, mientras que "la moral social" derivará de lo que consensuadamente el grupo humano quiere expresar desde el punto de vista normativo y que, en consecuencia, hace exigible compulsivamente<sup>25</sup>.

### III. LOS "NUEVOS DERECHOS" CONSTITUCIONALES

Es difícil imaginar una democracia pluralista sin, de inmediato, poner los ojos en cuál sería la Constitu-

<sup>23</sup> La cual no es siempre fácil de conocer, ya que "la distinción entre lo privado y lo público es históricamente cambiante y dista mucho de ser neutral": GARCÍA-HUIDOBRO, Joaquín, "Derechos Humanos y Liberalismo Moral" en *Lecciones de Derechos Humanos* (Valparaíso, Edeval, 1997) p. 384.

<sup>24</sup> SQUELLA, Agustín, *Derecho y Moral, ¿tenemos obligación moral de obedecer el Derecho?* (Valparaíso, Edeval, 1989) p. 31.

<sup>25</sup> Sin que podamos olvidar que sólo es factible, de acuerdo a este planteamiento, el consenso en términos procedimentales, en otras palabras, normas que obedezcan a ciertas reglas básicas que permiten conducirse en la vida en sociedad: "algo común a los códigos morales de cualquier sociedad... la proscripción del uso de la violencia en las personas, exigencias de veracidad, honestidad y respeto a las promesas. Y la prohibición, por último, de destruir cosas o de apoderarse de ellas en perjuicio de otros... son el precio que hay que pagar, en un mundo como el nuestro, para vivir en sociedad... la protección que ellas acuerdan es el mínimo que, para ser como nosotros, hace que valga la pena vivir en sociedad": HART, Herbert. *El concepto de derecho* (Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1980), p. 238.

ción posible para un tipo de sociedad como esa, más aún si consideramos a la Carta Fundamental de un determinado Estado como la expresión del pacto o acuerdo de los miembros de la Nación sobre las reglas y condiciones de su vida en común.

De allí, entonces, que si constitucionalismo y democracia han ido de la mano, no puede esperarse que las características propias de la democracia pluralista de la época actual no influyan también —e incluso moldeen— a las constituciones que fijan el supremo orden jurídico por el cual se regirán tales democracias.

Precisamente un gran papel de la Constitución es el reconocimiento, bajo la forma de garantías, de derechos, libertades e igualdades de las personas, considerando —más aún en aquellas leyes fundamentales que obedecen a la tradición del Derecho Natural— que estas son propias de la dignidad de la persona humana, por lo cual corresponde al ordenamiento jurídico tomar conocimiento a su respecto y evitar bajo todas las fórmulas su vulneración. De esta forma, la calidad de “constitucionales” de los derechos no responde a que sea la Constitución la que los crea, sino a que ella es la llamada a darles protección<sup>26</sup>.

La situación de una suerte de “subordinación constitucional” frente a derechos preexistentes, que significan incluso un límite para el poder constituyente originario, cuando el pueblo soberano se da una primera Carta, tiene harta importancia en el tema que nos ocupa, ya que el pluralismo deja incluso de ser una opción constitucional y se eleva a ser una condicionante en la interpretación de la propia Constitución, ya que se identifica con una igualdad en la libertad que la antecede y que aun la legítima.

Por esta razón, la Constitución es tratada —entonces— no como un marco en el que el pluralismo encuentra pautas de desenvolvimiento, sino como una construcción puesta allí precisamente para que ese pluralismo no sea vulnerado, toda vez que el respeto por la individualidad y por la ética individual no se considera un producto social, sino una prerrogativa de la cual debe gozar cada individuo por ser tal, que se superpone a cualquier regulación jurídica —por más alto rango que esta tenga— a su respecto.

Debe, entonces, la Constitución adaptarse a los requerimientos de ese pluralismo al que está llamada a servir y que, desde luego, no se manifiesta tan solo en el reconocimiento a la propiedad privada, a la libre

competencia, a la libertad de asociación<sup>27</sup>, sino también en la libertad de conciencia —al punto de llegar hasta la objeción fundada en ella respecto de deberes pretendidamente impuestos por el ordenamiento jurídico— y en el reconocimiento a la diversidad o derecho a la diferencia<sup>28</sup>, de acuerdo a las características diversas de cada grupo y a las de cada persona en particular.

