

LA GARANTIA CONSTITUCIONAL DE IGUALDAD ANTE LA LEY: ¿DE QUE IGUALDAD ESTAMOS EXACTAMENTE HABLANDO?

Angela Vivanco Martínez

Profesora de Derecho Constitucional.
Pontificia Universidad Católica de Chile
Universidad Adolfo Ibáñez

No es casual la pregunta con la que iniciamos esta reflexión. Más bien, si comparamos las distintas ópticas con las que la doctrina trata hoy en Chile el tema de la igualdad ante la ley, la forma en que tal principio es abordado en los proyectos de reforma constitucional y de ley en tramitación en el Congreso Nacional y las conclusiones a que se llega en ciertos casos resueltos por nuestros tribunales de justicia, no podemos menos que considerar que el concepto mismo de igualdad ante la ley y el sentido y alcance que tiene la protección constitucional de él se ha vuelto al menos ambiguo o dudoso.

Para analizar precisamente en qué consisten estas dificultades y por qué resulta preciso –quizás– ensayar en nuestro país una redefinición de lo que entendemos por igualdad ante la ley, partamos por las siguientes premisas constitucionales: El artículo 1° de la Carta Fundamental de 1980 declara –en concordancia con las Declaraciones de Derechos de 1948, de las que utiliza incluso la misma terminología– que “los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos”, para asegurar a todas las personas en su artículo 19 N° 2 “la igualdad ante la ley”, la cual excluye expresamente la posibilidad de toda esclavitud, la existencia de privilegios y las diferencias arbitrarias.

Ya desde allí comienzan a producirse las controversias, pues recientemente se ha cuestionado –a través del mensaje de un proyecto de reforma constitucional¹– a la palabra “hombres” contenida en el artículo 1° mencionado, porque no sería coincidente con los tratados internacionales que evitan la discriminación de la mujer, sugiriendo finalmente reemplazarla por “personas” y agregar en el artículo 19 N° 2 aludido, la frase “Los hombres y las mujeres son iguales ante la ley”. Tal cosa no sólo introduce graves dificultades interpretativas, respecto del resto de la normativa constitucional, legal y los tratados internacionales en que se utilicen términos genéricos como “hombres”, “niño”, “trabajador”, “refugiado”, etc, sino que además ignora manifiestamente el habitual uso genérico de este concepto en numerosos convenios, declaraciones y pactos de derechos humanos². Sin embargo no creemos que sea este precisamente el problema de

¹ La cual es posible que haya entrado en vigencia para cuando se publique este comentario.

² Por sólo mencionar algunos, consideremos a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que ya se refiere a “los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre”; la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, que en su preámbulo

fondo sobre la igualdad ante la ley vista para el caso constitucional chileno, sino que nos parece más bien que se trata de una toma de postura apresurada por declaraciones emblemáticas, la cual, sin embargo, acarreará dificultades muy concretas³.

Las genuinas dificultades relativas a la igualdad ante la ley tienen sin duda una complejidad hartó mayor y no siempre son tan fáciles de identificar, corresponden a procesos no sólo nacionales sino que se reproducen en distintos ordenamientos jurídicos del mundo con variable intensidad y plantean un severo cuestionamiento aun al propio modelo constitucional. Estas, a nuestro juicio, son las siguientes:

I. ¿A QUIENES SE CONSIDERA "IGUALES ANTE LA LEY"?

La Constitución de 1980, mucho más allá de las pretensiones de forzada interpretación para la palabra "hombres", se ha basado en la consideración de dicho término como sinónimo de "personas", lo que resulta plenamente compatible con la idea de que "el Estado está al servicio de la persona humana", presente en el propio artículo 1º, como asimismo con el enunciado del artículo 19, que implica asegurar las libertades, derechos e igualdades "a todas las personas".

Hasta aquí el problema parecería resuelto: los "iguales ante la ley" son todas las personas. Sin embargo, es allí precisamente donde se inicia el problema, porque lo que está hoy cuestionado en muchos países de Occidente y aun en forma larvada en Chile, no es lo que se entiende por "hombres" en las declaraciones de derechos, sino lo que se entiende por "persona".

En efecto, si bien en la historia fidedigna de la Constitución consta que esta no recogió el principio de existencia legal del artículo 74 del Código Civil ("la existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre") para garantizar derechos, sino el de "persona natural", que considera "persona" para efectos constitucionales al individuo de la especie humana desde el momento de su concepción⁵, ello no ha significado una pro-

considera esencial que "los derechos humanos sean protegidos por un régimen de derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión"; la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, que se refiere repetidamente a la "protección de los derechos esenciales del hombre" y señala en su preámbulo precisamente que "todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos"; la Convención de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales de 1950, que habla de "los derechos del Hombre" en su introducción; la Convención Americana sobre Derechos Humanos, "Pacto de San José de Costa Rica" de 1969, que en su preámbulo reconoce que "los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado", y la Carta Africana sobre Derechos Humanos de 1981, que en su artículo 5º prohíbe "todas las formas de explotación y degradación del hombre".

³ Sobre este punto, ver, de la autora, "Igualdad ante la ley", en *El Mercurio* de Santiago de fecha 14 de enero de 1999, p. A2, col. 3, 4 y 5.

⁴ Ver, al respecto, el interesante debate suscitado en la sesión 87 de la Comisión Constituyente de 1980, celebrada el jueves 14 de noviembre de 1974, pp. 2 a 23 de las Actas Oficiales de la Comisión Constituyente.

