

¿DERECHOS SIN LIBERALISMO? SOBRE EL INDIVIDUALISMO Y LA IGUALDAD FORMAL EN EL ACTUAL SISTEMA DE DERECHOS

Sebastián Figueroa Rubio¹
(Universidad Diego Portales, Chile)

Resumen:

El siguiente documento presenta una interrogante sobre la plausibilidad de las relaciones de interdependencia usualmente establecidas entre el liberalismo y los derechos a la luz de los desarrollos producidos por el sistema de derechos (humanos, fundamentales) en las últimas décadas. Se centra el análisis en dos puntos: (i) una concepción individualista de los derechos y (ii) la defensa de la igualdad formal. Pareciera ser que el sistema de derechos (humanos, fundamentales) actualmente se ha desligado de la doctrina liberal para enfrentar variadas de las problemáticas que encontramos en las sociedades contemporáneas como la situación de grupos desaventajados y la protección del medio ambiente. Se concluye que la pregunta no es vana como tampoco lo es el imaginar a los derechos (humanos, fundamentales) de otra manera, emancipados de la doctrina liberal.

Palabras clave:

Derechos humanos, liberalismo, individualismo, igualdad.

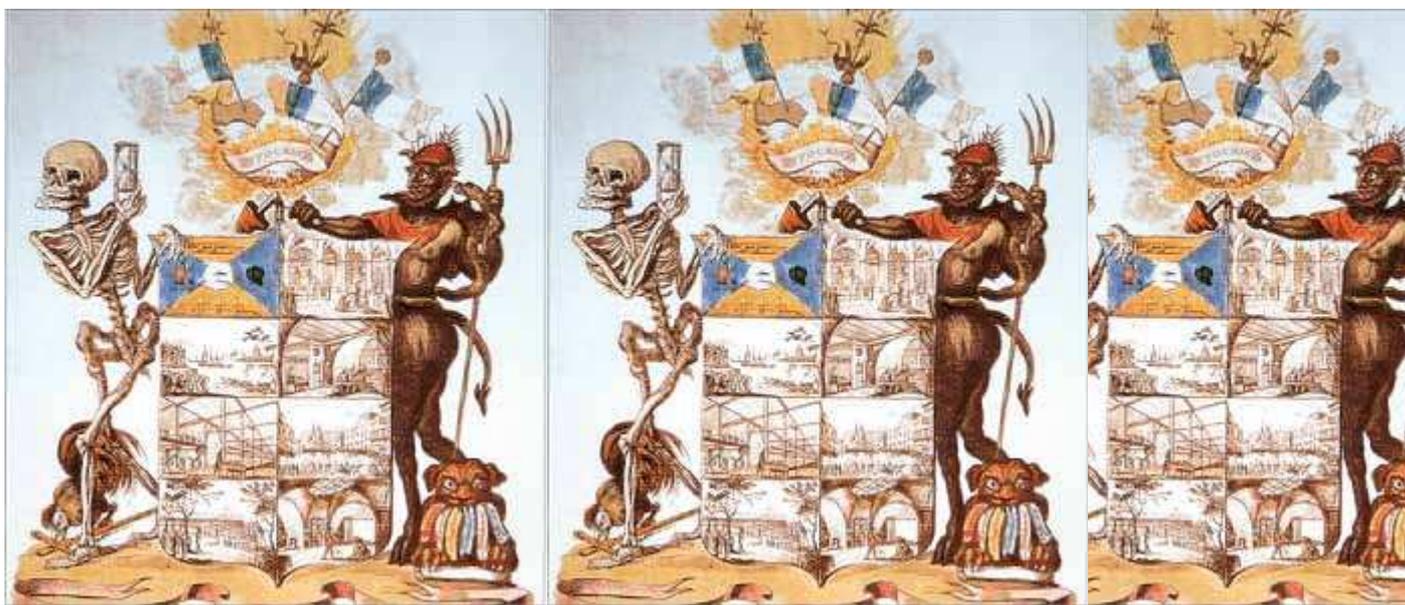
Abstract:

This document presents a question about the plausibility of the interdependent relations usually established between liberalism and rights in light of the developments produced by the system of rights in recent decades. Analysis focuses on two points: (i) an individualistic conception of rights and (ii) the defense of formal equality. It seems that the system of rights has now been detached from the liberal doctrine to address the various issues found in contemporary societies as the situation of disadvantaged groups and environmental protection. We conclude that the question is not idle any more than imagining the rights otherwise emancipated from the liberal doctrine.

Keywords:

Human rights, liberalism, individualism, equality.

¹Universidad Diego Portales, Universidad de Chile. (figueroa.sebastian@gmail.com)



I

Considerar a los derechos (humanos, fundamentales)² como algo valioso y digno de defenderse, a pesar del gran apoyo que encuentra en los discursos públicos en la actualidad, es una opción política y filosófica. En primer lugar, siguiendo la forma en que gran cantidad de constituciones y tratados internacionales han desarrollado la existencia de los derechos (humanos, fundamentales), manifestarse a favor de estos significa considerar al grupo de normas que los consagran como límites al actuar de los diferentes órganos estatales, también significa asumir que el Estado puede ser responsable internacionalmente por su relación con los individuos³ titulares de derechos, que las políticas públicas van ser guiadas por el contenido de estas normas, contenido que además va a influir en la forma en que se leen otras normas de los sistemas jurídicos pertenecientes a otras ramas del derecho, entre otras cosas. Esto supone una noción del Estado, la soberanía y de la relación entre individuo y comunidad que excluye ciertas posibilidades, como la de llevar a cabo políticas discriminatorias entre grupos o las formas en que se práctica la justicia, así como imponer la esclavitud de ciertos grupos o individuos.

De todas formas este tipo de compromiso político prácticamente es parte del léxico común⁴ de las sociedades actuales y más que cerrar la puerta sobre ciertas discusiones (las relativas a la relación entre el individuo y el Estado y a la justicia distributiva, por ejemplo) las abre, pues el

2 Como se señaló en el trabajo que complementa a este, voy a entender por el sistema de derechos (humanos, fundamentales) aquel que se ha desarrollado en el plano tanto nacional como internacional en las últimas seis décadas (considero como hito la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas) y que asume una relación y actuación conjunta, más o menos coherente de organismos e instituciones estatales (tribunales de justicia, órganos legislativos, constituciones), interestatales (tribunales y otros órganos especializados tanto a nivel universal como regional) y, en cierta medida, transnacionales (Organizaciones no gubernamentales y otros movimientos sociales) para la defensa de los derechos de individuos y grupos. Este sistema tiene antecedentes filosóficos e institucionales ya desde hace un par de siglos y sigue desarrollándose hasta el día de hoy, sobre éste desarrollo se centra este trabajo.

3 Como se señaló en el trabajo que complementa a este se utiliza la palabra individuo en este trabajo tanto para hacer referencia a hombres como a mujeres de todas edades, orientaciones sexuales, preferencias religiosas y otras consideraciones políticamente relevantes. Las diferenciaciones al respecto (hombres y mujeres, por ejemplo) serán explicitadas.

4 Ver R. Rorty (1991) *Contingencia, Ironía y solidaridad*, Paidós, Buenos Aires.

hecho de que la gran mayoría de los sectores políticos actuales estén de acuerdo con la protección y promoción de los derechos conlleva la existencia de diversas lecturas sobre qué significa dicha protección y promoción, lo que implica preguntarse por sus alcances y por la forma en que las diversas realidades jurídicas relacionadas con ellos adquieren coherencia. Es en este ámbito en que se presenta este trabajo, pues se constata un avance en la interpretación de los derechos (humanos, fundamentales) que, como veremos, implica replantearse ciertas nociones que se consideraban establecidas e inamovibles en la lectura de los derechos.

Más específicamente se revisará el alcance de algunas decisiones legislativas, constitucionales y jurisprudenciales relevantes que parecen presentar ciertos caracteres especiales respecto a cómo se lee el alcance de los derechos (humanos, fundamentales) que contrastan con la doctrina liberal, doctrina que usualmente se ha considerado como la base de los derechos (humanos, fundamentales), pensándose incluso a los derechos y al liberalismo como interdependientes.

Esto se llevará cabo en la revisión de dos tópicos, a saber: la protección de la libertad por medio de una doctrina individualista de los derechos y la igualdad formal como la única digna de protegerse por las instituciones políticas. En este sentido, la doctrina liberal puede ser vista como una lectura (una muy valiosa) del alcance de los derechos y de la coherencia que adquieren entre sí, pero no necesariamente como la única. Cabe señalar que estos no son solamente estos los tópicos dignos de ser revisados, pues también existen otros como la distinción de la actividad a través de las esferas pública y privada y la importancia de la propiedad privada individual y la confianza en los mercados, los cuales han sido revisados en otro trabajo⁵ complementario a este.