La concepción de la “diferencia” como sinónimo de individualidad y, por ende, gran sustento del ordenamiento, ha contribuido a hacer proliferar todo tipo de estatutos jurídicos especiales, en un afán de reconocer derechos y facultades particulares a cada cual según sus propias características e intereses, primero en el ámbito legal, pero después con una clara extensión al terreno de lo constitucional, ya que se trata de elevar tales reconocimientos a rangos indiscutibles y fáciles y prontamente justiciables. Además, es claro que llevando por delante el título del “humanitarismo, la tolerancia, la justicia, la verdad o la reconciliación, se apunta a reformar, a controlar y ajustar la ley fundamental y las instituciones básicas de la sociedad”<sup>29</sup>, ya que dichos principios, todos ellos emparentados con nuestra idea de pluralismo, se superponen a los postulados del Derecho Positivo, aun constitucional.

Lo anterior ha significado, invariablemente, una tendencia primero leve y luego, muy decidida, al reconocimiento de “nuevos derechos” como expresiones de tal individualidad, en los que se contienen elementos relacionados con la igualdad (precisamente la “igualdad de exigencia respecto de ser reconocido como diferente”), la propietarización creciente de las prerrogativas jurídicas (lo que se puede hacer es, por tanto, derecho) y la libre decisión, por encima de toda valoración de bien y de mal, la cual le corresponderá de forma única y excluyente, a cada persona<sup>30</sup>.

<sup>27</sup> Que Norberto Bobbio considera el gran derecho de las sociedades pluralistas, ya que el origen del pluralismo es precisamente ese derecho y “cuando se habla de democracia pluralista no se habla tanto de democracia de muchos individuos: se habla de una democracia de muchos grupos”: “Democracia y Pluralismo” en *Revista de Ciencia Política* vol. 1 - 2, 1986 (Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, 1986) p. 133.

<sup>28</sup> Construcción aparentemente paradójica, por derivar de “la tendencia general hacia la igualdad, como signo de los tiempos y principio universal proclamado por las constituciones nacionales y por los documentos internacionales” y que consiste en “tratar a los desiguales de modo desigual”, lo que en realidad es una manifestación negativa lógica del principio de igualdad: Norberto BOBBIO, “Iguales y Desiguales” en *Elogio a la Templanza*, citado, pp. 191 - 192.

<sup>29</sup> MORENO VALENCIA, Fernando, “La moralidad en la política”, en *Ius Publicum* n° 1, 1998 (Santiago, Universidad Santo Tomás, 1998) p. 164.

<sup>30</sup> Ver, al respecto, de la autora, “Recensión a Peter Singer, Repensar la Vida y la Muerte. El derrumbe de nuestra ética tradicional” en *Revista Chilena de Derecho* Vol. 25 N° 3 1998 (Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, 1998) pp. 742-743.

<sup>26</sup> Vid. PEREIRA MENAUT, Carlos, Antonio: *Teoría Constitucional* (Santiago, Editorial Jurídica ConoSur, 1998), particularmente su descripción respecto al sentido de absolutos de los derechos y libertades: “Al afirmar que estos derechos son absolutos, quiere decirse también que... lo protegido por ellos —la vida, la libre expresión, etcétera— es en sí un valor, al que no quita ni añade nada intrínseco el ser o no reconocido por las leyes vigentes... No recibe su legitimidad de las normas positivas o instituciones políticas, sino que, al contrario, son las constituciones, leyes y gobiernos los que reciben su legitimidad de los derechos...” (p. 372).

*Las características de estos "nuevos derechos" pueden reseñarse como sigue:*

1. Usualmente constituyen un subproducto de derechos clásicamente reconocidos por las constituciones, de tal manera que se plantean como fragmentaciones de estos o como productos de una interpretación muy individual de ellos. Podemos aquí mencionar, por ejemplo, la creación de derechos a la no discriminación arbitraria, definidos por lo negativo respecto de la garantía madre, que claramente es la igualdad ante la ley, y que van tomando distintas características cuando se aplican a la situación de la mujer en materia laboral, a las oportunidades de grupos segregados racialmente o a personas con pocas posibilidades físicas o económicas de participación en sociedades de consumo y altamente competitivas. Estos derechos han sido la gran justificante para la adopción de las famosas medidas de discriminación positiva, las que resultarían más que dudosas respecto de su constitucionalidad si tuvieran que entenderse en combinación con la igualdad constitucional, por lo cual resulta más cómodo contrastarlas con la no discriminación arbitraria y presentarlas como discriminación justificada.
2. En otras ocasiones, el nuevo "derecho" no tiene una naturaleza distinta del que lo generó, sino que se puede calificar de "nuevo", porque importa una maximización del derecho de origen, al punto de darle tal carácter de absoluto que le permite superponerse a todo otro derecho e incluso ser esgrimido para objetar válidamente toda clase de compromiso jurídico que el sistema exija. En este caso está la libertad de conciencia en su "nueva concepción", que la ha transformado en una garantía emblemática del pluralismo<sup>31</sup>, no como podría creerse, porque el sistema tradicional no estuviera de acuerdo con que a cada uno respecta determinar su propio pensamiento, juicio y creencia, sino porque hoy se utiliza la libertad de conciencia como un argumento en contra del cumplimiento forzado de los deberes patrios, de la obligación o deber moral de resguardar la propia vida o incluso del deber de socorro, ello sobre la base de que la determinación de lo que es martirio corresponde a cada uno, así como también qué aspectos de las obligaciones

