

***Ubi Ius, Ibi Remedium?* LA RELEVANCIA JURÍDICA DE LOS DERECHOS HUMANOS**

Fernando Atria L.*

Todo lo que no puedes hacer, tu dinero puede hacerlo por ti; puede comer, beber, ir al baile y al teatro. Puede adquirir arte, conocimientos, tesoros históricos, poder político; puede viajar.
K Marx, *Manuscritos Económico-Filosóficos* (1848)

Un juez socialista es una contradicción in terminis
F v. Hayek, *Law, Legislation and Liberty* (1973)

¿Cuál es la relevancia que para el derecho deben tener los derechos humanos? Hoy parece haber consenso sobre este punto: si reconocemos la importancia fundamental de los derechos humanos necesariamente debemos reconocerles eficacia jurídica directa, es decir, luchar porque sea posible, siempre y en todo caso, reclamar jurídicamente de cualquier cosa que califique como ‘violación’ de los derechos humanos. Es cierto, hoy hay discusión sobre si los órganos llamados a proteger los derechos humanos (en su manifestación jurídica, esto es, las garantías constitucionales del artículo 19 de la Constitución) son los más adecuados, si su integración no debería ser corregida, etc. Pero la relación entre operatividad jurídica y reconocimiento de los derechos humanos parece ser en Chile un punto pacífico. Los abogados parecen haber impuesto su modo de entender la idea de derechos: *ubi ius ibi remedium*. donde hay derecho hay acción. Sólo si hay eficacia jurídica directa de los derechos humanos podemos decir que los derechos humanos son reconocidos en una comunidad política determinada.

Aquí quiero ensayar una respuesta distinta a la pregunta inicial. Quiero explicar porqué la captura de los derechos humanos por los abogados y su modo de pensar es un hecho que quienes creemos en los bienes que esos llamados ‘derechos’ protegen deberíamos lamentar. Estoy consiente que esto será impopular para los abogados, tan impopular como decirle a los médicos que en el debate sobre, *e.g.* el aborto o la eutanasia ellos no tienen una voz privilegiada, o decirle a los economistas que en el conflicto entre distribución y crecimiento la de ellos es simplemente una voz más. Pero en todos estos casos el reclamo debe ser el mismo: hay ciertas cosas que nos corresponden como ciudadanos, y que ni abogados, ni médicos, ni economistas, pueden decidir por nosotros.

Para mostrar esto es necesario separar la paja del trigo, porque *hay* algo de verdad en la afirmación del abogado. Por eso, entonces, intentaré explicar cuál es el sentido y los supuestos en que la idea del abogado: *ubi ius ibi remedium*, es correcta (sección 2). Ello me

* Licenciado en Derecho, (*Universidad de Chile*); PhD (*Edin*); Profesor Asistente de Derecho, Universidad de Talca. La investigación de la que este texto forma parte ha sido financiada por FONDECYT (proyecto 1010461). Mis agradecimientos también a los participantes en el curso “Temas actuales de derecho civil” del magister en derecho de la Universidad de Talca, con quienes pude discutir, con mucho provecho, algunos aspectos del argumento de la sección 3.

permitirá mostrar por qué la verdad de esta afirmación no alcanza a los derechos humanos (secciones 3-4). Luego voy a explicar las razones por las cuales creo que juridificar los derechos humanos es un error (secciones 5-6). El argumento será, reducido a sus características esenciales, que el derecho no puede ser neutral; el derecho maneja categorías y conceptos que, aunque flexibles, no son infinitamente maleables. Hay bienes que no pueden ser juridificados. Al juridificar los derechos, estos bienes necesariamente quedan afuera, y sus defensores son silenciados sin que el derecho note que son silenciados.

Lo que llamaré la ‘juridificación’ de los derechos humanos será el blanco de mi crítica, por lo que es conveniente aclarar el significado de esta idea. Ni la palabra ni el concepto son novedosos, y tienen una ya larga historia en la sociología del derecho. Su origen se encuentra en la Alemania de Weimar, donde surgió como parte de la denuncia, por parte de abogados radicales, de la petrificación del conflicto de clase provocado por la legalización de las relaciones laborales.¹ Luego fue popularizado por Jürgen Habermas, quien la utilizó para referirse al proceso por el cual contextos de conflicto social espontáneo son progresivamente sometidos al derecho.² El uso que daré al concepto tiene afinidad con esto, pero no es idéntico. Al hablar de la ‘juridificación’ de los derechos humanos me referiré tanto a la generalización de la idea de que el modo principal de expresión del compromiso social con los derechos humanos es el derecho, como a los resultados que la generalización de esta idea produce en el derecho y la política. Juridificar los derechos humanos es creer que el nivel de compromiso con los derechos humanos que una sociedad exhibe está directamente relacionado al grado de permeabilidad del derecho de esa sociedad a lo que el artículo 5º de la Constitución llama ‘los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana’³.

La precisión es importante porque hay un sentido obvio, y por consiguiente trivial, en el que los derechos humanos son relevantes para el derecho. Hoy justificaríamos la existencia del tipo penal del homicidio invocando la necesidad de protección del derecho a la vida, y la penalización del tipo de amenazas condicionales por el derecho a la libertad. Por supuesto que mi argumento no implica que estas conductas deban ser despenalizadas. Es a la idea diferente, mucho más radical, de que si algo es reconocido como un derecho humano es bueno y deseable que ese algo reciba operatividad jurídica completa y directa, a la que quiero invitarlos a mirar con escepticismo.

¹ Véase Teubner, ed., *Juridification of Social Spheres* (Berlín: De Gruyter, 1987).