En lo que sigue se revisará como los dos tópicos recién señalados, característicos de la doctrina liberal y usualmente considerados como parte de la doctrina de los derechos, son leídos actualmente a la hora de tomar decisiones relacionadas con estos para luego plantear una pregunta acerca de si es plausible, en la actualidad, pensar a los derechos humanos sin liberalismo, después del liberalismo.

II

La doctrina liberal ha influenciado fuertemente la forma de pensar los problemas sociales en los últimos siglos, presentando un sistema de ideas más o menos coherente que incluye una noción del hombre, de la política y de la ética, con ideas sobre la forma en que se deben organizar las instituciones sociales, como deben funcionar las relaciones económicas, qué significa la libertad

⁵ Ver S. Figueroa (2010) ¿Derechos sin Liberalismo? La distinción público/privado, la propiedad privada y el mercado en el actual sistema de derechos". En "Artificium" Revista Iberoamericana de Estudios Culturales y Análisis Conceptual N° 1. México: Universidad Autónoma Metropolitana. Disponible en <http://artificium.jimdo.com/> (visitada en Enero de 2011)

y cómo puede verse ésta afectada, entre otros múltiples problemas de gran relevancia. Gran parte de los más importantes pensadores modernos han adherido a esta doctrina con diversos matices, entre los que podemos contar a Adam Smith, John Dewey, John Locke, Robert Nozick y John Rawls, generando una profunda marca en la forma en que los modernos occidentales nos vemos a nosotros mismos y a nuestras relaciones con los demás. Sin el interés de ser exhaustivos, podemos ver entre los elementos del pensamiento liberal la idea de que el mundo está constituido por individuos, los cuáles son naturalmente libres y diversos, juntándose en comunidad para poder llevar a cabo sus planes personales de vida de forma segura. La comunidad que constituye al Estado sirve para asegurar la coordinación pacífica entre los individuos, los cuales se relacionan entre sí para distribuir bienes mediante intercambios y para compartir sus diferentes visiones sobre el mundo. Considerando lo anterior, la visión propia del mundo, así como las relaciones personales (familiares, laborales, religiosas, etc.) son consideradas como privadas, definiéndose como contrario de lo público, lo cual se refiere a la forma en que se constituyen las instituciones político-jurídicas. En este marco los derechos tienen gran importancia, pues son la consagración jurídica de los ámbitos individuales propios de la libertad humana y, por ende, deben ser respetados por todos, especialmente por el todos que constituye la comunidad. En este sentido los derechos funcionan como un freno al actuar del Estado, representan lugares donde el Estado no puede intervenir debido a que competen a los individuos, lugares donde tampoco pueden intervenir otros individuos sin el debido consentimiento del titular del derecho, pudiendo dirigirse al Estado para que se reestablezca el estado de libertad en caso de verse afectado por el actuar de otro.

Este conjunto de ideas más otras relacionadas⁶ constituyen una forma de leer a los derechos humanos, poniendo límites más o menos definidos a lo que es permisible entender como derechos, cuáles son las formas permisibles de ejercerlos, las formas de alegar en caso de verse afectados, así cómo cual es el rol del Estado a partir de ellos. No solo se trata de una lectura de los derechos, sino que tal vez la más influyente realizada, tanto es así que, como hemos señalado, muchos confunden derechos con liberalismo, siendo los derechos durante mucho tiempo una bandera lucha del liberalismo contra concepciones del mundo (o ideologías) rivales como el socialismo o el fascismo.

A pesar de esto último, parece que la realidad normativa actual pone en duda esta supuesta identidad entre la doctrina liberal y la doctrina de los derechos trayendo variados cuestionamientos a la forma en que se deben ver estos. A continuación visitaremos algunos debates actuales centrados en los derechos (humanos, fundamentales) y las decisiones que se han tomado al respecto por el sistema de derechos (humanos, fundamentales) para ver si son realmente liberales. Veremos que hay ciertas ideas y prácticas institucionales que difícilmente podemos catalogar de liberales, a pesar de que impliquen una coherente defensa de los derechos humanos.

⁶ Esta cuestión se revisó con más detalles en Figueroa *Op Cit.*

Derechos subjetivos e intereses individuales

Un primer orden de ideas está relacionado con la concepción de los derechos humanos como derechos subjetivos individuales al momento de responder a las preguntas sobre qué tipo de intereses defienden los derechos, quiénes son sus titulares y, consecuentemente, de qué forma pueden ser garantizados por el Estado.

El liberalismo habitualmente ha entendido que los derechos (humanos, fundamentales) parten del individuo, centro sagrado del sistema, anterior a las instituciones políticas, y tienen por función proteger su autodeterminación, principalmente de las posibles tiranías del colectivo, así como de los daños producidos por terceros⁷. Esto contiene una dimensión material donde se supone que los planes de vida de los individuos tienen como único límite la libertad de los otros, así como la necesidad de que el Estado (la comunidad) se abstenga de intervenir en la organización de la vida de los individuos, a no ser que resulte imprescindible para permitir la compatibilización de las diferentes libertades. Además tiene una dimensión metodológica que considera la lectura de los ámbitos protegidos por los derechos y de los mecanismos de control para protegerlos, basada en el individuo, esto es, a escala individual. Esto conlleva a un diseño de instituciones donde se considera al individuo como único titular de los derechos y de las acciones jurídicas donde se pueda alegar su cautela.

En este sentido son los intereses del individuo los únicos protegidos y cualquier tipo de protección de grupos se ve como “corporativismo”, como una especie de tiranía que afecta contra su libertad (la única libertad): la defensa de grupos es peligrosa para el individuo, pues puede ser absorbido por aquéllos y así perder su autodeterminación (la cual implica el no pertenecer a ninguna clase o casta)⁸. Así, por ejemplo, el individuo tiene un derecho a la libertad de expresión, es decir, a expresar y recibir las ideas que quiera sin que nadie interfiera en su posibilidad de hacerlo, prohibiéndose la censura, solamente respondiendo posteriormente por los posibles daños producidos a otros y se tiene derecho a acceder a cargos públicos a través de concursos transparentes donde el único criterio determinante es la idoneidad para asumir el cargo. Ahora el proteger

⁷ El principio universal del Derecho de Kant, muy influyente dentro del liberalismo, es enunciado de la siguiente manera “Una acción es conforme a derecho cuando permite, o cuya máxima permite a la libertad del arbitrio de cada uno coexistir con la Libertad de todos según una ley universal” -I. Kant (1989). *Metafísica De Las Costumbres*. Tecnos, Madrid. p 39), similar idea recorre el primer principio de justicia de Rawls: “Cada persona tiene igual derecho a exigir un esquema de derechos y libertades básicos e igualitarios completamente apropiado, esquema que sea compatible con el mismo esquema para todos; y en este esquema, las libertades políticas iguales, y solo esas libertades, tienen que ser garantizadas en su valor justo” - J.Rawls (2003). *Liberalismo Político*. Fondo de la Cultura Económica México p 31 –cito esta versión de los principios por considerarse como definitiva, si bien, en general tengo en consideración la obra Teoría de la Justicia a lo largo de este trabajo).

⁸ Se “desea un Estado mínimo y se rechaza todo tipo de colectividad entre este y el individuo” (R. Sánchez1989. *Estudio Sobre Las Libertades*. Tirant Lo Blanch, Valencia p 251). Esta idea ha sido desarrollada por la doctrina liberal del siglo XIX, especialmente por Locke y Kant, teniendo influencia en diferentes pensadores como F. Hayek y R. Nozick. Interesante es el trabajo al respecto de Berlin (I. Berlin 2004. “Dos Conceptos De Libertad”. En I. Berlin *Sobre La Libertad*. Alianza Editorial, Madrid).

el discurso de grupos, en vez de individuos, supone la imposibilidad de estos de expresar sus pensamientos cuando no coinciden con los de los grupos, lo mismo sucede con la determinación de cargos públicos por pertenencia a grupos la cual no considera al mérito personal del sujeto en cuestión⁹.

El derecho surge de la relación de un individuo consigo mismo y con el mundo, cada uno tiene sus intereses y busca satisfacerlos realizando actividades (movilizarse, expresar un discurso, etc.) y utilizando cosas de las cuales se apropia. Posteriormente estas cuestiones apropiadas son reconocidas por el Estado (formado usualmente por un acuerdo entre los diferentes individuos precisamente para proteger estos intereses individuales¹⁰), positivándose los derechos, y en caso de que otro individuos, utilizando su libertad, interfieran en mi campo organizacional (formado por mis actividades y las cosas de las que me apropié), es decir, violen mis derechos, puedo acudir al Estado para que regrese todo a la normalidad. En base a esto se han diseñado los tribunales de justicia, las acciones de protección de derechos, los medios de prueba, etc. considerándose a la propiedad (el derecho de un individuo sobre una cosa para poder destruirla, enajenarla, usarla y/o gozar de sus frutos) como el paradigma de los derechos¹¹.