⁵ Lo cual significa que ciertas legislaciones, como la española, en la Ley 35/1988, reconocen que la vida comienza a los catorce días. Ver, al respecto, Juan Cristóbal GUMUCIO SCHONTHALER: *Procreación Asistida. un análisis a la luz de la legislación chilena* (Santiago, ConoSur, 1997) p. 107.

tección tan sólida como muchos podríamos pensar, de cara al respeto –entonces–, de tal igualdad ante la ley de todo individuo concebido de la especie humana, aunque todavía se encuentre en el vientre materno:

- a) Existen posturas que cuestionan la idea de considerar “persona” al concebido, porque estiman que necesariamente se debe producir el transcurso de un cierto plazo para que las células se encuentren suficientemente individualizadas y podamos hablar de un embrión humano. Ello, sin duda, daría lugar a que durante dicho lapso pudiera manipularse al producto de la concepción, que no tendría respaldo alguno de la ley ni de la Constitución, en cuanto a su derecho a nacer, o a mantenerse íntegro.
- b) En el reciente debate parlamentario se han planteado serias dificultades relativas a la conveniencia o inconveniencia de definir legalmente el momento de la concepción; por una parte, por el riesgo que significa introducir en la ley criterios que permiten precisamente la manipulación de material genético humano durante el tiempo en el cual la ley puede presumir que aún no hay individuo concebido⁶ y, por la otra, porque por muy adecuado que sea el criterio que se utilice en la confección de una normativa al respecto, este puede ser reemplazado el día de mañana sin grandes dificultades, incluso por un quórum de ley simple.
- c) No sólo las dificultades respecto de la concepción de “persona” surgen a propósito del momento mismo de la concepción del ser humano, sino también en orden a si la calidad de tal depende de que sea genéticamente un ser humano, o de otros elementos, tales como su capacidad relacional o sus posibilidades de sentir dolor o placer. Tales ideas avalan el sostener por ejemplo que “... no todos los seres humanos son personas... los fetos, los infantes, los retardados mentales graves, y aquellos que sin esperanza alguna están en coma profundo, constituyen ejemplos de no personas humanas. Tales entes son miembros de la especie humana”⁷, lo cual es un argumento muy utilizado para las corrientes defensoras de la eutanasia respecto de pacientes en estado vegetativo persistente o de la eugenesia de niños nacidos con retrasos, malformaciones o enfermedades incurables.
- d) Por otra parte, y muy relacionado con lo anterior, se ha venido a considerar por toda una corriente doctrinaria, que la idea de “calidad de vida” se superpone a toda concepción de sacralidad de la vida, lo cual significa, en última instancia, no sólo la exigencia del derecho a disponer de su propia vida por una persona que considera que esta no vale la pena de ser continuada, lo que lleva comúnmente a las figuras de suicidio asistido, y más aún, a la convic-

⁶ Recordemos que el original proyecto de ley que regula los principios jurídicos y éticos de las técnicas de reproducción humana asistida, establece sanciones para los infractores de sus normas, presumía producirse la concepción en el momento de la singamia, es decir, en el momento en el que se produjera la fusión de los dos pronúcleos provenientes de los gametos femenino y masculino. Ello se reemplazó durante la tramitación del proyecto por la concepción asociada al momento en el cual se produce la penetración del espermatozoide en el óvulo a través de la membrana gamética, lo cual, sin embargo, no evita que las células en estado de pronúcleo puedan ser objeto de experimentación, se puedan destruir, manipular o congelar, lo que representa otros tantos cuestionamientos éticos: Fernando CHOMALI, “Algunas consideraciones en torno al proyecto de ley que regula los principios jurídicos y éticos de las técnicas de reproducción humana asistida y establece sanciones para los infractores de sus normas”, trabajo inédito a la fecha.

⁷ HT. ENGELHARDT: *Manual de Bioética* (Milán, Il Saggiatore, 1991), p. 26.

ción de que la sociedad misma podría disponer de la vida de personas, que si bien tienen la calidad jurídica de tales, se encuentran de tal modo disminuidas, que puede presumirse de ellas la voluntad de no seguir viviendo en esas condiciones, lo cual proyecta la igualdad ya no a la "igualdad en el derecho a la vida" sino, más allá, a la "igualdad respecto de una calidad de vida mínima exigible", la cual, de no poder garantizarse, faculta a la persona o a quien se considera su representante, para dar por finalizada una existencia aparentemente inútil⁸.

Si bien estos cuestionamientos están aún lejanos para este lado del mundo, ello no significa que no existan posibilidades de que en nuestro país pudieran intentar defenderse tesis basadas en la disminución o pérdida de la calidad de persona de un enfermo en estado vegetativo persistente, o el no haber llegado a ostentarla en niños con síndrome de Down o en niños en gestación, particularmente si tenemos presente el muy dudoso papel que a este respecto ha jugado la idea que ciertos sectores tienen respecto de la dignidad de la persona humana, como si esta excluyera toda posibilidad de dolor o resultara indigna toda vida no relacional o que signifique impedimentos serios para el ser afectado por una enfermedad o malformación. De allí que no sería impensable que algún miembro de la doctrina nacional o de nuestro Poder Legislativo pudiera intentar justificar su concepción de no-persona de individuos que se hallan en tales circunstancias, o sostener la posibilidad de terminar derechamente con una vida que no se estime digna por implicar sufrimientos o dificultad de realizar ciertas funciones propias del ser humano⁹.