que impone un Estado determinado ha de cumplir según sus principios morales<sup>32</sup>.

- También dentro de este grupo deberíamos incluir a los derechos que se derivan de la libertad de elegir, la cual originalmente se identificaba con materias económicas o contractuales, pero que hoy se traduce en una constante de opciones que el ser humano aborda con el total poder de decisión sobre ellas, sin estar coartado por norma jurídica de ninguna naturaleza y tampoco por una de carácter moral, ya que somete la decisión solo a su propia ética individual. Ejemplo de ello es el derecho a abortar por parte de la madre o el derecho al tipo de sexualidad que se quiere desarrollar.
3. Algunos de los "nuevos derechos" se crean sobre la base de transformar en garantía constitucional todo aquello que la ciencia posibilita, de tal forma que se produce una identificación entre el poder fáctico y el nacimiento de una facultad amparada por el Derecho. Tal cosa se vincula con la insistencia en la igualdad de acceso a las prestaciones que la Ciencia puede brindar, como también con la estimación de que ciertos procesos vitales en los cuales el individuo está sometido a ciertas leyes o exigencias naturales pueden abordarse desde perspectivas facilitadas y, por ello, se crea el derecho a realizarlas de manera más cómoda, es decir, se transforman en expresiones de un *pretendido derecho al bienestar*. En este grupo podemos incluir a los derechos reproductivos, que han pasado desde una situación de dependencia para su ejercicio, respecto de instituciones tales como la familia o el matrimonio, a ser garantías de carácter estrictamente individual, donde cada uno opta por la oportunidad, forma e incluso técnicas para ejercerlos.
  4. Finalmente, un último grupo de estos derechos proviene de las profundas dificultades que ha ocasionado para el Derecho Constitucional la confusión civil entre el dominio y la propiedad, respecto de los atributos de la personalidad. Ello ha conllevado un proceso difícilmente detenible y amparado muchas veces por cuantiosos fallos de los tribunales de justicia, que han significado la propietarización de tales derechos y la subsecuente creencia que res-

<sup>31</sup> "El Estado no se ocupa de doctrinas filosóficas y religiosas, sino que regula la búsqueda que hacen los individuos de sus intereses morales y espirituales conforme a los principios con que ellos mismos están de acuerdo en una situación inicial de igualdad... De los principios de la justicia se deriva que el gobierno no tiene ni el derecho ni el deber de hacer, en materia de moral y de religión, lo que él o una mayoría (o quienquiera) desee hacer. Su deber se limita a garantizar las condiciones de igualdad de la libertad religiosa y moral": RAWLS, John, *Teoría de la Justicia* (México, Fondo de Cultura Económica, 1995) p. 202.

<sup>32</sup> "La objeción de conciencia persigue la excepción de un determinado deber para el objetor, porque el cumplimiento del mismo entra en colisión con su propia conciencia... intencionalmente, la objeción no persigue la sustitución o cambio de las normas, sino su excepcionalidad en el caso del objetante, que no afirma la injusticia de las normas en general, sino la injusticia concreta de la norma, si es aplicada a su persona, ya que entiende que los motivos de su conciencia priman sobre el principio de generalidad del Derecho": SORIANO, Ramón, "La Objeción de Conciencia: Significado, fundamentos jurídicos y positivación en el Ordenamiento Jurídico Español" en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)* N° 58, octubre-diciembre 1987 (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987) pp. 79-80. En el siguiente epígrafe veremos qué dificultades causa a un modelo constitucional la extensión desmedida de esta libertad y lo que implica la consecuente extensión de la objeción de conciencia.

pecto de ellos la persona cuenta con las facultades de usar, gozar y disponer, como si se tratase de un predio<sup>33</sup>. De esta forma, derechos considerados antes absolutos, como el derecho a la vida, han pasado a entenderse patrimonialmente disponibles por su titular, el cual desde luego que puede prescindir de ellos<sup>34</sup>, lo cual ha dado origen a la existencia subsecuente de *derechos contrarios*, tales como el derecho a la eutanasia, al suicidio asistido, el derecho a imponer testamentos vitales, etc.

