

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

2007

PONENCIAS EN SANTIAGO II

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL / N° 25 / 2007



SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



ANUARIO DE FILOSOFÍA
JURÍDICA Y SOCIAL
2007

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFÍA
JURÍDICA Y SOCIAL
ANUARIO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL Nº 25
2007

Esta obra ha sido impresa con la colaboración de las Facultades de Derecho de las Universidades Adolfo Ibáñez, Católica del Norte, Católica de Temuco, Católica de Valparaíso, Católica de la Santísima Concepción, de Antofagasta, de Concepción, de Los Andes, de Chile, Diego Portales, del Mar y La República.

Especial mención cabe hacer a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso, en cuyo taller de imprenta, "Edeval" se llevó a cabo la impresión de este volumen.

©
Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

I. S. B. N. — 0170 — 17881

Diseño Gráfico: Allan Browne Escobar

Impreso en EDEVAL
Errázuriz 2120 - Valparaíso
E-mail: edeval@uv.cl

ANUARIO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL

2007

PONENCIAS EN SANTIAGO II

SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL



SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFÍA
JURÍDICA Y SOCIAL

DIRECTORIO
(2006 - 2008)

Fernando Atria, Antonio Bascuñán Valdés,
Rodrigo Coloma, Jesús Escandón Alomar, Joaquín
García-Huidobro Correa, Fernando Quintana
Bravo, Pablo Ruiz-Tagle, Agustín Squella Narducci,
y Aldo Valle Acevedo.

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social
tiene su domicilio en la ciudad de Valparaíso. La
correspondencia puede ser dirigida a la casilla 3325,
Correo 3, Valparaíso, o al correo electrónico
asquella@vtr.net

PRESENTACIÓN

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social presenta el número 25 de su *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, correspondiente a 2007, el cual contiene la totalidad de las ponencias hechas en comisiones con ocasión de la Segunda Jornada Chileno Argentina de Filosofía Jurídica y Social. Las ponencias se presentan según orden alfabético de sus autores.

Dicha Jornada tuvo lugar en 2006, en la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, y fue precedida, en 2004, por la Primera Jornada Argentino Chilena de Filosofía Jurídica y Social, que tuvo lugar en la Universidad de Buenos Aires.

El número 24 de nuestro *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, correspondiente a 2006, reprodujo la ponencia inaugural de la mencionada primera Jornada, así como las 12 ponencias que fueron hechas en sus sesiones plenarias. En ese mismo número 24 se contienen las nuevas normas editoriales del Anuario.

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social agradece a la Universidad Diego Portales por haber acogido la Jornada cuyas ponencias se presentan en este volumen. Agradece, asimismo, a las facultades de derecho del país que colaboraron con el presente número de nuestro Anuario, en especial a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso, en cuyo taller de imprenta, *Edeval*, fue impresa esta obra.

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

PONENCIAS EN COMISIONES

la razón práctica son, al mismo tiempo, los primeros principios de la ley natural. Al proceder así, el Aquinate vincula la idea aristotélica de primeros principios con la noción estoica de ley natural, en una notable armonización, que aunque no sea de Aristóteles es, sin embargo, aristotélica. Y si conocemos esos principios resulta claro que hay en nosotros algo que nos permite acceder a ellos, que es lo que Tomás llama *sindéresis*, tomándolo de Juan Damasceno. También podría haber llamado *nous* a ese hábito, siguiendo la terminología aristotélica, pero prefiere llamarlo de esa otra manera, ya que no se refiere al campo especulativo sino al práctico. La ley natural, según Tomás, no se agota, sin embargo en esos primeros principios auto-evidentes, sino que requiere de otros criterios, más particulares, que derivan de los anteriores y dan origen a reglas más concretas que nos permiten orientar nuestra conducta. Esos no son conocidos de modo necesario por quien haya alcanzado el uso de razón, sino que requieren de una cualidad intelectual que llamamos prudencia, particularmente cuando se trata de criterios que orientan la solución de los casos más difíciles, que no está directamente al alcance de todos los hombres, sino sólo de los sabios. El conocimiento moral no es, para el Aquinate, una tarea sencilla y por eso resulta muy explicable la diversidad de opiniones éticas que existen entre los hombres de diversas culturas.