Que exista tal atemorizante posibilidad no es utópico si consideramos el poco caso que en muchas reformas constitucionales intentadas en la actualidad se ha hecho de la historia fidedigna de la Constitución, o lo poco que algunos de nuestros autores recuerdan respecto de ella.

En síntesis, así como el proyecto original de Fecundación Asistida no consideraba concebido a un individuo mientras no se hubiera producido la fusión de los pronúcleos provenientes de los gametos de sus padres¹⁰, no es descartable que algún proyecto futuro proponga no considerar persona humana a quien ha perdido la facultad de relacionarse con los demás o nunca la ha tenido, o se postule la posibilidad de disponer de una vida que ha perdido una cierta calidad

⁸ Es interesante, en la materia, consultar, a modo ejemplar, a Albert HENDIN: *Seduced by Death. Doctors, Patients and Assisted Suicide* (New York, W.W. Norton & Company, 1998); Derek HUMPHRY: *Dying with Dignity. Understanding Euthanasia* (New York, Carol Publishing Group, 1992), y Helga KUHSE: "Critical Notice: Why Killing is not always worse - and is sometimes better than letting die", en *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, volumen 7, N° 4, fall 1998 (Cambridge University Press, 1998) pp. 371-374.

⁹ La utilización del elemento "dignidad" de esta manera peligrosa y dual ha sido estupendamente bien tratada por R. SPAEMANN: "Sobre el concepto de dignidad humana", en AA.VV.: *El Derecho a la Vida* (Pamplona, Eunsa, 1998), pp. 81-110, quien culmina su reflexión con lo siguiente: "si la pretensión de pertenecer a la sociedad humana quedara a juicio de la mayoría, habríamos de definir en virtud de qué propiedades se posee dignidad humana y se pueden exigir los derechos correspondientes. Pero eso sería suprimir absolutamente la idea misma de derechos humanos".

¹⁰ La cual no es siquiera una condición científicamente correcta, como bien lo explica Carmen Gloria FUENZALIDA ZÚÑIGA en "Protección Jurídica del embrión en la legislación chilena", *Revista Chilena de Derecho* vol. 25 N° 4, octubre-diciembre 1998 (Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, 1998), pp. 827-850.

mínima definida socialmente. ¿Podríamos hablar, en tales casos, de la igualdad ante la ley de estas no-personas humanas, o de aquellos que por haber perdido una cierta calidad de vida pasan a ser desde sujetos de derecho a objetos de este?

II. ¿CUAL ES EL ALCANCE DE LA IGUALDAD ANTE LA LEY?

Probablemente el gran tema de las sociedades pluralistas, y sobre todo de aquellas que han vivido previamente experiencias de pluralismo restringido —como la chilena en diversas etapas de su historia—, consiste en el alcance de la igualdad en cuanto a la participación y desenvolvimiento de grupos contrapuestos respecto de los valores y de las aspiraciones, es decir, a la tolerancia que debe tener en razón de ellos el sistema para reconocerlos en virtud precisamente que sus miembros son iguales en dignidad y derechos, en relación de las demás personas que forman parte de la sociedad, garantizando ello a través de un ordenamiento jurídico acorde.

En lo que respecta a la dignidad, quizás el problema es aquí menos difícil que en el punto anterior, pues si bien para unos la dignidad está originada en que “cada ser humano es persona, sustancia individual de naturaleza espiritual”¹¹, para otros la dignidad es un elemento funcional, constituido por el respeto que las democracias pactadas han de tener por quienes suscriben sus acuerdos, y de allí entonces que existirá un trato igualitario de cara a esa dignidad —respeto de la que variarán quienes se benefician de ella, como lo hace la idea de “persona”, pero no lo harán sus contenidos mínimos de acuerdo a una política estatal precisamente democrática en lo formal.

El verdadero problema se presentará, en este acápite, a propósito de los derechos: ¿todos los mismos derechos?, ¿derechos con algún límite?, ¿qué derechos? ¿puede la igualdad servir como elemento sustentador a la hora de invocar nuevos derechos? Tratemos de responder estas interrogantes:

- a) El modelo constitucional propone, justamente como la gran base de la igualdad ante la ley, que quienes se encuentran en una situación objetiva similar, tengan un mismo tratamiento jurídico y, consecuentemente, los mismos derechos. Dentro de ellos, existen algunos, considerados fundamentales no sólo por el ordenamiento positivo sino por el orden natural, que corresponden a todo individuo de la especie humana por ser tal y que deben ser garantizados, como parte de los fines del Estado, que legitiman su existencia.

La gran proliferación de las declaraciones de derechos y pactos internacionales se ha orientado precisamente a que no sólo los órdenes constitucionales internos se destinen a la protección de derechos, sino que esta materia se eleve a un rango supranacional, asegurando el consenso entre los Estados respecto de las prerrogativas esenciales de que debe gozar todo ser humano.

De allí que si bien el reconocimiento de los derechos y la pretensión de salvaguardarlos contra los abusos del poder fue uno de los grandes temas de la primera mitad del siglo XX, sobre todo a propósito de los impresionantes exce-

¹¹ V. POSSENTI: “¿Es el embrión persona? Sobre el estatuto ontológico del embrión humano”, en *El Derecho a la Vida* (citado), p. 143.

sos que significó llevar a la práctica las ideologías totalitarias surgidas a fines del siglo XIX y en el propio siglo XX, es una realidad que hoy tal reconocimiento es una materia más o menos lograda en gran parte de Occidente. Ello no significa, sin duda, que en muchos países sigan produciéndose atentados contra los derechos humanos, pero la pregunta respecto a su existencia, a la necesidad de reconocerlos, garantizarlos y castigar las violaciones a ellos ya no es un tema controversial.