#### IV. EL CUESTIONAMIENTO DEL MODELO CONSTITUCIONAL

Si hace cincuenta años parecía indiscutible que la Constitución era la norma suprema del Estado, hoy dicha aseveración puede ponerse al menos en tela de juicio, en parte por situaciones jurídicas ajenas al tema que nos ocupa –tales como la creciente globalización jurídica que viven varios países del mundo y la superioridad que comienzan a tener normas contenidas en tratados internacionales respecto de la propia Constitución– y en parte, porque de un modo planeado o no las consecuencias del pluralismo en lo valórico se han transformado en un agudo problema para todo modelo constitucional.

Recapitemos, pues, el camino que hemos llevado: Partimos de una concepción democrática procedimental y, en consecuencia, omnicompreensiva respecto de los viejos enemigos antidemocráticos, que logra incorporarlos al sistema sobre la base de la mínima exigencia y solo orientada a demandas formales. Sin duda, dentro de tales exigencias no se encuentran las de tipo ético, salvo las consistentes en no inferir “daño” a los demás, lo que resguarda la totalidad de lo individual en cada uno y permite mantenerse libre e igual a quienes piensan distinto, mientras se acaten las reglas del juego. Visto que la igualdad ha de tener manifestación constitucional, comienza a reexaminarse la Carta Fundamental bajo un prisma distinto, que podríamos caracterizar así:

1. La Constitución y sus acápites relativos al reconocimiento de derechos pasan a estar al servicio del pluralismo, por lo cual ninguna de sus normas puede imponerse en sentido contrario a este, ya que ello se traduciría en la ruptura de los acuerdos

tomados entre los distintos grupos o sectores de la sociedad. De allí entonces que, si es necesario, se entiendan tácitamente subordinados los derechos y libertades a aquellos elementos –considerados como *fundamentos* del pacto social– que forman parte del núcleo central de tal pluralismo, tales como la propiedad privada, sobre los atributos de la personalidad, la libertad de conciencia, elevada a legitimante del sistema y la igualdad.

2. Cuando los derechos constitucionales tengan un contenido sustantivo que resulte insuficiente para el propósito señalado en el numeral anterior, por la vía interpretativa comienza a transformarse dicho contenido o a forzar su ductilidad, haciendo nacer una suerte de “nuevos derechos”, que son especies de derechos mutados respecto de los originales y que, más allá de la atención a la verdadera naturaleza del Hombre, atienden a los propósitos específicos de las democracias pactadas. De allí que, por la vía indirecta, se transforme a la Constitución o a su intérprete en generadora de derechos que se suponían naturales, pues al trabajar con entes jurídicos desnaturalizados, el Derecho se vuelve hacia el poder de la autoridad e ignora la procedencia real de todo derecho humano.
3. También cabe la posibilidad que, bajo el alero de los principios generales de la igualdad y de la libertad –estrechamente unidos en esta concepción– ya sea por la vía legislativa o la jurisprudencial, comiencen a invocarse o a configurarse derechos que nunca han sido contenidos en la Ley Fundamental, no solo porque el Constituyente no previera su existencia –lo que no sería óbice a respetarlos, toda vez que las constituciones no contienen listados taxativos y en muchos casos, incluso, tienen reglas de incorporación inmediata de los derechos contenidos en tratados internacionales, cuyo es el caso de la Constitución española de 1978–, sino más bien porque su propia existencia se contraponen con la posibilidad de que otros derechos sean respetados, de tal manera que no se produce entre ellos una aparente colisión que pudiera el intérprete solucionar, sino una total incompatibilidad que fuerza prácticamente a dejar a uno o a varios de estos derechos sin protección real<sup>35</sup>.
4. Por otra parte, para estos efectos, la voluntad del Constituyente, los principios que se tuvieron a la vista cuando la Constitución se aprobó por el pue-

<sup>33</sup> Vid. sobre propietarización de los derechos, GUZMAN BRITO, Alejandro: *Las cosas incorporales en la doctrina y en el derecho positivo* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1995) y VERGARA BLANCO, Alejandro: “La propietarización de los derechos” en Revista de la Universidad Católica de Valparaíso, vol. XIV (1991-1992) pp. 281-291.