² Véase generalmente, Christodoulidis, *Law and Reflexive Politics*, p 97 (Dordrecht: Kluwer, 1998). El texto de Christodoulidis es lectura obligada para cualquiera que encuentre interesante el argumento defendido en este texto.

³ Un ejemplo (extremo) de juridificación es el de Abramovich y Courtis, quienes afirman que “aunque un Estado cumpla habitualmente con la satisfacción de determinadas necesidades o intereses tutelados por el derecho social [...] ningún observador podría afirmar que los beneficiados por la conducta estatal gozan de ese derecho como derecho subjetivo hasta tanto verificar si la población se encuentra en realidad en condiciones de demandar judicialmente la prestación del Estado ante un eventual incumplimiento”. Abramovich y Courtis, *Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles*, p. 37 (Madrid: Trotta, 2002). Los autores no consideran que la calidad y accesibilidad de la prestación recibida sea relevante al momento de determinar si una persona goza del derecho: lo único que sería relevante sería determinar la existencia o no de una acción que permita llevar el caso a un juez.

2

¿Por qué podría uno pensar que es bueno e importante juridificar los derechos humanos? La respuesta debe comenzar con una caracterización de la diferencia entre la política y el derecho. Esta caracterización es lo que Judith Shklar llamó “legalismo”:

la política es considerada no sólo como algo aparte del derecho, sino que inferior al derecho. El derecho tiende a la justicia, mientras que la política mira solamente a la conveniencia. El primero es neutral y objetivo, mientras la segunda es la hija descontrolada de intereses e ideologías.⁴

Los derechos humanos representan límites a través de los cuales los ciudadanos pretenden mantener a raya el Leviathan. Por consiguiente la determinación del contenido y la protección de esos límites no puede quedar entregada al Leviathan mismo. *Ergo*, juridificación. La juridificación parece ser la única manera de garantizar los bienes que justifican los derechos humanos, porque es la única manera de asegurar la sujeción de la conveniencia a la justicia, de la ideología a la neutralidad, de los intereses sectoriales a la objetividad, de la política al derecho.

Me interesa dar un juicio justo a esta posición, por lo que necesitaremos detenernos en la visión de los intereses y las reglas que ella supone. Para esto qué mejor que tomar como ejemplo los dichos de uno de los autores chilenos más destacados, Carlos Peña:

Si la constitución es el conjunto de reglas y principios con arreglo a los cuales se establecen los fundamentos y límites del poder, entonces la interpretación de la constitución es clave en el funcionamiento del sistema político. Los tribunales constitucionales —o, más generalmente, los sistemas de justicia constitucional— son, así, garantía de la sujeción de la política al derecho.⁵

¿Cuál es el *significado* de esta afirmación? Supongo que podríamos usar la analogía del mercado: si el Código Civil contiene el conjunto de reglas y principios según los cuales el mercado debe regularse, la interpretación del Código Civil es crucial para el funcionamiento del mercado. Las cortes civiles (o, hablando en términos generales, los sistemas de jurisdicción civil) garantizan la sujeción de las relaciones de mercado a la ley. Mi propósito al utilizar esta analogía es demostrar que la afirmación de Peña supone un modo especial en que las reglas, los intereses y las prácticas pueden interactuar, un modo especial que puede verse de forma especialmente clara y transparente en el caso del mercado y sus reglas.

La regulación de las relaciones de mercado por las reglas y principios del Código Civil pretende asegurar un contexto en el cual los agentes puedan perseguir sus propios fines. La razón por la cual la regulación es necesaria es que los mercados son instituciones expuestas a situaciones del tipo *dilema del prisionero*: cada agente prefiere que el mercado funcione de acuerdo a ciertas reglas, pero cada uno de ellos tiene un fuerte incentivo para desviarse de esas reglas, si las circunstancias lo permiten.⁶ Si el mercado que estamos

⁴ Shklar, *Legalism*, p 111 (Cambridge, MA: Harvard University Press, ed rev 1986; ed orig 1964).

⁵ Peña, *Práctica Constitucional y Derechos Humanos*, p 198 (Santiago: Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, s.f.).

⁶ Para una explicación particularmente accesible del dilema del prisionero y las estrategias para enfrentarlo, véase Dawkins, *The Selfish Gene*, cap 12 (Oxford: Oxford University Press, 1989, ed orig 1976).

considerando es tal que el auto-control no es posible (por la opacidad de la información, los costos que implica rastrear el comportamiento pasado de los agentes, u otros), no será satisfactorio para los agentes dejar que cada uno decida cuáles van a ser sus acciones.⁷ Tratándose de estas reglas,

puede ser necesario hacerlas obedecer, porque, aunque sería en el interés de cada uno violarlas, el orden general necesario para el éxito [de las acciones de cada uno] se mantendrá sólo si esas reglas son respetadas.⁸

Esto significa que las reglas del Código Civil, aunque basadas en el interés racional de los agentes, por lo menos se presentan a sí mismas como independientes del mismo. Esto es característico de reglas que cumplen la función de superar problemas de dilema del prisionero. Esto explica el sentido en que es correcto decir que

El derecho, en general, está constituido por una serie de normas que no son otra cosa que dictados del buen sentido, de la sana y simple razón. Habitualmente, las soluciones que formula el Código Civil no son otras que las que aconseja la lógica y un elemental sentido de decencia y de decoro. Cualquier hombre sensato resolvería un problema jurídico con el mismo acierto con que, de antemano, está resuelto en el articulado del Código.⁹

Estas reglas pueden ser usadas por individuos para conseguir cualquier objetivo que quieran perseguir, por lo que ellas deben ser

aplicables a un número desconocido e indeterminado de personas e instancias. Ellas deberán ser aplicadas por individuos a la luz del conocimiento y los propósitos de cada uno, y su aplicación será independiente de cualquier propósito común, que el individuo no necesita conocer.¹⁰

Como estas reglas deben solucionar problemas de dilema del prisionero, esto es, situaciones en las cuales cada uno de los individuos tiene interés en mantener la práctica, pero tiene también interés en desertar, es crucial que ellas sean independientes de la manera en que cada individuo entienda que sus intereses son servidos en el caso concreto. Esto quiere decir que la interpretación y aplicación de esas reglas no puede quedar entregada a los mismos individuos, pues esto reproduciría el dilema del prisionero a nivel de la aplicación e interpretación del derecho. Por esta razón la idea legalista de *ubi ius, ibi remedium* es tan obvia y adecuadamente aplicable a las reglas del derecho civil.

