

El trasfondo doctrinario tras el enunciado de algunos derechos fundamentales en el Programa de Gobierno de la Nueva Mayoría

IGNACIO COVARRUBIAS CUEVAS*

Doctor en Derecho, Universidad de los Andes,
Magíster en Derecho Público, Pontificia Universidad Católica de Chile,
Licenciado en Derecho, Universidad Finis Terrae,
Profesor de Derecho Constitucional e investigador

CENTRO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

RESUMEN: el presente trabajo lleva a cabo una evaluación crítica de algunas propuestas, en materia de derechos fundamentales, contenidas en el Programa de Gobierno de la Nueva Mayoría. Se afirmará que las matrices doctrinarias de los aludidos lineamientos constitucionales parecieran identificarse con aspectos relevantes del liberalismo político contemporáneo, expuesto en buena medida por John Rawls.

* * *

1. Objeto del trabajo

En un reciente trabajo me he referido a otros aspectos, algunos similares, del Programa de Gobierno de la Nueva Mayoría. Allí concluyo que “subyace una noción de lo público que so pretexto de relegar las concepciones religiosas y morales a lo privado, termina por erradicarlas incluso de esta misma esfera, al desconocer su naturaleza difusiva”¹. Este artículo pretende evaluar críticamente algunas de las ideas que, en materia de derechos fundamentales, están presentes en el Programa de Gobierno Michelle Bachelet (el “Programa”)². En algunos casos, es el mismo texto del Programa el que brinda una respuesta explícita respecto del alcance que quiere atribuírsele a un derecho. En otras ocasiones, las ideas –en estado de latencia– son advertidas a partir de las claves

* Se agradece las observaciones a icovarrubias@udd.cl

¹ Covarrubias (2014), p. 1.

² El texto sobre el cual trabajo es la sección titulada “Nueva Constitución”, que presenta una extensión de seis páginas escritas, con la numeración 30 a 35, que corresponde al Programa de Gobierno Michelle Bachelet 2014-2018.

que fluyen de la combinación contextual y del enunciado literal, ya sea referidos a un derecho en particular o que se observan como idea matriz en la referida sección del documento programático.

A modo ilustrativo, la única ocasión en que el Programa emplea la expresión “bien común”, en la configuración sobre los derechos, es con ocasión del enunciado del derecho de propiedad, omitiendo toda alusión al respecto en el resto de los derechos allí consignados. Por otra parte, el alcance de la “libertad de conciencia” (no libertad religiosa) difícilmente puede ser comprendida en su real alcance sin referencia al modo en que ciertas palabras son utilizadas –la sinonimia entre “creencias religiosas y éticas”– en un contexto de “Neutralidad del Estado frente a la religión”. Todo esto, precedido por una proclamación a las “tradiciones constitucionales liberal, democrática y social”.

Es efectivo que los programas de gobierno son orientaciones generales de carácter referencial, por lo que en principio no cabría hablar de un “Programa Constitucional” en forma. Con todo, el carácter fundacional y vinculante que la entonces candidata y actual gobernante ha atribuido al contenido del señalado documento le ha impreso una importancia superlativa, motivo por el cual las propuestas allí contenidas merecen ser observados con mayor atención de la que ordinariamente habría de conferirse a un texto de la referida naturaleza.

Exhibiré derechamente las ideas que es posible identificar a partir de las propuestas –explícita o implícitamente– contenidas en el Programa. El enunciado literal objetivamente constatable en el texto del Programa se mostrará con ocasión del abordaje particular de cada una de las ideas que críticamente se pretende examinar. Aunque esta labor pueda revestir un cierto carácter especulativo, y en ocasiones pueda reprocharse que se ha adoptado la lectura menos benevolente con el autor, las interpretaciones expuestas se afirman a partir de hallazgos explícitamente evidenciadas al lector.

2. Trasfondo doctrinario: manifestaciones del liberalismo, particularmente en su vertiente igualitaria

El Programa proclama que las corrientes de pensamiento que deben confluir a nutrir la nueva Carta fundamental son “las tradiciones constitucionales liberal, democrática y social (...)”³. Sostendremos que aquella vertiente del liberalismo que parece tener un influjo decisivo en el Programa es el denominado liberalismo igualitario, representado en gran medida por el pensamiento de John Rawls.

³ Programa de la Nueva Mayoría, p. 30: “Chile debe reencontrarse con sus tradiciones republicanas y dar origen a la Nueva Constitución, en la que confluyan las tradiciones constitucionales liberal, democrática y social y que sea fruto de un auténtico consenso constitucional”.

Esto se irá constatando tanto por lo que el texto dice y, asimismo, por lo que deja de decir, esto es, la presencia más o menos explícita de algunas categorías típicas de dicha corriente del liberalismo contemporáneo aunque también, en menor grado, por la ausencia de ciertas nociones habitualmente rechazadas por dicho pensamiento. Veamos algunas manifestaciones de lo señalado.

2.1. La ausencia del bien común como fin de la sociedad y elemento modulador de los derechos fundamentales

No debe sorprender la casi absoluta omisión del bien común en lo que a derechos fundamentales se refiere, pues la noción de un bien compartido por todos, como un fin común a la sociedad, es del todo extraña al liberalismo, de cuya tradición, según hemos visto, el Programa es tributario. Tanto para el liberalismo clásico como también para su versión contemporánea –sea de cuño libertario o igualitarista– no es concebible un bien común, en cuanto bien compartido por todos los individuos de la especie humana, mayorías y minorías, moros y cristianos, ricos y pobres, seres humanos autónomos y no tan autónomos (los que padecen enfermedades físicas o mentales inhabilitantes o dolorosas, los niños en gestación o recién nacidos).

Versiones contrapuestas del liberalismo contemporáneo –representadas bipolarmente por Rawls y Nozick– coinciden en que no puede promoverse, con un carácter común, ninguna noción de bien que no trascienda la esfera individual⁴. No es admisible, un “bien” estable que exceda el ámbito particular-privado. Atendido que las diversas manifestaciones particulares sobre lo bueno sólo son identificables dentro del ámbito de lo privado, difícilmente es concebible un bien compartido por todos que supere dicha individualidad o particularismo. Así, mientras para los liberales-libertarios (Nozick) admitir un “bien superior” equivaldría a legitimar la servidumbre de unos en beneficio de otros⁵, para los liberales igualitarios, en cambio, el mayor bien de la sociedad no es otro que la satisfacción de los fines individuales de los seres libres e iguales⁶, cuya satisfacción no está constituida únicamente por intereses individuales sino también por el valor que se atribuye en sí mismo a la diversidad de formas de vida. Como veremos, estos fines son afirmados como de naturaleza supraindividual, pero distan de ser realmente “comunes” y además, tampoco tienen el carácter de “bienes”.

En efecto, aunque Rawls pretende superar los excesos del utilitarismo con un liberalismo igualitario que promueva las condiciones sociales a fin de lograr la

⁴ RAWLS (1995), p. 42. En p. 43 reitera que la “capacidad de adoptar una concepción del bien es la de conformar, examinar y buscar racionalmente una concepción de una ventaja o bien racional propio”.

⁵ NOZICK (1974), pp. 32-33. En p. 33 afirma: “no hay nada moralmente prevaleciente en otros como para conducirnos a un bien social general”, traducción libre del siguiente pasaje: “there is no moral outweighing of one of our lives by others so as to lead to a greater overall social good”.