Lo que sí ha generado una controversia novedosa y aún no resuelta, es la realidad de que en la segunda mitad del siglo XX se ha producido una desmedida proliferación de "nuevos derechos", que podríamos llamar de tercera generación—si consideramos a los económicos y sociales como pertenecientes a la segunda, respecto del clásico ideario liberal—, lo cual ha transformado la igualdad ante la ley en un elemento que de alguna manera se podría calificar de supraconstitucional, porque se impone al modelo existente, lo fuerza y hace germinar al lado de sus derechos y de su propio espíritu a una serie de demandas grupales convertidas a su vez en derechos, que podríamos caracterizar como: derivados patológicos de esos derechos, que usan su misma terminología pero con un trasfondo valórico profundamente diverso de ellos; elementos que devienen en la transformación de meras expectativas y de situaciones fácticas posibilitadas científicamente en prerrogativas jurídicas de extremo individualismo, y, finalmente, vástagos de los derechos tradicionales que—si pudiéramos asimilarlos con el reino vegetal, serían maleza— terminan devorando al sistema que los vio nacer y los amparó¹².

Estos "nuevos derechos", que a modo de ejemplo, significan "derecho a decisión" de la madre respecto a la gestación de un hijo que lleva en su vientre; "derechos reproductivos" para recurrir a sistemas de fecundación artificial o aun a la manipulación genética, y "derecho a disposición" sobre la propia vida y el propio cuerpo, entre otros muchos, sitúan a la igualdad en un plano extremadamente relevante, pues precisamente la invocan para conseguir reconocimiento y materialización jurídica, ya sea a través de legislaciones o de sentencias judiciales, con argumentos tales como "la igualdad de derechos reproductivos"—que implica, para quien lo desee, hacerse de un hijo sin importar sus condiciones morales o materiales, sus conductas sexuales, si está o no casado, etc.—, "la igualdad respecto de la libertad"—que justifica el aniquilamiento de una criatura en gestación que "coarta" la libertad de su madre— o "la igualdad respecto a la calidad de vida", a la que ya nos referíamos, la cual considera que el sufrimiento desigual, hace indigno y que, en consecuencia, ello debe ser superado a través de la disposición de una existencia como esa. De esta forma, la igualdad, de ser una garantía constitucional, pasa a estar por sobre la Constitución e incluso a preferir a esta cuando es necesario invocar un derecho o una libertad incluso en contra de su historia fidedigna o de su propio espíritu¹³.

¹² La autora se refirió a este tema en su ponencia presentada a las XXIX Jornadas Chilenas de Derecho Público, celebradas del 5 al 7 de noviembre de 1998 en la Pontificia Universidad Católica de Chile, titulada "El cuestionamiento del modelo constitucional; una reflexión acerca de la ética individual, los "nuevos derechos" y el regreso a la paradoja de la tolerancia", por publicarse en la *Revista Chilena de Derecho* de la misma Casa de Estudios.

¹³ "La igualdad en su versión puramente objetiva, hace suscitar necesariamente la teoría de las normas constitucionales como programas de política legislativa con valor indicativo; con ello, se opera un aumento cuantitativo de la presencia de la Constitución en la aplicación del Derecho,

Sin duda, tal cosa genera un adicional problema para la igualdad, que trasciende de ser un elemento relacionado con la dignidad del ser humano como respetable y protegido ante el Estado por el hecho de ser tal a constituirse en una fuente generadora de nuevos derechos, los cuales en numerosos casos se traducen en presiones sobre el sistema que lo desnaturalizan, que afectan el modelo constitucional y que remecan las bases valóricas de este, ya que la pura igualdad sin un contenido ético, pasa a ser una carta en blanco para la exigencia de un *derecho a todo* en términos casi hobbesianos¹⁴.

b) Por otra parte, el límite de la igualdad ante los derechos queda asimismo indefinida, ya que al pasar la igualdad a transformarse en una especie de principio rector, se imposibilita al intérprete considerarle límites o un marco acotado para hacerla incluso justiciable. De esta manera, la igualdad pasa a ser un terreno difuso, de geometría del todo variable, y como consecuencia de ello, el término "discriminación" o "diferencia arbitraria" pasa a ser asimismo poco definible, llegándose a una extrema imprecisión jurídica.

Es claro que ciertos tipos de discriminación son considerados inconstitucionales en la mayoría de los ordenamientos jurídicos del mundo, particularmente los que se basan en las diferencias raciales, pero de allí en adelante se comienza en forma gradual a hundirse en diversas tonalidades de gris. Por ejemplo, ¿es discriminación impedir que un individuo homosexual adopte un hijo?¹⁵, ¿constituye una diferencia arbitraria condicionar, ello sin perjuicio de las muchas objeciones morales que presenta, la utilización de técnicas de fecundación artificial a matrimonios?, ¿resulta atentatorio contra la igualdad que el Estado privilegie la enseñanza de ciertas religiones en sus establecimientos de enseñanza, en desmedro de otras?, ¿sería inconstitucional el proteger la vida de una persona incluso en contra de sus creencias religiosas, como ocurre en el caso de las transfusiones a Testigos de Jehová?¹⁶.