La existencia de las reglas es lo que va en el interés racional de los individuos. Por consiguiente, hay un sentido importante en el cual los individuos no sufren pérdida alguna de libertad por someterse a esas reglas: la libertad *consiste en* sujeción a ellas.¹¹ Pero esto se debe, en una medida importante, al hecho de que todo lo que es importante y significativo para los ciudadanos está fuera del mercado (en el sentido de que existe independientemente). Algunos ejemplos importantes son los compromisos religiosos, el

⁷ Axelrod, *The Evolution of Cooperation* (New York, NY: Basic Book, 1985). Axelrod muestra que de todas las estrategias que han sido consideradas para enfrentar situaciones de dilema del prisionero la vencedora es *tit-for-tat*: coopera la primera vez, luego haz lo que haga tu contraparte. Pero en mercados realmente existentes los costos de rastrear el comportamiento pasado de los sujetos pueden ser extraordinariamente altos salvo en casos especiales (e.g. DICOM).

⁸ Hayek, *Derecho, Legislación y Libertad*, vol i *Normas y Orden*, p 84 (Madrid: Alianza, 1994; ed orig 1978).

⁹ Pescio, *Manual de Derecho Civil*, vol i, p 11 (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1978).

¹⁰ Hayek, *Normas y O, cit*, p 92.

¹¹ *Id.*, p 95.

amor, las relaciones familiares y la amistad.¹² Cuando descienden desde sus paraísos privados al mercado mundano, los individuos lo hacen guiados por su interés en maximizar sus intereses *ya formados*.

Lo que quiero sostener es que la juridificación de las relaciones sociales puede ser una solución adecuada cuando de lo que se trata es de solucionar problemas del tipo del dilema del prisionero, pero que en otros casos juridificar puede ser seriamente desventajoso. Pero para ver esto deberemos mirar más cuidadosamente cómo es que el derecho soluciona el dilema del prisionero.

3

¿Serás tú tan confiable y desprendido como eres ahora cuando llegue el momento en que debas cumplir tus obligaciones y entregarme la cosa comprada? La respuesta a esta pregunta es contingente, es decir, puede ser 'sí' o 'no'. Por eso, yo no intercambiaré contigo nada que no me entregues en el acto a menos que tenga alguna manera de reducir esa contingencia. El problema aquí es que tú y yo nos encontramos en el círculo de la *doble* contingencia: yo cooperaré contigo si tu cooperas conmigo, pero tú cooperarás conmigo si yo coopero contigo. En otras palabras, lo que yo haré depende de lo que tú harás, pero lo que tú harás depende a su vez de lo que yo haré. Antes de que yo decida como actuaré deberé conocer el modo en que tu actuarás, pero antes de que tú decidas como actuarás tu necesitas saber cómo yo actuaré. En este contexto, pareciera que estamos para siempre atrapados en un círculo auto-referente que no permite la interacción social.

Lo que es necesario es un modo de reducir la doble contingencia para hacer posible la cooperación. La contingencia se reduce, por ejemplo, si tú eres mi mejor amigo. Pero este modo de reducir la contingencia es insuficiente para la complejidad de las sociedades modernas, funcionalmente diferenciadas. Estas sociedades existen porque han encontrado un modo de reducir la contingencia que no depende de los lazos entre individuos concretos, sino entre posiciones abstractas como comprador, arrendatario o, generalmente, *persona* (en el sentido del artículo 55 del Código Civil, esto es, de sujeto de derecho). El modo es, desde luego, el derecho. El derecho no sólo reduce la contingencia de si pagarás o no, haciendo más probable que de hecho pagues, sino reduce también la *doble* contingencia, estabilizando nuestras expectativas. El derecho estabiliza expectativas por la vía de especificar cuáles son las expectativas legítimas, de modo que cuando una expectativa es defraudada el derecho no *aprende* (como si lo hace, por ejemplo, el niño que al tocar la llama esperaba no quemarse), sino que *insiste*. Esto es característico de un sistema normativo: las expectativas cuando son normativas sólo pueden ser derrotadas por expectativas normativamente reconocidas. Ahora yo no necesito saber nada de ti para poder intercambiar: como acreedor yo tengo la expectativa de que tú pagarás, y esa expectativa podrá ser redimida incluso ante tu incumplimiento de mala fe.

¹² De hecho, el Código Civil es cuidadoso en mantener separadas estas esferas. A la distinción tradicionalmente enfatizada entre derechos patrimoniales y derechos de familia (y sus regímenes considerablemente distintos), sólo quiero añadir un ejemplo: conforme al inciso primero del artículo 1456, para determinar si la fuerza ejercida sobre una persona es *grave* es necesario atender a las características personales concretas de la víctima de la fuerza ('atendida su edad, sexo y condición'). Pero el inciso segundo del mismo artículo cambia este enfoque concreto y situado por una solución abstracta y descontextualizada respecto del *temor reverencial*: nunca vicia el consentimiento. Permitir que el temor reverencial viciase el consentimiento implicaría permitir que la lógica del mercado se viera contaminada por la lógica de la esfera de la familia. Volvemos (en la sección 3) sobre este interesante ejemplo.