Kuhn, por su parte, dice que no es necesario aceptar la teoría de la *sindéresis* para aceptar la interpretación tomista del pasaje de Aristóteles. Hasta cierto punto es verdad, si atendemos a la exégesis del texto mismo. Sin embargo, no hay que olvidar que el *iusnaturalismo* de Tomás de Aquino va mucho más que su comentario de esas líneas de la Ética, pues su idea del derecho natural va de la mano de una teoría de la ley natural, que le da sentido. Uno de los aportes de Tomás a la filosofía jurídica es, como se sabe, la distinción entre ley y derecho, que ha sido puesta de relieve por diversos autores a partir de los años sesenta del siglo pasado. Pero esta distinción resulta incompleta si no va acompañada por una diferenciación entre la ley natural y el derecho natural, tema que ha sido objeto de una escasa atención por parte de los estudiosos y que a nuestro juicio podría traer muchas luces sobre la filosofía práctica de Tomás de Aquino, evitando de paso algunas confusiones en que incurren incluso autores tan notables como Leo Strauss.

REFLEXIONES CRÍTICAS EN TORNO A LOS DERECHOS (SUBJETIVOS)

RICARDO GARRIDO ÁLVAREZ *

Para nadie es un misterio que la teoría de los derechos ocupa un lugar relevante en la teoría jurídica y política de las últimas décadas, el desarrollo de lo que se ha dado en llamar el derecho Internacional de los Derechos Humanos y su papel cada vez más relevante como criterio que fija la legitimidad de las políticas públicas de los Estados constituyendo un verdadero código de ética política ha sido la causa de un enriquecido debate acerca de la fundamentación racional de ese sistema (o de cualquier sistema de derechos), así como de un rol cada más creciente de consideraciones ético políticas en los debates sobre temas de interés público.

Si bien el desarrollo cabal de esta idea rebasa los límites de esta comunicación, el desarrollo teórico y filosófico relativamente pacífico de la idea de los derechos, cuando menos en términos estrictamente analíticos, (más allá de su fundamentación filosófica) está asociado a expectativas ideológico jurídicas acerca de la racionalidad de los derechos, las que a su turno están determinadas por el desarrollo histórico de los derechos particularmente por su origen liberal.

* Abogado de la Universidad de Chile, Profesor de Introducción al Derecho y Filosofía del Derecho en la Universidad de Atacama.

La idea de que la sociedad está integrada por individuos libres y racionales fue, en su tiempo, crucial para el desarrollo de los derechos y en cierta forma determinó el desarrollo posterior del concepto el que quedó circunscripto por la tesis liberal como una esfera de protección del individuo frente al poder del Estado, (parafraseando la terminología de Hobbes) una forma de evitar que el pastor se comiera a las ovejas).

La revitalización en nuestro tiempo de los derechos como noción sobre la que se articula una correcta convivencia política está, naturalmente vinculada a formas específicas de liberalismo sólo si se consideran los ejemplos prominentes de Rawls, Nozick y Dworkin, de ahí que la mayor parte de las críticas que se dirigen contra los derechos sean en verdad, (al menos la mayor parte) tesis antiliberales.

En términos estrictamente conceptuales, las diversas caracterizaciones de los derechos los conciben bien como intereses individuales o (grupales) dotados de protección jurídica, bien como facultades de exigir o liberar a alguien de realizar un determinado comportamiento o, sencillamente como una libertad de acción o permisión directa para actuar de una forma determinada.

No me propongo revisitar la, por demás añeja, discusión teórica que enfrenta a la teoría de la voluntad con la teoría del interés; en este punto sólo me interesa establecer que las más diversas caracterizaciones conceptuales en torno a los derechos resaltan su capacidad para dotar al individuo de una o más atribuciones jurídicas indisponibles que pueden hacerse valer frente a otros y en último término (y fundamentalmente) frente al Estado. En el paroxismo de estas conceptualizaciones se encuentra la posición de Dworkin según el cual afirmar que se tiene un derecho supone establecer para el individuo o (un grupo de ellos) una carta de triunfo que opera como un límite o umbral para otras consideraciones sociales valiosas. De este modo se ha llegado a afirmar que según esta tesis decir que los derechos favorecen el bien común es un enunciado auto-contradictorio.

El impacto de esta y otras conceptualizaciones similares no puede ser exagerado y por la vía del ascendente moral del derecho Internacional de los Derechos Humanos se ha hecho sentir en los más variados ámbitos. Uno de los más vistosos es de las políticas públicas vincu-

ladas a cuestiones de justicia distributiva. las que inicialmente parecían sino en las antípodas al menos como nociones claramente diferenciadas de las de derechos. Ahora se sugiere que una política de vivienda, de educación o de salud debe ser entendida como una cuestión de derechos económicos sociales y culturales, que de este modo las personas afectadas por estas políticas no son ya los destinatarios de las mismas sino titulares de derechos que deben participar en el diseño e implementación de éstas y que tienen por la vía de empoderamientos jurídicos específicos, como recursos administrativos o judiciales el control de las responsabilidades públicas que se siguen por la falta o errónea aplicación de las políticas¹.