<sup>34</sup> SINGER, Peter, en su obra *Repensar la Vida y la Muerte. El derrumbe de nuestra ética tradicional* (Barcelona, Paidós, 1997) manifiesta que “el derecho es algo que se puede ejercer o no” (p. 213), por lo cual se puede renunciar a ese derecho si se desea hacerlo, aunque se trate del derecho a la vida: “el aspecto más importante de tener derecho a la vida es que uno puede elegir si acogerse a él o no” (p. 214).

<sup>35</sup> Téngase, por ejemplo, en cuenta el ejemplo del pretendido “derecho de decisión” de la madre embarazada sobre la vida del niño que se encuentra en gestación: la sola posibilidad de reconocer tal derecho hace pasar el derecho a la vida del que está por nacer a la total desprotección, al punto de llegar a cuestionarse por ciertos autores incluso que el individuo por nacer tenga derecho a la vida, considerando que este debe ser reconocido tan solo a seres relacionales: “el embrión no tiene, ni ha tenido nunca, necesidades o deseos, por lo que no podemos perjudicarlo haciendo algo contrario a sus deseos. Ni podemos causarles sufrimiento. En otras palabras, el embrión no es ahora el tipo de ser al que se pueda dañar, no más que un óvulo antes de la fertilización”: supra nota 34, en p. 197.

blo soberano, tampoco resultan demasiado importantes, porque en definitiva se considera que mucho más importante es contar en el hoy con soluciones posibles a los eventuales conflictos de intereses que respecto de la Constitución pueden suscitarse, por lo cual si es necesario “reescribir la Historia” –parodiando a Orwell, pero en materias de Derecho Público– esto se hace y se entiende que *siempre ha habido consenso* sobre esa manera de sentir y de pensar respecto de los derechos de las personas.

5. En todo caso, siempre es posible establecer ciertas líneas, por muy imaginarias que sean, entre la historia de una Constitución y este modo de utilizarla como herramienta de solución de conflictos, ya que hay cierta terminología que resulta comúnmente invocada para justificar estas intervenciones como, por ejemplo, el tema de la dignidad humana –que es el gran argumento utilizado por los defensores de la eutanasia, como si fuera el único método para garantizar la dignidad de la muerte de los que sufren–; o por los que propugnan la eugenesia, como si la dignidad de un ser que viene al mundo con malformaciones severas o graves enfermedades se debiera guardar dándole muerte –o de la integridad psíquica– que se ha transformado en causal de justificación para el aborto de niños “no deseados” o que significan para la madre de llegar a nacer “un alto costo emocional o psíquico” –o de la objeción de conciencia– que partió siendo un método excepcional para liberarse de ciertos deberes patrios, como el servicio militar, y que ha derivado en un método por el cual no se reconoce prácticamente institución alguna con la que el individuo no esté de acuerdo, y que ha servido repetidamente respecto de materias tan diversas como la indisolubilidad del matrimonio y la instrucción específica dada en un testamento vital sobre el momento en el que la persona desea morir<sup>36</sup>, por resultar objetado por la conciencia de la persona el seguir vivo en ciertas circunstancias.
6. De esta forma, al pluralismo y a la individualidad ética se suma, constitucionalmente, y como tercer brazo de la tríada de la “igualdad en la libertad”, el consentimiento, elevado a un principio prácticamente supraconstitucional, respecto del cual los deberes se debilitan si no son consentidos y los derechos se extienden, en la medida que la persona consienta en su ejercicio, ya sea respecto de sí misma o de otros cuyos actos la afecten<sup>37</sup>.

<sup>36</sup> “The option of self - deliverance for the terminally ill person is the ultimate civil liberty”: HUMPHRY, Derek, *Dying with Dignity. Understanding Euthanasia* (New York, Carol Publishing Group, 1992), p. 11.