Pero, como sostuvo Margaret Thatcher, los almuerzos gratis no existen. El precio que debemos pagar es aceptar que nuestras relaciones sociales estén gobernadas por un sistema que no sólo es ciego, sino que no puede notar que es ciego. Lo que es por ahora crucial es entender que la ceguera del derecho no es un defecto que pueda ser eliminado: la ceguera del derecho es *precisamente* lo que permite que el derecho elimine la doble contingencia y permita la cooperación.

No es casual que el Código Civil niegue al temor reverencial aptitud para viciar el consentimiento. La necesidad de distinguir entre el mercado y la familia está impuesta porque lo que concurre al mercado, jurídicamente entendido, no es un ser humano, sino un sujeto de derechos (del mismo modo que, económicamente, ‘tu dinero (no tú), puede comer, bailar ir al baile y al teatro’). El ser humano, en toda su imprevisible contingencia, se queda en el hogar mientras el sujeto de derecho concurre al mercado. El sujeto de derecho es autónomo: no hay personas a quienes les ‘deba sumisión y respeto’, por lo que mal podría invocar el temor de desagradarlos. Gracias a esto, podemos contratar con otros sin necesidad de conocer su contingente configuración humana: sólo necesitamos conocer su necesaria configuración jurídica (que es mayor de edad, etc). Al ser humano que sí tiene personas a las que les debe sumisión y respeto, el derecho no lo ve. Uno podría imaginar el siguiente diálogo:

DEMANDADO [*afligido*]: ¿Por qué debo cumplir este contrato?

JUEZ [*con suficiencia*]: Porque (entre otras cosas) lo has consentido libremente (art. 1445).

DEMANDADO [*aliviado*]: Pero no lo consentí libremente. Tenía temor de negarme.

JUEZ [*súbitamente interesado*]: ¿Cómo?

DEMANDADO: Me dijeron que si no firmaba iban a pasar una serie de cosas muy desagradables.

JUEZ [*manteniendo su interés*]: ¿Le dijeron eso *con el objeto de obtener el consentimiento*? (art. 1457).

DEMANDADO: Efectivamente.

JUEZ: Esto es importante. Si lo amenazaron para obtener el consentimiento, puede que el contrato esté viciado por fuerza y sea por lo tanto nulo.

DEMANDADO: ¿Y por qué sería nulo?

JUEZ [*asumiendo tono doctoral*]: El fundamento de la obligatoriedad del contrato es la libertad de los contratantes. Son las personas las que en ejercicio de su libertad crean obligaciones que el derecho después sólo reconoce. Si usted fue forzado o engañado para que prestara su consentimiento (o si lo dio por error) entonces éste no fue libre, y la obligación contractual carece de fundamento (art. 1451).

DEMANDADO: ¿Puedo irme entonces?

JUEZ: No tan rápido. Ya sabemos que en su caso la fuerza fue *determinante* (art. 1457). ¿Fue además *grave*?

DEMANDADO: ¿Qué quiere decir que sea grave?

JUEZ [*sorprendido ante la ignorancia del demandado*]: ‘Que sea capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, atendida su edad sexo y condición’ (art. 1456).

DEMANDADO: ¿Por qué ‘atendida su edad, sexo, condición’?

JUEZ [*reasumiendo su tono doctoral*]: Porque lo que puede parecerle serio a una persona puede no serlo para otra. Para una persona de mayor cultura y conocimientos, por ejemplo, puede ser ridícula una amenaza que para otro es grave.

DEMANDADO [*más aliviado todavía*]: Entonces, ¿debo cumplir el contrato?

JUEZ: ¿De qué lo amenazaron?

DEMANDADO: La casa de mi madre salió a remate por sus deudas, y mi hermano me dijo que si no compraba yo la cosa mi madre iba a sufrir muchísimo; y yo soy incapaz de soportar la sola idea de que mi madre sufra como consecuencia de una decisión mía.

JUEZ: Lo siento: el temor reverencial, esto es, el solo temor de desagradar a las personas a las que se debe sumisión y respeto, no vicia el consentimiento (art. 1456 inciso 2°).

DEMANDADO: ¿No necesita saber, antes de decirme eso, cuál es la relación que tengo con mi madre?

JUEZ: No: es irrelevante. El temor reverencial no vicia el consentimiento.

DEMANDADO: ¿Ni con mi hermano?

JUEZ: No: es irrelevante. El temor reverencial no vicia el consentimiento.

DEMANDADO: ¿Ni el tipo de persona que yo soy?

JUEZ [*con impaciencia*]: No: es irrelevante. El temor reverencial no vicia el consentimiento.

DEMANDADO: ¿Ni el hecho que desagradar a mi madre sería para mí *mucho más grave*, por ejemplo, que si me hubieran amenazado con golpearme?

JUEZ [*exasperado*]: No: es irrelevante. El temor reverencial no vicia el consentimiento.

DEMANDADO: ¿Pero entendí mal, o la gravedad de la fuerza debía apreciarse ‘atendida la edad, sexo y condición’ de la víctima de la fuerza?

JUEZ [*perdiendo los estribos*]: Sí, salvo en el caso del temor reverencial, porque el temor reverencia n-o v-i-c-i-a el consentimiento!

DEMANDADO: Pero mi consentimiento, en los términos que usted me explicaba, no fue libre!

JUEZ [*buscando con la mirada al guardia de la corte*]: Es irrelevante. El temor reverencial no vicia el consentimiento. Siguiente caso.