Estas ideas de los derechos suponen la existencia, como hemos señalado, de *un* titular determinado que es quien puede alegar la concreta violación de *sus* derechos. Esto da seguridad jurídica y protección de la libertad deliberativa de los individuos, pues nadie puede decidir por ellos, además ayuda a una clara determinación del titular de la acción y de los daños. Lo importante es que exista la posibilidad de esa protección y que la ley permita el acceso a todos, sin mirar raza, ni credo u otra condición¹².

Pero, al parecer, esta forma de ver los derechos no resulta satisfactoria ante ciertas realidades jurídicas aparecidas en las últimas décadas, pues responde solo a algunas formas de ejercer los derechos, entender a sus titulares y garantizarlos, además de llevar a ciertas situaciones que se pueden considerar injustas. Ante la forma individualista de los derechos subjetivos se suman

9 Estos ejemplos consideran dos cuestiones que el liberalismo considera como valores que deben ser seguidos y, por ende, deben guiar los diseños institucionales y las decisiones distributivas: la diversidad humana (que seamos diversos supone que cada uno tiene un valor propio que nunca se puede traspasar a un grupo) y el mérito (cada individuo debe tener lo que merece en relación a su esfuerzo personal y es responsable solo por ello). Ambas cuestiones son finalmente individualistas. Respecto de la última se profundiza más adelante en este trabajo.

10 De allí que el contractualismo sea uno de los mejores aliados del liberalismo, pues asume que el mundo está formado por individuos, quienes, por medio de prestar su consentimiento, forman las instituciones sociales que regularán las (inevitables) relaciones entre ellos. Una revisión y crítica de esta relación en M. Nussbaum (2007). *Las Fronteras De La Justicia*. Paidós, Barcelona y en el trabajo clásico de C.B. Macpherson (1962) *The Political Theory of Possessive Individualism*. Oxford University Press.

11 Sobre la propiedad como el paradigma de los derechos se puede ver R. Cristi (2006) *Propiedad y Derechos Subjetivos*. Programa de Doctorado de Derecho, Universidad de Chile, Santiago. Sobre la propiedad en el liberalismo ver Figueroa, *Op Cit*. Esta cuestión es revisada en relación a los mecanismos de protección de los derechos por V. Abramovich y C. Courtis, (2004). *Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles*. Madrid: Editorial Trotta. Los autores muestran lo limitada que es esta noción para poder garantizar todos los derechos (humanos, fundamentales) que el actual sistema contempla.

12 La idea de Igualdad manejada por el liberalismo será revisada en la sección siguiente.

instituciones como los derechos colectivos, bienes jurídicos difusos y las acciones de clase.

En cuanto a los derechos colectivos, si bien su conceptualización no es fácil, estos no se corresponden con una relación jurídica individualizada como en los derechos subjetivos liberales, sino únicamente de una garantía genérica (como el acceso a determinados bienes de goce público), y se caracterizan porque tampoco su titularidad es individualizada, pues nadie lo puede incluir en su patrimonio, sino que todos (un grupo determinado dependiendo del derecho) son sus titulares, pudiendo en la práctica ejercerse como si tuvieran una titularidad individual¹³.

Esta idea de derecho colectivo ha sido asumida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en los últimos años. Un hito es el caso *Comunidad Mayagna (Sumo) Awastinguini V. Nicaragua*¹⁴, donde se reconoce como víctima de violación de derechos a la comunidad indígena como tal¹⁵ sin necesidad de mostrar como víctimas a individuos en particular. En dicho fallo la Corte reconoce a comunidades como titulares de derechos y condena a los Estados por no respetar su propiedad colectiva y patrimonio cultural¹⁶.

De igual modo ha actuado en los casos de la Comunidad Moiwana *vs.* Suriname (CIDH, 2005a) y el de la Comunidad indígena Sawhoyamaxa *vs.* Paraguay¹⁷, formándose una tendencia jurisprudencial donde se han defendido diversos derechos como el de propiedad, protección judicial e igual participación política a grupos, sin necesidad de determinar a un individuo como exclusivo titular de aquellos derechos¹⁸. Como señala José Aylwin, “para muchos Estados, los derechos

13 Ver C. Marés. (1997). *Los Indios y Sus Derechos Invisibles*. En Gomez, Magdalena (Edit.) Derecho Indígena. México: Instituto Nacional Indigenista y Torbisco, Neus. 2003. *La Interculturalidad Posible: El Reconocimiento De Derechos Colectivos*. En Saba, Roberto (Ed.) Los Derechos Fundamentales, Sela 2001. Buenos Aires: Ediciones Del Puerto. Este último señala que se trataría de derechos especiales cuyo objeto es el acceso a un bien público (variados como una lengua común, un medio ambiente libre de contaminación y la autonomía política de un grupo). Por último, una revisión crítica de estos derechos se puede ver en W. Kymlicka, 2009, “Derechos Individuales y Derechos Colectivos” en Paz Ávila y María Corredores (ed) *Los Derechos Colectivos*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Ecuador, Quito. pp 3 – 26.

14 Corte Interamericana De Derechos Humanos. 2001 *Comunidad Mayagna (Sumo) Awastinguini V. Nicaragua*. Sentencia, 31 De Agosto De 2001. En adelante “CIDH, 2001b”.

15 La que actúa en dicha causa “por el señor Jaime Castillo Felipe, Síndico de la Comunidad, por sí mismo y en representación de ésta” - par 6-

16 En el párrafo resolutivo (155) señala “Por todo lo expuesto, la Corte concluye que el Estado violó el artículo 21 de la Convención Americana, en perjuicio de los miembros de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awastinguini, en conexión con los artículos 1.1 y 2 de la Convención” (subrayado por mí).

La Convención Americana Sobre Derechos Humanos en su artículo 44 permite que los casos sean presentados por “un grupo de personas”, abriendo paso a interpretaciones por parte de la Comisión como de la Corte Interamericanas respecto a al legitimidad activa de grupos, así como de la protección de intereses colectivos (Ver Medina, Cecilia y Nash, Claudio. (2007). *Sistema Interamericano De Derechos Humanos: Introducción a Sus Mecanismos de Protección*. Santiago: Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile. pp 55 – 58). Se arguye que en estos casos se trata de todas maneras no se protegen colectivos, pues quienes sufren los daños son los individuos de la comunidad y no la comunidad. De todas formas esta explicación tiene variadas dificultades y no puede extenderse a todos los problemas que se presentan.

17 Corte Interamericana De Derechos Humanos. 2006a *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa V. Paraguay* Sentencia, 29 De Marzo De 2006. En adelante “CIDH, 2006a”

18 Cabe señalar que estos casos han tenido relevancia dentro de otras decisiones de la Corte como en el caso de las Masacres de Ituango *vs.* Colombia de 2006 y en CIDH, 2005b. Además, la Comisión en un caso acogió a tramitación un caso en que la víctima era una persona jurídica (Radio Ñanduti) que veía afectado su derecho a la libertad de expresión en Paraguay. La Corte no ha aceptado casos en que

reclamados por los indígenas vienen a alterar los paradigmas clásicos de los derechos humanos, los que han estado asociados desde su surgimiento como concepto, a la protección del individuo, su libertad e igualdad, frente a la autoridad (monarca o Estado). Los indígenas, junto con exigir el reconocimiento pleno de los derechos que les corresponden como ciudadanos, reclaman, además, derechos especiales que les corresponden como grupo, que les permitan ejercer efectivamente la libertad y la igualdad de forma colectiva”¹⁹.

Esto se ha consagrado recientemente en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007 que ya en su preámbulo enuncia una idea que se encuentra en todo el documento: “*Reconociendo y reafirmando* que las personas indígenas tienen derecho sin discriminación a todos los derechos humanos reconocidos en el derecho internacional, y que los pueblos indígenas poseen derechos colectivos que son indispensables para su existencia, bienestar y desarrollo integral como pueblos”.