⁶ RAWLS (1995). Esta idea está expresada reiteradamente en el libro.

“igual ventaja para todos”⁷, este “fin último compartido” no sólo no es “último” por cuanto es inferior al fin de “lo justo” (los principios e instituciones justas que permiten el bien de cada uno y de todos). Además, tampoco es “común”, toda vez que la diversidad de formas de vida que dicho liberalismo promueve en la esfera privada pueden ser tan contrapuestas entre sí que en tal caso no es posible hablar de un bien para todos sino únicamente para algunos⁸, discriminando, por tanto, a todos aquellos que no abracen estas premisas. (Surge aquí el concepto de razón pública, al que nos referiremos enseguida).

Si hemos dicho que la idea de bien común, en cuanto fin superior de la sociedad en su conjunto, es un quiste que el liberalismo rechaza ¿cómo se explica que un Programa que pretende nutrirse de la savia del liberalismo haya contemplado el “bien común” como un elementos morigerador para los únicos efectos del derecho de propiedad, obviando su operatividad en el resto de los derechos? Más adelante esbozaremos algunas claves para responder dicha interrogante.

2.2. La privatización de las nociones sobre el bien: el cernidor de la razón pública.

Atendido que para el liberalismo de cuño igualitarista, la noción de un bien superior y común es perturbadora, se sigue por añadidura que el libre despliegue de las conductas individuales, en materia moral y/o religioso, son observadas como manifestaciones de creencias particulares sobre el bien y el mal (“doctrinas comprensivas” según Rawls⁹) o expresiones de la “ética personal”¹⁰ (Habermas), las deben quedar circunscritas a la esfera de lo “privado”. Así, en este ámbito, el primer autor constata que “los individuos tienen no solamente planes de vida diferentes, sino que existe una diversidad de creencias filosóficas y religiosas y de doctrinas políticas y sociales”¹¹. La difusión de esta multiplicidad de creencias particulares son legítimas mientras permanezcan en la esfera de lo personal-privado.

Dado que las distintas expresiones –filosóficas, morales, políticas y religiosas– de las “doctrinas comprensivas” o de la “ética personal” pueden rivalizar entre sí y llegar a ser aguda fuente de conflicto, estas ideas deben sortear con éxito la valla que impone la denominada “razón pública” para superar el ámbito de lo privado y trascender a lo público. Como dice Rawls, es indispensable que para los efectos de facilitar la convivencia social entre las diversas y conflictivas nociones sobre el bien, éstas “se dejen a un lado en la vida pública”¹².

⁷ RAWLS (1971), p. 246: “*ciertas condiciones generales que están apropiadamente dispuestas para la ventaja de cada uno*”.

⁸ Una crítica ampliada de la noción de “bien común” contenida en Rawls, véase KEYS (2006), pp. 32-40.

⁹ RAWLS (1995), p. 11 y ss. En realidad, esta noción cruza todo el texto.

¹⁰ HABERMAS (1993), cap. 1.

¹¹ RAWLS (1993), p. 153.

¹² RAWLS (1995), p. 35.

La constatación del aludido pluralismo rivalizado entre distintas y contrapuestas nociones sobre el bien es lo que pavimenta el camino a la idea de “razón pública”, consistente en aquel conjunto de principios a los que cualquier ciudadano libre e igual “podría razonablemente adherir” por tratarse de buenas razones admitidas como tales por un “consenso superpuesto de las doctrinas razonables”¹³. Así, parece ser efectivo que todo argumento religioso, filosófico o político “permanecerá privatizado”¹⁴ en tanto cuanto no sortee el test de la “razón pública”.

¿Cuáles serán aquellos principios que sobrevivirán al cedazo de la razón pública? Las claves de la respuesta la entrega el mismo Rawls cuando, en primer lugar, afirma que “no existe un criterio previo formado con el cual haya que comprobar el resultado” [de lo justo]¹⁵, lo cual se explica en el entendido que lo justo (lo público) es anterior y superior al bien (lo privado). La segunda clave es ilustrativa cuando agrega el autor que “cada persona es libre de planificar su vida como le plazca (en la medida que sus intenciones sean compatibles con los principios de la justicia)”¹⁶.

De este modo, las distintas nociones particulares-personales-privadas sobre el bien no estarían habilitadas para pasar el test de la razón pública si no se considera que son compatibles con los principios de la justicia, configurados, en primer lugar, por la igual libertad para todos y, en segundo término, por el principio de la diferencia (igualdad socio-económica). Volveremos más adelante sobre estos principios de justicia.

2.3. De la neutralidad a un pluralismo que no es neutral

Al constatarse que en la sociedad plural coexisten versiones contrapuestas sobre lo bueno, la intervención de la autoridad no debe promover ni preferir ninguna de dichas nociones particulares (privadas) del bien¹⁷, pues ello, además de la imposición de una noción por sobre la otra importaría una sospechosa injerencia en los planes de vida de los individuos. Recordemos que bajo esta corriente, la unidad de la sociedad tiene lugar en torno a los principios de justicia (lo público) no respecto de las particulares y “privadas” ideas sobre lo bueno.

De ahí que las interrogantes sobre qué es aquello que daña o deja de beneficiar el entorno moral de los individuos en sociedad no pueden ser directamente abordadas

¹³ RAWLS (1995), pp. 35, 63.

¹⁴ MACINTYRE (1990), p. 347, donde la afirmación textual del autor es que “*el bien ha sido privatizado*”.

¹⁵ RAWLS (1995), p. 87.

¹⁶ RAWLS (1993), pp. 447-448. Esta afirmación podría ser morigerada por cuanto Rawls entonces no había reformulado aún su noción de la “justicia como imparcialidad”. Sobre este cambio puede consultarse GEORGE (2009), pp. 126-132.

¹⁷ NOZICK (1974), p. 45; DWORKIN (1977).

por la autoridad estatal sin incurrir en la sospecha de una violación “prima facie” a los derechos más básicos (identificados con la idea de la Justicia) y sin adoptar una posición que infringiría el principio de neutralidad estatal (o de imparcialidad) respecto de lo que es bueno. Es en este sentido que se ha afirmado que la interferencia estatal ha de ser neutral y mínima¹⁸. Con todo, cabe señalar que el supuesto carácter neutral del liberalismo ha sido cuestionado desde su propio seno.

Entre otros prominentes liberales¹⁹, Feinberg ha dicho que más vale que el liberalismo “tenga cuidado con el relativismo ético –o al menos con un excesivo relativismo ético–, ya que su propia teoría está comprometida con una clase de absolutismo acerca de sus valores favoritos. Si sus argumentos presuponen (...) el relativismo ético en algunos lugares y sin embargo presuponen su negación en otra parte, corre el peligro de que le salga el tiro por la culata”²⁰.

Puesto en duda el carácter neutral de esta corriente de pensamiento, aparece el pluralismo como alternativa planteada desde el mismo liberalismo contemporáneo: “Dado el hecho del pluralismo razonable, los ciudadanos no puede estar de acuerdo acerca de ninguna autoridad moral, sea que se trate de un texto sagrado o de una institución. Tampoco se ponen de acuerdo acerca del orden de los valores morales ni acerca de los dictados de lo que algunos consideran la ley natural”²¹. Constatado lo anterior, el pluralismo es el antecedente que justifica la invitación a la construcción de unos principios que, pasando por alto las dificultades propias de las distintas doctrinas comprensivas, priorice los procedimientos de consenso a partir de los cuales se habrán de concebir “los términos justos de la cooperación social tal como se derivan de los principios de justicia en que se hayan puesto de acuerdo los representantes de los ciudadanos libres e iguales, imparcialmente situados”²².