No tengo intenciones de criticar esta curiosa extensión del uso de la voz derecho, la que, de muchas maneras supone formas de progreso moral en nuestras sociedades modernas. Sin embargo, no puedo dejar de preguntarme cómo es que la noción de derecho ha llegado a tener tal grado de prestigio ideológico y si la conceptualización de los derechos satisface todos los casos relevantes de su uso, así como no puedo dejar de preguntarme si el concepto de derecho subjetivo no contiene gérmenes de conflicto práctico cuando es llevado a ámbitos muy distintos de aquellos imaginados por la filosofía política que lo concibió.

Esto puede ser formulado de modo más simple y hasta más dramático ¿Pueden los derechos reclamar el título de concepto moral básico sobre la base del cual se articula nuestra convivencia política? Demás está decir que está más allá de mis posibilidades explicar si esto ocurre o no, pero al menos pueden ser presentadas algunas bases de reflexión en torno a estas perplejidades.

Desde luego, que una teoría analítica de los derechos subjetivos tendría que mostrar que no hay nada contradictorio entre los derechos y el bien común al menos en términos conceptuales y explicar usos extensivos del término que por algunas razón puedan, todavía ser alcanzados o comprendidos por la teoría respectiva.

1. Al respecto puede consultarse con provecho el trabajo de Víctor Abramovich, "Los derechos Económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos", En *Anuario de Derechos Humanos* 2005, editado por Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2005.

Uno de los intentos interesantes que conozco es el de J. Raz quien ensaya una reflexión sobre estos temas y que presenta en los siguientes términos: *de cualquier forma la idea de los derechos está fuertemente vinculada a la idea de que se trata de derechos individuales (y de que cuando un grupo o colectivo tienen derechos se los está tratando como individuos) para muchos esto puede ser interpretado como una señal de que el papel especial que juegan los derechos, sus función o significación en el pensamiento moral y político, consiste en que representan la concepción los intereses de los individuos frente al bienestar general o público o a los reclamos demandas o necesidades de los demás en general*².

No obstante lo anterior para Raz no hay nada que permita pensar que los derechos individuales no pueden ser considerados como la unidad básica de un sistema moral y jurídico y que la idea de que el conflicto entre el bien individual y el general es central para la comprensión de los derechos resulta una interpretación errónea de los rasgos superficiales de los mismos. Según este autor es perfectamente posible mantener el núcleo de significado liberal de los derechos y sostener que ellos contribuyen al bienestar general y de este modo que son el fundamento de la convivencia política de una sociedad liberal, ello se lograría a través de un refinamiento de la teoría del interés. La forma simple del argumento es la siguiente: típicamente, sostiene Raz, se tiene derecho a lo que es o a lo que debería ser, de interés para el titular. Por otra parte, es relativamente común que el valor de un derecho, la importancia que se le asigna, o la rigurosidad con la que debe observarse, no se corresponden con su valor para el titular. Dado que en términos generales, a lo que se tiene derecho es a un beneficio, a lo que es de interés o de valor para su titular, es plausible suponer que tal interés es la base del derecho, v.g. que la razón de dicho derecho, su justificación se encuentra en el hecho de que sirve a los intereses del titular. Pero en tal caso, también esperaríamos que la consideración o la importancia del derecho se correspondiera con la consideración o la importancia del interés a cuyo servicio se encuentra. Dado que esto, en la práctica, claramente no se da sería de esperar que las razones de los derechos o su justificación se relacionen con consideraciones distintas

2. J. Raz, *Los Derechos y el Bienestar individual en La Ética en el Ámbito Público*, editorial Gedisa, Barcelona, España, 2001, pp. 57 y ss.

de los intereses en cuestión. Pero ello es necesariamente así? A decir verdad según Raz el interés de una persona se interpreta como aquello que es bueno para ella, y la noción de una buena vida para una persona está estrechamente conectada con la noción de la vida que una persona desearía de la cual estaría orgulloso o conforme, una vez que se comprende de esta manera la noción de bienestar individual, podemos afirmar que los derechos están siempre al servicio de sus titulares. Sin embargo existe una importante cuestión que según Raz sigue pendiente y es el hecho de que la importancia del derecho es algo muy distinto de la importancia del interés que lo fundamenta³.