<sup>37</sup> “Dado que el derecho tiene la función de posibilitar, al mismo tiempo que coaccionar, la libertad individual, la autonomía del individuo debe necesariamente tener significación para determinar si se ha producido o no la lesión de un derecho”... “El consentimiento del lesionado, esterilizado –en el ámbito penal, la primacía

Es habitual, de esta manera, que la Constitución se vea obligada a atenerse a la aceptación de cada uno sobre sus obligaciones o sobre la extensión de sus derechos o los de los demás, a tal punto que ello ha venido a constituir, en ciertos casos, una verdadera causal de exculpación en el ámbito penal, respecto de lo cual es interesante recordar que la idea de “daño a terceros”, como límite de la acción humana, no solo desdibujada por implicar una suerte de licitud respecto del daño que uno se infiere a sí mismo, ha venido a perderse también respecto del prójimo, pues en definitiva todo dependerá de que el tercero consienta o no en el daño<sup>38</sup>. Así, el campo del juzgamiento penal, que significaba a través del establecimiento de conductas punibles, una voluntad de la ley de proteger bienes jurídicos garantizados por la Constitución (como el derecho a la vida, a la libertad personal, a la integridad física o psíquica), también ha retrocedido, a la par con la Constitución o quizás gracias a cómo ella es vista, hacia la despenalización creciente de lo que se consiente o se decide en conciencia, incluso –en ciertos casos como los mencionados– tratándose de terceros.

Los rasgos sucintamente expuestos implican un cuestionamiento del modelo constitucional, con consecuencias cada día más difíciles de establecer y desde muchos ángulos distintos. En efecto, y solo a modo ejemplar, respecto del cumplimiento y del respeto que debe tenerse ante la Constitución, podría ser perfectamente válido que una persona se planteara las siguientes preguntas: ¿Por qué debo limitarme a exigir lo que la Constitución me garantiza, si a través de los principios de igualdad y libertad reconocidos en ella tengo acceso a muchas otras prerrogativas que puedo hacer valer a fin de justiciarlas directamente? ¿Por qué la definición de la dignidad humana, de la calidad de vida o de lo que es ámbito de la conciencia me va a ser impuesta por otro individuo, autoridad o particular, si esos conceptos dependen de la apreciación que yo tenga sobre ellos? ¿Por qué debo someterme a un orden valórico identificado con ciertas creencias religiosas o principios morales que no he compartido ni comparto? ¿Por qué no se me garantiza el adecuado respeto a mi individualidad y a mi propia moral? ¿Por

de la autonomía de la voluntad en el ámbito civil –contractual–, o el principio de autonomía, principio vertebrador de la Bioética y de la Biojurídica, no son más que diversos modos de manifestación de un valor fundamental de estos distintos órdenes, tanto del jurídico como del ético o moral: la autonomía de la persona...”: SEOANE RODRÍGUEZ, José Antonio, *La Esterilización: Derecho Español y Derecho Comparado* (Madrid, Dykinson, 1998) pp. 75 y 77.

<sup>38</sup> Quizás el ejemplo más llamativo que podamos encontrar al respecto, en nuestro ámbito jurídico, sea la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, la cual en fallo de 20 de mayo de 1997 declara exequible el artículo 326 del decreto 100 de 1980 (Código Penal), que considera el homicidio pietístico o piadoso con inferior pena a la del homicidio común, “con la advertencia de que en el caso de los enfermos terminales, en que concurra la voluntad libre del sujeto pasivo del acto, no podrá derivarse responsabilidad para el médico autor, pues la conducta está justificada”.

qué no puedo disponer libremente de lo que es mío, como mi cuerpo, mi vida, mi mente, mi salud?

En etapas anteriores, la respuesta lógica a todas esas preguntas hubiera sido el considerar que existe un orden moral de la sociedad que se impone sobre el orden moral individual y, en consecuencia, decirle a quien interroga así al sistema que la Constitución implica principios y valores que son la base de la sociedad, que se consideran intransables y que deben ser respetados, aunque no se esté de acuerdo con ellos<sup>39</sup>. Sin embargo, vistas las pretensiones de una sociedad actualmente pluralista, responder eso significaría crear innecesariamente bandos y conflictos allí donde se ha logrado un cierto acuerdo y, por ello, resultará más sencillo responder que si bien la Constitución incluye valores y principios, los más importantes *per se* son la igualdad y la libertad, *por lo cual todas las demandas tienen cabida en ella* y no es necesario forzar conciencia alguna, pues toda norma constitucional que pareciera entrar en conflicto con esos principios debe ser interpretada a favor de la autonomía del individuo.