La queja del demandado en este caso no es escuchada por el juez; el juez, en tanto juez, *no puede escucharla*. La razón por la cual el temor reverencial no vicia el consentimiento no tiene que ver con el fundamento de la obligación contractual, que es lo que justifica dogmáticamente la existencia de los vicios del consentimiento como vicios. Si así lo fuera, no se explicaría por qué lo concreto y situado del inciso primero es reemplazado por una regla categórica y abstracta en el inciso segundo. El temor reverencial no vicia el consentimiento porque temor reverencial no es una forma de temor que afecte a los sujetos de derecho, así como los sujetos de derecho, a diferencia de los seres humanos, conocen cada regla jurídica vigente en Chile (art. 8). Sólo de este modo el derecho puede superar la doble contingencia¹³.

¹³ *Por supuesto*, no estoy alegando que el derecho sólo puede superar la doble contingencia si declara irrelevante el temor reverencial. El argumento aquí es que el derecho sólo puede superar la doble contingencia construyendo las situaciones de modo tal que la contingencia simple es irrelevante, lo que implica excluir las bases de la contingencia. En principio, para el acreedor es irrelevante que el deudor cumpla (el cumplimiento voluntario y el forzado o la resolución con indemnización de perjuicios (art. 1489) están, para el acreedor, en la misma curva de indiferencia). Sin embargo, nótese que la solución chilena es la solución común en el derecho comparado: la gravedad de la fuerza se aprecia en concreto (arts. 1112 inc. 2° CC francés, 1267 inc. 3° CC español, 1435 *in fine* CC italiano), pero el temor reverencial se excluye en abstracto (arts. 1114 CC francés, 1267 inc. 4° CC español, 1437 CC italiano).

Las reglas del derecho privado, entonces, hacen necesario lo que es contingente. El precio que se paga por ello es que no todo lo que en principio es relevante puede ser tomado en cuenta por el derecho. Esto explica la imagen desoladora que aparece recurrentemente en los escritos de Simone Weil:

Nada [hay] más horroroso que ver en un tribunal a un desgraciado balbucear ante un magistrado que lanza ocurrencias graciosas en un lenguaje elegante.¹⁴

Es decir, la figura de un agente que es mal-tratado por el derecho, mal-tratado porque lo que a él le interesa o le importa no sólo no es reconocido: tampoco se reconoce que no es reconocido. En sociedades funcionalmente diferenciadas, que haya espacios donde nos relacionemos unos con otros como sujetos de derechos y no como seres humanos es crucial, y por eso, liberador. Pero la tesis que estamos discutiendo aquí, la tesis de que *ubi ius ibi remedium*, implica extender la lógica de esos espacios a lo político. Pero al entender lo político de un modo juridificado, introducimos la misma distorsión que afectaba a nuestro demandado: así como en el derecho de contratos no vicia el consentimiento todo lo que (en sentido substantivo) puede ser apto para viciar el consentimiento, en política no podemos entender nuestros derechos de la manera en que es (substantivamente) más adecuado entender nuestros derechos. Debemos entenderlos como el derecho nos permite entenderlos. Para apreciar esto basta considerar los tres ideales de la revolución francesa: libertad, igualdad, fraternidad. ¿Cómo pueden ellos ser juridificados?

Pareciera que, de los tres, la igualdad es el bien más fácilmente juridificable. Después de todo, basta con promulgar una regla como la que inicia la Constitución de 1980, “los hombres y mujeres nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. Adicionalmente, uno podría agregar una proscripción de la discriminación arbitraria como la contenida en el artículo 19 N° 2. Aquí es necesario notar dos cosas. La primera es que el derecho no puede llegar mucho más lejos, y la segunda es que esto no es suficientemente lejos. La posición oprimida de la mujer, por ejemplo, no es más que marginalmente alcanzada por estas reglas, porque descansa sobre prácticas sociales que el derecho no puede distinguir de otras: el lenguaje del derecho es tosco. Esto ya ha sido desde luego notado por autoras feministas, como Catherine MacKinnon: “cuando el derecho es más despiadadamente neutral, será más despiadadamente masculino; cuando sea más ciego al sexo, será más ciego a los estándares que son aplicados.”¹⁵ En la medida en que la lucha contra la opresión de la mujer se juridifica, la emancipación no puede ser completa.

Una cosa similar ocurre con la libertad. Mi libertad es protegida por el derecho prohibiendo a otros interferir con mis acciones, salvo en ciertos caso (*e.g.* el principio del daño de J S Mill). Utilizando la distinción entre libertad positiva y libertad negativa, elaborada por autores como Isaiah Berlin¹⁶ o Benjamin Constant,¹⁷ parece claro que lo que

¹⁴ Simone Weil, “La persona y lo sagrado”, en *id. Escritos de Londres y Últimas Cartas*, p. 19 (Madrid: Trotta, 1996; ed orig 1943).

¹⁵ MacKinnon, *Towards a Feminist Theory of the State*, p 248 (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1989).

¹⁶ “Dos Conceptos de Libertad,” en *Id., Cuatro Ensayos sobre la Libertad* (Madrid: Alianza Editorial, 1988), pp 187-432.

¹⁷ “Discurso sobre la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos,” en *Estudios Públicos* N° 59 (1995), p 482-99.

juridificamos es la libertad negativa. La libertad positiva, la libertad como independencia y autonomía, sólo puede ser jurídicamente protegida por la vía de proteger la libertad negativa: el derecho no hace, no *puede hacer* positivamente libre a nadie, sólo puede asegurarle una esfera en la que estará libre de interferencias. Al igual que en el caso anterior, por el solo hecho de hacer del derecho el *medium* a través del cual nuestro compromiso con la libertad ha de expresarse estamos privilegiando la libertad negativa sobre la libertad positiva. El derecho no es un lenguaje neutral: con el derecho no protegemos lo que es importante, sino sólo lo que *puede ser* protegido por el derecho.