Este tipo de dificultades ha llevado a algunos autores como Sen a entender que los derechos tienen valor por algo distinto del interés que los fundamenta y que de hecho son independientes de ese interés⁴.

De acuerdo con Raz una comprensión más completa y sutil de los intereses del titular eliminaría la preocupación sobre la aparente discrepancia. Uno de los argumentos comunes para estrechar la brecha aparente entre el valor de los intereses hace referencia a que los derechos pertenecen al nivel básico del pensamiento práctico en el cual utilizamos normas de aplicación simple, mientras que los intereses protegidos por los derechos se refieren a un nivel más fundamental del pensamiento en el cual se establece la justificación para las normas del nivel superior.

Luego explora tres de las principales razones por las que a su juicio los derechos trascienden en importancia a la importancia del interés que le da origen y que explican porqué tenemos derechos sobre determinados intereses y sobre otros no.

3. De hecho es muy posible que yo tenga derecho a una cosa que no me interesa o bien que dos personas tengan interés en alguna cosa respecto de la cual sólo uno de ellos tiene derecho.

4. En todo caso Raz sugiere que si ese fuera el caso los derechos nunca estarían justificados. *Si la moral fuese un sistema hipotético deductivo diseñado para generar los juicios morales de las personas, la concepción de Sen podría llegar a ser aceptable. Es posible que la mayoría de los juicios morales comunes a nuestra sociedad puedan derivarse de un sistema axiomático que consista en principios separados de promoción de intereses y de protección de los derechos. Pero la moral se parece mucho más a un sistema de razonamiento o una red de conexiones inteligibles entre ideas conexas.*

El primero de estos argumentos es la libertad, según Raz, el interés del titular en la libertad en ser capaces de controlar un segmento de nuestro entorno a voluntad. Por ejemplo mi derecho a una cosa poco valiosa (o que no me interese como tal cosa) se explica no sólo por el valor de la cosa misma sino también por que expresa mi deseo de decidir si conservo o destruyo esas cosas independientemente de su valor para mí.

El segundo argumento es el interés del prójimo, una gran cantidad de derechos se justifican más allá del interés del titular en el mismo porque al mismo tiempo benefician a otras personas. El derecho de una mujer embarazada a no ser encarcelada se justifica más porque beneficia a su hijo aun cuando en términos estrictos se trate de un derecho exclusivo de la madre. Esto ocurriría igualmente, con una gran cantidad de derechos de la seguridad social. De este modo el interés del titular aparece sólo como una parte de la razón que justifica muchos de los derechos⁵.

Por último una de las razones más relevantes por las cuales determinados intereses son derechos es porque determinadas cosas que nos interesan al mismo tiempo contribuyen al interés general. Y este sería el más sólido y fuerte argumento en torno a la justificación de los derechos respecto de aquello que nos interesa en la medida en que muchos de nuestros más preciados derechos civiles y políticos en las democracias liberales se justifica por el hecho de que están al servicio del interés general o común. Dice Raz que *cuando se exige que las personas realicen sustanciales sacrificios en el nombre de uno de los derechos civiles y políticos fundamentales de los individuos, no es porque en algunas cuestiones el interés de los individuos o el respeto debido al individuo prevalezca sobre el interés de la colectividad⁶ o de la mayoría. Se trata de que,*

5. Este argumento operaría circularmente ya que la protección del prójimo en ciertos casos (precisamente en los casos en que se lo califica como derecho) aumentaría la satisfacción de nuestro propio interés, dice Raz: *el éxito de las personas en lograr relaciones valiosas contribuye a su propio bienestar. Tener derechos diseñados para el beneficio de nuestros hijos, cónyuge o padres nos ayuda en la conducta de nuestras relaciones con ellos.* Raz Op. Cit. Pág. 64.

6. Obsérvese la referencia a Dworkin.

al proteger el derecho de tal individuo se protege al bien común y por lo tanto se sirve al interés de la mayoría⁷. Desde luego que entre los múltiples ejemplos posibles el de la libertad de expresión sería el paradigmático.

Algunos ámbitos controversiales

Hasta aquí Raz nos presenta las razones que explican la importancia de los derechos más allá del interés individual que le sirve de fundamento, pero no explica en ningún caso por qué los derechos son más importantes que el interés común precisamente en los casos en que se enfrenta con él. Sin analizar algunas afirmaciones controversiales de Raz como aquella que hace equiparable el interés común con el mayoritario me parece que la tesis más bien refuerza que matiza la posición de los derechos como categoría individual destacando su carácter marcadamente liberal. De hecho, el argumento se hace más fuerte precisamente a propósito de importantes derechos civiles como la libertad de expresión.