Si nos situamos en una óptica voluntarista, que curiosamente se mueve como un péndulo entre la decisión ciento por ciento autónoma del hombre sobre sí mismo y el total sacrificio de la persona humana en aras de la materialización de intereses colectivos relacionados con la idea de costo/beneficio, no podremos

pero no deja de apreciarse una cierta desvalorización cualitativa de esa aplicación, que entre otros aspectos hace impredecible el resultado de las normas; la aplicación de la igualdad en las relaciones entre particulares, es una buena prueba de ello": José María PABÓN DE ACUÑA, "Problemática del principio Constitucional de Igualdad", en *El Principio de Igualdad en la Constitución Española. XI Jornadas de Estudio* (Madrid, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1991), p. 27.

¹⁴ El planteamiento de la discusión acerca de considerar a la igualdad como valor, principio o derecho fundamental se encuentra muy bien tratada en Francisco PUY: "El derecho a la igualdad en la Constitución Española", en supra nota 13.

¹⁵ Recientemente se ha discutido en el Congreso Nacional un proyecto de ley que reforma la adopción en Chile y que no hace distinciones al referirse a que pueden optar a esta posibilidad "personas solteras o viudas".

¹⁶ Al respecto, puede consultarse Javier HERVADA: "Libertad de conciencia y error sobre la moralidad de una terapéutica", en *Revista Persona y Derecho*, N° 11 (Pamplona, Universidad de Navarra, 1984), pp. 13-53, y Néstor PEDRO SAGUES: "¿Derecho constitucional a no curarse?", en *La Ley*, tomo 1993-D (Buenos Aires, 1993), pp. 124-140.

menos que decir que todas las figuras señaladas constituirían discriminación, ya que sería igual derecho de todos –sin facultad alguna de oponerse por parte del ordenamiento jurídico y sin titularidad alguna para efectuar calificación moral de cualquier tipo– tanto procrear –incluso sin pareja– como adoptar hijos, exigir todo tipo de enseñanza religiosa o negarse a tratamientos o a cualquier forma de preservar la vida –sin ni siquiera entrar al debate sobre los enfermos terminales– en virtud de la libertad de conciencia.

El problema es qué sucede con la Constitución en esos casos: ¿sigue en realidad siendo Constitución, Ley Fundamental, producto de la voluntad del pueblo de plasmar valores esenciales, de elegir un determinado modo y principios de vida? Probablemente no. Resulta más fácil, desde esa perspectiva, entender a la Constitución como un simple contrato, ni siquiera el “contrato social” inmodificable de Rousseau o que podría retrotraerse al estado de naturaleza en caso de no cumplir sus objetivos de bien para la comunidad en el caso de Locke, sino una manifestación de acuerdo de voluntades del todo contingente y que, en consecuencia, admite una permanente transformación y revisión, de acuerdo a las nuevas demandas y necesidades que surjan, por lo cual todo principio que no entre en una relación armónica con el devenir de ese “mercado jurídico” es susceptible de anularse, de ignorarse o de modificarse en sí.

La falta, entonces, de límites éticos, de principios rectores para el mundo en el cual se halla inmerso el principio de igualdad, lo transforma en el único elemento visible de cara al ejercicio de los derechos, lo que lleva irremediablemente a despojar a este del requerimiento de adecuarse al bien y se dirige en forma decidida a la justificación del ejercicio del derecho en sí misma: libertad como fundante de la acción humana, como manifestación de un pacto social que permita sostener la convivencia sin exigencias mayores.

De esta forma, el derecho a la libertad sin condicionamientos más que aquellos de naturaleza estrictamente delictiva¹⁷, es un derecho que se exige precisamente sobre el criterio de la igualdad: cada individuo debe ser libre para conducirse dentro de un enorme campo de acción, en el que sólo debe responder a exigencias mínimas relacionadas comúnmente con el cumplimiento de deberes de carácter patrimonial, con el respeto a la normativa penal que se encuentre en el momento vigente y, sobre todo, con la tolerancia, que implica no solicitar a nadie deber moral alguno ni efectuar ninguna clase de juicio que denote actitudes *confesionales* o la más mínima pretensión de aplicar verdades universales a los demás.

De esta forma, el sentido y alcance de la igualdad ante la ley se extiende desde las legítimas exigencias que son parte de una sociedad respetuosa de los derechos de las personas, como por ejemplo no condicionar la contratación a elementos raciales, no discriminar a la hora de dar oportunidades de educación o de especialización entre hombres y mujeres, no hacer depender la participación política del nivel socioeconómico de la persona, no imponer exigencias adicionales respecto del ejercicio de los derechos y libertades fundadas en la pertenencia a cierto sector o estrato social, etc., hasta aquellas exigencias que derivan de intereses de grupos, tales como considerar a los derechos como cosas suscepti-

¹⁷ Los cuales no son por ello más estables, si consideramos la extrema presión existente en la actualidad, que ha llevado a varios ordenamientos jurídicos occidentales a despenalizar o a atenuar conductas punibles tales como el aborto, el consumo de drogas o la ayuda al suicidio.

bles ser propietarizadas¹⁸ y, en consecuencia, objeto de disposición; o a regirse por un estatuto jurídico totalmente aparte y desvinculado del que rige en un Estado, o pretender tomar responsabilidades sobre la vida y la educación de otros sin que se haga ninguna exigencia de idoneidad ni de condiciones morales.