La fraternidad, por último, es el caso más claro de que el lenguaje del derecho no es neutral. La fraternidad es injuridificable. Desde luego pueden juridificarse manifestaciones de solidaridad, como los impuestos progresivos, pero las manifestaciones de solidaridad no son la solidaridad:

La solidaridad envuelve un elemento de supresión de uno mismo y sacrificio hacia el otro, y el derecho por su propia naturaleza como un medio de arbitrar pretensiones en competencia, por su modo operativo de disponer de conflictos y el principio de ganar o perder, viola el momento de auto-negación que yace detrás de la idea de solidaridad.¹⁸

La sola existencia del derecho silencia. Éste es el aspecto desagradable de la capacidad del derecho para reducir la doble contingencia. El derecho no es un lenguaje neutral a través del cual yo pueda luchar por lo que considere importante y valioso. El solo hecho de tener que luchar en un contexto jurídico pone en ventaja a algunos sobre otros. Quienes creen que la libertad positiva, la igualdad o la fraternidad están entre los valores políticos más importantes resultan silenciados por defecto cuando los derechos se juridifican, porque lo que se juridifica no es lo más importante, es sólo lo que *puede ser* juridificado (y entonces podemos entender por qué Hayek tenía incluso más razón de la que creía: un juez socialista, en tanto juez, es una contradicción en los términos¹⁹).

5

La imagen de Simone Weil puede ser entendida en dos sentidos: el primero, que la trivializa, la hace aparecer como un alegato en favor del debido proceso: el problema del desgraciado balbuceante es que no tiene un abogado que pueda hablar elegantemente por él. El segundo sentido, que hace honor a la profundidad de las reflexiones de Simone Weil, la muestra como el precio que debemos pagar por el derecho. El derecho silencia sin notar que silencia; es ciego, y ciego incluso a su propia ceguera. Si queremos luchar contra la opresión de la mujer, o por la libertad positiva o por la solidaridad, el derecho sólo escucha balbuceos.

No se me escapa la objeción que puede estar rondando en la cabeza del lector: que la juridificación simplemente garantiza ciertos principios mínimos, que hoy llamamos ‘derechos humanos’. Que esos derechos deben ser protegidos a toda costa, y que si es necesario ‘juridificar’ la política para proteger esos derechos entonces bienvenida sea la juridificación de la política.

¹⁸ Christodoulidis, “The inertia of institutional imagination: a reply to Roberto Unger,” en *Modern Law Review* vol 59 (1996), p 381.

¹⁹ Hayek, *Normas y Orden*, cit, p. 211.

Esta objeción no es inteligible a menos que distinga dos niveles de derechos: los ‘fundamentales’ o ‘básicos’ y los que no lo son. Pero ¿qué es un ‘derecho básico’?

Una posible respuesta: un derecho es básico cuando es exigido por una concepción de la justicia. En otras palabras, aquí ‘básico’ quiere decir ‘justo’. Lo que no es básico es más bien indiferente desde el punto de vista de la justicia. Es más bien indiferente desde el punto de vista de la justicia que el menor adulto tenga derecho a ver suspendida la prescripción que corre en su contra (art. 2509 CC), por lo que el derecho a la suspensión de la prescripción no es básico. Pero sí es básico, porque es justo, prohibir la discriminación arbitraria, y entonces el art. 19 N° 2 de la constitución refleja parte de nuestro compromiso con la igualdad.

Pero esta explicación de lo que quiere decir ‘básico’ (o ‘fundamental’) es inaceptable. Es justo, al menos en circunstancias normales, que si yo celebro un contrato bilateral contigo y tú no cumples yo no pueda ser forzado a cumplir. ¿Es esto una razón para declarar que el derecho a la excepción de contrato no cumplido (art. 1552 CC) es un ‘derecho humano básico’? Espero que la respuesta sea evidente.

Quizás todo lo que es básico debe ser antes justo, pero ciertamente no todo lo justo es básico. Sólo una pequeña parcela de lo justo responde a la descripción de ‘básico’.

‘Pero por favor’, podría decir un abogado, ‘la injusticia que se produce cuando se niega a alguien la excepción de contrato no cumplido no es comparable a la que se le causa a una persona cuando se le niegan sus derechos políticos por ser comunista’. Aquí parece haber otra manera de entender los derechos básicos: son aquellos cuya violación es *muy* injusta. Es *muy* injusto discriminar arbitrariamente, pero no es muy injusto negar la excepción de contrato no cumplido.

Cuando a esta tesis se le suma la idea legalista (*ubi ius, ibi remedium*) y la ceguera necesaria del derecho, la conclusión resulta perversa (perversa en el sentido estricto que al término da la RAE: ‘que corrompe el orden y estado habitual de las cosas’).

En efecto, la idea *comienza* siendo una tesis sobre cómo han de elegirse los derechos cuya protección especial debe ser confiada al derecho. Sin embargo, con el objeto de poder usar el derecho para proteger algo, es necesario que ese algo sea jurídicamente protegible. En el contexto del derecho privado, hemos visto cosas que no son jurídicamente protegibles: no es protegible el ser humano en su impredecible contingencia, sólo es protegible el sujeto de derecho. Es en este punto en que la tesis del abogado se hace perversa, porque si aceptamos la idea de que el compromiso con los derechos humanos se manifiesta primariamente a través del derecho, deberemos concluir que los derechos que pueden ser juridificados son los más importantes. Los derechos juridificables son los más importantes, los básicos. Lo que comenzaba siendo un criterio para seleccionar los derechos importantes termina, supuesta la idea juridificadora, convertida en una posición políticamente conservadora: los derechos fundamentales sólo son los derechos de primera generación²⁰. Es fundamental la libertad, pero la libertad

²⁰ La idea de ‘generaciones’ de derechos, que no he mencionado antes, es una que muestra el origen histórico de los derechos. Sin embargo, hay una cierta lógica política detrás de esas generaciones: es un lugar común decir que los derechos de primera generación representaban los reclamos liberales burgueses y los de segunda representaban los reclamos socialistas. Así, Norberto Bobbio ha sostenido que el reconocimiento de los

negativa: la positiva no lo es; es fundamental la igualdad, pero la igualdad formal o, en el mejor de los casos, la igualdad como no-discriminación; no (por ejemplo) lo que Walzer ha llamado la ‘igualdad compleja’²¹; la fraternidad no es fundamental.