Creo que lo más grave es que siguen sin respuesta algunos de los cuestionamientos iniciales. Sólo puedo presentar algunos ámbitos problemáticos a propósito de los cuales se insinúan algunos problemas de la noción de derecho para articular un sistema de justicia social plausible en todos los aspectos que el término comprende.

El caso del Derecho Internacional de los Derechos Humanos

El desarrollo histórico del derecho Internacional de los Derechos Humanos es, como se sabe, de reciente data y se remonta a la situación de guerra fría que siguió a la segunda guerra mundial. Lo mismo que su antecedente histórico e ideológico inmediato (las declaraciones liberales coetáneas y posteriores a la revolución francesa) el sistema internacional de los Derechos Humanos estuvo condicionado políticamente, tanto, que parece un hecho indubitado que su concepción misma estuvo inspirada en el deseo de establecer una especie de

7. Raz. Op. Cit. Pág. 66.

código de ética política de carácter universal. Así, desde un punto de vista político, los derechos humanos nacen como una respuesta contingente y concreta a un acontecimiento monstruoso como el Holocausto. Esto determinó las características de su desarrollo teórico posterior que estuvo marcado por un extraordinario consenso universal basado en el repudio generalizado (se diría universal) al plan demencial de aniquilación masiva de un pueblo. Lo anterior permitió un desarrollo normativo cuantitativamente significativo de los derechos humanos e implicó el carácter relativamente pacífico de su evolución conceptual. El debate posterior sobre el fundamento de los derechos humanos se orientó, de este modo, sobre un plano filosófico metafísico que permitiera afirmar su existencia y legitimidad, con independencia no sólo del reconocimiento de los gobiernos, sino también de la propia sociedad. En este contexto, la noción de los derechos humanos como inherentes a la condición humana, si bien permitió contrarrestar las tendencias negativas provenientes de concepciones vinculadas a una percepción exacerbada de la soberanía sirvió también para debilitar la riqueza del debate acerca de la justificación de los derechos humanos⁸.

En el contexto de la guerra fría las tensiones del debate académico y político sobre los derechos humanos estuvo marcada por la discusión en torno a la preeminencia de los derechos civiles y políticos y los derechos económicos y sociales como un frente más en que se libró la disputa entre los países industrializados de occidente y el bloque socialista.

El término de la guerra fría, entonces, con el matiz desideologizador que supuso, terminó por consolidar el consenso en torno a la relevancia del sistema jurídico internacional de los derechos humanos. Ello trajo como consecuencia la intensificación de lo que suele denominarse la dimensión programática de los derechos humanos⁹. Esta

8. Parar un desarrollo más cabal de esta idea puede consultarse el artículo del profesor argentino Emilio García Méndez *Derechos Humanos: Origen, Sentido y Futuro: reflexiones para una nueva agenda*, En: Revista de Derechos del Niño, Editado por la Universidad Diego Portales y UNICEF, Santiago de Chile, 2004 12 pp.

9. E. García Méndez. Op. Cit., p. 141.

dimensión programática se identifica en la incorporación de organismos de diverso alcance geográfico y competencia temática de la semántica como de las formas de los desarrollos políticos en materia de derechos humanos, por una dimensión agregativa del repertorio de derechos y sus mecanismos de protección y ha estado caracterizada por la pretensión totalizadora, ahistórica, pragmática, indiscutible (*mainstream*) de los derechos humanos expresada en la búsqueda de una agenda completa e integral en esta materia.

La importancia de este proceso es difícil de exagerar y no puede desconocerse el progreso moral que ha supuesto al redefinir el marco epistemológico en el cual se formulan las políticas públicas y se promueve el cambio legislativo en las democracias liberales occidentales.

Sin embargo, todo lo anterior contribuyó, también, a acentuar la uniformidad del desarrollo conceptual en materia de derechos humanos que ya era característico del periodo de la guerra fría. La emergencia de un mundo aparentemente unipolar quedó reflejada en una retórica uniforme a partir de la cual se evalúa la legitimidad del ejercicio de la política de los Estados¹⁰.