La colectividad en la titularidad de los derechos ha sido reconocido, por el mismo tribunal, también respecto a los derechos políticos. En la sentencia del caso YATAMA vs. Nicaragua de 2005, en donde el cambio de una ley electoral creó una serie de requisitos muy gravosos, con lo que algunos grupos de la sociedad de dicho país que históricamente habían accedido a cargos públicos, no pudiesen presentar candidatos a una elección²⁰. Uno de dichos requisitos era formar un partido político, sobre este requisito la Corte Interamericana señaló que “...se reconoce que hay otras formas a través de las cuales se impulsan candidaturas para cargos de elección popular con miras a la realización de fines comunes, cuando ello es pertinente e incluso necesario para favorecer o asegurar la participación política de grupos específicos de la sociedad, tomando en cuenta sus tradiciones y ordenamientos especiales, cuya legitimidad ha sido reconocida e incluso se halla sujeta a la protección explícita del Estado”²¹, por lo que se consideró “...necesario indicar que cualquier requisito para la participación política diseñado para partidos políticos, que no pueda ser cumplido por agrupaciones con diferente organización, es también contrario a los artículos 23 y 24 de la Convención Americana, en la medida en que limita, más allá de lo estrictamente necesario, el alcance pleno de los derechos políticos y se convierte en un impedimento para que los ciudadanos participen efectivamente en la dirección de los asuntos públicos” (par 220)²². De esta

intervengan personas jurídicas (Ver Medina y Nash, *Op Cit*, apartado II.3).

19 J. Aylwin (2004). *Derechos Humanos y Derechos Indígenas en América Del Sur: Antecedentes, Movimientos y Desafíos*. En: J. Zalaquett, (Edit.). *Temas De Derechos Humanos*. Lima: Instituto de Defensa Legal; Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho De La Universidad De Chile. p 189

20 Esto tuvo como consecuencia que en “la RAAN se registr[ase] un nivel de abstencionismo de aproximadamente 80%,” (par 124.69) , así como “una tensión que adquirió repercusión nacional e internacional. Hubo enfrentamientos con la policía, protestas y detenciones de manifestantes que cuestionaban esa decisión” (par 124.67)

21 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Yatama Vs. Nicaragua*. Sentencia de 23 de Junio de 2005. (En adelante “CIDH, 2005b”): par 215

22 Esta concepción colectiva del derecho es criticada por el juez Oliver Jackman, en voto separado concurrente.

forma, la Corte comprende que dicho derecho se debe leer como perteneciente a grupos.²³

Junto a ello²⁴, se presenta la protección de intereses difusos como lo es el medio ambiente, consagrado y garantizado constitucionalmente en muchos Estados²⁵, interés difícil de aprehender en el sentido de ser delimitado espacio/temporalmente, acreditándose un daño a él de maneras diferentes a las tradicionales. Se trata de bienes indivisibles que se corresponden con la protección de intereses de variadas personas consideradas separada y conjuntamente, y generalmente “ligadas entre sí por circunstancias reales –de hecho–”²⁶. Así, por ejemplo, si el daño al bien jurídico de la integridad personal (entendida a lo derecho subjetivo liberal) se puede determinar viendo los efectos de los actos de determinado sujeto en el cuerpo de otro (heridas, mutilaciones, etc.), un daño en el medio ambiente se puede observar a través de la realización de mediciones y estándares generales para luego examinar los niveles de afectación del ambiente en base a estos y los posibles daños estadísticos a la salud, en este caso, de la población. Así, a diferencia de un cuerpo específico (cuyo daño no se mide estadísticamente) estamos ante un “medio” difuso merecedor de protección.

El sistema Internacional de Derechos Humanos se ha comprometido con este derecho a través de variadas conferencias, creación de organismos y acuerdos internacionales²⁷ como la Declaración de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano de 1972, la Declaración de Río sobre

23 Otro derecho que la CIDH considera que tiene una dimensión colectiva es la libertad de expresión. De ello ha generado una nutrida jurisprudencia donde resaltan CIDH, 1985 y CIDH, 2001a. Corte Interamericana De Derechos Humanos. *Opinión Consultiva 5/85, La Colegiación Obligatoria De Periodistas*. 13 De Noviembre De 1985 (en adelante “CIDH 1985”) y Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Olmedo Bustos y Otros V. Chile*. Sentencia Del 5 De Febrero De 2001. (En adelante “CIDH 2001a”).

Por otro lado, una forma de reconocer a los colectivos como titulares de derechos ha sido a través del *Derecho de libre determinación de los pueblos* (Consagrado en instrumentos como la Declaración de los Derechos de las Personas pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas de 1992 y los Convenios 107 y 169 de la Organización Internacional del Trabajo) donde estos pueblos no son ni Estados, ni individuos particulares, pero son titulares de derechos que sólo pueden ser ejercidos por grupos -Ver R. Stavenhagen, (2004). “Derecho Internacional y Derechos Indígenas” en J. Aylwin, (Ed.) *Derechos Humanos y Pueblos Indígenas: Tendencias Internacionales y Contexto Chileno*. pp. 15 – 28. Instituto De Estudios Indígenas, Universidad De La Frontera, Temuco-.

A lo anterior se suma el reconocimiento de derechos laborales (como la huelga) implica el reconocimiento de derechos de grupos (los sindicatos). Este reconocimiento se encuentra en la misma organización de la OIT en tres estamentos: empresas, trabajadores y Estados.

24 De todas formas es necesario tener en cuenta que es muy poco plausible señalar, como pareciera hacerlo parte de la doctrina liberal, que las identidades políticas se pueden construir individualmente, pues en política los discursos se construyen a partir de un nosotros y contra un ellos -ver C. Mouffe (1999). *El Retorno de lo Político*. Editorial Paidós, Barcelona.-. Rancière señala que “el ellos cumple una triple función. Primeramente, designa al otro, como aquel con quien se debate no solo un conflicto de intereses sino la situación misma de los interlocutores como seres parlantes. En segundo lugar, se dirige a una tercera persona ante la cual plantea virtualmente esta cuestión. En tercer lugar, instituye a la primera persona, el yo o el nosotros del interlocutor, como representante de una comunidad” -J. Rancière (1996). *El Desacuerdo*. Ediciones Nueva Visión. Buenos Aires p 67).

25 Por ejemplo, se encuentra consagrado como derecho en el artículo 19 N°8 de la Constitución Política de Chile, Los artículos 4.4 y 25.6 de la Constitución de México y en el artículo 41 de la Constitución Argentina.

En el caso de Chile, la norma señala: “La Constitución asegura a todas las personas: El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza.

La ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente”. Además se encuentra protegido por la Acción de Protección consagrada en el artículo 20. Para estas materias ver J. Vergara,. (1998). *El Futuro Del Derecho Ambiental*. Santiago y Corporación Nacional Del Medio Ambiente. (2008). División Jurídica. *Jurisprudencia, SEIA, Planes y Normas*. CONAMA, Santiago.

26 Código de Defensa del Consumidor de Brasil, artículo 81

27 Ver M. Valverde (1996). *Principios Generales Del Derecho Internacional Del Medio Ambiente*. Disponible En <[Http://Www.Oas.Org/Dsd/Tool-Kit/Documentosspa/Moduloii/Soto%20article.Pdf](http://www.Oas.Org/Dsd/Tool-Kit/Documentosspa/Moduloii/Soto%20article.Pdf)> Visitado en Enero de 2011.

el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992 y diversas resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas y el Plan de Implementación de Johannesburgo que han significado el desarrollo tanto de *hard law* como de una abundante *soft law* sobre la materia, llegándose a un gran nivel de especificación, protegiendo en diferentes normas internacionales diferentes tipos de flora, fauna y otro tipo de fenómenos como mares, tipos de tierras y la atmósfera²⁸. Muy importante en esta temática es la idea de un desarrollo sostenible que ha influido en la interpretación de los derechos en diferentes ámbitos²⁹ e incluso, en la autocomprensión de las sociedades actuales, adquiriendo importancia en la opinión pública y las agendas de los países y órganos internacionales³⁰. Un ejemplo de ello es la aparición del principio de precaución, que implica que en caso de incertidumbre sobre los potenciales peligros de una actividad, el Estado debe actuar haciendo lo necesario para que dicha actividad no se lleve a cabo³¹, contrariando el principio liberal de no intervención.

Consecuentemente, la Declaración de Río comienza consagrando que “Los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible. Tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza.”, comprometiendo la acción estatal al respecto. Por ejemplo su principio 13 señala que:

“Los Estados deberán desarrollar la legislación nacional relativa a la responsabilidad y la indemnización respecto de las víctimas de la contaminación y otros daños ambientales. Los Estados deberán cooperar asimismo de manera expedita y más decidida en la elaboración de nuevas leyes internacionales sobre responsabilidad e indemnización por los efectos adversos de los daños ambientales causados por las actividades realizadas dentro de su jurisdicción, o bajo su control, en zonas situadas fuera de su jurisdicción.”