Sin embargo, pareciera que el “pluralismo razonable” lo es únicamente para quienes comparten las premisas del liberalismo. Pues, como hemos visto, se trata de un pluralismo restringido a aquellas valores morales, políticos o religiosos que fueren –como dice Rawls– “consistentes con los principios de la justicia” y que, por tanto, hubieren sorteado con éxito el filtro de la “razón pública”. Veremos que la vigencia de este predicamento no sólo no permite que todas las concepciones sobre el bien tengan cabida en la esfera pública sino que a, la postre, ello termina excluyendo ciertas doctrinas comprensivas

¹⁸ BOBBIO (1992); KYMLICKA (1995).

¹⁹ SCANLON (1983) p. 117 y GALSTON (1991), quien afirma que el correcto funcionamiento de las institucionales liberales puede verse perjudicado si el liberalismo no promueve determinadas virtudes en los ciudadanos. RAZ (1986), p. 14, afirma que la neutralidad estatal debilita la autonomía porque la gente no puede perseguir ciertos modos de vida si la sociedad permanece completamente neutral.

²⁰ FEINBERG (1988), p. 305, citado de GEORGE (2002), p. 19.

²¹ RAWLS (1995), p. 107.

²² RAWLS (1995), p. 107.

de la misma esfera privada, por una incompreensión acerca de la continuidad entre lo personal (privado) y lo común (público).

2.4. La propiedad no es un derecho sino una institución social

El derecho de propiedad no forma parte del primer principio de la justicia (el derecho igual a libertades básicas compatibles con un sistema similar de libertad para todos). Rawls no confiere a la propiedad la misma jerarquía ni tampoco el carácter inviolable y prioritario que sí atribuye a las libertades básicas. Para el autor, estas libertades “incluyen la libertad de conciencia y de pensamiento, la libertad personal y la igualdad en los derechos políticos”. Añade que “[e]l sistema político, que supongo sería alguna forma de democracia constitucional, no sería un procedimiento justo si no incorporara estas libertades”²³, entre las cuales no menciona el derecho de propiedad.

La Constitución política y las instituciones justas de una sociedad ordenada podrían ser perfectamente compatibles con el primer principio de la justicia aunque en del catálogo de libertades básicas allí consagrado no estuviera comprendido el derecho de propiedad. Dado que las profundas desigualdades en materia de condiciones de propiedad podrían llegar a poner en entredicho la misma libertad política, esto es, el primer principio de la justicia, el pensador norteamericano estima indispensable la intervención estatal en las condiciones de propiedad²⁴.

La finalidad de dicha intervención estatal en la propiedad es “corregir, gradual y continuamente la distribución de la riqueza y prevenir las concentraciones de poder perjudiciales para la equidad de la libertad política y de la justa igualdad de oportunidades”²⁵. Añade que dentro de las cuatro funciones básicas del gobierno en la economía, una de ellas es la función de distribución, cuya “tarea es la de preservar la justicia de las porciones distributivas mediante la tributación y los reajustes necesarios sobre los derechos de propiedad”²⁶.

En fin, lo que pretende Rawls es bajar a la propiedad del sitial sacro en el cual el liberalismo clásico la había situado para someter las rentas y el patrimonio a la primacía del segundo principio de la justicia (principio de la diferencia), conforme al cual “todos los bienes sociales primarios (...) han de ser distribuidos de un modo igual, a menos que una distribución desigual de uno de todos estos bienes redunde en beneficio de los menos aventajados”²⁷. De ahí la

²³ RAWLS (1993), p. 230 (por ambas citas).

²⁴ MIGLIORE (2002), p. 136.

²⁵ RAWLS (1993), p. 315.

²⁶ RAWLS (1993), p. 315.

²⁷ RAWLS (1993), p. 82. Esta formulación presenta algunas semejanzas –superficiales– con la doctrina de la Tradición Central respecto de la propiedad, sintetizada contemporáneamente por la Doctrina Social de la Iglesia.

importancia de la tributación y de la definición legal del derecho de propiedad para contribuir a la señalada finalidad.

3. El trasfondo reflejado en la formulación de algunos derechos

Enseguida intentaremos exhibir de qué modo el trasfondo doctrinario del liberalismo, expresado en las propuestas de Rawls y en menor medida, de Habermas, podrían explicar en mayor o menor grado, el enunciado constitucional de algunos derechos abordados en el Programa. Junto con esto, sostendremos nuestra evaluación crítica respecto de la consagración de tales fórmulas.

3.1. La libertad religiosa deja de ser tal

La libertad religiosa no se encuentra contemplada en la sección constitucional del Programa de Gobierno. Lo que sí está previsto es el “Derecho a la libertad de conciencia”²⁸. Asimismo, y junto con manifestarse la reafirmación de la separación entre el Estado y las Iglesias, el texto proclama lo siguiente al abordar los rasgos del “Sistema Político”: “la neutralidad del Estado frente a la religión, con el pleno respeto por las creencias religiosas y éticas de las personas (...)”²⁹.

Sin adentrarse en esta ocasión en la distinción entre “libertad religiosa” y “libertad de conciencia”, sostendremos que la consagración de esta última y la omisión de aquella no sólo produce el previsible efecto de desterrar la “libertad religiosa” de la esfera pública (y, por tanto, de su consideración como derecho fundamental) sino que de la misma vida personal, en cuyo ámbito habría –según el predicamento liberal– de desenvolverse con soltura.

Ya hemos visto que para el liberalismo igualitarista, las creencias y convicciones religiosas y/o morales más fundamentales, esto es, cualquier “doctrina comprensiva” que apelare a la verdad, deberían ser postergadas a la esfera privada en aras de la vigencia de la ideas de la justicia política (lo público) respecto de las cuales podría haber un consenso racional. Esto explica que para Rawls, por ejemplo, la libertad religiosa no posea la entidad suficiente para calificar como principio de la justicia (como derecho básico) ni consecuentemente, como para superar el escollo que la razón pública exige, puesto que no todas las personas racionales estarían de acuerdo en el “texto sagrado” ni en el “orden de los valores morales ni acerca de los dictados de lo que algunos consideran la ley natural”³⁰.

²⁸ Programa de la Nueva Mayoría, p. 31.

²⁹ Programa de la Nueva Mayoría, p. 34.

³⁰ RAWLS (1995), p. 107.

Así, para el liberalismo igualitario la libertad religiosa debería quedar extramuros de lo público, pues “los ciudadanos deben conducir sus discusiones políticas públicas sobre los fundamentos constitucionales y las materias de justicia básica dentro del marco de lo que cada uno de ellos considera sinceramente como una concepción política de la justicia razonable, una concepción que exprese valores políticos que se podría razonablemente esperar que otros, como personas libres e iguales, también compartieran”³¹. Esta idea es reiterada Rawls: “[N]uestro ejercicio del poder político es totalmente apropiado sólo cuando lo ejercemos en concordancia con una constitución cuyos principios esenciales todos los ciudadanos libres e iguales, puedan razonablemente suscribir a la luz de principios e ideales aceptables para su razón humana común”³².