Esto ha dado como resultado la pretensión totalizadora e indiscutida de la agenda programática de derechos humanos ha vaciado lentamente de contenido la propuesta política y académica original de los DD.HH. Esto es bien patente v.gr. en el modo en que terminó por resolverse la discusión entre los Derechos CP (civiles y políticos) y los derechos ECS (Económico sociales) que era característica de la guerra fría. Hoy por hoy se reconoce que unos y otros son *idénticamente* importantes llegando a lo que uno denomina consenso por agregación en la pretensión de una agenda completa e integral. Uno podría preguntarse si esto no ha terminado por afectar la relevancia de los derechos civiles y políticos que parecía tan establecida. La comparación re-

10. Pueden encontrarse múltiples manifestaciones de este tipo de concepciones acerca de los derechos humanos que además proviene del mismo contexto de los órganos de protección, así Pedro Nikken, ha dicho que *el reconocimiento de los derechos humanos como atribuciones inherentes a la persona, que no son una concesión de la sociedad ni dependen del reconocimiento de un gobierno*, Véase Pedro Nikken *El concepto de Derechos Humanos*, Serie estudios de Derechos Humanos, del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1994.

currente en este aspecto es que si todo es derechos humanos (incluso situaciones que no implican responsabilidad para el Estado) nada es derechos humanos del mismo modo que cuando todo es prioritario, nada es prioritario. La pretensión totalizadora resulta así en un eufemismo que oculta una agenda políticamente inocua. En similares términos, conviene considerar que resulta paradójal que mientras se¹¹ extiende el elenco de derechos sociales y económicos se acrecienta la violación de los derechos políticos más básicos. Esta situación se ve favorecida por el carácter ambiguo de la dimensión programática de los derechos humanos en relación con los debates académicos más enco-

Esto que constituye, de suyo algo preocupante lo es todavía más tratándose de nuestros países. Como dice el profesor argentino Emilio García Méndez: *"Esta colonización burocrática del discurso de los derechos humanos ha tenido un profundo (y desigual) impacto sobre la práctica y los desarrollos conceptuales, muy especialmente, en los países del¹² sur del planeta. En este último caso, la fragilidad, cuando no la inexistencia de centros autónomos de conocimiento, ha incrementado la eventual dependencia teórico-cultural de organismos internacionales, sobre todo de aquellos específicamente que más han contribuido a la reformulación conceptual de la cuestión de los derechos humanos. Como resultado, nada que pudiera parecerse a una perspectiva crítica ha surgido en estos últimos años"*¹³.

11. Algunos autores han puesto de manifiesto que la incorporación al plano de los derechos, de aspectos antes considerados como exclusivos de la política social, posee la extraordinaria ventaja de su justiciabilidad, pero aún cuando ello sea rigurosamente cierto, no lo es menos que la acción individual de la justicia para el cumplimiento efectivo de prestaciones de la política social, puede convertirse no sólo en fuente de reproducción ampliada de desigualdades sociales (vía la desigualdad en el acceso a la justicia, sino en el otorgamiento indeseado de legitimidad para gobiernos en que tales prestaciones sólo se obtienen para muy pocos por esta vía. Al efecto véase Emilio García Méndez, *Derechos Humanos: Origen, sentido y Futuro: reflexiones para una nueva agenda*, en Revista de Derechos del Niño, UDP y UNICEF, N° 2, Santiago de Chile, 2003, 23 p. También Abramovich y Courtis en *Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles*, Ed. Trotta, Madrid, p. 42.

12. García Méndez, cit. p. 141.

13. García Méndez, Ob. Cit. p. 145.

Bien puede decirse, en este sentido, que la expansión del elenco de derechos ha contribuido no poco a trivializar la importancia que estos tienen como estándar que fija el sustento de legitimidad de la actividad Estatal.

Es bien claro que la tendencia a usar extensivamente (cuando no abusivamente) el término Derechos Humanos para predicarlo a cualquier clase de fenómenos no es nuevo y ha sido estudiado por la filosofía analítica y los teóricos del derecho desde hace décadas quienes han destacado este fenómeno que provienen de la fuerza emotiva de término, característica que comparte con otros términos como democracia, constitución, justicia social, etc. Lo que llama la atención es que esto haya comenzado a traducirse en la praxis de los operadores del sistema internacional.

Creo que lo que muestra la breve reseña de la evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que se ha hecho en los párrafos anteriores es la razón por la cual el término derecho en el contexto de los derechos humanos ha permitido una especie de reconstitución moral que ha abierto el camino para la configuración de un sistema moral fundado en la idea de derecho. Lo que no puede dejar de ser observado es que este proceso no deja de plantear dificultades acerca del uso del término derecho en todos los ámbitos políticos relevantes porque no puede pasarse por alto que este uso se ha servido de lo que en cierta medida se puede considerar el patrimonio teórico del concepto de derecho subjetivo, esto es la idea de que si alguna dimensión valorativamente importante es *derecho* su contenido se torna, en cierta forma, indisponible para las autoridades políticas, convertir algún tema político en un tema de derechos fundamentales implica de alguna manera sustraerlo del debate político¹⁴.