Considerando los puntos vistos, podemos decir que no solo existe una interpretación colectiva o un reconocimiento de la dimensión colectiva de derechos tradicionalmente considerados individuales (la propiedad, el acceso a cargos públicos, la libertad de expresión), sino que también aparecen interés protegidos y derechos que son propiamente colectivos, como el de consumidores, el medio

28 Por ejemplo, la Declaración de Nairobi sobre el Papel y el Mandato del PNUMA, Protocolo de Fuentes Terrestres de Contaminación Marina de 1999, Convención sobre la contaminación transfronteriza del aire a gran distancia -“Convenio sobre la lluvia ácida”-, Convención de Viena sobre protección de la Capa de Ozono de 1985, etc.

29 El medio ambiente también ha sido una variable considerada por el Derecho Internacional Humanitario (Ver, por ejemplo la Resolución 31/72 10 de diciembre de 1976 de la Asamblea General de la ONU). Ver Comité Internacional De La Cruz Roja. (2002). *Derecho Internacional Humanitario y Desarrollo Sostenible*. Johannesburgo. Disponible en: <Http://Www.Icrc.Org/Web/Eng/Siteeng0.Nsf/Htmlall/5dddem> Visitado En Junio De 2010. Para ver la relación con los Estados, especialmente en su Administración, ver Biblióni, Homero y otros. (1993). “Calidad De Vida, Derecho Administrativo Y Medio Ambiente” En H. Biblióni Et Al. *Calidad De Vida y Derecho*. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de La Plata, La Plata. El derecho al medio ambiente es un tema que ha tenido un fuerte desarrollo, no me extenderé más en él por motivos de espacio.

30 Ver U. Beck (1998) *La Sociedad del Riesgo*. Editorial Paidós, Buenos Aires.

31 ver G. Figueroa, (2004). *El Principio De Precaución Frente a los Viejos Conceptos de la Responsabilidad Civil*. Temas De Responsabilidad Civil, Cuadernos De Análisis Jurídico. Santiago N° 1, Ediciones Universidad Diego Portales. pp 65 – 73.

ambiente o derechos étnicos (como el derecho a la lengua).

Una tercera temática donde hay cierto conflicto es la de las acciones de clase con cada vez un mayor impacto en los sistemas jurídicos. Estas aparecen cuando hay un amplio grupo de personas (clase) que ven violentados sus derechos (interés en un asunto), siendo imposible concurrir a un tribunal a proteger justamente todos los intereses acumulados. Una o más pueden accionar en representación del grupo, sin que sea necesario juntar a todos sus miembros, pero, a su vez, los efectos del juicio si son vinculantes para todos³². Sucede por ejemplo en caso de que determinado tipo de medicamentos contengan sustancias tóxicas debido a la negligencia del laboratorio que los produce, los afectados podrían ser miles, pero se encuentra legitimado cualquiera (o un grupo de ellos) para demandar al laboratorio y sacar dicho medicamento del mercado e, incluso, quitar las respectivas licencias y patentes al laboratorio.

La obligación de garantizar el goce de los derechos (humanos fundamentales) a través de una debida protección judicial es la base de este tipo de acciones donde no es el individuo afectado mismo quien ejerce sus derechos, pues la tradicional forma de protección judicial, por medio de acciones individuales, pasa a ser ineficaz en determinados casos, siendo necesaria esta otra forma de utilizar la tutela judicial.³³

Estas acciones se encuentran relacionadas con la garantía de derechos colectivos (intereses que son propios de grupos), pero también con la protección de derechos individuales, solo que por vías no individuales, por eso, en diversos sistemas jurídicos las cortes exigen que se asegure la debida representación del mandatario así como la posible adhesión (efectiva) a la demanda por parte de los afectados³⁴.

Este tipo de acciones ha sido desarrollado en varios ámbitos jurídicos, teniendo especial relevancia en las legislaciones sobre medio ambiente y derechos de los consumidores de diversos países³⁵. El artículo 88 de la Constitución Política de Colombia señala:

“La Ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses

32 Esto afecta incluso la idea central de la agencia individual, pues el actuar de otros influye en mi vida de tal forma, que precluye la facultad de alegar la cautela de ciertos derechos en ciertas circunstancias.

33 Este argumento ha sido utilizado por la Corte Constitucional de Colombia para declarar “un estado de cosas inconstitucional”. Esta calificación se aplica justamente en casos de violaciones masivas a un grupo de personas y su solución requiere del actuar de muchos órganos. Ver Sentencia T-025 de 2004. Esto tiene que ver también con la existencia de desigualdades estructurales, las cuales entran en conflicto con la noción formal de la igualdad, como veremos a continuación.

34 Ver J. Aristizabal, (1999). Acciones de Clase, en el Ordenamiento Jurídico Colombiano. *En Revista Estudios Gerenciales* N° 72. (pp 23-32). Colombia: Universidad ICESI. y C. Díaz, (2007). Las Acciones Colectivas en La Defensa de los Derechos Humanos, del Consumidor y de Protección Ambiental. *En Revista Estudios Gerenciales*. N°20. Colombia: Universidad ICESI.

35 En el caso chileno ver el párrafo II del Título IV de la Ley Sobre Protección de los Derechos de los Consumidores (Ley 19.955) “Del Procedimiento Especial para Protección del Interés Colectivo o Difuso de los Consumidores”

colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella.

También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares.

Así mismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos.”

La Corte Interamericana también ha sido receptiva ante esto, concediendo medidas cautelares en las que expresamente se reconoce el valor de la protección de derechos (humanos, fundamentales) a través de la acción de clase. En el caso de la CIDH, *Comunidades De Jiguamiandó Y Del Curbaradó v. Colombia*³⁶, donde se solicitaba protección de dichas comunidades ante actos de hostigamientos destinados a producir el desplazamiento forzado de sus territorios, (que incluían “amenazas de muerte, destrucción de bienes, saqueos, detenciones ilegales, actos de hostigamientos, asesinatos y desapariciones en contra de los miembros de las Comunidades” - par 2-) la Corte fundamentó su decisión de la siguiente manera: “Que si bien la Corte ha considerado en otras oportunidades indispensable individualizar a las personas que corren peligro de sufrir daños irreparables a efectos de otorgarles medidas de protección, posteriormente ha ordenado la protección de una pluralidad de personas que no habían sido previamente nominadas, pero que sí eran identificables y determinables y se encontraban en una situación de grave peligro en razón de su pertenencia a una comunidad. En este caso, según lo indicado por la Comisión, se desprende que las comunidades constituidas por el Consejo Comunitario del Jiguamiandó y las familias del Curbaradó, integradas por aproximadamente 2.125 personas que conforman 515 familias, constituye una comunidad organizada, ubicada en un lugar geográfico determinado en el municipio de Carmen del Darién, Departamento del Chocó, cuyos miembros pueden ser identificados e individualizados y que, por el hecho de formar parte de dicha comunidad, todos se encuentran en una situación de igual riesgo de sufrir actos de agresión contra su integridad personal y su vida, así como verse desplazados forzosamente de su territorio, situación que les impide explotar los recursos naturales necesarios para su subsistencia. Por ello, esta Corte considera conveniente dictar medidas provisionales de protección a favor de los miembros de las comunidades constituidas por el Consejo Comunitario del Jiguamiandó y las familias del Curbaradó, de tal manera que cubran a todos los miembros de las referidas comunidades”³⁷.

Por último, en los últimos años, el análisis basado en la clase ha adquirido gran importancia con lo que se han llamado violaciones estructurales de derechos humanos las cuales se caracterizan

36 Medidas Provisionales, Resolución De 6 De Marzo De 2003.

37 CIDH, 2003: par 9

en que “es la organización del Estado (la institucionalidad) la que permite y facilita las violaciones de los derechos y libertades fundamentales de ciertos grupos de la población (piénsese en la situación de los niños, indígenas, migrantes y las mujeres). Además, estas estructuras jurídicas y políticas funcionan sobre la base de ciertos estándares culturales que hacen posible mantener vigentes dichas prácticas violatorias, en particular, la invisibilización de los derechos de los grupos desprotegidos. Por tanto, los esfuerzos para hacer frente a estas violaciones deben apuntar tanto a las condiciones jurídicas y políticas, como a las culturales que hacen posible que estas violaciones ocurran”³⁸.

El reconocimiento de este tipo de violaciones de derechos tiene una gran repercusión contra la doctrina liberal individualista debido a que, en primer lugar, implica el reconocimiento de la violación de derechos a individuos por pertenecer a colectivos, siendo específicamente la violación del derecho contra el colectivo. Pero además significa el reconocimiento de las estructuras sociales como relevantes para la determinación del goce de los derechos y, más aún la necesidad de una fuerte intervención estatal, una intervención compleja, para asegurar los derechos de los individuos.