Conforme al citado ideario, los “fundamentos constitucionales y las materias de justicia básica” –aquellos aspectos esenciales de la justicia no sujetas a negociación– quedarían imposibilitadas de ser configuradas por aquellas “doctrinas comprensivas razonables” sobre la justicia que pretendieran proveer respuestas fundadas en los “últimos principios” sobre el bien, sea que éstas tengan su fundamento en la tradición central, en otras versiones del contractualismo kantiano o en el liberalismo utilitarista. De este modo, una tradición que apelare a una verdad trascendente, a un orden moral objetivo, a principios que afirman la unidad de lo común y lo particular, ciertos derechos fundamentales inviolables o a un núcleo inviolable de algunos derechos humanos no absolutos³³, estas doctrinas difícilmente sortearían el cedazo de la razón pública, el entenderse que no pueden formar parte de aquellos principios a los que cualquier persona razonable, se espera, adheriría.

El deslinde de tales idearios personales dentro de la esfera privada en aras de la primacía de la idea –supuestamente común– de la justicia política, constituye una postergación de la libertad religiosa bajo el disfraz de una libertad de conciencia que debe quedar cercenada el fuero de lo privado. En efecto, los ciudadanos que no compartan las premisas de liberalismo político estarán imposibilitados de conducirse por la vida (pública) en consecuencia con sus convicciones religiosas.

Al suponer, la propagación de estas ideas, un cuestionamiento a los “fundamentos constitucionales y las materias de justicia básica” del liberalismo político,

³¹ RAWLS (1995), p. 239.

³² RAWLS (1995), p. 140.

³³ Sin perjuicio de que el mismo RAWLS (1971), p. 206, ha dicho: “Una concepción política de la justicia política para un régimen constitucional democrático que puede ser libremente aceptado por una pluralidad de doctrinas razonables, tanto religiosas como no religiosas, liberales y no liberales, y, en consecuencia, bajo el cual se puede vivir libremente y llegar a comprender sus virtudes. Sostengo enfáticamente que no apunta a reemplazar las doctrinas comprensivas, sean religiosas o no religiosas, sino que pretende diferenciarse de ambas e, idealmente, ser considerada aceptable por ambas”.

los ciudadanos y actores políticos –candidatos, figuras públicas, autoridades civiles y religiosas– deberían abstenerse de actuar sobre la base de aquellos principios fundados en las doctrinas comprensivas que profesaran como liberales, socialistas, católicos y judíos³⁴. Esto mismo lo reconoce derechamente Rawls cuando afirma que no sería legítimo el apelar a doctrinas comprensivas en las asambleas legislativas o en los actos públicos de los funcionarios del poder ejecutivo. Agrega que “tampoco podrían los jueces invocar o fundarse en principios de alguna doctrina comprensiva al interpretar la constitución”³⁵.

Ahora bien, lo inadvertido por el liberalismo es que exclusión de la libertad religiosa de la discusión pública irremediablemente lleva consigo la postergación de la dicha libertad dentro de la misma esfera privada. Esto, debido a una radical falta de comprensión de la naturaleza vital y difusiva de lo que lo que las convicciones religiosas son para el que las profesa. Un creyente que no estuviera convencido que sus convicciones religiosas más hondas son los principios últimos de la acción humana sería un creyente amputado no sólo en su obrar sino en su mismo ser.

Análogamente, un creyente que admitiera que sus convicciones y la conducta que ha de seguir conforme a ellas pueden quedar circunscritas a la esfera de la conciencia y de la acción personal-privada, sería un creyente cercenado en su existencia misma, pues las convicciones religiosas, e incluso las convicciones morales que se siguen de ellas, no son una opinión entre otras; ni siquiera la más importante de las opiniones, sino que la Verdad, con mayúscula. Por lo mismo, al ser la Verdad la que está en juego, no es concebible que se exija a quienes creen en ella que la practiquen sólo “privadamente”. El creyente difícilmente es creyente si no da razón y testimonio público de la fe que profesa. Al respecto es muy ilustrativa la afirmación de Marcello Pera, ex Presidente del Senado Italiano:

“Las creencias religiosas, en virtud de su misma naturaleza, tienen una dimensión pública y pretenden orientar las decisiones públicas. El que profesa una fe no lo hace como alguien que se pone un pijama en su dormitorio o una determinada corbata para una recepción, donde los gustos y las modas carecen de consecuencias importantes. Quien tiene una fe extrae enseñanza y orientaciones de ella, para su propia vida y también para la de los otros, y por eso es imposible, a no ser que se haga de una manera coercitiva, pedirle que la confine únicamente a la esfera privada”³⁶.

³⁴ GEORGE (2009), p. 129.

³⁵ Esto mismo lo afirma RAWLS (1971), pp. 215

³⁶ PERA (2010), posición 449 [Kindle]. FINNIS (2007), p. 9: “El mensaje de la salvación necesita entregar a los no creyentes razones para convertirse en creyentes, y exige dar a los creyentes razones para juzgar que aquello que enseña sobre el bien y el mal, en la vida personal y social, es verdadero”.

En el aludido contexto, si el Programa de la Nueva Mayoría afirma que se propenderá a “la neutralidad del Estado frente a la religión, con el pleno respeto por las creencias religiosas y éticas de las personas (...)”, parece legítimo preguntarse si dicha afirmación dice relación con la neutralidad entendida como la obligación estatal de abstenerse de promover oficialmente un credo religioso o más bien se refiere a la idea que las expresiones religiosas han de quedar extramuros de la discusión pública. Aunque es dable una interpretación mixta, me inclino a pensar que puede estar incorporada la segunda posición, atendido el modo en que la oración está formulada.

Es sintomático que el Programa se refiera indistintamente al respeto por las “creencias religiosas y éticas de las personas”, situando en un plano de equivalencia enunciativa a la convicción “religiosa” y la “ética”. En efecto, para buena parte del liberalismo en boga –incorporo aquí a Habermas– la distinción entre “ética” y “moral” representa una función análoga a la distinción, ya enunciada por Rawls, entre “doctrinas comprensivas” y “razones públicas”³⁷. La primera distinción sostiene que la ética dice relación acerca de “cómo uno se ve a sí mismo y cómo le gustaría ser”, mientras la moral (o la moralidad) se refiere al cuidado por los “intereses de todos”³⁸.

Así, la “ética” refiere a los asuntos sobre la vida buena, (que deben permanecer dentro de lo privado) y la “moral” alude a las reglas que deberían gobernar las relaciones de unos con otros (lo público)³⁹. El mismo Habermas explica el alcance de esta idea al señalar que el aborto y eutanasia son ejemplos de discursos éticos y no morales⁴⁰, motivo por el cual los ciudadanos contrarios al aborto y a la eutanasia deberían abstenerse de actuar en la discusión pública sobre la base de sus juicios éticos-no morales. De ser esto efectivo, parece no ser tan conjetural la sospecha de que la aludida oración pueda dar pie para que la neutralidad estatal sea una eficaz herramienta del laicismo, esto es, de aquella pretensión de erradicar de la vida misma las convicciones morales y religiosas, transformando el predicamento liberal en un ideario con pretensiones de cumplir un rol análogo y sustitutivo de una convicción no negociable.