III. ¿PUEDE VERDADERAMENTE GARANTIZARSE LA IGUALDAD ANTE LA LEY?

En el afán de defender nuestros principios en contra de la extensión anómala de la igualdad ante la ley que tratábamos en el punto anterior, y quizás también a consecuencia del mucho insistir en el juego de normas constitucionales, legales y de tratados internacionales que insisten hasta la saciedad en las ideas de igualdad y de no discriminación por razones de sexo, raza, estirpe o condición, es común que olvidemos preguntarnos si en realidad la igualdad ante la ley —en términos reales y ponderados, es decir, no en el sentido de la exigencia del derecho a todo que ha renacido desde sus cenizas de tiempos de los clásicos autores pactistas— puede garantizarse en nuestras sociedades actuales.

Al respecto, creo importante tener a la vista las siguientes premisas, que si bien pueden aparecer obvias a simple vista, resultan indispensables para responder tal interrogante:

- a) La igualdad no es un producto de las declaraciones de derechos, sino que estas se basan en la igualdad que emana de la común dignidad que tiene toda criatura humana y que la hace merecedora de respeto como tal. En otras palabras, la igualdad es un componente mínimo y básico de la estructura misma del hombre ontológicamente hablando, de la cual se hace cargo el derecho para asegurarla.
- b) Sin embargo, tal igualdad no puede extenderse patológicamente a toda apetencia del hombre, en el sentido de tener igual prerrogativa para exigirla, pues se encuentra condicionada por el bien obrar y por elementos éticos que impiden a todos la ejecución de actos que en sí vulneran tal dignidad. En otras palabras, la igualdad en la dignidad humana no puede ser invocada para dañar esa misma dignidad.
- c) De esta forma, el derecho se instituye en una norma que enmarca adecuadamente a la igualdad y que, por otra parte, se inspira en ella a la hora de reconocer derechos y libertades preexistentes, por ser parte de la naturaleza humana. Todo ello no significa, sin embargo, que la pura norma jurídica baste para garantizar que el principio de la igualdad sea respetado, no sólo porque la sanción no genera automáticamente el cumplimiento, sino porque la concepción sobre la igualdad forma parte de aquellos contenidos en los que fuertemente intervienen el criterio de las personas, la idiosincrasia de los pueblos y su formación cultural.

¹⁸ Sobre el tema de la propietarización de los derechos y, particularmente, de las funestas consecuencias que tal concepción puede tener para modelos constitucionales como el chileno, sugiero revisar Alejandro GUZMÁN BRITO: *Las cosas incorporales en la doctrina y en el derecho positivo* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1995), y Carlos DUCCI CLARO: "Las cosas incorporales en nuestro Derecho", *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo LXXXIII, mayo-agosto 1986 (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1986), pp. 29-35.

- d) Es por ello que pese a los muchos esfuerzos que se realizan en torno a la igualdad, los elementos que significan el respeto y salvaguarda de ella no provienen exclusivamente del Derecho sino también de la conciencia que las personas tienen¹⁹ acerca de su propio ordenamiento, ello sin perjuicio de la visión que existe en las sociedades sobre la importancia y la trascendencia de la persona humana.

De allí, entonces, que la cuota de igualdad que la Constitución genuinamente desea proteger no siempre sea posible de obtener:

1. Porque las sociedades albergan un pasado de desigualdades que se hacen tolerables por su constitución en costumbre y no por su justicia: "estamos tan acostumbrados a las grandes desigualdades económicas y sociales que resulta fácil inmunizarse a su presencia"²⁰. De esta forma puede repugnarnos que no se contrate a una persona por tener una determinada raza, pero parecernos perfectamente tolerable que otra, por meritoria que sea, no tenga ninguna posibilidad de estudiar por carecer de los medios económicos para hacerlo; asimismo, podemos rechazar que se impida a una mujer, por ser tal, postular a un cargo político, pero quizás no nos indigne que ella misma tenga menos posibilidades de ascender en su empleo si no es bonita o joven.

Malamente esos casos pueden ser resueltos exclusivamente por acciones judiciales, sanciones o declaraciones de derechos, que, desgraciadamente, no siempre son del todo eficaces para crear la conciencia social a la que antes nos referíamos.

2. Porque usualmente resulta más barato y con mayor impacto publicitario dar énfasis al tema de la igualdad en debates legislativos o en sonados casos judiciales, en vez de asumirlo como uno de los elementos fundamentales de la enseñanza valórica a las personas, ya que precisamente educar es imprimir dichos valores, que muy difícilmente pueden ser luego impuestos a individuos adultos que no han sido formados en ellos.

3. Porque la existencia misma de estructuras estatales, significa ya una desigualdad, por ejemplo en lo que respecta a la contratación con el Estado, a las prerrogativas de las partes en un proceso, a la existencia de cargos que implican inmunidades, etc., que tienen una justificación en sí para asegurar la independencia y eficiencia en la gestión pública y para preservar los fondos del erario fiscal, pero que en muchas oportunidades llegan a constituir privilegios respecto de los cuales las sociedades se muestran en exceso tolerantes, probablemente por la asociación tradicional entre ejercicio de poder y privilegios personales, que subyace en las sociedades herederas de monarquías absolutas, por mucho que lleven siglos de vida republicana.

Justamente para evitar estos excesos, resultará tan importante reconocer que estas excepciones al principio de la igualdad o "desigualdades justificadas" no

¹⁹ "No puede haber sentido de justicia sin democracia de la vida cotidiana. La cultura que se requiere para sostener y promover la igualdad de los derechos de la ciudadanía democrática depende de la conducta y de la voluntad de los propios ciudadanos": Judith SHKLAR, "Justicia y Ciudadanía", en *Pluralismo y equidad. La justicia social en las democracias* (Buenos Aires, Ediciones Nueva Visión, 1997), p. 82.