Esta cuestión ya ha sido reconocida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Campo Algodonero”, en el cual se enfrentaba la responsabilidad internacional del Estado de México por los actos de violencia contra la mujer ocurridos en Ciudad Juárez (que incluyen casos de violaciones, muertes e impunidad, entre muchas otras), al revisar la posible existencia de discriminación, expuso que “Teniendo en cuenta las manifestaciones efectuadas por el Estado, es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y socialmente persistentes, condiciones que se agravan cuando los estereotipos se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades de policía judicial, como ocurrió en el presente caso. La creación y uso de estereotipos se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer. Por ello, el Tribunal considera que en el presente caso la violencia contra la mujer constituyó una forma de discriminación y declara que el Estado violó el deber de no discriminación...”³⁹

Posteriormente, en el mismo caso, al señalar la reparación debida, tribunal expresa que “La Corte recuerda que el concepto de “reparación integral” (*restitutio in integrum*) implica el reestablecimiento de la situación anterior y la eliminación de los efectos que la violación produjo, así como una indemnización como compensación por los daños causados. Sin embargo, teniendo en cuenta la situación de discriminación estructural en la que se enmarcan los hechos ocurridos en el presente caso y que fue reconocida por el Estado, las reparaciones deben tener una vocación transformadora de dicha situación, de tal forma que las mismas tengan un efecto no solo restitutivo

38 C. Nash (2009) *El Sistema Interamericano de Derechos Humanos en Acción*. Editorial Porrúa, México p 108.

39 Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2009. *Caso Gonzales y otras contra México*. Sentencia del 16 de Noviembre de 2009. párr 401 -402

sino también correctivo. En este sentido, no es admisible una restitución a la misma situación estructural de violencia y discriminación⁴⁰. Con lo cual incluye al problema estructural como un criterio de determinación de la obligación de reparar que surge para el Estado, yendo más allá de la simple restitución patrimonial, elemento típicamente liberal.

Por último, esta cuestión también ha sido reconocida por la Corte Constitucional Colombiana respecto a los desplazados y a los privados de libertad, señalando la existencia de “estados de cosas inconstitucionales”⁴¹ caracterizados por la violación de muchos derechos a un grupo grande de personas realizado por diferentes acciones estatales y sociales, estados que requieren de políticas estatales que contemplan el actuar de diferentes organismos a corto, mediano y largo plazo.

Entonces, siguiendo a Chantal Mouffe, vemos que “la tendencia dominante en el pensamiento liberal [que] se caracteriza por un enfoque racionalista e individualista (...) impide reconocer la naturaleza de las identidades colectivas”⁴², problema enfrentado y, en ciertos casos, solucionado por el sistema de derechos (humanos, fundamentales) en la protección de diferentes tópicos que superan la clásica estructura de los derechos subjetivos individuales liberales.

La distribución, el mérito y la felicidad.

Un segundo orden de cosas, está relacionado con la noción de igualdad que está detrás de los derechos y determina la forma en que los bienes sociales se deben distribuir y otras cuestiones como cuando hay o no hay discriminación. La idea del mercado, que asume una relación entre iguales, tiene presupuesta la de que cada individuo debe desenvolverse dentro de la comunidad según sus propias facultades⁴³ y que debe ser recompensado por los esfuerzos realizados por sí mismo, y no debe ser recompensado por no hacerlo, esto es, debe tener lo que *se merece* (lo ganado por su *mérito*). De este modo, cada uno construye su propia vida y cualquier ayuda a otro desde el exterior (sobre todo desde el poder público) es ilegítima y discriminatoria para quien no goza de ella, implicando el aprovechamiento de unos por otros⁴⁴. Se defiende, a través de la doctrina liberal, la idea de una

40 Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2009. *Caso Gonzales y otras contra México*. Sentencia del 16 de Noviembre de 2009. parr 450

41 Ver Corte Constitucional de Colombia Sentencia T-153/98

42 C. Mouffe, (2007). *En Torno a Lo Político*. Buenos Aires: Fondo De La Cultura Económica p 17.

43 Esta es una de las discusiones de la filosofía política occidental dentro de las últimas décadas. Así, por ejemplo, Rawls nos presenta una teoría en donde se pretende que las diferencias tanto sociales (de cuna) como naturales (de talentos –expresado en el principio de diferencia) no influyan en la posición que tenemos en la sociedad, mientras que Nozick (ver Nozick, Robert. 1988. *Anarquía, Estado y Utopía*. México: Fondo De Cultura Económica.) se encuentra en un gran desacuerdo con esto último considerando ilegítimo, además de poco conducente, intervenir sobre la distribuciones que se generan a partir de los dones naturales. En esta discusión también podemos reconocer a diferentes aportes teóricos como los de A. Sen, G.A. Cohen y F. Hayek.

44 Una idea central acá es la de que no se puede exigir a nadie que pague por las culpas de otros y que la comunidad política, reflejada en el Estado, no puede imponer una forma de ver las cosas a los individuos que forman parte de ella, debe ser neutral.

igualdad formal, que se tiende a expresar jurídicamente como *igualdad ante la ley*. Ésta asegura que funcionen los mecanismos del mercado y limita la acción estatal a solo constatar cuando estas desigualdades se producen, obligando, al mismo tiempo, al Estado a controlarse a sí mismo⁴⁵. Por ejemplo, el acceso a la universidad debe estar asegurado a todos por igual (como parte del derecho a la educación), no dando ventajas, el Estado, de ningún tipo a ningún individuo o grupo, sino que se debe acceder a esta por criterios de *mérito* como el rendimiento académico previo o la realización de un examen común (un ejemplo de estos es la Prueba de Selección Universitaria –PSU- que se práctica en Chile). Un derecho político como el acceso a cargos públicos debe hacerse vía concurso o por elección popular, dependiendo de la naturaleza del cargo, en base a procedimientos donde se exijan los mismos requisitos a todos los postulantes, como cierto grado académico. Entonces, si un individuo X se esfuerza durante la Educación Media y tiene buenas notas y, después de prepararse en un preuniversitario, obtiene un alto puntaje en la PSU, debería poder entrar a la universidad que desee, junto a quienes tienen sus mismos (o superiores) notas y puntajes. Por otra parte, si le interesa acceder a un cargo público de elección popular, después de realizar una campaña limpia (en el mercado de las ideas) y, si es elegido con la mayoría necesaria, debería poder acceder a aquel cargo y ser considerado representante de la ciudadanía.

En el sistema internacional de derechos humanos, la igualdad⁴⁶ se ha desarrollado a través del *principio de no discriminación*. Podemos señalar que la discriminación puede funcionar, a grandes rasgos, de tres formas. Primero, a través de una política o norma que haga una distinción entre personas o grupos de manera explícita adjudicando un efecto de privación para uno o varios de ellos (por ejemplo, prohibir a los descendientes de gitanos ingresar a la educación pública) lo cual puede estar explícito o encubierto en la legislación; segundo, a través de una decisión o norma que no explicita ninguna distinción, pero que su efecto práctico, en su aplicación, implica una privación o daño a determinadas personas o grupos de personas (por ejemplo exigir para optar a un trabajo que los postulantes sepan leer y escribir -a pesar de no ser necesario para el puesto-, en una sociedad con altos niveles de analfabetismo dentro de ciertos grupos étnicos); por último, se señala que hay discriminación cuando cierto grupo de personas ha sido tratada históricamente de mala manera por el sistema y la sociedad completa (esto pasa con mujeres y pueblos indígenas en algunos países). En un primer caso se habla de discriminación directa, en el segundo de

45 John Rawls, desarrolla esta idea de no intervención en la prioridad del primer principio de justicia sobre el segundo -J. Rawls (2006) *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica, México, Capítulo II-.

46 Que cumple funciones de valor, principio y regla del sistema -Sobre esta distinción ver, por todos, R. Alexy, (2001). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid-

indirecta⁴⁷ y en el tercero de discriminación social o estructural⁴⁸. En este sentido, el principio de no discriminación, considerado una norma de *jus cogens*⁴⁹, tiene variadas exigencias: por un lado, rechazar toda distinción no objetiva y/o no razonable tanto en su formulación directa como en los efectos de su aplicación⁵⁰, por otro, realizar acciones conducentes a palear las situaciones de histórica y sistemática discriminación que no permiten un igual goce de derechos (a pesar de estar asegurada una igualdad formal). Así, por ejemplo, poner rampas especiales para aquellos discapacitados que no pueden subir escaleras o dispositivos sonoros en los semáforos para aquellos discapacitados no videntes va más allá de proteger a las personas de la existencia de una igualdad directa ante la ley.