3.2. Libertad de expresión censurada a priori (incluso desde la perspectiva liberal)

No es esta la ocasión para profundizar en algo que asumimos como obvio, pero que para el liberalismo contemporáneo puede no serlo. La libertad de

³⁷ FINNIS (1998), p. 68, citado por GEORGE (2009), p. 141.

³⁸ HABERMAS (1993), cap. 1.

³⁹ KEAT (2007), p. 1, anota que Habermas ha cambiado la distinción.

⁴⁰ HABERMAS (1996).

expresión es distinta de la libertad religiosa. Aunque existen vasos comunicantes entre ellas, como los hay también en el caso de estos derechos con la libertad de asociación o de reunión, se trata de derechos que resguardan bienes humanos distintos: mientras la libertad religiosa protege la manifestación de las convicciones religiosas y las conductas moralmente exigibles a partir de dicha convicción, la libertad de expresión asegura las opiniones en tanto valoraciones subjetivas del agente que las emite, además de las informaciones sobre hechos, como asimismo, discusiones, ya sea a partir de la interpretación de tales acontecimientos, ya sea desde el intercambio de opiniones sobre un tema.

Nótese aquí la diferencia sustantiva entre uno y otro derecho: para quien profesa una verdad revelada (religión) su convicción y consecuencial conducta no son simplemente valoraciones subjetivas (como sí lo son las opiniones). Para el Testigo de Jehová que rechaza someterse a una transfusión de sangre, el asunto no es "opinable", es de vida o muerte, eterna. La distinción anterior, sin embargo, no impide al que se conduce conforme a tales convicciones, de emitir una declaración pública, ni de expresar los argumentos que complementan –racionalmente– la convicción religiosa. Tampoco dicha distinción debe inhibir a los medios de comunicación de promover un debate sobre los alcances de una posición así sostenida.

Veamos otro ejemplo: algunas personas pueden estar contra el aborto o la eutanasia, porque, sobre la base de mis convicciones religiosas, sacrifican el carácter sagrado de la vida. Pero otros ciudadanos también pueden estar en contra de dichas conductas, por una combinación, total o parcial, de aquéllas junto con convicciones morales (la inviolabilidad de la dignidad humana) y argumentos racionales (in dubio pro vita). Es indudable que la opinión puede contener una mezcla de convicciones y argumentos y la información, además de los hechos duros, se construye sobre la base de tales opiniones. Así las cosas, cualquier intento purista por erradicar las convicciones religiosas de la discusión pública conllevaría indefectiblemente y, por extensión, el grave riesgo de censurar apriorísticamente cualquier debate moral/racional sobre el aborto, la eutanasia, el consumo de drogas, fundados en la discutible premisa de que religión y moral son inseparables.

Si un ciudadano, un académico o un político manifestaran públicamente su rechazo al aborto, invocando un conjunto de razones de diversa naturaleza ¿un canal de televisión debería editar lo moral-religioso de lo meramente racional para transmitir esto último y censurar lo primero y así ajustarse a la presumible exigencia constitucional –propuesta en el Programa de Gobierno– que promueve las "creencias religiosas y éticas de las personas"⁴¹ en el entendido que éstas

⁴¹ Programa de la Nueva Mayoría, p. 34.

han de desenvolverse únicamente en la esfera personal-privada, impidiendo su desenvolvimiento en la discusión pública? (según la aproximación en la que Rawls y Habermas coinciden). En fin, al pretender equiparar las “convicciones religiosas” con las “opiniones”, el liberalismo representado por los autores citados debe admitir, en su propia lógica, la develada pretensión de censurar, al menos, las “opiniones religiosas” o las “opiniones morales-rationales fundadas en lo religioso”.

En cualquier caso, seguramente muchos no han caído en la cuenta de que lo aquí denunciado no sólo supondría la imposición de censura previa para quienes están, por ejemplo, en contra del aborto o la eutanasia, sino también contra muchos que promueven su despenalización, atendido que en muchas ocasiones de invocan argumentos morales en su apoyo. A modo de ejemplo, tras la afirmación del supuesto derecho de la mujer a decidir sobre su propio cuerpo hay un argumento que se explicita del siguiente modo: la autonomía –moral– de la mujeres⁴².

Ilustrativo resulta el discurso de un diputado mexicano en la sede del poder legislativo, quien –frente a un proyecto presentado para sancionar el aborto– se lamentó profundamente por no haber podido “parar a las fuerzas del mal de entrar a este recinto!”, ni tampoco haber “podido detener a los embajadores de estos intereses, a los diputados que han sido cooptados por este cáncer y se sientan en su curul como las células que destruyen al páncreas”, refiriéndose a aquellos que buscando “irrumper nuestra soberanía, nuestra democracia representativa y nuestra dignidad, quieren regresarnos a un pasado oscuro” por la vía de “quitarles los derechos reproductivos a nuestras madres, hijas y hermanas”⁴³.

Exhibido lo anterior, parece legítimo preguntarse si tal caso puede considerarse un ejemplo de reacción incubada al amparo de asertos conforme a los cuales, temas como el aborto, la eutanasia, el comercio de drogas, entre otras, debería quedar circunscritas al ámbito de las “creencias religiosas y éticas de las personas”⁴⁴.

⁴² ORTIZ (2009).

⁴³ GONZÁLEZ (2013), pp. 1-2: “Con una tristeza profunda es mi labor decirles que no hemos logrado nuestro cometido, ¡no hemos podido parar a las fuerzas del mal de entrar a este recinto! Tampoco hemos podido detener a los embajadores de estos intereses, a los diputados que han sido cooptados por este cáncer y se sientan en su curul como las células que destruyen al páncreas. Estoy con ustedes el día de hoy por un tema que apremia no sólo a las mujeres de la patria, sino al anhelo de libertad de todos nosotros. Algunas de las fuerzas que constantemente buscan irrumper nuestra soberanía, nuestra democracia representativa y nuestra dignidad, quieren regresarnos a un pasado oscuro, buscan imponer una moralina reaccionaria en todas las ciudades del país, intentan quitarles los derechos reproductivos a nuestras madres, hijas y hermanas”.

⁴⁴ HABERMAS (1996), p. 1490, afirma, por ejemplo, que una ley de aborto debería ser tolerada por los católicos, ya que dicha conducta, a su juicio reprochable, no lesiona la integridad de los católicos, quienes podrán seguir, en la esfera del discurso ético, aborreciendo dichas prácticas, como lo han hecho en el pasado.

3.3. El derecho de propiedad desfigurado por la tensión entre lo público y privado

En lo que se refiere al derecho de propiedad, el texto del Programa de Gobierno dice:

“La Nueva Constitución junto con reconocer el derecho a la propiedad privada, debiera contemplar la idea de que la propiedad obliga y que su uso debe servir al mismo tiempo al bien común. En esa línea, se requiere reconocer que la función social del derecho a la propiedad privada y a la herencia, delimitará su contenido, de conformidad a la ley”⁴⁵.