14. No son pocos los teóricos que han insistido en esta línea, además de Dworkin naturalmente, creo contra lo que el propio García Méndez sostiene que Norberto Bobbio fue uno de los principales impulsores de esta idea y pienso que su concepción acerca de las características del desarrollo histórico de los derechos humanos estaban orientadas a dotarlos de una dialéctica que los situaba más allá de la contingencia política de algún estado en particular. Creo que en este punto es muy apropiada la referencia a John Gray que formula García Méndez: *Convertir un tema*

Adicionalmente, los derechos proyectan un problema teórico no sólo a propósito de su trivialización sino también en relación con las consecuencias prácticas de concebir un determinado tema como derecho, lo que ciertamente obliga a considerar ciertas soluciones institucionales controvertidas que se seguirían de su condición de derechos. En este sentido, se espera que un tema propio de la política social adquiera un mayor grado de protección jurídico institucional, cuando se lo convierte en derecho en términos prácticos la categoría de derecho tienen la ventaja de su justiciabilidad. Sin embargo es conveniente que, como se ha puesto de manifiesto esto puede convertirse en fuente de reproducción ampliada de desigualdades sociales si considera la desigualdad en el acceso a la justicia¹⁵. Ello no sólo se deduce de considerar cuestiones institucionales y/o estructurales sino que sería una consecuencia de las características analíticas de los derechos que, se entiende siempre serían correlativos de obligaciones o que conceptualmente están asociados a la facultad de exigir o posibilidad de demanda¹⁶.

político profundamente conflictivo desde el punto de vista moral en un tema de derechos fundamentales, es convertirlo en no negociable. Los derechos al menos como ellos son entendidos en la escuela contemporánea dominante de la jurisprudencia anglo americana, resultan adjudicaciones incondicionales. Es justamente por esta razón que el derecho no permite que temas altamente conflictivos puedan ser objeto de compromisos legislativos. [En el campo del derecho] las posibilidades son sólo de victoria o rendición incondicional. La cuestión del aborto en EE.UU. donde el tema es tratado como un asunto de derecho constitucional en vez de como un problema de (política legislativa), constituye el más claro ejemplo de un asunto conflictivo que se ha transformado todavía en más peligroso para la paz social desde que elevado a problema de derecho constitucional y de teoría de los derechos" J. Gray, Enlightenments wake. Politics and culture at the close of the modern age. Routledge, Londres-Nueva York, 1997, p.22. citado y traducido por García Méndez cit. p. 149.

15. Acerca de este tema puede consultarse el trabajo de V. Abramovich y C. Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Editorial Trotta, Madrid, p. 42.

16. Estoy muy conciente de que las posibilidades analíticas son más numerosas que las gruesamente aludidas. pero creo que lo descrito resume el contenido de las posiciones más influyentes y que, en cierto modo, están vinculadas a nuestras conocidas teorías del interés o la voluntad o si se prefiere una alusión a otras tradiciones culturales *the Benefit Theory o Choice Theory*.

Todo lo anterior sin considerar ámbitos completos para lo que suele denominarse la perspectiva de derecho resulta por lo menos problemática. Sólo por citar un ejemplo puede mencionarse el caso del derecho de familia. Grandes áreas de lo que tradicionalmente se consideró el derecho de familia han sido reconceptualizadas desde una perspectiva de derechos a partir de contenido de instrumentos internacionales como la Convención Internacional de Derechos del Niño, ello ha obligado a rediseñar los espacios institucionales en que las controversias familiares tienen lugar¹⁷. El tema merece un desarrollo más cabal y ciertamente aparte, pero desde luego, la lógica de los derechos introduce varios cuestionamientos en torno a si la lógica adversarial que, conceptualmente hablando, enfrenta derechos de los hijos con intereses y deberes de los padres es la más apropiada para resolver los problemas que enfrenta la familia¹⁸. En principio estas cuestiones deberían

17. Este es por lo menos el caso chileno desde la ratificación del aludido instrumento a comienzos de la década del noventa, Chile ha emprendido una serie de cambios, entre los que se cuenta la aparición de un nuevo sistema de justicia de familia. El caso de la familia y, particularmente el de la infancia, se considera en nuestro país uno de los casos emblemáticos de los que intentan una redifinición de las políticas públicas hacia un sistema de derechos. Para usar la terminología de Abramovich, nuestro país experimenta el tránsito de una política en que los niños en situación irregular eran considerados los destinatarios de la política pública hacia un sistema en que los niños son titulares de derechos. Esto tendría por lo menos las consecuencias que Dworkin dice que se dan en estos casos: el sistema deja de estar orientado hacia ciertos niños (los de situación irregular) tornándose universal y el factor tiempo se vuelve irrelevante (desde que el tema es una cuestión de derechos la política debe ser permanente). Adicionalmente como diría Abramovich la política debe contar, al menos, con la participación de sus propios destinatarios (en este caso los propios niños) y además debe concedérsele a éstos recursos directos y propios (no a sus padres) para hacer efectivos los derechos de que son titulares.