²⁰ Thomas NAGEL: *Igualdad y parcialidad. bases éticas de la teoría política* (Paidós, Barcelona, 1996), p. 70.

obedecen a una condición extraordinaria del agente que ejerce el cargo, sino una medida de protección inextricablemente asociada a este último y que se legitima por el principio de representación ciudadana y no porque se pertenezca a una suerte de casta, clase o grupo superior²¹.

4. Finalmente, porque las sociedades rara vez son capaces de manejar eficientemente el problema de las personas excluidas dentro de ellas, esto es, de individuos que pese a la garantía y prestaciones relacionadas con los derechos económicos y sociales, siguen sin posibilidades de participación, marginadas en relación al resto. Sin embargo, las democracias modernas evitan exhibir estas realidades: "La pertenencia a una sociedad democrática implica mecanismos de protección importantes que nadie está dispuesto a controvertir públicamente... Las exclusiones que subsisten no serían tanto la manifestación de injusticias sino el resultado inesperado de las exigencias de justicia. Las excluidas y los excluidos obtendrían lo que se merecen o lo que eligieron, salvo que sean víctimas de la mala suerte. Nadie sería responsable de la suerte de estas personas... Constituirían una clase inferior sin precedentes en la historia: ni esclavo, ni oprimido ni explotado sino manteniéndose exactamente allí donde lo habrían llevado sus propios esfuerzos (o falta de esfuerzos)²²". Resulta más conveniente considerar que la culpa es de quienes no consiguen adaptarse a las exigencias de un mundo de ciudadanos que valen en la medida que son productivos.

De situaciones tales provienen las modernas tendencias a las medidas de discriminación positiva, que pretende resolver las condiciones de exclusión por la vía de reforzar sus posibilidades de acceso a la soñada igualdad de oportunidades. Sin embargo, estas soluciones comúnmente no consiguen el efecto deseado, sino más bien operan en contra de la igualdad y hacen perdurar las condiciones de exclusión por varias razones²³, que podemos resumir de la siguiente forma:

- a) Estas medidas significan perseverar en la diferenciación arbitraria, toda vez que no ponen al individuo en las mismas condiciones de competir que los demás, sino que le aseguran un cargo o una cuota por ser tal, es decir, por considerársele inferior y no capaz de obtenerlo por sí mismo, dadas las condiciones sociales.
- b) Por otra parte, la existencia de estas medidas es un abierto atentado contra el derecho a la igualdad ante la ley de las personas que no se ven beneficiadas con ellas, y que por ende, pueden no llegar a ocupar un determinado cargo o vacante simplemente porque no pertenecen al grupo o sector beneficiado, aunque cuenten con los méritos para ello.

²¹ "... La inmunidad parlamentaria no se puede fundamentar en una prerrogativa o privilegio de unos individuos sobre otros... La finalidad de este mal llamado privilegio consiste, en esencia, en garantizar la independencia del Parlamento en el ejercicio de sus funciones normativas, de control y de crítica, asegurando la plenitud del mandato representativo recibido de la sociedad en su conjunto": José L. RODRÍGUEZ PARDO: "El principio de igualdad y la inmunidad parlamentaria", en supra nota 13, p. 1523.

²² Michael WALZER: "Exclusión, injusticia y estado democrático", en supra nota 19, p. 34.

²³ Sobre la constitucionalidad misma de las medidas de discriminación positiva, ver, de la autora, "Discriminación positiva: ¿una forma constitucional de asegurar la igualdad de oportunidades?", en diario *La Segunda*, lunes 3 de agosto de 1998, p. 11, y el trabajo *Reflexiones acerca de la constitucionalidad de los sistemas de discriminación positiva de la mujer* (Santiago, Instituto Libertad, 1997).

- c) La reacción que causa la aplicación de estas medidas no es la de superación de la odiosa diferenciación que hace la sociedad, sino, por el contrario, la conformación de la existencia de razones que justificarían la discriminación, ya que el individuo común tiende a identificar este tipo de actuaciones como ayuda a individuos *inferiores*, que no pueden por sí mismos obtener lo que los demás sí están en condiciones de ganar. Esto se identifica claramente con lo que mencionábamos antes: la culpa de la marginación social es de los propios marginados, según una tendencia de pensamiento bastante mayoritaria en las sociedades de consumo.

IV. ¿QUE DEBERÍA OFRECER, ENTONCES, UN MODELO CONSTITUCIONAL SOBRE IGUALDAD ANTE LA LEY?

Estudiados los principales problemas que, a nuestro juicio, implica hoy hablar de igualdad ante la ley; conviene ensayar algunas respuestas, a modo de contrapuntos con lo que aquí mismo hemos expuesto. En efecto, un sistema adecuado relativo a la materia que nos ocupa debería ser capaz sólidamente de:

- a) Contraponer al cuestionamiento de si todo individuo de la especie humana es persona, una postura compatible precisamente con la dignidad de la que goza cada ser humano desde que es concebido: "El embrión humano debe ser tratado, desde el primer momento de la concepción, con el mismo respeto y consideración que ha de guardarse con la persona"²⁴, siendo "contrario tanto a los principios fundamentales de la Etica como a la doctrina de los derechos humanos que ninguna instancia pueda arrogarse la facultad de decidir qué condiciones debe reunir un representante de nuestra especie para que le sean reconocidos sus derechos como ser humano"²⁵. Esto es indispensable si pretendemos, al menos, que el término "todas las personas" que utiliza la Constitución no se vuelva en contra de los individuos protegidos.
- b) Contraponer a la idea que la pérdida de ciertas funciones vitales puede significar la pérdida de calidad de persona del paciente, el principio que expresa que "se es persona por una calidad intrínseca o esencial, que no puede poseerse en grados y que no puede, salvo por una decisión arbitraria, tener un origen y una finalización distinta a la del ente que se constituye como tal por esencia"²⁶. De otra manera, el dejar de ser persona puede transformarse en la decisión del legislador o de quien guarda a una persona enferma o impedida, y por ende, la transformación de un individuo de la especie humana —como ya antes se dijo— de ser sujeto de derecho a ser objeto de este.

²⁴ CONGREGACIÓN PARA LA DOCTRINA DE LA FE: Instrucción *Donum Vitae* (22 de febrero de 1987) I, 1.

²⁵ I. CARRASCO DE PAULA y J. COLOMO GÓMEZ: "Trasplantes de tejido fetal", en DR. Aquilino POLAINO-LORENTE (editor): *Manual de Bioética General* (Madrid, Rialp S.A., 1997, 3ª edición), p. 195.

²⁶ CARLOS IGNACIO MASSINI: "El derecho a la vida en la sistemática de los derechos humanos", en *El Derecho a la Vida* (citado), pp. 196-197.

- c) Contraponer a los argumentos fundados en “la calidad de vida” que se utilizan para justificar innumerables atentados contra la vida propia o ajena, el reconocimiento a que “ni el paciente, ni los médicos, ni el personal sanitario, ni los familiares tienen la facultad de decidir o de provocar la muerte de una persona. No existe el derecho a la elección del lugar y del momento de la muerte, porque el hombre no tiene el señorío absoluto sobre su persona y su vivir, y mucho menos sobre su muerte”²⁷. Es menester indispensable evitar que la vida se transforme en una cosa disponible, ya sea por cada uno de nosotros, por un tercero o por la sociedad, porque frente a tal situación sólo nos resta la igualdad en la vulnerabilidad y la desprotección, jamás la igualdad ante la ley.
- d) Contraponer al postulado de la igualdad como principio supraconstitucional del que emanan “nuevos derechos” opuestos aun a la Constitución, la idea de que los grandes principios rectores o generadores de normas, que ha reconocido la Carta Fundamental, tales como la igualdad y la libertad del hombre, precisamente lo son por su contenido ético y por erigirse en elementos que cooperan a conducirlo al bien, por lo cual no puede esgrimirse la idea de igualdad ni de libertad para alejarse del bien, para subyugar al ser humano, para atentar contra su dignidad, cosificarlo o rebajar su condición de tal. De allí, entonces, que la aparente contradicción entre igualdad y valores, o entre igualdad y exigencias morales, no está basada en la verdadera naturaleza del principio de la igualdad, ni en la libertad del ser humano, sino en pretensiones voluntaristas que pretenden liberar al ser humano de todo condicionamiento moral, sin entender que esa liberalización lo hace igual en la esclavitud.
- e) Contraponer a la idea de considerar a todo límite a la libertad o control de los actos de las personas como discriminatorio, la idea de que el Estado no tiene legitimación en sí mismo, sino en la tarea de cooperar a la consecución del bien común, por lo cual no resulta efectivo, sino falaz, la afirmación que cada individuo tiene *derecho a todo* y que en esa calidad puede reclamar ante los tribunales de justicia por cada límite que se imponga a la materialización de sus deseos. No sólo, al respecto, existen los límites derivados del respeto a los derechos y libertades de los demás, sino más importante aún que eso, límites que derivan de la realidad misma del ser humano, que ejerce prerrogativas válidamente en la medida que lo conduzcan al bien, ya que de otra manera no es capaz de darse a sí mismo el trato que de suyo merece, y obra injustamente.
- f) Finalmente, frente a las discriminaciones que sí constituyen objetivamente tales y a la convicción de que estas son irremediables, o tolerables porque se trata de grupos reducidos, o comprensibles porque son la contrapartida de los privilegios de la autoridad, contraponer precisamente la idea de justicia, de que es posible proteger a las personas que no son correctamente tratadas, de que no es cierto que el ejercicio del poder deba conllevar derechos exorbitantes y personales, y, desde luego, que la diferenciación arbitraria entre las personas no se soluciona con la introducción de otras tantas diferencia-

²⁷ Ponencia de J.L. CARRASCO en el Congreso sobre Eutanasia en Verona, IV - 1989, citado por Fernando MONGE en *¿Eutanasia?* (Madrid, Libros MC, 1989) p. 189.

ciones arbitrarias, ya que el exceso jamás logra compensar la falta ni el privilegio a la carencia.

Como lo ha dicho Albert Schweitzer: "El humanitarismo consiste en no sacrificar jamás un ser humano a un objetivo"²⁸. No corresponde, pues, sacrificar al hombre en el pretendido altar de la igualdad, como tampoco corresponderá sacrificar su igualdad en dignidad y derechos, que la Ley Fundamental debe garantizar, en aras de preservar ciertos beneficios económicos o cierta comodidad social.

²⁸ Citado por Javier GAFO FERNÁNDEZ: *10 Palabras Clave en Bioética* (Pamplona, Editorial Verbo Divino, 1994) p. 43.