Basta en esta ocasión meramente constatar que tanto la oración que expresa que “la propiedad obliga” y, asimismo, el reconocimiento del “bien común” como causal de delimitación del derecho de propiedad, siguen el modelo de la Ley Fundamental de Bonn⁴⁶. Ambas apuntan a la idea de armonizar tanto el contenido del derecho y su ejercicio, a las exigencias del bien común. Mientras el primer enunciado –“la propiedad obliga”– puede llevar consigo la idea de incorporar en el contenido del derecho una especie de “cláusula de comunidad”, la segunda aproximación persigue someter el ejercicio del derecho (particularmente la facultad de usar aunque no únicamente ésta) al bien común y la función social que de allí emana.

Aunque conceptualmente no habría mayor inconveniente en la incorporación del “bien común” como una exigencia de la noción misma de propiedad o de cualquier derecho fundamental⁴⁷ –¿qué titular de un derecho instrumental puede legítimamente conducirse contra el bien común o alguna de sus manifestaciones, tales como la seguridad o salubridad públicas?– parte del problema está, según veremos, en que parece subyacer una noción de bien común que concibe éste más bien como un motivo para constreñir el despliegue del derecho desde fuera antes que para armonizar el derecho mismo con su ejercicio. Esta idea supone considerar el bien de la sociedad como un elemento de configuración de mi propio derecho antes que una especie de renuncia anticipada del mismo en pos de la convivencia social⁴⁸.

⁴⁵ Programa de la Nueva Mayoría, p. 32.

⁴⁶ Ley Fundamental de Bonn, artículo 14: “1. Se garantizan la propiedad y el derecho de herencia con el contenido y las limitaciones que la ley determine. 2. La propiedad obliga. Su uso deberá servir, al mismo tiempo, al bien común. 3. Sólo procederá la expropiación cuando sea en interés común, y se producirá únicamente por ley o en virtud de una ley, que determinará la modalidad y el alcance de la misma. La indemnización se ajustará mediante una justa ponderación de los intereses de la colectividad y del afectado. En caso de conflicto se dará recurso ante los tribunales ordinarios en cuanto al importe de la indemnización.”.

⁴⁷ Contra el bien común no es lícito invocar ningún derecho, se desprende analógicamente de la *Suma Teológica*, II-II, q. 68, a 1 ad 3.

⁴⁸ POOLE (2008), pp. 104-105: Según esta perspectiva, dice el autor en p. 104: “el prójimo no se presenta necesariamente como un límite para mi libertad o mi derecho, sino como un elemento que contribuye a definir mi propio derecho, al tiempo que también me define a mí mismo”.

Lo anterior se funda no sólo en que la idea de los derechos como prerrogativas potencialmente ilimitadas –que únicamente han de ser reprimidas en caso que colisionen con los derechos o intereses de otros– es un dato de la noción liberal de los derechos, sino también que en el Programa de Gobierno el “bien común” sólo es reconocido respecto del derecho de propiedad, omitiendo toda referencia al mismo o alguna de sus manifestaciones reconocidas por los ordenamientos constitucionales e instrumentos internacionales –tales como la salud, la moral pública, la seguridad de la nación, el orden público, entre otras expresiones del bien común– en el resto de los derechos fundamentales que el Programa aborda.

¿Cómo se entiende que el Programa Constitucional otorgue un rol crucial al bien común en la configuración del derecho de propiedad y al mismo tiempo omita toda operatividad del mismo para el resto de los derechos fundamentales? ¿Bajo qué lineamientos puede explicarse que el bien común haya sido contemplado para encauzar el ejercicio de la propiedad para hacerlo compatible, por ejemplo, con la protección de un medio ambiente menos contaminado y al mismo tiempo se haya omitido el rol modulador que le cabe respecto de otros derechos cuyo despliegue podría igualmente comprometer otro tipo de entorno como es el ambiente moral o social de la comunidad?

Si hemos señalado que para el liberalismo, la noción tradicional de bien común es perturbadora para el ejercicio de las libertades como para la idea de lo público ¿Cómo se entiende, por un lado, que el Programa asigne una amplísima libertad en casi todos los ámbitos de despliegue individual –a saber, “la autonomía moral de las personas y su libre desarrollo de la personalidad”, en el contexto del reconocimiento del “pluralismo propio de las sociedades democráticas modernas”⁴⁹– sin atribuir relevancia alguna al bien común y, por el otro, haya previsto a éste como un elemento definitorio del derecho de propiedad?

Lo anterior no debe sorprender. Hemos visto que para el aludido liberalismo, el libre despliegue de las conductas individuales, sea en materia moral o religiosa, no son sino expresiones de “doctrinas comprensivas”⁵⁰ (Rawls) o de la “ética personal”⁵¹ (Habermas), las que deben quedar ceñidas a la esfera de lo “privado”. Esto, a menos que puedan identificarse como algunas de las libertades básicas constitutivas de uno principios de la justicia, elemento configurativo de la esfera de lo público (recordemos que bajo esta idea, la unidad de la sociedad puede darse en lo “justo”, no en torno a lo “bueno”).

El primer principio de la justicia –iguales libertades básicas para todos- se desdobra, principalmente, en dos o tres derechos básicos inviolables: la libertad

⁴⁹ Programa de la Nueva Mayoría, p. 30.

⁵⁰ RAWLS (1995), p. 11 y ss. En realidad, esta noción cruza todo el texto.

⁵¹ HABERMAS (1993), cap. 1.

de conciencia, de pensamiento y la libertad política o de participación. De este modo, si identificamos “la autonomía moral de las personas y su libre desarrollo de la personalidad”⁵² como parte integrante de las libertades básicas, no sería extraño que bajo esta lógica en el Programa no se hubiera previsto contemplar el bien común como causal de limitación de ellas, ya que tales libertades básicas al ser constitutivas de uno de los principios de la justicia (lo justo), no serían susceptibles de ser disminuidas en aras de un bien mayor⁵³, ni siquiera en beneficio del segundo principio de justicia política (la igualdad económica o de la diferencia)⁵⁴.

Por otra parte, si hemos podido constatar que el derecho de propiedad no forma parte del catálogo de derechos básicos e inviolables, no ha de llamar la atención que, según el Programa de Gobierno, algunos de sus atributos esenciales –la facultad de usar– quede sujeta al bien común y que al mismo tiempo se otorgue al legislador una amplia libertad de configuración del contenido del derecho.

¿Cómo puede explicarse que conforme a estos lineamientos la libertad humana pueda estimarse únicamente lesiva para el entorno económico⁵⁵ en circunstancias que el ambiente moral en otros planos de la vida personal parece quedar indemne al despliegue de la autonomía individual? Aunque la respuesta es bastante más amplia de lo que puede señalarse en esta ocasión, parte de ella encuentra su lógica en la ficticia escisión entre la esfera económica y la esfera moral del individuo, como si se tratara de dos morales superpuestas.

Últimamente algunos liberales han admitido que “en ciertos contextos la gente está propensa a errar, por lo que la intervención paternalista haría que sus vidas mejoraran”⁵⁶. Lo sorprendente es que la aludida afirmación parece quedar rezagada estrictamente a la esfera de la autonomía individual en el campo de la racionalidad económica, en sentido amplio. Estaría presente la idea de que hombre puede dañarse a sí mismo y/o lesionar a otro como consumidor (incluso entre adultos que consienten) pero ello no haría extensivo a la posibilidad de dañar a un tercero o a la sociedad en su conjunto en otro tipo de relaciones interpersonales.

⁵² Programa de la Nueva Mayoría, p. 30.