18. Existe una gran cantidad de autores que han puesto de manifiesto que la familia fue, históricamente, un aspecto de la vida social excluido de la regulación oficial del Estado. Que la preocupación política por la regulación de las relaciones derivadas del matrimonio es algo que se consolida, precisamente, en la época en que el Estado-Nación Ilustrado busca su afirmación como organización política y sostiene pretensiones totalizadoras de la regulación de los ámbitos de la vida humana. Véase el estudio de la profesora de la Universidad de Harvard, Mary Ann Glendon en *El Derecho de Familia* publicado por el Centro de Estudios Públicos, 2002.

resolverse siempre en favor de los derechos e intereses de los niños que se declaran como *superiores*¹⁹.

Algunas palabras finales

La progresiva importancia que tiene una cultura de los derechos en nuestro modo de vida y particularmente, en nuestra organización política y jurídica es algo que debe ser considerado una conquista humana preciosa. Sin embargo es nuestro deber estar atentos a explorar las implicaciones teórico filosóficas que permitan dotar de un fundamento sólido a esta cultura y que impida la trivialización de los contenidos de dichos derechos, particularmente de aquellos que suponen actos de justicia distributiva. No estoy seguro de cual sea la solución correcta pero tiendo a pensar que la justicia es una construcción humana y que, en consecuencia, debe prestar atención a la complejidad de esa experiencia. Creo que lo que afirma Michael Walzer a propósito de la teoría de la justicia es válido para una teoría de los derechos, sus *"preguntas consienten una gama de respuestas, y dentro de esa gama hay espacio para la diversidad cultural y la opción política. No es sólo cosa de aplicar un principio singular determinado o un conjunto de principios en momentos históricos distintos. Nadie negaría que hay una gama de aplicaciones morales permisibles"*²⁰.

19. Es claro que esto no es lo que necesariamente ocurre. Por otro lado, no se me escapa que las soluciones que el sistema ofrece son más complejas y, hasta cierto punto, no necesariamente insatisfactorias, simplemente quiero sugerir que la lógica de los derechos proyecta consecuencias indeseables desde la definición de los que los derechos son.

20. Michael Walzer, *Las Esferas de la Justicia. Una defensa del Pluralismo y la igualdad*. Edición Fondo de Cultura Económica, México, 1993. De hecho, tiendo a pensar que la solución de para algunas de la interrogantes que planteo en este breve trabajo se encuentran en la tesis de Walzer sobre la igualdad compleja que *los principios de justicia son en sí mismos plurales en su forma; que bienes sociales distintos deberían ser distribuidos por razones distintas, en arreglo a diferentes procedimientos y por distintos agentes; y que todas estas diferencias derivan de la comprensión de los bienes sociales mismos*. Pero esto es, naturalmente materia de otra reflexión.

EL ESTADO DE LA INTERPRETACIÓN, APLICACIÓN Y EFICACIA DE LAS NORMAS DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN CHILE

PAULINA GÓMEZ BARBOZA

I. EL DERECHO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Pluralidad de normas

La Segunda Guerra Mundial fue la que hizo percibir a la comunidad internacional la necesidad de crear un sistema para proteger a los seres humanos de los abusos de sus gobernantes y prevenir la ocurrencia de violaciones tan horrendas como las que se habían producido durante el transcurso de la guerra. Así como el orden legal de cada Estado tenía normas de protección para sus habitantes frente a los posibles daños que pudieran sufrir por actos cometidos por otros habitantes, la comunidad internacional crea un sistema que protege a los individuos del exceso en el ejercicio del poder por parte de los gobernantes, ya que no existe otra alternativa para ampararse frente a los actos del Estado. Se estimó que el sistema que se creara debía partir de la premisa del carácter universal de los derechos humanos y debía contener un catálogo de los mismos, obligaciones de los Estados con relación a este catálogo y mecanismos de control a cargo de órganos internacionales que velarían por los derechos humanos determinando cuán-