Esa postura implicará, sin duda, reducir el orden público o el alcance de una ética pública, a la protección —muy parcializada, según ya hemos visto— de las personas y de *algunos de sus derechos* frente a los eventuales ataques que pueden inferirles terceros, y al cumplimiento de ciertas reglas básicas de convivencia que ya hemos mencionado en este trabajo. De allí, entonces, que el alcance de la Constitución como tal se verá restringido en los siguientes sentidos:

- a) Los conceptos constitucionales serán interpretados de modo que den lugar a la extensión de las demandas individuales o de grupos, por lo cual pierde sin duda peso el sustrato valórico que quiso abrazar el Constituyente o incluso el que tradicionalmente la sociedad ha protegido<sup>40</sup>.
- b) La protección de los clásicos derechos constitucionales de las personas será una realidad en la medida que estos no entren en conflicto con los “nuevos derechos”, en cuyo caso esta se desdibuja y pasa a ser una simple pretensión.
- c) La ética pública, que se reconocerá como legítima de una Constitución, es una ética procedimental, desprovista de la mayoría de los valores que la propia Ley Fundamental contempla, de tal modo que la Constitución queda sin respaldo alguno y sometida a la crítica de la ética privada, respecto de la cual resulta lícita la declaración de suscribir exclusivamente aquellos pasajes o aquellos

preceptos constitucionales que no se hallen reñidos con su propio ideario, distinguiendo, por ejemplo, entre la parte orgánica y la dogmática de la Constitución, o reconociendo a las garantías, pero no a sus límites.

- d) Por último, más que nunca la Constitución pierde conexión con los elementos conformantes de la naturaleza humana y pasa a ser una herramienta de la autoridad para garantizar el pacto social, sobre la base de un Estado que no depende ya de absolutismos o de autocracias, sino de una democracia que sea capaz de abarcarlos a todos y de convertirse en un sistema universal, para lo cual resulta bien pagado el precio de la jibarización valórica de sus contenidos<sup>41</sup>.

#### V. EL RETORNO A LA PARADOJA DE LA TOLERANCIA

Karl Popper, creador de lo que se ha venido a llamar La Paradoja de la Tolerancia<sup>42</sup>, visualizó sociedades tolerantes y abiertas que tenían dentro de sus miembros a personas que no creían en esos principios y que, sirviéndose de las prerrogativas que ellas les brindaban, accionan para obtener el poder y transformar el sistema en monista e intolerante.

De allí las numerosas propuestas que, gracias a las prevenciones de Popper, se produjeron en muchas sociedades democráticas, en orden a restringir el pluralismo para asegurar la subsistencia de las sociedades abiertas —como sucedió precisamente con el artículo 8° de la Constitución chilena de 1980, que obedece a tal postulado—. Sin embargo, las medidas tomadas para restringir el pluralismo a menudo fueron tan extremas o de tal grado de imprecisión jurídica, que atentaron contra los principios de certeza y seguridad jurídica y dañaron las bases mismas de la tolerancia, acrecentando los antagonismos y transformándose en verdaderos instrumentos de desunión y de quebrantamiento de los consensos básicos en una sociedad civil.

De allí que el nuevo prisma del pluralismo, se dirigió ya no a proteger a las sociedades abiertas por la vía de la restricción o de la persecución ideológica, sino por la de estimar que el modelo democrático podía perfectamente ser adaptado para comprender dentro de él a quienes originalmente no lo toleraban, exigiéndoles a cambio no destruir las bases de tal modelo en el caso de tener capacidad de decisión.

Sin embargo, para que eso fuera posible, era menester indispensable que las bases de ese modelo se flexibilizaran lo suficiente y dejaran un vasto imperio a la decisión moral individual, ya que la imposición

<sup>39</sup> Lo que se traduce en la aplicación del principio de Supremacía Constitucional, jurídicamente hablando, no solo en los aspectos formales, sino también valóricos.

<sup>40</sup> En Chile, por ejemplo, la discusión sobre lo que ha de entenderse por “familia”, ignorando abiertamente los muchos acápites que sobre dicho concepto constan en la Historia Fidedigna de la Constitución, es evidente. Con ello no pretendemos hacerlos vinculantes, pero tampoco parece lógico que manifiestamente se obre como si no existieran.

<sup>41</sup> Sobre el deterioro del sistema, resulta interesante consultar a L. BERGER, Peter y LUCKMANN, Thomas: “Modernidad, Pluralismo y crisis de sentido” en *Estudios Públicos* N° 63, invierno de 1996 (Santiago, Centro de Estudios Públicos, 1996) pp. 5 - 58.