⁵³ RAWLS (1993), p. 46.

⁵⁴ MIGLIORE (2002), p. 130, coincide con BIDET (2000) pp. 28-29, a quien cita, en cuanto a que el primer principio de la justicia (iguales libertades básicas) no puede sacrificarse en pos del segundo principio de la justicia (igualdad socio-económica).

⁵⁵ Aunque el único caso en que el Programa reconoce explícitamente el rol del bien común es respecto de la propiedad, no sería extraño que dicho fin pudiera ser invocado como cauce de regulación o límite al ejercicio de las actividades económicas y los medios de comunicación, como se reconoce indirectamente en esta última hipótesis, tal como se reconoce en el Programa de la Nueva Mayoría, p. 31: “Una ley determinará los límites a la concentración de la propiedad de los medios de comunicación social, tanto mono-medial como multimedial, así como la apertura plural del espectro radioeléctrico, y la distribución del avisaje público, de modo de garantizar el pluralismo informativo y el libre acceso a la información”.

⁵⁶ SUNSTEIN (2014), p. 4.

El fundamento para que la autoridad contribuya a que la persona no yerre en su faceta de “consumidor-racional-económico” estriba en que por distintos motivos –sea por falta o asimetrías de información, o en ocasiones, a sabiendas– los individuos no se encuentran en la mejor posición para saber qué es lo bueno para ellos, lo cual justificaría el paternalismo de la autoridad para desincentivar (v. gr., rotulación de alimentos) o derechamente prohibir ciertos hábitos o conductas dañinas para la salud física (consumo del tabaco, emisión de gases tóxicos), o bien, alentar determinadas conductas saludables (comer sano, hacer deporte) contra la autonomía de la voluntad de quienes desean incurrir en las primeras y abstenerse de las segundas.

Bajo esta lógica disociada podría darse la paradoja de que la libertad sería legítimamente intervenida cuando afectara la “moralidad pública económica” (o un aspecto de ésta, como es la “confianza pública”) de las operaciones financieras –en un caso como “La Polar”– pero otro aspecto del mismo bien común (como la moral pública) difícilmente podría ser empleada para interferir “el libre desarrollo de la personalidad” cuando bajo la invocación de ésta se lesionare directamente “los derechos sexuales y reproductivos” (derecho de la mujer a su propio cuerpo) o se pusiera en entredicho el medio ambiente moral mediante la liberalización de ciertas drogas o por la vía de erradicar las convicciones morales y religiosas. Ahí si que no sería admisible que la autoridad se preguntara si “la gente está propensa a errar, por lo que la intervención paternalista haría que sus vidas mejoraran”?

¿Qué puede explicar esta dicotomía, cristalizada en el texto del Programa, que postula que el bien común sirve para restringir el derecho de propiedad (y al parecer la libertad económica) pero no para morigerar los excesos en otros pliegues de la libertad humana? Aunque el fenómeno es bastante omnicomprendivo, esbozaremos dos de las aristas del problema: primero, la ficticia separación entre lo técnico y la ético y, en segundo término, la propiedad como un derecho no básico.

Tras la primera disyunción subyace la creencia de que existe una disociación entre la esfera económica y la esfera moral de la persona. Es clave el influjo de los criterios utilitaristas en las ciencias normativas como el Derecho. Al perder la confianza en sí misma, como una disciplina autónoma, el Derecho se ha visto en la necesidad de buscar la lógica jurídica fuera del propio Derecho, por ejemplo, en la economía⁵⁷. La acción humana obedecería en buena medida a una lógica maximizadora⁵⁸. Aquí empieza el problema por doble partida: por un lado, para buena parte de la economía contemporánea todo fenómeno interesa en cuanto sea cuantificable y medible; por la otra, la economía es ciega e neutral

⁵⁷ MERCADO (1994), pp. 186 y ss., citado por MARTÍNEZ (2013), p. 42.

⁵⁸ CRESPO (2006), p. 9.

respecto de los fines (morales, según Rawls, éticos, según Habermas); sólo le preocupan los medios más eficientes para alcanzar cualquier fin⁵⁹.

Dado que la racionalidad humana estaría en buena medida determinada por una lógica maximizadora, toda acción humana pasaría a ser de algún modo una acción económica. Si su racionalidad es económica, el hombre es fundamentalmente un *homo economicus*⁶⁰. Al estar teñida por la racionalidad económica, la conducta humana, objeto de la regulación jurídica, es una conducta cuantificable y conmensurable. Lo inconmensurable, los fines intrínsecamente valiosos, lo no negociable, es dejado fuera de la órbita de la autoridad estatal (lo privado) a menos que pueda ser identificarse como parte constitutiva de uno de los principios de la justicia (lo público), en cuyo caso la libertades básicas se erigen en bienes intangibles, no sacrificable en pos de fines ulteriores.

Es en dicho contexto, que “la autonomía moral de las personas y su libre desarrollo de la personalidad”⁶¹ –ya sea que se la considere como parte de la esfera privada o que se la observe como integrante de las libertades básicas no negociables– se encontraría a resguardo de la injerencia regulativa por razones de bien común. No puede decirse lo mismo, sin embargo, del derecho de propiedad. Al no gozar éste del valor intrínseco de una libertad básica y al estimarse que las consecuencias económico/sociales de su ejercicio serían conmensurables y/o verificables empíricamente, no ha de llamar la atención una formulación constitucional que la deja sujeta –como bien instrumental– en su uso al bien común y en su configuración, al legislador⁶².

Bajo esta aproximación el paternalismo –se afirma– estaría justificado en todo lo contingente y cuantificable de la libertad humana y en la medida en que se trata (supuestamente, veremos) de un paternalismo suave que no discierne sobre la adopción de los fines humanos sino sobre los medios, al punto de ayudar al ciudadano-consumidor a elegir y “promover sus propios fines, del modo en que ellos los entienden”⁶³ o valoran. Lo que esta propuesta no logra vislumbrar es que es una quimera incidir sobre los medios pretendiendo desentenderse de los fines. Ya Aristóteles afirmaba que no sólo deliberamos “acerca de los medios como medios sino también como partes del fin”⁶⁴. Arendt añade:“(…) los medios para lograr el fin serían ya el fin”⁶⁵. Como los medios se eligen en

⁵⁹ DAVIS (2003), p. 27, citado por MARTÍNEZ (2013), p. 55.

⁶⁰ CRESPO (2006), p. 9.

⁶¹ Programa de la Nueva Mayoría, p. 30.

⁶² RAWLS (1993), pp. 229-231, reconoce que una vez que se han adoptado “los principios de justicia de la posición original” y discutido la “justicia de las formas políticas” y “de los procedimientos que resolverán las controversias políticas” en un “congreso constituyente”, “el segundo principio interviene en la etapa legislativa”, donde se abordará las políticas sociales de distribución.

⁶³ SUNSTEIN (2014), p. 19.

⁶⁴ ARISTÓTELES, *Ética Nicomaquea*, VI, 7, 9, 11.

⁶⁵ ARENDT (1993), p. 229.

vistas al fin querido, cualquier alteración autoritativa sobre los medios incide en mayor o menor grado en el fin deseado⁶⁶.