En el último grupo de obligaciones que trae aparejado el principio de no discriminación (relacionada con la lucha contra la discriminación social) tienen una especial importancia las políticas de acción afirmativa que se pueden entender como aquellas por medio de las cuales se realiza una distinción entre dos o más grupos de personas con el fin de dar un trato preferencial en la distribución de determinados bienes, recursos o servicios a uno (o unos) de ellos en atención a haber sido histórica y sistemáticamente desplazados o disminuidos por el sistema (social, jurídico, económico, político) dominante, con el fin de remediar dicha situación y asegurar el igual goce de derechos de todos los miembros de una sociedad⁵¹. Una acción afirmativa va, en principio, contra la idea de que el Estado no debe interferir dentro de las relaciones sociales de distribución de bienes, derechos y privilegios, asumiendo que la corrección de cierto tipo de desigualdades que niegan el goce pleno de derechos en igualdad de condiciones no se puede realizar a través del mero reconocimiento de la igualdad ante la ley y es necesaria la intervención de las instituciones para que esto sea cierto. Retomando los ejemplos vistos unos párrafos atrás, ante la existencia de estudiantes que, por pertenecer a determinado grupo que ha sido sistemáticamente excluido, viven

47 El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha señalado que: “Puede haber discriminación indirecta contra la mujer cuando las leyes, las políticas y los programas se basan en criterios que aparentemente son neutros desde el punto de vista del género pero que, de hecho, repercuten negativamente en la mujer. Las leyes, las políticas y los programas que son neutros desde el punto de vista del género pueden, sin proponérselo, perpetuar las consecuencias de la discriminación pasada. Pueden elaborarse tomando como ejemplo, de manera inadvertida, estilos de vida masculinos y así no tener en cuenta aspectos de la vida de la mujer que pueden diferir de los del hombre. Estas diferencias pueden existir como consecuencia de expectativas, actitudes y comportamientos estereotípicos hacia la mujer que se basan en las diferencias biológicas entre los sexos. También pueden deberse a la subordinación generalizada de la mujer al hombre.” (Recomendación general No. 25, sobre el párrafo 1 del artículo 4 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, referente a medidas especiales de carácter temporal, 20º Período de sesiones, 1999)

48 Ver Days III, Drew. (1999). *Acción Afirmativa*. En Gargarella, Roberto (Comp). Derecho y Grupos Desaventajados Barcelona: Gedisa; Palacios, Patricia. (2006). *La No Discriminación*. Santiago: Centro De Derechos Humanos De La Universidad De Chile, Lom.; Bayefsky, Anne. (2005). *El Principio de Igualdad o No Discriminación en el Derecho Internacional*. En Centro De Derechos Humanos, Facultad De Derecho, Universidad De Chile (Org). 18 Ensayos Justicia Transicional, Estado De Derecho Y Democracia. Santiago: Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y Comité De Derechos Humanos Naciones Unidas. (1989) Observación General N° 18, No Discriminación. 37º Período de Sesiones, 1989.

49 Ver W. Mackean, (1983). *La No-Discriminación Como Principio Jurídico*. Santiago.

50 En el caso de tratados internacionales, se solicita por la jurisprudencia de los órganos internacionales, que la acción estatal tenga una finalidad conforme a ellos.

51 Cabe señalar que se considera dentro de la definición de una acción afirmativa el que esta sea de carácter temporal, esto es, no se encuentran destinadas a perpetuarse, sino que están destinadas a desaparecer en cuánto la finalidad para que fueron creadas haya sido superada.

en la pobreza debido a la formulación del sistema social (sin acceso a una educación de calidad, ni a una nutrición mínima; sin poder circular sin sentir miedo por todo tipo de establecimientos; sin acceso a todo tipo de trabajos y en los que acceden, gozando de una menor remuneración; entre otras variadas y complejas situaciones) no teniendo la misma posibilidad que otros para acceder a la universidad, el Estado puede optar por permitir el ingreso a dichas instituciones a determinado número de miembros de aquel grupo, a pesar de que sus puntajes sean inferiores a los de gran cantidad de personas que postulan (el individuo X entre otros), con el fin de lograr una mayor instrucción de estos (permitiéndoles un mayor acceso al mercado laboral, por ejemplo), incluirlos en lugares donde no se encontraban y fomentando, al mismo tiempo, una mayor diversidad en lugares donde ésta es muy importante. Lo mismo puede suceder en un órgano de la administración pública, donde se pueden abrir cuotas para grupos que se encuentren invisibilizados, sin posibilidad de injerencia en las decisiones políticas como las mujeres o los pueblos indígenas. Ante esto, alguien que crea en el mérito como criterio de distribución (un liberal, por ejemplo) podría afirmar que el individuo X ha sido tratado injustamente, pues, a pesar de su esfuerzo y de haber demostrado su capacidad para entrar a la universidad, no lo pudo hacer debido a que ingresó otra persona que no estaba lo suficientemente calificada, pues no habría demostrado sus méritos para ello. Además es probable que X no sea racista o xenófobo y se ha dedicado en sus ratos libres a ayudar a las personas de estos grupos desaventajados en acciones de caridad, por lo que ha tenido que pagar por lo que hicieron sus padres o abuelos o los padres o abuelos de otros. Existe un conflicto entre ambas formas de entender la igualdad en contextos como éste. Al respecto, el progreso del sistema de derechos humanos en las últimas décadas ha tomado un rumbo. Por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas expresó en la Observación General N° 18 de 1989 que:

“El Comité desea también señalar que el principio de la igualdad exige algunas veces a los Estados Partes adoptar disposiciones positivas para reducir o eliminar las condiciones que originan o facilitan que se perpetúe la discriminación prohibida por el Pacto. Por ejemplo, en un Estado en el que la situación general de un cierto sector de su población impide u obstaculiza el disfrute de los derechos humanos por parte de esa población, el Estado debería adoptar disposiciones especiales para poner remedio a esa situación. Las medidas de ese carácter pueden llegar hasta otorgar, durante un tiempo, al sector de la población de que se trate un cierto trato preferencial en cuestiones concretas en comparación con el resto de la población. Sin embargo, en cuanto son necesarias para corregir la discriminación de hecho, esas medidas son una diferenciación legítima con arreglo al Pacto.”

Estas ideas están consagradas en el artículo 4.1 de la Convención Contra todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW) que señala:

“La adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención, pero de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato”. Así, el sistema internacional ampara (y obliga) a las políticas de acción afirmativa asumiendo la complejidad de la igualdad, dando un contenido al principio de no discriminación más complejo que el de la defensa a la igualdad ante la ley entendida de manera formal. De este modo, el garantizar el igual goce de los derechos por todos, pasa a formar parte del sistema internacional y de los Estados mismos. Esto va en contra de la idea de que el Estado debe ser neutral y no tener una determinada concepción del bien (como la que dan en este caso los derechos humanos), en el sentido de influir en los planes de vida de los individuos⁵². También va contra la idea de que el Estado debe ser mínimo y abstenerse de actuar en la sociedad, en las relaciones que se dan entre los individuos (afectando ciertos movimientos naturales del mercado) y que deben determinar la forma de distribución de bienes y servicios.

Una último tópico relacionado con este punto se puede ver al revisar brevemente la forma en que se ven las relaciones entre los individuos y el Estado (y las instituciones políticas que ésta se da) y las competencias que ambos tienen para lograr el desarrollo pleno de cada uno. Gran parte de la doctrina liberal señala que la felicidad de los individuos no es un problema del Estado, sino que de cada uno⁵³ y que lo público (lo político) no debería intervenir al respecto. En otras palabras el Estado y su derecho deben ser neutros ante las diversas formas de vida⁵⁴ y ante las formas de relacionarse en sociedad, sin perseguir valores determinados (como en un Estado religioso) ni intervenir en la distribución de bienes (como en un Estado de bienestar). Kant expresa éstas ideas de la siguiente forma: “El concepto de un derecho externo en general procede enteramente del concepto de *libertad* en las relaciones externas de los hombres entre sí, y no tienen nada que ver con el fin que todos los hombres persiguen de modo natural (el propósito de ser felices) ni con la prescripción de los medios para lograrlo; de suerte que, por tanto, este fin no ha de inmiscuirse de ninguna manera en aquella ley a título de fundamento para determinarla. El *derecho* es la

52 También podría suponer, en determinados casos, una contradicción a la idea rawlsiana de la primacía del primer principio de justicia sobre el segundo -Ver Rawls (2006)-.