<sup>42</sup> En su obra *La Sociedad abierta y sus enemigos* (Buenos Aires, Paidós, 1972).

de ciertos criterios, juicios o postulados podía transformarse en un elemento de desunión. En otras palabras, las bases del acuerdo en muchas de estas sociedades se sentaron sobre la idea de exigencias mínimas compatibles con las *sensibilidades* o pensamientos individuales o de diversos grupos. De esta forma, " si se reconoce a una persona la amplia libertad de asociación, si se reconoce como válidos a una diversidad de intereses, si cada uno es libre de pensar como quiera, debe asegurarse materialmente que todo eso se proteja frente a la invasión de cualquier otro grupo o modelo foráneo al propio, incluso si ese modelo es el que suscribió la propia Constitución. De otra manera, no tendría el derecho de llamarse a sí misma tolerante, y allí está precisamente la relación con la paradoja de Popper: respetar la diversidad significa, en última instancia, respetar al que no cree en el modelo ni lo comparte"<sup>43</sup>.

La igualdad de esta forma, ha llegado a ser el gran elemento de excepción para todo el modelo valórico de la Constitución. Igualdad de prerrogativas de quien la solicite, *porque la solicita, porque tiene características personales que en sí constituyen derecho*. Ello aparejado sin duda al hecho innegable de que todo aquello que resulta científicamente posible, es asimismo considerado como patrimonio del individuo, en la medida que desee someterse a ello por su voluntad, que en definitiva se mira como medida de todas las cosas. *Quiero, puedo, luego deben garantizarme hacerlo*<sup>44</sup>.

De esta forma el dilema del actual pluralismo ha dejado ya de ser, desde hace mucho tiempo, el de cómo reprimir ideas políticas antidemocráticas y se ha transformado en la gran duda acerca del título posible ya no para reprimir —nadie se atrevería a semejante cosa—, sino humildemente encauzar el marco de acción de las personas que se conducen en oposición valórica al sistema<sup>45</sup>. Ello principalmente, porque su propia forma de actuar y de pensar se ha transformado en *la medida de la Constitución* y el modelo no parece ir debilitándose a consecuencia de la injerencia de grupos violentos o antidemocráticos como antaño, sino por la destrucción paulatina que significa el consenso sin valores o el consenso por el consenso.

Estamos ciertos que la pretensión que ha existido detrás de estos cambios de giro, muy manifiestos en

ciertos estados o cada vez más perceptibles, por lentos que sean —como en el caso nuestro— no ha sido destruir el sistema democrático, sino muy por el contrario, hacerlo un sistema realmente consecuente en lo que respecta a la libertad y a la igualdad del Hombre, demostrando a todos quienes no creían en él su perfecta viabilidad y conveniencia.

Lo que ha ocurrido es que ese afán ha terminado poniendo a las democracias occidentales en una situación muy difícil, porque las ha hecho alejarse del reducto valórico al cual respondían y transformarse en modelos a tal punto formales, que la propia defensa de la igualdad y de la libertad comienzan a peligrar, ya que la igualdad y la libertad de algunos —como los niños no nacidos, los enfermos, aquellos que sufren o que estorban— comienza a disminuirse en aras de las exigencias de una individualidad incontrarrestable, que funda la idea de dignidad, de respeto y de consideración del sistema en el bienestar, el consumo, la total autonomía moral y la evitación de todo dolor, molestia o gravamen; en consecuencia, que exige no ser molestada ni exigida éticamente, en la medida que respete los canales de participación, no realice conductas violentas y *pague sus impuestos*.

Si creemos firmemente en que la condición necesaria de la democracia y de la libertad es, sin duda, el pluralismo, el gran desafío de cara al siglo XXI será probablemente el estudio de cómo revertir la tendencia del pluralismo a la total relativización valórica en que nos ha hundido la Postmodernidad, la forma de hacer imperar el principio de la unidad por sobre el de la fragmentación y la herramienta que haga posible huir de esta segunda Paradoja de la Tolerancia, más grave quizás que la que originalmente consideró su autor, porque se ha aceptado con complacencia y se vive con ella sin ninguna aprehensión en las sociedades abiertas.

En conclusión, los sistemas deben necesariamente reestudiar el concepto de ética pública no para establecer sistemas inquisitoriales o invadir las conciencias de los individuos, sino para salvar el concepto mismo de "ética", que no puede depender de un puro principio voluntarista o de las necesidades de consensuar un régimen de gobierno. Hay principios que defender y que no son disponibles como materia de transacción, aun en las sociedades abiertas.

<sup>43</sup> De la autora, ver "El Pluralismo en la Constitución de 1980" en *Diecisiete años de la Constitución de 1980* (Santiago, Editorial Jurídica ConoSur, en imprenta).

<sup>44</sup> *Ibidem*.

<sup>45</sup> *Ibidem*.