Si la autoridad castiga el consumo de alcohol o pone incentivos para no beberlo algo dice sobre el fin, de algún modo u otro está queriendo que el consumidor beba en menor medida o se abstenga derechamente de hacerlo en circunstancias que puede darse que para algunos ciudadanos su vida tenga sentido bebiendo cerveza y viendo televisión todos los días por la noche. Pongo este ejemplo porque es el mismo que Dworkin, otro liberal, emplea para afirmar que el gobierno debe ser neutral frente a medidas gubernamentales que promuevan o desincentiven una u otra noción de la vida buena⁶⁷.

Esto no sólo devela el débil constructivismo sobre el que se erige la ficticia separación entre lo público/privado como una extensión de la separación entre moral pública y ética privada, para los efectos de la regulación jurídica de una libertad que cruza lo personal-común. Tanto la proclamada neutralidad del gobierno en cuestiones sobre el bien (y, por tanto, el mal) como los recientes esfuerzos por mitigar dicho afán con un paternalismo suave, se enfrentan a una realidad donde la continuidad entre lo personal y lo común ha demostrado que la línea de demarcación entre lo público y lo privado es bastante más difusa de lo que se ha pretendido mostrar.

En fin, el derecho de propiedad, de este modo formulado, es desfigurado en sus lineamientos clásicos, al ser víctima de una incomprensión propia del liberalismo, que no admite que la verdadera distinción no es tanto entre lo privado y lo público sino fundamentalmente entre lo personal y lo común. Esta confusión ha contribuido a la "privatización" de conductas humanas que trascienden lo personal y afectan lo común y, por otra parte, a la excesiva "publicación" de derechos que de algún modo dejaron de ser considerados como tales para ser vistos más bien como una institución social al servicio de la justicia (entendida del modo liberal igualitario)⁶⁸.

Con todo, es justo señalar que a este último resultado pudo haber contribuido una visión unilateral de la propiedad. En ocasiones parece haberse enfatizado desmedidamente su sola faz individual –"gozar y disponer de ella arbitrariamente"⁶⁹– olvidando que no hay derecho al que no pueda exigirse una proporcionada modulación con las exigencias que el bien común (no

⁶⁶ La noción que reduce la racionalidad práctica (elijo el fin y los medios) a la mera racionalidad técnica (elijo los medios para un fin que no puedo alterar: la pasión) puede encontrarse en Hume.

⁶⁷ DWORKIN (1985), p. 191, se refiere al ciudadano que cree que la vida buena consiste en "ver televisión y tomar cerveza".

⁶⁸ RAWLS (1993) p. 21, donde afirma que la justicia es la "primera virtud de las instituciones sociales".

⁶⁹ Código Civil, art. 582: "El dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente; no siendo contra la ley o contra derecho ajeno".

necesariamente el bien estatal) impone⁷⁰. El derecho de propiedad, de algún modo, ha sido víctima de su propia entronización, del afán de “propietarizarlo” todo, incluso aquellos derechos que se encuentran fuera del comercio jurídico, como la salud, la honra, la vida privada, entre otros.

Bibliografía

ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*.

ARENDRT Hannah (1993): *La condición humana* (Barcelona, Paidós).

BIDET, Jacques (2000): *John Rawls y la teoría de la justicia económica* (Barcelona, Bellaterra).

BENTHAM, Jeremy [1791] (2000): *Introductions to the principles of morals and legislation* (Kitchener, Baroque Books).

BOBBIO, Norberto (1992): *Liberalismo y Democracia* (Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica).

COVARRUBIAS CUEVAS, Ignacio (2014): “Algunas notas sobre la noción de lo público en el programa constitucional de la Nueva Mayoría”, enviado para su publicación en el número monográfico de la *Revista Chilena de Derecho*, referido a las ponencias de las XLIV Jornadas de Derecho Público, organizadas por la P. Universidad Católica de Chile.

CRESPO, Ricardo F. (2006): “Las Racionalidades de la Economía”, *Cuadernos Empresa y Humanismo*, Universidad de Navarra.

DAVIS, John B. (2003): *The Theory of Individual in Economics* (London, Routledge).

DWORKIN, Ronald (1985): *A Matter of Principle* (Oxford, OUP, seg. edición 2001).

FEINBERG, Joel (1988): *Harmless Wrongdoing* (New York, Oxford University Press).

FINNIS, John (2007) “On ‘Public Reason’”, *Oxford Legal Studies Paper* N° 06-37, disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=955815## [descargado con fecha 29 de octubre de 2014].

GALSTON, William A. (1991): *Liberal purposes: goods, virtues and diversity in the liberal state* (Cambridge, Cambridge U. Press).

GEORGE, Robert P. (2002): *Para hacer mejores a los hombres. Libertades Civiles y Moralidad Pública* (Pamplona, Eiunsa).

GEORGE, Robert P. (2009): *Moral Pública. Debates Actuales* (Santiago, Instituto de Estudios Sociales).

⁷⁰ Si bien existe una primacía del bien común sobre el bien particular –pues “cada persona individual es a la comunidad como la parte al todo” (S. Th., 2.2, q. 64 a 2.)- esta sujeción no es absoluta, pues “el hombre no se ordena a la sociedad política en todo su ser y en todos sus bienes” (S. Th., 1.2, q 21, a. 4.).

GONZÁLEZ-KARG, Antonio Diego (2013): "La moralidad de la interrupción del embarazo. Y sus consecuencias en las políticas públicas de México.", disponible en: http://carle.itam.mx/justicia/Documentos/Retorica/Discurso_Antonio_González.pdf

HABERMAS, Jürgen (1993): *Justification and Application* (Massachusetts, MIT Press).

HABERMAS, Jürgen (1996): "Reply to Symposium Participants", *Cardozo Law Review*, vol. 17.

KEAT, Rusell (2007): "Ethics or Morality? Habermas on European Identity", trabajo no publicado, University of Edinburgh; <http://www.russellkeat.net> [descargado con fecha 27 de septiembre de 2014].

KEYS, Mary Martha (2006): *Aquinas, Aristotle, and The Promise of The Common Good* (New York, Cambridge U. Press).

KYMLICKA, Will (1995): *Filosofía Política Contemporánea*, (Madrid, Ariel).

MACINTYRE, Alasdair (1990): "The privatization of the good: an inaugural lecture", *The Review of Politics*, vol. 52 n° 3, pp. 344-361.

MARTÍNEZ CINCA, Carlos Diego (2013): "Son eficientes las decisiones de los jueces norteamericanos en los casos difíciles?", *Derecho Público Iberoamericano*, n° 2.

MERCADO PACHECO, Pedro (1994): *El Análisis Económico del Derecho. Una Reconstrucción Teórica* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales).

MIGLIORE, Joaquín (2002): "Introducción a John Rawls", *Colección*, n° 13, pp. 113-207.

NOZICK, Robert (1988): *Anarquía, Estado y utopía* (México, Fondo de Cultura Económica).

PERA, Marcello (2010): *Porqué debemos considerarnos cristianos. Un alegato liberal*. (Madrid, Encuentro), Edición Kindle.

POOLE, Diego (2008): "Bien Común y Derechos Humanos", *Persona y Derecho*, Vol. 59, pp. 97-133.

ORTIZ MILLÁN, Gustavo (2009): *La moralidad del aborto* (México, Siglo XXI).

RAZ, Joseph (1986): *The Morality of Freedom* (Oxford, OUP).

TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologica*.