53 Señala Manuel Jiménez Redondo, recreando las principales ideas liberales que “el Creador, si es que me ha puesto a mí a cargo de alguien que tenga que decidir sobre mí, ese alguien soy yo mismo, es decir: es a mí y a nadie más que a mí a quien compete el decidir qué configuración voy a dar a mi existencia y qué voy a hacer de mí y de los míos, al igual que a cualquiera compete en iguales términos decidir sobre la suya” (Jiménez Redondo, Manuel. 2002. *Modernidad Terminable e Interminable*, Santiago De Chile: Editorial Universitaria p 42). Estas ideas se pueden encontrar expresamente en J. Locke y J.S. Mill.

54 Ver W. Kymlicka, (1995). *Filosofía Política Contemporánea*. Editorial Ariel S.A, Madrid Cap 6

limitación de la libertad de cada uno a la condición de su concordancia con la libertad de todos, en tanto esta concordancia sea posible según una ley universal; y el *derecho público* es el conjunto de *leyes externas* que hacen posible tal concordancia sin excepción”⁵⁵.

Ante esto, el desarrollo del sistema de derechos (humanos, fundamentales) aparece como una teoría perfeccionista basada en la dignidad humana (tanto como igualdad moral, como protección de una vida digna, desarrollada en los diferentes acuerdos y decisiones)⁵⁶, pues señala un grupo de ámbitos de la vida y bienes sociales dignos de protección y garantización con determinadas formas de leerse e impulsa a los Estados a actuar de determinadas maneras. Esto se vuelve especialmente evidente en los denominados derechos económicos, sociales y culturales (si bien están presente en todos los derechos) que implican la obligación de los Estados de asegurar el acceso a determinados bienes (prestaciones de salud, viviendas, años de educación, etc.), más allá de las formas en que estos se distribuyan en el mercado. De este modo, el sistema nos lleva a reflexionar sobre los diferentes aspectos de la vida humana que vale la pena proteger, obligándose la comunidad a promoverlos, respetarlos y garantizarlos a través de sus instituciones.

III

Las conclusiones de este trabajo se pueden presentar por medio de dos preguntas y las alternativas que dan sus posibles respuestas:

(1) ¿Se puede renunciar a la relación individuo / Estado como centro de la estructura política y jurídica, con exclusión de grupos intermedios y ser indiferente ante las desigualdades de oportunidades de grupos (y realizar acciones afirmativas) y seguir estando comprometidos con los derechos humanos?

(2) ¿Se puede renunciar a la relación individuo / Estado como centro de la estructura política y jurídica, con exclusión de grupos intermedios y ser indiferente ante las desigualdades de oportunidades de grupos (y realizar acciones afirmativas) y seguir siendo liberal (adherir al pensamiento liberal)?

Me parece que la respuesta a la pregunta (1) es afirmativa, sobre todo si consideramos lo visto en el desarrollo de este trabajo. Además pareciera ser que esto cada vez va teniendo más relevancia y se hace parte en las discusiones en diferentes países e instancias (académicas, políticas,

55 I. Kant.. (1986). “De la Relación entre Teoría y Práctica en el Derechos Político” (*Contra Hobbes*). En I. Kant. *Teoría y Práctica*. Editorial Tecnos, Madrid, p 2.

56 Señala Richard Rorty: “La explicación de Kant del respeto debido a los agentes racionales te dice que debes extender a todos los bípedos implumes el respeto que sientes por las personas que son como tú. Esa es una propuesta excelente, una buena forma para secularizar la doctrina cristiana de la hermandad entre los hombres. Pero no ha sido jamás respaldada por un argumento basado en premisas neutrales, y nunca lo será” (R. Rorty, 2000. *Derechos Humanos, Racionalidad y Sentimentalismo*. En R. Rorty, Verdad Y Progreso, Barcelona: Editorial Paidós. p 232)

etc) relativas a los derechos tanto internacionales como constitucionales.

En cuanto a la segunda, es más difícil comprometerse con un sí, y a simple vista la respuesta más razonable es un no. Si deseamos encontrar puntos en común entre Rawls, Berlin, Dworkin, Nozick, Smith, Locke y Hayek (por solo nombrar a algunos) debemos considerar que no es tan fácil renunciar a todos estos postulados revisados, a pesar de que algunos autores se sientan más cercanos a unos que a otros. Esto es aún más difícil cuando sumamos, considerando el trabajo anterior, una renuncia a la distinción público / privado y al mercado como un sistema justo de distribución de bienes. Podemos preguntarnos ¿hasta dónde se puede estirar la doctrina liberal? y a partir de ello ver cuántos de aquellos que se reconocen como liberales podrían no serlo y, al mismo tiempo, reconocerles como defensores de los derechos (humanos, fundamentales) sin ser tildados de conservadores o fundamentalistas⁵⁷. El mismo John Rawls reconoce que un Estado puede estar comprometido con los derechos (humanos, fundamentales) sin ser un Estado liberal⁵⁸.

Elementos de una visión que podríamos denominar “post-liberal” de los derechos pueden ser, además de una sistematización de la noción de dignidad humana que se haga cargo de la diversidad de aspectos relevantes para la comprensión de la relación entre el individuo y el Estado en términos de derechos humanos⁵⁹, la consideración de la comunidad como una categoría clave para entender la constitución de los derechos y de la noción de agente que está detrás de los derechos humanos. En este sentido, la idea de reconocimiento se presenta como un buen candidato⁶⁰, así como las nociones republicanas desarrolladas en las últimas décadas⁶¹ que se presentan como alternativas al liberalismo, sin renunciar a una idea fuerte de derechos (humanos, fundamentales). En este sentido, en vez de partir desde un individuo solitario y poseedor de bienes y actividades cuyos derechos existen previamente a la constitución del poder político, podemos partir del reconocimiento comunitario de la existencia de ámbitos de la vida de individuos y grupos que, por ser valiosas, es necesario proteger⁶² y que, consecuentemente, la comunidad se compromete a protegerlas y promoverlas a través de sus sistemas de normas y toma de decisión. En este sentido, los derechos se

57 Una interesante lectura de este tema se puede ver en M. Koskenniemi (2000) “The Effects of Rights in Political Culture” en P. Alston (Ed), *The EU and Human Rights*. Oxford University Press, USA.

58 J. Rawls (1998) “El Derecho De Gentes” en S. Shute y S. Hurley (Ed.) *De los Derechos Humanos*, Trotta, Madrid p 48.

59 Algunas líneas de esto se esbozan en la parte final del trabajo que complementa a este considerando ideas de Tugendhat, Sen y Walzer entre otros-Ver Figueroa (2010)-. Cabe señalar que esta visión permite hacernos cargo de la diversidad humana e incluirla en las políticas públicas a través de una noción de igualdad más compleja que la simple igualdad formal.

60 Me parece que una importante base para construir esta noción se puede derivar de las críticas realizadas por Hegel a Kant en sus “Principios de Filosofía del Derecho” (Editorial sudamericana, Buenos Aires, 2004). El alcance de esta idea se puede ver en C. Bruna (2010) El individuo frente al Estado. Límites de la propuesta de Hegel. Ponencia presentada en IV Congreso Internacional, Derecho, Historia y Religión. Interpretaciones sobre la “Filosofía del Derecho” de Hegel. Universidad de Salamanca.

También se puede ver un desarrollo del reconocimiento a partir de la doctrina de Hegel en R. Pippin (2008) *Hegel’s Practical Philosophy*. Cambridge University Press, Edimburgo. Parte III.

61 Entre estas resaltan en el mundo anglosajón las de Michael Sandel y Philip Pettit.

62 En este sentido, Charles Taylor critica lo que denomina “el atomismo” (pensar a la sociedad como una serie de individuos –átomos- que se juntan por interés o beneficio) y señala que incluso sus intenciones son contradictorias, pues la misma autonomía individual depende de la comunidad, nuestras identidades se forman por la relación con otros. -C. Taylor (1990) “El Atomismo”. En J. Betegón y J. De Páramo, *Derecho y Moral, Ensayos Analíticos*. Ariel, Barcelona.

ven como relaciones entre el individuo, los grupos a los que pertenece y la comunidad, los cuales son consagrados en normas jurídicas, pudiéndose pensar en la existencia de diferentes estatutos de propiedad (privada, comunitaria, pública), la necesidad de protección de intereses de ciertos grupos, como los consumidores, y la posibilidad de una visión crítica ante la existencia de situaciones estructurales de opresión a grupos como las mujeres. Esto no significa necesariamente eliminar la posibilidad de comprender ciertas formas de ejercitar los derechos de manera individual, pero deja de ser la única o la constitutiva, e incluso esta pasa a ser valiosa porque la reconocemos y vivimos como tal.