Muchos abogados y juristas (auto- o hetero-) denominados ‘progresistas’ han pensado que esto es un problema que tiene que ver con el *contenido* del derecho o con los modos de entenderlo de los jueces o abogados. Todavía es posible escuchar críticas de estos abogados y juristas a lo que denominan el ‘formalismo’ de la dogmática civil tradicional²². Una dogmática sistemática, finalista, integradora etc. despojaría al derecho de su conservadurismo y lo pondría al servicio del progreso social y político. Esta idea, como puede apreciarse, no se opone sino que afirma y fortalece la juridificación; sólo cuestiona el conservadurismo sustantivo del derecho. Pero el problema no es sustantivo (o no *sólo* sustantivo) sino que estructural. Si esto es así, entonces esta estrategia ‘progresista’ es inviable en el sentido más irónico: su propio éxito es su fracaso.

6

¿Cómo, entonces, hemos de entender ‘básico’? Las mujeres norteamericanas avanzaron un paso recordando que ‘no significa *no*’. Quizás para nosotros el inicio de la sabiduría está ahí: básico significa *básico*; *verdaderamente* básico. Básico es lo que está en la base, en la base de la comunidad política. Entendiendo ‘comunidad’ como un concepto interpretativo en el sentido que Ronald Dworkin da a esta expresión,²³ diríamos que si existe una comunidad política y si debemos lealtad a ella son preguntas interpretativas. La respuesta a ellas dependerá de cuál sea el valor asignado a la comunidad, esto es, ‘qué es lo bueno acerca de ella,’²⁴ y si las características particulares de la comunidad en que vivimos son tales que justifican el permanecer leales a ella. El derecho define a la comunidad política como los ciudadanos, *i.e.* los miembros del Estado chileno (la definición de la comunidad chilena está en el art. 10 de la constitución). El derecho *impone* una determinada concepción de la comunidad y de lo que la hace valiosa; pero no hay razón para aceptar *a priori* esta caracterización de la comunidad política: el conflicto político

derechos sociales constituye “una de las conquistas más clamorosas [...] de los movimientos socialistas que han sido identificados al menos hasta ahora con la izquierda, desde hace un siglo” (Bobbio, *Derecha e Izquierda*, p. 151 (Madrid: Taurus, 1996; ed orgn 1995)). En su *Teoría de la Constitución*, p. 175 (Madrid: Alianza, 1992; ed orig 1927) Carl Schmitt, por su parte, denomina a los derechos sociales “derechos y pretensiones *socialistas* (o más suavemente: sociales)”. Esta identificación de generaciones e ideologías políticas debe ser calificada en diversos sentidos (como dice el mismo Bobbio (*id.*, p. 141): “¿Qué doctrina política no tiene que ver en mayor o menor medida con la igualdad?”): no se trata, desde luego, de que sólo a la derecha liberal le interesen los derechos de primera generación, ni que a la izquierda socialista no le importen los de primera, pero vale si la consideramos como una caracterización *grosso modo* y no de detalle. En efecto, una mirada a cualquier programa político muestra, incluso en estos días de desdibujamiento ideológico, que las diferentes prioridades política entre derecha e izquierda son explicadas en una medida importante como diferencias en la importancia relativa de los derechos de primera y segunda generación (este tema es discutido con más detalles en mi artículo “Existen derechos sociales?”, leído ante el XVI Congreso de la Asociación Argentina de Filosofía Jurídica y Social en 2002, a ser publicado en el órgano de esta asociación).

²¹ Walzer, *Spheres of Justice* (New York: Basic Books, 1983); véase también *id.*, “Respuesta”, en Miller y Walzer (eds), *Pluralismo, Justicia e Igualdad* (México: Fondo de Cultura Económica, 1997; ed orig 1995), pp. 363-383.

²² Véanse los ‘casos clínicos’ del síndrome de la víctima insatisfecha: Atria, “Revisión judicial: el síndrome de la víctima insatisfecha” en *Estudios Públicos* 79 (2000), pp. 378-382.

²³ En *Law’s Empire* (London: Fontana, 1987; ed orig 1986).

²⁴ Como Dworkin ahora formula el problema en su “Political and legal archimedean”, texto discutido en el seminario del Centre for Politics Law and Society de UCL (Febrero 2001).

incluye el conflicto sobre cuál es la comunidad política y cuál es su valor²⁵: ¿es (como lo declara el derecho) la comunidad de chilenos, o es la comunidad de mapuches (unidos contra el *huinca*), o la comunidad de trabajadores (que no tienen nada que perder sino sus cadenas), o la comunidad de no comunistas (unidos contra el cáncer marxista, como sabemos que se entendió en algún momento) etc?

La idea de derechos humanos es otra manera de trazar los límites de la comunidad: la comunidad está formada por personas que se reconocen miembros de una práctica en el contexto de la cual pueden luchar por la mejor realización de la promesa que la idea de derechos humanos representa. Así que permítaseme trazar la línea entre derechos ‘verdaderamente fundamentales’ y ‘otros’ derechos de esta manera: los derechos son fundamentales cuando estaríamos dispuestos a negar el juicio post-interpretativo que el derecho encarna (la idea de que la comunidad se define por los límites nacionales) y dejar de reconocer valor a esa forma comunitaria, reemplazándola por otra (por ejemplo, tomando las armas y luchando contra la esclavitud, o el aborto, o la explotación o la tortura²⁶). Esta concepción de los derechos nos permite entender la distinción entre el enemigo y el adversario: son mis *adversarios* quienes aceptan que los bienes que considero básicos son verdaderamente básicos, y son mis *enemigos* quienes los niegan. Con mis adversarios yo discuto, intentando convencerlos y aceptando que en una u otra ocasión yo pueda ser derrotado por ellos, pero con mis enemigos no discuto, combato, con miras a suprimirlos: a forzarlos a aceptar mis bienes básicos, o a que se vayan, o a que desaparezcan. Mis enemigos y yo no cabemos en la misma comunidad, como sí cabemos mis adversarios y yo. Si mis enemigos y yo vivimos en el mismo territorio, es sólo porque yo no tengo la fuerza necesaria para eliminarlos²⁷.

¿Qué garantía tengo de que los bienes básicos serán respetados? Si por ‘garantía’ debemos entender ‘aseguramiento de que es imposible que ellos sean afectados’, no puedo tener ninguna. El mundo es contingente, puede siempre ser de otra manera. ¿Puedo obtener esa garantía a través del derecho? La respuesta debe ser negativa: El derecho, como vimos, es ciego y no puede ver su ceguera. Al nivel de los bienes básicos, esto se manifiesta como la paradoja fundamental del derecho constitucional, como se aprecia del artículo 5º:

El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la persona humana.

Jurídicamente, esta frase es estrictamente ininteligible. El derecho sólo ve derecho. No puede haber razón jurídica alguna que impida la derogación del artículo 5º, y

²⁵ He desarrollado esta idea en Atria, “Legalismo y reflexividad: la Contraloría como modelo”, en Pallavicini y Herrera (eds): *La Contraloría General de La república y el Estado de Derecho*, pp. 292-298 (Santiago: Contraloría General de la República, 2002), pp. 277-301.

²⁶ Nótese que el criterio es ‘estaríamos dispuestos’: el potencial debe ser entendido en un sentido normativo interpretativo: significa que nuestra membresía a la comunidad no nos da razones para aceptarla. Yo puedo ser disuadido por consideraciones estratégicas de rebelarme, y el ‘estaríamos dispuestos’ pretende cubrir esos casos. Yo incluiría también a la desobediencia civil aquí. La desobediencia civil se basa en la idea de que alguna decisión o acción comunal amenaza o elimina el valor de la comunidad, pero asume que los otros miembros de ésta pueden reconocer este hecho y actuar en consecuencia (o, de nuevo, puede ser que yo desobedezca civilmente aun cuando, considerándome justificado para rebelarme, carezca del poder para hacerlo).

²⁷ Así entendida la idea de derechos humanos es políticamente *fundamental* en el sentido más estricto; porque pasa entonces a ser la distinción política fundamental en el sentido de Schmitt, la que justifica la distinción entre amigo y enemigo. Al respecto, véase Schmitt, *El Concepto de lo Político*, pp. 56-58 (Madrid: Alianza, 1998; ed orig 1932).

si el poder constituido puede derogar una limitación a la soberanía entonces esa limitación no es tal.

Pero el hecho de que el art. 5° sea jurídicamente ininteligible no implica que no pueda ser entendido de otra manera. El artículo 5° declara que los ‘derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana’ constituyen el fundamento de la comunidad. Este significado del artículo 5° sólo puede ser un significado político, porque jurídicamente la definición de la comunidad no está en el artículo 5°, sino en el artículo 10. Si el poder constituido desprecia el valor de esos derechos, entonces ese poder constituido no pertenece a (no puede reclamar título de obediencia de los miembros de) la comunidad caracterizada por el artículo 5°. El concepto *político* de comunidad política del artículo 5° deja de coincidir con el concepto *jurídico* de comunidad política del artículo 10, de modo que aquél debe ser defendido de éste.

¿Es esto suficiente resguardo? Ésta no es la pregunta adecuada. ¿Podemos pensar en un mejor resguardo? La juridificación de los derechos humanos no nos ayudará. Patricio Aylwin cuenta que, en 1975, al hacerle presente a Rafael Retamal, ministro de la Corte Suprema, la falta de preocupación del Poder Judicial por poner coto a las violaciones a los deberes fundamentales cometidos por agentes de la dictadura de Pinochet, éste le respondió que “la hora del derecho va a venir más tarde.”²⁸ Aylwin interpreta esto como una falta de coraje moral, y no cabe duda de que en cierto sentido tiene razón. Pero si hubieran mostrado coraje moral no habrían detenido o prevenido el terror, sólo habrían aumentado el número de jueces en las listas de detenidos-desaparecidos. Es por esto que la mejor protección de los derechos no puede estar en el derecho. Y por esto es importante rescatar la mejor lectura del artículo 5° de malinterpretaciones legalistas y sus procedimientos secundarios de reforma constitucional y bloques de constitucionalidad. Cuando los derechos *verdaderamente básicos* están comprometidos, es la comunidad la que está comprometida. Pero para entender esto, debemos rechazar la idea de que tratándose de los derechos humanos, *ubi ius ibi remedium*.

²⁸ Agradezco la amabilidad del ex-presidente Aylwin, quien me confirmara la veracidad de esta historia y me dirigió hacia la versión publicada: véase Aylwin, *El Reencuentro de los Demócratas*, p 59 (Santiago: Ediciones Grupo Zeta, 1998).